

תיקון אנכי, תיקון אופקי ומה שביניהם: על חלוקת תפקידים יעילה בין שלוש ערכאות שיפוט

מאת

טל חבקין*

מערכת משפט תלת-ערכאית מבוססת על חלוקת תפקידים שמטרתה לנצל ביעילות את משאבי השיפוט: תפקידה של הערכאה הראשונה הוא לברר את העובדות ולהכריע בסכסוך; תפקידה של הערכאה השנייה הוא לתקן טעויות; תפקידה של הערכאה השלישית הוא לפתח את המשפט. ברשימה זו נטען כי בשיטתנו הקצאת הסמכויות לתיקון טעויות בין הערכאה שנתנה את פסק הדין (תיקון אופקי) לבין ערכאות הערעור (תיקון אנכי) אינה יעילה וגורמת לבזבז ניכר של משאבים. נראה כי ערכאות הערעור, לרבות בית המשפט העליון, נאלצות לתקן טעויות שיעיל שיתוקנו בערכאה שנתנה את פסק הדין משום שסמכותה של האחרונה מוגבלת לתיקון טעויות טכניות בלבד. הגבלה זו מעוררת קשיים. נציע לאמץ הסדר שלפיו כל ערכאה תוסמך לתקן טעויות מהותיות בפסק דין שנתנה לפי אמת מידה שתפורט. יישום ההסדר המוצע, כנהוג בארצות הברית, יביא לניצול יעיל של משאבים בכלל ושל משאבי הערכאה העליונה בפרט.

מבוא. א. חלוקת התפקידים בין שלוש ערכאות שיפוט והרציונל שבבסיסה. 1. המסגרת העיונית: הגישה הכלכלית למשפט; 2. חלוקת תפקידים יעילה בין הערכאות במערכת משפט תלת-ערכאית; ב. תיקון טעויות במערכת המשפט הישראלית – הדין וקשייו. 1. הדרכים לתיקון טעות בפסק דין שאינו חלוט: תיקון אנכי ותיקון אופקי; 2. חלוקת הסמכויות לתיקון טעויות וניצול של משאבי השיפוט – הלכת חניון חיפה ויישומה; ג. השינוי המוצע – הרחבת הסמכות לתקן תיקון אופקי. 1. השינוי המוצע; 2. הערכת השינוי המוצע; 3. הדרך העדיפה לאימוץ השינוי המוצע – מחשבות ראשוניות. ד. סיכום.

מבוא

בהלכת חניון חיפה¹ הותוותה אמת המידה למתן רשות ערעור ב"גלגול שלישי" ונשקלו השיקולים שבבסיסה. רשות ערעור תינתן במקרים שבהם "החשיבות המשפטית [של השאלה העומדת לדיון – ט' ח'] חורגת מן העניין שיש לצדדים הישירים בהכרעה

* שופט בית משפט השלום בתל אביב-יפו. תודה לחמי בן-נון, לכרמל בן צור, לנרית גרוסמן, לשי נ' לביא, לעומר נצר, לרוני סדובסקי, לטל סלע, למירב פירט, ליעל קריב-טייטלבוים, ליאנה רבינוביץ ולגיא רוח על הערות מאירות עיניים. תודה מיוחדת למתן גולדבלט ולליאור גלברד על הערות מעולות ועל הזמן שהקדישו לשיחות עמי בנושא, ולצוות כתב העת **משפטים**: לעורכת ניצן פליטמן ולחברי המערכת שחר ויינברג, יונתן מליח ואוריאל רוזנברג – על הערות מצוינות ועל מלאכת עריכה יוצאת דופן.

1 ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982) (ממלא מקום הנשיא (כתוארו אז) שמגר).

במחלוקת². אמת מידה זו מבוססת על חלוקת תפקידים סכמתית בין שלוש ערכאות שיפוט: ערכאה דיונית המבררת את העובדות ומכריעה בסכסוך, ערכאת ערעור ראשונה שתפקידה לתקן טעויות, וערכאת ערעור שנייה שתפקידה לפתח את המשפט לטובת אינטרס הציבור. מאמר זה יעסוק בחלוקת תפקידים זו בשיטת משפט הייררכית המבוססת על עקרון התקדים המחייב, ובתנאים לניצול יעיל של המשאבים המושקעים בהכרעה בסכסוך אזרחי, בדגש על תיקון טעויות³.

חלוקת התפקידים האמורה מבוססת על עיקרון שלפיו יעיל שכל ערכאה תחליט בסוגי העניינים שיש לה יתרון להחליט בהם לעומת הערכאות האחרות. אף שעיקרון זה מעצב את חלוקת התפקידים בין הערכאות גם בשיטתנו, הרי שבפועל חלוקת הסמכויות ביניהן גורמת לניצול לא יעיל של משאבים בכלל ושל משאבי שיפוט בפרט. זאת משום שערכאה שנתנה פסק דין אינה מוסמכת לתקן טעות מהותית-יישומית שנפלה בו, אפילו זו טעות ברורה, אלא רק טעות טכנית. מגבלה זו על סמכות התיקון גורמת לכך שערכאת הערעור הראשונה, שזמנה השיפוטי יקר מזה של הערכאה הדיונית, נדרשת לתקן טעויות מסוגים מסוימים שסביר כי היו מתוקנות בערכאה הדיונית אם הייתה מוסמכת לתקן, וכן גורמת לכך שהערכאה העליונה, שזמנה יקר עד מאוד, נדרשת לתקן טעויות מאותו סוג בגלגול שלישי. הסדר זה אינו יעיל. מוצע לאמץ במקומו הסדר אחר, שלפיו כל ערכאה תוסמך לשנות את פסק הדין במסגרת הליך תקיפה אופקי בשתי קטגוריות של מקרים: האחת, כשנפלה טעות ברורה שעל פי טבעה סביר להניח שהערכאה שנתנה את פסק הדין הייתה מתקנת אותה במינימום משאבים לו הייתה מוסמכת לעשות כן; השנייה, שינוי תוצאת פסק הדין בעקבות אירועים מאוחרים לו המקימים עילה להתערבות לפי אמת המידה הנוהגת לעניין זה בערכאת הערעור. ההסדר המוצע יעיל מהדין הקיים ויחסוך בעלויות בכל הפרמטרים הרלוונטיים: זמן שיפוטי, דיוק בתוצאה והוצאות ישירות של בעלי הדין.

למאמר שלושה חלקים: בחלק הראשון נניח את התשתית העיונית. נעמוד על הרציונל שבבסיס המבנה הרווח של שלוש ערכאות שיפוט בשיטת משפט מקובל, ובתנאים שצריכים להתקיים כדי שחלוקת התפקידים בין הערכאות וניצול המשאבים המושקעים בביור הסכסוך יהיו יעילים; בחלק השני נדון בחלוקת הסמכויות בין הערכאות בשיטתנו ונראה שהיא אינה יעילה. נטען כי זמנן השיפוטי של ערכאות ערעור בכלל ושל בית המשפט העליון בפרט מנוצל בחוסר יעילות, בכך שטעויות שיעיל שיתוקנו בערכאה שנתנה את פסק הדין (תיקון אופקי) מתוקנות בערכאת הערעור שמעליה (תיקון אנכי), לרבות בגלגול שלישי. מצב זה – המנוגד לחלוקת התפקידים היעילה שנקבעה בהלכת חניון חיפה – נובע מכך שבשיטתנו ערכאה שנתנה פסק דין אינה מוסמכת לתקן טעות מהותית שנפלה בו אלא רק טעות טכנית. מגבלה זו גורמת שהדרך הכמעט יחידה לתקן טעויות יישומיות של ערכאת הערעור הראשונה, לרבות טעויות ברורות, היא ערעור בגלגול שלישי; בחלק השלישי של המאמר נציע לאמץ שינוי בדין הקיים שייעל את ההליך השיפוטי: כל ערכאה תוכל לתקן

2 שם, בעמ' 128.

3 המאמר מתמקד בהליך האזרחי, אולם האמור בו יפה, בשינויים המחויבים, גם להליכים פליליים. השווה ע"פ 4190/13 סמואל נ' מדינת ישראל, פס' 103–115 (פורסם בנוב, 18.11.2014) (אמת המידה לתיקון אופקי של טעות שנפלה בהכרעת דין לפני שניתן גזר הדין).

פסק דין שנתנה בקטגוריות מסוימות של מקרים ולפי אמת מידה שתפורט, בדומה להסדרים המקבילים בארצות הברית ובאנגליה.

א. חלוקת התפקידים בין שלוש ערכאות שיפוט והרציונל שבבסיסה

רוב מערכות המשפט המקובל מורכבות משלוש ערכאות שיפוט.⁴ בחלק זה נעמוד על התפקיד של כל ערכאה ועל התנאים שצריכים להתקיים כדי שחלוקת התפקידים ביניהן תהיה יעילה. הדיון ישמש מסגרת עיונית לחלקים הבאים, שבהם נבחן את חלוקת התפקידים בין הערכאות בישראל, נראה כי היא אינה יעילה ונציע פתרון.

1. המסגרת העיונית: הגישה הכלכלית למשפט

מערכת משפט יעילה חותרת להכריע בסכסוך שהונח לפתחה בהליך⁵ שיניב תוצאה מדויקת⁶ אגב השקעה של מינימום משאבים.⁷ מידת הדיוק בתוצאה מושפעת מהיקף המשאבים המושקע בבירור הסכסוך. משאבים אלה כוללים את העלויות של בעלי הדין ושל מערכת המשפט.⁸ מידת הדיוק והיקף המשאבים המושקע בבירור הסכסוך מקיימים ביניהם יחסי גומלין: השקעת משאבים⁹ רבים יותר מגדילה את ההסתברות לדיוק בתוצאה (עד

4 ראו למשל ועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל דין וחשבון 19–30 (1997). מבנה מעין זה נהוג גם במדינות משפט מקובל אחרות, ובהן ארצות הברית (המערכת הפדרלית ורוב המדינות), אנגליה, קנדה, אוסטרליה וניו זילנד.

5 מקובל לחשוב שהליך שיפוטי ראוי נדרש לעמוד בכמה תנאים בסיסיים ובהם שהגורם המכריע יהיה אובייקטיבי ועצמאי, שתינתן לבעלי הדין הזדמנות לטעון טענות ולהביא ראיות, ושההכרעה בסכסוך תינתן תוך זמן סביר. לדיון ביסודות של הליך שיפוטי ראוי והוגן ראו שלמה לוין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 79–91 (מהדורה שנייה, 2008) (להלן: לוין תורת הפרוצדורה); Judith Resnik, Tiers, 57 S. CAL. L. REV. 837, 844–858 (1984); Lawrence B. Solum, Procedural Justice, 78 S. CAL. L. REV. 181, 305–313 (2004).

6 במונחים "הליך" ו"בירור" כוונתנו בחלק זה לבירור המשפטי כולו – החל מהערכאה הראשונה ועד למתן פסק דין חלוט. כל עוד אפשר להשיג על פסק הדין באופן שעשוי לשנות את התוצאה, מדובר לצורך הדיון בבירור אחד ובהליך אחד.

7 במונח "תוצאה" כוונתנו לתוצאת פסק הדין הסופי במחלוקת הקונקרטית שבין המתדיינים וכן לכלל המשפטי שנקבע בפסק הדין. במאמר זה לא נעסוק בטעויות בהחלטות ביניים.

8 ראו Robert D. Cooter & Daniel L. Rubinfeld, *Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution*, J. ECON. LITERATURE 1067, 1087–1089 (1989); Richard A. Posner, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, 2 J. LEGAL STUD. 399 (1973) (להלן: Posner, *An Economic Approach*); אלון קלמנט "סדר הדין האזרחי" הגישה הכלכלית למשפט (1054–1055, 997 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012) (להלן: הספר: הגישה הכלכלית למשפט).

9 ככלל מערכת המשפט מסובסדת בידי המדינה. ראו משה בר נב "בתי משפט" הגישה הכלכלית למשפט, שם, בעמ' 1133, 1134–1136.

אנו מניחים שבית המשפט מנצל את המשאבים שהצדדים משקיעים בהליך ביעילות המשרתת את הדיוק בתוצאה. הנחה זו לא תמיד נכונה. למשל, כשעורכי דין מנסים ומצליחים לבלבל את בית המשפט, או כשבעל דין משקיע משאבים כדי להאריך את ההתדיינות ובית המשפט אינו מצליח למנוע זאת.

לאופטימוס מסוים)¹⁰ אך מייקרת את ההתדיינות.¹¹ ביחס ישר, הטלת מגבלות על היקף המשאבים לבירור הסכסוך מקטינה את ההסתברות לדיוק בתוצאה אך מוזילה את ההתדיינות. הואיל והמשאבים מוגבלים ומצב של מידע מושלם לרוב אינו אפשרי, שיעור מסוים של טעויות הוא מחויב המציאות ואף יעיל. מערכת משפט יעילה תפחית למינימום את מכלול העלויות – אלו הכרוכות בניהול ההליך ואלו הנובעות מטעות בתוצאה.

משאב חשוב ומרכזי הנדרש להכרעה בסכסוך הוא הזמן השיפוטי. זהו הזמן שהמותב הדן בסכסוך משקיע בו. ככל שהמותב הדן בסכסוך רחב יותר, כך גדלה ההסתברות לדיוק בתוצאה,¹² אך בד בבד מתייקרת ההתדיינות. בהתחשב בהיותה של מערכת המשפט עמוסה, זוהי הנחת מוצא לדיונו,¹³ הקדשת זמן שיפוטי לבירור של הליך אחד, ובגדר אותו

10 אנו מניחים שהשקעת משאבים מגדילה את ההסתברות שבית המשפט ייחשף למידע רב יותר וביחס ישר גדלה ההסתברות לדיוק בתוצאה. ראו Ehud Guttel & Michael T. Novick, *A New Approach to Old Cases: Reconsidering Statute of Limitation*, 54 U. TORONTO L.J. 129 (2004). הנחה זו לא תמיד נכונה. במצב של מידע מושלם השקעת משאבים נוספת לא תתרום לדיוק. כמו כן במצבים מסוימים השקעת משאבים באיסוף ראיות עלולה לגרום שהתועלת מאיסוף הראיות תהיה נמוכה מהעלות. ראו Richard Lempert, *The Economic Analysis of Evidence Law: Common Sense on Stilts*, 87 VA. L. REV. 1619, 1641–1643 (2001).

11 ראו Edward J. Brunet, *A Study in*; 402–401 בעמ' Posner, *An Economic Approach to the Allocation of Scarce Judicial Resources: The Efficiency of Federal Intervention Criteria*, 12 GA. L. REV. 701, 709–718 (1978); Robert G. Bone, *The Process of Making Process: Court Rulemaking, Democratic Legitimacy, and Procedural Efficiency*, 87 GEO. L.J. 887, 919–920 (1999); STEVEN SHAVELL, *FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 451 (2004); בר ניב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1155.

12 ככלל דיון בהרכב עדיף על דיון במושב יחיד. חברי ההרכב מתייעצים זה בזה, מפרים זה את דעתו של זה ומקיימים סיעור מוחות. כל אחד מביא לשולחן הדיונים את התרשמותו, וההחלטה מתקבלת על סמך מגוון של נקודות מבט ועל בסיס ידע משפטי מצרפי רב יותר. יחסי הגומלין בין השופטים כוללים בקרה הדדית: במקרה של חילוקי דעות הם נדרשים להצדיק את עמדתם זה בפני זה; לא אחת הם משתכנעים שטעו ומשנים את דעתם; הם עלולים לסגת מעמדתם או להתפשר בהתקיים מחלוקת. כך מתקבלת תוצאה מאוזנת יותר. אם נעלם דבר מה מעיניו של שופט כשכתב את חוות דעתו, חברו יכול להעיר את תשומת לבו ולמנוע טעות; שיקולים קולגיאליים ורצון לא להותיר רושם שלילי על העמיתים, המקיימים אינטראקציה בין-אישית יום-יומית, מגדילים את הסיכוי ששופט יעשה את מלאכתו נאמנה בהכנה לדיונים ובכתיבה. ראו מנחם מאוטנר *משפט ותרכות* 183–187 (2008). לדיון באינטראקציה בין שופטי ההרכב ראו Frank B. Cross, *Collegial Ideology in the Courts*, 103 NW. U. L. REV. 1399, 1407–1408 (2009); William W. Schwarzer, *Defining Standards of Review*, in THE FEDERAL APPELLATE JUDICIARY IN THE 21ST CENTURY 100, 101–102 (Cynthia Harrison & Russell R. Wheeler eds., 1989); Samuel P. Jordan, *Irregular Panels*, 60 ALA. L. REV. 547, 582–583 (2009); Cassandra Burke Robertson, *The Right to Appeal*, 91 N.C. L. REV. 1219, 1263–1264 (2013); בר ניב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1145. דיון בהרכב אף עשוי להפחית את משקלו של רכיב המקריות בהכרעה. אולם הנחה זו מתערערת כשההליך נדון בכמה ערכאות. למשל, במקרה שבו שופט שלום פסק לטובת התובע, כך גם שלושת שופטי ערכאת הערעור ושופט מיעוט בבית המשפט העליון. שני שופטי הרוב בבית המשפט העליון פסקו לטובת הנתבע. התובע ניצח 2:5 במספר השופטים אך הפסיד בתיק. ראו דברי השופט בך בדנ"פ 4390/91 *מדינת ישראל נ' חג' יחיא*, פ"ד מז(3) 661, 684 (1993).

13 לנקודת מבט השוואתית על העומס המוטל על בתי המשפט בישראל ביחס למדינות אחרות ראו רענן סוליצאנו קינן, אמנון רייכמן וערן ויגודה-גדות *העומס על מערכות משפט: ניתוח השוואתי של 17*

הליך לעניין מסוים, דוחה את ההכרעה בהליך וכן את ההכרעה בהליך אחר הממתין בתור לבירור. להארכת ההליך ולדחיית סוף הבירור יש עלויות. כמו כן תוך כדי הבירור מחליט בית המשפט החלטות שונות ובסופו ניתנת החלטה סופית. ככל שניתן לשוב ולהתדיין פעם נוספת – בין באותה ערכאה בין בערכאה גבוהה יותר – בסוגיה שהוכרעה כבר בהחלטה שיפוטית,¹⁴ כך גדלה ההסתברות לדיוק בתוצאה אך עמה מאמירה עלות ההתדיינות. האינטרס של בעלי הדין בסיום ההתדיינות מתבטא בעקרונות הידועים כ"סופיות הדיון" ו"גמר המלאכה" (*functus officio*).¹⁵ בהתחשב בהיות משאבי השיפוט מוגבלים, ניצול יעיל של הזמן השיפוטי באמצעות הטלת מגבלות על היקף המשאבים שיושקע בבירור מתחייב כדי לאפשר הכרעה תוך פרק זמן סביר.¹⁶ במערכות משפט מקובל מעמדה הנורמטיבי של הערכאה הוא שקובע מה ייחשב לתוצאה נכונה. זוהי שיטת התקדים המחייב.¹⁷

מדינות – דו"ח מסכם (המרכז לניהול מדיניות ציבורית, אוניברסיטת חיפה, 2007); קרן וינשל מרגל, ענבל גלון ויפעת טרבלוס "יצירת מדד משקלות תיקים להערכת העומס השיפוטי בישראל" משפטים מד 769, 826–825 (2015). לדיון בעומס המוטל על בתי המשפט בישראל והשפעתו על עיצוב כללים דיוניים ראו אלון קלמנט ורועי שפירא "יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה" משפט ועסקים ז 75, 114–120 (2007); בר ניב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1156. מערכת המשפט הפרלית בארצות הברית סובלת אף היא מבעיית עומס. הכתיבה בנושא ענפה. ראו למשל Bert I. Huang, *Lightened Scrutiny*, 124 HARV. L. REV. 1109, 1112, n. 8–10 (2011); Ruth Bader Ginsburg, *Reflections on the Independence, Good Behavior and Workload of Federal Judges*, 55 U. COLO. L. REV. 1, 7–13 (1983); Stephen Reinhardt, *Too Few Judges, Too Many Cases: A Plea to Save the Federal Courts*, 79 A.B.A.J. 52 (1993); STEPHEN N. SUBRIN ET AL., CIVIL PROCEDURE: DOCTRINE, PRACTICE, AND CONTEXT 591 (3rd ed. 2008); Tim A. Baker, *The Expanding Role of Magistrate Judges in the Federal Courts*, 39 VAL. U. L. REV. 661, 668–669 (2005); Judith Resnik, *Managerial Judges*, 96 HARV. L. REV. 374, 396 (1982).

14 ראו והשוו Louis Kaplow, *Multistage Adjudication*, 126 HARV. L. REV. 1179 (2013).

15 לדיון בעקרונות אלו ובטעמים המונחים בבסיסם ראו והשוו ע"א 5610/93 זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה ראשון לציון, פ"ד נא(1) 68, 97–100 (1997); ע"א 3197/98 יורשי ברזל נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נה(5) 385, 389–388 (2001); ע"א 9085/00 שטרית נ' אחים שרבת חברה לבנין בע"מ, פ"ד נז(5) 462, 476–475 (2003); בג"ץ 681/12 גרינשפן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 14–17 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 19.9.2012); נינה זלצמן מעשה בית-דין בהליך אזרחי 20–12 (1991); מיכאל קרייני "השימוש ההתקפי בהשתק הפלוגתא – כורח שיש לו תקנה" ספר שלמה לוינ 85, 90–91 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013) (הספר להלן: ספר שלמה לוינ).

16 הכרעה תוך זמן סביר היא יסוד חיוני למערכת שיפוט ראויה. ראו למשל סטיבן גולדשטיין "צדק מהיר: מבט השוואתי" עלי משפט ט 19 (2011); לוינ תורת הפרוצדורה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 88–90; Adrian A.S. Zuckerman, *Quality and Economy in Civil Procedure: The Case for Commuting Correct Judgments for Timely Judgments*, 14 O.J.L.S. 353 (1994). בית המשפט העליון הרגיש פעמים רבות את החשיבות שבניצול יעיל של הזמן השיפוטי. ראו למשל רע"א 3136/00 סלמאן נ' שוקייר, פ"ד נה(2) 97, 100 (2000); רע"א 8327/05 צדיק נ' פנימי, פס' 4 (פורסם בנבו, 14.9.2005); רע"א 10227/06 בובליל נ' אינדיג, פס' 6 (פורסם בנבו, 5.2.2007); רע"א 1018/07 לויאשוילי נ' רומנו, פס' ז (פורסם בנבו, 19.3.2007); רע"א 4275/12 סגל נ' שורה בע"מ, פס' 6 (פורסם בנבו, 11.6.2012). ראו גם שלמה לוינ "תורת ניהול משפט" ספר גבריאל בך 693, 699–701 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים, 2011) (הספר להלן: ספר גבריאל בך); ארנה רבינוביץ-עיני ודורון דורפמן "שימוש לרעה

2. חלוקת תפקידים יעילה בין הערכאות במערכת משפט תלת-ערכאית

רוב מערכות המשפט המקובל בנויות במבנה הייררכי של שלוש ערכאות שיפוט. אך מבנה כזה אינו מתחייב.¹⁸ הניסיון מלמד שאפשר להסתפק גם במבנה של ערכאה אחת או של שתי ערכאות.¹⁹ מהו הרציונל המודרני שבבסיס המבנה הרווח של שלוש ערכאות שיפוט בשיטת משפט אדוורסרית המבוססת על עקרון התקדים המחייב? כדי להשיב לשאלה זו נעמוד בקצרה על חלוקת התפקידים בין הערכאות ועל התנאים שצריכים להתקיים לשם הכרעה יעילה בסכסוך. תשובתנו בתמצית היא שיעיל שכל ערכאה תכריע בסוגי העניינים שיש לה יתרון להכריע בהם על פני הערכאות האחרות, דהיינו שהכרעתה תהיה המדויקת ביותר אגב השקעת מינימום משאבים.

הערכאה הראשונה היא ערכאה דיונית. תפקידה להכריע במחלוקת שהונחה לפתחה ביעילות מרבית. ערכאה זו נמצאת בעמדה טובה להחליט בשני סוגים של עניינים ביחס לערכאות שמעליה: האחד, כאלה הנוגעים לאופן ניהול ההליך. בית המשפט מחליט בעניינים מסוג זה במסגרת החלטות ביניים. לא נעסוק בהן כאן.²⁰ סוג שני של עניינים נוגע להערכת משקלן של הראיות ולקביעת העובדות על בסיסן. המותב נחשף לכל הראיות ומתרגם באופן ישיר ובלתי אמצעי מהעדים המעידים שלפניו. לשם כך מושקעים משאבים רבים מצד בעלי הדין ומצד בית המשפט. הנחת המוצא שעליה נשענות שיטות המשפט

וחוסר תום לב בהליך האזרחי: הפער שבין מודל דיוני פוסט-אדברסרי למודל ייצוג מסורתי" ספר שלמה לוי, לעיל ה"ש 15, 255, בעמ' 273–277.

17 לדיון בשיטת התקדים המחייב ראו מאיר שמגר "על התקדים ועל ודאות הדין" משפטים יז 433 (1987); RICHARD WARD & AMANDA AKHTAR, WALKER & WALKER'S ENGLISH LEGAL SYSTEM 72–87 (11th ed. 2011); Frederick Schauer, *Precedent*, 39 STAN. L. REV. 571 (1987); Earl Maltz, *The Nature of Precedent*, 66 N.C. L. REV. 367 (1988); מיכל טמיר "עלותו השקועה של התקדים" דין ודברים א 211 (2005); עמרי בן-צבי "התקדים כמוסד פילוסופי" משפטים מ 777 (2011); בר נב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1144–1153. ראו גם רע"א 3749/12 בר-עז נ' סטר, פס' 18–20 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 1.8.2013). בשיטות המשפט הקונטיננטליות (Civil Law) נהוגה שיטה אחרת. לדיון השוואתי בין ערכאות שיפוט עליונות – בתי משפט עליונים ובתי משפט לקסציה – בבלגיה, בצרפת, בהולנד, בגרמניה, באנגליה ובארצות הברית ראו Sofie M.F. Geeroms, *Comparative Law and Legal Translation: Why the Terms Cassation, Revision and Appeal Should Not Be Translated...*, 50 AM. J. COMP. L. 201 (2002).

18 לדיון במבנים נוספים, ביתרונותיהם ובחסרונותיהם ראו Resnik, לעיל ה"ש 5, בעמ' 859–870.

19 כך נהוג בשיטתנו למן קום המדינה: בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ יושב כערכאה ראשונה ואחרונה בעניינים מנהליים וחוקתיים (מבנה של ערכאת שיפוט אחת), ובית המשפט המחוזי משמש גם כערכאה דיונית שערעורים על החלטותיה נשמעים בבית המשפט העליון (מבנה של שתי ערכאות שיפוט). כך היה גם במערכת המשפט הפדרלית בארצות הברית עד שנחקק ה-Evarts Act בשנת 1891, שבו הוקמו בתי המשפט הפדרליים לערעורים. ראו Paul D. Carrington, *Crowded Dockets and the Courts of Appeals: The Threat to the Function of Review and the National Law*, 82 HARV. L. REV. 542 (1969); WILLIAM M. RICHMAN & WILLIAM L. REYNOLDS, *INJUSTICE ON APPEAL: THE UNITED STATES COURTS OF APPEALS IN CRISIS* 2 (2013).

20 לדיון בשאלה כיצד יעיל לתקן החלטות ביניים ראו גיא שני "רשות לערער על בקשת הרשות לערער (ב'גלגול שני') – דין מצוי, דין מוצע ודין רצוי בסוגיית הערעור על 'החלטה אחרת'": עיוני משפט ל 71 (2006); חמי בן-נח וטל חבקין *הערעור האזרחי* 198–209, 494–499 (מהדורה שלישית, 2012).

המקובל היא שמוטב זה נמצא בעמדה הטובה ביותר לקבוע את העובדות כאשר הכרעתו נסמכת על הערכת מהימנות העדים או על שקלול המשקל היחסי של הראיות בתצרך הכולל ראיות רבות.²¹ הואיל והערכאה הדיונית משקיעה משאבים רבים בבירור ובהכרעה בעניינים אלה, ההנחה היא שההסתברות שתפול טעות בהחלטה נמוכה מזו של גורם אחר שישקיע בכך פחות משאבים ושנמצא בעמדה טובה פחות להכריע בהם.

רציונל זה חל גם על האפשרות לתקן טעויות בנושאים אלה: הערכאה הדיונית מצויה בעמדה טובה יותר לתקן טעויות בקביעות עובדתיות לעומת עמדתה של ערכאת הערעור, והיא תעשה כן בפחות משאבים. אמנם יש קושי מובנה להפקיד בידי גורם שנתן החלטה סמכות בלעדית לבקר אותה ולהביא לתיקונה, בבחינת מוטב היושב כערכאת ערעור על עצמו.²² ההנחה היא שהערכאה הדיונית נתנה את פסק הדין לאחר ששקלה בדבר, ולכן לא יעיל להשקיע עלויות בבירור נוסף באותה ערכאה. לכן יעיל שערכאה זו תתקן טעויות בעיקר במקרים שבהם נפלה טעות ברורה, כשבית המשפט לא היה ער לדבר מה כשנתן את ההחלטה או כשחל שינוי נסיבות לאחר מתן פסק הדין המצדיק לשנות את התוצאה. במילים אחרות: יעיל שהערכאה הדיונית תתקן טעויות שלפי טבען יש סיכוי גבוה שהיא עצמה תכיר בהן. לעומת זאת לא יעיל שערכאה שנתנה החלטה תשקול מחדש שיקולים שכבר שקלה וטענות שנדונו ונדחו.

