

על ערעורי-ביניים, סמכות עניינית ועלות שיפוטית שקועה

שי נ' לבניא*

האם שופטים יכולים להתנתק מהחלטות שהתקבלו בעבר? מחקר זה חושף תופעה מפתיעה: שופטי בתי-המשפט האמריקאיים לערעורים נוטים לאשר את החלטת הערכאה הדיונית ככל שזו השקיעה משאבים רבים יותר לגוף העניין, וזאת אף כאשר משאבים אלה אינם רלוונטיים לאיכות ההכרעה. ממצאים אלה, המצביעים על קושי בביקורתה של ערכאת הערעור, מתבססים על הבחנה בין שאלות של סמכות עניינית לבין שאלות של מהות. הם מובהקים מבחינה סטטיסטית, משמעותיים בגודלם ומצביעים על קיום תופעה של "עלות שיפוטית שקועה". להתמודדות עם בעיה זו מוצע שינוי פרוצדורלי פשוט – שימוש נרחב יותר בערעורי-ביניים, שמאפשרים בחינה מיידית של ההכרעות של בית-המשפט קמא.

לתופעה המתוארת במאמר עשויות להיות השלכות רחבות בהקשר של המשפט הישראלי. הטענה שערעורי-ביניים עשויים לשפר את איכות ההכרעה השיפוטית מעניינת במיוחד לנוכח הנטייה במשפט הישראלי, בשנים האחרונות, לצמצם את האפשרות לערעור-ביניים. בפרט, המאמר מציע פרספקטיבה אחרת ליחסים בין הערכאה הראשונה לערכאת הערעור בכמה הקשרים בולטים, כגון סמכות עניינית וטענות-סף אחרות, החלטות

* מרצה, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב.

כחלק מהכנס על שיקול-דעת שיפוטי, עניינו של מאמר זה בבחינה אמפירית של שיקולי השופטים בבתי-המשפט הפדרליים לערעורים בארצות-הברית. החלק האמפירי של המאמר מבוסס על מאמרי: Shay Lavie, *Are Judges Tied to the Past? Evidence from Jurisdiction Cases*, 43 HOFSTRA L. REV. 337 (2015). לא מעט אנשים עזרו לחדד את הרעיונות המועלים במאמר זה. תודתי נתונה במיוחד לבן אלרי, לטל חבקין, לערן טאוסג, לאנדרו טאק, לחיים מכלוף, לג'פרי מילר, לגלעד נאמן, לקובי נוסים, למתיו סטיפנסון, לאלון קלמנט, לאדם שנער, לג'ניפר שקבטור וכן למשתתפים בכנסים השנתיים של האגודות למשפט וכלכלה בארצות-הברית, בישראל ובקנדה, בסדנות למשפט וכלכלה באוניברסיטת בר-אילן, באוניברסיטה העברית בירושלים ובאוניברסיטת תל-אביב, ובסימפוזיון על שיקול-דעת שיפוטי במרכז הבינתחומי הרצליה. אני מודה במיוחד לאד מוריסון, אשר עודד אותי לבחון את שאלת המחקר באופן אמפירי, וסייע בהערותיו המועילות לגיבוש המחקר ולהשלמתו. אביב אבני וגל משגב סיפקו עזרה מעולה במחקר. קרן אייסף תמכה במחקר ואפשרה את השלמתו.

בעניין אישור תובענה ייצוגית, החובה לערער על החלטות-ביניים חשובות וכן שיהוי בהעלאתה של טענת סמכות עניינית.

מבוא	
פרק א: רקע תיאורטי	
פרק ב: מתודולוגיה	
1. שאלות של סמכות ושאלות מהותיות	
2. מאגר המידע ותיאור המשתנים	
פרק ג: התוצאות ודיון בהן	
1. מתאם בין משאבים שיפוטיים להכרעת הערעור	
2. בדיקות נוספות	
(א) החזרת התיק לבית-המשפט קמא	
(ב) שאלות סמכות פדרליות	
(ג) תיקים שונים	
(1) ערעורי-סרק בשאלת הסמכות	
(2) בקרה על איכותן של השאלות המהותיות	
פרק ד: השלכות נורמטיביות – כלל ההחלטה הסופית, ערעורי-ביניים ועלות שיפוטית שקועה	
פרק ה: ערעורי-ביניים במשפט הישראלי	
1. מערעורי-ביניים לכלל ההכרעה הסופית	
2. החלטות-ביניים רלוונטיות	
(א) טענות מקדמיות וטענות "חשובות" אחרות	
(ב) כלל ההזדמנות לערער	
פרק ו: קריאה חלופית של הממצאים	
1. סמכות עניינית	
2. היבטים מתודולוגיים	
(א) הבחירה לערער	
(ב) התרחשויות בערכאה הדיונית	
(1) בעלי-דין	
(2) שופטים	
סיכום	
נספח	

מבוא

נתבע מעלה טענה מקדמית. בית־המשפט דוחה את הטענה, ועובר לדיון בגוף העניין. הנתבע מפסיד לגוף העניין ומערער. בערעור הנתבע חוזר על הטענה המקדמית שנדחתה. האם בית־המשפט שלערער אשר דן בטענה המקדמית מושפע מההשקעה השיפוטית של בית־המשפט דלמטה לגוף העניין? המאמר מציג טיעון שלפיו שופטי הערעור אכן רגישים למה שניתן לכנות "עלות שיפוטית שקועה"¹, ובוחר את הטיעון באופן אמפירי תוך שימוש במתודולוגיה חדשנית.

הטענה ששופטי ערעור רגישים לעלויות שיפוטיות קודמות שהושקעו בהליך היא טענה אינטואיטיבית. אכן, ניתן לחשוב על דוגמות של מקרים אקטואליים שבהם נדמה שבת־משפט לערעורים דחו טענה מקדמית ממשית עקב קיומו של הליך לגוף העניין בערכאה הדיונית.² יתר על כן, לטענה זו עשויות להיות השלכות משמעותיות על עיצוב

1 טענת עלות שיפוטית שקועה – כלומר, ששופטים מושפעים מהשקעה שיפוטית קודמת – עשויה לחול גם במקרים אחרים, מחוץ להקשר של שופטי ערעור שדנים בטענות מקדמיות. אכן, טענות דומות הועלו, למשל, בהקשר של נטיית בתי־המשפט לא לסטות מתקדים (Rafael Gely, *Of Sinking and Escalating: A (Somewhat) New Look at Stare Decisis*, 60 U. PITT. L. REV. 89 (1998); מיכל טמיר "עלותו השקועה של התקדים" דין ודברים א 211 (2004)) ובהקשר של נטיית השופטים להיצמד להכרעות שנעשו במסגרת החלטות בדבר סעדי־ביניים (Kevin J. Lynch, *The Lock-In Effect of Preliminary Injunctions*, 66 FLA. L. REV. 779 (2014)).

2 דוגמה אפשרית עשויה להיות רע"א 10889/07 קנאזע נ' הנוירות הפרנססקניות של הלב הטהור של מריה (פורסם בנבו, 4.5.2008) (להלן: עניין קנאזע בעליון). באותו עניין התבקש, בין היתר, סעד של הריסה בבית־משפט השלום. סעד זה נמצא לכאורה בסמכותו העניינית של בית־המשפט המחוזי, ולא השלום, וזאת לפי המצב המשפטי ששרר באותה עת בעקבות הלכת שמש (ע"א 37/59 שמש נ' מפעל המים" כפר־סבא, אגודה חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד יג 834 (1959); לתיאור חלוקת הסמכויות בין השלום והמחוזי בהקשר זה לפי הלכת שמש ראו רע"א 3749/12 בר־עוז נ' סטר, פסק־דין של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 1.8.2013)). בית־משפט השלום בחר לדון בעניין – אף שהנתבע העלה בסיכומיו טענה נגד סמכותו של בית־המשפט לדון בתיק – ולאחר שמיעת עדים וראיות נתן פסק־דין מפורט שבו קיבל את התביעה לגופה. ת"א (שלום נצ') 5372/05 הנוירות הפרנססקניות של הלב הטהור של מריה נ' קנאזע (פורסם בנבו, 12.4.2007) (להלן: עניין קנאזע בשלום). בית־המשפט המחוזי, אף הוא בפסק־דין מפורט, אישר את פסק־דינו של בית־משפט השלום למרות הסטייה לכאורה מהלכות קודמות לעניין הסמכות. ע"א (מחוזי נצ') 1136/07 קנאזע נ' הנוירות הפרנססקניות של הלב הטהור של מריה (פורסם בנבו, 12.11.2007) (להלן: עניין קנאזע במחוזי). בית־המשפט העליון דחה את בקשת רשות הערעור על פסק־דינו של המחוזי, תוך שהוא מאשר את סמכותו של בית־משפט השלום לדון בעניין על־אף הבסיס המשפטי הרעוע לכך. האם החלטותיהם של בתי־המשפט שלערעור לעניין הטענה המקדמית – טענת הסמכות – הושפעו מקיומו של הליך מפורט לגוף העניין, שכלל שמיעת עדים וראיות? למקרה דומה ראו רע"א 3189/06 וולפינגר נ' ראובני (פורסם בנבו, 20.8.2006), שם ציין בית־המשפט, בצטטו פסק־דין אחר, כי "קבלת טענת... [חוסר] הסמכות היתה מחייבת החזרת הדיון [לערכאה הראשונה] על מנת ש[ת]תחיל בדיון מבראשית לאחר חלוף שנים מיום הגשת התביעה...". לדיון בדוגמות אלה ראו גם ה"ש

ההליך המשפטי. למרות זאת לא נעשו נסיונות לבחון את הטענה באופן אמפירי, ולא בכדי. בחינה אמפירית של התופעה האמורה מעוררת שאלות מתודולוגיות מורכבות. שופטי ערעור עשויים להיות מושפעים מההשקעה השיפוטית בערכאה דלמטה, אך באותה מידה השקעת משאבים שיפוטיים רבים בערכאה הראשונה עשויה להצביע על כך שבית-המשפט הראשון אכן הגיע להחלטה נכונה יותר. על-כן, כדי לבנות מערך מחקרי מתאים, עלינו למצוא השקעה שיפוטית שאינה רלוונטית לאיכות ההחלטה.

מאמר זה מציג מערך מחקרי כזה. הוא עושה כן על-ידי הבחנה בין הכרעות שיפוטיות בעניין סמכות לבין הכרעות שיפוטיות מהותיות, לגוף העניין. כפי שיתואר להלן, בתפיסת המשפט המקובל יש לשאלות של סמכות עניינית כמה מאפיינים ייחודיים: הן חיוניות לכל הכרעה לגוף העניין; חוסר סמכות עניינית מחייב את דחיית התביעה על הסף; הצדדים אינם יכולים לוותר על דרישת הסמכות העניינית או ליצור אותה על-ידי הסכמה; ושאלות של סמכות עניינית מוכרעות, באופן טיפוסי, בתחילת ההליך.³ במילים אחרות, שאלות של סמכות עניינית הן שאלות נפרדות משאלות של מהות. לכן בתי-משפט לערעורים צריכים להכריע בשאלות של סמכות עניינית במנותק מכמות ההשקעה השיפוטית בשאלות המהותיות. מכאן שמתאם בין שיעורי הדחייה של ערעורים בעניין סמכות לבין כמות המשאבים השיפוטיים המושקעים לגוף העניין בערכאה הראשונה מעיד כי שופטי ערעור מושפעים לא לצורך מהשקעה שיפוטית קודמת.

על רקע זה יצרתי מאגר מידע הכולל 375 החלטות של בתי-המשפט האמריקאיים לערעורים שבהן נבחנת סמכותה העניינית של הערכאה הראשונה. ניתוח סטטיסטי של מאגר המידע מגלה כי הכרעות של הערכאה הראשונה בדבר סמכות עניינית שהתלווה אליהן הליך הוכחות לעניין השאלות המהותיות אושרו בתדירות גבוהה יותר על-ידי ערכאת הערעור בהשוואה להכרעות דומות של הערכאה הראשונה בדבר סמכות עניינית שהתלוו אליהן הכרעות מהותיות שגובשו לא בדרך של הליך הוכחות. נמצא אם כן שקיים מתאם חזק בין קיומו של הליך הוכחות לגוף העניין – שמצביע על השקעה שיפוטית ניכרת בשאלות המהותיות – לבין הסיכוי לדחיית הערעור בשאלת הסמכות העניינית. הקשר בין שיעורי קבלת הערעורים בשאלת הסמכות לבין כמות ההשקעה השיפוטית לגוף העניין הוא מובהק מבחינה סטטיסטית, משמעותי בגודלו ותקף תחת ספציפיקציות שונות. הוא מרמז שערעורים רבים בשאלת הסמכות שנדחו היו מתקבלים

147–151 להלן והטקסט הצמוד אליהן. יוער כי המצב המשפטי בסיטואציות אלה לא היה ברור לחלוטין בזמן הרלוונטי (ראו לעיל עניין בר-עוז, פס' 10–11 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס), וכי במקרים אלה ההחלטה לדחות את הטענה לחוסר סמכות עניינית התבססה, בין היתר, על האיחור בהעלאת הטענה. על התפתחות המשפט הישראלי בשאלת הזמן המתאים להעלאת טענה בדבר חוסר סמכות עניינית ראו גם ה"ש 34 להלן, וכן להלן ה"ש 128–133 והטקסט הצמוד אליהן.

3 המחקר האמפירי במתודולוגיה האמורה נערך בהקשר של בתי-משפט אמריקאיים, שם תפיסת הסמכות העניינית נותרה קשיחה. כפי שיובהר להלן, למשל בה"ש 34, המשפט הישראלי סטה מתפיסות קשיחות אלה של סמכות עניינית לכיוון גמיש יותר.

אילולא השקיעה הערכאה הראשונה משאבים רבים בשאלות המהותיות. מובן שהקשר הסטטיסטי שהממצאים חושפים בין השקעת המשאבים בערכאה הראשונה לבין התייחסותה של ערכאת הערעור אינו מעיד בהכרח על קשר סיבתי, ויש להתייחס לקשרים סטטיסטיים מסוג זה בזהירות. עם זאת, המאמר בוחן הסברים חלופיים לממצאים ומתמודד איתם,⁴ כך שניתן לומר כי הנתונים מהווים לכל-הפחות אינדיקציה, ראשונה מסוגה, לקיומה של הטיית "עלות שיפוטית שקועה".

על רקע ממצאים אלה, מאמר זה דן בהשלכות הנורמטיביות האפשריות של התופעה המסתמנת. ככלל, סיטואציות של עלות שיפוטית שקועה יכולות להימנע על-ידי אמצעי פרוצדורלי פשוט – ערעורי-ביניים. ערעורי-ביניים יכולים למנוע מקרים שבהם לאחר החלטה מקדמית מוטעית מושקעים משאבים שיפוטיים רבים בערכאה הדיונית, מה שמחליש, על-פי הטענה, את נטייתה של ערכאת הערעור להתערב בדיעבד בהחלטה המקדמית המוטעית. מכאן שערעורי-ביניים עשויים לשפר את איכות ההחלטה של שופטי הערעור. אכן, בסיטואציות מסוימות ערעורי-ביניים עשויים להיות אפקטיביים במיוחד מפרספקטיבה זו – למשל, כאשר מתקבלות החלטות-ביניים בעניין סמכות עניינית וטענות-סף דומות נוספות, או החלטות חשובות אחרות, כגון החלטות בנוגע לאישור תובענה ייצוגית. לאור שיקולים אלה, המאמר בוחן את עמדת המשפט הישראלי בנוגע לערעורי-ביניים, ובמיוחד בנוגע לערעורי-ביניים "חשובים". ככלל, המאמר מעלה שיקולים התומכים בערעורי-ביניים על החלטות שדוחות טענות-סף של הנתבע; על החלטות שמקבלות (אך לא על החלטות שדוחות) בקשות לאישור תובענה ייצוגית; וכן על החלטות שמסרבות להכיר (אך לא על החלטות שמכירות) בתניית בוררות מוסכמת. נוסף על כך, בעוד הדין הישראלי מותיר לבעלי-דין את הבחירה אם להגיש ערעור-ביניים או להמתין לפסק-הדין ולכלול את העילות לערעור-הביניים יחד עם הערעור הסופי, המאמר מציג טיעונים בעד הטלת חובה על מתדיינים להגיש ערעור-ביניים באופן מיידי. לבסוף, המאמר מנסה כאמור לענות על טענות-נגד אפשריות בנוגע לממצאים האמפיריים. הייתכן ששופטי הערעור הפדרליים אומרים "סמכות" אך מתכוונים למעשה למשהו אחר? האם קיימת תופעה דומה בדין הישראלי בהקשר של חלוקת הסמכויות בין השלום למחוזי? האם ניתן להסביר את הממצאים על-ידי התנהגותם של בעלי-הדין ו/או השופטים? המאמר מראה כי גם תחת קריאות חלופיות של הממצאים, המסר הנורמטיבי העיקרי של המאמר – טיעון נוסף בזכות ערעורי-ביניים, אשר טרם נידון לעומקו בספרות – נותר בעינו.

