

ריק שיפוטי: פגיעה בזכות לערעור?

יוחאי רוזנר*

מבוא. פרק א: הזכות לערעור; 1. זכות חוקתית לערעור בארצות הברית? 2. זכות חוקתית לערעור. פרק ב: ריק שיפוטי. פרק ג: תיקו שיפוטי כפגיעה בזכות לערעור; 1. הצגת התזה; 2. טיעוני נגד לתזה. פרק ד: פתרונות אפשריים; 1. צמצום הריק השיפוטי; 2. מתן צו עיון מחדש אוטומטי לבית המשפט העליון; 3. ערעור למחוז שָׁכָן; 4. מתן זכות הכרעה לנשיא בית המשפט; 5. פתירה של מצבי תיקו שיפוטי בבית המשפט העליון. סיכום.

מבוא

אנו נוטים לראות זכויות מסוימות כמובנות מאליהן. כך, בעוד שעל זכויות מסוימות נלחמים באופן תמידי בספרה הציבורית, ישנן זכויות אחרות אשר מקובעות בשיטתנו בצורה כה עמוקה, עד אשר קל לשכוח שבתקופות מסוימות זכויות אלה לא היו קיימות. כך, למשל, זוכה הזכות לשוויון להתייחסות רבה בפסיקת בית המשפט העליון ובעתירות שונות.¹ ייתכן שבשל העובדה שמדובר בזכות שיכולה להופיע בנסיבות רבות, הטענות לפגיעה בזכות זו נפוצות יותר, המאבק על הגנתה נוכח יותר בקרב הציבור, והסיכוי שתיתפס כמובנת מאליה קטן יחסית. לעומת זאת, ביחס לזכויות אחרות אשר הטענות לפגיעה בהן נפוצות פחות, דוגמת הזכות לערעור,² הסכנה שיתפסו כמובנות מאליהן משמעותית הרבה יותר. חשוב לזכור שעל זכויות יש להילחם, ואם לא מזהים את קיום הזכות, ואם לא מודעים למקומה במערכת המשפטית המדינתית, לא מתאפשרת הגנה עליה מפני הפרות מצד המדינה. לעניין זה, אין להסתכל רק על המתרחש בישראל, אלא עלינו לבחון מדינות אחרות, בפרט מדינות שמערכותיהן המשפטיות משפיעות על מערכת המשפט שלנו,³ על מנת שנוכל ללמוד מחוזקתן ולהימנע מחולשתן.

אזכור הרשימה: יוחאי רוזנר "ריק שיפוטי: פגיעה בזכות לערעור?" אתר משפט ועסקים (26.7.2022) www.idclawreview.org/2022/07/26/rosner

* סטודנט לתואר ראשון במשפטים (LL.B.) ותואר שני בממשל (M.A.), אוניברסיטת רייכמן. רשימה זו מבוססת במידה רבה על עבודת פרו סמינריון שכתבתי בקורס "משפט חוקתי" בהוראתה של פרופ' רבקה ווייל, ותודתי נתונה לה על הערותיה שתרמו למחקר זה. ברצוני להודות גם למערכת כתב העת **משפט ועסקים** ובמיוחד לעורכת נועם מזרחי על כך שעשתה מעל ומעבר ושבהערותיה שיפרה את הרשימה הזו.

1 נכון למועד כתיבת הרשימה, בחיפוש במאגר המשפטי "נבו" מופיע הביטוי "פגיעה בזכות לשוויון" ב־93 פסקי דין של בית המשפט העליון (בחיפוש מדויק).

2 בחיפוש דומה במאגר המשפטי "נבו", נכון למועד כתיבת הרשימה, הביטוי "פגיעה בזכות לערעור" מופיע ב־10 פסקי דין של בית המשפט העליון (בחיפוש מדויק).

3 להרחבה על השפעת מערכת המשפט האמריקנית על בתי המשפט בישראל, ראו יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס "נוהגי ההסתמכות של בתי המשפט העליון — ניתוחים כמותיים" **משפטים** כז 119, 168 (1996), אשר מייחסים את הנטייה לשאוב השראה ממקורות משפטיים אמריקניים ל"נגישותו וגודלו של מאגר החומרים האמריקניים, התבססותה של התרבות המשפטית האמריקנית כחלק מן ההגמוניה הכללית האמריקנית בעולם הפוסט־קולוניאלי ושינוי במגמות החינוך המשפטי והמקצועי".

ברשימה זו אבחן את זכות הערעור – ואת מה שאני מזהה כפגיעה בה – במערכת המשפט האמריקנית. לטענתי, פגיעה זו אינה נעשית מפורשות בפסיקת בתי המשפט אלא נובעת משיטת ההכרעה הקיימת בערעורים על פסקי דין בארצות הברית בכלל הערכאות.

בארצות הברית, בדומה לישראל, נראה שהזכות לערעור נתפסת כזכות בסיסית בקרב הציבור.⁴ למעשה, הזכות לערעור מושתתת כה עמוק בהכרת הציבור האמריקני עד שהיא נתפסת כמובנת מאליה. מצב כזה עלול להוביל לכך שהציבור לא יבחין בפגיעה בזכות מצד המדינה.

לטענתי, פגיעה בזכות לערעור מתרחשת כאשר הרכב השופטים חלוק בדעתו בצורה שווה עקב ריק שיפוטי. תופעת הריק השיפוטי נוצרת כשאחד משופטי ההרכב אינו מסוגל לפסוק בעניין פלוני (מסיבות שונות דוגמת פסילה עצמית או מותו של השופט) ונותר הרכב זוגי. במקרה כזה, עשוי להיווצר מצב שבו ההרכב נחלק באופן שוויוני, כך שאין רוב ברור להכרעה, דבר המוביל לקבלה אוטומטית של פסק דינה של הערכאה הדיונית.⁵ ווילר, מומחה לבתי משפט פדרליים, תיאר סיטואציות כגון אלה ואמר: "[I]t's as if the court had never even heard the case".⁶

כאשר מדובר בהרכב זוגי שנוצר לטווח קצר, למשל במקרה של מחלה של השופט או פסילה עצמית שלו, הפגיעה, אם היא קיימת, היא יחסית מצומצמת. לעומת זאת, במקרים שבהם ההרכב הזוגי צריך לפעול לזמן ארוך יותר, למשל כאשר אחד מהשופטים נפטר, הפגיעה עלולה להיות בעייתית הרבה יותר. לא בכדי קבע ה-Judicial Conference Policy שבית משפט המתפקד בריק שיפוטי מצוי במצב חירום שיפוטי.⁷

ברשימה זו אטען כי ישנה פגיעה בזכות לערעור הנוצרת בעקבות הריק השיפוטי. טענה זו תתבסס תחילה על הצגת פירוש תכליתי של הזכות לערעור, ולאחריה על דיון בריק השיפוטי אשר עלול למנוע את מימוש הזכות. אפתח בניתוח של חשיבות הזכות לערעור בשיטות משפט שונות ובארצות הברית בפרט. לאחר מכן, אסביר את תופעת הריק השיפוטי, כיצד היא נוצרת ומהן השפעותיה. בפרק השלישי אסביר כיצד ריק שיפוטי עלול להוביל לפגיעה בזכות לערעור, ואתעמת עם מספר טיעונים אפשריים נגד התזה שפרשתי. לבסוף, אציע מספר פתרונות לצמצום הפגיעה בזכות לערעור.