לערכאה השנייה (ערכאת ערעור ראשונה) תפקיד כפול: תיקון טעויות של הערכאה הדיונית ופיתוח המשפט.²³ הערעור צורך משאבים ודוחה את סופיות ההליך, אך מגדיל את

21 רציונל המונח בבסיס הנחת מוצא זו ראו למשל ע"פ 125/50 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ו 514, 519–520 (1952); ע"פ 377/62 לוי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 1065, 1074 (1963) (השופט זילברג: "מקורו כרגיל בדבר שאינו לא 'שקול' ולא 'מדור' ולא 'מנוי', אלא כמעט 'סמוי מן העין', כמו עקמת שפתיים, שטף דיבור, היסוס פורתא, אויל סומקא ואתי חיוורא (או להיפך) – כל אלה, בגדר דק־מן־הדק־עד־אין־נבדק על ידי בית־משפט יותר גבוה שלא שמע ולא ראה את העד שהעיד"); מרדכי קרמניצר "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים והתערבות ערכאת ערעור בממצאים המתייחסים למהימנות של עדים" הפרקליט לה 407, 412–415 (1983); בן־נן וחבקין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 477–478. לצורך הדיון אנו מניחים כי נקודת מוצא זו נכונה, אף שהיא כשלעצמה מוטלת בספק ונמתחה עליה ביקורת. קשה להעריך אם התרשמות ישירה מעדות של עד, להבדיל מתוכן הדברים, מסייעת לבית המשפט לקבוע אם העד דובר אמת. אנשים מתנהגים שונה אלה מאלה כשהם מעידים: יש שמרגישים נוח על דוכן העדים ולא יתקשו לשקר באופן משכנע; יש שמתרגשים על דוכן העדים בשל המעמד הלא נוח ומקרינים אי־נוחות גם כשהם דוברים אמת. מטעם זה, בין היתר, המשקל שמקנות השיטות הקונטיננטליות לראיות בכתב רב מזה שנותנות שיטות המשפט המקובל. לביקורת על הנחה זו ראו למשל בן־נן וחבקין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 14, ה"ש 24; GAVIN DREWRY ET AL., THE COURT OF APPEAL 25–30 (2007); RICHARD A. POSNER, REFLECTIONS ON JUDGING 124, n.33 (2013).

22 ראו למשל ע"א 138/78 מנהל המכס והבלו נ' אי.א.ל. בע"מ, פ"ד לג (3) 490, 494 (1979) (השופט אשר: "הסממנים המאפיינים הליכים של ערכאה שיפוטית (להבדיל מהליכים לפני גוף מנהלי) הם: [...] הערכאה אינה יושבת בהשגה או בערעור על החלטה היא"); ע"א 13/81 מנהל המכס והבלו נ' ש.ש.ל. בע"מ, פ"ד לז (3) 253, 255 (1983). לחסרונות הטמונים בכך שמוטב מוסמך לשנות את החלטתו שלו ראו Resnik, לעיל ה"ש 5, בעמ' 864–865.

23 לערעור יש תפקיד נוסף: מתן לגיטימציה להכרעה השיפוטית המסייעת בקבלת מרותו של הדין. הדעה הרווחת היא שתפקיד זה משני לשני התפקידים האחרים. ראו בן־נן וחבקין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 17–18. לתכליות הערעור ראו גם בג"ץ 87/85 ארג'וב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד

הסיכוי שהתוצאה תהיה מדויקת. מנגנון ערעורי הוא יעיל אם עלויותיו נמוכות מהתועלת שהוא מסב להגדלת הדיוק בתוצאה. חשוב להדגיש כי כל עוד פסק הדין של הערכאה הדיונית אינו חלוט, יש לראות בערעור משום נדבך נוסף של ההליך בדרך להכרעה הסופית. ההסתברות שהתוצאה תשתנה בשלב הערעור מושפעת בין היתר מאמת המידה לביקורת ערעורית שמפעילה ערכאה זו, דהיינו כמה משקל תיתן ערכאת הערעור לקביעותיה של הערכאה הראשונה ובאילו תנאים תהיה נכונה להתערב בהן.²⁴ כשיתר התנאים שווים, ההנחה היא שערכאת הערעור מצויה בעמדה מוסדית עדיפה מעמדתה של הערכאה הדיונית להכריע בכל עניין. עם זאת ערכאת ערעור המבקשת להעריך אם נפלה טעות בקביעות עובדתיות של הערכאה הדיונית נדרשת לעמוד בשני תנאים מצטברים כדי שסיכוייה להגיע לתוצאה נכונה יהיו דומים לאלה של קודמתה: ראשית, יהא עליה לעיין בכל חומר הראיות כדי להיחשף לתצורה הכוללת שהערכאה הדיונית נחשפה אליו. בדרך זו היא תוכל להיכנס בנעלי הערכאה הדיונית ולהקנות לכל ראיה משקל מתאים ביחס לראיות האחרות. אם תקבע את העובדות בלא לנהוג כך, תמונתה עלולה להיות חסרה באופן שיגדיל את הסיכון לטעות; שנית, אם הכרעת הערכאה הדיונית נסמכה על הערכת מהימנותם של העדים, ערכאת הערעור תוכל לעשות זאת באפקטיביות דומה רק אם העדויות הוקלטו בוידאו באיכות המאפשרת להתרשם ממנה בדומה לעדות חיה. הגם שכיום ניתן לעשות זאת בעלות נמוכה, ככלל אין נוהגים כך.²⁵ אם שני תנאים אלה התקיימו, אין מניעה שערכאת הערעור תעריך מחדש את הראיות ותקבע את העובדות. אדרבה: היא נמצאת בעמדה טובה יותר לעשות זאת. אף על פי כן בשיטת הכרעה המבוססת על התרשמות ישירה מהעדים (זו השיטה הנוהגת במדינות המשפט המקובל), הבאת הראיות – ובמיוחד העדת העדים וחקירתם בחקירות ראשית, נגדית וחוזרת – היא תהליך ממושך ויקר.²⁶ משהושקעו משאבים רבים

מב(1) 353, 372–375 (1988); לוי תורת הפרוצדורה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 203–205; דורון מנשה "סדר דין אזרחי: מגמות מרכזיות לקראת כינונה של פרספקטיבה חוקתית" עיוני משפט כב 205, 221–230 Carrington; לעיל ה"ש 19, בעמ' 550–553; ROSCOE POUND, APPELLATE PROCEDURE IN CIVIL CASES 1–4 (1941); Arthur D. Hellman, *Error Correction, Lawmaking, and the Supreme Court's Exercise of Discretionary Review*, 44 U. PITT. L. REV. 795, 795–803 (1983); PAUL D. CARRINGTON ET AL., JUSTICE ON APPEAL 2–4 (1976); DANIEL JOHN MEADOR & JORDANA SIMONE BERNSTEIN, APPELLATE COURTS IN THE UNITED STATES 1–4 (1994).

24 להרחבה ראו בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 12–15 וכן בפרק 14. יש לציין שגם לאחר שפסק דין נהיה חלוט אין הוא סופי לחלוטין. יש אפשרות לשנות את התוצאה באמצעות תביעה לקיום "משפט חוזר אזרחי", אולם המשוכה שעל המבקש לעבור לשם שינוי התוצאה היא גבוהה ביחס להליך ערעורי. ראו שם, בעמ' 433–438.

25 עמנואל גרוס "חקר האמת והביקורת השיפוטית – התערבות של ערכאת ערעור בממצאי עובדה: עיון נוסף" ספר גבריאל בך, לעיל ה"ש 16, 225, בעמ' 262–282 (להלן: גרוס "חקר האמת והביקורת השיפוטית").

26 בשיטה הקונטיננטלית-אינקוויזיטורית, המבוססת על ראיות בכתב, ההליך הדיוני קצר יותר, והדבר מאפשר בירור דיוני כפול – בערכאה הראשונה ובערכאת הערעור – וסיום ההליך תוך זמן סביר. ראו לוי תורת הפרוצדורה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 160; בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 13–14, ה"ש 24. רציונל זה חל למשל בהליכי ערעור על פסקי דין בעתירות מנהליות שבהם הערכאה הדיונית ככלל אינה שומעת עדים. הכרעה בהליך כזה קצרה יותר, וערכאת הערעור נמצאת בעמדה טובה יותר להכריע הן בשאלות עובדתיות הן בשאלות משפטיות.

בבירור העובדתי בערכאה הדיונית, וזו הנחת המוצא בהליך האדוורסרי, בדיקה נוספת במתכונת דומה בערכאת הערעור תהיה יקרה במיוחד. היא תצרוך זמן שיפוטי רב שהתועלת המצרפית הטמונה בו נמוכה מעלותו. בדיקה שכזו כעניין שבשגרה אינה יעילה (אלא אם כן תוחלת התועלת גבוהה במיוחד). מנגד, אם נפלה טעות ברורה ובולטת בממצא עובדתי, יעיל שערכאת הערעור תתקן אותה (ובלבד שהערכאה הדיונית לא הכירה בה ותיקנה אותה בעצמה). ואכן זוהי אמת המידה להתערבות של ערכאת הערעור בקביעות עובדתיות בשיטתנו ובשיטות דומות.²⁷

יתרונה של ערכאת הערעור מתבטא בהכרעה בשאלות משפטיות²⁸ ובהסקת מסקנות מהעובדות.²⁹ אשר לאלו ערכאת הערעור נמצאת בעמדה מוסדית טובה מזו של הערכאה הדיונית, ולכן ההסתברות לדיוק בתוצאה גדלה. מטעם זה אמת המידה לביקורת ערעורית על קביעות משפטיות היא דיון מחדש (*de novo*), שמשמעו שערכאת הערעור אינה מוצאת שקביעות הערכאה הדיונית עדיפות מקביעותיה שלה.³⁰

27 לדיון באמת מידה זו בשיטתנו ראו ע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל, פס' 10–22 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 8.9.2011); קרמיצר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 412 ואילך; גרוס "חקר האמת והביקורת השיפוטית", לעיל ה"ש 25; בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 476–489. אמת המידה לביקורת על הממצאים העובדתיים של הערכאה הראשונה בארצות הברית בהליך אזרחי קבועה בכללי הפרוצדורה האזרחית: "Findings of fact, whether based on oral or other evidence, must not be set aside unless clearly erroneous, and the reviewing court must give due regard to the trial court's opportunity to judge the witnesses' credibility" (FED. R. CIV. P. 52(a)(6)). העליון הגדיר אמת מידה זו כך: "A finding is 'clearly erroneous' when although there is evidence to support it, the reviewing court on the entire evidence is left with the definite and firm conviction that a mistake has been committed" (United States v. U.S. Gypsum Co., 333 U.S. 364, 395 (1948)). חשוב לציין כי אמת מידה זו מושפעת במידה רבה מחלוקת הסמכויות בין בית המשפט לחבר המושבעים, ולכן יש להיזהר בהשוואה בין השיטות, אם כי הטעמים לה זהים לאלה שמנינו לעיל. לדיון באמת מידה זו ראו J. ERIC SMITHBURN, APPELLATE REVIEW OF TRIAL COURT DECISIONS (2009); STEVEN ALAN CHILDRESS & MARTHA S. DAVIS, FEDERAL STANDARDS OF REVIEW §§ 2.04–2.08 (4th ed. 2010); George C. Christie, *Judicial Review of Findings of Fact*, 87 NW. U. L. REV. 14, 38–39 (1992); Ellen E. Sward, *Appellate Review of Judicial Fact Finding*, 40 U. KAN. L. REV. 1 (1991); Bryan L. Adamson, *Federal Rule of Civil Procedure 52(a) as an Ideological Weapon?*, 34 FLA. ST. U. L. REV. 1025 (2006).

28 קביעות משפטיות נוגעות לזיהוי והחלה של נורמה משפטית מופשטת על תשתית עובדתית קונקרטית, והן אינן טעונות ראיה. ראו Christie, לעיל ה"ש 27, בעמ' 38–39; גרוס "חקר האמת והביקורת השיפוטית", לעיל ה"ש 25, בעמ' 228; בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 491–492.

29 ראו למשל ע"א 497/84 ביטון נ' אמר, פ"ד מא(1) 673, 678 (1987); ע"א 212/89 גפן נ' לובצקי, פ"ד מה(4) 256, 263 (1991); ע"א 23/81 הרשקו נ' אורבך, פ"ד מב(3) 749, 754 (1988); ע"א 43/83 עובון כהן נ' ליננברג, פ"ד לח(3) 488, 493 (1984). יצוין כי ההבחנה בין קביעה עובדתית לבין מסקנה משפטית לעתים אינה ברורה. ראו בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 482–483, 492–494.

30 ראו Chad M. Oldfather, *Universal De Novo Review*, 77 GEO. WASH. L. REV. 308 (2009); ע"א 1/84 ברדה נ' סטרוד, פ"ד מב(1) 661, 666 (1988) (המשנה לנשיא בן-פורת: "מדובר במסקנה, שביסודה מונחת שאלה משפטית להבדיל מעובדתית [...] ועל-כן אין מצבה של ערכאת הערעור, בשוקלה טענה זו, נחות לעומת מצבה של הערכאה הדיונית").

מהי הדרך היעילה לתקן טעויות של ערכאת הערעור הראשונה? כפי שנסביר בהמשך, לא יעיל לקיים בירור ערעורי שני שנועד לתיקון טעויות. הדרך היעילה לתקן טעויות של ערכאת הערעור הראשונה היא לאפשר לערכאה זו לתקן אותן בעצמה.

תפקידה של הערכאה השלישית (ערכאת ערעור שנייה) הוא לפתח את המשפט לטובת אינטרס הציבור. ערכאה זו נועדה להכריע בשאלות משפטיות עקרוניות וחשובות שהערכאות הקודמות נחלקו בעניינן או שיש להניח שיעסיקו אותן בעתיד, ושיש לציבור אינטרס שיוכרעו בערכאה העליונה ויהיו להלכה מחייבת וסופית.³¹ זו תיצור ודאות ויציבות ותחסוך את המשאבים שיושקעו בבירור המשפטי כל אימת שתתעורר שאלה שבתי המשפט נחלקו בה במותב שטרם הכריע בה. בערכאה העליונה מספר השופטים קטן יחסית לערכאות האחרות. טעם עיקרי לכך הוא שככל שמספר השופטים גדול יותר, כך מספר הדעות והעמדות גדל, וגובר הקושי לגבש הלכה ברורה ואחידה הדרושה לצורך ודאות ויציבות. כך במיוחד אם הערכאה העליונה אינה יושבת במותב מלא (*en banc*) בכל העניינים; כך שבעתיים אם שופטי הערכאה העליונה דנים בעניינים מסוימים במותב יחיד ונוצרות הלכות סותרות.³² בשל מספר השופטים הקטן ביחס להיקף העניינים הצריכים הכרעה של הערכאה העליונה, זמנה השיפוטי הוא היקר ביותר.³³

תפקידה של הערכאה השלישית מניח שהיה לבעלי הדין יום דיוני אחד שנועד לבירור העובדות ויום ערעורי אחד שנועד לתיקון טעויות. לאחר שני אלה ההנחה היא שההסתברות שתוצאה מוטעית תיוותר על כנה – ולמצער טעות ברורה – היא יחסית נמוכה, ולכן לא יעיל להקדיש משאבים לבירור ערעורי שני כאשר תוחלת התועלת קטנה ביחס לעלות. אמנם יעיל לתקן טעויות ברורות גם בשלב הזה, שכן עלות תיקון היא נמוכה (הן הרי ברורות ולכן אינן צורכות זמן שיפוטי רב), אולם ההנחה היא כאמור שטעויות ברורות צריכות להיות נדירות בשלב הזה, שכן אם הטעות ברורה אין סיבה שערכאת הערעור הראשונה לא תתקן אותה. לכן ככלל יעיל למתוח את קו סופיות הדיון בתום הערעור הראשון ולקבוע שערעור שני לא נועד לתקן טעויות יישומיות, עובדתיות או משפטיות.³⁴ מערכת המשפט אף נדרשת לפעול בעקיבות ובהקפדה על שוויוניות. אם ערעור שני ישמש לתיקון טעויות יישומיות מסוג מסוים, יהא זה משגרת יומה של הערכאה העליונה לבחון אם נפלו טעויות מאותו סוג ולתקנן.³⁵ היקף המשאבים המוגבל עד מאוד של ערכאה זו והצורך לנצלם ניצול מיטבי

31 ככלל, תנאי להכרעה בשאלה משפטית הוא שבעלי הדין חלוקים בה ושהכרעה בה נדרשת לצורך פתרון המחלוקת ביניהם. לטעמים לכך ראו בועז שנוור "הלכה ואין מורין כן: על היחס בין קביעת הלכה משפטית להכרעת הדין במקרה הספציפי – בעקבות דנ"א 4693/05 בית חולים כרמל-חיפה נ' מלול" עלי משפט י 7, 31–35 (2012).

32 ראו למשל רע"א 3783/13 אי די בי חברה לפתוח בע"מ נ' שמיע (פורסם בנבו, 5.6.2013).

33 ראו טמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 241; בר נוב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1160–1161.

34 ראו עניין חניון חיפה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 125–126; בג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יו"ר הכנסת, פס' 32 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 26.6.2013).

35 דומה שזהו הדין הנוהג בעניין בקשות רשות ערעור בגלגול שלישי שחורצות גורלם של קטינים בענייני מעמד אישי. באלה נוהג בית המשפט העליון בישראל לתת רשות ערעור כעניין שבשגרה. ראו למשל בע"מ 9358/04 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 2.5.2005); בע"מ 27/06 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 1.5.2006); בע"מ 10060/07 פלוני נ' פלוני, פס' 26 (פורסם בנבו, 2.10.2008). פרקטיקה זו מעוררת את השאלה אם יעיל שבתיקי אימוץ ידונו דרך קבע שלוש ערכאות ושבעה שופטים.

מטים את הכף שלא לאפשר זאת. אכן, המשפט מבקש להגיע לתוצאה נכונה, מדויקת וצודקת. טבעי ששופט שנתקל בטעות יבקש לתקן אותה ושמצפוננו יקשה עליו להימנע מכך. אף על פי כן זמן שיפוטי שמוקדש לתיקון טעויות יישומיות בערכאה שלישית מנוצל שלא ביעילות ופוגע באינטרס הציבור. לכן ברוב מדינות המשפט המקובל – ובהן ארצות הברית, אנגליה, קנדה ואוסטרליה – הערכאה העליונה אינה עוסקת ככלל בתיקון טעויות.³⁶

מדוע ככלל ולא תמיד? משום שקיים אינטרס ציבורי שלעתים הערכאה העליונה תתקן טעויות יישומיות. למשל, כאשר ערכאת הערעור הראשונה סוטה חזיתית מתקדים מחייב, כשמותב מסוים שוגה בעקיבות, או כשנותרה על כנה טעות ברורה או טעות הגורמת לעיוות דין חמור. במקרים אלה – שהם חריגים ונדירים – לערכאה העליונה יש תפקיד מפקח שמטרתו להשיב את ערכאת הערעור הראשונה למסלולה כשסטה ממנו, ואגב כך להעביר מסר לערכאות הערעור האחרות.³⁷ יש להדגיש כי השיקול העיקרי בתיקון טעויות במקרים כאלה הוא קיומו של אינטרס ציבורי בשמירה על תפקוד תקין של מערכת המשפט והגברת אמון הציבור בה, ואילו לאינטרס הפרטני של בעלי הדין בתיקון הטעות מוקנים משקל מועט וחשיבות משנית. יעיל אפוא שהערכאה העליונה תתקן טעויות, משני טעמים עיקריים: האחד, משום שעצם ידיעתה של ערכאת הערעור הראשונה שהערכאה העליונה עשויה לתקן טעויות יישומיות במקרים המתאימים מתמרצת את הראשונה לעשות מלאכתה היטב; השני, משום שהותרת טעויות מן הסוג האמור על כנן, ללא כל תגובה של הערכאה העליונה, עלולה לפגוע באמון הציבור במערכת המשפט. עם זאת חשוב לשוב ולהדגיש שתיקון טעויות בערכאה העליונה אמור להיות נדיר וחריג ולא להיעשות על דרך השגרה. אף שלעתים עלול להתעורר קושי להבחין בין מקרה שבו תיקון טעות דרוש לטובת האינטרס הציבורי לבין מקרה שבו התיקון אינו דרוש לשם כך, הבחנה זו נדרשת כדי להבטיח שזמנה של הערכאה העליונה ינוצל ביעילות.

אמרנו שיעיל להתיר ערעור שני כשמתעוררת סוגיה שיש לציבור אינטרס שתוכרע בערכאה העליונה. מהי הדרך היעילה לבחון אילו מקרים באים בגדר אמת מידה זו? ניצול יעיל של הזמן השיפוטי מחייב ששאלה זו תוכרע בדיוק מרבי ובמינימום משאבים. הדרך היעילה היא לקבוע פרוצדורה שלפיה בעל דין שמבקש לערער יגיש לבית המשפט בקשה לכך ויסביר מדוע לטענתו מתעוררת שאלה שיש אינטרס ציבורי לדון בה.³⁸ בדיקת שאלה זו צורכת זמן שיפוטי פחות מהזמן שצורכת הבדיקה אם נפלה טעות יישומית בפסק הדין. הואיל וטעות יישומית אינה עילה למתן רשות ערעור, על בית המשפט לנמק את החלטתו³⁹ בהתייחס לאמת המידה האמורה ותו לא. השאלה אם נפלה טעות יישומית בפסק הדין אינה רלוונטית. הידרשות אליה בהנמקה, בבחינת למעלה מן הצורך, היא ניצול לא יעיל של הזמן השיפוטי. היא אף עלולה ליצור רושם מוטעה בקרב המתדיינים, אשר עלולים לסבור שאם הערכאה העליונה הייתה מוצאת שנפלה טעות יישומית, היא הייתה מתקנת אותה, ולא היא.

36 ראו להלן חלק ב.2.(ב).

37 השו: עניין בר-עוז, לעיל ה"ש 17, שם.

38 השאלה אילו מקרים באים בגדר אמת מידה זו חורגת מתחום חיבורנו.

39 וזאת בהנחה שיש מקום לנמק את ההחלטה. אין אנו דנים בשאלה אם יעיל או ראוי לתת נימוקים להחלטה כזו.

הנמקה לגוף העניין מעודדת הגשתן של בקשות רשות ערעור שאינן עומדות באמת המידה ולכן אינה רצויה.⁴⁰ מבחינת משאבי הצדדים, בקשה לרשות ערעור שאינה עומדת באמת המידה האמורה תידחה זמן קצר לאחר שתוגש מבלי שנתבקשה תשובת הצד שכנגד וללא דיון באולם. אם מצא בית המשפט שהבקשה מגלה עילה, יבקש תשובה של הצד שכנגד. על סמך הבקשה והתשובה תינתן החלטה אם לתת רשות ערעור אם לאו. אם תינתן רשות, ייקבע הערעור לשמיעה לפני הרכב.

לבסוף, אף באשר לערכאה העליונה עולה השאלה אם וכיצד יש לתקן טעות שלה. אלא שהפעם לא רק יעיל שהערכאה העליונה תוכל לתקן טעויות, אלא שמאחר שאין מעליה ערכאה נוספת – רק היא יכולה לתקן. עם זאת תיקון טעויות יישומיות של ערכאה שלישית אמור להיות מצב נדיר ויוצא דופן. ההנחה היא שאם נפלה טעות, היא תתוקן בגלגולים הראשון או השני, וכן משום שעקרונית בערכאה העליונה מכהנים שופטים מנוסים היושבים בהרכב ונתמכים בצוות עזר איכותי. על רקע תשתית עיונית זו נפנה לבחון את מצב הדברים בשיטתנו.

ב. תיקון טעויות במערכת המשפט הישראלית – הדין וקשייו

בחלק זה נבחן את הדרכים העיקריות⁴¹ לתיקון טעויות בפסק דין לא חלוט⁴² בשיטתנו – "תיקון אופקי" ו"תיקון אנכי". נראה כי הגבלת סמכות התיקון האופקי לטעויות טכניות בלבד גורמת לניצול לא יעיל של משאבים בכלל ושל משאבי השיפוט בפרט. נדגים זאת באמצעות הדרך שבה נוהגת הערכאה העליונה לתקן טעויות יישומיות בגלגול שלישי על רקע אמת המידה שנקבעה בעניין חניון חיפה. לאחר מכן נבחן את ההסדרים המקבילים באנגליה ובארצות הברית. ניווכח כי קושי זה אינו מתעורר בהן משום שהסמכות לתקן תיקון אופקי בשיטות הנוהגות שם נותנת לו מענה. דיון זה ישמש מצע לחלק הבא של החיבור, שבו נציע להרחיב את סמכות התיקון האופקית בשיטתנו באופן שייעל את ניצול המשאבים ביחס להסדר הקיים.

1. הדרכים לתיקון טעות בפסק דין שאינו חלוט: תיקון אנכי ותיקון אופקי

הדין מכיר בשתי דרכים מרכזיות לתקן טעות שנפלה בפסק דין שאינו חלוט: האחת, תיקון המבוצע בידי הערכאה שנתנה את פסק הדין (תיקון אופקי);⁴³ השנייה, תיקון המבוצע בידי ערכאת הערעור שמעל הערכאה שנתנה את פסק הדין (תיקון אנכי).⁴⁴ הסמכות לתקן תיקון

40 לביקורת על פרקטיקה זו ראו נעם סולברג "בקשת רשות ערעור – הלכה ואין מורין כן" משפטים יח 447, 449–450 (1989); שני, לעיל ה"ש 20, בעמ' 98–108; בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 229–231.

41 דרך נוספת לתקיפת פסק דין לא חלוט היא הגשת עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק. לא נעסוק בה כאן.

42 יודגש כי לא נעסוק בדרכים לתיקון פסק דין חלוט ("משפט חוזר אורחי").

43 תיקון אופקי הוא הליך של תיקון החלטה בערכאה שנתנה אותה. בקשה לעיון מחדש, בקשה לתיקון טעות סופר ובקשה לביטול החלטה הן הליכי תקיפה אופקיים.

44 ערעור ובקשת רשות לערער הם הליכי תקיפה אנכיים.

אופקי מוגבלת לטעויות טכניות בלבד, ואילו הסמכות לתקן תיקון אנכי אינה מוגבלת אך לטעויות כאלו. להלן נעמוד על ההבדלים בין שתי הדרכים.

(א) תיקון אופקי

הסמכות לבצע תיקון אופקי בפסק דין מוקנית בסעיף 81 לחוק בתי המשפט.⁴⁵ הסעיף מתייחס לכל פסק דין או החלטה אחרת של בית משפט. הוא חל בהליכים אזרחיים ופליליים כאחד. הוא מבחין בין תיקון שבית המשפט מוסמך לעשותו בהיעדר הסכמה של הצדדים⁴⁶ לבין תיקון שבית המשפט מוסמך לעשות בהסכמתם בלבד.⁴⁷ בית המשפט העליון פירש את סמכות התיקון שלא בהסכמה כמשתרעת על טעויות בעלות אופי טכני בלבד המכוונות "טעות סופר": "טעות לשון, טעות בחישוב, פליטת קולמוס, השמטה מקרית, הוספת דבר באקראי, וכיוצא באלה". בעל דין רשאי לבקש הוספה, גריעה ותיקון של כל אחת מאלו.⁴⁸ בפסיקה ענפה נקבע כי יש לפרש את סוגי הטעויות המנויות בסעיף כלשונן ולא על דרך של פרשנות מרחיבה.⁴⁹ טעויות טכניות מן הסוג המנוי בסעיף עניינן דבר מה שנכלל בשגגה בהחלטה או שנשמט ממנה, לרבות עניין שבית המשפט לא כלל בהחלטה מאחר שנראה לו כי היה הדבר "ברור הוא מאליו או כלול ממילא [...] ואין צורך לפרשו".⁵⁰ נקבע כי הסמכות שבסעיף 81(א) לא נועדה לאפשר לבית המשפט לתקן טעויות מהותיות שנפלו בפסק הדין.⁵¹ אין מדובר בתיקונים שמשמעותם שכתוב של ההחלטה אלא סמכות שתכליתה לאפשר לבית המשפט לבטא אל נכון את שהתכוון לקבוע מלכתחילה, ולא מעבר לכך.⁵² מדובר בעיקר בשיבושים טכניים הטעונים תיקון⁵³ ובעניינים שהיו בדעתו של בית המשפט, "אך כאשר תרגם מחשבתו לכתובים פסח עליהם בהיסח-הדעת"⁵⁴ ונשמטו.⁵⁵ מקום שדבר מה לא צוין בפסק הדין שלא על דרך המקרה ולא בהיסח הדעת, לרבות טענה או ראייה שבית המשפט לא דן בהן בטעות, אין לראות בכך השמטה מקרית.⁵⁶ אם נעשתה טעות מסוג

45 קביעת ההוראה בחקיקה הראשית דווקא ולא בתקנות סדר הדין האזרחי נועדה בין היתר להסדיר תיקון פסקי דין בהליך הפלילי. יצחק כהן "תיקון טעות בפסק דין" – אליה וקוצים בה: הצעה לסילוקם מחקרי משפט כו 789, 795 (2010). ראו גם הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 19), התשמ"ד-1984, ה"ח 241, ודברי ההסבר לה.

46 ס' 81(א) לחוק בתי המשפט.

47 ס' 81(ב) לחוק בתי המשפט.

48 רע"א 9078/08 פינקלשטיין נ' טיב בית חרושת לנגניק ובשר מעושן – שותפות מוגבלת (פורסם בנבו, 10.4.2009).

49 ע"א 769/77 יוסיפוב נ' יוסיפוב, פ"ד לב (1) 667, 670–671 (1978). לסקירה ממצה ראו גם כהן, לעיל ה"ש 45, בעמ' 796–798.

50 ע"א 9357/09 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' עמיר, פס' 5 (פורסם בנבו, 10.3.2010).

51 ד"נ 29/83 "סהר" חברה לביטוח בע"מ נ' כהנא, פ"ד לט (4) 433, 437 (1985).

52 כהן, לעיל ה"ש 45, בעמ' 795. ראו גם ע"א 159/90 סולל בונה בע"מ נ' ברק אור בע"מ, פ"ד מז (4) 17, 22 (1993).

53 עניין שטרית, לעיל ה"ש 15, בעמ' 475.

54 עניין יוסיפוב, לעיל ה"ש 49, בעמ' 670–671.

55 ע"א 576/81 בן שמעון נ' ברדה, פ"ד לט (2) 589, 590 (1985); ראו גם עניין יוסיפוב, לעיל ה"ש 49, בעמ' 670.

56 עניין יורשי ברזל, לעיל ה"ש 15, בעמ' 388.