פרק א פורש את הרקע התיאורטי לטענת העלות השיפוטית השקועה. פרק ב מציג את המתודולוגיה ואת ההבחנה בין שאלות סמכות לשאלות מהות. פרק ג פורש את ממצאי המחקר. פרק ד דן בהשלכות הנורמטיביות – זכות רחבה יותר לערעורי-ביניים בהקשרים מסוימים; ופרק ה בוחן את עמדת המשפט הישראלי בעניין לאור ממצאי המאמר והשיקולים שפורטו בו. פרק ו חוזר לממצאים האמפיריים ובוחר אותם מחדש

4 ראו במיוחד תת-פרק 22, שמשמש בניתוחים סטטיסטיים נוספים, וכן פרק ו, אשר דן בהסברים חלופיים.

באופן ביקורתי. הפרק שלאחריו מסכם, והנספח שבסוף המאמר מכיל מידע סטטיסטי.

פרק א: רקע תיאורטי

המאמר בוחן את הטענה כי שופטי ערעור מושפעים מעצם השקעת המשאבים השיפוטיים בערכאה הראשונה, גם אם השקעה שיפוטית זו אינה רלוונטית לתוצאה. מדוע שופטי ערעור "חסים" על המשאבים השיפוטיים שכבר הושקעו בתיק, ונוטים לא להפוך תיקים שבהם הייתה השקעה שיפוטית ניכרת, גם כאשר השקעה זו אינה רלוונטית לתוצאה?

הספרות ההתנהגותית עסקה בהסברים לשאלה דומה, המכונה לעיתים תופעת "העלות השקועה" (sunk cost).⁵ אף שהיינו מצפים שמקבלי החלטות יתעלמו מעלויות שקועות, שכן הן נחלת העבר ואינן רלוונטיות להחלטה הנוכחית,⁶ לעיתים קרובות בני-אדם מביאים בחשבון הוצאות שקועות אלה.⁷ חלק מההסברים שניתנו בספרות לתופעה זו רלוונטיים גם להקשר השיפוטי, כפי שיפורט להלן.

הסבר ראשון הוא הסבר קוגניטיבי. בני-אנוש סובלים מהטיות קוגניטיביות, והם נוטים להצדיק את ההחלטות וההשקעות הקודמות שלהם.⁸ מידת הרגישות להטיה תלויה כמובן במקבלי החלטות ובהקשר הספציפי. נמצא, למשל, כי פרטים בעלי הערכה עצמית גבוהה נוטים להיות מחויבים יותר להחלטות קודמות.⁹ באופן דומה, "הטיית

5 הספרות מתייחסת לתופעה זו גם בשמות אחרים, כגון "escalation of commitment" או "entrapment". ראו, למשל: Itamar Simonson & Barry M. Staw, *Deescalation Strategies: A Comparison of Techniques for Reducing Commitment to Losing Courses of Action*, 77 J. APPLIED. PSYCHOL. 419, 419 (1992).

6 ראו, למשל: Russell B. Korobkin & Thomas S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 CAL. L. REV. 1051, 1124 (2000). אכן, ההיגיון שבהתעלמות מהוצאות שקועות, שאינן ניתנות להחזר, נמצא במימרות פופולריות, כגון "אי-אפשר להחזיר את הגלגל לאחור" ו"אין בוכים על חלב שנשפך" (RICHARD A. IPPOLITO, *ECONOMICS FOR LAWYERS* 116 (2001)), ואף בס' 51 למגילה, "כל שחלף לא ישוב" (מגילה 12 (גד פרומקין מתרגם, 1928)).

7 לדוגמות מחיי היומיום לתופעה זו ראו, למשל, Gely, לעיל ה"ש 1, בעמ' 96. ניסוי מוכר השווה בין שתי קבוצות שהלכו למסעדת "אכול כפי יכולתך": קבוצה אחת שילמה על הארוחה, ואילו קבוצה אחרת קיבלה החזר. נמצא כי אלה ששילמו על הארוחה אכלו יותר. RICHARD H. THALER, *QUASI*. RATIONAL ECONOMICS 11–13 (1994).

8 ראו, למשל: Barry M. Staw & Jerry Ross, *Behavior in Escalation Situations: Antecedents, Prototypes, and Solutions*, 9 J. ORG. BEHAV. 39, 53 (1987).

9 שם, בעמ' 49. עוד נמצא כי כאשר ההחלטה הראשונה ניתנה באופן פומבי, המחויבות אליה הייתה גבוהה אף יותר – שם, בעמ' 52.

האישוש" גורמת לכך שפרטים נוטים להיצמד לעמדתם הראשונית בנושא מסוים – למשל, על-ידי חיפוש מידע תומך, ולא מידע סותר.¹⁰ כמו-כן, דרך הצגת המידע הנוסף, לאחר יצירת ההחלטה הראשונית, עשויה להשפיע על נטייתם של פרטים להיצמד להחלטתם.¹¹

האם ההסברים הקוגניטיביים רלוונטיים להקשר השיפוטי? ניתן לטעון כי בשיטות משפט המבוססות על שופטים מקצועיים, דוגמת שיטת המשפט הישראלית, חזקה על השופטים שהם לא יושפעו לא לצורך מהחלטותיהם הקודמות או ממידע לא-רלוונטי.¹² עם זאת, הובעו גם דעות אחרות.¹³ נוסף על כך, ניסויים אמפיריים בהשתתפות שופטים מכהנים מצביעים על כך שגם הם, כבני-אנוש אחרים, חשופים להטיות קוגניטיביות.¹⁴ כך או כך, בהקשר שבו עסקינן – שופטי ערעור הנמנעים מלהפוך החלטות של שופטי הערכאה הראשונה שהושקעו בהן משאבים שיפוטיים רבים – ההסבר הקוגניטיבי נראה חזק פחות.¹⁵

10 ראו, למשל, דן זכאי ודידה פליסיג "חשיבה היוריסטית והשפעתה על החלטות שיפוט" **משפט ועסקים** יב 91, 105 (2010). ראו גם: Dan Simon, *A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making*, 71 U. CHI. L. REV. 511 (2004).

11 ככלל, כאשר נבדקים נדרשים להתמקד במידע הנוסף, ולא בהחלטתם הראשונית, הטיית האישוש חלשה יותר. Eva Jonas, Stefan S. Hardt, Dieter Frey & Norman Thelen, *Confirmation Bias in Sequential Information Search after Preliminary Decisions: An Expansion of Dissonance Theoretical Research on Selective Exposure to Information*, 80 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 557, 565 (2001); Eva Jonas, Eva T. Mattausch, Dieter Frey & Jeff Greenberg, *The Path or the Goal? Decision vs. Information Focus in Biased Information Seeking after Preliminary Decisions*, 44 J. EXP. SOC. PSYCHOL. 1180, 1184 (2008) (להלן: Jonas et al., *Information Focus*).

12 ראו, למשל, את ההלכה בישראל בעניין חשיפת שופט לראיות לא-קבילות, אשר ככלל אינה פוסלת את השופט, גם בעניינים פליליים. חיה זנדברג **זכויות נאשמים: הזכות למשפט נפרד** 110–115 (2001). החזקה שחשיפה למידע לא-קביל אינה משפיעה על שיקול-דעתו של השופט "...מתבססת, מצד אחד, על היגיון וניסיון, ומצד אחר – על מדיניות שיפוטית". דברי השופט זמיר בהחלטת הרוב בעניין דנ"פ 188/94 **מדינת ישראל נ' אבוטבול**, פ"ד נא(2) 1, 9 (1996).

13 ראו, למשל, את דעת המיעוט של השופט בך בעניין **אבוטבול**, שם, בעמ' 40: "...שופט ככל שיהא מקצועי ואמון על הדין, הוא בראש ובראשונה בן אנוש, וככזה חשוף הוא, ככל אדם אחר, להשפעות חיצוניות ופנימיות... ועד כמה שיבקש לנטרלן ולהגיף עצמו בפניהן, עדיין חלק מהן עלולות לפעפע אל תוך תת-הכרתו באופן בלתי נשלט".

14 ראו, למשל: Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski & Andrew J. Wistrich, *Inside the Judicial Mind*, 86 CORNELL L. REV. 777 (2001); Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski & Andrew J. Wistrich, *Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases*, 93 CORNELL L. REV. 1 (2007).

15 מחקרים קודמים הראו, למשל, כי הטיית העלות השקועה אכן נחלשת – אם כי לא נעלמת – במצבים שבהם ההחלטה השנייה מתקבלת על-ידי גורם אחר מזה שקיבל את ההחלטה הראשונה. Jerry Ross & Barry M. Staw, *Organizational Escalation and Exit: Lessons from the Shoreham Nuclear Power Plant*, 36 ACAD. MGMT. J. 701, 726 (1993); Hal R. Arkes & Catherine Blumer, *The*

ההסבר השני לתופעה הוא הסבר חברתי. מקבלי החלטות מעוניינים להצדיק לפני אחרים את החלטתם הקודמת,¹⁶ ואינם מעוניינים להיראות ככאלה שמבזבזים משאבים.¹⁷ באופן דומה, כאשר נורמות חברתיות מעניקות משקל לעקביות, המחויבות להחלטות קודמות חזקה יותר.¹⁸ מסיבות דומות נטען כי אלה שאינם נהנים מתמיכה פוליטית חשופים יותר לתופעת העלות השקועה.¹⁹ ככל שמשקלם של שיקולים חברתיים אלה גדול יותר, וככל שהצורך בהצדקת ההחלטה לפני אחרים חזק יותר, כן ייטו מקבלי החלטות להנציח החלטות מוטעות בשל ההשקעה הקודמת.²⁰

ההסבר החברתי נראה רלוונטי להקשר השיפוטי ככלל, ולשופטי ערעור בפרט. יש להניח שבזבוז משאבים וחוסר עקביות (או מראית-עין של בזבוז משאבים וחוסר עקביות) פוגעים באמון הציבור בבתי-המשפט.²¹ ככל שהצורך בהצדקת ההחלטה השיפוטית לפני הציבור גדל כן נצפה לנטייה חזקה יותר לדבוק בהחלטות קודמות.

ההסבר השלישי הוא הסבר ארגוני. סטייה מהחלטות קודמות של הארגון שהושקעו בהן משאבים משמעותיים יוצרת חיכוך, ולכן מתרחשת בתדירות נמוכה יותר.²² הסבר זה – אינרציה מנהלית – רלוונטי להקשר של שיקול-דעת של שופטי ערעור. ככלל, קיימים שיקולים מוסדיים חזקים לכבד גם את ההכרעות המוטעות של בית-המשפט

-
- את הדיון בהפרדת מקבלי החלטות כפתרון לנטייתם של שופטים "להינעל" על החלטתם הראשונית בעניין סעדי-ביניים – Lynch, לעיל ה"ש 1, בעמ' 814–815.
- 16 ראו, למשל, Ross & Staw, לעיל ה"ש 15, בעמ' 717.
- 17 Brian H. Bornstein & Gretchen B. Chapman, ;125 בעמ' Arkes & Blumer, לעיל ה"ש 15, בעמ' 252–253 (1995); Hal R. Arkes & Peter Ayton, *The Sunk Cost and Concorde Effects: Are Humans Less Rational Than Lower Animals?*, 125 PSYCHOL. BULL. 591, 598–599 (1999).
- 18 ראו, למשל, Staw & Ross, לעיל ה"ש 8, בעמ' 57–59.
- 19 Ross & Staw, לעיל ה"ש 15, בעמ' 717.
- 20 Staw & Ross, לעיל ה"ש 8, בעמ' 57–59.
- 21 אכן, אחת ההצדקות לדוקטרינת מעשה בית-דין, אשר אוסרת התדיינות חוזרות באותו עניין, היא מניעת "היחלשות מעמדו של בית-המשפט בעיני הבריות". נינה זלצמן **מעשה בית דין בהליך אזרחי** 14 (1991). לטיעונים דומים בהקשר של סטייה מתקדים ראו: Goutam U. Jois, *Stare Decisis Is*: 63 (2009). באופן דומה נטען כי עצם קבלת ערעור על החלטה של ערכאה קודמת משדרת חוסר עקביות, ופוגעת, לפחות ברמה מסוימת, בלגיטימיות הציבורית של המערכת. Qian A. Gao, Note, "Salvage Operations Are Ordinarily Preferable to the Wrecking Ball": Barring Challenges to Subject Matter Jurisdiction, 105 COLUM. L. REV. 2369, 2389 (2005).
- 22 ראו, למשל, Staw & Ross, לעיל ה"ש 8, בעמ' 59–63; Arkes & Blumer, לעיל ה"ש 15, בעמ' Keiko Aoki, Yohsuke Ohtsubo, Amnon Rapoport & Tatsuyoshi Saijo, *Effects of* ; 135–134 *Prior Investment and Personal Responsibility in a Simple Network Game*, 13 CURR. RES. SOC. PSYCHOL. 10, 18–19 (2007).

דלמטה.²³ בפרט, קרבה בין שופטי ערעור לשופטי הערכאה הראשונה עשויה להרתיע את שופטי הערעור מפני קבלת ערעורים ואיון ההשקעה השיפוטית של עמיתיהם שופטי הערכאה הראשונה.²⁴ באופן דומה, שופטי ערעור רבים שירתו לפני כן כשופטי הערכאה הראשונה, ומשיקולים דומים הם עשויים לכבד יותר, כשופטי ערעור, את החלטתו של בית־המשפט קמא.²⁵ על בסיס הסברים תיאורטיים אלה לנטייתם של מקבלי החלטות ושופטים לא להתעלם מעלויות שקועות שאינן רלוונטיות להחלטה הנוכחית,²⁶ הפרק הבא עוסק במתודולוגיה של המאמר.

פרק ב: מתודולוגיה

שופטי ערעור עשויים אם כן להימנע מלהפוך החלטות שהושקע בהן זמן שיפוטי יקר, בשל עצם ההשקעה השיפוטית הקודמת, וזאת גם אם השקעה זו אינה רלוונטית לאיכות ההחלטה. כמתואר לעיל, לתופעה זו עשויות להיות סיבות שונות ומגוונות. מטרתו של מאמר זה היא לבחון תופעה זו באופן אמפירי. כדי לעשות כן היה אפשר לכאורה לחפש מתאם בין שיעורי הדחייה של ערעורים לבין כמות המשאבים השיפוטיים שהושקעו בערכאה הראשונה. אך מתאם כזה אינו מעיד בהכרח על התופעה שמתוארת במאמר זה, שכן ייתכן שהשקעה שיפוטית של שופטי הערכאה הדיונית מבטאת היכרות טובה יותר עם התיק ו/או החלטה משפטית מדויקת יותר. במקרה כזה שופטי הערעור עשויים להתייחס להשקעה שיפוטית גבוהה יותר של הערכאה הראשונה כאל אינדיקציה

23 ראו, למשל, רע"א 4249/98 סוויסה נ' הכשרת הישוב – חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נה(1) 515, 527 (1999) (החלטות בעניינים דיוניים, כגון הליכי גילוי, "...נתונות] לשיקול-דעתו [של בית-המשפט קמא], ובית-המשפט לערעורים לא ייטה להתערב בה[ן]), אלא במקרים נדירים". בהקשר של עלות שיפוטית שקועה ניתן לטעון כי שופטי ערעור לא ייטו להפוך החלטות שהושקעו בהן משאבים שיפוטיים רבים, כדי להימנע מלרפות את ידיהם של שופטי הערכאה הראשונה. ראו גם את הדיון הקצר בה"ש 162 להלן ובטקסט הצמוד אליה על התמריצים של שופטי הערכאה הראשונה ועל התייחסותם של שופטי הערעור.

24 השוו לחשש כי פיצול הכרעות במהלך חיי התיק בין שופטי אותה ערכאה לא ישפר את איכות ההחלטה, בשל הקולגיאליזם בין מקבלי החלטות שתמנע אותם מלבקר את חבריהם. Lynch, לעיל ה"ש 1, בעמ' 814.

25 לדיון ולמצאים מעורבים ראו: Nick Linder & John Niles, *The Effect of Trial-Judge Experience on Appellate Decisionmaking Behavior* (2008), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1126655.

26 ייתכן הסבר משלים למה שנחזה כהטיית עלות שקועה אך אינו כזה. בפשטות, העלויות השקועות יכולות להיות רלוונטיות להחלטה. אכן, כפי שיובהר בפסקות הבאות, הוצאות שקועות עשויות להוות אינדיקציה לאיכות ההחלטה בתנאי אי־ודאות, ולכן להצדיק אי־סטייה ממנה. נוסף על כך, עלויות שכבר הושקעו עשויות לחסוך הוצאות עתידיות, ולכן יש להביאן בחשבון. ליישום ולדיון בהקשר של שאלת הסמכות העניינית ראו תת־פרק 11 להלן.