פרק א: הזכות לערעור

זכות הערעור, כמו כל זכות אחרת, אינה מוחלטת, ויש לאזן בינה ובין עקרונות אחרים.⁸ כך, למשל, היא סותרת עקרונות של יעילות מערכתית, דוגמת עקרון סופיות הדיון אשר חשוב כשלעצמו. עמד על כך נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) אהרן ברק בעניין רחמיאן:

4 כפי שכתבה Cassandra Burke Robertson, *The Right to Appeal*, 91 N.C. L. REV. 1219, 1220 (2013): "The promise of appeal is built into American popular culture".

5 Lindsay R. Aldridge, *Costco v. Omega and the First Sale Doctrine*, 12 N.C. J.L. & TECH. 325, 329 (2011).

6 Lois Beckett, [What Happens When the Supreme Court has Eight Justices – and it Deadlocks?](#), THE GUARDIAN (Feb. 14, 2016).

7 [REPORT OF THE PROCEEDINGS OF THE JUDICIAL CONFERENCE OF THE UNITED STATES](#) 31–32 (March 15, 1988).

8 ראו, למשל, את דבריה של השופטת פרוקצ'יה ברע"א 3145/99 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' חזן**, פ"ד נז(5) 385, 405 (2003): "זכויות היסוד, גם בהיותן זכויות על בעלות אופי חוקתי, הן אינן מוחלטות, אלא צומחות ממצאות חיים המחייבת קיום איזונים בין

"לכל התדיינות משפטית יש סוף. משהתבררו זכויות וחובות הצדדים בהליכים המשפטיים השונים, ונתקבלה החלטה סופית, הרי שאין לשוב ולהידרש לעניין מחדש. הדבר מערער את היציבות המשפטית. הדבר פוגע בזכויות המתדיינים עצמם. הדבר פוגע ביעילות המערכת המשפטית."⁹

עיקרון זה מופיע גם בדוקטרינת *Res Judicata* (מעשה בית דין) ששורשיה במשפט הרומי, הקובעת כי אינטרסים חברתיים מחייבים שלהליכים משפטיים יהיה סוף.¹⁰ עם זאת, לאור התכליות החשובות של הערעור, אין זה מפתיע שחרף חשיבותו של עקרון הסופיות, נפוצה הזכות לערעור בשיטות משפט ברחבי העולם.¹¹ היא מגינה מפני עיוותי צדק, עוזרת לשמור על אחדות בערכאות הדיוניות ומקנה לגיטימציה לכלל מערכת המשפט.¹² מעבר לכך, ערעורים מאפשרים לבתי המשפט לפתח וליישב שאלות משפטיות שלא זכור להרחבה מספקת בערכאה הדיונית.¹³ עם זאת, וחרף היותה של הזכות לערעור נפוצה בשיטות משפט רבות, אין זה אומר שהיא מעוגנת בשיטות אלה ברמה נורמטיבית שווה, ושיטות שונות מקנות לזכות לערעור מעמד שונה.

במשפט הבינלאומי מעוגנת הזכות לערעור ב-United Nations International Covenant on Civil and Political Rights. אמנה זו, שאומצה ב-1966, מציינת בפרק 14(5) כי "[E]veryone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law"¹⁴. ועדת זכויות האדם של האו"ם פירשה פרק זה כדרישה לבחינה מהותית מחודשת של הכרעת הדין ושל גזר הדין. אומנם הזכות כפי שעוגנה באמנה זו תקפה רק עבור ערעורים פליליים, אך הדבר מעיד על ההכרה של המשפט הבינלאומי בחשיבותם של ערעורים ככלל. מעבר לכך, על אף שאמנת ה-ICCPR אינה כובלת את בתי המשפט של המדינות השונות באופן מלא, פרשנותה של ועדת זכויות האדם של האו"ם השפיעה לעיתים על הליכים מדינתיים. כך, לדוגמה, בעקבות ביקורת של ועדת זכויות האדם על מערכת הערעור בספרד ביחס לדרישות פרק 14(5) של ה-ICCPR, הציגה ספרד תיקונים חקיקתיים שהרחיבו את קשת המקרים שבהם ניתן לערער על פסק דין.¹⁵ בפרשת *Rodriguez v. Spain* ציטטה ועדת זכויות האדם את בית המשפט העליון של ספרד באומרו שהזכות לערעור בבתי המשפט הורחבה.¹⁶

הכללת הזכות לערעור במשפט הבינלאומי, והכרה בה על ידי ועדת האו"ם לזכויות אדם, מצביעה על חשיבותה. הכרה זו מרשימה, במיוחד בהינתן הקושי הקיים בקבלת החלטות באו"ם, בשל מספר המדינות החברות בארגון ובשל דעותיהן

חובת השמירה על זכויות פרט חשובות לבין מתן מענה לאינטרסים אחרים בעלי ערך, בין של הפרט ובין של הציבור. "אם הדבר תקף עבור זכויות-על, קל וחומר שהוא תקף גם עבור זכויות אחרות.

9 ע"פ 7853/05 ["חמאן נ' מדינת ישראל"](#), פס' 10 לפסק הדין של הנשיא (בדימ') ברק (אר"ש 27.11.2006).

10 ראו Robert von. Moschzisker, *Res Judicata*, 38.3 YALE L.J. 299 (1929).

11 Peter D. Marshall, [A Comparative Analysis of the Right to Appeal](#), 22 DUKE J. COMP. & INT'L L. 1, 1 (2011).

12 שם, בעמ' 4-3.

13 שם.

14 Int'l Covenant on Civil and Political Rights, art. 14(5), Dec. 19, 1966, 999 U.N.T.S. 177 (להלן: ICCPR).

15 Berlin Conference, *Final Report on the Impact of the Findings of United Nations Human Rights Treaty Bodies*, para. 38 (2004).

16 ראו Marshall, לעיל ה"ש 11, בעמ' 18-19.

הסותרות.¹⁷ הזכות לערעור מופיעה גם בחוקות של מדינות רבות, דוגמת הודו,¹⁸ איטליה¹⁹ ודרום אפריקה.²⁰ אף בניו זילנד, מדינה בעלת חוקה מטריאלית,²¹ הזכות לערעור פלילי היא חלק מה-Bill of Rights Act.²²

ייתכן שהמקרה המשמעותי ביותר של הכללת הזכות לערעור מופיע ב-The European Convention of Human Rights (להלן: האמנה האירופית). פרוטוקול 7 לאמנה האירופית כולל את הזכות לערעור בעניינים פליליים בסעיף 2.²³ מרבית המדינות החברות במועצת אירופה אשררו את הפרוטוקול,²⁴ וכיום חברות במועצה תלויה באשרור של כל הזכויות הכלולות באמנה האירופית.²⁵ כך, פרוטוקול 7 הביא את הזכות לערעור, לפחות בעניינים פליליים, לרוב מדינות אירופה הקונטיננטלית, תחת הסמכות השיפוטית של בית הדין האירופי לזכויות אדם.²⁶ מכאן, שבמדינות אירופה מובטחת הזכות לערעור בעניינים פליליים באמצעות בית הדין האירופי לזכויות אדם, גם אם אינה כלולה בחוקה של אותה המדינה.