שאינו מנוי בסעיף 81(א), הרי שלמעט מקרים מיוחדים חל עקרון סופיות הדיון, הקובע כי בית המשפט אינו מוסמך לשנות את פסק דינו לאחר שקם מכיסאו וסיים את מלאכתו.⁵⁷ אפילו נוכח בית המשפט כי היה פוסק בסוגיה מסוימת כפי התיקון המבוקש – אם אין מדובר בסוגיה שבית המשפט היה ער לה בעת הדיון, לא יוכל לתקנה כטעות סופר. הדרך להביא לשינוי או לתיקון מהותי היא הגשת הליך ערעורי לערכאה שמעל.⁵⁸ הרציונל העומד מאחורי כלל זה הוא העקרונות בדבר סופיות הדיון וגמר המלאכה שעניינם השאיפה לסיים את הדיון עם מתן פסק הדין, לתת לזוכה ליהנות מפרות זכייתו ולא לאפשר לצד שכנגד שחש מקופח לפתוח את העניין להתדיינות נוספת שלא בדרך של ערעור ואגב כך לגרור את הזוכה להוצאות נוספות בניסיון להתישו ולגרור להתמשכות ההליכים.⁵⁹ סמכות התיקון לא נועדה לאפשר תיקונים בפסק דין שאינם אלא "מסווה לכתיבת פסק-דין חדש".⁶⁰

אמת המידה שנקבעה בפסיקה לתיקון טעות לפי סעיף 81(א) מבטאת אפוא נקודת איזון בין אינטרס סופיות הדיון לבין השאיפה לדייק בתוצאה במינימום עלויות. אם נפלה בפסק הדין טעות שאינה נכללת בו, אין משמעות הדבר שלא יהיה ניתן לתקנה, אלא שההנחה העומדת מאחורי סמכות התיקון היא שיעיל יותר לתקן את הטעות בערכאת הערעור. זהו הרציונל העומד בבסיסו של סעיף 81(א), ונקבע כי ראוי לפרש אותו על פיו. דא עקא, שהפרשנות שאומצה אינה עולה בקנה אחד עם הרציונל של הכלל ומעוררת קשיים. ראשית, המבחן שאימצה הפסיקה לתיקון טעות סופר הוא מבחן המודעות: "מדובר בעיקרו של דבר על השמטה [...] [ה]מתייחסת לדברים אשר בית המשפט רצה לכלול בהחלטתו, כאשר נתן אותה אך הדבר נשמט מתשומת-לבו ללא דעת; וכאשר חוזרים ומפנים תשומת-לבו לשאלה

57 הפסיקה הכירה בשני חריגים לכלל זה: הראשון, בית המשפט רשאי לתקן טעות מהותית בפסק דין שנתן ואף לשנות את התוצאה אם התיקון מבוצע ביום השימוע של פסק הדין, שאז בית המשפט טרם קם מכיסאו וטרם סיים את מלאכתו. המ' 464/65 עוזר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט 31, 40 (1965); בג"ץ 63/74 סעור נ' בית-המשפט המחוזי, תל-אביב-יפו, פ"ד כח(2) 37, 42–43 (1974); ע"א 330/78 המהפך אגודה שתופית בע"מ נ' פקיד השומה למס הכנסה, פ"ד לה(2) 499, 504 (1981); ע"מ"ס 4794/05 אופן נ' שר הביטחון, פס' 35 (פורסם בנבו, 12.6.2005); רע"א 7816/06 כונס נכסים נ' עזובן מרמלשטיין, פס' 2 (פורסם בנבו, 5.10.2009). השאלה אם שופט רשאי לתקן טעות מהותית אם התבקש לכך ביום מתן פסק הדין אך החליט בבקשה במועד מאוחר יותר, נותרה בצריך עיון. ראו דברי השופט טירקל בעניין המהפך, בעמ' 504; ודברי השופט עדיאל בעניין אופן, פס' 36. אולם אם פסק הדין נשלח לבעלי הדין בפקסימיליה, והבקשה הוגשה לאחר יום נתינתו, בית המשפט אינו מוסמך לתקן טעות מהותית (ראו עניין עזובן מרמלשטיין, לעיל ה"ש 57). החריג השני מתייחס לאפשרות לתקן החלטה שניתנה במעמד צד אחד, לפי תק' 201 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984. לדיון בחריג זה ראו בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 421–426.

58 ראו ע"א 1747/11 בכר נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פס' 13–14 (פורסם בנבו, 26.8.2012) (מפסק הדין עולה כי ערכאת הערעור מוסמכת לתקן טעויות מן הסוג המנוי בסעיף 81(א) לחוק בתי המשפט אף אם לא הוגשה בקשה לתיקון טעות לערכאה הדיונית). השוו רע"א 8567/12 פגירסקי נ' שפירא, פס' 4 (פורסם בנבו, 5.8.2013).

59 לעקרון "גמר המלאכה" ולטעמים המונחים בבסיסו ראו והשוו עניין שטרית, לעיל ה"ש 15; עניין יורשי ברזל, לעיל ה"ש 15; עניין זלסקי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 97–100; עניין גרינשפן, לעיל ה"ש 15, שם; זלצמן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 20–20.

60 עניין יוסיפוב, לעיל ה"ש 49, בעמ' 671; יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 907 (מהדורה שביעית, שלמה לויין עורך, 1995).

מתברר בעליל, כי הוא היה ער לקיומו של הצורך לקיים פרט זה או אחר בהחלטה, בעת שהיא ניתנה" [ההדגשה הוספה, ט' ח'].⁶¹ מבחן זה מעורר את הקושי הבא: ברי כי בעת שנתן את פסק הדין (חתם עליו או שימע אותו) לא היה השופט מודע, מודעות אקטיבית, לכך שתוכנו אינו זהה למה שהתכוון לכתוב, שכן אם היה מודע לפגם זה היה מתקן אותו. מכאן שניתן לתקן דבר מה שהשופט היה מודע לו בנקודת זמן כלשהי לפני שנתן את פסק הדין. מהי נקודת הזמן הזו? סביר להניח שכאשר עיין בסיכומי הטענות במהלך כתיבת פסק הדין, היה השופט מודע לכל טענה מהותית שהופיעה בהם והתכוון להתייחס אליה. האם עולה מכך שהשופט מוסמך להשלים התייחסות לכל טענה או ראיה שלא נדונו? למצער, האם סמכות התיקון משתרעת על עניינים שהייתה לשופט מודעות קונקרטית למה שבכוונתו לפסוק בעניינם? תשובה חיובית לשאלות אלו הייתה משיירת בידי השופט סמכות תיקון רחבה הכוללת, במקרים המתאימים, השלמה של פסק הדין, שינוי התוצאה ואף כתיבת פסק דין חדש.⁶² והרי נפסק שלא לשם כך מיועדת סמכות התיקון. יתרה מזו, באותו פסק דין ממש קבע בית המשפט העליון בעניין סמכות התיקון כי היא "אינה דנה בתקלות שהן ביטוי של שכחה שבעטיה לא התייחס בית המשפט להיבט זה או אחר של המחלוקת".⁶³ והרי כפי שהסברנו לעיל, ברי כי בעת שנתן את פסק הדין היה השופט במצב של שכחה בעניין אותו דבר שנתכוון לכתוב ולא כתב או שגה בעניינו. הכיצד ניתן ליישב בין הדברים? שנית, מלבד הקושי שמעורר מבחן המודעות כאמור, ההבחנה בין טעות "טכנית", המותרת בתיקון, לבין טעות "מהותית", שלא ניתן לתקנה, אינה עולה בקנה אחד עם הרציונל שבבסיס הכלל: לאפשר לתקן טעויות שיעיל לתקן בתקיפה אופקית. כך למשל נקבע כי צו ירושה שהחיל בטעות את הוראות חוק הירושה, התשכ"ה–1965 תחת הוראות פקודת הירושה, 1923 היא טעות מהותית שאינה מותרת בתיקון,⁶⁴ וכי ניכוי בטעות מסכום החוב הפסוק של 25% למס הכנסה במקום 13.5% שהיה צריך לנכות לפי הדין היא טעות מהותית.⁶⁵ נקל לראות כי לפי טבען אפשר לסווג את הטעויות הללו כ"טכניות" במובן זה שבית המשפט הפעיל כלל משפטי ברור במשגה. לשיטתנו, יש לכלול טעויות כאלו בגדר סמכות התיקון בשל תכליתה, ואין מניעה לפרש את סמכות התיקון באופן זה גם כיום. כפי שנראה בהמשך, ההסדרים באנגליה ובארצות הברית מאפשרים לתקן טעויות מסוג זה בתקיפה אופקית.

(ב) תיקון אנכי

תיקון אנכי הוא תיקון שמבוצע בידי ערכאת ערעור גבוהה מזו שנתנה את פסק הדין. הסמכות לבצע תיקון אנכי היא רחבה. ערכאת הערעור מוסמכת לתת כל החלטה שהערכאה הקודמת הייתה מוסמכת לתתה, אף מנימוק שונה מזה של הערכאה הקודמת, וכן לקבל

61 עניין יוסיפוב, לעיל ה"ש 49, בעמ' 671.

62 יצוין כי באותו פסק דין ממש נקבע כי סמכות התיקון "דנה בנושאים אשר בית המשפט היה ער להם בעת הדיון, אך כאשר תרגם מחשבתו לכתובים פסח עליהם בהיסח הדעת" (שם). דברים אלה מלמדים לכאורה כי די בכך שהשופט היה מודע לדבר מה במהלך הדיון והתכוון לכתוב אותו כדי לאפשר לו לתקנו. נוסח זה מלמד לכאורה על סמכות תיקון רחבה יותר.

63 שם, בעמ' 671.

64 ב"ש 334/81 לוי נ' דויד, פ"ד לו(1) 139 (1981).

65 המ' (מחוזי-ים) 1177/86 ארנטל נ' "מנורה" חברה לביטוח בע"מ, פ"מ התשמ"ז(1) 520 (1986).

ראיות נוספות ולצרף בעלי דין.⁶⁶ ממילא היא רשאית לתקן כל טעות שהערכאה הקודמת הייתה מוסמכת לתקנה בתיקון אופקי.⁶⁷ על רקע הבחנה זו נפנה לבחון אם הסדרי תיקון הטעויות בישראל הם יעילים ומובילים לניצול יעיל של משאבי שיפוט. נקדים אחרית לראשית ונאמר כבר כאן כי תשובתנו לכך שלילית.

2. חלוקת הסמכויות לתיקון טעויות וניצול של משאבי השיפוט – הלכת חניון חיפה ויישומה

מערכת בתי המשפט בישראל דנה בעניינים מסוימים בשלוש ערכאות שיפוט: בית משפט השלום הוא ערכאה דיונית; בית המשפט המחוזי הוא ערכאת ערעור ראשונה; בית המשפט העליון הוא ערכאת ערעור שנייה.⁶⁸ האם חלוקת התפקידים בין הערכאות מנצלת משאבים ביעילות? עיון בהחלטת בית המשפט העליון בעניין חניון חיפה מותיר רושם שהתשובה חיובית. בהחלטה זו נקבע – על בסיס הנימוקים שמנינו מעלה – כי רשות ערעור בגלגול שלישי תינתן כשמתעוררת שאלה ש"החשיבות המשפטית [שלה – ט' ח'] חורגת מן העניין שיש לצדדים הישירים בהכרעה במחלוקת".⁶⁹ אמת מידה זו מכירה בחשיבותו של ניצול יעיל של משאבי השיפוט של הערכאה העליונה: עולה ממנה שערכאה זו לא נועדה לתקן טעויות יישומיות. כך קבע גם בית המשפט העליון במפורש פעמים הרבה.⁷⁰ ברם בדיקה מעמיקה מגלה תמונה מורכבת יותר.

66 ראו תק' 462, 424 לתקנות סדר הדין האזרחי; בן-נח וחבקין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 341–345.

67 ראו למשל עניין בכר, לעיל ה"ש 58, פס' 13–14.

68 לפירוט חלוקת הסמכויות בין ערכאות השיפוט בבתי המשפט הרגילים ראו ס' 15 לחוק-יסוד: השפיטה (בית המשפט העליון); והסעיפים האלה לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984: ס' 30–32 (בית המשפט העליון), 40–41 (בתי המשפט המחוזיים), 42 (המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו), 51–52 (בית משפט השלום), 55 (בית משפט לעניינים מקומיים), 60 (בית המשפט לתביעות קטנות). לדיון בחלוקת הסמכויות בעניינים אזרחיים ראו אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 54–27 (מהדורה אחת-עשרה, 2013).

69 עניין חניון חיפה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 128.

70 ראו למשל המ' 648/78 אלקינד נ' פוזניאק (לא פורסם) (השופט זוסמן); רע"א 5568/92 שכון עובדים נ' ערים חברה לפיתוח עירוני בע"מ (פורסם בנבו, 28.12.1992) (הנשיא שמגר); רע"א 4824/96 יוסיפוב נ' יוסיפוב (פורסם בנבו, 3.9.1996) (הנשיא ברק); רע"א 3954/98 קנית השלום השקעות בע"מ נ' מ.ס.י.פ. בע"מ (פורסם בנבו, 15.11.1998) (הנשיא ברק); רע"א 4356/06 נביל נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 18.6.2006) (השופט ארבל); בע"מ 4022/11 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 10.7.2011) (השופט פוגלמן). בהליכים פליליים נפסק פעמים רבות שטעות בחומרת העונש לא תקים עילה לרשות ערעור אלא במקרים של סטייה ניכרת ממדיניות הענישה הנוהגת. ראו למשל רע"פ 1275/06 התובע הצבאי הראשי נ' קוזין, פס' 7 (פורסם בנבו, 22.2.2006) (הנשיא ברק); רע"פ 6163/07 חדורה נ' מדינת ישראל, פס' 9 (פורסם בנבו, 22.5.2008) (השופט מלצר במותב תלתא). קביעות שלפיהן טעות בהכרעת הדין לא תקים עילה לרשות ערעור בגלגול שלישי הן נדירות יותר, אך ניתן למצוא אמירות שמסקנה זו משתמעת מהן. ראו למשל רע"פ 10103/04 שרמן נ' משטרת נצרת – תביעות מרחב העמקים, פס' 10–11 (פורסם בנבו, 11.11.2004) (השופטת (כתוארה אז) נאור: "טענות המבקש במקרה דנן מופנות כנגד החלטה המהווה יישום של הלכה שאינה שנויה במחלוקת [...] בנסיבות אלה, אין הבקשה מעוררת עניין בעל חשיבות ציבורית, חוקתית או משפטית החורגת מעניינים של הצדדים להכרעה, כנדרש לשם מתן רשות ערעור"); רע"פ 1701/98 חקלאי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.5.1998) (הנשיא ברק).

שנים אחדות לאחר שניתנה ההחלטה בעניין חניון חיפה הראה נעם סולברג שבית המשפט העליון מתקן טעויות יישומיות בגלגול שלישי בלא להידרש לאמת המידה למתן רשות ערעור, וביקר פרקטיקה זו.⁷¹ תופעה זו עודנה עמנו: לא אחת מתקן בית המשפט העליון טעויות יישומיות בגלגול שלישי בניגוד לרציונל שנקבע בעניין חניון חיפה, בעיקר טעויות ברורות.⁷² יתר על כן, עם השנים – בדרך "אבולוציונית" – נוסף על אמת המידה שנקבעה בעניין חניון חיפה גם קריטריון של "עיוות דין" כעילה עצמאית לביקורת ערעורית בגלגול שלישי.⁷³ נאמר מיד: אף שקריטריון זה אינו מתאים לרציונל שבבסיס הלכת חניון חיפה, שכן עניינו בתיקון טעויות יישומיות בערכאה העליונה, יש אינטרס ציבורי שטעויות

71 סולברג, לעיל ה"ש 40, בעמ' 450–452.

72 ראו למשל רע"א 1982/05 מקומון כל הצפון נ' פלוני (פורסם בנבו, 23.1.2006) (ההחלטה לא נומקה כלל בידי בית משפט השלום ואף לא בידי בית המשפט המחוזי. בית המשפט העליון ביטל את החלטות הערכאות דלמטה והחזיר את הדיון לבית משפט השלום); בע"מ 764/11 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 12.5.2011) (ערכאת הערעור הראשונה התעלמה ממסמך שהוגש לה ושייתכן שהיה בו כדי להשליך על התוצאה); רע"א 2063/11 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 23.10.2011) (שתי הערכאות לא נתנו דעתן לראיה חשובה); רע"א 272/13 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פרץ (פורסם בנבו, 11.4.2013) (ערכאת הערעור הראשונה לא דנה בטענת הגנה שהיה עליה לדון בה); רע"א 5312/12 שלום נ' כרסנטי (פורסם בנבו, 30.10.2013) (תוקנה טעות של בית המשפט המחוזי, ספק אם זו טעות ברורה); רע"א 5321/12 שירותי ציוד ומיכון כלכלי בע"מ נ' חברת מזרחי לפיתוח קרקעות בע"מ (פורסם בנבו, 29.12.2013) (תיקון טעות ברורה בעניין התיישנות); רע"א 3370/14 דיין מוצרי קירור בע"מ נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 23.7.2014) (תיקון טעות מהטעם שבית המשפט המחוזי לא היה ער להלכה חדשה שנגעה לעניין).

73 בהחלטות קצרות משלהי שנות התשעים של המאה הקודמת שדחו בקשות רשות לערער החלו להופיע אמרות אגב שלפיהן רשות ערעור בגלגול שלישי עשויה להינתן גם כשנגרם "עיוות דין". ראו למשל רע"פ 8176/99 כץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.12.1999) (השופט דורנר: "דין הבקשה להידחות. שכן, הכלל הוא שאין לאפשר עריכת דיון שלישי בעניינו של בעל-דין אלא כאשר מדובר במקרה המעלה שאלה חוקתית, ציבורית או משפטית, שהיא בעלת השלכות רחבות החורגות מנסיבות המקרה הבודד (ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123). למצער, רשות ערעור תינתן במקום שבו נגרם עיוות-דין חמור"); רע"א 8264/99 גרינשטיין נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ (פורסם בנבו, 19.1.2000) (השופט דורנר: "ככלל, אין לאפשר לבעל-דין להשמיע את טענותיו בפני ערכאה שלישית, אלא כאשר לעניינו חשיבות מיוחדת החורגת מעבר לנסיבות המקרה הספציפי, או למצער כאשר קיים חשש כי נגרם לו עיוות-דין. ראו ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123"); רע"א 7919/00 מזרחי נ' בן צבי, פס' 3 (פורסם בנבו, 23.11.2000) (השופט פרוקצ'יה: "כבר חזרה ונשנתה ההלכה לפיה בית משפט זה לא יטה להיזקק לענין שנדון קודם לכן בשתי ערכאות קודמות אלא בנסיבות חריגות כאשר עולה שאלה בעלת חשיבות משפטית או ציבורית שלה השלכה רחבה החורגת מגדר עניינם של הצדדים הישירים להליך, או כאשר שורת הצדק והצורך למנוע עיוות דין מצדיקים היזקקות כזו"). כך נוספה עילה זו כקריטריון עצמאי למתן רשות ערעור בגלגול שלישי, אף שלא נכלל מלכתחילה בהלכת חניון חיפה, ובלא שנערך דיון אם קריטריון זה מתאים לרציונל של הלכה זו. ראו בע"מ 4566/13 פלוני נ' פלונית, פס' 7 (פורסם בנבו, 31.7.2013) (השופט ד' ברק-ארז: "אכן, בהלכת חניון חיפה [...] לא הוזכרה במפורש האפשרות לתת רשות ערעור עקב חשש מעיוות דין, אך צוין בה שרשימת המקרים המנויה בה אינה מתיימרת להיות ממצה. בהמשך לכך, עם פיתוח ההלכה, בית משפט זה חזר וקבע כי רשות ערעור 'בגלגול שלישי', הניתנת כאמור רק במקרים חריגים ונדירים, עשויה להיות מוענקת לא רק כאשר מתעוררת שאלה כללית, אלא גם משיקולי צדק, קרי כדי למנוע עיוות דין חמור").

ברורות ועיוותי דין לא ייוותרו על כנם. הותרת טעויות מסוג זה על כנן אינה יעילה, משום שהעלות הטמונה בהותרתן על כנן גבוהה במידה ניכרת מזו הנובעת מתיקון. טעויות ברורות הן טעויות שקל יחסית לזהותן ולכן גם זול לתקן. בית המשפט בדרך כלל מתקן אותן בפסקי דין קצרים שמצריכים משאבים מועטים יחסית. מנגד, עלותה של הותרת טעות ברורה על כנה היא גבוהה: המשאבים שהושקעו יורדים לטמיון, וכן נפגע אמון הציבור במערכת המשפט. המסקנה היא אפוא חד-משמעית: ראוי שטעויות ברורות יתוקנו. אלא שכאמור, ההנחה שבבסיס הלכת חניון חיפה היא שמצב שבו נותרה טעות ברורה על כנה בתום הגלגול השני צריך להיות חריג ונדיר. הטעם לכך הוא שאם מדובר בטעות ברורה וגלויה, כל שכן טעות קשה וזועקת הבאה בגדר עיוות דין, ההנחה היא שערכאת הערעור הראשונה תבחין בה ותתקן אותה. העובדה שבית המשפט העליון מתקן טעויות יישומיות בגלגול שלישי מעוררת אפוא שתי שאלות עיקריות: האחת, מדוע נותרות טעויות ברורות בתום הגלגול השני; השנייה, אם יעיל שהערכאה העליונה תתקן את הטעויות הללו או שמא יעיל לתקן בדרך אחרת. נפתח בשאלה הראשונה. השאלה השנייה תידון בחלק השלישי של המאמר.

(א) מדוע נותרות טעויות ברורות בתום הערעור השני?

עמדנו על כך שדיוק בתוצאה הוא פונקצייה של השקעת משאבים. הואיל והמשאבים מוגבלים, שיעור מסוים של טעויות הוא הכרחי ואף יעיל. הלכת חניון חיפה מניחה שבתום הדיון בערכאת הערעור הראשונה לא יעיל לתקן טעויות יישומיות, מטעם כפול: בשלב זה לא אמורות להיות בנמצא טעויות ברורות, שכן אם הערכאה הראשונה טעתה טעות כזו, ערכאת הערעור תתקן אותה. מנגד, אם הטעות אינה ברורה וגלויה – לא יעיל להשקיע את המשאבים הנדרשים לתיקונה לאחר שהעניין נדון כבר פעמיים. אף על פי כן לעתים נדירות ובמקרים חריגים קורות טעויות ברורות בגלגול השני אשר יעיל שיתוקנו (עלות השקעת המשאבים בתיקון נמוכה מזו של נזק שייגרם מהותרתן על כנן). דא עקא, שכאשר חלה טעות ברורה אך מהותית בערכאת הערעור הראשונה, זו אינה יכולה לתקן את הטעות בתיקון אופקי, שכן סמכות זו מוגבלת לטעויות טכניות בלבד. התוצאה היא שטעות ברורה תיוותר על כנה אם לא תתוקן בגלגול שלישי. הדרך לניצול לא יעיל של משאבים ברורה: הערכאה העליונה נאלצת לתקן טעויות ברורות בגלגול שלישי באופן שחורג מתפקידה העיקרי – פיתוח המשפט (להצעה לתקן קושי זה יוקדש החלק השלישי של המאמר).

אולם הבעיה רחבה מכך. הרציונל של גלגול שלישי יפה למה שאנו מכנים "גלגול שלישי במובן הצר". הוא אינו יפה למה שנכנה "גלגול שלישי במובן הרחב". גלגול שלישי במובן הרחב הוא מצב שבו המחלוקת בין בעלי הדין נדונה בערכאה העליונה בפעם השלישית (ובמובן זה היא אכן גלגול שלישי), אולם עניין מסוים הוכרע לראשונה בערכאה השנייה בלא שנדון קודם לכן בערכאה הראשונה, ועל כן הערכאה השלישית היא במהותה גלגול שני שלו (כלומר, עניין שנדון לראשונה בערכאת הערעור הראשונה ובפעם השנייה בערכאת הערעור השלישית). עניינים כאלה נחלקים לשני סוגים: האחד, כאלה שרק ערכאת הערעור יכולה לדון בהם (למשל, בקשה להארכת מועד להגשת הליך ערעורי, סוגיות הנוגעות לאגרת הערעור ולערובה להוצאות המשיב בערעור, בקשה לתיקון טעות סופר של

החלטת ערכאת הערעור וכיוצא באלה); השני, עניינים שהערכאה הדיונית יכולה לדון בהם אם הבירור יוחזר אליה, כגון בקשה להגיש ראיות חדשות בשלב הערעור, שאלה משפטית שעולה לראשונה בשלב הערעור, טענה שהערכאה הדיונית לא דנה בה מסיבה כזו או אחרת וכיוצא באלו.⁷⁴ לעתים יעיל שהערכאה הדיונית תדון קודם לכן בשאלה שלא נדונה בה בגלגול הראשון (במובן הרחב), ועל כן יעיל שערכאת הערעור תחזיר את הדיון אליה (למשל, מצב שבו הערכאה הדיונית לא קבעה ממצא באשר למהימנותו של עד שהעיד לפניה, וערכאת הערעור סבורה שממצא כזה עשוי להשליך על התוצאה. במצב כזה יעיל שהערכאה שהתרשמה מהעדים תקבע ממצא כאמור, שכן ההנחה היא שהערכאה הדיונית נמצאת בעמדה טובה יותר להעריך את מהימנות העד). לעומת זאת יש שמדובר בסוגיות שערכאת הערעור נמצאת בעמדה טובה יותר להכריע בהן ושיעיל שהיא תדון בהן אף בלא שיידונו קודם לכן בערכאה הדיונית (למשל, כשמועלית לראשונה בערכאת הערעור טענה משפטית חדשה המבוססת על חומר הראיות שהוגש בערכאה הדיונית. במצב כזה לא יעיל להחזיר את הדיון לערכאה הקודמת, שכן ערכאת הערעור נמצאת בעמדה טובה יותר להכריע בשאלה משפטית שהתעוררה לראשונה לפניה). ברם במצב אחרון זה הדיון בערכאת הערעור הוא למעשה גלגול ראשון, דהיינו ההכרעה בנושא לא עמדה לדיון קודם לכן, ולכן ההסתברות שתיפול בה טעות גבוהה במצב שבו ערכאת הערעור מעבירה ביקורת על החלטה מנומקת של הערכאה הדיונית. הרציונל שביסוד הלכת חניון חיפה (שלפיו העניין הקונקרטי נדון פעמיים) אינו חל על קביעות מסוג זה, ועל כן יעיל שתהיה דרך אפקטיבית לתקן טעויות ברורות שנפלו בהן. אמת המידה לביקורת ערעורית על טעויות כאלו צריכה אפוא להיות מקלה מזו שחלה על גלגול שלישי במובן הצר.

בית המשפט העליון דחה דעה זו והחיל את הלכת חניון חיפה על גלגול שלישי במובן הרחב, אף שלמעשה מדובר בגלגול שני. נקבע כי "נושא שהוכרע לראשונה במסגרת ערעור אינו מוציא עצמו ככלל ממכלול המסכת הערעורית שהוכרעה [...] אילולא גרסנו כן, היתה התוצאה כי כדי להבטיח לעצמו גלגול ערעורי נוסף [...] היה צד מגיש בקשה כלשהי בהליך הערעור הראשון שלא נדונה בערכאה הדיונית, ומבטיח לעצמו 'כרטיס כניסה' למבוקשו הערעורי – מה שאינו מתקבל על הדעת",⁷⁵ וכי רצוי שערכאת הערעור תסיים את הדיון

74 לדיון בשאלה מתי יעיל שערכאת הערעור תדון לראשונה בעניינים האמורים ומתי יעיל שהערכאה הדיונית תדון בהם ראו (בהתאמה) בן-נח וחבקין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 390–393, 196–198, 330–340.

75 רע"א 11706/05 גבעת נילי – כפר שיתופי בע"מ נ' חיון, פס"ו (2) (פורסם בנבו, 8.5.2006) (לדיון בהנמקה שבפסק הדין ראו בן-נח וחבקין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 221–222). ראו גם ע"א 7975/03 בנק הפועלים בע"מ נ' לוי, פ"ד נט(4) 467, 472–473 (2005) (ערכאת הערעור הראשונה נסמכה על ראיות חדשות ונקבע כי תחול בעניינה הלכת חניון חיפה. לדיון בפסק דין זה ראו בן-נח וחבקין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 222–223); בע"מ 8346/08 מעטוף נ' מעטוף, פס" 8–10 (פורסם בנבו, 7.7.2009) (בית המשפט המחוזי הכריע במחלוקת על סמך עובדות שאירעו לאחר פסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה); רע"א 3190/12 בן דוד נ' בן דוד, פס" 8–9 (פורסם בנבו, 25.6.2012) (בית המשפט המחוזי דחה את בקשתו של המבקש להגיש ראיות חדשות בערעור). אולם ראו ע"א 2108/13 אלבו נ' מיטל, פס"ו (פורסם בנבו, 21.4.2013) (השופט רובינשטיין קבע בנוגע לבקשת רשות לערער על החלטה של ערכאת הערעור בבקשה לתיקון טעות סופר בפסק דינה: "יתכן שבנסיבות חריגות יהא מקום לגמישות מסוימת ברוח זו [להחיל אמת מידה מקלה מזו שנקבעה בעניין חניון חיפה – ט' ח'], אך אין לפתוח את הדלת לרווחה, בודאי לא בעומס שעל בתי המשפט, וגם אז אך בנושא שנדון לפני כן רק בערכאת הערעור.