להחלטה טובה יותר. במילים אחרות, המשאבים שהושקעו בערכאה הדיונית אינם מנותקים מאיכות ההחלטה.²⁷ מערך המחקר צריך להתמקד, אם כן, בהשקעה של משאבים שיפוטיים בערכאה הדיונית שאינה משפרת את איכות ההחלטה. המאמר מציע לפתור את הבעיה המתודולוגית הזו באמצעות ההבחנה בין שאלות של סמכות עניינית לבין שאלות מהותיות.

1. שאלות של סמכות ושאלות מהותיות

ניתן להשתמש בהבחנה בין שאלות סמכות לשאלות מהות כדי למצוא מתאם בין דחיית ערעורים לבין השקעה קודמת של משאבים שיפוטיים שאינה רלוונטית לאיכות ההחלטה. הרעיון פשוט – שאלות סמכות מנותקות משאלות מהות; בתפיסה הקשיחה של סמכות במשפט המקובל, גם השקעת עתק של משאבים שיפוטיים בשאלות מהות אינה משפיעה כהוא זה על איכות ההחלטה בשאלת הסמכות. מכאן ששופטי ערעור מחויבים להתעלם מההשקעה לגוף העניין כאשר הם בוחנים מחדש את שאלת סמכותה של הערכאה הדיונית.

בתי המשפט בישראל הלכו ונגסו בחשיבותה של הסמכות העניינית,²⁸ אולם במשפט המקובל בכללותו, ובבתי המשפט האמריקאיים בפרט, ההבחנה בין סמכות עניינית לשאלות של מהות וחשיבותה של הסמכות העניינית נותרו קשיחות כשהיו. הסמכות העניינית תוחמת את גבולות כוחם של בתי המשפט לדון בתיק.²⁹ באופן טיפוסי, החלטות סמכות הן החלטות משפטיות טהורות, שאינן דורשות בדיקה עובדתית. בהתאם לכך הן מוכרעות בדרך-כלל בתחילת ההליך, לפני הליך ההוכחות ושמיעת הראיות.³⁰ לכן לערכאה הדיונית אין יתרון יחסי, לעומת ערכאת הערעור, בפתרון מחלוקות בנוגע לסמכות העניינית.

בענייננו יש חשיבות מיוחדת לעובדה שסמכות עניינית מהווה רכיב חיוני לפסק-הדין. לכן, בלי קשר לנכונותו של פסק-הדין לגוף העניין, שופטי ערעור אינם יכולים לאשר הכרעות סמכות מפוקפקות. הפסיקה האמריקאית חזרה והדגישה את חשיבותה של הסמכות העניינית בהקשר זה. כאשר שופט בערכאת הערעור או בערכאה

27 יוער כי משמעותה של הלוגיקה הזו היא ששופטי הערכאה הראשונה עשויים להשקיע מעל ומעבר בתיק על-מנת לאותת לשופטי הערעור שנעשתה הכרעה איכותית יותר בתיק, וכך להקטין את הסיכוי לקבלת הערעור.

28 ראו, למשל, סטיבן גולדשטיין וערן טאוביג "הפחתה במעמד שאלת הסמכות בבתי המשפט הכלליים" **עלי משפט** ג 279 (2003). כן ראו ה"ש 34 ו-128 להלן.

29 ראו, למשל: "[subject matter jurisdiction is] BLACK'S LAW DICTIONARY 931 (9th ed. 2009): ".the extent to which a court can rule on the conduct of persons or the status of things"

30 על-כן בית המשפט אינו יכול להניח את סמכותו, כלומר, לדון בשאלות המהות לפני שפתר את המחלוקות לעניין הסמכות העניינית. ראו את החלטתו של בית המשפט העליון האמריקאי בעניין *Steel Company v. Citizens for a Better Environment*, 523 U.S. 83 (1998).

הדיונית נתקל בחוסר סמכות עניינית, עליו לסלק את התביעה.³¹ שיקולים כגון איכות ההחלטה לגוף העניין או כמות המשאבים השיפוטיים שהושקעו אינם רלוונטיים כלל לערכאת ערעור הדנה בשאלת סמכות.³² זאת ועוד, בשל חשיבותה, המועד להעלאת הטענה בדבר חוסר סמכות עניינית אינו חשוב.³³ כך, בניגוד לעמדת המשפט הישראלי,³⁴ במשפט האמריקאי אין משקל לשיקולים של תום־לב ולהתנהגותו של

31 ראו, למשל, את פסק־הדין המפורסם של בית־המשפט העליון האמריקאי בעניין *Ex parte* McCardle, 7 Wall. 506, 514 (1868): "Without jurisdiction the court cannot proceed at all in any cause. Jurisdiction is power to declare the law, and when it ceases to exist, the only function remaining to the court is... dismissing the cause"

32 דוגמה קיצונית היא פסק־הדין של בית־המשפט העליון האמריקאי בעניין *Grupo Dataflux v. Atlas* Global Group, L.P., 541 U.S. 567 (2004). במקרה זה הוסכם כי לא הייתה סמכות בעת הגשת התביעה, אך מסיבות שאינן קשורות לענייננו נוצרה הסמכות זמן קצר לאחר הגשת התביעה. הנתבע לא תקף את סמכותה של הערכאה הדיונית, ולאחר שלוש שנות הליך משפטי, לרבות דיון הוכחות ושמיעת עדים לפני חבר־מושבעים, ניתן פסק־דין לטובת התובעים. אר־אז העלה הנתבע את טענת (חוסר) הסמכות. העניין הגיע לבית־המשפט העליון, וזה קיבל את טענת חוסר הסמכות למרות ההליך הארוך שנוהל, למרות התנהגות הנתבע ולמרות העובדה שנוצרה סמכות זמן קצר לאחר הגשת התביעה. במקרה אחר, *Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services (TOC), Inc.*, 528 U.S. 167, 192 (2000), התייחס בית־המשפט העליון האמריקאי במפורש לשיקולים של עלות שקועה: "...argument from sunk costs [to the judicial system, not to the litigants] does not license courts to retain jurisdiction over cases in which one or both of the parties plainly lack a continuing interest..." ראו גם: JACK H. FRIEDENTHAL, ARTHUR R. MILLER, JOHN E. SEXTON & HELEN HERSHKOFF, CIVIL PROCEDURE: CASES AND MATERIALS 341 (rev. 9th ed. 2008). כן ראו Gao, לעיל ה"ש 21, בעמ' 2371: "Regardless of the time and resources that the parties and the court have expended, a finding of lack of subject matter jurisdiction... requires a dismissal"

33 ראו כלל 12(h)(3) לכללי הפרוצדורה האזרחית האמריקאיים (FED. R. CIV. P. 12(h)(3)), הקובע: "If the court determines at any time that it lacks subject-matter jurisdiction, the court must dismiss the action"

34 במקביל לירידת קרנה של דרישת הסמכות העניינית, המשפט הישראלי פותר את הסיטואציות האלה על־ידי החלת עקרון תום־הלב. כך, נתבע שהשתהה ולא טען בערכאה הדיונית נגד סמכותו של בית־המשפט אינו יכול להעלות את הטענה בערעור. ראו, למשל, את ההחלטה בעניין **וולפינגר**, לעיל ה"ש 2. במקרים אחרים פסקו בתי־המשפט, במיוחד בערכאות הנמוכות, כי אי־אפשר להעלות טענת חוסר סמכות באיחור גם במסגרת ההליך בערכאה הראשונה. ראו, למשל, עניין **קנאזע במחוזי**, לעיל ה"ש 2, פס' 14 לפסק־דינה של השופטת ארבל (דחיית טענה בדבר חוסר סמכות מכיוון שהועלתה בשלב הסיכומים); בש"א (מחוזי חי') 9859/03 **משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ נ' קקון** (פורסם בנבו, 6.4.2005). (כנ"ל, בשלב הקדם־משפט). השוו ע"א 3901/11 **מחשבוני נ' רשות המיסים בישראל**, פס' 11 לפסק־דינה של השופטת ברק־ארו (פורסם בנבו, 7.8.2012). (בית־המשפט מקבל טענה בדבר חוסר סמכות עניינית אף שהנתבעת העלתה את הטענה כשנה לאחר כתב ההגנה, אך מצוין כי "...ראוי היה שהמשיב[ה] [ת]על[ה]... את טענת חוסר הסמכות עוד במסגרת כתב ההגנה... [ויש ליתן] [לכך] משמעות במסגרת פסיקת ההוצאות...").

הטוען לחוסר סמכות, כך שבעל-דין יכול להעלות טענת חוסר סמכות בפעם הראשונה גם בשלב הערעור.³⁵ לבסוף, על בתי-המשפט, לרבות בתי-המשפט לערעורים, לבחון מיוזמתם טעויות בסמכות, גם אם הצדדים לא טענו לכך (או אף הסכימו מפורשות לסמכותו של בית-המשפט).³⁶

אף שכללים אלה עשויים להיראות לנו לא-יעילים ומיושנים – והפסיקה הישראלית אכן התרחקה מהם – כללי סמכות קשיחים אלה נטועים עמוק בשיטת המשפט האמריקאית. הם נאכפים גם כאשר התוצאה במקרה הספציפי נראית בלתי-מוצדקת.³⁷ בתפיסה של שיטת המשפט האמריקאית, כפי שהיא משתקפת בפסיקה וברטוריקה של בתי-המשפט, שאלות של סמכות עניינית מנותקות לחלוטין משאלות של מהות, ובתי-המשפט לערעורים נקראים לאכוף את גבולות הסמכות בקשיחות. לכן מתאם בין שיעורי הדחייה של ערעורים בשאלות סמכות לבין כמות ההשקעה השיפוטית בשאלות מהות מהווה אינדיקציה לכך שבתי-משפט מושפעים, לא לצורך, מעצם ההשקעה השיפוטית בערכאה הראשונה. זוהי השערת המחקר.

2. מאגר המידע ותיאור המשתנים

השערת המחקר מחפשת קשר בין שיעורי קבלת ערעורים בשאלות סמכות לבין כמות המשאבים השיפוטיים המושקעים לגוף העניין. על-כן מאגר המידע בנוי מתיקי ערעור שבהם בית-המשפט בערכאה הראשונה אישר את סמכותו, המשיך ופסק לגוף העניין, התיק הגיע לערעור, וכעת בית-המשפט שלערעור ניצב בפני השאלה המקדמית – שאלת סמכותה של הערכאה דלמטה. מאגר המידע כולל, אם כן, החלטות של בתי-משפט

35 ראו, למשל: *Kontrick v. Ryan*, 540 U.S. 443, 455 (2004); *GMAC Commercial Credit LLC v. Dillard Dept. Stores, Inc.*, 357 F.3d 827, 828 (8th Cir. 2004); *Capron v. Van Noorden*, 6 U.S. (2 Cranch) 126, 127 (1804). כלל זה חל גם על התובע, אף-על-פי שהוא זה שבחר את הפורום: לאחר שהפסיד, יש ביכולתו להעלות בערעור טענת חוסר סמכות, כדי להימנע מיצירת מעשה בית-דין נגדו ולפתוח את האפשרות לתבוע מחדש בפורום אחר. אף שמדובר בחוסר תום-לב בוטה, בתי-המשפט האמריקאיים ראו בשמירת גבולות הסמכות העניינית ערך חשוב יותר. ראו, למשל: *Am. Fiber & Finishing, Inc., v. Tyco Healthcare Group, L.P.*, 362 F.3d 136, 143 (1st Cir. 2004). לביקורת על כללים אלה ראו *Gao*, לעיל ה"ש 21.

36 ראו, למשל, את פסק-הדין בעניין *Kontrick*, לעיל ה"ש 35. העלאת טענות ביוזמת בית-המשפט מנוגדת כמובן למסורת המשפט המקובל, אשר מקנה לצדדים את הכוח לנהל את ההליך.

37 או במילותיו של בית-המשפט בעניין *Hagen v. Sisseton-Wahpeton Cmty. College*, 205 F.3d 1040, 1044 (8th Cir. 2000), אשר נאלץ לקבל טענת חוסר סמכות לאחר הליך הוכחות לפני מושבעים, ואף שהנתבע לא טרח להעלות את הטענה בערכאה הראשונה:

"Despite our holding, we note the [defendant's] failure to raise the motion earlier has resulted in delay, expense to appellees, and waste of judicial resources. Nonetheless, because... [jurisdiction] may be asserted at any stage of the proceedings... [a] Court simply cannot ignore arguments, however belated, that call into doubt the Court's authority to exercise jurisdiction over [a] matter."

לערעורים שבהן נבחנה סמכותה העניינית של הערכאה הדיונית. ההחלטות נאספו דרך אתר מידע משפטי. כדי להותיר רק החלטות ערעור שבהן יש בחינה אמיתית של סמכות הערכאה הדיונית, מאגר המידע כולל רק פסקי ערעור שבהם הביטוי "סמכות עניינית" ("subject matter jurisdiction") מופיע במקומות מרכזיים בהחלטה או בסיכום ההחלטה במאגר המידע.³⁸ את ההחלטות שעלו בחיפוש קראתי לפני קידודן, כדי לוודא שאכן יש בהן דיון אמיתי בסמכותה של הערכאה הראשונה. תהליך זה הניב מאגר מידע שכולל את כל ההחלטות מן העשור האחרון של שישה בתי-משפט פדרליים לערעורים שבהן נבחנה סמכותו העניינית של בית-המשפט דלמטה לאחר שזה פסק לגוף העניין – בסך-הכל 375 פסקי-דין.

המשטנה התלוי, שאת השינוי בו אנו מעוניינים לבחון, הוא **סמכות**, כלומר, ההכרעה של בית-המשפט לערעורים בשאלת סמכותו העניינית של בית-המשפט קמא. בית-המשפט לערעורים יכול לאשר את הסמכות, החליט שלא הייתה סמכות מלכתחילה או להחזיר את הדיון בשאלת הסמכות לערכאה דלמטה. ברוב המקרים (כ-63%) אישר בית-המשפט לערעורים את סמכותה העניינית של הערכאה הדיונית.³⁹ יודגש כי משטנה זה מבטא אך ורק את הכרעתו של בית-המשפט לערעורים בשאלת סמכותו של בית-המשפט דלמטה. עם זאת, הכרעתם של שופטי הערעור בשאלת הסמכות תואמת ככלל את הכרעתם לגוף העניין.⁴⁰

המשטנה הבלתי-תלוי, שמסביר את השינוי במשטנה התלוי, צריך לבטא את כמות ההשקעה השיפוטית שהערכאה הראשונה השקיעה לגוף העניין, קרי, בביורור השאלות המהותיות. המאמר משתמש בשלב הפרוצדורלי שבו הסתיים התיק בערכאה הראשונה כאינדיקציה לכמות המשאבים השיפוטיים שהושקעו כאמור. בפרט, המחקר משתמש במשטנה שמציין אם נערך שלב הוכחות (לפני שופט או מושבעים) או שההכרעה לגוף

38 מבחינה טכנית, חיפוש התיקים נעשה דרך Westlaw, וכלל את שורת החיפוש הבאה: sy("subject matter jurisdiction") no("subject matter jurisdiction") di("subject matter jurisdiction") to("subject matter jurisdiction") su("subject matter jurisdiction").

39 במספר קטן של תיקים – כ-5% ממאגר המידע – החליט בית-המשפט לערעורים להחזיר את הדיון בשאלת הסמכות לערכאה הדיונית. מן ההיבט של שיקולי עלות שקועה (ראו פרק א ותת-פרק ב לעיל), החזרת הדיון נראית דומה לאישור הסמכות. אומנם, בהחזרת התיק יש משום איתות של בית-המשפט לערעורים כי בית-המשפט דלמטה אישר לא כדין את סמכותו. עם זאת, הדבר החשוב לענייננו הוא שההוצאות שהוציא בית-המשפט קמא לגוף העניין אינן יורדות לטמיון. שופטי הערעור היו יכולים לפסוק כי אין סמכות, ולבטל את הפסיקה לגוף העניין, אולם במקום זאת הם נותנים לערכאה הדיונית הזדמנות לתקן את טעותה (או את הנמקתה) בנוגע לשאלת הסמכות ו"להציל" את המאמץ שהשקיעה לגוף העניין. לכן, אלא אם כן נאמר אחרת, מקרים של החזרת הדיון בשאלת הסמכות מנותחים כמקרים של אישור הסמכות. לדיון נוסף בנושא זה ראו חלק ג2(א) להלן.