מעניין להבחין כי על אף החשיבות האמורה של הזכות לערעור בעיני הקהילה הבין-לאומית, דווקא ארצות הברית, אשר במובנים רבים מובילה את מדינות העולם בתמיכתה בזכויות אדם,²⁷ שותקת באופן יחסי בנוגע לזכויות ערעור.²⁸ בתהפרק הבא אבחן אם קיימת תשתית חוקתית בארצות הברית לזכות הערעור, ובהמשך אציג מקורות חלופיים לזכויות אלה במשפט האמריקני.

1. זכות חוקתית לערעור בארצות הברית?

בעוד שחוקות רבות מתייחסות לזכות לערעור באופן ספציפי, החוקה האמריקנית עמומה בנושא. התיקון ה-14 לחוקה, הידוע גם כ-Due Process Clause, קובע שאף מדינה לא תמנע מאדם את חייו, חירותו או רכושו ללא הליך משפטי הוגן.²⁹ בעוד שנראה כי פרשנויות מסוימות לתיקון זה יכולות לכלול את הזכות לערעור, בית המשפט העליון של ארצות הברית סירב פעם אחר פעם לראות בזכות לערעור כחלק מהזכות החוקתית להליך הוגן. בפרשת *McKane v. Durston*, משנת 1894, הסיק בית

-
- V. K. Wellington Koo, *Basic Problems of the United Nations*, 252 ANNALS. AM. ACAD. POL. & SOC. SCI. 78 (1947) 17
- [India Const.](#), art. 132 18
- Art. 111 [COSTITUZIONE](#) [Cost.] (It.) 19
- [S. AFR. CONST.](#), 1996, art. 35(3)(o) 20
- Megan Caulfield, [Constitutional Conventions in the United Kingdom](#): לקריאה נוספת ראו 21
- [Should They Be Codified](#), 1 MANCHESTER STUDENT L. REV. 42 (2012)
- [Bill of Rights Act 1990](#), s 25(h) (N.Z.) 22
- [Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms](#), art. 2, Nov. 22, 1984, E.T.S. No. 117. 23
- [Chart of](#) נכון למועד כתיבת הרשימה, המדינות היחידות שלא אשררו את הפרוטוקול הן גרמניה, הולנד ובריטניה. לעניין זה ראו [Chart of](#) 24
- [signatures and ratifications of Treaty 117](#), COUNCIL OF EUROPE (Apr. 8, 2022)
- ראו Marshall, לעיל ה"ש 11, בעמ' 25. 25
- שם. 26
- ראו, למשל, RICHARD FALK, *ACHIEVING HUMAN RIGHTS* (2009) 27
- ראו Robertson, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1219. 28
- [U.S. CONST. amend. XIV](#), § 1 29

המשפט העליון של ארצות הברית שהזכות לערעור היא "not now a necessary element of due process of law".³⁰ הטיעון עלה שוב בשנת 1983 בפרשת *Jones v. Barnes*, שבה אישרה דעת הרוב מחדש את הקביעה מ-*McKane*, באומרה כי אין זכות חוקתית לערעור.³¹ השופט ברנן, שהיה בדעת מיעוט בפרשה זו, פסק כי אינו בטוח שקביעתה של דעת הרוב ביחס לזכות לערעור נכונה. במקביל, ברנן ציין שספק אם שאלה זו תעלה שוב, שכן הזכות לערעור נפוצה מאוד בחוקים המדינתיים בארצות הברית.³²

דרך נוספת לטעון לקיומה של זכות חוקתית לערעור בארצות הברית היא דרך סעיף העליונות (Supremacy Clause),³³ הקובע כי גם אמנות הן חלק מהמשפט העליון של ארצות הברית. ב-1992 אשררה ארצות הברית את ה-ICCPR,³⁴ וכאמור לעיל, אמנה זו כוללת את הזכות לערעור.³⁵ מכאן, שלאור סעיף העליונות, ברירת המחדל היא כי הזכויות המוקנות באמנה אמורות להיכלל במשפט החוקתי של ארצות הברית. אולם הסנט האמריקני אשרר את האמנה בצורה מוגבלת בלבד. הוא הכריז על האמנה כנעדרת תוקף בבית המשפט עד ליישום חוקי קונקרטי, כלומר לא מדובר במקור המפעיל את עצמו (self-executing).³⁶ מכאן, שלזכות לערעור מכוח סעיף 14(5) ל-ICCPR אין מעמד חוקתי.

2. זכות חוקתית לערעור

בפרשת *Jones v. Barnes*, כאמור לעיל, ציין השופט ברנן כי ספק אם השאלה של הזכות לערעור כזכות חוקתית תעלה שוב בשל היותה נפוצה בחקיקה מדינתית.³⁷ עד לשנת 2013 הקנו 49 מדינות בארצות הברית לנאשמים זכויות ערעור בתיקים אזרחיים ופליליים באמצעות חקיקה או פסיקה.³⁸ בשנת 2021 חוקקה המדינה האחרונה, וירג'יניה, זכות לערעור אשר נכנסה לתוקף ב-1 בינואר 2022.³⁹ לפיכך, כיום בכל המדינות בארצות הברית קיימת זכות לערעור, ואף אם היא אינה זכות חוקתית, היא עדיין מקבלת הגנה מהחוקה.⁴⁰ בעניין *Evitts v. Lucy* נקבע כי כאשר הזכות לערעור מעוגנת בחוק מדינתי, מובטחות לה ההגנות

30. *McKane v. Durston*, 153 U.S. 684 (1894).

31. *Jones v. Barnes*, 463 U.S. 745, 103 S. Ct. 3308, 3312 (1983).

32. שם, בעמ' 3315.

33. *U.S. Const.* art. VI para. 2.

34. Kristina Ash, *U.S. Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: Credibility Maximization and Global Influence*, 3 NW. J. INT'L HUM. RTS. 1, 3 (2005).

35. ראו ICCPR, לעיל ה"ש 14.

36. Timothy E. Lynch, *The ICCPR, Non-Self-Execution, and DACA Recipients Right to Remain in the United States*, 34 GEO. IMMIGR. L.J. 323, 369 (2020).

37. פרשת *Jones*, לעיל ה"ש 31.

38. ראו *Robertson*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1222.

39. *S.B. 1261 (enrolled)*, Va. Gen. Assem. (Special Sess. I 2021).

40. *Evitts v. Lucey*, 469 U.S. 387 (1985).

החוקתיות של התיקון ה-14 לחוקה (Equal Protection ו-Due Process).⁴¹ קרי, שגם אם הזכות לערעור אינה זכות חוקתית, היא עדיין זוכה להגנה חוקתית.

מכאן שגם אם בארצות הברית, בניגוד למערכות משפט רבות, הזכות לערעור אינה זכות חוקתית, ביסוסה בחוק במדינות השונות, לצד ההגנה החוקתית שהיא מקבלת תחת התיקון ה-14 לחוקה,⁴² מקנה לה שורשים עמוקים, ומחייבת התייחסות שקולה לשלילתה.