ותימנע ככל האפשר מלהחזיר את העניין לבירור משלים.⁷⁶ כך נוהגת ערכאת הערעור לעתים גם כשהוגשו לה ראיות חדשות אשר אינן כרוכות בהעדת עדים.⁷⁷ כלומר, אף שהדיון בערכאת הערעור הראשונה הוא למעשה גלגול ראשון של העניין, ולכן הסיכוי שתפול בו טעות ברורה גבוהה מבמצב שבו העניין מגיע לערכאה השלישית לאחר שהערכאה השנייה בחנה אם נפלה טעות ברורה בפסק הדין – אמת המידה שחלה עליו, לפי בית המשפט העליון, היא זו של הלכת חניון חיפה: אם אין מתעוררת שאלה הדרושה לפיתוח המשפט לכאורה בית המשפט אינו אמור לתקן את הטעות. הלכה זו מעוררת קושי אם היא מובילה לתוצאה שלפיה טעויות ברורות לא יתוקנו. אלא שאף שזוהי ההלכה, ראינו שלפחות בחלק מהמקרים בית המשפט העליון מתייחס אליה כאל גזרה שאי אפשר לעמוד בה. כאמור, גישה זו היא ראויה. הותרת טעויות ברורות ובולטות על כנן אינה יעילה. חשוב להדגיש היטב שהקושי האמור אינו מוגבל רק למצב שבו ערכאת הערעור דנה בעניין מסוים לראשונה. הוא קיים כל אימת שנופלת טעות גלויה שאם הערכאה שנתנה את פסק הדין הייתה מתבקשת לתקנה – יש סבירות גבוהה שהיא הייתה עושה כן. נקדים את המאוחר ונציין כי יעיל שטעויות מסוג זה יתוקנו בתיקון אופקי, שכן תיקון בהליך אנכי אינו יעיל. נעמוד על כך בהרחבה בחלק השלישי, כשנדון בהצעתנו להרחיב את סמכויות התיקון האופקי. אולם קודם שנעשה כן נתאר את הדין הנוהג בהקשר זה באנגליה ובארצות הברית. המודל שנציע לאמץ שואב השראה ממערכות אלו.

(ב) הדין בארצות הברית ובאנגליה

הן בארצות הברית הן באנגליה קיימים מנגנונים המאפשרים תיקון אופקי של טעויות מהותיות ברורות. מנגנונים אלה מפחיתים במידה ניכרת את שיעור הטעויות הללו שנותרות על כנן לאחר ערעור ראשון, ובדרך זו הערכאות העליונות במדינות אלו מנצלות את זמן ניצול מיטבי – הן אינן עוסקות כמעט בכלל בתיקון טעויות יישומיות. נפתח בארצות הברית. במערכת המשפט הפדרלית רשאי בעל דין להגיש לערכאה הדיונית בקשה לתיקון או לשינוי של פסק הדין – למעשה בקשה לעיון מחדש – בתוך 28 ימים לאחר שניתן.⁷⁸ בפסיקה נקבע כי תכלית הבקשה היא לחסוך לבעלי הדין את הצורך לפנות לערכאת הערעור במקרים שבהם הערכאה הדיונית מכירה בצורך לשנות את התוצאה. כלומר, בסמכותה של הערכאה הדיונית לתקן כל טעות שהיא. ברם סמכות לחוד ושיקול

בנדון דידן סבורני, כי אין צורך להרחיב בדברים, שכן גם במשקפי הגישה המקלה, לא נמצא מקום להתערבות".

76 ראו למשל רע"א 6856/93 חוטר נ' מוקד, פ"ד מח(5) 785, 790 (1994) (הנשיא שמגר: "הכלל הרחב הנקוט בידינו הינו להימנע מהחזרת הדיון של הערכאה הראשונה, פרט למקרים שבהם אין כל מוצא סביר אחר"); ע"א 1910/07 מרשי נ' קרן קיימת לישראל, פס' 10 (פורסם בנבו, 29.12.2008) (השופט חיות: "מתוקף תקנה 462 הנ"ל רשאי בית המשפט שלערעור להחזיר את הדיון לערכאה הדיונית לבחינה ולהתייחסות נוספת ואף שכעניין שבמדיניות שיפוטית ראוי בעיניי להמעט ככל הניתן בהחזרת הדיון כאמור, לעיתים אין מנוס מכך"); ע"א 3159/09 חברת רכבת ישראל בע"מ נ' סכח בית עדה, פס' ע"א (פורסם בנבו, 28.4.2013) (השופט רובינשטיין).

77 ראו למשל עניין לוי, לעיל ה"ש 75; ע"א 8825/07 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת גן נ' י.פ.ה.ר פורדים לפרי הדר בע"מ, פס' ס"א-ס"ז (פורסם בנבו, 22.8.2012).

78 ראו FED. R. CIV. P. 59(e); כהן, לעיל ה"ש 45, בעמ' 825-827.

דעת לחוד. אמת המידה לתיקון טעות היא מצמצמת: בית המשפט ייעתר לבקשה בהתקיים אחת או יותר מהעילות האלה שהנטל לעמוד בהן גבוה: (1) אם מאז שניתן פסק הדין ניתנה הלכה חדשה שפועלת רטרואקטיבית ומשנה את הדין הנוהג ובעקבותיו את תוצאת פסק הדין; (2) אם התגלו ראיות חדשות שלא היה ניתן להשיגן בשקידה סבירה בעת שנוהל המשפט; (3) אם נפלה בפסק הדין טעות ברורה בדין או בעובדה.⁷⁹ בפסיקה הודגש כי בקשה מסוג זה לא נועדה לדיון בטענות עובדתיות או משפטיות שהיה אפשר להעלותן בשלב המשפט ואף לא לדיון מחדש בסוגיות שנדונו כדבעי והוכרעו בפסק הדין.⁸⁰ היא אינה מיועדת לטענות "ערעוריות" באופיין אלא לתיקון טעויות בולטות. על כן בקשות שאינן מגלות עילה בדרך כלל מוכרעות בהחלטה קצרה שאינה מפרטת לעומק את הטענות: די בכך שבית המשפט בדק את הנטען ומצא שלא נפלה טעות מהסוג האמור. משהוגשה בקשה לתיקון במועד, יימנה המועד להגשת ערעור מרגע שתינתן החלטה בבקשה.⁸¹ לצד מנגנון זה הנתבע רשאי להגיש לערכאה הדיונית, בתוך זמן סביר ולא יאוחר משנה ממתן פסק הדין,⁸² בקשה לפטור אותו מקיומו – למעשה לבטל אותו כלפיו – מכמה עילות חלופיות שהרלוונטיות שבהן לענייננו הן שפסק הדין הוצא במרמה או שהתגלו ראיות חדשות שלא היה ניתן לגלותן בשקידה סבירה ולהגישן בתוך המועד להגיש בקשה לעיון מחדש.⁸³ הערכאה הדיונית מוסמכת לדון בבקשה כזו גם לאחר שהוגש ערעור ולדחות אותה, ואין בהגשתה כדי לעכב את הדיון בערעור. אולם אם בכוונתה להיעתר לבקשה, הגישה הרווחת היא שעליה לקבל רשות מערכאת הערעור קודם לכן.⁸⁴ לפי ההסדר האמריקני אפוא בקשה לשנות פסק דין מחמת אירועים שהתגלו לאחריו – הן לפני שפסק

79 ראו למשל Charles v. Daley, 799 F.2d 343 (7th Cir. 1986); Innovative Home Health Care Inc. v. P.T.-O.T. Assocs. of the Black Hills, 141 F.3d 1284 (8th Cir. 1998); *In re Kellogg*, 197 F.3d 1116, 1119 (11th Cir. 1999); *In re Pequeno*, 240 F. App'x 634, 636 (5th Cir. 2007); 11 CHARLES ALAN WRIGHT ET AL., FEDERAL PRACTICE AND PROCEDURE § 2810.1 (2nd ed. 1995).

80 ראו Michael Linet, Inc. v. Vill. of Wellington, Fla., 408 F.3d 757, 763 (11th Cir. 2005); *O'Neal v. Kenamer*, 958 F.2d 1044, 1047 (11th Cir. 1992).

81 ראו FED. R. App. P. 4(a)(4)(A)(iv). כהן הציע להחיל הסדר זה, בדומה להסדר הקבוע בתקנה 398א לתקנות סדר הדין האזרחי, על בקשה לתיקון טעות לפי סעיף 81(א) לחוק בתי המשפט. כהן, לעיל ה"ש 45, בעמ' 817–820. אנו שותפים לדעתו שראוי לאמץ הסדר זה.

82 ראו FED. R. Civ. P. 60(b)(2), 60(b)(3). בית המשפט אינו מוסמך להאריך מועד זה. ראו למשל *Nyssonen v. Bendix Corp.*, 356 F.2d 193 (1st Cir. 1966). עם זאת אין במגבלת זמן זו כדי לגרוע מסמכותו של בית המשפט להיעתר לתובענה עצמאית לביטול פסק דין לפי העילות שבדין, ובהן שפסק הדין הוצא במרמה. ראו FED. R. Civ. P. 60(d)(1); *WRIGHT ET AL.*, לעיל ה"ש 79, ב-2868 §.

83 ראו FED. R. Civ. P. 60(b)(2), 60(b)(3). אלו למעשה העילות לקיומו של "משפט חוזר אזרחי" במשפט הישראלי. ראו למשל ע"א 4682/92 עזבון שעה נ' בית טלטש בע"מ, פ"ד נו(3) 366 (2003); ע"א 6019/07 טורג'מן נ' אחים עופר (ניהול) בע"מ, פ"ד סג(3) 612 (2010); חמי בן-נון "משפט חוזר אזרחי ופלילי – הדין הנוהג ומגמות חדשות" המשפט יב 37, 48–58 (2007); בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 433–440.

84 ראו למשל *WRIGHT ET AL.*; *Thompson v. Cnty. of Franklin*, 180 F.R.D 216 (N. D. N.Y. 1998). לעיל ה"ש 79, ב-2873 §. לפי גישה אחרת, שכיחה פחות, הערכאה הדיונית אינה מוסמכת לדון בבקשה לפני שניתנה לה רשות של ערכאת הערעור. ראו *WRIGHT ET AL.* שם.

הדין הפך חלוט הן לאחר מכן (שאז למעשה מדובר ב"משפט חוזר אזרחי") – תוגש ותידון בערכאה הדיונית. אין אפשרות לבקש מערכאת הערעור לדון בראיות חדשות.⁸⁵ לערכאת הערעור מוקנית סמכות דומה:⁸⁶ אף היא מוסמכת לעיין מחדש בפסק דין לא חלוט שנתנה ולשנות אותו. המבקש נדרש להצביע במפורש על הפגם שנפל לשיטתו בפסק הדין, ובית המשפט שלערעור רשאי לתקנו. בפסיקה נקבע כי מטרתו של כלל זה בין היתר להפנות את תשומת לבו של ערכאת הערעור לטעות מהותית שנפלה בפסק דינה, שאם בית המשפט ייתן לה את דעתו, סביר שהתוצאה תשתנה. השימוש בסמכות זו שמור למקרים חריגים שבחריגים.⁸⁷

הכוח לתקן טעויות ברורות משליך ישירות על אמת המידה למתן רשות ערעור בגלגול שלישי. זו דומה בעיקרה לרציונל שבבסיס הלכת חניון חיפה. צו עיון מחדש (writ of certiorari) – למעשה רשות ערעור – יינתן, כעניין שבשיקול דעת של הערכאה העליונה, באחד מהמקרים האלה:⁸⁸ (1) כאשר מתעוררת שאלה משפטית חשובה בעניין פדרלי שראוי שבית המשפט העליון יידרש לה; (2) כאשר מתעוררת שאלה משפטית חשובה בעניין פדרלי שבתי המשפט לערעורים נחלקו בדעותיהם בעניינה; (3) כאשר מתעוררת שאלה משפטית חשובה בעניין פדרלי שיש בעניינה מחלוקת בין אחד מבתי המשפט לערעורים לבין בית משפט עליון מדינתי; (4) כאשר בית משפט לערעורים או בית משפט

⁸⁵ ראו Jeffrey C. Dobbins, *New Evidence on Appeal*, 96 MINN. L. REV. 2016, 2020–2026 (2012). דובינס טוען כי במקרים מסוימים ערכאות הערעור נדרשות לראיות נוספות מסוגים שונים, בעיקר בעניינים הנחשבים לידיעה שיפוטית ומשמשים לפרשנות חקיקה ("Legislative Facts"). אולם אין חולק כי הכלל החל בארצות הברית הוא שערכאת הערעור מכריעה אך ורק על סמך החומר הראייתי שהוגש כדין לערכאה הדיונית. הכלל שלפיו ערכאת הערעור לא תידרש לראיות חדשות נובע מחלוקת התפקידים בין הגורם שקובע את העובדות (חבר המושבעים) לבין הגורם שקובע את הדין החל (בית המשפט).

⁸⁶ ראו FED. R. APP. P. 40(a)(2).

⁸⁷ ראו למשל NLRB v. Brown and Root, Inc., 206 F.2d 73 (8th Cir. 1953); Anderson v. Knox, 300 F.2d 296 (9th Cir. 1962); MICHAEL E. TIGAR, *FEDERAL APPEALS: JURISDICTION & PRACTICE* 423 (2d ed. 1993).

⁸⁸ אמת מידה זו קבועה בכלל 10 לכללי סדר הדין בבית המשפט העליון (10 SUP. CT. R.). לדיון באמת מידה זו ולביקורת על אופן הפעלתה ראו Kenneth W. Starr, *The Supreme Court and Its Shrinking Docket: The Ghost of William Howard Taft*, 90 MINN. L. REV. 1363 (2006); Margaret Meriwether Cordray & Richard Cordray, *The Philosophy of Certiorari: Jurisprudential Considerations in Supreme Court Case Selection*, 82 WASH. U. L. Q. 389 (2004); Carolyn Shapiro, *The Limits of the Olympian Court: Common Law Judging versus Error Correction in the Supreme Court*, 63 WASH. & LEE L. REV. 271 (2006); Kathryn A. Watts, *Constraining Certiorari Using Administrative Law Principles*, 160 U. PA. L. REV. 1 (2011). חלה גם בערכאות העליונות המדינתיות. ראו למשל Judith Hayes, *Certiorari Review of District Court of Appeal Decisions by The Supreme Court of Florida*, 28 U. MIAMI L. REV. 952 (1974); Comment, *Certiorari in Alabama*, 30 ALA. L. REV. 471, 485 (1979); Gary C. Karch, Comment, *Petitions for Review by the Wisconsin Supreme Court*, 1979 WIS. L. REV. 1176, 1189–1197 (1979); Susan M. Freeman & Paul G. Ulrich, *Arizona Civil Appellate Procedure – An Update*, 1983 ARIZ. ST. L.J. 483, 519–539 (1983); J. Michael Medina, *Discretionary Review in the Oklahoma Supreme Court: A Practical Guide to the Court's Certiorari Jurisdiction*, 13 OKLA. CITY U. L. REV. 257, 274–275 (1988).

עליון מדינתי סטה בבירור מתקדים מחייב של בית המשפט העליון.⁸⁹ עוד קובעת אמת המידה כי ערעור שני יקוים לעתים נדירות בלבד משום טעות עובדתית או משפטית הנובעת מיישום לא נכון של כלל או סטנדרט משפטי קיים (קרי תיקון טעויות). בשנים האחרונות⁹⁰ דבק בית המשפט העליון באמת מידה זו באדיקות, והוא בורר לעצמו מדי שנה עשרות בודדות של ערעורים שבהם מוענקת רשות ערעור, וניתן בהם פסק דין מנומק לגופו של עניין, הדין בשאלה משפטית בעלת חשיבות ציבורית.⁹¹ יתר העתירות המוגשות לו – כ-8,000 מדי שנה – נדחות ללא הנמקה.⁹² נקדים את המאוחר ונציין כי גם באנגליה,⁹³

89 קריטריון זה – המאפשר לתקן טעות יישומית בגלגול שלישי – מבטא את סמכות הפיקוח של הערכאה העליונה על בתי המשפט לערעורים. לשימוש בסמכות הפיקוח של בית המשפט העליון בארצות הברית ראו והשוו Alex Hemmer, Note, *Courts as Managers: American Tradition Partnership v. Bullock and Summary Disposition at the Roberts Court*, 122 YALE L.J. ONLINE 209, 219–221 (2013).

90 בשנות השישים והשבעים של המאה הקודמת נמתחה על בית המשפט העליון ביקורת נוקבת על שבמקרים לא מעטים תוקנו טעויות יישומיות בהחלטות קצרות ולא מנומקות שניתנו פה אחד (per curiam) תוך חריגה מאמת המידה הנוהגת. בעקבות הביקורת, ולאחר מינויו של Warren E. Burger כשופט ראשי במקום Earl Warren, חל שינוי מקצה לקצה, ונוהג זה כמעט נעלם. ראו Hellman, לעיל ה"ש 23, בעמ' 823–824.

91 בשנת המשפט (Term) של 2009 נתן בית המשפט העליון של ארצות הברית 77 פסקי דין מנומקים מתוך 8,085 עתירות שהחליט בהן; בשנת המשפט של 2010 ניתנו 90 פסקי דין מתוך 7,828 עתירות; בשנת המשפט של 2011 ניתנו 66 פסקי דין מתוך 7,642 עתירות. כמו כן בכל אחת מהשנים דן בית המשפט בעתירות נוספות, במובן זה שניתן בהן פסק דין קצר ותמציתי, ללא טיעון על פה, אשר ביטל את פסק הדין של הערכאה הקודמת והחזיר את העניין להשלמה בעיקר מהטעם שחל שינוי בדין הנוהג בעקבות הלכה חדשה (73 ערעורים בשנת 2009; 72 בשנת 2010 ו-117 בשנת 2011) או ביטל את פסק הדין של הערכאה הקודמת, קרי תיקן טעות (ערעור אחד בשנת 2009; ערעור אחד בשנת 2010; לא היו מקרים כאלה בשנת 2011). ראו בהתאמה The Statistics, 124 HARV. L. REV. 411, 419 (2010); The Statistics, 126 HARV. L. REV. 388, 396 (2012); The Statistics, 125 HARV. L. REV. 362, 370 (2011).

92 בית המשפט העליון של ארצות הברית יושב בהרכב מלא של כל תשעת שופטיו בכל ערעור ובקשת רשות לערער שהוא דן בהם, ואינו מנמק החלטות לדחות בקשות רשות לערער. כדי שתניתן רשות לערער נדרש שלפחות ארבעה שופטים מבין התשעה יסכימו לתת רשות כזו. ראו Maryland v. Baltimore Radio Show, Inc., 338 U.S. 912, 917 (1950).

93 לאמת המידה למתן רשות ערעור באנגליה ראו Civil Procedure Rules, 1998, S.I. 1998/3132, rule 52.13, amended by Civil Procedure (Amendment) Rules 2000, S.I. 2000/221 (Eng.); UKSC Practice Direction 3, ¶ 3.3.3; Gavin Drewry & Louis Blom-Cooper, *The House of Lords and the English Court of Appeals*, in THE JUDICIAL HOUSE OF LORDS 1876–2009 48 (Louis Blom-Cooper et al. eds., 2009). בשנת 2009 נתן בית המשפט העליון של אנגליה רשות לערער ב-44 מתוך 135 בקשות רשות לערער שהוגשו לו; בשנת 2010 ב-67 מתוך 228; ובשנת 2011 ב-64 מתוך 249. ראו בהתאמה THE SUPREME COURT, THE SUPREME COURT ANNUAL REPORT AND ACCOUNTS, 2009–2010, H.C. 64, 22; THE SUPREME COURT, THE SUPREME COURT ANNUAL REPORT AND ACCOUNTS, 2010–2011, H.C. 976, 20; THE SUPREME COURT, THE SUPREME COURT ANNUAL REPORT AND ACCOUNTS, 2011–2012, H.C. 26, 22.

בקנדה⁹⁴ ובאוסטרליה⁹⁵ הערכאה העליונה שומעת מספר דומה של ערעורים (אם כי מוגשות להן פחות בקשות רשות ערעור מדי שנה), ונוהגת בהן אמת מידה דומה. לפי ההסדר האנגלי, עם מתן פסק הדין הערכאה שנתנה אותו סיימה את מלאכתה, והדרך לתקן טעות מהותית – להבדיל מטעות סופר⁹⁶ – היא להגיש הליך ערעורי (ערעור או בקשת רשות ערעור, לפי העניין). זהו הסדר הדומה לזה שחל בשיטתנו ומעורר את הקשיים שמנינו לעיל. כדי להימנע מהם התפתח באנגליה נוהג המיושם בקפידה, שלפיו בית המשפט מעמיד את טיוטת פסק הדין לרשות פרקליטי הצדדים לפני מועד נתינתו כדי שיוכלו להצביע על טעויות ברורות הטעונות תיקון. הסדר זה חל בכל הערכאות, לרבות בבית המשפט העליון.⁹⁷ הוא נסמך על ההלכה שלפיה כל עוד בית המשפט לא קם מכיסאו וסיים את מלאכתו, הוא מוסמך לשנות את דעתו, ומשמצא שנפלה טעות – עליו לתקנה.⁹⁸ בפסיקה הודגש, בדומה להסדר האמריקני, כי אין מטרתה של פרקטיקה זו לפתוח מחדש

94 לאמת המידה למתן רשות ערעור בקנדה ראו Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, § 43; Bora Laskin, *The Role and Functions of Final Appellate Courts: The Supreme Court of Canada*, 53 CAN. BAR REV. 469 (1975). בשנת 2010 נתן בית המשפט העליון של קנדה רשות לערער ב-55 מתוך 465 בקשות רשות לערער שהוגשו לו; בשנת 2011 ב-69 מתוך 541; ובשנת 2012 ב-69 מתוך 557. ראו SUPREME COURT OF CAN., STATISTICS 2003 TO 2013, 4 (2013).

95 לאמת המידה למתן רשות ערעור באוסטרליה ראו Judiciary Act 1903 (Cth) s. 35A (Austl.); Anthony Mason, *The Regulation of Appeals to the High Court of Australia: The Jurisdiction to Grant Special Leave to Appeal*, 15 U. TAS. L. REV. 1 (1996); Maree Kennedy, *Applications for Special Leave to Appeal to the High Court*, 1 HIGH CT. Q. REV. 1 (2005). בשנת 2010 נתן בית המשפט העליון של אוסטרליה רשות לערער ב-67 מתוך 562 בקשות רשות לערער שהוגשו לו; בשנת 2011 ב-82 מתוך 494; ובשנת 2012 ב-59 מתוך 487. ראו בהתאמה HIGH COURT OF AUSTRALIA, ANNUAL REPORT 2009–2010, 29–31 (2010); HIGH COURT OF AUSTRALIA, ANNUAL REPORT 2010–2011, 28–31 (2011); HIGH COURT OF AUSTRALIA, ANNUAL REPORT 2011–2012, 28–31 (2012).

96 הסמכות לתקן טעות סופר – המכונה באנגליה The Slip Rule – מעוגנת בכלל 40.12 לכללי הפרוצדורה האזרחית. ראו Civil Procedure Rules, 1998, S.I. 1998/3132, rule 40.12, amended by Civil Procedure (Amendment) Rules 2000, S.I. 2000/221 (Eng.). סמכות זו נועדה לתיקון פליטת קולמוס או השמטה מקרית במובן הצר של ביטויים אלה ובדומה לסמכות המוקנית אצלנו בתק' 524 לתקנות סדר הדין האזרחי. למשל, אם נכתב "ינואר 2001" במקום "ינואר 2002"; "70 יום" במקום "7 ימים" וכיוצא באלה. לדיון בתקנה זו ראו רע"א 1332/98 אייבי טרנס ספנות בע"מ נ' מאירון שיפינג בע"מ, פ"ד נב(3) 476, 478 (1998); בן-נון וחבקיין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 443. לדיון בסמכות התיקון באנגליה ראו Markos v. Goodfellow, [2002] EWCA (Civ) 1542; 1 CIVIL PROCEDURE: THE WHITE BOOK (להלן: WHITE BOOK SERVICE 2014, 1228–1229 (Rupert Jackson ed., 2012)).

97 על הפרקטיקה בבית המשפט העליון ראו UKSC Practice Direction 6, ¶¶ 6.8.3–6.8.5. לפי הנחיה זו, פסק הדין יעמוד לרשות פרקליטי הצדדים כשבוע לפני שימועו, ואלה רשאים להביאו לידיעת הלקוח 24 שעות לפני מועד השימוע. במקרים מסוימים גם נציגי התקשורת יקבלו עותק מהטיוטה תוך מתן צו איסור פרסום גורף על פרטיה עד למתן פסק הדין. עוד נקבע בהנחיה כי מחובתם של פרקליטי הצדדים לבדוק אם נפלו שגיאות הגהה או אי-דיוקים שמצריכים תיקון ולהודיע זאת לבית המשפט העליון בדואר אלקטרוני ייעודי שמופיע בהנחיה לא יאוחר מיומיים לפני מתן פסק הדין.

98 In re Barrel Enters., [1973] 1 W.L.R. 19 (C.A. 1972) (Eng.); Stewart v. Engel, [2000] EWCA (Civ) 362, [2000] 1 W.L.R. 2268 (Eng.); ADRIAN ZUCKERMAN, CIVIL PROCEDURE: WHITE BOOK; PRINCIPLES OF PRACTICE 688–689 (2003), לעיל ה"ש 96, בעמ' 1194–1200.

התדיינות בנושאים שנדונו בטיטוט פסק הדין; כי היא נועדה בעיקר להצביע על טעויות ברורות הטעונות תיקון;⁹⁹ כי מקום שבית המשפט לא נימק במידה מספקת את פסק דינו או שדבר מה בפסק הדין אינו בהיר, הדרך הראויה והיעילה לתקוף זאת היא לאפשר לשופט שנתן את הפסק לתקן את הפגם במקום לפתוח בהליך ערעורי ממושך ויקר,¹⁰⁰ וכי אף שרצוי שפסק הדין ינוסח מלכתחילה ללא טעויות, אם בית המשפט מצא כי פסק דינו טעון תיקון, כל תיקון, ראוי שיתקן אותו ולא יותיר את המלאכה לערכאה שמעל. כל עוד בית המשפט לא נתן את פסק הדין, הסמכות לשנות טיוטה היא רחבה, וכל מקרה ייבחן לפי נסיבותיו.¹⁰¹

לצד פרקטיקה זו הכירה השיטה האנגלית בסמכות של ערכאת הערעור הראשונה לדון מחדש ולתקן טעות בפסק דין חלוט שנתנה היא עצמה אם הדבר דרוש לשם תיקון אי-צדק ניכר.¹⁰² אף שהשימוש בסמכות זו שמור למקרים שבהריגים, הכיר בה בית המשפט לערעורים כסמכות שיורית¹⁰³ – ומאז היא עוגנה בחקיקה¹⁰⁴ – כדי לאפשר תיקון של טעות מהותית-יישומית שאין דרך אפקטיבית אחרת לתקנה. תנאי-שבלעדיו-אין לשימוש בסמכות זו הוא שהערכאה העליונה דחתה בקשת רשות ערעור שהוגשה אליה משום שזו אינה מעוררת שאלה כללית בעלת חשיבות ציבורית.¹⁰⁵

(ג) סיכום ביניים: תיקון אופקי, תיקון אנכי, גלגול שלישי ומה שביניהם

מן האמור עד כה עולה שההסדר הקבוע בסעיף 81(א) לחוק בתי המשפט – הסמכות לתקן תיקון אופקי – משליך ישירות על אופן תפקודן של ערכאות הערעור. כל אימת שערכאה טעתה טעות ברורה שאינה ניתנת לתיקון באמצעות סעיף 81(א) לחוק בתי המשפט, הדרך לתקנה היא בערכאה שמעליה: אם הערכאה הדיונית טעתה, הדרך לתקן את הטעות היא בערעור בזכות; אם ערכאת הערעור הראשונה טעתה, הדרך לתקן את הטעות היא באמצעות בקשת רשות לערער. לעומת זאת בארצות הברית ובאנגליה ערכאה שנתנה פסק דין יכולה

99 ראו [66] 1 W.L.R. 1587, [2008] UKHL 22, [2008] Env't Agency (Note), R (Edwards) v. (appeal taken from Eng.) ("The purpose of the disclosure of the draft speeches to counsel is to obtain their help in correcting misprints, inadvertent errors of fact or ambiguities of expression. It is not to enable them to reargue the case"); Royal Brompton Hospital NHS Trust v. Hammond, [2001] EWCA (Civ) 778 (Eng.) ("The practice of supplying parties with copies of judgments to be handed down was not adopted to encourage or facilitate re-opening of WHITE BOOK; issues that were argued" בעמ' 1997-1998).

100 ראו 605, [2002] EWCA (Civ) English v. Emery Reimbold & Stick Ltd. (Practice Note), [2002] 1 W.L.R. 2409 (Eng.); Re S. (A Child), [2007] EWCA (Civ) 694 (Eng.) WHITE BOOK, לעיל ה"ש 96, ב-40.2.1.0.3.

101 ראו [96], [91], [1820] EWCA (Civ) Robinson v. Bird, [2003] WHITE BOOK, לעיל ה"ש 96, בעמ' 1198-1199.

102 למען הדיוק יצוין כי סמכות זו נתונה ל-High Court ול-Court of Appeal בלבד ולא ל-County Court, המשמש אף הוא ערכאת ערעור במקרים מסוימים. ראו WHITE BOOK, לעיל ה"ש 96, ב-52.17.2.

103 ראו [528] Q.B. [2003], [90] EWCA (Civ) Taylor v. Lawrence, [2002].

104 ראו [52.17] rule, S.I. 1998/3132, Civil Procedure Rules, 1998, WHITE BOOK, לעיל ה"ש 96, בעמ' 1744-1746.

105 ראו עניין Taylor v. Lawrence, לעיל ה"ש 103, 55; WHITE BOOK, לעיל ה"ש 96, בעמ' 1745.

לתקן גם טעות מהותית. אפשרות זו – שאינה קיימת בשיטתנו – כמוה כגלגול ערעורי בזעיר אנפין, המאפשר לתקן טעויות מהותיות, ובעיקר טעויות ברורות או פגמים מהותיים בהליך, וחוסך את הצורך לתקן בערכאה שמעל.