40 כך, למשל, כאשר בית-המשפט לערעורים מאשר את סמכותו של בית-המשפט דלמטה, הסיכוי שהערעור לגוף העניין יתקבל הוא כ-10% בלבד. לשם השוואה, אחוז התיקים במאגר שבהם התקבל הערעור – לגוף העניין או בשל חוסר סמכות – הוא כ-34%.

העניין נעשתה ללא משפט.⁴¹ שלב ההוכחות, שהוא השלב האחרון בחייו של התיק, מחייב ככלל תשומות שיפוטיות רבות. לכן ניתן להניח כי תיקים שבהם התקיים משפט הוכחות הם תיקים שבהם הערכאה הדיונית עבדה קשה יותר כדי להגיע לתוצאה לגוף העניין. כפי שהוסבר לעיל, קיומו של משפט בשאלות המהות אינו רלוונטי כלל לאיכות ההכרעה בשאלת הסמכות – בהגדרה, הליך ההוכחות קובע רק את השאלות המהותיות. ההכרעה בשאלות סמכות נעשית באופן טיפוסי בתחילת חייו של התיק, ואינה מושפעת מהשקעה מאוחרת של משאבים שיפוטיים. לכן העובדה שהתיק הגיע להליך הוכחות, כשהיא לעצמה, אינה צריכה להשפיע על שופט הערעור בכואו לבחון בדיעבד את ההכרעה המקדמית בשאלת הסמכות. אך אם השערת המחקר בדבר רגישות השופטים לעלות שקועה תתממש, נצפה כי בית-המשפט של-ערעור ייטה לדחות ערעורים בשאלת הסמכות העניינית אם נערך דיון הוכחות בערכאה הדיונית לגבי השאלות המהותיות (שכן דיון הוכחות מעיד כאמור על הוצאת משאבים שיפוטיים ניכרים). רוב התיקים במאגר (כ-85%) הסתיימו בבית-המשפט קמא לפני דיון הוכחות.

הניתוח הסטטיסטי, מסוג רגרסיה לוגיסטית,⁴² כלל כמה משתנים מסבירים נוספים שעשויים להיות רלוונטיים לשינוי במשתנה התלוי (החלטת בית-המשפט לערעורים בעניין הסמכות). אלה המשתנים המסבירים הרלוונטיים:

ערעורי-ביניים – כפי שיובהר בפרק ד בהרחבה, ערעורי-ביניים מאפשרים תיקון מידי של טעות שעשתה הערכאה הדיונית, ובכך מונעים הצטברות של משאבים שיפוטיים. כללי הפרוצדורה האזרחית האמריקאיים אינם מכירים, ככלל, בערעורי-ביניים – על המבקש לערער על החלטת-ביניים לעשות זאת בסוף ההליך, יחד עם הערעור לגוף העניין (final judgment rule). עם זאת, בסוגי תיקים מסוימים ניתנת האפשרות לערעור-ביניים. אכן, חלק קטן מהתיקים במאגר המידע (כ-12%), הגיעו לבחינתה של ערכאת הערעור כערעור-ביניים. מכיוון שערעורי-ביניים מונעים הצטברות של משאבים שיפוטיים מיותרים בערכאה הדיונית, נצפה שבית-המשפט של-ערעור ייטה לקבל ערעורים בשאלת הסמכות שמגיעים כערעורי-ביניים בהשוואה לערעורים בשאלת הסמכות שמגיעים בסוף ההליך, בהינתן שאר הדברים שווים.

משתנה נוסף הוא **סוג התיק**. רוב התיקים במאגר הם תיקים אזרחיים (כ-54%),

41 הכרעה מהותית ללא דיון הוכחות יכולה להיעשות, למשל, בדרך של דחייה על הסף (motion to dismiss – ראו כלל 12 לכללי הפרוצדורה האזרחית האמריקאיים (FED. R. CIV. P. 12), בדומה לתק' 100 ו-101 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984) או בדרך של הכרעה בתביעה לאחר הליכים מקדמיים והליכי גילוי, ללא העברת העניין לדיון הוכחות לפני שופט או מושבעים (כלל 56 לכללי הפרוצדורה האזרחית האמריקאיים (FED. R. CIV. P. 56) קובע כי החלטה כזו, הסוגרת את התיק ללא משפט (summary judgment), אפשרית כאשר המבקש מראה כי אין "genuine dispute as to any material fact"; להחלטה מסוג זה אין מקבילה טובה בתקנות סדר הדין האזרחי הישראלי).

42 רגרסיה מאפשרת לדעת כיצד המשתנה התלוי משתנה בתגובה על שינוי במשתנה מסביר מסוים כאשר שאר המשתנים מנוטרלים (מהו השינוי בהינתן שאר המשתנים קבועים). בהקשר הנוכחי הרגרסיה מראה מה השפעתם של המשתנים הקשורים לאופי ההליך על החלטתו של בית-המשפט לערעורים בשאלת הסמכות.

לעומת תיקי משפט ציבורי (חוקתי ומנהלי), תיקי זכויות אדם, תיקים פליליים ותיקים בתר-פליליים (למשל, בקשות למשפט חוזר). על פניו, סוג התיק אינו אמור להשפיע על החלטתו של בית-המשפט לערעורים בשאלת הסמכות.

חלק מהתיקים במאגר – כ-7% – הם **תביעות ייצוגיות**. ככלל, תביעה ייצוגית היא הליך מסובך שמחייב השקעה של משאבים שיפוטיים רבים לגוף העניין בערכאה הדיונית. לכן נצפה שערכאת הערעור תיטה לדחות ערעורים בשאלת סמכות בתובענות ייצוגיות בהשוואה לתביעות מסוגים אחרים.⁴³

לכל תיק קודדתי את **בית-המשפט לערעורים** שדן בתיק לפי ה"סבב" שלו (circuit), ואת **בית-המשפט דלמטה** לפי המחוז הרלוונטי (district).⁴⁴ כדי לנטרל השפעות של שינויי דוקטרינה לאורך זמן, משתנה נוסף ברגרסיה מציין את **השנה** שבה ניתנה החלטתו של בית-המשפט לערעורים.

לבסוף, קודדתי את **המרחק הפיזי**, בקילומטרים, בין בית-המשפט קמא לבית-המשפט לערעורים. כאמור לעיל, שופטי ערעור עשויים לחוש קרבה כלפי שופטי הערכאה הדיונית, אשר תניא אותם מלקבל ערעורים בתיקים שבהם הושקעו משאבים שיפוטיים רבים לגוף העניין. המרחק עשוי לבטא – באופן גס מאוד, כמובן – את הקרבה הזו בין שופטי הערעור לשופטי הערכאה הדיונית. נצפה אם כן ששופטי ערעור שמשכנם רחוק משופטי הערכאה הדיונית ייטו לקבל ערעורים בשאלת הסמכות יותר משופטי ערעור השוכנים קרוב לשופטי הערכאה הדיונית.

פרק ג: התוצאות ודיון בהן

1. מתאם בין משאבים שיפוטיים להכרעת הערעור

ניתוח הנתונים חושף את המתאם השלילי בין המאמץ שהושקע בערכאה הראשונה בשאלות המהותיות לבין נטייתם של שופטי ערכאת הערעור לקבל את הערעור בגין חוסר סמכות של בית-המשפט קמא. טבלה 1 מדגימה את הנתונים. כאשר השאלות המהותיות הוכרעו בערכאה דלמטה לפני דיון הוכחות, שיעור המקרים שבהם קבע בית-המשפט שלערעור כי בית-המשפט דלמטה היה מחוסר סמכות מלכתחילה היה כ-36%; לעומת זאת, כאשר התיק בערכאה הראשונה הסתיים בדיון הוכחות (לפני שופט או מושבעים),

43 אותו היגיון חל על תיקים מאוחדים שאינם מנוהלים כתובענה ייצוגית (כ-23% מהמאגר).

44 מאגר המידע כולל כאמור תיקים שהגיעו בעשור האחרון לשישה בתי-משפט פדרליים לערעורים: בתי-המשפט לערעורים לסבבים הראשון, השני, השלישי, השביעי והשמיני, ובית-המשפט לערעורים לסבב של מחוז קולומביה. ששת בתי-המשפט הללו – המהווים כמחצית מכלל הערכאה הערעורית הפדרלית – נבחרו משום שהם נבדלים זה מזה בכמה תכונות מהותיות: מספר בתי-המשפט הדיוניים בכל סבב, מיקום גיאוגרפי, מספר התיקים לכל שופט (עומס) ומספר התיקים הכולל, סוגי התיקים.

שיעור המקרים שבהם קבע בית-המשפט שלערעור כי המשפט התנהל בחוסר סמכות נפל לכ-16%.

טבלה 1: שיעורי קבלת הערעור בשאלת הסמכות לפי קיומו או אי-קיומו של דיון הוכחות בערכאה הראשונה

לא התקיים דיון הוכחות	התקיים דיון הוכחות	
35.7%	15.8%	בערעור נמצא כי לא הייתה סמכות
64.3%	84.2%	בערעור נמצא כי הייתה סמכות
100.0%	100.0%	סה"כ

הגרסיה לוגיסטית המביאה בחשבון את משתני-הרקע שצוינו לעיל מאשרת כי הבדל זה – בין שיעורי קבלת הערעורים בשאלת הסמכות בתיקים שבהם התקיים דיון הוכחות לבין שיעורי קבלתם בתיקים שבהם לא התקיים דיון הוכחות – הוא מובהק מבחינה סטטיסטית.⁴⁵

בצד הקשר בין קבלת הערעור בשאלת הסמכות לבין קיום דיון הוכחות בבית-המשפט קמא, הרגרסיה מעלה ממצאים רלוונטיים נוספים. ראשית, קיים מתאם בין ערעורי-ביניים לבין שיעור גבוה יותר של קבלת ערעורים בשאלת הסמכות.⁴⁶ מתאם זה תואם את השערות המחקר, שכן תיקים שהגיעו כערעורי-ביניים "צברו" פחות משאבים שיפוטיים בבית-המשפט קמא. שנית, קיים מתאם בין תובענות ייצוגיות לבין שיעור גבוה יותר של דחיית ערעורים בשאלת הסמכות.⁴⁷ גם ממצא זה תואם את השערות המחקר, שכן תובענות ייצוגיות כוללות באופן טיפוסי השקעה שיפוטית רבה לגוף העניין בבית-המשפט קמא.

שלישית, ובניגוד להשערות הראשוניות, נמצא כי קיימת השפעה לסוג התיק, ובמיוחד לתיקים פליליים. בהשוואה לתיקים אחרים, בתיקים פליליים נמצא הסיכוי הקטן ביותר שבית-המשפט שלערעור יקבל את הערעור בשאלת הסמכות.⁴⁸ ממצא זה יכול לרמז כי שאלות סמכות בתיקים פליליים הן שאלות פשוטות, והערכאה הדיונית נוטה לא לטעות בהן. מאידך גיסא, ממצא זה יכול לנבוע מסיבות אחרות. כך, המשמעות

45 "מובהקות סטטיסטית" משמעה שהסתברות שתוצאה מסוימת נוצרה במקרה היא מתחת לסף נמוך כלשהו (על-פירוב מתחת ל-1%, ל-5% או ל-10%). כאן המתאם בין שיעורי הדחייה של ערעורים בשאלת הסמכות לבין קיום דיון הוכחות בערכאה הראשונה נמצא מובהק מבחינה סטטיסטית ברמה של 5%.

46 בהינתן ששאר המשתנים קבועים, נמצא כי קשר זה משמעותי בגודלו ומובהק מבחינה סטטיסטית ברמה של 10%.

47 בהינתן ששאר המשתנים קבועים, נמצא כי קשר זה משמעותי בגודלו ומובהק מבחינה סטטיסטית ברמה של 10%.

48 בהינתן ששאר המשתנים קבועים, נמצא כי קשר זה מובהק מבחינה סטטיסטית ברמה של 5%, ומשמעותי מאוד בגודלו.

של קבלת ערעור בשאלת סמכות בתיק פלילי היא שעברייך שהורשע בדין יזוכה בשל סיבות טכניות, ותוצאה זו נתפסת כחמורה במיוחד. באופן דומה, לנוכח העובדה שתיקים פליליים מתאפיינים בנראות גבוהה, הממצא החזק לגבי תיקים פליליים יכול לנבוע מרצון להגביר את אמוך הציבור בבתי־המשפט באמצעות מראית־עין של עקביות. לבסוף, נמצא כי ככל שהמרחק בין בית־המשפט קמא לבית־המשפט לערעורים גדל, גם הסיכוי לקבלת הערעור בשאלת הסמכות גדל, בהתאם להשערות המחקר. עם זאת, ממצא מעניין זה אינו מובהק מבחינה סטטיסטית. השפעת המרחק הפיזי על שופטי ערעור לא נבחנה בעבר בספרות, והיא עשויה אם כן להתבהר במחקרים עתידיים. בתמצית: הממצאים חושפים קשר מובהק מבחינה סטטיסטית ומשמעותי בגודלו בין קיומו של דיוך הוכחות בערכאה הדיונית לבין אישור סמכותו העניינית של בית־המשפט קמא בערעור. ניתן להמחיש את התופעה על־ידי המקרים ההיפותטיים המוצגים בטבלה 2, אשר מדגימים, בהינתן ששאר המשתנים קבועים, את הסיכוי לאשרור סמכותו של בית־המשפט קמא בערעור אם התקיים דיוך הוכחות בערכאה הראשונה ואם לא התקיים דיוך כזה.

טבלה 2: המחשות מספריות של הסיכוי לאישור סמכותו של בית־המשפט קמא לפי קיומו או אי־קיומו של דיוך הוכחות בערכאה הראשונה⁴⁹

תיק	הסיכוי לאישור סמכותו של בית־המשפט קמא ללא דיוך הוכחות	הסיכוי לאישור סמכותו של בית־המשפט קמא בהינתן דיוך הוכחות
תיק אזרחי, הסבב השני	79.5%	90.3%
תיק אזרחי, הסבב השביעי	65.8%	82.2%
תיק אזרחי, הסבב השמיני	95.9%	98.2%
תיק ציבורי, הסבב של מחוז קולומביה	75.6%	88.2%
תיק זכויות אדם, הסבב הראשון	68.6%	84.0%

אף שהערכות אלה הן הערכות שמרניות,⁵⁰ הן מבטאות אפקט סטטיסטי משמעותי בגודלו. קיומו של דיוך הוכחות בערכאה הראשונה מקושר עם סיכוי רב יותר – לעיתים כ־20% – לדחיית הערעור בשאלת הסמכות. על פני הדברים, אם כן, ערעורים רבים שהעלו את שאלת הסמכות נדחו אף שהיו מתקבלים אילולא התקיים דיוך הוכחות בערכאה הראשונה.

49 בכל הדוגמות הנתבע מערער, ובכולן, למעט הסבב של מחוז קולומביה, המרחק בין בית־המשפט של הערעור לבין בית־המשפט הדיוני הוא המרחק החציוני. בדוגמת הסבב של מחוז קולומביה שני בתי־המשפט ממוקמים באותו אתר.

50 המחשות מבוססות על הרגרסיה הבסיסית, שהיא הרגרסיה השמרנית ביותר. רגרסיות אחרות הראו קשרים חזקים יותר, ולעיתים חזקים הרבה יותר.

2. בדיקות נוספות

ערכתי בדיקות אמפיריות נוספות על-מנת לאשש ולחזק את הממצאים.

(א) החזרת התיק לבית-המשפט קמא

כפי שהוסבר לעיל,⁵¹ בית-המשפט שלערעור יכול לקבל או לדחות את הערעור בשאלת הסמכות, אך הוא יכול גם להחזיר את השאלה להכרעת הערכאה הדיונית. החזרות אלה מאפשרות לשופטי הערעור "להציל" את המשאבים השיפוטיים שהושקעו לגוף העניין, ולכן הן קוטלגו ברגרסיות העיקריות כאישור של הסמכות העניינית. האם התוצאות עומדות בעינין גם תחת וריאציות אחרות?

כאשר מחריגים החזרות תיקים ממאגר המידע, ומשווים בין הסיכוי לקבל ערעור בשאלת הסמכות לבין הסיכוי לדחותו, התוצאות דומות, אם כי רמת המובהקות הסטטיסטית נחלשת.⁵² כאשר מנתחים החזרות תיקים כקטגוריה נפרדת, מתגלה תמונה מעניינת. בהינתן ששאר המשתנים קבועים, לבתי-משפט לערעורים יש נטייה חזקה לבחור באפשרות של החזרת שאלת הסמכות לבית-המשפט קמא כאשר התקיים דיון הוכחות לגוף העניין (לפני שופט או מושבעים). ממצא זה מובהק מבחינה סטטיסטית.⁵³ לתופעה שמאמר זה מצביע עליה יש אם כן שני פנים. ראשית, כאשר בית-המשפט קמא הוציא משאבים שיפוטיים יקרים לגוף העניין, בית-המשפט לערעורים מעדיף לאשר את סמכותו של בית-המשפט קמא מאשר לדחותה. שנית, בסיטואציות כאלה ניתן לראות גם שיעור גדול יותר של החזרות תיקים.