פרק ב: ריק שיפוטי

נראה כי הזכות לערעור מעוגנת היטב בשיטת המשפט האמריקנית. לאור תכליתיה של זכות זו, והשורשים העמוקים שיש לה במערכת המשפט, יש לייחס חומרה רבה לפגיעות בזכות הערעור. עם זאת, שיטת המשפט האמריקנית, כפי שהיא מתפקדת כיום, מייצרת לעיתים תכופות מדי מקרים שגורמים לפגיעה בזכות זו בשל קיומה של תופעת הריק השיפוטי. בערכאות הערעור בארצות הברית, המדינות והפדרליות כאחד, יש מספר אירועי של שופטים.⁴³ כך גם בבית המשפט העליון, שבו מכהנים תשעה שופטים.⁴⁴ ההליכים בערכאות הערעור נעשים בפני הרכב של מספר שופטים בשל התפיסה ש"שני ראשים טובים מאחד".⁴⁵ ההצדקה הרעיונית להרכב אירועי היא מניעת מחלוקות שיובילו למבוי סתום שאינו מאפשר הכרעה.⁴⁶ אולם, למרות הדרישה להרכב אירועי בערכאות הערעור, השיטה הנוכחית בארצות הברית מובילה לעיתים למצבים שבהם קיים הרכב זוגי: כאשר נוצר ריק שיפוטי,⁴⁷ כלומר כאשר שופט אינו מסוגל למלא את תפקידו, ובית המשפט ממשיך לפעול עם השופטים הנותרים בהרכב (מספר זוגי) עד למינויו של שופט חדש,⁴⁸ תהליך שעשוי להימשך שנים.⁴⁹

הליך מינוי השופטים לבתי המשפט הפדרליים בארצות הברית מופיע בסעיף המינוי (Appointment Clause) בחוקה, לפיו הנשיא הוא האחראי למנות נושאי תפקידים ציבוריים שונים, לרבות את שופטי בית המשפט העליון, אך על המינוי להיות בהסכמת הסנט.⁵⁰ עוד קובע הסעיף כי הקונגרס רשאי להעניק לנשיא את הסמכות הבלעדית למנות פקידים בדרגה נמוכה יותר.⁵¹ לכאורה, אם שופטים פדרליים – שאינם חלק מבית המשפט העליון – היו נכללים בהגדרת פקידים בדרגה נמוכה, הנשיא היה יכול למנותם אף ללא צורך בהסכמת הסנט. עם זאת, הפרשנות הנוכחית לסעיף המינוי היא ששופטים פדרליים נכללים בקטגוריה

41 שם.

42 [U.S. Const. amend. XIV](#), § 1.

43 John V. Orth, [How Many Judges Does it Take to Make a Supreme Court?](#), 19 CONST. COMMENT. 681, 682 (2002).

44 [Act of April 10, 1869](#), 16 Stat. 44.

45 Robert A. Leflar, [The Multi-Judge Decisional Process](#), 42 MD. L. REV. 722 (1983).

46 שם.

47 Gordon Bermant, Jeffrey A. Hennemuth & A. Fletcher Mangum, [Judicial Vacancies: An Examination of the Problem and Possible Solutions](#), 14 MISS. C. L. REV. 319 (1994).

48 שם, בעמ' 334.

49 שם, בעמ' 319.

50 [U.S. Const.](#) art. II, § 2, cl. 2.

51 שם.

"פקידים אחרים" שמופיעה בחלקו הראשון של הסעיף, ולכן גם מינויים של שופטים אלו מחייב את הסכמת הסנט⁵² פרשנות זו הגיונית, שכן קשה לקבל הגדרה של שופט פדרלי כפקיד בדרגה נמוכה.

שיטה זו של מינוי שופטים המחייבת את הסכמת הסנט היא חלק ממערך האיזונים והבלמים שבין רשויות השלטון.⁵³ שיטה חשובה זו מוודאת שהמינויים יעשו על פי זכות (merit), ולא על פי העדפה אישית של הנשיא.⁵⁴ אך למרות מטרות החשובה יש לשיטה זו גם השלכות לא רצויות: כשמינוי שופטים נהפך לעניין פוליטי, וקיים מתח בין הנשיא לסנט, ייתכנו עיכובים משמעותיים בהליך המינוי.⁵⁵ טווח הזמנים שבין תחילת הריק השיפוטי ועד למינויו של שופט חדש (כלומר פרק הזמן שבו מכהן בבית המשפט מספר זוגי של שופטים) יכול להימשך חודשים רבים ולעיתים כמה שנים.⁵⁶ לפרק הזמן הזה השלכות פוטנציאליות דרמטיות על היבטים שונים של המשפט.

תופעה זו אינה מתקיימת במערכת המשפט המדינתית שכן הליך מינוי השופטים במדינות הוא שונה. עשרים ושתיים מדינות עורכות בחירות למינוי השופטים, ועשרים ושמונה מדינות אחרות ממנות את השופטים, חלקן על ידי המושל וחלקן על ידי המחוקק.⁵⁷ עם זאת, כל המדינות משתמשות בהליך מינוי ישיר, שברוב מוחלט של המדינות מבוצע על ידי המושל, כדי למנות שופטים זמניים כאשר נוצר ריק.⁵⁸ כך נפתרת תופעת הריק השיפוטי במערכת המדינתית בצורה מהירה, בשל מיעוט הפוליטיזציה שבמינוי הזמני.

מכאן שתופעת הריק השיפוטי היא ייחודית למערכת הפדרלית, והשלכה מוכרת שלה היא עומס עבודה על מעט מדי שופטים.⁵⁹ בעיה נוספת נוצרת במצבים שבהם בית המשפט חלוק באופן שווה. בהעדרו של קול מכריע, החלטת הערכאה הנמוכה מקבלת אישור אוטומטי ולא נוצר תקדים משפטי בנוגע לסוגיה הנידונה.⁶⁰ כלומר ההליך נסגר מבלי שערכאות נמוכות יכולות להסיק כיצד לפסוק בהליכים דומים בעתיד.

מעבר לבעיות אלו ונוספות שנוצרות כתוצאה מתופעת הריק השיפוטי, אני סבור שהתופעה הזו מייצרת בעיה נוספת – הרכב זוגי שאינו מסוגל להגיע להכרעה מוביל למעשה לפגיעה בזכות לערעור. בכך אדון להלן.

-
- 52 ראו Bermant, Hennemuth & Mangum, לעיל ה"ש 47, בעמ' 322.
- 53 Alexander Hamilton, *Federalist No. 76*, LIBRARY OF CONGRESS (1788).
- 54 שם.
- 55 ראו Bermant, Hennemuth & Mangum, לעיל ה"ש 47, בעמ' 321.
- 56 שם, בעמ' 319.
- 57 Kate Berry & Cathleen Lisk, *Appointed and Advantaged: How Interim Vacancies Shape State Courts*, BRENNER CENTER FOR JUSTICE 2 (2017).
- 58 שם, בעמ' 3.
- 59 ראו Bermant, Hennemuth & Mangum, לעיל ה"ש 47, בעמ' 327.
- 60 ראו Aldridge, לעיל ה"ש 5, בעמ' 329.