כיצד משליך ההבדל בין השיטות על תפקידה של ערכאת הערעור ומה הקשר שבינו לבין אמת המידה למתן רשות ערעור בגלגול שלישי? ראשית, נפח העבודה של ערכאת ערעור בישראל גדול יחסית לזה של מקבילותיה בארצות הברית ובאנגליה, בין היתר משום ששם מתבצע סינון מוקדם של הצורך בתיקון טעויות שהערכאה שנתנה את פסק הדין הכירה בהן וניאותה לתקן אותן. בישראל אין מבוצע סינון כזה, והדבר מעמיס על ערכאות הערעור כולן. שנית, ההבדל מבהיר שהלכת חניון חיפה אינה מתאימה לשמש קריטריון בלעדי למתן רשות ערעור, משום שלמעט מקרים חריגים, הדרך לתקן טעות מהותית יישומית ברורה שנפלה בפסק דין של ערכאת הערעור הראשונה היא בערעור שני. הואיל ובארצות הברית ובאנגליה ערכאת הערעור הראשונה מוסמכת לתקן טעויות מסוג זה, פוטנציאל הפגיעה במתדיינים מאמת המידה המחמירה הנוהגת בגלגול שלישי קטן יותר. שלישית, יש שבית המשפט העליון מכריע לראשונה בסוגיות עובדתיות שלא הוכרעו קודם לכן בערכאה הדיונית, ושמדיניותו – כפי שהיא משתקפת בפסקי הדין שהובאו – היא להימנע מלהחזיר את העניין לבירור משלים. מדיניות זו מעוררת קושי מיוחד כשבית המשפט העליון יושב כערכאת ערעור ראשונה על פסק דין של בית המשפט המחוזי היושב כערכאה דיונית. במצב הזה האפשרות לתקן טעות יישומית-מהותית בפסק דין של בית המשפט העליון מוגבלת עד מאוד. אמנם בפסיקה ובספרות הובעה הדעה שייתכן שלבית המשפט העליון יש סמכות טבועה לתקן טעויות מהותיות בפסק דין שנתן, אולם למיטב ידיעתנו שאלה זו לא הוכרעה באופן פוזיטיבי.¹⁰⁶ רצוי שתהיה לבית המשפט העליון סמכות מפורשת לתקן טעות שנפלה בפסק דין שנתן, במקום שייאלץ להידרש לסמכות טבועה שהשימוש בה שמור למקרים חריגים ויוצאי דופן. מלבד זאת – ולא פחות חשוב – מצב שבו בית המשפט העליון אינו מוסמך לתקן טעות מהותית שנפלה בפסק דינו לא רק בישובו כערכאת ערעור אלא גם בישובו כערכאה דיונית (בג"ץ) – ערכאה שאין אפשרות לערער על פסיקותיה – מעורר קושי מיוחד.¹⁰⁷

106 ראו למשל מ"ח 5921/99 שוקר נ' מדינת ישראל, פס' 4 (פורסם בנבו, 11.11.1999); בג"ץ 6496/99 עמותת א.ל.עד אל עיר דוד נ' בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים, פ"ד נה(1) 193, 197 (1999); בג"ץ 8397/06 אדוארדו נ' שר הבטחון, פס' 3–4 (פורסם בנבו, 28.6.2007); לוין תורת הפרוצדורה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 242–243.

107 ראו בג"ץ 4487/08 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה אלוף פיקוד הדרום, פ"ד סג(1) 149, 164 (2008) (השופט (כתוארו אז) גרוניס: "המצב בו הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל מופעלת על ידי בית המשפט העליון במדינה, הפועל בתחום זה כערכאה ראשונה ואחרונה, הינו אנומלי. אין לו אח ורע בעולם"). מבנה מערכת המשפט בישראל הוא שריד ארכאי מתקופת המנדט הבריטי. מבנה זה יוסד בחלק ה' לדבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י), חא"י 2746. סי' 44 לדבר המלך במועצה הקנה זכות ערעור למועצת המלך (ה-Privy Council) על פסק דין של בית המשפט העליון היושב בבית משפט לערעורים אזרחיים בסכום העולה על 500 ליש"ט. ראו גם סי' 2, 3 (א) לדבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י) (ערעורים לפני מועצת המלך) 1924, חא"י 2785; Norman Bentwich, *The Legal System of Palestine under the Mandate*, 2 MIDDLE EAST J. 33, 42–44 (1948). הגם שסי' 44 לדבר המלך במועצה הקנה סמכות ערעור בערעורים אזרחיים בלבד, בפסק הדין של מועצת המלך

ג. השינוי המוצע – הרחבת הסמכות לתקן תיקון אופקי

1. השינוי המוצע

לאחר שהצגנו את הקושי הנובע מהדרך לתקן טעויות בשיטתנו נבקש להציע פתרון. אנו מציעים לאמץ כלל שיאפשר לכל ערכאה לתקן טעויות מהותיות מסוגים מסוימים. דרך המלך לשינוי פסק הדין בקטגוריות של מקרים שיפורטו מיד היא בתקיפה אופקית של פסק הדין, ואילו הליך תקיפה אנכי – הליך ערעורי – יוגש אם וככל שההליך האופקי נכשל.¹⁰⁸ הליך התקיפה האופקי מיועד בעיקרו של דבר לשתי קטגוריות של מקרים: לתיקון טעויות ברורות ולשינוי פסק הדין בעקבות אירועים מאוחרים לו.

(א) קטגוריה ראשונה: טעויות ברורות

בקטגוריה הראשונה של המקרים נכללות טעויות ברורות – בדין או בעובדה – שנפלו בפסק הדין ושעל פי טבען ומהותן פשוט להכריע בבקשה לתיקון. נחלק את הטעויות הללו לשני סוגים עיקריים: טעויות במעשה וטעויות במחדל.

טעויות במעשה שבאות בגדר קטגוריה זו הן טעויות ברורות אשר לפי אופיין יש סבירות גבוהה שהערכאה שנתנה את פסק הדין תכיר בצורך לתקן. כאלו הן למשל טענות בדבר פגמים דיוניים היורדים לשורש ההליך כגון שניתן פסק דין לפני שניתנה לבעל דין הזדמנות לסכם את טענותיו,¹⁰⁹ או שניתן פסק דין לאחר דיון בבקשת ביניים מבלי שהצדדים הסכימו

בעניין Jerusalem-Jaffa Dist. Governor v. Murra, [1926] A.C. 321, 322 (P.C.) (appeal taken from Palestine) נקבע כי מועצת המלך מוסמכת לדון בערעורים על פסקי דין של בית המשפט העליון של פלשתינה בישבו כבג"ץ (High Court of Justice). עם הקמת המדינה מבנה מערכת המשפט נותר כשהיה, בשינויים המחויבים, מכוח ס' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, אך זכות הערעור למועצת המלך בוטלה. נמצא כי בתקופת המנדט הבריטי לא נשללה האפשרות לערער על פסק דין של בית המשפט העליון, ואילו כעת, בעקבות הקמת המדינה וביטול זכות הערעור לטריבונל חיצוני לה, אין זכות ערעור כזו.

108 בדומה לבקשה לביטול החלטה שניתנה במעמד צד אחד. ראו למשל בש"א 356/89 בריק נ' בנק אוצר החייל, פ"ד מג(4) 22, 25 (1989) (במקרה זה נפסק כי ראוי להגיש קודם לכן בקשת ביטול, ורק אם זו תידחה – להגיש הליך ערעורי. זאת משום שהתרופות הן חופפות ונקיטת שני ההליכים בד בבד מבזבזת זמן שיפוטי ומכבידה על מערכת המשפט שלא לצורך). לדיון בהסדר זה ולרציונלים שבבסיסו ראו בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 423-425, 430-428.

109 ראו ע"א 579/90 רוזין נ' בן-נון, פ"ד מו(3) 748, 738 (1992). השוו רע"א 8978/04 עצמון נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 5.12.2004) (ביטול ההחלטה שניתנה בלא שמוצתה זכות תשובה והחזרת העניין אליה כדי שתחליט בו מחדש). להחלטות דומות ראו גם רע"א 2020/04 בן עמי נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 3.2.2005); רע"א 7681/05 פישר נ' בנק לאומי למשכנתאות בע"מ (פורסם בנבו, 28.11.2005); רע"א 2107/10 פלונית נ' פלונית, פס' 4 (פורסם בנבו, 11.7.2010); רע"א 3368/07 חניוני גבעתי בע"מ נ' עיריית ירושלים, פס' 2 (פורסם בנבו, 13.8.2007); רע"א 9637/09 אידין נ' בובאילוף, פס' 3 (פורסם בנבו, 31.1.2010); רע"א 6713/08 בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ נ' שיף, פס' 11 (פורסם בנבו, 19.1.2009); בר"ם 6764/06 גאזי עומר – גאזי עומר בניה ותשתיות נ' ראש מועצה מקומית זמר, פס' 9 (פורסם בנבו, 27.8.2006) (נפסק כי במקום שבית המשפט נתן לבעל דין רשות להגיש תשובה לתשובה, מתן פסק הדין לפני שמוצתה הזכות שניתנה הוא פגם היורד לשורש העניין).

לכך – שניהם פגמים אשר לפי הפסיקה גוררים מניה וביה את ביטולו של פסק הדין.¹¹⁰ עוד בקטגוריה זו מצבים שבהם בית המשפט טעה טעות עובדתית או משפטית ברורה. למשל, טעות ברורה בסיווג הליך שהובילה לדחייתו;¹¹¹ טעות ברורה בחישוב;¹¹² הוספת מס ערך מוסף לסכום שנפסק במקום שבו אין לפסוק אותו לפי הדין;¹¹³ החלת סעיף חוק עדכני תחת סעיף החוק שהיה בתוקף בעת שאירע המקרה מושא הפסק הדין;¹¹⁴ או היעדר התייחסות של הערכאה הקודמת להלכה פסוקה חדשה של בית המשפט העליון.¹¹⁵ דוגמאות תאורטיות נוספות הן למשל שבית המשפט סמך את הכרעתו על דברים של עד פלוני אך בפועל הדברים נאמרו מפי אחר; שקבע שבעל דין לא התנגד לשינוי חזית בעוד שהייתה התנגדות כזו; או שקבע קביעות שאינן מתיישבות זו עם זו וטענות הבהרה. המשותף לטעויות אלו הוא שאם תוגש לבית המשפט בקשה לתקן, על כורחו יהא עליו לכל הפחות להתייחס אליהן בהחלטה, וללא התייחסות כזו פסק הדין יימצא על פני הדברים חסר או לקוי מנקודת מבטו שלו (וזאת אף אם תיקון הליקוי והעמדת דברים על מכונם לא תוביל בסופו של דבר לשינוי התוצאה).

בגדר טעויות במחדל נכלל למשל מצב שבו פסק הדין לוקה בהיעדר הנמקה מספקת לטענה מרכזית שנטענה או לעדות מרכזית. סיבה לכך עלולה להיות שבית המשפט סבר שהטענה אינה מעוררת מחלוקת כנה או שסבר שהעדויות אינה משמעותית ולכן לא ראה לנכון לדון בהן. בית המשפט אינו מחויב לדון בכל תו ותג שמועלה לפניו, אלא רק בטענות המרכזיות והמהותיות אשר אינן חורגות מחזית הדיון. לכן היעדר התייחסות לטענה פלונית או היעדר הנמקה בדבר דחייתה, כמו גם היעדר התייחסות לראיה מסוימת, אינן מגבשות כשלעצמן פגם היורד לשורש העניין.¹¹⁶ כאשר פסק הדין נעדר הנמקה לטענה שבית המשפט סבר שאינה מעוררת מחלוקת כנה, הוא יבהיר, בהחלטה קצרה, כי זהו הטעם שלא

110 ראו למשל ע"א 89/76 ניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 82 (1977); רע"א 8864/99 אנקווה נ' מעוז חברה לביטוח בע"מ, פס' 4 (פורסם בנבו, 29.10.2000). השוו: רע"א 1140/04 בר דוד נ' בר דוד (פורסם בנבו, 30.8.2004).

111 ראו רע"א 5450/13 מרכז קהילתי במעלות ע"ש גרס בע"מ נ' עמיאל (פורסם בנבו, 3.10.2013).
112 הדוגמה הבאה מדגימה ניצול לא יעיל של משאביה של הערכאה העליונה. רע"א 7700/12 שרעבי נ' בנק הפועלים (פורסם בנבו, 3.1.2013) היא בקשת רשות לערער על פסק דין של בית המשפט המחוזי, אשר דחה, מחמת איחור בהגשה, בקשת רשות לערער על פסק דין של בית המשפט השלום שניתן במסגרת ערעור על החלטה של רשמת ההוצאה לפועל. זוהי אפוא בקשת רשות ערעור ב"גלגול רביעי". בתיק זה ניתנו שתי החלטות של רשמת בית המשפט העליון במסגרת הליך פטור מעירבון, החלטה טכנית של שופט שהורה על הגשת תשובה ופסק דין במותב תלתא שקבע כי בית המשפט המחוזי שגה בדבר אופן חישוב הימים, ולכן נתן רשות ערעור וקיבל את הערעור. ההליך בבית המשפט העליון היה מתייטר לו אומץ ההסדר המוצע והיו פועלים לפיו: דרך המלך לתקן את הטעות הייתה להגיש הליך תקיפה אופקי לשופט בית המשפט המחוזי שדחה את הערעור, אשר סביר להניח שהיה מכיר בטעות הפשוטה ומתקן אותה. ראו גם עניין ארנטל, לעיל ה"ש 65.

113 רע"א 3577/11 אלון החזקות בריבוע כחול – ישראל בע"מ נ' נציגות הבית המשותף בשדרות זהר טל 34 הרצליה (פורסם בנבו, 30.6.2011).

114 עניין דוד, לעיל ה"ש 64.

115 עניין דיין מוצרי קירור בע"מ, לעיל ה"ש 72.

116 ראו למשל ע"א 4861/05 שיכון עובדים בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין – אזור רחובות (פורסם בנבו, 11.8.2008).

דן בה וידחה את הבקשה, ובדומה לזה ינהג בראיה שנטען שלא התייחס אליה. מנגד, יכול שהטענה לא נדונה או הראיה לא נזכרה בשל טעות בהיסח הדעת (למשל, בית המשפט לא שם לב שהטענה נטענה או שהראיה נעלמה ממנו בלא משים), אף שמדובר בטענה או בראיה הראויות לדיון ולהתייחסות. כוונתנו לטענה מהותית או לראיה מרכזית שפסק דין שחסר התייחסות אליהן הוא פסק דין שאינו שלם, לשיטתה של הערכאה שנתנה אותו, ומבחינה זו הוא לוקה בפגם הטעון תיקון.¹¹⁷ אף ייתכן שבית המשפט לא נימק קביעה מסוימת כלל, ואם תוגש לו בקשה מתאימה, הוא יכיר בפגם ויוסיף נימוק לכאן או לכאן.¹¹⁸ יצוין כי פגם של היעדר הנמקה שתוצאתו החזרת העניין לערכאה הדיונית מבזבז זמן שיפוטי של ערכאת הערעור, דוחה את סוף ההליך, גורר את בעלי הדין להוצאות, וכל זאת כשאין לו השלכה על התוצאה הסופית. במצבים אלה ודומיהם יעיל לאפשר לערכאה שנתנה את פסק הדין להשלים אותו קודם שיינקט הליך תקיפה אנכי. אכן, יש להניח שיהיו פערים בין מידת החשיבות שבעלי הדין מייחסים לראיות ולטענות שלא זכו להתייחסות מספקת, לשיטת בעלי הדין, לבין מידת החשיבות שבית המשפט מייחס להן. זהו עניין של יום ביומו, וסביר להניח שבעלי הדין ינסו לטעון בבקשה לתיקון אופקי כי בית המשפט התעלם מראיות ומטענות ולמעשה ינסו לבצע "מקצה שיפורים". אלא שבית המשפט הבקיא בפרטי התיק יעיין בבקשה ויזהר מהר יחסית אם אכן מדובר בחמיקה מהעין. רק טעויות מן הסוג האחרון יצריכו תיקון של פסק הדין, והיתר יידחו בהחלטה קצרה ולא מנומקת.

המשותף לקטגוריה זו של מקרים הוא שמדובר בטעויות ברורות, במעשה או במחדל, שיעיל לתקן בתקיפה אופקית: הליך אופקי יביא לתיקון אגב הקצאת משאבים פחותים במידה ניכרת מאלה שיוקצו לתיקון בהליך אנכי. כמו כן דחיית בקשה לתקיפה אופקית בקטגוריה זו תיעשה בדרך כלל בהחלטה קצרה ולא מנומקת: די בכך שבית המשפט בחן את הבקשה ומצא שלא נפלה טעות כדי לדחותה. אין הוא נדרש לנמק באריכות את סיבת הדחייה, שכן נימוקיו ניתנו בפסק הדין.

117 ראו למשל ע"א 2213/10 כהן נ' גדעון (פורסם בנבו, 29.11.2010) (הערכאה הדיונית לא התייחסה לעדות מרכזית ולהוראות דין מהותית. הערעור התקבל, פסק הדין בוטל, והעניין הוחזר למתן פסק דין חדש); עניין פלוני, לעיל ה"ש 72 (ערכאת הערעור הראשונה התעלמה ממסמך שהוגש לה ושייכתן שהיה בו כדי להשליך על בירור הערעור. הערעור התקבל); עניין פלוני, לעיל ה"ש 72 (שתי הערכאות לא נתנו דעתן לראיה מסוימת. הערעור התקבל); עניין כלל חברה לביטוח בע"מ, לעיל ה"ש 72 (ערכאת הערעור הראשונה לא דנה בטענת הגנה שהיה עליה לדון בה. הערעור התקבל).

118 למקרים שבהם אי-הנמקה הוכרה כפגם היורד לשורש העניין ומצדיק ביטול ההחלטה ראו למשל רע"א 4244/06 דדון נ' כרמל (פורסם בנבו, 21.5.2007) (בוטלה החלטה שנעתרה לבקשה למינוי בורר והכריעה במחלוקת מורכבת בלא הנמקה); עניין מקומון כל הצפון, לעיל ה"ש 72 (בוטלה החלטה שלא נומקה כלל, והדיון הוחזר לבית משפט השלום); רע"א 10141/07 חברת עובד לוי תיעוש האבן והבנייה בע"מ נ' מפרק של חברת י. זקן מפעלי בניה בע"מ (בפירוק), פס' 22 (פורסם בנבו, 2.6.2008) (בוטלה החלטה שנעתרה לבקשה למינוי בורר ובדרך זו הכריעה במחלוקת בלא הנמקה); רע"א 6393/11 סולבר חצור בע"מ נ' עזרא (פורסם בנבו, 8.11.2011) (בוטלה החלטת ביניים בנוגע לגילוי מסמכים משום שלא הייתה מנומקת).

(ב) קטגוריה שנייה: אירועים מאוחרים לפסק הדין

קטגוריה שנייה של מקרים נוגעת לבקשות לשינוי התוצאה שלא היה אפשרי לדון בהן לפני שניתן פסק הדין. סוג אחד של מקרים שנמנים בקטגוריה זו הן בקשות להגיש ראיות נוספות לאחר שניתן פסק הדין. תדיר קורה שבעת הזו טוען הצד שהפסיד שיש בידיו ראיות שאם יורשה לו להגישן כעת, יש בהן כדי לשנות את התוצאה לטובתו. במצב כזה בית המשפט נדרש לאזן בין אינטרס סופיות הדיון לבין השאיפה לדייק בתוצאה. אמת המידה להגשת ראיות נוספות בערעור משקפת איזון זה: אם מדובר בראיות שמטרתן להוכיח עובדות שאירעו לפני פסק הדין, אמת המידה היא ככלל מחמירה ודורשת מהמערער להראות שלא היה באפשרותו להשיג את הראיות בשקידה סבירה ולהגישן לערכאה הדיונית בעת המתאימה לכך.¹¹⁹ הטעם לכך הוא, בתמצית, שמתן אפשרות להביא ראיות שהיה ניתן להגישן קודם לכן תפגע בעקרון סופיות הדיון ותאפשר למערער לבצע "מקצה שיפורים". כמו כן אם יותר להגיש ראיות חדשות, יהיה מקום לאפשר למשיב להביא ראיות לסתור אותן. בירור זה דוחה את סוף ההליך וכרוך בעלויות. אם מדובר בראיות שנועדו להוכיח אירועים שקרו לאחר פסק הדין, חלה אמת מידה אחרת המאזנת אד הוק בין אינטרס סופיות הדיון לבין הדיוק בתוצאה.¹²⁰ במקום שבעל דין מבקש להגיש ראיות נוספות לפני שהוגש ערעור, יעיל שהערכאה הדיונית תכריע בבקשתו לפי אמת המידה הנוהגת כיום בערכאת הערעור. שני טעמים עיקריים לכך: הראשון, כפי שהראינו בחלק הראשון, הערכאה הדיונית בקיאה בפרטי התיק, היא תעשה זאת אגב השקעת משאבים פחותים מאלה שתשקיע ערכאת הערעור, והסיכוי שתגיע לתוצאה הנכונה רב יותר. השני, אם ערכאת הערעור תדון לראשונה בבקשה להגיש ראיות נוספות, האפשרות להצליח בהליך ערעורי על החלטתה בנושא זה היא מוגבלת נוכח אמת המידה הנוהגת למתן רשות ערעור בגלגול שלישי. לכאורה ניתן לקבוע כלל שלפיו החלטה בבקשה להגיש ראיות חדשות בערעור תידון לפי אמת מידה מקלה יותר בגלגול שלישי.¹²¹ ברם לא יעיל שהערכאה השלישית תעסוק בתיקון טעויות מהותיות-יישומיות. יש לנצל את זמנה של ערכאה זו לפיתוח המשפט לטובת אינטרס הציבור. לאחר שהוגש ערעור, יעיל להקנות לערכאת הערעור שיקול דעת אם להחליט בבקשה בעצמה או להורות לערכאה הדיונית לדון בה. אופן הפעלת שיקול הדעת בעניין זה תלוי בשאלה אם שופטי ערכאת הערעור כבר למדו את התיק וגיבשו עמדה באשר לסיכויי ובכלל זה באשר לסיכוייה של הבקשה להגיש ראיות נוספות, שאז החזרת העניין לביור משלים עלולה להאריך את ההליך ולסרבולו באופן שהעלות תעלה על התועלת. מצב נוסף שנכלל בקטגוריה זו הוא כשניתנת הלכה חדשה המשליכה על התוצאה. ככלל, הלכה פסוקה של בית המשפט העליון היא בעלת תחולה רטרואקטיבית: יש לה

119 ראו למשל ע"א 3911/01 כספי נ' נס, פ"ד נו(6) 752 (2002); ע"א 8021/03 אלישע נ' אלישע, פ"ד נט(3) 337, 342–344 (2004); ע"א 7414/08 תרו תעשיה רוקחת בע"מ נ' Sun Pharmaceutical Industries Ltd, פס' 31–33 (פורסם בנבו, 7.9.2010); ע"א 2138/10 מועצה מקומית דלית אל כרמל נ' סונול ישראל בע"מ, פס' 23–24 (פורסם בנבו, 16.2.2012).

120 לדיון באמת מידה זו ראו בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 395–400.

121 להצעה זו ולהתייחסות הפסיקה אליה ראו בן-נון וחבקין, שם, בעמ' 221–223; עניין אלבוז, לעיל ה"ש 75, פס' ו-ח; רע"א 3663/13 ה.י.ע.מ. יוזם והשקעות בע"מ נ' גי.א.א.י – מרכז רוטשילד בע"מ, פס' ח (פורסם בנבו, 25.6.2013).

תחולה מידית על כל התיקים התלויים ועומדים לרבות אלה שבשלב הערעור.¹²² כאשר ברור שההלכה החדשה תשנה את תוצאת פסק הדין ואין מתעוררת מחלוקת כנה בנוגע לכך, יעיל כי כל עוד לא הוגש ערעור, הערכאה הדיונית תידרש לכך. לאחר שהוגש ערעור, יעיל להותיר לערכאת הערעור שיקול דעת אם להחזיר את העניין לערכאה הדיונית כדי שתחליט בו או לדון בו בעצמה.

המשותף למקרים שנכללים בקטגוריה זו הוא שהם לא נדונו קודם לכן בערכאה הדיונית. על כן יעיל שהערכאה הדיונית תדון בהם ראשונה, לפי חלוקת התפקידים המסורתית בין הערכאות והרציונלים שבבסיסה, ושערכאת הערעור תדון בערעור על החלטתה אם וככל שיהיה בכך צורך.

(ג) טעויות שהליך תקיפה אופקי אינו מיועד לתקן

הליך תקיפה אופקי מיועד אפוא לתיקון טעויות או פגמים ברורים, במעשה או במחדל, שנפלו בפסק דין ושהערכאה הדיונית תחוש מחויבת לתקנם, כמו גם לדיון בעניינים שמתעוררים לאחר פסק הדין ולא היו יכולים להיות מוכרעים בו. הליך תקיפה אופקי אינו מיועד לעיון או לדיון מחדש בקביעות עובדתיות או משפטיות שבית המשפט נתן להן את דעתו בפסק הדין. אין הוא מיועד להעלות טענות משפטיות חדשות שלא הועלו או לחדד טיעונים שנטענו ונדחו. אף אין הוא מיועד לאפשר לצד שהפסיד לבצע "מקצה שיפורים" – ראייתי או משפטי – ו"להתפלמס" עם פסק דין. פשיטא: הליך תקיפה אופקי אינו מיועד לדיון בטענות "ערעוריות". על כן בקשה בהליך תקיפה אופקי החורג מהמסגרת שתוארה לעיל ומהרציונל שבבסיסה צריכה להידחות בהחלטה קצרה ולא מנומקת, שמבהירה כי בית המשפט בדק את עצמו ולא מצא שמתקיימת איזו מהנסיבות לשינוי פסק הדין לפי אמת המידה האמורה.

2. הערכת השינוי המוצע

כדי שההסדר המוצע יהיה יעיל מקודמו, על העלויות הכרוכות בו להיות נמוכות מאלו הנובעות מההסדר הקיים. לשם כך יש להשוות בין ההסדרים בדבר העלות והתועלת שכל אחד מהם מייצר מבחינת זמן שיפוטי, הדיוק בתוצאה והעלויות הישירות של בעלי הדין. אולם קודם שנפנה לדון בפרמטרים הללו, נבקש להעיר הערה מתודולוגית. נתונים אמפיריים בדבר שיעור הליכי התקיפה האנכיים שמצליחים על סמך איזו מהקטגוריות שלשיטתנו יעיל לדון בהן בהליך תקיפה אופקי ללא ספק היו מסייעים להעריך את יעילותו של ההסדר המוצע. כך למשל אם היה עולה מהנתונים ששיעור זה הוא זניח, ומנגד הכלל המוצע היה פותח פתח להגשת בקשות לתקיפה אופקית שהיו מציפות את בתי המשפט ויוצרות, במצטבר, עלויות ניכרות – היה בכך כדי להחליש במידה רבה את כוחה של טענתנו בדבר יעילותו של ההסדר המוצע. דא עקא, שאופי הדיון בהליכים ערעוריים בשיטתנו מסב קושי ממשי לערוך בדיקה אמפירית מסוג זה. הטעם העיקרי לכך הוא שדיון

122 ראו רע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון אלחמיד, פ"ד סא(1) 126 (2006); דנ"א 3993/07 פקיד שומה ירושלים 3 נ' איקאפור בע"מ (פורסם בנבו, 14.7.2011).

בהליך ערעורי שעתיד להצליח על פי רוב נערך באולם המשפטים, בדיון לפני מותב, ותדיר שהוא מסתיים בפסק דין מוסכם בעקבות הצעה של בית המשפט, ללא נימוקים לגוף העניין. יש שבית המשפט מציע למשיב להסכים לקבלת הערעור; יש שהוא מציע למערער להסכים לדחייתו; יש שהוא מציע פשרה מסוג אחר. תופעה זו היא מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה והיא מוכרת לכל העוסקים במלאכה. דרך זו של ניהול הדיון מעוררת קושי מובנה לבחון את הסיבה להצלחה של הליך ערעורי. קשה להתחקות בדיעבד על הסיבה שערעור התקבל בהסכמה. הדבר נכון במיוחד כשמדובר בערעורים שנסבים על טעויות מהקטגוריה הראשונה. במצב כזה – כשנפלה טעות ברורה – סביר להניח שערכאת הערעור תציע למשיב להסכים לתיקון הטעות, ושאלם יסכים – יינתן פסק דין ללא צו להוצאות. בהינתן שמדובר בטעות ברורה, אף סביר להניח שהמשיב יסכים להצעה משום שהחלופה במקרה של אי-הסכמה היא שהטעות תתוקן בפסק דין, ובמקרה כזה יושתו עליו הוצאות ושכר טרחת עורך דין. עוד יש לציין כי משמוגש הליך ערעורי, סביר להניח שאף אם הטענה העיקרית המועלת בו נכללת בקטגוריה הראשונה, יטען המערער בערעור טענות נוספות, "ערעוריות" באופיין (שאינן נכללות בגדר הקטגוריות האמורות), שאיזו מהן עשויה להתקבל. לכן גם קשה לדעת מה הניע את בית המשפט להציע את ההצעה שהציע בלא לבחון את תוכן התיק ואת פרוטוקול הדיון אשר אינו חשוף לעיני הציבור. המסקנה היא שהואיל וחלק ניכר מהערעורים האזרחיים (וזו הערכה זהירה) מסתיים בפסק דין מוסכם ללא נימוקים, איסוף נתונים אמפיריים על הסיבה לקבלת הערעורים כרוך בעלויות ניכרות. מטעם זה בין היתר לא נסמוך את הניתוח שלהלן על נתונים אמפיריים כי אם על התשתית העיונית שהנחנו בחלק הראשון. מחקרנו הוא אפוא תאורטי, וככזה הוא נסמך על הנחות יסוד שיש בעניינן הסכמה רחבה. כזו היא ההנחה שלפיה יעיל שכל ערכאה תכריע בסוגי עניינים שהיא נמצאת בעמדה הטובה ביותר להכריע בהם, קרי שהכרעה תהיה מדויקת ביותר אגב השקעת מינימום משאבים. כמו כן יסתמך הדיון על הנחות שונות בדבר מאפייניה של מערכת המשפט המסתברות בעינינו. נפנה כעת להעריך את השינוי המוצע למצב הקיים, בחלוקה לשלושה פרמטרים כאמור: זמן שיפוטי, עלויות ישירות לבעלי הדין ומידת הדיוק בתוצאה. לאחריהם נדון בשיקולים נוספים שאינם תועלתניים במובהק.