(ב) שאלות סמכות פדרליות

בתי-משפט פדרליים יכולים לרכוש סמכות מכוח דין פדרלי (federal question jurisdiction). לחלופין הם יכולים לרכוש סמכות כאשר הצדדים אינם תושביה של אותה מדינה בארצות-הברית, וזאת אף שהדין המהותי הוא דין מדינתי, ולא פדרלי (diversity jurisdiction).

ניתן לטעון כי יש להגביל את המחקר לשאלות מהסוג הראשון, דהיינו, לשאלות סמכות פדרליות בלבד, ולהחריג מהמאגר תיקי סמכות מהסוג השני, המבוססים על שוני במדינת המושב. תיקי סמכות מהסוג השני, המבוססים על תושבות, מחייבים חקירה עובדתית מסוימת בשאלת הסמכות ובנוגע למקומם של הצדדים.⁵⁴ זאת ועוד, לסמכות

51 ראו לעיל ה"ש 39.

52 בהינתן ששאר המשתנים קבועים, הקשר בין קיומו של דיון הוכחות בערכאה הראשונה לבין הסיכוי שבית-המשפט שלערעור יאשר את סמכותו של בית-המשפט קמא נעשה מובהק מבחינה סטטיסטית ברמה של 10%, ולא 5% כמקודם.

53 ברמה של 5%.

54 ראו, למשל, Friedenthal, Miller, Sexton & Hershkoff, לעיל ה"ש 32, בעמ' 259–260; Gao, לעיל ה"ש 21, בעמ' 2379.

המבוססת על שוני בתושבות יש אופי גמיש – היא יכולה להיווצר ולהיעלם תוך כדי ההליך, לפעמים ביוזמתם של בעלי-הדין עצמם.⁵⁵ לכן רגרסיה המביאה בחשבון רק שאלות סמכות פדרליות עשויה לתת תוצאות "נקיות" יותר. אכן, כאשר מצמצמים את מאגר המידע לשאלות סמכות פדרליות, מתקבלות תוצאות חזקות יותר. כאשר אין דיון הוכחות בערכאה הדיונית, הסיכוי לקבלת הערעור בשאלת סמכותה של הערכאה הראשונה הוא כ-36%; ואילו כאשר התקיים דיון הוכחות בבית-המשפט קמא (לפני שופט או מושבעים), הסיכוי לקבלת הערעור בשאלת הסמכות הוא רק כ-13%. נמצא כי הבדל זה מובהק מבחינה סטטיסטית, בהינתן ששאר המשתנים קבועים.⁵⁶

(ג) תיקים שונים

המחקר מביט על תיקי ערעור. תיקי ערעור עלולים לא לייצג כהלכה את התיקים המגיעים לערכאות, שכן בעלי-הדין הם שבוחרים אם לערער אם לאו, ובחירה זו של המתדיינים עלולה להטות את התוצאות. במיוחד, בעלי-דין עשויים לערער בצורה תקיפה יותר לאחר שהתקיים דיון הוכחות. נעשו כמה ניתוחים סטטיסטיים נוספים על-מנת לתת מענה, ולו חלקי, לקשיים אלה.⁵⁷

(1) ערעורי-סרק בשאלת הסמכות

ניתן לטעון כי שאלות הסמכות המועלות בערעורים בתיקים שבהם התקיים דיון הוכחות ובתיקים שבהם לא התקיים דיון הוכחות הן שאלות שונות, וככל שמתדיינים נוטים לערער יותר על תיקים שבהם התקיים דיון הוכחות, ניתן אולי למצוא שיעור גבוה יותר של ערעורי-סרק בשאלת הסמכות. המחקר נותן מענה מסוים לקושי זה, משום שקודדו רק תיקים שבהם הביטוי "סמכות עניינית" מופיע במקומות מרכזיים בהחלטה. על-מנת לתת מענה מלא יותר לקשיים האפשריים, ערכתי אותו ניתוח סטטיסטי למאגר מידע מצומצם יותר, הכולל רק החלטות ערעור שבהן הביטוי "סמכות עניינית" מופיע בסיכום ההחלטה.⁵⁸

התוצאות מבססות את השערת המחקר. במאגר המידע המצומצם, שיעור קבלת הערעורים בשאלת הסמכות הוא כ-39% כאשר לא התקיים דיון הוכחות לגוף העניין, לעומת 8% בלבד בהינתן קיומו של דיון הוכחות. קשר חזק זה אף מובהק מבחינה

55 ראו, למשל, FRIEDENTHAL, MILLER, SEXTON & HERSHKOFF, לעיל ה"ש 32, בעמ' 259–264; Gao, לעיל ה"ש 21, בעמ' 2382–2385. עם זאת, מבחינה דוקטרינרית, סמכות לפי מקום המושב צריכה להיקבע לפי מצב המתדיינים ביום הגשת התביעה. שם, בעמ' 2380.

56 ברמה של 5%. מאגר המידע המצומצם, המבוסס על תיקים של סמכות פדרלית בלבד, כולל 140 תיקים מתוך 375 התיקים במאגר המידע המקורי. מאגר המידע המצומצם כולל רק תיקים שמופיעים בהם הביטויים "federal question" או "federal subject matter jurisdiction".

57 דיון נרחב יותר בשאלות אלה נמצא בתת-פרק 21 להלן.

58 בסך-הכל 139 תיקים. מבחינה טכנית, צמצום מאגר המידע דרך Westlaw כלל את שורת החיפוש הבאה: ("subject matter jurisdiction") su("subject matter jurisdiction").sy

סטטיסטית ברמה גבוהה ביותר.⁵⁹ ככל שבעלי-דין מערערים באופן שונה על תיקים שבהם התקיים דיון הוכחות לעומת תיקים שבהם לא התקיים דיון הוכחות, נראה שבחירה זו של המתדיינים מחלישה את הקשר הנצפה בין קיומו של דיון הוכחות לבין דחיית הערעור בשאלת הסמכות. וכאשר מביטים רק על תיקים המעלים שאלות רציניות ואמיתיות של סמכות עניינית, התופעה הנצפית חזקה הרבה יותר.⁶⁰

(2) בקרה על איכותן של השאלות המהותיות

התיקים השונים במאגר עוסקים בשאלות מהותיות שונות באיכותן. כדי לתת מענה לשוני בין התיקים במישור המהות, נעשו ניתוחים נוספים.

ראשית, הרצתי אותן רגרסיות לאחר שהוצאתי ממאגר המידע החלטות שניתנו כ-*summary orders*. החלטות אלה הן באופן טיפוסי החלטות קצרות, בלתי-מנומקות, אשר ניתנות מייד בתום הדיון ונכתבות על-ידי המותב כולו, ולא שופט מסוים. לכן החלטות אלה נעדרות ככלל ערך תקדימי.⁶¹ הן מייצגות אם כן ערעורים שאינם מעלים שאלות מהותיות חשובות. ניתוח סטטיסטי על מאגר המידע המצומצם, לאחר שהוחרגו ממנו החלטות אלה, הניב תוצאות דומות מאוד.⁶²

שנית, הערך הכספי של התיק עשוי לרמז על חשיבותו. בדרך-כלל קשה להבין את הערך הכספי של התיק מהחלטתו של בית-המשפט שלערוור. עם זאת, בחלק קטן מהתיקים ההחלטה מעידה על הערך הכספי. ניתוח סטטיסטי של החלטות אלה, תוך הכנסת הערך הכספי כמשתנה בקרה, מראה כי לערך הכספי יש השפעה מזערית בלבד על שיעורי קבלת הערעורים בשאלת הסמכות ועל התופעה המתוארת במאמר זה.⁶³

* * *

59 ברמה של 1%.

60 הסבר אפשרי לממצא זה הוא שבתיקים שבהם לא התקיים דיון הוכחות, בעלי-הדין מעלים בערעור יותר טענות סמכות שהן טענות-סרק. כאשר מסננים טענות-סרק אלה, הקשר הנצפה בין קיומו של דיון הוכחות לבין דחיית הערעור בשאלת הסמכות חזק יותר.

61 ראו, למשל: Anne Coyle, *A Modest Reform: The New Rule 32.1 Permitting Citation to Unpublished Opinions in the Federal Courts of Appeals*, 72 *FORDHAM L. REV.* 2471, 2491 (2004).

62 אם לא נערך דיון הוכחות לגוף העניין, הסיכוי לקבל ערעור בשאלת הסמכות הוא כ-37%; אם נערך דיון הוכחות לגוף העניין, הסיכוי לקבל ערעור בשאלת הסמכות קטן הרבה יותר – כ-15%. מתאם זה מובהק מבחינה סטטיסטית ברמה של 5%.

63 כאשר המשתנה שמייצג את הערך הכספי נכנס לרגרסיה, גודל הקשר בין קיום דיון הוכחות לבין דחיית הערעור בשאלת הסמכות נותר כמקודם. יש לפרש ממצא זה בזהירות, שכן מספר ההחלטות המאפשרות לאמוד את הערך הכספי נמוך (79 תיקים), והתוצאות אינן מובהקות מבחינה סטטיסטית. עם זאת, ניתן לראות את כיוון הקשרים הסטטיסטיים. קיים מתאם שלילי בין הערך הכספי לבין אישור סמכות של בית-המשפט קמא. זו אינדיקציה לכך שבתיקים בעלי חשיבות בית-המשפט שלערוור נוטה לא להכיר בסמכותו של בית-המשפט קמא, בהינתן ששאר הדברים קבועים. עם זאת, נותר מתאם חיובי בין קיומו של דיון הוכחות לבין הסיכוי לאשרור סמכותה של הערכאה הדיונית.

לסיכום, הבדיקות הנוספות המפורטות בתת-פרק זה מחזקות את הממצא העיקרי – בתי-משפט לערעורים נמנעים מלקבל ערעורים בשאלות של סמכות עניינית ככל שבית-המשפט קמא השקיע יותר בשאלות המהותיות. בתיקים אלה גדל הסיכוי הן לאשרור סמכותו של בית-המשפט קמא והן להחזרת שאלת הסמכות לערכאה הדיונית לצורך בחינתה מחדש. התוצאות חזקות יותר כאשר בוחנים רק תיקים של סמכות פדרלית, וכאשר מוחרגים ערעורי-סרק וערעורים שבהם לא מתעוררת שאלת סמכות חשובה. נראה כי לערך הכספי של התיק אין השפעה על ממצאי המחקר.

פרק ד: השלכות נורמטיביות – כלל ההחלטה הסופית, ערעורי-ביניים ועלות שיפוטית שקועה⁶⁴

הממצאים מהווים אינדיקציה לכך ששופטי ערעור נוטים לדחות ערעורים כאשר הערכאה הדיונית השקיעה משאבים שיפוטיים רבים בתיק, וזאת בשל הרצון לחסוך עלויות שיפוטיות שקועות, גם אם עלויות אלה אינן רלוונטיות לאיכות ההחלטה. אילו היה הדבר אפשרי, היינו מעדיפים, אם כן, ששופטי הערעור ידונו בתיק מאחורי "מסך בערות" באשר להשקעתו של בית-המשפט הראשון.⁶⁵

"מסך בערות" כזה אינו פתרון מציאותי. אולם לנטייה זו של שופטי ערעור להצדיק את הערכאה הראשונה יש פתרון פרוצדורלי פשוט, אשר מונע מלכתחילה את יצירתם של מצבים בעייתיים אלה – ערעורי-ביניים.⁶⁶ ערעורי-ביניים, הניתן תוך כדי ההליך,

64 המאמר בוחן את התנהגותם של שופטי הערעור האמריקאים ביחס לשאלות סמכות. אולם הדיון בהשלכות הנורמטיביות מתייחס לערעורי-ביניים באופן כללי יותר, לרבות בהקשר של המשפט הישראלי. החלטות-ביניים בתחומים שונים מעלות שיקולים שונים ומיוחדים. עם זאת, לנוכח ההסברים התיאורטיים לתופעה שניתנו בפרק א לעיל, יש יסוד להניח כי ההתנהגות שעולה מממצאי המחקר ניתנת להכללה גם להחלטות-ביניים אחרות ולהקשרים שיפוטיים שונים. לכן יש ערך בדיון בעל אופי כללי יותר בממצאי המחקר.

65 לעניין היתרונות שבקבלת החלטות מאחורי "מסך בערות" השוו: Adrian Vermeule, *Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law*, 111 YALE L.J. 399 (2001).

66 פרק א לעיל סקר בקצרה הסברים תיאורטיים אפשריים – הסבר קוגניטיבי, הסבר חברתי והסבר ארגוני – לנטייתם של שופטים לאשר את החלטת בית-המשפט קמא, לא לצורך, כאשר הושקעו בהחלטה משאבים שיפוטיים רבים. ככל שההסבר לתופעה הוא הסבר קוגניטיבי, ניתן לחשוב על פתרונות אפשריים שעניינם החלשת ההטיה. אכן, ניסויים מראים כי בתנאים מסוימים ניתן "למקד" פרטים במידע הרלוונטי, ולהחליש את השפעתן של הטיות קוגניטיביות שונות. ראו, למשל, חנן גולדשמידט ויעקב שול "הקושי בהתעלמות ממידע – פסיכולוגיה ומשפט" **משפט ועסקים** יב 67 (2010); *Information Focus*, Jonas et al., לעיל ה"ש 11; דעת השופט בך בע"פ 993/93 **אבוטבול נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(1) 485, 504 (1993) (ההדגשה במקור): "...שופט מקצועי יכול, במידה מסוימת, לרפא את הפגם שבחשיפתו לראיה בלתי קבילה, בכך שיתן דעתו **מפורשות** לכך שמדובר בראיה פסולה. שומה עליו להזהיר עצמו כי הובאה לידיעתו ראיה פסולה, וכי עליו להתעלם ממנה

מונע הצטברות משאבים שיפוטיים בערכאה הראשונה, ולכן מפחית את הטיית שיקול-הדעת של ערכאת הערעור. במובן זה, לערעורי-ביניים יש תועלת עקיפה, אשר טרם נידונה בספרות, בשיפור שיקול-הדעת של ערכאת הערעור. הפרק הנוכחי דן בתפקיד זה של ערעורי-הביניים: קיימות החלטות-ביניים פרדיגמטיות שבהן ערעור-ביניים עשוי להוביל לשיפור שיקול-הדעת הערעורי – בדרך-כלל אלה החלטות שבכוון לסיים את ההליך (כגון קביעת סמכות עניינית או טענות-סף דומות) או החלטות-ביניים חשובות אחרות.

שיטות משפט נבדלות זו מזו ביחסן לערעורי-ביניים. בקצה האחד ניתן לחשוב על שיטת משפט העוינת ערעורי-ביניים. בשיטת משפט כזו לא יינתנו ערעורי-ביניים; במקום זאת, הערעור על החלטות-הביניים של הערכאה הדיונית ייעשה רק בתום ההליך, יחד עם הערעור על תוצאת פסק-הדין הסופי. ניתן לכנות גישה זו, אם כן, "כלל ההחלטה הסופית" (final judgment rule). בקצה האחר ניתן לחשוב על שיטת משפט שמאפשרת לבעלי-הדין לערער על כל החלטת-ביניים, תהא אשר תהא. שיקולים רבים ניתנו בספרות ובפסיקה בעד ונגד ערעורי-ביניים. להלן השיקולים העיקריים.

כלל ההחלטה הסופית חוסך, על פניו, משאבים שיפוטיים. במיוחד נחסכים משאבי הערכאה הערעורית. הכלל מקטין את מספר התיקים המגיעים לערכאת הערעור ומקטין את העומס עליה – ערעורי-ביניים יידונו במאוחד במסגרת הערעור על הפסק הסופי, וצדדים רבים יתפשרו במהלך המשפט ויִתְּרוּ בכך את הערעור על הפסק השלם.⁶⁷ נוסף על כך, גישה זו מונעת "פיצול בלתי-נסבל של המשפט... והארכת הדיונים"⁶⁸ – המשמשים לעיתים מכשיר טקטי בידי בעלי-הדין⁶⁹ – ומאפשרת הליך מהיר וללא הפרעות בערכאה הראשונה. נטען גם כי כלל ההחלטה הסופית מכבד את השופט בערכאה הדיונית, וכי הוא נותן לבית-המשפט שלערעור את היכולת ליהנות ממבט-על לגבי התיק.⁷⁰ ייתכנו גם שיקולים נוספים.⁷¹

ולפסוק על סמך הראיות הקבילות בלבד. "כאמור, טכניקות כאלה רלוונטיות רק אם מקור הבעיה קוגניטיבי, ואילו המאמר מתמקד בפתרון פרוצדורלי כללי יותר – ערעורי-ביניים.