פרק ג: תיקן שיפוטי כפגיעה בזכות לערעור

1. הצגת התזה

תופעת הריק השיפוטי שיכול להוביל להרכב זוגי החלוק באופן שוויוני בדעתו (אשר ייקרא להלן: תיקן שיפוטי) טרם נידונה בהרחבה בפסיקה או בספרות בהקשר של זכויות ערעור. וזאת על אף השלכותיה הבעייתיות של התופעה והעלייה בשיעור קיומה (בין השנים 1970 ל-1992 נרשמה עלייה של 80% בהיקפי התופעה).⁶¹ מגמה זו ניכרה גם בהתארכות משכו של הריק השיפוטי בערכאות הדיוניות במהלך כהונתו של הנשיא אובמה.⁶² להמחשת הקושי, בתחילת 2022 היו 79 מקרים של ריק שיפוטי בבתי משפט פדרליים בארצות הברית.⁶³

כאמור, בית משפט המצוי במצב של תיקן שיפוטי מאשר אוטומטית את הפסיקה של הערכאה הנמוכה.⁶⁴ כדי להציג את הבעייתיות במצב זה, אבחן את תוצאה זו בהשוואה לתכליות של הזכות לערעור. כפי שהוזכר בפרק הראשון, התכליות המרכזיות של הזכות לערעור הן הגנה מפני עיוותי צדק, עזרה בשמירה על אחדות בערכאות הנמוכות, והקניית לגיטימציה לכלל מערכת המשפט.⁶⁵ אם תכליות אלה אינן מתקיימות, נראה שהזכות לערעור אינה מתגשמת במובן המהותי (ניתן להסתייג ממסקנה זו, כפי שאסביר בהמשך).

ביחס לתכלית הראשונה של הזכות לערעור, אגדיר "עיוותי צדק" כתוצאה שיפוטית שאינה צודקת.⁶⁶ לצורך קיום התכלית הראשונה, נרצה שערכאת הערעור תפעל לצמצום כמות עיוותי הצדק. במקרים שבהם הערכאה הנמוכה שוגה בהפעלת שיקול דעתה המשפטי, ערעור יאפשר למערכת המשפט לתקן את הטעות, וכך למנוע עיוותים כאלה. אם בית משפט שמצוי בתיקן שיפוטי מאשר אוטומטית את פסיקתה של הערכאה הנמוכה, התרחשות של טעות בערכאה המקורית לא תתוקן על ידי ערכאת הערעור, שכן לא ניתנת פסיקה חדשה. ניתן אומנם לטעון שגם ערכאת ערעור אשר מתפקדת ללא ריק שיפוטי תטעה לעיתים בהפעלת שיקול דעתה, באופן המוביל לעיוותי צדק. אולם גם אם כך הדבר, נראה שתוצאה זו שעשויה להתרחש לעיתים עדיפה על פני מצב שבו הכרעת הערכאה הנמוכה מתקבלת אוטומטית, כך שתכלית הערעור לעולם אינה מתגשמת.

גם ביחס לתכלית השמירה על אחדות בערכאות הנמוכות נראה שתיקן שיפוטי מונע את מימושה. במצב רגיל, הבאת שאלה לערכאת ערעור בעניין מסוים יוצרת הזדמנות עבור אותה ערכאה לתת מענה עקרוני לאותה סוגיה, וכך לייצר תקדים בנושא. אלא שתיקן שיפוטי מונע מבית המשפט את האפשרות לייצר תקדים שכזה. סגירת ההליך ללא יצירת תקדים משאירה את השאלה

61 ראו Bermant, Hennemuth & Mangum, לעיל ה"ש 47, בעמ' 332.

62 Alicia Bannon, *Federal Judicial Vacancies: The Trial Courts*, BRENNER CENTER FOR JUSTICE ANALYSIS 3 (2013).

63 *Judicial Vacancies*, UNITED STATES COURTS (Jan. 27, 2022).

64 ראו Aldridge, לעיל ה"ש 5, בעמ' 329.

65 ראו Marshall, לעיל ה"ש 11, בעמ' 3-4.

66 *Miscarriage of justice*, MERRIAM-WEBSTER.COM.

כיצד בתי משפט אמורים לפעול במקרים דומים בעתיד – ללא מענה. על כן תכלית השמירה על אחדות בערכאות, שאמורה להתגשם באמצעות הזכות לערעור, אינה מתגשמת הלכה למעשה.⁶⁷

באשר לתכלית הנוגעת להקניית לגיטימציה למערכת המשפט, תכלית זו מתמלאת כאשר ערכאת הערעור מתקנת את טעותה של הערכאה הדיונית או מאשרת את פסיקתה. בכך נוצרת מעין הבטחה לצדדים להליך ולציבור בכללותו כי ההכרעה השיפוטית לא נבעה מהחלטה שרירותית של דן יחיד.⁶⁸ כאשר הכרעתה של הערכאה הדיונית מקבלת אישור בעקבות תיקו שיפוטי בערכאת הערעור, הדבר אינו מקדם את הלגיטימציה של מערכת המשפט. אומנם כאשר התיקו השיפוטי מתרחש רק בערכאה השלישית שדנה במקרה (בית המשפט העליון), היה כבר אישור מהותי של ההכרעה של הערכאה הדיונית בבית המשפט לערעורים, כך שנוצרת לגיטימציה מסוימת. עם זאת חשוב להבין כי תופעת הריק השיפוטי מתרחשת גם בבתי המשפט לערעורים.⁶⁹ במקרים כאלה ישנו אישור אוטומטי של פסיקת הערכאה הדיונית שהוכרעה על ידי דן יחיד.⁷⁰ במילים אחרות, בית משפט המצוי בתיקו שיפוטי יכול להוביל לקבלה אוטומטית של פסיקתו של דן יחיד, וכך להחליש את הלגיטימציה של הפסיקה בעין הציבורית. יתרה מכך: כאשר נוצר בערכאת הערעור תיקו, המשמעות היא שהיו התנגדויות לפסיקה באותה סוגיה משפטית, והסכמה אוטומטית עם פסיקת הערכאה הנמוכה במצב של מחלוקת וללא הכרעה ברורה, מחריפה את בעיית הלגיטימציה.

נראה שמצב של תיקו שיפוטי אינו מגשים את הזכות לערעור במובן המהותי, שכן לא מתקיימות אף אחת מן התכליות של הזכות לערעור.

2. טיעוני נגד לתזה

בחלק הקודם טענתי כי ריק שיפוטי מביא לפגיעה מהותית בזכות לערעור. בפרק זה אתמודד עם כמה הסתייגויות אפשריות לטענה זו.

אישור אוטומטי עשוי להוביל לתוצאה זהה: יהיו שיאמרו שאפילו אם ערכאת הערעור הייתה פוסקת בהרכב מלא של שופטים, היא עדיין יכולה הייתה לאשר את הכרעתה של הערכאה הנמוכה. מכאן שהזכות לערעור אינה נפגעת. אולם נראה כי אין דמיון בין מצב כזה לבין אישור אוטומטי בעקבות תיקו שיפוטי. אומנם במובן הטכני התוצאה תהיה זהה, כלומר אישור ההכרעה, אך בפועל, כל הבעיות שעליהן עמדתי בחלק הקודם, הנוגעות לתכליות הזכות לערעור, ייפתרו. אם ערכאת הערעור תתמוך בהכרעה של הערכאה הנמוכה בהתבסס על רוב דעות, החלטה זו תחזק את הלגיטימציה של מערכת המשפט. זאת בניגוד למצב שבו אישור הכרעתה של הערכאה הנמוכה היא אוטומטית ולא משקפת תמיכה מהותית של בית המשפט. הכרעה המבוססת על רוב דעות שומרת גם על אחדות בערכאות הנמוכות על ידי יצירת תקדים, דבר שלא קורה בתיקו שיפוטי. כלומר

67 את הבעיה של חוסר יצירת הלכה מחייבת הצגתי גם בפרק הקודם כבעיה מוכרת הנובעת מוואקום שיפוטי, אך היא מתקשרת גם לתכליות הזכות לערעור.