(א) חיסכון בזמן שיפוטי

השינוי המוצע הוא יעיל אם כשיתר התנאים שווים, יתוקנו טעויות בזמן שיפוטי מועט ביחס להסדר הקיים. קודם שנשווה בין ההסדרים נשוב על כמה הנחות יסוד ששוררת בעניינן הסכמה רחבה: עלותו של הזמן השיפוטי מתבטאת במשך הזמן שמוקדש להליך המיועד לתקן טעות – ככל שההליך צורך זמן שיפוטי רב יותר, כן הוא יקר יותר; ובערכו של הזמן המוקדש לכך – זמן שיפוטי של ערכאה גבוהה יקר מזה של ערכאה נמוכה ממנה. מבחינת משך הזמן השיפוטי המוקדש להליך אופקי – הנחה סבירה היא שכשיתר התנאים שווים, פרק הזמן שהערכאה שנתנה את פסק הדין תקדיש להליך אופקי קצר מזה שהערכאה שמעליה תקדיש לו. שני טעמים עיקריים לכך: ראשית, בית המשפט הנדרש להליך אופקי יעשה כן בדרך כלל סמוך לאחר שנתן את פסק הדין. ערכאה זו בקיאה ורעננה בעובדות ובטענות שהוכרעו אך לאחרונה, ולכן יכולה היא לבחון בקלות ובמהירות אם יש להיעתר לבקשה

לפי איזו מהעילות שמנינו. אם אכן נפלה טעות ברורה, במעשה או במחדל, או שיש מקום להתיר הבאת ראיות חדשות או לשנות את התוצאה מחמת הלכה חדשה, ערכאה זו תוכל לתקן את פסק הדין באופן שייתר את הצורך לפנות לערכאת הערעור בעניינה. מנגד, אם מצאה שהבקשה אינה מוצדקת – ויש להניח שכך יהיה ברוב המקרים – היא תדחה אותה בהחלטה קצרה שמבהירה שלא מצאה עילה לעיון מחדש. הזמן השיפוטי שבקשה כזו תצרוך אינו רב בהשוואה לערכאת הערעור.

אמנם יש להוסיף את העלות השולית הנלווית לאפשרות שיוגש ערעור על החלטה המתקנת את פסק הדין, למשל בטענה שאין מדובר בטעות שבאה בגדר אמת המידה לתיקון בהליך אופקי, ברם יותר מסביר להניח ששיעור הערעורים מסוג זה יהיה נמוך במיוחד וכך גם העלויות הכרוכות בהם. הטעם לכך הוא שמלכתחילה לא ימהר בית המשפט להכיר בטעות ברורה שנפלה בהחלטתו, ואם כבר הכיר בטעות כזו – לרוב תהיה זו טעות שהצריכה תיקון, ושסיכויי הערעור על ההחלטה המתקנת הם נמוכים במיוחד. אם המערער ממילא היה מגיש ערעור, העלות השולית של טענה נוספת בערעור שממילא מוגש היא נמוכה. כמו כן יש להביא בחשבון שיהיו גם מקרים שבהם יתוקנו בתיקון אופקי טעויות שאינן צריכות להיות מתוקנות בתיקון כזה, אולם מקרים אלו יהיו אף הם נדירים, שכן בית המשפט אינו שש להכיר בטעות של עצמו, ולכן ברוב המקרים הוא יעשה כן רק כשקמה הצדקה לכך.

סביר להניח שיהיו מקרים שבהם הצד שהפסיד יגיש בקשה ארוכה במיוחד שתצרוך זמן שיפוטי רב מאחרות. הסבירות לכך תגבר בתיקים עמוסי פרטים, חישובים, חוות דעת מומחים וכיוצא באלה, כמו גם במקרים שבהם יש לצד שהפסיד אינטרס ברור לדחות את הקץ. כמו כן המבקש עשוי לכלול בבקשה טענות שבאות בגדר הקטגוריות האמורות ולצדן גם טענות "ערעוריות". במצב כזה עשוי בית המשפט לבקש תשובה של הצד שכנגד. תשובה זו תאריך את ההתדיינות אך תחסוך לבית המשפט זמן שיפוטי משום שתסייע לו לבחון אם יש בבקשה ממש. במקרים שבהם בקשה שהצריכה זמן שיפוטי נדחתה לאחר שנתבקשה תשובה, יש לזכות את בעל הדין שהשיב בהוצאות ובשכר טרחת עורך דין בגין העיכוב שנגרם לו, וכך ייווצר תמריץ להגיש בקשות מסוג זה רק כשמתקיימת עילה לכך לפי אמת המידה המוצעת. במקרים המתאימים, כשהבקשה חסרת סיכוי ממבט ראשון ודומה שהיא הוגשה רק כדי לגרור את הנתבע לעלויות בבחינת שימוש לרעה בהליכי משפט, יש לפסוק הוצאות לטובת אוצר המדינה ובדרך זו להרתיע מהגשת בקשות סרק שמטרתן להאריך את הדיון.¹²³ אמנם קשה להעריך מה יהיה שיעורן של בקשות שיצריכו זמן שיפוטי ניכר, אולם ניתן להניח שבקשות כאלו ודאי יצריכו זמן שיפוטי רב יותר בערכאת הערעור, שתידרש ללמוד את עובדותיו של תיק סבוך מלכתחילה, ועל כן ככל שיש בבקשה ממש והיא תוביל לתיקון טעות, ייחסך בעקבות זאת זמן שיפוטי רב יחסית.

שנית, ההליך האופקי אינו גורר אחריו בדרך כלל הליכי ביניים נלווים, ולעומתו ההליך האנכי בדרך כלל כרוך בהליכים כאלה, שמעמיסים עלויות על הדרג המנהלי ועל הדרג

123 לדיון בשיקולים לפסיקת הוצאות לטובת אוצר המדינה ראו רע"א 1514/06 תדיראן מוצרי צריכה בע"מ נ' שאול (פורסם בנבו, 24.4.2006); ר"ע 59/87 פרידה נ' ערים חברה לפיתוח עירוני בע"מ (פורסם בנבו, 19.5.1987).

השיפוטי כאחד. הכוונה להליכי פטור מאגרה,¹²⁴ פטור מעירבון¹²⁵ ולעתים אף הליכים הנוגעים לסיווג הנכון של ההליך הערעורי שהוגש.¹²⁶ הליכים אלה כשלעצמם עלולים לגזול זמן שיפוטי ניכר, שכן החלטות בנושאים אלה ניתנות בדרך כלל בידי רשמים, אשר ניתן לערער על החלטותיהם בזכות גם כשהן החלטות ביניים.¹²⁷ מכאן שלעומת תיקון הטעות בהליך אופקי, שהוא כרוך בזמן שיפוטי מועט יחסית, תיקונה של אותה טעות בערכאת הערעור עלול לגבות זמן שיפוטי רב הן של המותב שידון בערעור, אשר צריך ללמוד את פרטי התיק מחדש (בשעה ששופט של הערכאה הקודמת בקיא בהם),¹²⁸ הן של הרשם שידון בבקשות לפטור מאגרה ומעירבון ובנושא סיווג ההליך, הן של השופט שידון בערעור על החלטות הרשמים, ובמקרים יוצאי דופן – של שופט בית המשפט העליון, אשר ידון בבקשת רשות לערער על החלטה שניתנה בערעור על החלטת הרשם. על כך יש להוסיף כי במסגרת הליכי פטור מאגרה ומעירבון – כשאלו ננקטים – נדרש הגורם הדן בהם לבחון את מצבו הכלכלי של מבקש הפטור, וכן את סיכוייו של ההליך האופקי לגופו של עניין.¹²⁹ מדובר אפוא בבחינה מהותית אשר כשלעצמה עלולה לצרוך זמן שיפוטי רב יחסית. עד כאן באשר למשך הזמן השיפוטי. מבחינת ערכו של זמן זה, אמרנו שזמנה של ערכאת הערעור יקר מזה של הערכאה הדיונית. הדברים נכונים ביתר שאת כשההליך האנכי נדון לפני מותב של שלושה שופטים. המסקנה היא אפוא שכשיתר התנאים שווים, תיקון טעות בהליך אופקי הוא יעיל בהרבה מתיקונה בהליך אנכי.

הנה כי כן, תיקון טעות בהליך אופקי זול מתיקונה בהליך אנכי ולכן יחסוך בזמן שיפוטי. אולם החיסכון בזמן שיפוטי אינו מתמזה בכך. למעשה השינוי המוצע יספק מערך תמריצים

124 בעל דין המגיש הליך ערעורי – ערעור או בקשת רשות לערער – מחויב בתשלום אגרת משפט כמפורט בתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007 (להלן: תקנות האגרות). נכון ליום 28.12.2013, אגרה בעד ערעור על פסק דין של בית משפט שלום היא 1,378 ש"ח; אגרה בעד בקשת רשות ערעור על פסק דין של בית משפט מחוזי בערעור היא 989 ש"ח; ואגרה בעד ערעור על פסק דין של בית משפט מחוזי היושב כערכאה דיונית הוא 2,947 ש"ח (תק"2 (א) לתקנות האגרות ופרטים 16, 26 ו-27 לתוספת). לדיון במטרות האגרה ראו ע"א 155/75 פקיד השומה נ' להד, פ"ד כט(2) 505, 506 (1975); ע"א 10537/03 מדינת ישראל (הנהלת בתי המשפט – המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות) נ' ישיגד תעשיות לתשתית (1993) בע"מ, פ"ד נט(1) 642 (2004); ע"א 8743/04 בר-נר נ' רוט, פ"ד נט(4) 104 (2004); ע"א 8974/04 פלוני נ' פלונית, פס" 3 (פורסם בנבו, 18.1.2005); בש"א 4248/08 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 7.10.2008); רע"א 4014/10 מונדו נ' בירן, פס" 9 (פורסם בנבו, 21.9.2010).

125 תק' 427 לתקנות סדר הדין האזרחי. סכום העירבון בהליך ערעורי נע בדרך כלל בין 15,000 ש"ח ל-25,000 ש"ח. לשיקולים בבקשה לפטור מעירבון ראו למשל ע"א 2293/06 זינגל נ' גלעדי (פורסם בנבו, 24.7.2006).

126 השאלה אם החלטה פלוגית היא "החלטה אחרת", שהדרך להשיג עליה היא באמצעות הגשת בקשת רשות ערעור, או שמא מדובר ב"פסק דין", שהדרך להשיג עליו היא באמצעות הגשת ערעור בזכות, יוצרת כר פורה להתדיינויות. לפירוט בנושא זה ראו בן-נן וחבקין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 99-150.

127 ס' 96(ב) לחוק בתי המשפט.

128 השו"ע"א 1593/11 ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות עובדים עבריים בישראל בע"מ נ' דירות נ' שקד בע"מ, פס" 9 (פורסם בנבו, 7.8.2013) (השופט עמית העיר כי לא יעיל להורות לרשם לשום את הוצאות המשפט בסוף ההליך בין היתר משום שהרשם יידרש ללמוד את התיק מלכתחילה, ואילו השופט שנתן את פסק הדין מכיר אותו ויכול לשום את ההוצאות בפחות משאבים).

129 ראו לעיל המובאות בה"ש 124-125.

יעיל ויחסוך בזמן שיפוטי של כל הערכאות. הטעם לדבר הוא שמבנה ההכרעה הקיים של כל ערכאה הוא בבחינת "שגר ושכח". למה הכוונה? מקום שערכאה פלונית נותנת פסק דין שנפלה בו שגיאה שנכללת בקטגוריה הראשונה, ומדובר בשגיאה שלפי הדין הקיים אי אפשר לתקנה אלא בהליך ערעורי – אותה ערכאה אינה יודעת על הטעות הזו, ואף אם תוגש לה בקשה לתקן אותה – יהא עליה לדחותה ולו מהטעם שהיא אינה מוסמכת לתקן טעות מהותית. הואיל וערכאה זו אינה יכולה לתקן את פסק הדין, סביר להניח שחלק מהשופטים אינם רואים טעם בבחינה מעמיקה של השאלה אם אכן טעו (בחינה שאם תוביל למסקנה שנפלה טעות מהותית שלא ניתן לתקנה – תיגרם לשופט שנתן את פסק הדין אי-נחת בינו לבין עצמו שטבעי שיעדיף להימנע ממנה). די בכך שבית המשפט ייווכח שאין מדובר בטעות מהסוג שמותר לו לתקן כדי לדחות את הבקשה לתיקון, בלא להשקיע משאבים מעבר לכך. המגבלה על סמכות התיקון מוציאה אפוא את פסק הדין מתחום אחריותה של הערכאה שנתנה אותו ומעבירה את האחריות הבלעדית עליו לערכאת הערעור, יהא הפגם שנפל בו אשר יהא. בשיטתנו אפשר שיחלוף זמן רב בין מועד מתן פסק הדין בערכאה פלונית לבין מתן פסק דין בערעור עליו.¹³⁰ כשניתן פסק הדין בערעור, חלף פרק זמן ניכר מעת שפסק הדין ניתן, וזיכרונה של הערכאה הדיונית בעניינו נחלש. הדבר נכון במיוחד במקרים שבהם פסק הדין ניתן באולם בעקבות הצעה של בית המשפט, שאז הערכאה שנתנה את פסק הדין מושא הערעור אינה מקבלת כל היזון חוזר על טעות שנפלה בו, אפילו זו טעות ברורה. מצב זה מעורר קושי משום הוא מגביל במידה ניכרת את כוחה של ערכאה שנתנה פסק דין ליטול אחריות על טעויותיה, ללמוד מהן ולהשתפר.¹³¹ השינוי המוצע יפתור קושי זה: פסק הדין, על כל קביעותיו, ייוותר באחריותה של הערכאה שנתנה אותו עד שתמוצה האפשרות לתקן טעויות ברורות, במעשה או במחדל. הוא יתמרץ את בית המשפט לדון מראש בכל הטענות שהועלו לפניו כדבעי ובהיקף המתאים ולהקפיד שפסק הדין יהיה שלם, מדויק ומוקפד, שאם לא כן תונח על שולחנו בסמוך לאחר הינתנו בקשה לתיקון טעות ברורה. מקום שתוגש בקשה לתיקון על סמך היעדר הנמקה יוכל בית המשפט להוסיף הנמקה התומכת בתוצאה (ולמצער להסביר בקצרה שלא נימק את הטענה כי היא אינה מעוררת מחלוקת כנה ואינה מצדיקה הנמקה), ובמקרים החריגים שבהם בית המשפט נוכח כי לא דן בטענה המשליכה על התוצאה, ישנה את תוצאת פסק הדין. כך ייחסכו ערעורים שעילתם היחידה היא היעדר הנמקה. כמו כן, להערכתנו, יחסי הגומלין בין בעלי הדין לבין ערכאה שנתנה פסק דין יגרמו לערכאה שנותנת פסק דין להקפיד הקפדה רבה יותר, ללמוד מטעויותיה ולהשתפר. כפועל יוצא יפחת מספר הערעורים וייחסך זמן שיפוטי.

130 ראו להלן הנתונים המובאים בה"ש 155.

131 כך למשל מצאו מחקרים במדעי ההתנהגות שבנסיבות מסוימות אנשים נוטים להיטיב להעריך את מאזן העלות-תועלת הטמון בפעולה שהם שוקלים לבצע ככל שתוצאותיה באות לידי ביטוי במועד קרוב יותר לביצועה ביחס למצב שבו תוצאות הפעולה ייתנו את אותותיהן בעתיד הרחוק. כלומר, אנשים נוטים שלא לבצע פעולות שעלותן נמוכה כיום אך צפויה מהן תועלת רבה בעתיד. ראו למשל Cass R. Sunstein, *Nudges.gov: Behavioral Economics and Regulation*, in OXFORD HANDBOOK OF BEHAVIORAL ECONOMICS AND THE LAW (Eyal Zamir & Doron Teichman eds. 2014).

יתר על כן, ההסדר הקיים אינו מאפשר לערכאה שנתנה פסק דין לתקן טעות יישומית-מהותית שנפלה בו, ולכן ערכאת הערעור נוטה להיות סובלנית לטעויות שנפלו בהיסח הדעת. אף שמוטב שלא יקרו טעויות, אין אדם החסין מלטעות ומכאן הנטייה לסובלנות כלפי טעויות ברורות שנפלו בהיסח הדעת. גישה סובלנית זו, שאינה מתבטאת בביקורת שמותחת ערכאת הערעור על טעויות ברורות שנפלו בהיסח הדעת, פוגעת בתמריץ של שופטי הערכאות הנמוכות לדייק בתוצאה. יש להניח שהגישה של ערכאת הערעור תהיה שונה אם הערכאה הדיונית תוסמך לתקן טעויות שנכללות בקטגוריה הראשונה, ולמרות זאת תימנע מלתקן גם לאחר שמתדיין הצביע עליהן במפורש וביקש את תיקונן. או אז ערכאת הערעור תהיה סובלנית פחות כלפי הערכאה הדיונית, והדבר יתבטא בלשון פסק הדין שתיתן. הכלל המוצע יגרום אפוא שערכאת הערעור תנחה את הערכאות הדיוניות לשקול את הטענות המועלות בבקשת תיקון, ובמקרים המתאימים לחסוך את הצורך לתקן טעות ברורה בהליך ערעורי יקר ומיותר. הואיל ודברי ערכאת הערעור משליכים על מידת ההערכה ששופטי הערכאה הקודמת זוכים לה, יבדקו אלה היטב את בקשות התיקון, וטעויות ברורות יתוקנו. השינוי המוצע ישנה אפוא את בררת המחדל לתיקון טעויות ברורות: אלה יתוקנו בערכאה שנתנה את פסק הדין ולא יעסיקו את ערכאת הערעור. לא נעלם מעינינו החשש שהשינוי המוצע יתמרץ את הערכאה הדיונית לנמק את פסק הדין בהרחבה יתרה ולהקדיש דיון גם לטענות ולראיות שכיום אין מוקדש להן דיון משום שדיון בכל טענה, גם הקלושה ביותר, מנצל את הזמן השיפוטי ניצול לא יעיל. אולם סביר להניח שהשינוי המוצע לא יגרום שינוי ניכר במצב הקיים בהקשר זה. הערכאה הדיונית לא תדון בהרחבה בטענות שאין היא סבורה שמצדיקות דיון, אלא שהפעם היא תבהיר בהחלטה בבקשת התיקון – אם לא הבהירה זאת בפסק הדין – שזו הסיבה שלא דנה בהן. ערכאת הערעור תהיה ערה לכך ותחזיר את העניין להשלמה – או תדון בעצמה – רק בטענות המעוררות מחלוקת כנה, שהיה מקום להקדיש להן דיון רב יותר.

כזכור, נקודת המוצא לדיונו היא שערכאת הערעור נהנית מיתרון לדון בטענות משפטיות ובהסקת מסקנות מן העובדות שקבעה הערכאה הדיונית. על כך נשענת חלוקת העבודה המסורתית בין שלוש הערכאות. השינוי המוצע יאפשר לכל ערכאה להתמקד בסוגיות שיש לה יתרון להכריע בהן לעומת הערכאות האחרות. בעקבות השינוי המוצע יגיעו ערעורים לערכאת הערעור כשהם בשלים לדיון ערעורי: לאחר שטעויות ברורות תוקנו, לאחר שהערכאה הדיונית וידאה שדבר לא נשמט ממנה, ושכל טענה הראויה להנמקה זכתה להנמקה מספקת (ומבחינה זו פסק הדין "שלם"), ולאחר שהחלטת הערכאה הדיונית לדחות את הליך התקיפה האופקי וההנמקה שנכללה בה הבהירה לערכאת הערעור שפסק הדין נוסח כפי שנוסח בכוונת מכוון. בחינה מקדמית מעין זו – מעין גלגול ערעורי נוסף, אך מהיר וזול, בכל ערכאה – תאפשר ניפוי וסינון של טענות שכיום מועלות לראשונה בערכאת הערעור ונמצאות מוצדקות. אף שאין בידינו נתונים אמפיריים, הנחה סבירה היא בעינינו ש"הכנה" זו של פסק הדין, שתבוצע לפני שיוגש הליך ערעורי, תתרום להקטנת מספר הערעורים ולניצול יעיל של הזמן השיפוטי של ערכאת הערעור, אשר תעסוק יותר בפיתוח המשפט ופחות בתיקון טעויות ברורות שנפלו בפסק דין. השינוי המוצע אף מתיישב עם הרציונל שבבסיס חלוקת התפקידים בין ערכאה דיונית, ששומעת את הראיות ומעריכה

את משקלן, לבין ערכאת הערעור, שדנה בשאלות משפטיות. כאשר בעל דין טוען כי נפלה טעות עובדתית, הערכאה שנמצאת בעמדה הטובה להעריך את טענתו היא הערכאה הדיונית. זו שמעה את יתר הראיות, התרשמה מן העדים וקבעה את משקלן ביחס למארג הכולל. כשיתר התנאים שווים, הסיכוי שטעות עובדתית תתוקן בערכאה שנהנית מיתרון להכריע בעניין גבוה מהסיכוי שאותה טעות תתוקן בערכאה גבוהה יותר שמתאימה פחות לכך. השינוי המוצע יאפשר לתקן טעויות בתיקים סבוכים, מרובי עובדות, פרטים, חישובים, חוות דעת מומחים וכיוצא באלה. הערכאה הדיונית – שהתעמקה בפרטים והיא רעננה בהם – תוכל "לסגור קצוות" שנותרו פרוצים, לתקן אי-הבנות ולהעמיד דברים על דיוקם ומכונם. סמכות זו תפטור את ערכאת הערעור מלעסוק בנושאים אלה אשר לפי טבעם מצריכים זמן שיפוטי רב אף שאינם מעוררים שאלה משפטיות ותפנה את זמנה לבצע את התפקיד העיקרי שבו יש לה יתרון על פני הערכאה הדיונית: לדרון בשאלות משפטיות המפתחות את המשפט ולבחון את מסקנות הערכאה הדיונית במבחן ההיגיון והשכל הישר.

ההסדר המוצע יחסוך עלויות גם מהטעם הזה: כאשר נופלת בפסק דין טעות ברורה ובעל דין מחליט לתקוף אותה בהליך אנכי, יותר מסביר להניח שיכרוך בערעורו טענות נוספות, "ערעוריות", משיקולים טקטיים. כל המצוי בנעשה בהליכים ערעוריים יודע כי על פי רוב אלה אינם כוללים אך טענות טובות וניצחות. עורכי דין נוטים לטעון טענות רבות, מן הגורן ומן היקב, אף אם למעשה יש בפייהם טענה טובה אחת בלבד שיש לה סיכוי סביר להתקבל. על כן במקרה שנפל פגם כאמור בפסק הדין ויינקט נגדו הליך אנכי, סביר להניח שהליך זה יהיה "מנופח" בטענות נוספות שדיון בהן צורך זמן שיפוטי. אימוץ ההסדר המוצע עשוי לפתור קושי זה: הוא יאפשר לבעל דין לפנות בתקיפה אופקית בטענה לטעות ברורה ולה בלבד. אם הטענה תתקבל, יתייתר הערעור, וכך יחסך הזמן השיפוטי שיבזבז על דיון בטענות חסרות סיכוי שנוספו משיקולים טקטיים גרידא. נימוק זה מתחבר לביקורת מסוימת שניתן להטיח בטיעוננו: אמרנו שבקטגוריה הראשונה נכללות טעויות שקל וזול לתקן. אם אלה הם פני הדברים – ישאל השואל – הרי שכשם שהערכאה שנתנה את פסק הדין תוכל לתקן את הטעות בזול, כך גם ערכאת הערעור תתקן אותה בזול, ואם כך – יוצא שהזמן השיפוטי שהוקדש לכך בערכאת הערעור אינו רב יחסית. ולא היא, משני טעמים: ראשית, כפי שהסברנו, הליך תקיפה אופקי יתמקד רק בטעות הברורה, שכן אין הוא מיועד לתיקון טעויות "ערעוריות", ובית המשפט לא יידרש להן, ואילו ההליך האנכי יכול, במידה גבוהה של הסתברות, ערב רב של טענות, כאלו המתייחסות לטעות הברורה וכאלו שהן "ערעוריות" באופיין. סביר להניח שבית המשפט המתכונן לדיון ילמד, לפחות בחלק מהמקרים, את התיק כולו וידאג להיות בקיא גם בטענות ה"ערעוריות". והרי לנו ניצול לא יעיל של הזמן השיפוטי; שנית, לאחר שמוגש הליך ערעורי, נקבע דיון לפני המותב שידון בו. חברי המותב יעינו בתיק בסמוך לפני מועד הדיון, כשיתכוננו אליו. אף אם נניח שנפלה טעות ברורה שניתן להבחין בה בנקל, באופן שמיתר את הצורך ללמוד את כל עובדותיו האחרות של התיק (כלומר כשיתר התנאים שווים, התכוננות לדיון בטענה לטעות ברורה מצריכה זמן שיפוטי מועט יחסית להתכוננות לדיון שמועלות בו טענות "ערעוריות"), עדיין מדובר בערעור שהמתין על המדף ותפס מקום של ערעור אחר. בהתחשב בהיותה של ערכאת הערעור עמוסה, הכרעה בתיק אחד באה על חשבון הכרעה בתיק אחר הממתין

בתור, ולכן הזמן השיפוטי היקר ביותר – זמן אולם – התבזבז: תיק זה יישמע, ומאוחר מדי לקבוע דיון בתיק מתאים ממנו במקומו. מסקנה: אף בהנחה שבירור ערעור שנסב על טעות ברורה צורך זמן שיפוטי פחות מזה שצורך ערעור שמועלות בו טענות "ערעוריות", הזמן השיפוטי שהוקדש לדיון באולם בערעור כזה נוצל ניצול לא יעיל, ויעיל יותר להקדישו לערעור אחר.

כאן המקום לשוב לנושא שלו הקדשנו את החלק השני של רשימתנו. הראינו שבית המשפט העליון נדרש לתקן טעויות ברורות שאינן יכולות להיוותר על כנן, ושכשל המגבלה על תיקון טעויות המעוגנת בהסדר הקיים, הדרך הכמעט יחידה לתקן טעות מהותית-יישומית – אף אם היא ברורה – היא לתקנה בהליך אנכי, שהוא בבחינת גלגול שלישי. תיקון טעויות יישומיות אינו מתיישב עם הרציונל של הלכת חניון חיפה וגורר ניצול לא יעיל של זמן שיפוטי. בשלב זה של הדיון טענתנו ברורה מאליה: השינוי המוצע יפחית את שיעורן של הטעויות הברורות. סביר להניח שבעקבות זאת יקטן – ולו במידת מה – מספר הבקשות לרשות ערעור בגלגול שלישי המוגשות לבית המשפט העליון. ההסדר המוצע אף יפחית את ההצדקה להידרש לטענות ערעוריות לגופו של עניין בגדר בקשות רשות ערעור – פרקטיקה רווחת שמנצלת את הזמן השיפוטי היקר של הערכאה העליונה שלא ביעילות.¹³² ודוק: אין אנו אומרים כי אימוץ ההסדר המוצע יוביל מניה וביה לשינוי תרבות ההכרעה בבקשות רשות ערעור בגלגול שלישי, שכן אין אנו מתיימרים לטעון שהסיבה להיותן של בקשות אלו נדונות באריכות נובעת באופן בלעדי, או עיקרי, מהצורך לתקן טעויות ברורות. טיעוננו הוא אחר: במישור העיוני סביר להניח שההסדר המוצע יפחית את שיעור הטעויות הברורות ובעקבות זאת תופנם ההבנה שטעויות מתוקנות בגלגול שלישי לעתים נדירות בלבד. יכול ששינוי זה יקדם, ולו במידת מה, שינוי מגמה בדבר האופן שבו נדונות בקשות רשות ערעור בשיטתנו. לטעמנו הדרך היעילה לדון בבקשות רשות ערעור בגלגול שלישי היא לבחון אם הן עומדות באמת המידה שנקבעה בעניין חניון חיפה ותו לא, ובמקרה שלא – להסתפק בהנמקה קצרה בלא להידרש לגופן של טענות. דרך זו – המשלימה עם שיעור מסוים של טעויות ונוהגת במדינות משפט מקובל אחרות – יעילה מדרכנו וראוי לאמצה. נוסף על כך השינוי המוצע יגרום שלבית המשפט העליון, בישובו כערכאת ערעור ראשונה, יגיעו ערעורים מעטים יותר ובעיקר "מבושלים" יותר. הוא יקדיש זמן רב יותר לדיון בערעורים שעולות בהם שאלות משפטיות, וכך – אולי – יקל על שופטיו לדחות בקשות לרשות ערעור שאינן מעלות שאלות משפטיות חשובות.

כעת אנו באים לקושי העיקרי הטמון בהצעתנו: אף שתיוקן טעות בתקיפה אופקית במתכונת המוצעת זול במידה ניכרת מתיקונה בהליך אנכי, אין בידינו נתונים אמפיריים על שיעור הטעויות שמתוקנות בהליך ערעורי ושהיה ניתן לתקן בהליך אופקי. ייתכן אפוא ששיעור זה הוא זניח, ומנגד שהאפשרות לפנות בהליך אופקי זול וחסר חסמים (אין בו אגרה ועירבון) תפתח פתח להתדיינות רבה. בכלל זה נוצר חשש מניצול לרעה של ההליך האופקי בניסיון לבצע "מקצה שיפורים", לדחות את סופיות ההליך, לגרור את היריב להוצאות (אם הלה יידרש לטעון לעניין תיוקן הטעות ובית המשפט יחליט שאין מקום

132 לביקורת על פרקטיקה זו ראו סולברג, לעיל ה"ש 40, בעמ' 448 ואילך; שני, לעיל ה"ש 20, בעמ' 99; בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 229–232.