67 ראו, למשל: John C. Nagel, *Replacing the Crazy Quilt of Interlocutory Appeals* – *Jurisprudence with Discretionary Review*, 44 DUKE L.J. 200, 203 (1994); Note, *Appealability in the Federal Courts*, 75 HARV. L. REV. 351, 352 (1961).

68 יואל זוסמן **סדרי הדין האזרחי** 755 (מהדורה שביעית, שלמה לויין עורך, 1995).

69 "הגשת בקשת רשות ערעור גורמת לא אחת עיכוב הליכים בערכאה המבכרת ופגיעה ברציפות המשפט... [היא] פותחת פתח לטקטיקות של השהיה והטרדה של הצד האחר... במיוחד כאשר זה... הוא צד חלש יותר ונטול-משאבים." 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, 87–88 (2006).

70 שם, בעמ' 86–88.

71 דוגמה לשיקול נוסף, שאינו מוזכר בספרות, היא ההשפעה שעשויה להיות לחסימת האפשרות לערעור-ביניים על תמריצי הצדדים. על פניו, ללא האפשרות לתיקון טעויות מידי באמצעות ערעורי-ביניים, על הצדדים להשקיע יותר בפתרון השאלות המשפטיות. ראו את הטיעון בהקשר של

מאידיך גיסא, יתרונות לא-מעטים גלומים בערעורי-ביניים. בעיקר, ערעורי-ביניים מונעים הליכי-סרק מיותרים בערכאה הדיונית, ומקילים בכך את העומס עליה.⁷² בלשונו של השופט ריבלין, "דחיית הבירור לשלב הערעור על פסק-הדין עלולה ליצור מצב שבו יתברר בדיעבד כי ההליך כולו התנהל על פסים שגויים, וכי אין מנוס מהחזרת המצב לאחור על כל המשתמע מכך מבחינת בזבוז העלויות והמשאבים שהושקעו בהליך בערכאה הדיונית".⁷³ יתר על כן, מבחינה מהותית, החלטות-ביניים רבות חורצות את גורל התיק בערכאה הדיונית, כך שלערעור על הפסק הסופי אין משמעות מעשית.⁷⁴ באופן דומה, ללא ערעורי-ביניים ערכאות הערעור מאבדות את האפשרות להנחות את הערכאות הדיוניות בסוגי עניינים שונים אשר באופן טיפוסי אינם עולים במסגרת הערעור על פסק-הדין המלא. דוגמה לכך היא החלטות בעניין הליכי גילוי, או באופן כללי יותר – החלטות הנוגעות בניהול ההליך בערכאה הראשונה.⁷⁵

הבחירה בין ערעורי-ביניים לבין כלל ההחלטה הסופית משקפת אם כן ערכים מגוונים. כך, למשל, גישתה של שיטת משפט נתונה לערעורי-ביניים נגזרת מהחשיבות שאותה שיטת משפט מקנה לערכאה הדיונית לעומת ערכאת הערעור. ככלל, ניתן לומר כי כלל ההכרעה הסופית מקל את העומס על ערכאת הערעור (אך עלול לבזבז את משאביה של הערכאה הדיונית), בעוד גישה ליברלית לערעורי-ביניים מונעת בזבוז

תמריצי הצדדים להשקיע בפתרון בעיית הסמכות להלן בה"ש 160. אני מודה לעורכי כתבי-העת **משפט ועסקים** על הערה זו.

72 הדיון בערעורי-ביניים עשוי אם כן להיות חשוב במיוחד לנוכח בעיית העומס בכתבי-המשפט. בעשורים האחרונים בתי-משפט במדינות שונות חווים לחץ עבודה גדל. לעומס זה עלולות להיות השלכות חמורות, והוא עלול אף לפגוע בשיקול-הדעת המהותי של שופטי הערכאה הדיונית. ראו, למשל: Eric Helland & Jonathan Klick, *The Effect of Judicial Expedience on Attorney Fees*: *in Class Actions*, 36 J. LEGAL STUD. 171, 186–187 (2007). באופן כללי יותר, העומס עלול להשפיע על תפקודה של מערכת המשפט ועל תמריצייהם של הצדדים לפנות אליה. משה בר-ניב ורן לחמן "בחנינת הנטייה לפנות לחלופות ליישוב סכסוכים (חי"ס) בהיבטים של זמן והסדרה" **משפט ועסקים** ב' 209, 215 (2005).

73 רע"א 7682/06 **אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' אלוש**, פס" 3 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 25.6.2007) (ההדגשה במקור). סיטואציות טיפוסיות, ברוח מאמר זה, הן החלטות-ביניים אשר דוחות טענה של חוסר סמכות עניינית, וגורמות בדיעבד לבזבוז משאבים שיפוטיים בערכאה הדיונית. ראו גם שני, לעיל ה"ש 69, בעמ' 82.

74 שני, לעיל ה"ש 69, בעמ' 81–82. דוגמות פרדיגמטיות עשויות להיות החלטות בעניין סעדים זמניים, פטור מאגרה או מהפקדת ערבות, והחלטות בעניין גילויין וקבילותן של ראיות חשובות. שם; Nagel, לעיל ה"ש 67, בעמ' 203; Edward H. Cooper, *Timing as Jurisdiction: Federal Civil Appeals*; 47 LAW & CONTEMP. PROBS. 157, 157 (1984) *in Context*.

75 אכן, אחת ההלכות החשובות והמעניינות ביותר בנושא של הליכי הגילוי – עניין **סוויסה**, לעיל ה"ש 23 – ניתנה במסגרת ערעור על החלטת-ביניים. יש להניח כי אילולא ניתן ערעור-ביניים בעניין הגילוי, השאלה לא הייתה מגיעה כלל להכרעה בית-המשפט שלערעור, שכן קיימת סבירות גבוהה שהצדדים בעניין **סוויסה** היו מתפשרים, וגם אם לא היו מתפשרים, לא בטוח כלל שהם היו מערערים על הפסק ו/או ממקדים את הערעור בשאלת הליכי הגילוי.

משאבים בערכאה הדיונית (אך מגבירה את העומס על ערכאת הערעור). באופן דומה, ניתן לומר כי יחסה של שיטת משפט נתונה לערעורי-ביניים מושפע מהמתח בין עידוד פשרות לבין תוצאות נכונות,⁷⁶ וכן ממידת האמון ששיטת המשפט רוחשת לשופטי הערכאה הדיונית.⁷⁷ אכן, שיטות משפט שונות נוקטות גישות שונות לערעורי-ביניים. כך, שיטת המשפט הפדרלית האמריקאית ניתנת כדוגמה טיפוסית לכלל ההחלטה הסופית,⁷⁸ ושיטת המשפט של מדינת ניו-יורק מהווה דוגמה נגדית לשימוש ליברלי בערעורי-ביניים.⁷⁹ זאת ועוד, היחס לערעורי-ביניים משתנה בהתאם לסוג העניין, שכן סוגי עניינים שונים משקפים ערכים ושיקולי מדיניות שונים. מכאן שמדובר בדרך-כלל בעניין של מידה על הרצף בין היצמדות לכלל ההחלטה הסופית לבין מתן זכות מלאה לערעורי-ביניים.⁸⁰ באופן דומה, גם שיטות המשפט שמובאות כדוגמות-קיצון רחוקות מלהיות כאלה – במערכת הפדרלית, למשל, כלל ההחלטה הסופית מלא חריגים בתחומים שונים, יצירי הפסיקה והחקיקה.⁸¹

הספרות מעלה אם כן שיקולי מדיניות רבים – וסותרים – באשר לתועלת שבערעורי-ביניים. שיקולים וערכים אלה משתקפים ביחסן השונה של שיטות משפט שונות לערעורי-ביניים, וביחסה השונה של שיטת משפט נתונה לאפשרות של ערעורי-ביניים בתחומים שונים. עם זאת, הספרות הענפה בתחום לא העלתה את השיקול בדבר דיוק ההחלטה של בית-המשפט של **לערעור**. כפי שמאמר זה מראה, כלל ההכרעה הסופית, שצובר משאבים שיפוטיים בערכאה הדיונית, עלול להשפיע על ערכאת הערעור ולהוביל לדחיות רבות יותר של ערעורים. מכאן שבשיטת משפט שמרשה ערעורי-ביניים יש להניח שחלק מערעורים אלה היו מתקבלים. בהינתן ששאר הדברים שווים, וככל שאנו מעוניינים שההחלטה השיפוטית בערעור תהיה מדויקת, התופעה שמאמר זה מצביע עליה היא שיקול נוסף בעד ערעורי-ביניים.

מנקודת-המבט של מאמר זה – דהיינו, איכות ההחלטה של ערכאת הערעור – ניתן לראות כי החשיבות של ערעורי-ביניים לדיוק ההחלטה בערעור עולה ככל שמשאבים שיפוטיים רבים יותר "מבוזבזים" בערכאה הדיונית (מה שמחריף את בעיית העלות

76 שכן הליך שמתנהל ללא ערעורי-ביניים מגביר את הסיכוי לפשרות, שאינן משקפות לחלוטין את הדין המהותי. למתח דומה בין הרצון להגיע לחקר האמת לבין הרצון ליישב את הסכסוך ראו ע"א 61/84 **ביאזי נ' לוי**, פ"ד מב(1) 446 (1988).

77 שכן שיטת משפט הסומכת על שופטי הערכאה הדיונית תידרש פחות לערעורי-ביניים.

78 ראו, למשל: JACK H. FRIEDENTHAL, MARY KAY KANE & ARTHUR R. MILLER, CIVIL PROCEDURE 622 (4th ed. 2005); 28 U.S.C. § 1291.

79 ראו, למשל, FRIEDENTHAL, KANE & MILLER, שם, בעמ' 620–622; N.Y. Civ. Prac. L. & R. § 5701(a)(2).

80 ראו, למשל, FRIEDENTHAL, KANE & MILLER, לעיל ה"ש 78, בעמ' 620–622.

81 דוגמות בולטות לחריגים המאפשרים ערעורי-ביניים הן החלטות-ביניים שעניינן סעדים זמניים (28 U.S.C.A. § 1292(a)(1)), ריבוי צדדים (FED. R. CIV. P. 54(b)) או הפקדת ערבות להוצאות (Cohen v. Beneficial Industrial Loan Corporation, 337 U.S. 541 (1949)). ראו גם Nagel, לעיל ה"ש 67, בעמ' 220; Cooper, לעיל ה"ש 74, בעמ' 157.

השקועה). דוגמה פרדיגמטית לבזבוז כזה היא כמובן החלטות בעניין סמכות עניינית, שכן כאשר ערכאת הערעור מגלה כי ההליך בערכאה הראשונה התנהל בחוסר סמכות, עליה לאיין את התוצאה יחד עם התשומות השיפוטיות שהושקעו בה. קיימות החלטות-ביניים אחרות, הדומות באופיין לסמכות עניינית, שבהן טעות מובילה לבזבוז משמעותי של משאבים שיפוטיים. מכאן שיש להניח שהחלטות-ביניים אלה משפיעות באופן דומה על ערכאת הערעור, ולכן יש בהן משמעות מיוחדת לערעור-ביניים. החלטות אנלוגיות במיוחד להחלטות סמכות הן החלטות-ביניים דיספוזיטיות אחרות שהכרעה בהן עשויה להוביל לסיום מידי של ההליך ואשר הכרעה מוטעית בהן עלולה להוביל להימשכות ההליך לא לצורך. ככלל, אם כן, טענות הגנה שיוורדות לשורש ההליך – כגון סמכות, התיישנות, מעשה בית-דין או כתב ויתור – הן טענות שהחלטה שגויה לדחותן תוביל לבזבוז משאבים משמעותי ולחשש להטיית שיקול-הדעת של ערכאת הערעור. מכאן שיש היגיון מיוחד במתן ערעור-ביניים על החלטות אלה.⁸²

נוסף על החלטות "מסיימות" כאלה ניתן לחשוב על החלטות-ביניים אחרות שהחלטה מוטעית בהן גוזרת בזבוז משאבים משמעותי. דוגמה אחת היא החלטות בנוגע לאישור תביעה כתובענה ייצוגית, כלומר, החלטות שבהן בית-המשפט מכריע אם ההליך מתאים להתנהל כהליך ייצוגי או לא. מבחינה מעשית, החלטות אישור כאלה הן החלטות גורליות בחיי התובענה, שכן אם בית-המשפט מסרב לאשר תביעה כתובענה ייצוגית, הסכומים המעורבים קטנים באופן טיפוסי מכדי להצדיק הליך פרטני.⁸³ באופן דומה, החלטה המאשרת תובענה ייצוגית משמעותה סיכון לחבות משמעותית של הנתבע כלפי קבוצת התובעים.⁸⁴ מהזווית של מאמר זה יש חשיבות מיוחדת לביקורת ערעורית מיידית על החלטות המאשרות ניהול הליך כתובענה ייצוגית. הגורם הרלוונטי הוא כמות ההשקעה השיפוטית "המבזבזת" במקרה שהערכאה הדיונית טעתה בהחלטת-ביניים זו. מקום שהתובענה הייצוגית אושרה בטעות, הערכאה הדיונית עתידה להשקיע משאבים שיפוטיים רציניים בניהול התובענה הייצוגית. משאבים אלה עלולים להטות את שיקול-הדעת של שופטי הערעור בבואם לבחון בדיעבד אם החלטת-הביניים – אישור התובענה הייצוגית – הייתה החלטה נכונה. לעומת זאת, מקום שהתובענה הייצוגית נדחתה בטעות, המשאבים השיפוטיים בהמשך ההליך קטנים, ומכאן שהחשש להטיית

82 השוו מיכאיל קרייני "תקנה 411 לתקנות סדר הדין האזרחי – גבולות כבישתה של אופציית הערעור על החלטות-ביניים" **משפטים** כט 139, 152–163 (1998) (על החשיבות שבבחינת טעויותיה של הערכאה הדיונית בטענות-סף ובטענות דומות להן) (להלן: קרייני "תקנה 411 לתקנות סדר הדין האזרחי").

83 לכן החלטות הרוחות בקשות לאישור תובענה ייצוגית מכונות "death knell". ראו, למשל: Michael E. Solimine & Christine Oliver Hines, *Deciding to Decide: Class Action Certification and Interlocutory Review by the United States Courts of Appeals Under Rule 23(f)*, 41 WM. & MARY L. REV. 1531, 1553 (2000).

84 סיכון זה לחבות משמעותית כלפי הקבוצה מאלץ באופן טיפוסי את הנתבע להתפשר מייד לאחר החלטות המאשרות תובענה ייצוגית. ראו, למשל, את הערות לתיקון משנת 1998 בכלל הפרוצדורה הפדרלי הרלוונטי – FED. R. CIV. P. 23(f).

שיקול-הדעת של הערכאה הערעורית בבואה לבחון כדיעבד את החלטת-הביניים בנוגע לאישור התובענה הייצוגית קטן יותר.

דוגמה נוספת ברוח דומה היא החלטה בעניין עיכוב הליכים בבית-משפט עקב תניית בוררות. החלטה מוטעית הקובעת כי תניית הבוררות אינה תקפה, וכי אין לעכב את ההליך בבית-משפט רגיל, גורמת להצטברות של משאבים שיפוטיים מיותרים בערכאה הדיונית, ויוצרת חשש להטיית שיקול-הדעת של ערכאת הערעור. לעומת זאת, החלטה מוטעית המקנה תוקף לתניית בוררות מעכבת את ההליך בבית-המשפט, מפנה את הצדדים לבוררות, ואינה "מבזבזת" את משאביה של מערכת המשפט. לכן החשש להטיית שיקול-הדעת בערעור עתידי קטן יותר. מכאן, ולנוכח השיקולים המוצגים במאמר זה, החלטות-ביניים הדוחות תניית בוררות מוסכמת מצדיקות ערעורי-ביניים יותר מהחלטות המאשרות בוררות.

נמצא, אם כן, שההיגיון העומד בבסיס מאמר זה – החשש להטיית שיקול-הדעת של שופטי הערעור – עשוי לדחוף לכיוון של זכות רחבה יותר לערעורי-ביניים. ערעורי-ביניים עשויים להיות מוצדקים במיוחד לגבי החלטות שטעות של הערכאה הדיונית בהן עתידה להוביל לבזבוז משמעותי של משאבים שיפוטיים, כגון החלטות הקובעות שיש סמכות עניינית או החלטות המאשרות תובענה ייצוגית. יוער כי היגיון זה מצדיק זכויות לא-סימטריות לערעורי-ביניים, שכן לעיתים אין סימטרייה בכמות המשאבים ה"מבזבזים" במקרה של טעות. דוגמה לכך הן החלטות המאשרות תובענה ייצוגית והחלטות הדוחות תניית בוררות, שבהן החשש להטיית שיקול-הדעת של ערכאת הערעור גבוה יותר מאשר בהחלטות הדוחות תובענה ייצוגית או מכירות בתניית בוררות, שכן החלטות מוטעות מהסוג הראשון מבזבזות משאבים שיפוטיים רבים יותר מאשר החלטות מוטעות מהסוג השני. לאור הרקע התיאורטי והאמפירי, והזווית המוצעת במאמר זה להחלטות-ביניים, הפסקות הבאות מנתחות את גישתה של שיטת המשפט הישראלית לערעורי-ביניים תוך השוואה לדין הפדרלי האמריקאי.