68 Patrick David Hansen, *Stacking Appellate Dissents: Due Process in the Appellate Arena*, 18 VAL. U. L. REV. 141, 144 (1983)

69 ראו Bermant, Hennemuth & Mangum, לעיל ה"ש 47, בעמ' 323–325.

70 ראו Hansen, לעיל ה"ש 68, בעמ' 144.

ייתכן שהתוצאה עצמה הייתה נותרת על כנה, אבל לא היו לה את אותן השלכות ביחס לזכות לערעור. זכות הערעור אינה נפגעת כאשר בית המשפט מגיע להכרעה זוהי באמצעות רוב דעות, אך כן נפגעת כאשר הפסיקה היא אוטומטית.

זכות הערעור מתקיימת גם במקרה של תיקו שיפוטי: ייתכן שגם אם תכליתיה של הזכות לערעור אינן מתגשמות במצב של תיקו שיפוטי, אין זה אומר שמדובר בפגיעה בזכות לערעור. טענה כזו תתבסס על הבנה טכנית של הזכות לערעור: הליך משפטי שבו החלטתה של הערכאה הנמוכה מובאת לבחינה מחודשת בפני ערכאת ערעור בתיק מסוים.⁷¹ על פי פרשנות כזאת, הליך משפטי המגיע לערכאת ערעור לשם בחינה מחודשת מעיד על כך שהזכות לערעור התקיימה. לדעתי מסקנה כזו אינה ראויה. הבנת הזכות לערעור באופן הזה מתעלמת מההיגיון התכליתי של הזכות, ומכאן שאין לה יתרונות. אם ערעור לערכאה עליונה לא מאפשר הגנה מפני עיוותי צדק, שמירה על אחדות בערכאות הנמוכות או חיזוק של מערכת המשפט, אין טעם בקיום הזכות מלכתחילה. מכאן, שיש לפרש את הזכות לערעור באופן מהותי, ולא טכני.

זכות הערעור כבר ניתנה עבור ערעורים לבית המשפט העליון: בתיקים שבהם התיקו השיפוטי מתרחש בבית המשפט העליון בגלגולו השלישי של התיק, כבר נעשתה בחינה מחודשת של ההליך בבית המשפט לערעורים בגלגולו השני של התיק, ומכאן שהזכות לערעור כבר קוימה. המענה לטענה הזו יתחלק לשניים: ראשית, על מנת לערער לבית המשפט העליון, צריך לקבל צו עיון מחדש (writ of certiorari) הניתן במספר מצומצם יחסית של מקרים.⁷² לכן, גם אם נניח שבמקרים אלה לא נפגעת הזכות לערעור, הרלוונטיות של טענה זו תוגבל למספר מצומצם של מקרים ולא תסייע בפתרון הבעיה של תיקו שיפוטי בערכאות הערעור בגלגולו השני של ההליך; שנית, אומנם מתן צו עיון מחדש אינו עניין של זכות אלא של שיקול דעת שיפוטי,⁷³ אך מרגע שניתן הצו, המשמעות היא שקיים צורך חזק בעיון מסוג זה (compelling reason).⁷⁴ מכאן נראה שמוצדק לבחון שוב את ההליך ולהגיע להכרעה מהותית. כאשר לא ניתן צו, הזכות לערעור מתקיימת על ידי הערעור בבית המשפט לערעורים, אך מרגע שניתן הצו על ידי בית המשפט העליון הוא "מחיה" את הזכות לערעור, ויוצר צורך בהכרעה על בסיס רוב דעות שתביא למימוש זכות זו. מכאן שללא עיון מחודש בערעור באופן שמאפשר לבית המשפט להכריע על בסיס רוב דעות – אין מנוס מלקבוע כי אכן במצבי תיקו שיפוטי, הזכות לערעור נפגעת.

פרק ד: פתרונות אפשריים

הפתרון הראשון שאציע במסגרת פרק זה הוא ניסיון לפתור את הפגיעה בזכות לערעור באמצעות מניעה מלכתחילה של תופעת הריק השיפוטי, בעוד שהפתרונות האחרים הם ניסיונות להתמודד עם הפגיעה בדיעבד, לאחר שהריק השיפוטי כבר נוצר. שני הפתרונות האחרונים בפרק מתייחסים גם לריק שיפוטי אשר מתרחש בבית המשפט העליון.

⁷¹ *Appeal*, MERRIAM-WEBSTER.COM

⁷² Kevin H. Smith, *Certiorari and the Supreme Court Agenda: An Empirical Analysis*, 54 OKLA. L. REV. 727, 729 (2001)

⁷³ *Sup. Ct. R. 10*

⁷⁴ שם.

1. צמצום הריק השיפוטי

הפתרון הראשון שאציג אינו ישים או רצוי בהכרח, אך במבט ראשון הוא נראה כפתרון הפשוט ביותר: מניעת מצבים שבהם קיים הרכב הבנוי ממספר זוגי של שופטים בערכאות הערעור. במילים אחרות, אם לא היה כלל ריק שיפוטי, לא היו נוצרים מצבים של תיקן שיפוטי, וכך ממילא הזכות לערעור לא הייתה נפגעת. ניתן להגשים מטרה זו בשתי דרכים עיקריות: האחת היא אימוץ מדיניות שתייעל את הליך מינוי השופטים, והאחרת היא שימוש בשיטות אלטרנטיביות למינויים.⁷⁵

ייעול הליך המינוי יתאפשר אם פרק הזמן הקיים מרגע שנבצר משופט למלא את תפקידו יספיק לאיתור ולמינוי של מועמדים מתאימים. אפשר לעשות זאת, למשל, באמצעות דרישה משופטים המעוניינים לפרוש להודיע על כך מראש,⁷⁶ או על ידי הצבת מגבלת זמן לנשיא ולסנט באשר למינוי שופטים חדשים.⁷⁷ אפשר גם לחשוב על שימוש בשיטות מינוי אלטרנטיביות, דוגמת האפשרות, במקרים שבהם שופט פורש במפתיע או שאינו יכול למלא את תפקידו, למנות שופטים על ידי הנשיא מבלי שיוזקק לאישור הסנט. מהלך מסוג זה יבטל את העיכובים הפוליטיים של הליך המינוי, וכך יצמצם פרק הזמן הנתון שבו קיים ריק שיפוטי.⁷⁸ פתרונות אלה, גם אם לא ימנעו לחלוטין את בעיית הריק השיפוטי, יצמצמו באופן משמעותי את משך הזמן שבו בתי המשפט מתפקדים עם הרכב שיפוטי חסר, וכך יצמצמו מספר התיקים המסתיימים בתיקן שיפוטי.