לתקן) ולניצול לא יעיל של הזמן השיפוטי, שיוקדש לטיפול בבקשות שיידחו. אף בהנחה שהזמן השיפוטי הממוצע שיושקע בהליך אופקי הוא מועט, הרי עסקינן בסכומים מצטברים – בקשות רבות שיוגשו עלולות להצטבר לכדי זמן שיפוטי רב אשר יכביד על הערכאות הנמוכות. על כך יש להוסיף כי המקרים המיועדים לתקיפה אופקית אינם אמורים להיות שכיחים – מדובר בטעויות ברורות אשר סביר להניח שאינן שכיחות מאוד, כמו גם בבקשות להגשת ראיות נוספות שיש מקום להיעתר להן. על כן הנחתנו היא שככלל בקשות כאלו צריכות להידחות, ומכאן שהזמן השיפוטי שיוקדש לחלק הארי מהן ינוצל ניצול לא יעיל. אם כך יהיה, עלותו של הכלל תעלה על תועלתו.

ארבעה נימוקים מוליכים אותנו למסקנה שההסתברות שחשש זה יתממש אינה גבוהה. הנימוק הראשון נסמך על ניסיון מצטבר בהחלת השינוי המוצע על החלטת ביניים. השינוי המוצע חל כיום על החלטות מסוג זה בענייני סעדים זמניים ובעניינים שונים הנוגעים לניהול הדיון.¹³³ הלכה היא שאין מניעה להגיש בקשה לעיון מחדש בהחלטות כאמור,¹³⁴ ובית המשפט שנתן אותן מוסמך לשנותו כל עוד לא סיים את מלאכתו בפסק דין.¹³⁵ הפסיקה נקטה בהקשר זה את אמת המידה המוצעת – נקבע כי דרך המלך לתקוף החלטה אחרת בטענות "ערעוריות" באופיין היא להגיש בקשת רשות לערער (או להשיג עליה במסגרת הערעור על פסק הדין הסופי), וכי בית המשפט יקפיד שבקשה לעיון חוזר לא תנוצל לרעה.¹³⁶ אולם במקרים שבהם נפלה טעות ברורה, או שיש לשנות את התוצאה עקב שינוי נסיבות, אין מניעה שהערכאה שנתנה את ההחלטה תשנה אותה.¹³⁷ אדרבה: כשמדובר בבקשה לתיקון טעות טכנית גרידא שאינה טעות סופר, נקבע פוזיטיבית כי הדרך

133 להבחנה בין פסק דין לבין החלטה אחרת ראו שני, לעיל ה"ש 20, בעמ' 74–76; בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 99–148.

134 יש החלטות ביניים מסוגים מסוימים שהפסיקה קבעה לגביהן כי הן סופיות, בכפוף לזכות להשיג עליהן בהליך ערעורי, ובית המשפט אינו רשאי לעיין בהן מחדש. לסקירה וביקורת ראו בנימין רוטנברג "אי סופיותן של החלטות ביניים" משפטים כא 463, 477–483 (1992). ראו גם רע"א 4472/10 Proneuron Biotechnologies, Inc. נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ, פס"ט–כ"א (פורסם בנבו, 6.10.2010). ברם, ספק בעינינו אם הלכה זו תחול אף במקרה שבית המשפט טעה טעות ברורה בהחלטה ותוגש לו בקשה לעיון מחדש בסמוך לאחר הינתנה וללא שיהוי.

135 ראו ע"א 188/60 רייס נ' רייס, פ"ד יד 1314 (1960); ע"א 37/68 גינז נ' מאירי, פ"ד כב(1) 525, 528 (1968). לדיון בשאלה מתי ראוי להתיר עיון מחדש בהחלטה אחרת בגין טעות של בית המשפט ראו רוטנברג, לעיל ה"ש 134, בעמ' 472–476. רוטנברג אומנם סבור כי לבתי המשפט "אין נכונות מעשית של ממש לבדוק שוב את ההחלטה, שמא ניתנה מחמת טעות". אולם לדעתנו צריכה להיות לבית המשפט נכונות כזו כשמדובר בטעות ברורה, כפי שעולה בפירוש מההלכה הפסוקה בנושא. ראו הכתוב להלן בה"ש 138.

136 למשל, בדרך של הגשת בקשות חוזרות ונשנות שדוחות את סופיות ההליך בניסיון לגרור את היריב לעלויות ולהתישו או ניסיון לבצע "Judge Shopping" במקרה שהשופט שנתן את פסק הדין לא יכול לדון בבקשה לעיון חוזר והיא תגיע לשופט אחר. נראה לנו שסיכונים אלה אינם ממשיים ואפשר למצוא להם פתרונות מעשיים כגון בחינה זהירה של הבקשה לעיון חוזר ובמקרים המתאימים פסיקת הוצאות לטובת הצד שכנגד ואף לאוצר המדינה. השוו רוטנברג, לעיל ה"ש 134, בעמ' 475.

137 ראו למשל ע"א 3604/02 אוקו נ' שמי, פ"ד נו(4) 505, 508 (2002); עניין טבע, לעיל ה"ש 134, פס' יח; רוטנברג, לעיל ה"ש 134, בעמ' 466–467.

היעילה לתקן אותה היא להגיש בקשה לעיון חוזר.¹³⁸ ההלכה המכירה בסמכות לעיון חוזר בהחלטת ביניים היא הלכה ותיקה, ולא הוטחה בה ביקורת שהיא מעמיסה על הערכאות הדיוניות יתר על המידה.¹³⁹ מסקנה זו מתחזקת לאחר שלאחרונה נשללה האפשרות להשיג על החלטות ביניים מסוימות סמוך לאחר הינתן, ודרך היחידה להביא לשינוי לפני שניתן פסק דין היא להגיש בקשה לעיון חוזר. סביר להניח ששינוי זה הגדיל במידת מה את מספר הבקשות לעיון חוזר, ועדיין אין נשמעת ביקורת על כך. כמו כן כשם שבתי המשפט הביעו את מורת רוחם מתקיפה אופקית של החלטת ביניים בלא שחל שינוי נסיבות או שנפלה טעות ברורה,¹⁴¹ מוצע שגם מקרה של תקיפה אופקית חסרת בסיס של פסק דין תגרוור מורת רוח באותה מתכונת, והדבר יתמרץ את בעלי הדין להגיש הליכים אופקיים המגלים עילה ותו לא. אנו ערים כמובן להבדל המהותי בין החלטת ביניים לבין פסק דין סופי (ובכלל זה לכך שקשה להעריך מה תהיה ההשפעה של החלטות ביניים מסוימות על פסק הדין הסופי ועל כן מערך התמריצים להגשתן שונה באופיו מזה שחל על הגשת ערעור על פסק דין סופי). אולם בהקשר זה לא נמצאה לנו סיבה להניח שהשוני רלוונטי: במקום שבו נפלה טעות ברורה או שחל שינוי נסיבות קבעה הפסיקה במפורש שדרך המלך היא

138 בע"א 3537/03 זאב בר בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד נט(4) 568 (2005) נדון מקרה שבמסגרתו קיבל בית המשפט המחוזי ערעור לאחר שהמשיב לא הגיש סיכומים. המשיב הגיש בקשה לביטול פסק הדין שניתן במעמד צד אחד, ובית המשפט המחוזי דחה אותה על הסף בקבעו שבקשת הביטול הוגשה באיחור. המשיב הגיש בקשה לעיון חוזר וטען כי נפלה טעות טכנית באופן חישוב הימים, ולמעשה בקשת הביטול הוגשה במועד. בית המשפט המחוזי עיין מחדש בהחלטת הביטול ונעתר לה. המערערת תקפה החלטה זו בבית המשפט העליון. הנשיא ברק, בהסכמת חבריו להרכב, דחה את הערעור בקבעו: "עניינה של בקשת המשיב לעיון חוזר הוא בתיקון טעות 'טכנית', ואין בה כדי לפגוע בזכויותיו של הצד שכנגד. דעתי היא כי הדרך היעילה ביותר בנסיבות המקרה לתקן את ההחלטה היא על-ידי הגשת בקשה לעיון חוזר. אכן, הגשתה של בקשת רשות ערעור שכל כולה בטענה כי בית המשפט שגה במניין הימים, היא נטולת הגיון ונראית, על פניה, בלתי רצויה, הגם שהיא אפשרית. מכל מקום, גם אם אניח כי בית-המשפט לא היה מוסמך להיעתר לבקשת המשיב מכוח תקנה 201 לתקנות סדר הדין האזרחי, הרי שבנסיבות המקרה אין מקום לבטל את החלטתו של בית המשפט ועל-ידי כך להביא לבטלותו של פסק הדין של בית-המשפט המחוזי" (שם, בעמ' 574). יודגש כי הלכה זו חלה על החלטה שניתנה במעמד צד אחד. היא לא חלה על פסק דין שניתן במעמד שני הצדדים. ראו גם רע"א 7884/13 אור ים עיבוד שבבים בע"מ נ' IMI Defense, פס' 4 (פורסם בנבו, 20.11.2013) (השופט פוגלמן דחה בקשת רשות לערער בגלגול שליש תוך שציין כי "בית המשפט המחוזי לא התנה את העיקולים שהטיל בהפקדת ערבות מספקת להנחת דעתו, וכן לא פטר מהפקדתה בהתקיים התנאים המנויים בתקנה 364(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. ברי כי עניין זה נשמט מהחלטתו וכי עליו לדון ולהכריע בו קודם שייכנסו צווי העיקול לתוקף. ראוי היה שהמבקשים יפנו לבית המשפט המחוזי בבקשה לעיון מחדש בהחלטתו ביחס לסוגיה זו במקום להעלותה בבקשה שלפניי").

139 ראו רוטנברג, לעיל ה"ש 134, בעמ' 472-473 ("עיון בכל היקפה של הפסיקה מעלה, כי גם אם במישור העקרוני קיימת הכרה באפשרות לשנות החלטת-ביניים בטענה שבטעות יסודה, הרי שבמישור המעשי יישומה של הלכה זו אינו שכיח").

140 חוק בתי המשפט (תיקון מס' 52), התשס"ח-2008, ס"ח 668; צו בתי המשפט (סוגי החלטות שלא תינתן בהן רשות ערעור), התשס"ט-2009, ק"ת 6794. לדיון בשינוי זה ראו מיכאל קרייני "סדרי דין הנקראים לסדר פעם שנייה: גבולותיה החדשים של אופציית הערעור על החלטת ביניים בהליך האזרחי" מחקרי משפט כח 153 (2012).

141 ראו רוטנברג, לעיל ה"ש 134, בעמ' 473.

להגיש בקשה לעיון חוזר. הרציונל שמאחורי הלכה זו יפה גם כשמדובר בפסק דין סופי, והיעדרם של נתונים אמפיריים המעידים על "הצפה" תומך – ולו במידת מה – בטיעונו. הנימוק השני נעוץ בניסיון מצטבר בעניין בקשות לעיון מחדש בהחלטות סופיות שניתנות בבית המשפט העליון בבקשות רשות ערעור בגלגול שלישי. החלטה כזו מסיימת את ההליך, ואין אחריה עוד, ולכן אף שהיא מוכתרת כ"החלטה", למעשה מבחינה עיונית ניתן לסווגה כפסק דין בהיותה מסיימת את ההליך הערעורי שנקט. אין בדין דרך להשיג על החלטה כזו (זולת הגשת עתירה לבג"ץ), ולכן פרקטיקה שכיחה היא שמוגשות לבית המשפט העליון בקשות לעיון חוזר בהחלטות כאלו בניסיון לגרום לבית המשפט להתייחס לטענה שלא נדונה, לתקן טעויות וכיוצא באלה. החלטות אלו נדחות לרוב בהחלטה קצרה הכוללת קביעה כי לא נמצא ממש בטענות לגופן.¹⁴² הנחה סבירה היא שהזמן השיפוטי המוקדש לבקשות מסוג זה הוא מועט, ושפרקטיקה זו אינה מכבידה על שופטי בית המשפט העליון יתר על המידה. והרי זה המתווה הרעיוני שאנו מציעים לאמץ: תוגש בקשה לתקיפה אופקית של פסק דין; בית המשפט יעיין בה ויראה אם יש מקום לשנות ממנו או להשלימו; ברוב המקרים ימצא שלא, וידחה את הבקשה על אחר תוך ניצול זמן שיפוטי זניח. במיעוט המקרים ימצא שיש מקום לתקן את פסק הדין או להשלימו ויעשה כן. במקרה כזה ייחסך זמן שיפוטי ניכר של ערכאת הערעור העולה בערכו על הזמן המצטבר שהושקע בבקשות שנדחות.

הנימוק השלישי נעוץ בניסיון מצטבר בהסדרים מקבילים באנגליה ובארצות הברית. כפי שהראינו, בשתי שיטות המשפט הללו חלים הסדרים – שאמנם שונים במאפייניהם – אולם הרציונל שבבסיסם זהה: הם מאפשרים לערכאה שנתנה פסק דין לתקן טעות מהותית-יישומית שנפלה בו לפי אמת המידה שאנו מציעים לאמץ. בארצות הברית בררת המחלוקת היא שהערכאה הדיונית תדון בשתי הקטגוריות של המקרים (תיקון טעויות ברורות ואירועים שקרו לאחר פסק הדין המצדיקים לשנות את תוצאתו), ואילו באנגליה הערכאה הדיונית תדון בקטגוריה הראשונה בלבד. אף שאנו נוטים לסבור כי המתכונת האמריקנית יעילה יותר ולכן המודל המוצע תואם אותה יותר משהוא תואם את המודל האנגלי, אין מניעה לאמץ חלק מהמודל האמריקני וחלק מהמודל האנגלי. כלומר, להתיר תקיפה אופקית בקטגוריה הראשונה ולהותיר תקיפה אנכית בלבד במקרים שבאים בגדר הקטגוריה השנייה. אנו ערים כמובן להבדלים בין השיטות השונות ולזהירות המתחייבת מהשוואה לשיטות משפט זרות בכל הנוגע לסדרי הדין. בכלל זה יש לציין כי השיטה האמריקנית מבוססת על מושבעים המכריעים בסוגיות עובדתיות, ומכאן ההבחנה הדיכוטומית בין ערכאה דיונית השומעת ראיות לבין ערכאת הערעור שאינה מקבלת ראיות חדשות. עם זאת נראה לנו שעצם העובדה ששתי השיטות הללו אימצו את הכלל המוצע – וככל שבדיקתנו מגעת לא

142 ראו למשל כמה דוגמאות משנת 2013 בלבד: ע"א 7361/12 Lehman Brothers Alternative Investment Management נ' לאוקורד השקעות אלטרנטיביות בע"מ (פורסם בנבו, 21.1.2013); בע"מ 3996/12 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 21.5.2013); רע"א 2366/13 חביבולה נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 30.10.2013); רע"א 1391/13 פנינג נ' קראוס (פורסם בנבו, 2.6.2013); רע"א 2391/13 ליפשיץ נ' בנק אדנים (פורסם בנבו, 10.11.2013); רע"א 2391/13 ליפשיץ נ' בנק אדנים (פורסם בנבו, 26.11.2013).

נמתחה עליו ביקורת חריפה ולא הוצע לשנותו – מעידה, לפחות במידת מה, על יעילותו ועל עדיפותו על הדין הקיים בשיטתנו, אשר כפי שהראינו לעיל מעורר קשיים עיוניים לא מבוטלים. נזכיר בהקשר זה כי שיטתנו הדיונית נוצרה והתפתחה מתוך השיטה האנגלית, ועל כן הנחת המוצא היא שיש דמיון בין השיטות. אמנם מאז שהתנתקנו מהמשפט האנגלי זרמו מים רבים בירדן, אך בכל זאת אנו סבורים כי אין להתעלם מהתפתחויות שחלו בעניין זה באנגליה ויש מקום ללמוד מהן. על כך יש להוסיף כי בניגוד לשיטה האנגלית, שדומה יותר במאפייניה לשיטתנו, השיטה האמריקנית שונה בין היתר בכך שחל בה "הכלל האמריקני" לעניין הוצאות משפט שלפיו, ככלל, כל צד נושא בהוצאותיו ובשכר טרחת בא כוחו.¹⁴³ הואיל ואכיפה פרטית באמצעות בית המשפט תופסת מקום נרחב בחברה האמריקנית אשר מרבה להתדיין,¹⁴⁴ דווקא החשש לניצול לרעה של הליך תקיפה אופקי מוחשי בה יותר, שכן בעל דין שיגיש בקשת תקיפה אופקית לא יחויב בהוצאות ובשכר טרחה אם היא תידחה (אם כי בקשה שחסרת כל בסיס והיא בבחינת שימוש לרעה בהליכי משפט עלולה לגרום שיוטלו סנקציות אישיות על עורך הדין שהגיש אותה, אולם הדבר קורה במקרים קיצוניים בלבד). בשיטתנו קל יותר לתמרץ את בעלי הדין להימנע מלהגיש בקשות לתקיפה אופקית אם הן חסרות בסיס מחשש שיחויבו בהוצאות, עובדה התומכת בהיותו של ההסדר המוצע אפקטיבי גם כאן.

הנימוק הרביעי נוגע לכמות הערעורים שנסבים על טעות ברורה הנכנסת לקטגוריה הראשונה. אף שאין בידינו נתונים אמפיריים, הצלחנו לאתר ללא קושי רשימה הכוללת יותר מעשרים החלטות ופסקי דין מנומקים בהליכים ערעוריים אשר ניתן להניח שההסדר המוצע היה פותר לפחות חלק מהם וחוסך בעלויות.¹⁴⁵ כמו כן פתחנו את הפרק בכך שהגיננו להניח שהליך ערעורי מוצדק שנסב על טעות ברורה ייצור דינמיקה בדיון שתוביל לפסק דין מוסכם ולא מנומק. אם הערכה זו נכונה ולו בחלקה, הרי שהדוגמאות שהבאנו אינן רוב המקרים, ולא זו בלבד שקיימים מקרים נוספים של טעויות ברורות המתקנות בהליך ערעורי, אלא שסביר להניח שרוב הערעורים על החלטות כאלו אינם מסתיימים בפסק דין מנומק אלא בהסכמה. צירוף הנחות אלו מוביל למסקנה המסתברת שמספר ההליכים הערעוריים שהיה נחסך בעקבות הכלל המוצע אינו זניח.

לבסוף, סביר להניח שיהיו מקרים שבהם תוגש לבית המשפט בקשה "מתפלמסת", "ערעורית" באופייה, שתשכנע אותו שטעה טעות קונספטואלית, והוא יהפוך אפוא את התוצאה, משל קיבל ערעור על עצמו. מצבים כאלה יפגעו ביעילותו של ההסדר המוצע אם שכיחותם תהיה גבוהה. אמנם שינוי התוצאה בהליך האופקי עשוי להוביל לתוצאה הנכונה, ובמובן זה להגדיל את מידת הדיוק בתוצאה, אולם אם דרך הילוך זו תינקט בשיעור גבוה של מקרים – העלויות הכרוכות בכך עלולות להיות גבוהות, ויצא שכרו של השינוי המוצע

143 לסקירת "הכלל האמריקני" בדבר שכר טרחת עורך דין בארצות הברית ראו Issachar Rosen-Zvi, *Just Fee Shifting*, 37 FLA. ST. U. L. REV. 717 (2010).

144 ראו באופן כללי, Arthur R. Miller, *Simplified Pleading, Meaningful Days in Court, And Trials on the Merits: Reflections on the Deformation of Federal Procedure*, 88 N.Y.U. L. REV. 286 (2013).

145 ראו את ההחלטות ואת פסקי הדין המאוזכרים לעיל בה"ש 109–118.

בהפסדו. לדעתנו הסיכון הטמון בכך אינו רב, משני טעמים עיקריים: הראשון, המסר שתעביר ערכאת הערעור בדבר אמת המידה לתיקון טעויות בהליך אופקי אמור להיות חד וברור ולהבהיר שאין הוא מיועד לשקילה מחודשת של טענות מהותיות שנדונו או של טענות חדשות. כשם שכך נוהגים בתי המשפט בנוגע לבקשות לתיקון טעות סופר, וכשם שכך נוהג בית המשפט העליון בבקשות לעיון מחדש בהחלטה סופית שנתן, אין סיבה להניח שישנו את דפוס הכרעתם מקצה לקצה. סבירה בעינינו יותר ההערכה שהערכאות הנמוכות ידבקו ככלל במתווה שהוא בבחינת הלכה פסוקה ומחייבת, ורק לעתים חריגות יחרגו ממנה. במקרה שערכאה דיונית תתקן את פסק דינה שלא לפי אמת המידה הנוגתה, ערכאת הערעור תבקר אותה על כך גם אם לא תתערב בתוצאה. כך תוכווון התנהלותן של הערכאות הנמוכות בדרך הרצויה. מסקנה זו מסתברת לנוכח שיטת התקדים המחייב והחשיבות שבשמירה על הייררכייה בין הערכאות, שעליה עמד בית המשפט העליון אך לאחרונה.¹⁴⁶ הטעם השני, להערכתנו מקרים אלו אמורים להיות חריגים ונדירים לא רק משום שמשמעותם חריגה מההלכה הפסוקה אלא גם משום שאלו מקרים שבהם בית המשפט משנה את דעתו ללא שינוי נסיבות. הגיוני להניח שככלל פסקי דין אינם ניתנים כלאחר יד אלא לאחר שבית המשפט שקל את הדין ואת העובדות לעומק. מצב שבו יגיע לשתי תוצאות שונות בהפרש זמן קצר על סמך אותו מסד עובדתי ומשפטי אמור להיות נדיר. לסיום תתחלק זה נבקש להתייחס לקושי הטמון בכך ששופט מתבקש לתקן טעות של עצמו. מצב זה לכאורה מעורר קושי, שכן הנחה טבעית היא שבית המשפט ייטה שלא להכיר בטעותו. אכן, הכרה בטעות – בעיקר כשהיא טעות ברורה – עשויה ללמד שבית המשפט לא בחן את החומר כדבעי, לא היה ער למכלול הנתונים הדרושים להכרעה ושלא ביצע את מלאכתו נאמנה. מכאן הקושי האנושי, הפסיכולוגי והסוציולוגי להכיר בטעות והחשש שבית המשפט דווקא יתבצר בעמדתו ויצדיק את התוצאה מנימוקים שאינם לעניין.¹⁴⁷ אכן, אם ברוב המקרים שופטים יימנעו מלתקן טעויות ברורות אף כשיעיל לתקן, יצא שכרו של ההסדר המוצע בהפסדו. לטעמנו אין להפריז במשקלו של חשש זה, שכן סביר בעינינו ששופטים בכל זאת יתקנו טעויות ברורות בשיעור גדול של המקרים. הטעם העיקרי לכך הוא שהטעויות שצריכות להיות מתוקנות בדרך זו הן טעויות שקשה שלא להכיר בהן. במקרה שבית המשפט יחליט לא לתקן טעות ברורה שהיה עליו לתקנה, ערכאת הערעור לא תגלה סובלנות כלפיו, והדבר ישמש תמריץ מספיק שלא לנהוג כך. כך גם אם השופט יחליט לדבוק בתוצאה מטעמים שאינם מוצדקים. מהלך כזה עשוי להיות בולט ולגרור אף הוא הסתייגות של ערכאת הערעור. שיקולי עלות מול תועלת יובילו שופט שטעה למסקנה כי עדיף "לא לעשות עניין", להכיר בטעות ולתקן אותה מאשר להמתין שערכאת הערעור תעשה זאת במקומו ואגב כך לא רק שהטעות הברורה תיחשף, אלא גם התבצרותו של השופט שהחליט לדבוק בטעות ללא טעם טוב. לעומת זאת אם השופט יחליט להותיר את

146 ראו עניין בר-עוז, לעיל ה"ש 17.

147 ראו והשוו טמיר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 220–221; Inbar Levy, *Chronicle of a Decision Foretold*: Interim Remedies and the Confirmation Bias (June 11, 2014) (unpublished manuscript) (on file with author); Dan Simon, *A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making*, 71 U. CHI. L. REV. 511 (2004).

התוצאה על כנה מנימוקים רלוונטיים אחרים, או שיקבע כי אין מדובר בטעות ברורה, ערכאת הערעור תדע שזו הייתה כוונתו של בית המשפט ושאלין מדובר ב"החמצה". לידיעה זו כשלעצמה יש ערך.

(ב) דיוק בתוצאה

ההסדר המוצע יעיל מהדין הקיים אם כשיתר התנאים שווים, הוא יגרום שטעויות שאינן מתוקנות כיום בשל מגבלותיו של הדין הקיים יתוקנו אם יאומץ. אנו סבורים שזו התוצאה המסתברת, מארבעה טעמים עיקריים: ראשית, עמדנו על כך שכשמדובר בטעויות עובדתיות, הערכאה הדיונית נמצאת בעמדה טובה יותר לתקן אותן. היא שנחשפה לחומר הראיות בכללותו, התרשמה מן העדים והעניקה את המשקל הראייתי לכל ראיה וראיה בתצורה הכולל. בעת שננקט הליך תקיפה אופקי, סמוך לאחר מתן פסק הדין, ערכאה זו רעננה בפרטי התיק ותוכל לבחון בקלות יחסית אם נפלה טעות ברורה בפסק הדין שנתנה. הדבר נכון במיוחד כשמדובר בעניינים טכניים שמבוססים על חישובים כגון פיזיקים, חישובי ריבית והצמדה, הערכות שווי וכל כיוצא באלה. הערכאה שנתנה את פסק הדין יודעת כיצד ביצעה את החישוב, ולכן תוכל לבחון בקלות יחסית אם נפלה טעות ולתקנה במידת הצורך. לעומתה, ערכאת הערעור מוגבלת יותר בבירור עובדתי מסוג זה. הואיל ובערכאת הערעור ככלל אין שומעים עדים, כוחה של ערכאה זו לבחון חישוב שנערך או ממצא שבמומחיות מוגבל ביחס לערכאה הדיונית. למשל, הערכאה הדיונית תוכל לקיים דיון בנוכחות המומחים מטעם הצדדים ולפנות אליהם ישירות בשאלות הבהרה עד שתקבל תשובה שתניח את דעתה. לעומת זאת אפשרותה של ערכאת הערעור לנהוג כך מוגבלת יותר. אופי הדיון השונה בין ערכאה דיונית לבין ערכאת ערעור מגדיל את הסיכוי שהערכאה הדיונית תתקן טעויות מסוג זה כשהן טעויות ברורות לה לעומת הסיכוי שערכאת הערעור תתקן אותן.

שנית, הראינו שלפי ההסדר הקיים, בית המשפט העליון אינו מוסמך בחיקוק לתקן טעות שנפלה בפסק דין שנתן. מצב זה הוא אנומלי. אכן, בבית המשפט העליון מכהנים שופטים מקצועיים הנתמכים בצוות עזר מצוין ביחס לערכאות האחרות, ולכן ההסתברות שטיפול טעות נמוכה יחסית. עם זאת בהתחשב בעומס המוטל על בית המשפט העליון, סביר להניח שטעויות ברורות קורות אף אם לא תדיר. לא איתרנו החלטה של בית המשפט העליון שבמסגרתה תוקנה טעות מהותית והשתנתה התוצאה. עם זאת דומה שאין זה מרחיק לכת להניח שבמהלך שנותיו של בית המשפט העליון עד כה קרו מקרים כאלה. כפי הנראה בית המשפט העליון מוסמך לתקן טעות שנפלה בפסק דין שנתן מכוח סמכותו הטבועה כערכאה שאין עוד אחריה. ברם לדעתנו ראוי – ולא רק יעיל – שסמכות זו תעוגן במפורש בחוק באופן שיאפשר לבית המשפט לתקן טעות בלא להידרש לאמצעי שיפוטי חריג ויוצא דופן של סמכות טבועה. דברים אלה מקבלים משנה תוקף מכיוון שבית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, יושב כערכאה ראשונה ומכריע בשאלות עובדתיות שמונחות לפתחו בלא שהוא שומע עדים ובלא שניתן להשיג על החלטותיו. סביר להניח אפוא שאם יאומץ השינוי המוצע, טעויות ברורות בפסק דין של בית המשפט העליון שאינן מתוקנות כיום – אף שיש להניח ששיעורן מזערי – יתוקנו.

שלישית, טענו שאימוץ ההסדר המוצע יוביל לשיפור תרבות ההכרעה של הערכאות הנמוכות בכך שיתמרץ אותן לקבל עליהן אחריות מלאה לפסקי הדין שהן מוציאות מתחת ידן, שכן תוצאתו היא היזון חוזר תכופ בין ערכאה שנתנה פסק דין לבין הצדדים: טעויות ברורות, במעשה או במחדל, יזכו לתגובה מהירה מבעלי הדין. פרקטיקה זו תעמיד אספקלריה לנגד עיני הערכאה שנתנה פסק דין ותשפר את תרבות ההכרעה שלה. סביר להניח שפרקטיקה זו תגרום לבתי המשפט להשתפר, ובכך תגביר את שיעור הדיוק בתוצאות.

רביעית, הליך אנכי בדרך כלל כרוך בתשלום אגרה ובהפקדת עירבון להבטחת תוצאות המשיב בהליך הערעורי. שני אלה – אך בעיקר העירבון – הם חסמים שלעיתים עשויים להיות משמעותיים ולהניא בעל דין מלהגיש הליך ערעורי אף אם נפלה בו טעות ברורה. כזה הוא המצב בסכסוכים שנסבים על סכומי כסף של כמה עשרות אלפי שקלים ששיעורם גבוה במיוחד.¹⁴⁸ בעל דין שהפסיד בערכאה הראשונה, וככלל חויב בהוצאות משפט ובשכר טרחת עורך דין של הצד שכנגד בסך של עד כמה אלפי שקלים, נדרש לשלם מכיסו אגרה ולהפקיד עירבון כתנאי להגשת ההליך הערעורי. סכום האגרה והעירבון ינוע, בממוצע גס, בין כ-16,000 ש"ח (בקשת רשות ערעור) ל-27,000 ש"ח (ערעור בזכות).¹⁴⁹ במחלוקות בהיקף כזה, כשכאמור שיעורן גבוה, העלות הצפויה מההליך הערעורי עלולה לעלות על התועלת הצפויה ממנו באופן שיגרום לבעל דין רציונלי לוותר על ההליך. יתר על כן, אף בהנחה שבעל דין שהפסיד מעוניין להסתכן משום שהוא מעריך את סיכויי ההליך הערעורי כגבוהים או משום שהוא אינו מתנהג התנהגות רציונלית, אם ידו אינה משגת את סכום האגרה והעירבון – עליו לבקש מבית המשפט פטור מהם.¹⁵⁰ במסגרת בקשה לפטור מעירבון אין די בכך שבעל הדין יוכיח שמצבו הכלכלי אינו מאפשר לו להפקיד את הסכום הנדרש; עליו להוסיף ולפרט בתצהיר מדוע אין ביכולתו להשיג את הכסף ממשפחתו ומידידיו.¹⁵¹ ברי שעמידה בדרישות אלו – הצורך לבקש עזרה ממשפחה ומחברים והצורך להצהיר ולהיות נכון להיחקר על כך – אינה חוויה נעימה, וסביר להניח שאף דרישות אלה משמשות חסם להגשת הליך ערעורי. על כן דומה שלפחות שיעור מסוים מההליכים הערעוריים שהיו ננקטים לו הייתה הדרך של הליך תקיפה אופקי פתוחה אינם ננקטים לפי ההסדר הקיים בשל החסמים האמורים. הנחה מסתברת נוספת היא שלפחות חלק מההליכים הערעוריים היו מצליחים, ומכאן שההסדר המוצע יגביר את הדיוק בתוצאה בכך שיגרום שלפחות חלק מהטעויות הברורות שאינן מתקנות כיום – יתוקנו.