פרק ה: ערעורי-ביניים במשפט הישראלי

פרק זה דן בגישתו של המשפט הישראלי לערעורי-ביניים, ובוחר בקצרה אזורים שבהם עשויה להיות משמעות מיוחדת לערעור-ביניים לנוכח השיקולים העולים מממצאי מאמר זה.

1. מערעורי-ביניים לכלל ההכרעה הסופית

ניתן כאמור לסווג את שיטות המשפט על רצף שבין גישה ליברלית לערעורי-ביניים בקצה האחד לבין כלל ההכרעה הסופית, השולל ערעורי-ביניים, בקצה האחר. כהכללה גסה ניתן לומר שגישתו של המשפט הישראלי הייתה קרובה יותר לקצה שמאפשר

ערעור-ביניים, אך בשנים האחרונות ניתן לזהות נטייה ברורה לכיוון כלל ההכרעה הסופית.

עד שנת 2008 קבעו סעיפים 41(ב) ו-52(ב) לחוק בתי-המשפט כי החלטת-ביניים של הערכאה הדיונית – בית-משפט השלום או המחוזי – ניתנת לערעור "...אם ניתנה רשות לכך מאת..." שופט ערכאת הערעור (המחוזי או העליון, לפי העניין).⁸⁵ ערעור-ביניים, אם כן, אינו אוטומטי, אלא נתון לשיקול-דעת. מהו הסטנדרט למתן רשות ערעור על החלטת-ביניים? בעניין **אלוש** גיבש השופט ריבלין את השיקולים הרלוונטיים: "...ככל שהחלטת הביניים היא בעלת השפעה מכריעה יותר על זכויות הצדדים או על אופן ניהול הדיון בערכאה הדיונית, כך שיהיה קשה יותר להשיב את המצב לקדמותו אם יתברר בשלב מאוחר יותר שהחלטה היתה שגויה, ייטה בית המשפט שלא לדחות את הבריור לשלב הערעור על פסק-הדין..."⁸⁶, ובאופן קונקרטי יותר, "...הנטייה להתיר את הערעור המיידית תתגבר ככל שהחלטת-הביניים היא בעלת אופי בלתי-הדיר (למשל, החלטות בנושא סעד זמני או חיסיון), או שהיא בעלת השפעה מכרעת על עצם קיומו של ההליך, על מתכונת הדיון ועל זכויות הצדדים (למשל, החלטות בנושא-סף מסוימים)".⁸⁶ יש יסוד להניח שבתי-המשפט ובעלי-הדין פירשו את חוק בתי-המשפט בעת ההיא באופן רחב יחסית.⁸⁷

לכאורה, ניתן לפרש את הסטנדרט למתן רשות לערעור-ביניים, כפי שבוטא בפרשת **אלוש**, כעולה בקנה אחד עם ההיגיון המוצג במאמר זה, שכן החלטות בעלות "השפעה

85 חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי-המשפט). למען הדיוק, חוק בתי-המשפט משתמש במונח "החלטה אחרת". "החלטה אחרת" רחבה מ"החלטת-ביניים", שכן החלטה הניתנת לאחר פסק-הדין ואינה נבלעת בו היא "החלטה אחרת" אך לא "החלטת-ביניים". ראו, למשל, שני, לעיל ה"ש 69, בעמ' 74-76. אולם עיקרה של רשימה זו בהחלטות אחרות מסוג "החלטות-ביניים", הניתנות לפני הפסק.

86 עניין **אלוש**, לעיל ה"ש 73, פס' 4 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

87 לפי נתונים המובאים אצל שני, לעיל ה"ש 69, בעמ' 86 (ה"ש 61), המתייחסים לתחילת שנות האלפיים, שיעור הבקשות לרשות ערעור שהתקבלו הוא כ-20%. בהינתן החשש מפני שימוש-יתר בבקשות רשות ערעור, לרבות החשש משימוש טקטי בבקשות אלה על-ידי בעלי-דין, נתון זה – אחת מתוך חמש בקשות ערעור – מצביע על נכונותה של ערכאת הערעור לבחון בקשות ערעור תחת סטנדרט נמוך יחסית. אינדיקציה נוספת לכך שהסטנדרט למתן רשות ערעור היה ליברלי יחסית היא הרצינות שבה שופטי הערעור דנים בבקשות אלה, גם כאשר הן נדחות. "...ברוב המקרים שבתי-המשפט דוחים בהם את בקשת רשות הערעור על החלטה אחרת, הם מנמקים זאת בנימוקים המסבירים מדוע יש לדחות את **הערעור גופו**... כלומר, באופן פורמלי, אין הם מעניקים רשות לערער, אך למעשה הם דנים בסוגיה המתעוררת לגופה ומאשרים את הכרעתה של הערכאה הדיונית בשאלת-הביניים". שם, בעמ' 98 (ההדגשה במקור). ראו גם את הנתונים המספריים שם, בעמ' 99 (ה"ש 120). זאת ועוד, בית-המשפט העליון קבע כי בחינה כזו של ערעור-ביניים לגופו, אך ללא מתן רשות ערעור באופן פורמלי, אינה מונעת את בעלי-הדין מלהעלות שוב אותה סוגיה במסגרת הערעור על הפסק הסופי. רע"א 5834/03 **אריה חברה לביטוח בע"מ נ' חאדר**, פ"ד נח(1) 854 (2003). מובן כי ההלכה בעניין **חאדר** מתמרצת את בעלי-הדין להגיש בקשות רשות ערעור. לסקירה ולביקורת ראו שני, לעיל ה"ש 69, בעמ' 108-111.

מכרעת על עצם קיומו של ההליך", כגון טענות-סף שבכוחן לסיים את ההליך, ניתנות כדוגמה למקום שבו תינתן הרשות לערעור-ביניים. עם זאת, ההיגיון של מאמר זה – השפעת המאמץ השיפוטי המוטעה בערכאה הדיונית על ערכאת הערעור – אינו חופף לחלוטין את הסטנדרט המוצג בפסק-דין **אלוש**. ההיגיון בבסיס מאמר זה אינו מוגבל לטענות-סף או להחלטות שבהן יש קושי "להשיב את המצב לקדמותו". רציונל העלות השיפוטית השקועה רלוונטי לכל הכרעה שבכוחה ליצור "בזבוז" משמעותי של משאבים שיפוטיים, לרבות החלטות מוטעות לאשר תובענה ייצוגית ולסרב לעיכוב הליכים עם קב תניית בורות. מן העבר האחר, חלק מהחלטות-הביניים המשפיעות בצורה בלתי-הדירה על זכויות הצדדים, כגון החלטות בעניין סעד זמני או חיסיון,⁸⁸ אינן רלוונטיות לעלות שיפוטית שקועה, שכן החלטה מוטעת במקרים אלה אינה יוצרת בזבוז מערכתי (אלא רק בזבוז לצדדים). בעוד הרטוריקה של פסק-דין **אלוש** שמה את הדגש בפגיעה בזכויות הצדדים, מאמר זה ממקד את המבט בבזבוז המערכתי, ובמיוחד בהשפעתו על שופטי הערעור.⁸⁹

בעוד הכלל המסורתי של המשפט הישראלי אפשר רשות ערעור נדיבה על החלטות-ביניים, ניתן לראות תזווה חד-משמעית לכיוון כלל ההכרעה הסופית. תיקון מס' 52 לחוק בתי-המשפט, משנת 2008, צמצם במידה משמעותית את האפשרות להגיש (ולקבל) בקשת רשות ערעור על החלטות-ביניים.⁹⁰ ברוח הסטנדרט שבוטא בעניין **אלוש**, התיקון מנחה את בתי-המשפט להרשות ערעור-ביניים רק היכן שדחיית ערעור-הביניים "...[ת]שפיע באופן ממשי על זכויות הצדדים או [תגרום] לצד להליך נזק של ממש, או [תוביל] [ל]הליך מיותר...".⁹¹ חשוב מכך, התיקון מסמיך את שר המשפטים לקבוע בצו "סוגי החלטות" שבהן "לא תינתן רשות ערעור".⁹² אכן, בשנת

88 גיא שני מסביר את אי-ההדירות: "... אי-ההדירות אינה במישור המשפטי, אלא במישור של השפעת ההחלטה על המציאות. גם אם יעיין בית-המשפט שנתן את הסעד הזמני מחדש בהחלטתו ויבטלה... וגם אם יסבור בית-המשפט שידון בערעור על פסק-הדין הסופי כי לא היה מקום למתן הסעד הזמני, לא יהיה ניתן להשיב לאחור את המציאות שבה היה בעל-הדין נתון תחת הסעד הזמני; בדומה לכך, החלטה המחייבת גילוי ראיה תוך דחיית טענה בדבר חיסיון (למשל בשל סוד מסחרי), עלולה לגרום נזק מידי שאינו בר-תיקון...". שני, לעיל ה"ש 69, בעמ' 81 (ה"ש 43).

89 מן האמור בטקסט לא נובע שאין מקום לערעור-ביניים על החלטות שאינן הדירות, כגון החלטות בדבר סעד זמני וחיסיון. יש היגיון במתן רשות לערעור-ביניים במצבים אלה, בשל הפגיעה בזכויות הצדדים. עם זאת, מהזווית של שיפור שיקול-הדעת הערעורי, הטיעון בעד ערעור-ביניים במצבים כאלה חלש יותר. זאת ועוד, בשיטת משפט שמאפשרת פסיקת הוצאות ליברלית ניתן, על-דרך הכלל, לרפא את הפגיעה בזכויות הצדדים באמצעות פסיקת הוצאות. השו"ע רע"א 1377/14 **לאוניד נ' מדינת ישראל**, פס' 5 לפסק-דינו של השופט הנציג (פורסם בנבו, 1.5.2014). ("אמנם, 'כל החלטת ביניים היא בעלת חשיבות מסוימת והשפעה כלשהי על ההליך ועל מי מבעלי-הדין'... אולם, ברגיל, אף אם ייגרם למי מהצדדים נזק מסוים כתוצאה מהחלטת הביניים ניתן יהיה לפצותו בתום ההליך באמצעות פסיקת הוצאות...").

90 חוק בתי המשפט (תיקון מס' 52), התשס"ח-2008, ס"ח 668.

91 ס' 41(ב) ו-52(ב) לחוק בתי-המשפט, בנוסחם העדכני.

92 ס' 41(ג) ו-52(ג) לחוק בתי-המשפט, בנוסחם העדכני.

2009 נחקק צו בתי המשפט (סוגי החלטות שלא תינתן בהן רשות ערעור).⁹³ הצו מגדיר סוגי החלטות שבהן לא תינתן רשות ערעור – רובן, אך לא כולן, החלטות "בנושאים בעלי אופי דיוני-ניהולי".⁹⁴ תיקון מס' 52 והצו שהוצא מכוחו מבטאים תזוזה ברורה ומודעת לכיוון של כלל ההכרעה הסופית.⁹⁵ אכן, הצו שאוסר מתן רשות לערעור-ביניים בתחומים מסוימים הוא גרסה מרוככת של הצעת החוק המקורית, שהגדירה כמה סוגי החלטות – למשל, החלטות בעניין סעדים זמניים, טענות-סך, חיסיון ואישור תובענה ייצוגית – שרק בהן ערעור-ביניים אפשרי.⁹⁶ הצעת החוק מבוססת על מסקנותיה של ועדה בראשות השופט אור משנת 1997, שעסקה ברוויזיה משמעותית יותר של מבנה בתי-המשפט.⁹⁷ נראה כי השיקול העיקרי שהוביל את ועדת אור להמליץ על הגבלת האפשרות לערעור-ביניים הוא העומס על ערכאת הערעור.⁹⁸ אכן, הגבלת ערעור-הביניים כאמור משתלבת עם הפילוסופיה הכללית שהנחתה את ועדת אור – יצירת מדרג חזק יותר בין הערכאות – אשר באה לידי ביטוי מובהק בהמלצתה להפוך את בית-המשפט המחוזי לערכאה שתפקידה מתמחה בשמיעת ערעורים.⁹⁹

93 צו בתי המשפט (סוגי החלטות שלא תינתן בהן רשות ערעור), התשס"ט-2009 (להלן: צו בתי-המשפט).

94 רע"א 10343/09 **ארץ נ' וויטמן**, פס' 3 להחלטה (פורסם בנבו, 14.10.2010). לדין מפורט יותר בחלק מסעיפי הצו ראו להלן הערות 104–106 והטקסט הצמוד אליהן.

95 מאירת-עיניים היא התייחסותו של מנהל בתי-המשפט דאז, השופט משה גל, במסגרת הדיונים על צו בתי-המשפט בוועדת החוקה, חוק ומשפט: "אילו היינו בתרבות של שנות השישים והשבעים, לא היינו צריכים את [הצו], אבל אנחנו נמצאים היום בתרבות שונה וכל בר"ע זה ספרים, חוברות. אני מוכן שבר"ע להארכת מועד תהיה בת עמוד אחד, אבל יש עורכי דין שמנסחים את ההיסטוריה של התיק ואת הפרה-היסטוריה של התיק ולהראות ככה ולהראות ככה וכו'". פרוטוקול ישיבה מס' 17 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 15 (9.6.2009). (להלן: פרוטוקול צו בתי-המשפט).

96 הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 46), התשס"ח-2007, ה"ח הממשלה 212. להבדלים בין הנוסח המקורי לנוסח הצו ראו את דבריו של השופט משה גל בפרוטוקול צו בתי-המשפט, לעיל ה"ש 95.

97 ועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל **דין וחשבון** (1997). (להלן: **דוח ועדת אור**).

98 "בתי משפט לערעור מוצפים בבקשות למתן רשות ערעור על החלטות [ביניים] של הערכאה הדיונית... לבית המשפט העליון מוגשות כחמישים עד שישים בקשות כאלה מידי חודש. בחלק גדול מהבקשות נדרשות השלמות. הטיפול בהן דורש המצאת תגובות, ולפעמים המצאת תגובות שכנגד... הזמן השיפוטי המוקדש לטיפול בכל בקשה הוא רב". **דוח ועדת אור**, לעיל ה"ש 97, בעמ' 1021.

99 **דוח ועדת אור**, לעיל ה"ש 97, בעמ' 997. המלצה זו טרם יושמה, כמובן, והמחוזי ממשיך לקבל תיקים גם כערכאה ראשונה. באופן רחב יותר, המלצות אלה של ועדת אור בדבר המדרג בין הערכאות ויצירת שתי ערכאות ערעור לכל התיקים עולות בקנה אחד עם התפיסה שרואה בערעור, במיוחד בערכאה העליונה, מכשיר ליצירת דין, ולא לתיקון טעויות, בדומה למערכת בתי-המשפט הפדרלית האמריקאית. השוו בר"ע 103/82 **חניון חיפה נ' מצת אור**, פ"ד לו(3) 123, 128 (1982) (הקשחת הסטנדרט לערעור בגלגול שלישי על פסק-דין, תוך הפניה לדין האמריקאי); בע"מ 4022/11 **פלונת נ' פלוני**, פס' 4 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 10.7.2011). ("...גם אם נפלה טעות בפסק דינו של הערכאות דלמטה, אין בכך כדי להקים עילה למתן רשות ערעור ביגלגול שלישי").

2. החלטות-ביניים רלוונטיות

תת-פרק זה בוחן בקצרה את גישתו של המשפט הישראלי לערעור על סוגים רלוונטיים של החלטות-ביניים לאור ההיגיון המוצע במאמר זה. מובן כי השיקולים למתן רשות ערעור מורכבים. עם זאת, בכוחו של מאמר זה להאיר זווית נוספת – מניעת הטיית שיקול-הדעת של ערכאת הערעור.