פתרונות אלה ללא ספק יהיו אפקטיביים אך הם גם מציפים קשיים רבים. ראשית, לצד הבעיות של הליך המינוי הפוליטי באופיו, כבר ציינתי את חשיבותו למערך הבלמים והאיזונים לצמצום כוחה של כל רשות.⁷⁹ כך, גם פתרון דומה לזה המצוי במערכת המשפט המדינתית של מינוי שופט זמני על ידי גוף יחיד, תפגע בהפרדת הרשויות. מעבר לכך, שינויים כאלה ידרשו תיקונים חוקתיים. כפי שהוזכר בפרק ב, סעיף המינוי, הכולל את הפרוצדורה למינוי שופטים, מעוגן בחוקת ארצות הברית.⁸⁰ מכאן שכל שינוי בתהליך ידרוש תיקון חוקתי, הליך מסובך שהתרחש רק 27 פעמים בהיסטוריה של ארצות הברית.⁸¹ הסיבה לכך שהחוקה תוקנה כה מעט היא הדרישות הכבדות שהשיטה האמריקנית מציבה לתיקון חוקתי: על התיקון להתקבל ברוב של שני שליש בכל אחד מבתי הקונגרס, ושלוש מכל ארבע מדינות צריכות לאשר את התיקון.⁸²

אם כך, בעוד שצמצום מקרי הריק השיפוטי יתרמו לצמצום הפגיעה בזכות לערעור, החסרונות של שינוי הליך המינוי מבחינת האיזונים והבלמים, לצד הקושי הרב בתיקון החוקה, הופכים פתרון זה לבלתי סביר.

75 ראו Bermant, Hennemuth & Mangum, לעיל ה"ש 47, בעמ' 333.

76 שם.

77 שם, בעמ' 336.

78 שם, בעמ' 340–341.

79 ראו Hamilton, לעיל ה"ש 53.

80 U.S. Const. art. II, § 2, cl. 2.

81 The Constitution, THE WHITE HOUSE.

82 U.S. Const. art. V.

2. מתן צו עיון מחדש אוטומטי לבית המשפט העליון

פתרון אפשרי אחר למקרים של תיקו שיפוטי בבתי משפט לערעורים הוא מתן צו אוטומטי לעיון מחדש בבית המשפט העליון. חוק 10 לחוקי בית המשפט העליון מציין את הקריטריונים לעיון מחדש של בית המשפט העליון בתיק, ומגביל אותם בעיקר למצבים שבהם הערכאות הנמוכות יותר סותרות אלה את אלה, או כשהשאלה המשפטית היא בנושא פדרלי שטרם יושב בבית המשפט.⁸³ על ידי מתן צו עיון מחדש אוטומטי במצבים של תיקו שיפוטי, מובטח לצדדים כי יקבלו בחינה מחדשת של התיק המלווה בהכרעה מבוססת רוב.

היתרון של פתרון זה הוא שהוא פשוט ליישום באופן יחסי. חוקי בית המשפט העליון אינם חוקתיים, והיו שינויים רבים בחוקים אלה במשך השנים.⁸⁴ כך ששינוי פשוט בחוק יאפשר לתיקים אלה להישמע בבית המשפט העליון. הבעיה בפתרון זה היא שהוא מתייחס רק למקרים שבהם התיקו השיפוטי התקבל בערכאה נמוכה. אם בית המשפט המצוי בתיקו שיפוטי הוא בית המשפט העליון, פתרון זה מאבד את תוקפו (שכן אין ערכאה בכירה יותר שתבחן את התיק). במילים אחרות, אם נוצר ריק שיפוטי בבית המשפט העליון, גם צו עיון מחדש לא יוודא שתתקבל הכרעה רוב בערעור. אין לזלזל בעניין זה, שכן תופעת הריק השיפוטי אינה פוסחת על בית המשפט העליון, ומעבר לכך, כאשר היא מתרחשת מדובר בפרק זמן משמעותי אשר עומד בממוצע על 86 ימים.⁸⁵

מעבר לכך, גם אם לא מדובר בפתרון שדורש שינוי חוקתי, נראה כי פתרון כזה משנה את אופיה של שיטת המשפט האמריקנית, שכן מסורתית תיקים בארצות הברית מגיעים לבית המשפט העליון כעניין של רשות ולא של זכות. בכל זאת, על אף שפתרון זה אינו אפקטיבי בכל מקרה ומקרה, וגם אם הוא מהווה שינוי מהותי בשיטת המשפט האמריקנית, הוא יצמצם באופן משמעותי את כמות המקרים שבהם נפגעת הזכות לערעור בעקבות ריק שיפוטי, ולכן מדובר בצעד משמעותי בכיוון הנכון.

3. ערעור למחוז שכן

בארצות הברית קיימות מערכות משפט נפרדות למדינות השונות, לצד מספר בתי משפט לערעורים מחוזיים.⁸⁶ במקרים שבהם מתרחש ריק שיפוטי בבית משפט לערעורים, ונוצר תיקו שיפוטי, ניתן לפתור את הבעיה על ידי מתן אפשרות לצדדים לפנות לבית משפט לערעורים במחוז שכן, וכך למנוע את המבוי הסתום.

אולם נראה ששיטה זו בעייתית עוד יותר מזו שהצגתי קודם. ראשית, בדומה לפתרון של צו העיון מחדש האוטומטי, במקרה שהריק השיפוטי הוא בבית המשפט העליון, הפתרון מאבד מהרלוונטיות שלו. מובן כי אם הערעור הביא לתיקו שיפוטי בבית המשפט העליון, אין מחוז שכן שיוכל לפתור את הבעיה.

⁸³ Sup. Ct. R. 10.

⁸⁴ *Historical Rules of the Supreme Court*, SUPREME COURT OF THE UNITED STATES.

⁸⁵ *Supreme Court Vacancy, 2022*, BALLOTEDIA.

⁸⁶ Felix Frankfurter, *Distribution of Judicial Power Between United States and State Courts*, 13 CORNELL L. REV. 499, 501 (1928).

מעבר לכך, בניגוד לפתרון הקודם שהצעת, פתרון זה סותר את החוקה. החוקה מציינת מספר פעמים את החשיבות בקיומו של הליך משפטי בתחום אזור השיפוט המקורי של העבירה או העוולה. סעיף 3 לחוקה קובע שהמשפט יתקיים במדינה שבה העבירה בוצעה.⁸⁷ נוסף לכך, התיקון השישי לחוקה קובע שחבר המושבעים במשפט ישתייך לאותו אזור שיפוט.⁸⁸ כתוצאה מכך, יישום של פתרון זה ידרוש תיקון חוקתי, תרחיש בלתי סביר, כאמור, עקב התנאים הקשוחים לשינוי החוקה.⁸⁹

4. מתן זכות הכרעה לנשיא בית המשפט

דרך נוספת לתת מענה לפגיעה בזכות לערעור במקרים של ריק שיפוטי מתבססת על שיטת הכרעה הקיימת במשפט הבין-לאומי. הרכב בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ) מונה באופן סטנדרטי 15 שופטים.⁹⁰ שם, מצב של תיקון שיפוטי יכול להיווצר לא רק כאשר יש ריק שיפוטי, אלא גם בעקבות מינוי ad hoc של שופט מאחת המדינות שהיא צד לתיק, באופן שמוביל ל-16 שופטים במקרה מסוים.⁹¹ מכאן שתיקון שיפוטי היה עלול להוביל לבעיות רבות ב-ICJ אם לא היו מביאים שיטת הכרעה למצב זה בשל הקלות היחסית שבה מצבי תיקון שיפוטי נוצרים. לשם כך נקבע כי במקרה של תיקון שיפוטי, קולו של נשיא בית המשפט או ממלא מקומו יכריע.⁹²

אימוץ של פתרון דומה במערכת המשפט האמריקנית תאפשר מצד אחד הגעה להכרעה חד-משמעית בכל תיק, גם בבית המשפט העליון, ומהצד האחר, הפתרון אינו מצריך שינוי חוקתי כלשהו, בשל העובדה שחוקת ארצות הברית שותקת בנוגע לשיטת ההכרעה של בתי המשפט עצמם. עם זאת, לצד יתרונות של הפתרון הזה, לא ברור ששיטת הכרעה כזו תגשים את תכליות הערעור באופן אפקטיבי. אומנם ייווצר תקדים למקרים עתידיים, ותהיה החלטה מהותית באותו מקרה, אך מכיוון שהתקדים וההכרעה יתקבלו על בסיס מעמדו הבכיר של נשיא בית המשפט, ולא על בסיס רוב של שופטים, לא ברור אם הדבר יגביר את הלגיטימציה של מערכת המשפט בעיני הציבור.