148 במחצית הראשונה של שנת 2012 הגיע שיעור התביעות שסכומן היה עד 50,000 ש"ח כדי 67.4% משיעור התביעות האזרחיות שהוגשו לבתי משפט השלום (38,783 תביעות מתוך 57,475 תביעות שהוגשו בתקופה זו). שיעור זה היה 68.2% במחצית השנייה של שנת 2012, ו-69% במחצית הראשונה של שנת 2013. ראו, בהתאמה, הרשות השופטת בישראל דוח חצי שנתי 2012 – מחצית I 28 (2012); הרשות השופטת בישראל דוח חצי שנתי 2012 27 (2013); הרשות השופטת בישראל דוח חצי שנתי 2013 – מחצית I 29 (2013) (להלן: דוח 2013).

149 ראו לעיל ה"ש 124–125.

150 תק' 14 לתקנות האגרות, לעיל ה"ש 124; תק' 432 לתקנות סדר הדין האזרחי.

151 ראו למשל ע"א 3477/11 שני נ' חבר (פורסם בנבו, 3.10.2011); בש"א 803/12 סימנטוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.2.2012).

(ג) חיסכון בעלויות ישירות של בעלי הדין

כשיתר התנאים שווים, הגשת הליך תקיפה אנכי יקרה לצדדים מהגשת הליך תקיפה אופקי. שני טעמים עיקריים לכך: ראשית, הליך תקיפה אופקי מוגש לערכאה שנתנה את פסק הדין בדרך של בקשה בכתב. אין צורך לצרף לבקשה זו נספחים כלשהם, שכן היא מוגשת במסגרת התיק של הערכאה הדיונית שכל המסמכים הרלוונטיים כבר מתויקים בו. בקשה כזו היא לרוב קצרה כיוון שבית המשפט נתן את פסק הדין אך לאחרונה ואין צורך להסביר לו באריכות את הרקע הנדרש ואת הטעמים לבקשה. אפשר ורצוי לפנות ישירות לעצם העניין. כמו כן הליך אופקי אינו כרוך בתשלום אגרה או עירבון, ואם תידחה הבקשה בלא שהתבקשה תשובת הצד שכנגד – וכך אנו מעריכים שיהיה ברוב המקרים – לא יחויב בעל הדין שהגיש אותה בהוצאות, ובלבד שהבקשה לא הייתה בגדר שימוש לרעה בהליכי משפט כדי להאריך את ההליך ולדחות את הקץ. לעומת זאת הליך ערעורי טומן בחובו עלויות ניכרות. הוא מוגש לערכאה אחרת שאינה בקיאה בפרטי הסכסוך ולכן יש לתאר במסגרתו את הרקע הרלוונטי. תיאור זה כרוך בעלויות. כשמוגשת בקשת רשות ערעור, יש לצרף אליה את כל המסמכים;¹⁵² כשמוגש ערעור בזכות – יהיה על שני הצדדים להגיש עיקרי טיעון או סיכומים (לפי העניין), תיקי מוצגים ואף להתייבב לדיון.¹⁵³ הליך ערעורי כרוך ככלל בתשלום אגרה ובהפקדת עירבון.¹⁵⁴ במקרה שננקטים הליכי פטור, הצד שכנגד נגרר להוצאות נוספות: עליו להשיב לבקשות הפטור, ואם ננקטים הליכים ערעוריים גם בנושא זה – יכול שיידרש להשיב גם להם. עלולה להתעורר אף מחלוקת משנית הנוגעת לאופן סיווג ההליך – אם ערעור בזכות או בקשת רשות לערער – ואף זו כרוכה בעלויות אם בעלי הדין יתבקשו להגיש טיעון בעניין. לבסוף, אם ההליך הערעורי יסתיים בפסק דין לגופו של עניין, בעל הדין שהפסיד חשוף לחיוב בהוצאות ובשכר טרחת עורך דין. המסקנה ברורה: גם לבעלי הדין עלויותיו של הליך אופקי פחותות במידה ניכרת ביחס להליך אנכי.

שנית, מערכת המשפט ככלל כורעת תחת עומס. לכן חולף בדרך כלל פרק זמן – לפחות חודשים בודדים¹⁵⁵ – מרגע שמוגש הליך ערעורי ועד לדיון בו (בבקשת רשות ערעור ניתן להכריע ללא דיון על פה).¹⁵⁶ כשיתר התנאים שווים, ההכרעה בהליך אנכי נמשכת אפוא

152 תק' 403 (א) לתקנות סדר הדין האזרחי.

153 תק' 446, 448, 437, 441 ו-447 בהתאמה לתקנות סדר הדין האזרחי.

154 ראו לעיל ה"ש 124–125.

155 אף בהנחה שבית המשפט אינו עמוס, ככלל הליך ערעורי אינו מועבר לטיפולו של שופט לפני ששולמה האגרה והופקד העירבון או שניתן פטור מהם. השלמת הליך זה נמשכת לפחות כמה ימים. או אז מורה בית המשפט על הגשת עיקרי טיעון או סיכומים, לפי העניין, וכן תיקי מוצגים. כל אלה צורכים זמן. לכן דיון בערעור אזרחי ייקבע בדרך כלל כמה חודשים לאחר הגשתו, אלא אם יש דחיפות מיוחדת לפי אופיו של הנושא (למשל, ערעור בענייני אימוץ). כדי לסבר את האוזן נציין כי ממוצע חיי תיק ערעור אזרחי בבית המשפט העליון במחצית הראשונה של שנת 2013 היה 18.1 חודשים, וממוצע חיי תיק ערעור אזרחי בבתי המשפט המחוזיים בתקופה זו היה 6.2 חודשים. ראו דוח 2013, לעיל ה"ש 148, בעמ' 15 ו-20.

156 כשמדובר בתיקון טעויות ברורות בגלגול שלישי, יש שבית המשפט העליון מתקן את הטעות בלא לקיים דיון באולם, מכוח סמכותו לפי תק' 410 לתקנות סדר הדין האזרחי. תיקון כזה צורך משאבים פחותים ביחס לאלה הנצרכים בערעור בזכות או בבקשת רשות לערער שנקבעת לדיון באולם. אך מקרים אלה

זמן רב משהה הליך אופקי. לעיכוב בסיום הסכסוך יש עלויות, לעתים ניכרות. השינוי המוצע יפחית את העלויות הללו בכך שיחסוך את העלויות הכרוכות בהמתנה לבירור הערעור ויזרז את סיום הסכסוך במקרים שבהם בית המשפט יכיר בטעות ששימשה עילה בלעדית לערעור. בהקשר זה מתעוררת השאלה: כלום יש לבעל דין אינטרס לפנות קודם לכן לערכאה הדיונית בבקשה לתיקון טעות, או שמוטב לו להגיש הליך ערעורי? ברקע לשאלה מצוי החשש ששופט שנתן פסק דין ייטה להגן על התוצאה ולדחות את הבקשה אף מנימוקים שלא הופיעו בפסק הדין שמבוקש לתקנו. נימוקי החלטת הדחייה עלולים להרע את מצבו של המבקש ולפגוע בסיכוי שערעורו יתקבל. מדוע שיתן לערכאה שנתנה את פסק הדין הזדמנות להגן עליו? תשובתנו היא שסביר להניח שכאשר נפלה טעות שבאה בגדר הקטגוריה הראשונה, לפחות בחלק מהמקרים יעדיף המבקש לנקוט הליך קצר וזול. יתר על כן, אף אם נניח שבחלק מהמקרים יעדיפו בעלי הדין שלא להסתכן בהגשת הליך אופקי מפאת החשש האמור, אין בכך לגרוע מיתרונו של השינוי המוצע במקרים שבהם הוא יוביל לתיקון טעויות ביעילות.

(ד) שיקולים נוספים

בשורות הבאות נעמוד על שיקולים נוספים אשר ספק אם ניתן לסווגם כתועלתניים גרידא. המצב הקיים יוצר קושי מנקודת מבטו של שופט אשר מוגשת לו בקשה לתיקון טעות ברורה בפסק דין שנתן במסווה של בקשה לתיקון טעות סופר והוא נוכח שטעה. הלה ער לאפשרות שהמערער יתקוף את פסק דינו השגוי בערכאת הערעור וטענות תאיר אותו באור שלילי. הדבר עלול להשליך על עתידו המקצועי ועל דמותו בעיני הציבור. בד בבד השופט עצמו מעוניין לתקן את הטעות כדי שתוצאת פסק הדין תהיה נכונה אך אין בכוחו לעשות זאת. מצב זה יוצר קושי ברור: שופט יודע שטעה אך אינו יכול לתקן את הטעות. מה יעשה? האם ראוי שיכתוב בהחלטתו שטעה אך אין בכוחו לתקן את הטעות? אמירה כזו בהחלטה – שהיא בגדר אמרת אגב – עלולה להגביל את שיקול דעתה של ערכאת הערעור, שכן ייתכן שזו תעדיף לדחות את הערעור מנימוקים אחרים, אך לאחר ששופט הודה שטעה תתקשה לעשות זאת. מנגד, אם השופט לא יאמר כך, ערכאת הערעור עלולה שלא לתקן את הטעות משום שהיא נמצאת בעמדה טובה פחות לקבוע ממצאים עובדתיים ויכול שתטעה בעצמה. ואם השופט ציין שטעה, האם מוצדק שבעלי הדין יכתתו את רגליהם לערכאת הערעור על העלויות הכרוכות בכך? השינוי המוצע פותר קשיים אלה בהקנותו לשופט שנתן פסק דין מעין "זכות טיעון" לפני שפסק דינו נתקף בערכאת הערעור. אם נפלה בו טעות ברורה שיש להורות על תיקונה, יוקנה לשופט שיקול דעת כיצד לתקן אותה, ובכלל זה תהיה לו שליטה על הנימוק שיתן לתיקון הטעות. כך תמוזער הפגיעה בו בעקבות תיקונה בערכאה שמעליו – תהליך שאין לשופט שליטה עליו.¹⁵⁷ לא זו בלבד שמנגנון זה יעיל, הוא גם ראוי

אינם רבים. תרומתו של השינוי המוצע בהקשר זה היא בחיסכון במשאבים כשמוגשים ערעור בזכות שנסב על טעויות ברורות או בקשת רשות לערער שעילתה טעות ברורה אשר נקבעת לדיון באולם. 157 בית המשפט לערעורים באנגליה קבע כי כאשר בעל דין מצא שנפלה טעות בולטת על פני הפסק ובכוונתו לתקוף את הטעות, באחריותו להביא את העניין לידיעת השופט שנתן את פסק הדין כדי שיוכל לטפל בכך קודם שיגיש הליך ערעורי. ראו עניין *Re S. (A Child)*, לעיל ה"ש 100, בפס' 50. ראו גם

משיקולים מוסדיים. על מערכת משפט המכבדת את שופטיה לאפשר להם לתקן טעויות ברורות שנפלו בפסק הדין בהיסח הדעת ושתחסוך מהם את המבוכה שתיווצר מחשיפת הטעות בערכאת הערעור. לשון אחר: פסקי דין אמורים להיבחן בערכאת הערעור על פי תוצאתם המהותית כפי שהשופט שנתן אותם התכוון שתהיה ולא על סמך פגמים שיש סבירות גבוהה שהיו מתוקנים.

לבסוף נבקש להעיר פן חשוב נוסף הקשור בדין המהותי הנוהג. הזכות לערער על פסק דין של בית משפט בערכאה ראשונה מעוגנת בסעיף 17 לחוק-יסוד: השפיטה. במקום אחר הבענו את דעתנו שזוהי זכות אדם חוקתית וסרטטנו קווים ראשוניים למאפייניה.¹⁵⁸ אף שמהות הזכות טרם הוכרעה בפסיקה והובעו עליה דעות שונות,¹⁵⁹ אין חולק בדבר חשיבותה של זכות הערעור – שתפקיד עיקרי שלה הוא תיקון טעויות. אכן, "קיומה של זכות הערעור הגיע לדרגה של מוסד חיוני בעל חשיבות רבה. הכללתה בדברי החקיקה הבסיסיים מבטאת את ההכרה בכך, כי לשם הבטחת מערכת שיפוט תקינה והוגנת יש גם להבטיח, בין היתר, הנהגתה וקיומה של זכות ערעור".¹⁶⁰ לעומת ההסדר הקיים שלפיו תיקון טעות מהותית מחייב לפתוח בהליך ערעורי הכרוך בתשלום אגרה ובהעמדת ערובה להוצאות המשיב – שני הסדרים הפוגעים בזכות הגישה לערכאות ובזכות הערעור¹⁶¹ – השינוי המוצע פוטר מחובות מכבידות אלו במקרים שבהם בקשת התיקון תתקבל, ולכן שיקולים חוקתיים מטים את הכף להעדיפו.

(ה) סיכום ביניים: ההסדר המוצע – עלות מול תועלת

על רקע מכלול הנימוקים שסקרנו מסתברת בעינינו המסקנה שלפיה התועלת שתופק מפתיחת האפשרות לתקיפה אופקית של פסק דין בגדר הקטגוריות האמורות, כשהיא מלווה במתן תמריץ שלילי להגשת בקשות סרק בדמות פסיקת הוצאות ושכר טרחה ומגובה בהלכה פסוקה בדבר אמת המידה המוצעת – עולה על העלויות שתיצור. תועלתו של השינוי המוצע אינה מתבטאת רק בהקטנת מספר הערעורים אלא בעיצוב מחדש של תרבות ההכרעה של בתי המשפט: הוא יתמרץ אותם להקפיד על הוצאת פסקי דין "שלמים" כדי שלא ייווצר צורך להשלימם ולתקנם סמוך לאחר שניתנו; הוא ישנה את פניהם של דיני הערעור ויאפשר

WHITE BOOK, לעיל ה"ש 96, בעמ' 1199. הרציונל דומה, בשינויים המחויבים, לכלל שלפיו דרך המלך לביטול החלטה שניתנה במעמד צד אחד היא להגיש בקשה לביטולה לשופט שנתן אותה ולא להגיש ערעור. ראו ע"א 31/88 סביחאת נ' פקיד השומה – נצרת, פ"ד מה(3) 262, 264 (1991); וכן לכלל הפסיקתי שלפיו מוטב להגיש בקשה לעיון מחדש בהחלטה אחרת שנפלה בה טעות ברורה ולא להגיש בקשת רשות לערער. ראו עניין זאב בר, לעיל ה"ש 138.

158 ראו בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 37–49.

159 לסקירת הדעות בנושא זה ראו עניין שטנגר, לעיל ה"ש 34, פס' 30 לפסק הדין של הנשיא גרוניס; רע"א 9041/05 "אמרי חיים" עמותה רשומה נ' ויזל (פורסם בנבו, 30.1.2006); שלמה לויין "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב 451, 462–463 (1995); יגאל מרזל "זכות הערעור או ערעור בזכות? סעיף 17 לחוק יסוד: השפיטה ומהותו של ערעור" ספר שלמה לויין, לעיל ה"ש 15, 141.

160 עניין ארגיוב, לעיל ה"ש 23, בעמ' 363. ראו גם עניין שטנגר, לעיל ה"ש 34, פס' 30–31 לפסק הדין של הנשיא גרוניס; מרזל, לעיל ה"ש 159.

161 ראו בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 54–56.

להשיב על מכונה את חלוקת העבודה היעילה בין הערכאה הדיונית לבין ערכאות הערעור הראשונה והשנייה; הוא ייתר לפחות חלק מהערעורים המוגשים כיום; יספק הצדקה ליישום הלכת חניון חיפה ככתבה וכלשונה; יקנה לבית המשפט העליון סמכות לתקן טעות בפסק דין שנתן שאין כיום דרך מוגדרת לתקנה; יגרום שערכאות הערעור יעסקו בתיקון טעויות משפטיות וכך ינוצל זמןן ביעילות; ובעיקר יפנה זמן שיפוטי של ערכאות הערעור בכלל ושל בית המשפט העליון בפרט. אלו מטרות חשובות שהתועלת המצטברת הטמונה בהן – רבה. מנגד, החשש מפני הצפת בתי המשפט בבקשות אופקיות לתיקון טעויות ובעקבות זאת בזבוז זמן שיפוטי רב אינו נראה ממשי. כאמור, סביר שברוב פסקי הדין אין נופלות טעויות ברורות, במעשה או במחדל, הבאות בגדר הקטגוריה הראשונה, ולכן הדיון בהן אמור להיות קצר, זול ולא מכביד. בהנחה שבתי המשפט יפעלו בהקשר זה לפי הפרקטיקה הנוהגת בבית המשפט העליון כשמוגשות לו בקשות לעיון מחדש בהחלטות סופיות, וכן ינהגו על פי אמת המידה המוצעת שהיא בגדר הלכה פסוקה ומחייבת – הזמן השיפוטי שיוקדש לדיון בבקשות כאלו אינו רב, ובמקרים שהוגשה בקשה מוצדקת – העלויות שייחסכו הן רבות יחסית.

3. הדרך העדיפה לאימוץ השינוי המוצע – מחשבות ראשוניות

אפשר לאמץ את השינוי המוצע באמצעות עיגון ההסדר האמריקני או ההסדר האנגלי, בשינויים המחויבים. איזה מביניהם עדיף? דיון ממצה ביתרונות ובחסרונות של שני ההסדרים יכול לפרנס בכבוד רשימה נפרדת, ולכן נסתפק במחשבות ראשוניות. ככלל, ההסדר האמריקני חוסך בזמן שיפוטי של ערכאות הערעור שהוא רב מהזמן שחוסך ההסדר האנגלי. זאת, משום שבררת המחדל הקבועה בו היא שהערכאה הדיונית מוסמכת להידרש להליך תקיפה אופקי בכל עת לפני שפסק הדין נהיה חלוט. כאמור, הנחתנו היא שבקשות מוצדקות יחסכו זמן שיפוטי יקר של ערכאות הערעור; שבקשות לא מוצדקות יידחו תוך ניצול זמן שיפוטי מועט יחסית; שפרקטיקה זו היא בסיכומו של דבר יעילה. נוסף על כך, הסדר זה מניח שאם הוגש ערעור והוא ממתין לדיון, ולאחר מכן חלו התפתחויות שמצדיקות לשנות את התוצאה (התגלו ראיות חדשות העומדות באמת המידה להגשתן בשלב הערעור או שנפסקה הלכה חדשה שחלה על המקרה), יעיל שהערכאה הדיונית – הבקיאה בפרטי המקרה, שזמנה זול יותר, ושיש סיכוי רב יותר שתדייק בתוצאה כשמדובר בעניינים עובדתיים – תשוב ותדון בעניין באופן שעשוי לייתר את הצורך בהגשת ערעור. לעומת זאת ההסדר האנגלי קובע בררת מחדל של העברת טיוטת פסק הדין לעיון הצדדים. ספק בעינינו אם דרך זו מתאימה לתרבות הדיון בישראל, השונה באופייה מזו האנגלית. כמו כן ההסדר האנגלי – בדומה להסדר הקיים – אינו מאפשר לערכאה הדיונית לתקן טעות מהותית לאחר שניתן פסק הדין או להידרש לאירועים מאוחרים לו. אם נפלה טעות מהותית – תהא זו בולטת וברורה כאשר תהא – או שחלה התפתחות מאוחרת לפסק הדין המצדיקה לשנות את התוצאה, רק ערכאות הערעור – שזמנה השיפוטי יקר יותר – מוסמכת ליתן לכך מענה. מדובר כאמור בניצול לא יעיל של משאבי השיפוט. היתרון של ההסדר האנגלי הוא שסביר להניח שלאחר שניתנה לבעלי הדין הזדמנות לטעון בדבר טיוטת פסק הדין,

ההסתברות שטיפול טעות ברורה נמוכה יחסית למצב שבו פסק הדין ניתן לפני שניתנה לצדדים הזדמנות להצביע על טעויות.

מהם השינויים הנדרשים כדי לאפשר לכל ערכאה לתקן טעויות בקטגוריה הראשונה בהליך אופקי? נדרש שינוי בחקיקה ראשית כלהלן: (1) יש לתקן את סעיף 81(א) לחוק בתי המשפט באמצעות הסרת הסיפה שלו (הכוללת את הגדרת המונח "טעות"). לאחר תיקון זה בקשה לתיקון תוגש תוך 21 יום לפי הנוסח הנוכחי של הסעיף; (2) מוצע להבהיר כי מניין הימים להגשת בקשת התיקון יחל במועד המצאת פסק הדין למבקש התיקון ולא ממועד מתן פסק הדין;¹⁶² (3) מוצע להוסיף ולקבוע כי משהוגש הליך אופקי, תחל מניית המועד להגשת ערעור על פסק הדין מיום שניתנה בו ההחלטה, בדומה להסדר הקבוע בתקנה 398א לתקנות סדר הדין האזרחי. אם בקשת התיקון התקבלה, ניתן לערער על ההחלטה בזכות. אם היא נדחתה, הערעור על ההחלטה הדוחה כפוף למתן רשות;¹⁶³ (4) מוצע לקבוע שכל עוד פסק הדין לא נהיה חלוט, יהיה ניתן להגיש הליך אופקי לערכאה הדיונית, אף לאחר שהוגש ערעור. אם חלף המועד להגשתה, תוסמך הערכאה הדיונית להאריכו מטעמים מיוחדים שיירשמו. בררת המחדל תהיה שהגשת בקשה לתקיפה אופקית לערכאה הדיונית לא תעכב את הדיון בערעור. הערכאה הדיונית תהיה מוסמכת לדחות את הבקשה. אולם אם הערכאה הדיונית תסבור שבקשת התיקון מעוררת מחלוקת כנה, היא תבקש את תשובת הצד שכנגד ותורה למערער לבקש רשות של ערכאת הערעור לדון בבקשת התיקון. אם ערכאת הערעור תאשר לערכאה הדיונית לדון בה, יושהה הטיפול בערעור עד למתן החלטה בבקשה, ועל פיה יוחלט בדבר המשך הטיפול בערעור (ייתכן שההחלטה בבקשת התיקון תייתר את הערעור או שהמערער יידרש לתקן את כתב הערעור). ככלל, תיטה ערכאת הערעור לאשר לערכאה הדיונית לדון בהליך אופקי אם הערכאה הדיונית ביקשה זאת, אולם היא תוכל גם לסרב לכך. למשל, אם ערכאת הערעור התרשמה שאין בהליך האופקי ממש, או שההליך האופקי הוגש בסמוך למועד הדיון בערעור ללא הצדקה, באופן שמתן אישור לערכאה הדיונית לדון בו יגרום לדחיית הדיון בערעור ולבזבוז זמן שיפוטי – ערכאת הערעור רשאית שלא להתיר לערכאה הדיונית לדון בו. כך תוודא ערכאת הערעור שלא ייעשה שימוש לרעה באפשרות להגיש בקשת תיקון כדי לדחות את סופיות ההליך.

דרך שנייה לאמץ את השינוי המוצע, בהתייחס לקטגוריה הראשונה בלבד, היא לעגן את הפרקטיקה הנוהגת בשיטה האנגלית. לשם כך יש לחייב את בית המשפט, ככלל, להעביר לצדדים טיוטה של פסק הדין ולקצוב פרק זמן סביר להגיש טיעונים בעניינה. בית המשפט יבחן אם יש דבר מה הטעון שינוי בטיטה לפי המתווה הנורמטיבי שהצענו לעיל. לפי חלופה זו, הצדדים ידעו את התוצאה הטנטטיבית לפני שניתן פסק דין אופרטיבי. לכן סביר להניח שלאחר שתימסר הטיטה יהיו מקרים שבהם מי מבעלי הדין ינסה לבקש פסילה של השופט או לסכל את מתן פסק הדין בדרך אחרת, למשל באמצעות הדלפת הטיטה בניסיון להשפיע על בית המשפט. אולם ספק אם אלה קשיים שאי אפשר להתגבר עליהם. בדרך זו הסמכות לבצע שינויים בטיטה תהיה מסורה לערכאה הדיונית רק עד שניתן פסק הדין. לאחר מכן הערכאה הדיונית לא תהיה מוסמכת לתקן טעויות או להתחשב באירועים שקרו

162 כהן, לעיל ה"ש 45, בעמ' 799–803.

163 השור רע"א 4024/06 קינן נ' הירשברנד, פס"ח (2) (פורסם בנבו, 28.1.2007).

לאחר פסק הדין, והסמכות הבלעדית לדון באלה תהיה מסורה לערכאת הערעור. למעשה, פתרון זה ניתן ליישום כבר כיום בהחלטה שיפוטית קונקרטית,¹⁶⁴ אולם רצוי להחילו החלה אחידה, ולשם כך דרושה נורמה כללית. זו יכולה להיקבע בחקיקה ראשית, בחקיקת משנה וייתכן שאף בהוראת נוהל.¹⁶⁵

דרך שלישית להחיל את השינוי המוצע – שאפשרית אף ללא שינוי חקיקתי אך ספק אם היא מעשית – היא לאמץ פרשנות תכליתית של סעיף 81(א) לחוק בתי המשפט – פרשנות שתאפשר לתקן מכוחו טעויות שבאות בגדר הקטגוריה הראשונה. לדעתנו לשון הסעיף סובלת פרשנות כזו.¹⁶⁶ כך, הסמכות לתקן "השמטה מקרית" יכולה לשאת משמעות של דבר מה שבית המשפט היה צריך להתייחס אליו ובהיסח הדעת לא התייחס, כגון פגם בהליך או טענה שלא נדונה. כך גם באשר ל"טעות בחישוב" – ביטוי שלפי לשונו יכול להתייחס לתיקון של טעות מספרית אף כשמדובר בעניין מהותי. הסיפה – "וכיוצא באלה" – יכולה לשאת אף היא משמעות של טעויות ברורות נוספות. בהינתן התכליות האובייקטיביות שמנינו לעיל אין זה מרחיק לכת לאמץ פרשנות כזו, וזאת חרף ההיסטוריה הפרשנית הארוכה של סעיף 81(א).¹⁶⁷ עם זאת נציין כי הואיל והשינוי המוצע כרוך בשינוי תפיסתי של הדרך לתקן טעויות מסוימות, ללא ספק עדיף שהוא יתבצע בחקיקה.

ד. סיכום

הסמכות המוקנית בשיטתנו לערכאה שנתנה פסק דין לתקן טעות שנפלה בו מוגבלת לטעויות טכניות בלבד. הראינו שהסדר זה מעורר קשיים ניכרים. הוא יוצר מערך תמריצים לא יעיל לכלל ערכאות השיפוט. הוא גורר ניצול לא יעיל של משאבים בכלל ושל משאבי שיפוט בפרט. הוא מייקר את תיקון הטעויות. השינוי המוצע – שלפיו כל ערכאה תוכל לתקן טעות מהותית-יישומית בפסק דין שנתנה – יעיל יותר ופותר חלק ניכר מקשיים אלה. בכלל זה הוא יאפשר לבית המשפט העליון לתקן טעות מהותית בפסק דין שנתן, וכן יאפשר לו ליישם את אמת המידה שנקבעה בעניין חניון חיפה באופן שעולה בקנה אחד עם הרציונל שבבסיסה. אימוצו של כלל זה ישיב על כנו את האיזון הראוי בין היקף המשאבים המוקדש לבירור הסכסוך לבין השאיפה לדייק בתוצאה, ויתרום לניצול יעיל של משאבי השיפוט, המוגבלים עד מאוד, של הערכאה העליונה. אמנם השינוי המוצע עלול להאריך את ההליך

164 השוו רע"א 4781/12 י.מ. עיני קונדיטוריה בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פס' 4 (פורסם בנבו, 6.3.2013) (בורר העביר לעיונם של בעלי הדין טיוטה של פסק הבוררות לבקשתם כדי שיבחנו אם נפלו בה טעויות).

165 הנחיה נורמטיבית יכולה להינתן באמצעות הלכה פסוקה או לחלופין לפי הוראת נוהל של נשיא בית המשפט העליון (וזאת בלא להידרש לשאלה אם לנשיא בית המשפט העליון יש סמכות לקבוע נהלים בעניינים שיפוטיים).

166 זו לשון הסעיף: "מצא בית משפט כי נפלה טעות בפסק דין או בהחלטה אחרת שנתן, רשאי הוא, תוך עשרים ואחד ימים מיום נתינתם, לתקנם בהחלטה מנומקת, ורשאי הוא לשמוע טענות בעלי הדין לענין זה; לענין זה, 'טעות' – טעות לשון, טעות בחישוב, פליטת קולמוס, השמטה מקרית, הוספת דבר באקראי וכיוצא באלה".

167 לסקירה ראו כהן, לעיל ה"ש 45, בעמ' 794–797.

במידת מה – בהוסיפו נדבך דיוני שאינו קיים כיום – אולם על רקע הנימוקים שמנינו לעיל באריכות אנו סבורים שמדובר בנדבך שיעיל להוסיפו, אשר מסקנה מסתברת היא שתועלתו גבוהה מעלותו.