5. פתירת מצבי תיקון שיפוטי בבית המשפט העליון

הפתרונות שהצעת לעיל דרשו תיקון חוקתי, או שלא היו תקפים לבית המשפט העליון, או שלא מימשו את תכליות הערעור בצורה מלאה. על מנת להתייחס לבעיה של ריק שיפוטי גם בהכרעותיו של בית המשפט העליון, ניתן להציע השעיה זמנית של שופט נוסף מתפקידו, או הרחבה של כמות השופטים עם רוטציה בין השופטים הזמינים. כך, יהיה מספר איזוגי של שופטים בבית המשפט, גם בתקופה של ריק שיפוטי.

⁸⁷ [U.S. Const. art. III, § 2 cl. 3](#).

⁸⁸ [U.S. Const. amend. VI](#).

⁸⁹ [U.S. Const. art. V](#).

⁹⁰ [Statute of the International Court of Justice](#), art. 3.

⁹¹ [Statute of the International Court of Justice](#), art. 31.

⁹² [Statute of the International Court of Justice](#), art. 55.

בהקשר זה, מעניין לראות שבמדינות רבות יש מספר גמיש של שופטים בערכאה העליונה. בבית המשפט העליון של אנגליה, לדוגמה, מכהנים שנים-עשר שופטים, אך רק חמישה מהם פוסקים בכל מקרה. רק כשקריטריונים מסוימים מתקיימים, יורחב ההרכב אל מעבר לחמישה שופטים (למשל בתיקים בעלי משקל ציבורי).⁹³ דוגמה נוספת לכך היא כמובן בית המשפט העליון בישראל, שבו נכון למועד כתיבת רשימה זו מכהנים חמישה-עשר שופטים,⁹⁴ אך ברוב התיקים יפסקו שלושה שופטים, אלא אם יתקיימו תנאים מסוימים (למשל, אם נשיא בית המשפט העליון יחליט מראש להרחיב את ההרכב השופטים). אפילו במקרים אלה, מספר השופטים בהרכב תמיד יהיה איזוגי.⁹⁵

לצד פתירת בעיית התיקו השיפוטי בבית המשפט העליון של ארצות הברית, לאמצעי זה יש יתרון נוסף שכן אין צורך בתיקון חוקתי כדי לממשו. החוקה אינה מגדירה כמה שופטים יכהנו בבית המשפט העליון או כמה שופטים יפסקו בתיק מסוים. למעשה, מספר השופטים בבית המשפט העליון השתנה שש פעמים מאז ייסודה של ארצות הברית.⁹⁶ עם זאת, לאור האופי הפוליטי של הליך המינוי, נראה שהוצאה לפועל של שינוי זה, אינה סבירה.⁹⁷ נוסף לכך, יישום של פתרון כזה דורש אסדרה של האופן שבו ייבחרו השופטים הספציפיים לפסוק בתיק מסוים מתוך ההרכב המלא. חמשת הפתרונות שהצגתי בפרק זה אינם מושלמים, והם אינם הפתרונות היחידים שניתן להעלות. ג'פרי רוזן, נשיא ה-National Constitution Center, ציין שקיים תקדים לדחיית הכרעה בתיק במקום הגעה לתיקו שיפוטי.⁹⁸ לדעתי, פתרונות אלה, חלקיים ובעייתיים ככל שיהיו, עדיפים על המצב הנוכחי, שבו ישנה פגיעה בזכות לערעור כשישנו תיקו בבית המשפט כתוצאה מריק שיפוטי.

סיכום

רבים בחנו בעבר את חשיבותה של זכות לערעור.⁹⁹ אף תופעת הריק השיפוטי אינה זרה לשיטת המשפט האמריקנית, ובעיותיה נידונו כבר בעבר.¹⁰⁰ כפי שצוין, ה-Judicial Conference Policy קובע שבית משפט המתפקד בריק שיפוטי מצוי במצב חירום שיפוטי.¹⁰¹ אני מסכים עם הקביעה הזו, אך רואה את התוצאות בחומרה רבה יותר. כפי שניסיתי לטעון ברשימה זו, תופעה של ריק שיפוטי לא רק מכבידה על בתי המשפט, אלא עלולה להוביל לתיקו שיפוטי, ובכך לפגוע בזכות לערעור.

93 *Panel numbers criteria*, THE SUPREME COURT

94 "שופטים ורשמים מכהנים" אתר הרשות השופטת – בית המשפט העליון.

95 ס' 26 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

96 *The Court as an Institution*, SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

97 להרחבה ראו Lawrence B. Solum, *Judicial Selection: Ideology versus Character*, 26 CARDOZO L. REV. 659 (2005).

98 ראו Beckett, לעיל ה"ש 6.

99 James E. Lobsenz, *A Constitutional Right to an Appeal: Guarding Against Unacceptable Risks of Erroneous Conviction*, 8 SEATTLE

U. L. REV. 375 (1985); ראו Marshall, לעיל ה"ש 11; ראו Robertson, לעיל ה"ש 4.

100 ראו Bermant, Hennemuth & Mangum, לעיל ה"ש 47.

101 ראו REPORT OF THE PROCEEDINGS, לעיל ה"ש 7.

נראה שפגיעה כזו בזכות לערעור אינה יכולה להתקיים בישראל, שכן יש מספר מנגנונים למניעת ריק שיפוטי בחוק בתי המשפט: מספר השופטים המכהנים בערכאה נתונה רב יותר מהמספר הנחוץ בכל תיק,¹⁰² ובבתי המשפט הדיוניים שופט רשאי לשבת גם בבית משפט שכן אם יש בכך צורך.¹⁰³ עם זאת, מסקנותיי באשר לזיהוי נכון של הפגיעה בזכות לערעור רלוונטיות גם לפגיעות אחרות בזכות זו. להבנתי, זכויות ערעור צריכות להתפרש על פי תכליתן ולא בצורה טכנית. פרשנות שכזו עלולה להוביל להבנה שנפגעה הזכות גם כאשר המקרה נשמע בפני ערכאת ערעור. גם אם הפגיעה לא נעשית באמצעות תיקו שיפוטי, היא יכולה להתרחש בצורות אחרות. רק הכרה בזכות לערעור תוך פרשנות תכליתית שלה, תאפשר זיהוי ומניעה של פגיעה כזו בעתיד.

102 ס' 25, 35 ר' לחוק בתי המשפט.

103 ס' 36 ר' לחוק בתי המשפט.