(א) טענות מקדמיות וטענות "חשובות" אחרות

מאמר זה מחזק את הטענות בעד ערעור-ביניים על החלטות שבכוחן לסיים את ההליך, שכן המשך ההליך בטעות מביא לידי השקעה של משאבים שיפוטיים מיותרים רבים בערכאה הדיונית, העלולים להטות את שיקול-דעתה של ערכאת הערעור. החלטות-ביניים בטענות מקדמיות – כגון החלטות המאשרות את סמכותו העניינית של בית-המשפט קמא – הן דוגמה טובה למקום שבו ערעור-ביניים, לפי גישה זו, מתבקש. אכן, פסק-דין **אלוש**, שמבטא את עמדתו של בית-המשפט העליון בעניין, קובע כי הנטייה להרשות ערעור-ביניים תגבר היכן שלהחלטת-הביניים יש "...השפעה מכרעת על עצם קיומו של ההליך... (למשל, החלטות בנושאי-סף מסוימים)".¹⁰⁰ במובן זה, הדין הקיים תואם את השיקולים המוצגים ברשימה זו, לפחות באותם עניינים שבהם אנו חושבים כי שיפור שיקול-דעתה של ערכאת הערעור הוא ערך חשוב.¹⁰¹ באופן דומה, צו בתי-המשפט מ-2009 נתפס בפסיקה כמגביל רשות ערעור רק על החלטות-ביניים בעלות אופי "דיוני-ניהולי",¹⁰² ולא על החלטות שבכוחן – אם נפלה בהן טעות – להשפיע על שיקול-הדעת של שופטי הערעור.¹⁰³

עם זאת, צו בתי-המשפט מ-2009 אוסר מתן רשות ערעור גם בכמה סוגים של החלטות-סף, כגון "החלטה שהיא קבלת בקשה לביטול פסק דין" ו"החלטה ליתן רשות

100 עניין **אלוש**, לעיל ה"ש 73, פס' 4 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. ראו גם רע"א 9368/10 **אבו לבדה נ' חנניה** (פורסם בנבו, 25.1.2011) (מתן רשות ערעור על החלטה בדבר סמכות עניינית).

101 החלטת-סף שבה, על פני הדברים, דיוק אינו ערך חשוב היא החלטה בנוגע לסמכות מקומית. בית-המשפט העליון חזר והבהיר כי "...אין לייחס משמעות מופרזת לשאלה אם תובענה פלונית מוגשת בתחום סמכותו המקומית של בית-משפט זה או אחר". רע"א 6920/94 **לוי נ' פולג**, פ"ד מט(2) 731, 734 (1995) (דברי המשנה לנשיא ש' לויין). ראו גם רע"א 188/02 **מפעל הפיס נ' כהן**, פ"ד נז(4) 473 (2003).

102 עניין **ארץ**, לעיל ה"ש 94.

103 ראו, למשל, את החלטתה של השופטת ברק-ארז ברע"א 1635/13 **מדינת ישראל – משרד הבטחון נ' אלדר** (פורסם בנבו, 12.3.2013). באותו עניין ביקשה המדינה לערער על החלטה לדחות את בקשתה לסלק על הסף את תביעת המשיב עקב מעשה בית-דין והתיישנות – החלטה שטעות בה גוררת בזבוז משאבים שיפוטיים וחשש להטיית שיקול-דעתה של ערכאת הערעור בעתיד. בית-משפט קמא ציין כי רשות ערעור על החלטת-ביניים זו עשויה להיות מוגבלת על-ידי ס' 4 לצו בתי-המשפט, אשר מגביל ערעור-ביניים על "החלטה בעניין שלבי הדיון בהליך". השופטת ברק-ארז דחתה את הפרשנות האמורה.

להגן" בסדר דין מקוצר.¹⁰⁴ ההיגיון המובע במאמר זה מדגיש את החשיבות שעשויה להיות לערעור על החלטות-ביניים כאלה. ניתן לחשוב, למשל, על החלטה המקבלת – בטעות – בקשה לביטול פסק-דין.¹⁰⁵ צו בתי-המשפט מונע את האפשרות לקבל רשות ערעור מיידית על החלטה זו, כך שהדיון נמשך לגוף העניין. עם מתן הפסק החדש הצד המפסיד מערער, ובין היתר בא בטענות נגד החלטתו (המוטעית!) של בית-המשפט קמא לבטל את פסק-הדין המקורי. הממצאים המובאים במאמר זה מצביעים על כך שבית-המשפט שלערעור ייטה לא להתערב – בדיעבד ולאחר שהושקעו משאבים שיפוטיים בבירור גוף התביעה – בהחלטה המקדמית לבטל את פסק-הדין, אף שהיא מוטעית. אפשר שקיימים שיקולים טובים בעד הגבלת הערעור בסוגיות-סף אלה.¹⁰⁶ עם זאת, מאמר זה מוסיף שיקול נגד סעיפים אלה בצו בתי-המשפט – ככל שחשובה לנו דעתה של ערכאת הערעור, יש היגיון במתן אפשרות לערעור-ביניים גם בסוגי טענות-הסף המנויים בצו בתי-המשפט.

הדיון בחלק זה התמקד עד עתה בטענות-סף ובהתייחסותו של צו בתי-המשפט לטענות כאלה. אולם קיימות גם החלטות חשובות אחרות שעשויות להצדיק ביקורת מיידית של ערכאת הערעור. דוגמות אפשריות הן החלטות בעניין אישור תובענה ייצוגית ועיכוב הליכים בשל תניית בוררות.¹⁰⁷

104 ס' 1(7) ר-9) לצו בתי-המשפט.

105 סיטואציה טיפוסית עשויה להיות פסק-דין שניתן בהעדר כתב הגנה, כאשר הנחבע שנגדו ניתן הפסק משכנע את בית-המשפט לבטל את הפסק ולאפשר לו להגיש כתב הגנה באיחור. ראו תק' 201 לתקנות סדר הדין האזרחי; ע"א 64/53 כהן נ' יצחקי, פ"ד ח 395 (1954) (כללים לשיקול-הדעת של בית-משפט קמא בשאלה אם לבטל פסק שניתן במעמד צד אחד).

106 מעניין ספפרות קודמת הביעה ביקורת דומה: "אם [החלטת הביטול] שגויה ייתכן שיתנהל הליך מיותר... מדוע ראה מחוקק המשנה לנכון לאסור מתן רשות ערעור על החלטה שקיבלה בקשה לביטול פסק דין...?" מיכאיל קרייני "סדרי דין הנקראים לסדר פעם שנייה: גבולותיה החדשים של אופציית הערעור על החלטת ביניים בהליך האזרחי" מחקרי משפט כח 153, 164–165 (2012) (להלן: קרייני "סדרי דין הנקראים לסדר פעם שנייה"). ראו גם חמי בן-נון וטל חבקין **הערעור האזרחי** 207–209 (מהדורה שלישית, 2012) לדיון קצר בשיקולים בעד ונגד הגבלת ערעור-ביניים כאמור. ניתן להצדיק את ההגבלה שבצו בכך שהחלטות מסוג ביטול פסק-דין ומתן רשות להגן עשויות להיות החלטות שבהן החשש לטעות של הערכאה הדיונית קטן, ועלות הטעות לצדדים אינה משמעותית, כך שכלל איננו מעוניינים בפיקוח הדוק של ערכאת הערעור על סוגיות אלה. השוו רע"א 7173/11 קווי אשראי לישראל שירותים פיננסיים נ' United Kingsway Ltd., פס' 6 לפסק-דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 31.1.2012) (בית-המשפט דוחה בקשת רשות ערעור על החלטה לדחות פסק-דין בהעדר הגנה, ומציין כי "...ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בהחלטות... שמשמעותן המעשית... היא המשך בירורו של ההליך לגופו... ניהול ההליך השיפוטי תוך מתן אפשרות לשני הצדדים לשטוח את טענותיהם בפני בית המשפט לגופם של דברים, הוא לעולם המהלך המועדף ואילו סיום ההליך בלא לקיים דיון לעיצומו של עניין... הוא מהלך דיוני יוצא דופן..."). ראו גם לעיל ה"ש 101 בנוגע לסמכות מקומית.

107 מקום נוסף שבו ממצאי מאמר זה עשויים להיות רלוונטיים הוא החלטות-ביניים בשאלת האחריות, כאשר בית-משפט קמא מפצל את הדיון לשאלת האחריות ולשאלת הנזק. ניתן לטעון שעקב

כאמור בפרק ד לעיל, החלטות בעניין אישור תובענה ייצוגית הן החלטות גורליות להמשך חיי ההליך. בפרט, החלטות המאשרות תובענה ייצוגית – אך לא החלטות הדוחות בקשות לאישור תובענה ייצוגית – מעלות את החשש להצטברות משאבים שיפוטיים בערכאה הדיונית שיטו את ערכאת הערעור לקבע את הטעות כדיעבד. מה עמדתו של המשפט הישראלי בנושא?

המשפט הישראלי שואב השראה לא-מעטה בתחום התובענות הייצוגיות מהמשפט האמריקאי,¹⁰⁸ ועל-כן מעניין להסתכל ראשית על עמדת המשפט האמריקאי. שיטת המשפט הפדרלית עוינת ככלל ערעורי-ביניים. עם זאת, חלק מבתי-המשפט לערעורים מצאו חריג לכלל ההכרעה הסופית, ואפשרו תקיפה מיידית של החלטות-ביניים בעניין אישור תובענה ייצוגית.¹⁰⁹ פרקטיקה זו נדחתה על-ידי בית-המשפט העליון האמריקאי.¹¹⁰ הקונגרס הגיב, והסמיך את מחוקק-המשנה לשקול חריג בתקנות סדר הדין האזרחי, שאכן נחקק בשנת 1998. התיקון הקנה לבתי-המשפט לערעורים שיקול-דעת רחב להרשות ערעורי-ביניים על שאלות הנוגעות באישור תובענה ייצוגית, אך נמנע מלהתוות קווים מנחים להפעלת שיקול-הדעת.¹¹¹ באופן דומה, התיקון ודברי ההסבר אינם מבחינים בין ערעור על החלטות-ביניים שמאשרת תביעה כתובענה ייצוגית לבין החלטות-ביניים שדוחה בקשה לאישור תובענה ייצוגית. בעוד התיקון משנת 1998 מקנה לבתי-המשפט שיקול-דעת רחב, הפסיקה והספרות האמריקאיות התחבטו בשאלת המקרים הראויים לערעור-ביניים.¹¹² כזכור, הלוגיקה של מאמר זה רואה החלטות שמאשרות תובענה ייצוגית כמתאימות יותר לערעורי-ביניים.

המשאבים השיפוטיים המושקעים בשאלת הנזק, תיטה ערכאת הערעור לא להפוך כדיעבד את החלטת בית-המשפט קמא בעניין האחריות. עם זאת, נראה שטיעון זה חלש יותר, שכן באופן טיפוסי החלטות בעניין הנזק הן החלטות פשוטות יחסית, ורוב המשאבים השיפוטיים מושקעים בשאלת האחריות. השוין בן-נזק וחבקיין, לעיל ה"ש 106, בעמ' 209 (המחברים סוקרים השיקולים למתן רשות ערעור על שאלת האחריות, ומציינים כי הפסיקה "העדיפה... בדרך כלל לא ליתן רשות ערעור על החלטת בעניין האחריות").

108 השוין הצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 256; הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 46), לעיל ה"ש 96. מעבר לדמיון בין שיטות המשפט, המשפט האמריקאי נהנה מניסיון רב שנים עם מכשיר התובענה הייצוגית.

109 ראו, למשל, FRIEDENTHAL, KANE & MILLER, לעיל ה"ש 78, בעמ' 625.

110 *Coopers & Lybrand v. Livesay*, 437 U.S. 463 (1978) (להלן: עניין *Coopers*).

111 הכלל הרלוונטי הוא כלל (f)23 לכללי הפרוצדורה האזרחית האמריקאיים – ראו לעיל ה"ש 84. בדברי ההסבר לתיקון משנת 1998 נאמר באופן מפורש כי התיקון מעניק לבתי-המשפט לערעורים "unfettered discretion whether to permit the appeal, akin to the discretion exercised by the Supreme Court in acting on a petition for certiorari", וכי על בתי-המשפט לערעורים לפתח "standards for granting review".

112 נראה כי התיקון משנת 1998 בכללי הפרוצדורה האזרחית האמריקאיים מופעל, הלכה למעשה, לטובת הנתבעים. דהיינו, ביקורתו של בית-המשפט שלערעור על החלטות-ביניים שמאשרות תובענה ייצוגית חזקה מביקורתו על החלטות-ביניים שדוחות תובענה ייצוגית, באופן דומה לעמדה המובעת ברשימה זו. Richard Marcus, *Still Confronting the Consolidation Conundrum*, 88 NOTRE

הדין הישראלי, באופן מעניין, מבחין לעניין רשות הערעור בין החלטות שמאשרות תובענה ייצוגית לבין החלטות שדוחות בקשות לאישורה, אולם הבחנה זו אינה הולמת את ההיגיון המובא במאמר זה. כך, הדין הישראלי מקנה זכות ערעור על החלטה שדוחה בקשה לאשר תובענה ייצוגית,¹¹³ ולעומת זאת מצמצם את אפשרות הערעור על החלטות המאשרות בקשה לאישור ייצוגית, בנותנו רשות ערעור – ולא זכות ערעור – על החלטות אלה.¹¹⁴ פסק-הדין המוביל לעניין השיקולים למתן רשות ערעור על החלטות המאשרות תובענה ייצוגית הוא עניין **סלקום נ' פתאל**.¹¹⁵ בהחלטה זו מונה השופט גרוניס כמה שיקולים רלוונטיים, לרבות השיקול שרלוונטי לממצאי מאמר זה, דהיינו, אם בית-המשפט קמא עתיד להשקיע משאבים שיפוטיים רבים בהמשך הדיון.¹¹⁶ באופן מעשי, ההחלטה בעניין **פתאל** מצמצמת את האפשרות לערעור-ביניים על החלטות

DAME L. REV. 557, 589 (2012). ניתן לזהות כמה קטגוריות של מקרים שבהם ערכאת הערעור נוטה לקבל בקשות לרשות ערעור לפי התיקון משנת 1998 – למשל, מקרים שבהם התיק נסגר באופן מעשי מבחינת התובע, מקרים שבהם מופעל לחץ על הנתבע להתפשר, מקרים שבהם מדובר בהחלטות חשובות מבחינה משפטית ומקרים שבהם ההחלטות מוטעות על פניהן. עם זאת, קשה לחלץ כללים ברורים למתן רשות ערעור בהקשר זה. ראו: WILLIAM B. RUBENSTEIN, NEWBERG, ON CLASS ACTIONS §§ 7:42–7:49 (5th ed. 2014); Charles R. Flores, *Appealing Class Action Certification Decisions Under Federal Rule of Civil Procedure 23(f)*, 4 SETON HALL CIRCUIT REV. 27, 41–57 (2007).

113 ראו, למשל, רע"א 8562/06 **פופיק נ' פזגו 1993 בע"מ**, פס' 7 לפסק-דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 15.4.2007); ערן טאוביג "הערעור בתובענות ייצוגיות" חמי בן-נון וטל חבקין **הערעור האזרחי** 631, 644–645 (מהדורה שלישית, 2012). כפי שמסביר טאוביג, הלכה זו נסמכת על פסיקה שניתנה לפני חקיקת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, והיא מבוססת על המבחן המכונה מבחן הסעד – לכאורה, כאשר בית-המשפט מסרב לאשר תובענה ייצוגית, הוא מסיים את הדיון בחלק מהסעדים שהתבקשו, מה שהופך את ההחלטה ל"פסק-דין חלקי", המקנה ערעור בזכות. מהלך דוקטרינרי זה נראה בעיניי מוקשה. יוער, עם זאת, כי תקנה 9 לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010, מחזקת קו מחשבה זה, שכן היא מחייבת תובע ייצוגי שנדחתה בקשתו לאשר תובענה ייצוגית "[לה]גיש... תובענה נפרדת לבית המשפט המוסמך" אם ברצונו "לברר את תביעתו האישית". מכל מקום, איני סבור כי מתן זכות לערעור-ביניים על החלטות הדוחות אישור תובענה ייצוגית הינו מוצדק מבחינת מדיניות משפטית, וזו כאמור גם עמדת הדין האמריקאי בעניין.

114 ס' 8 (ד) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "החלטה לאשר תובענה ייצוגית... ניתנת לערעור אם ניתנה רשות לכך...".

115 רע"א 8761/09 **סלקום ישראל בע"מ נ' פתאל** (פורסם בנבו, 6.5.2010).

116 שם, פס' 5: "כאשר השאלות שנותרו פתוחות [להמשך הדיון בתובענה הייצוגית] הינן רבות ומורכבות... יש היגיון בטענה שעל ערכאת הערעור לדון באופן מיידי בהשגות על החלטת האישור, בהנחה שהכרעה בסוגיות שנדונו עשויה לייתר את הצורך לדון בהמשך בשאלות המורכבות". ההיגיון מאחורי שיקול זה, לדעת השופט גרוניס, הוא בזבוז משאביה של הערכאה הדיונית, ולא שיפור שיקול-הדעת של ערכאת הערעור, כמתואר במאמר זה. יוער כי השופט גרוניס מצייין שיקולים רלוונטיים נוספים למתן רשות ערעור: ההשלכה של החלטת האישור על הנתבע וסיכוייה של רשות הערעור. שם.

המאשרות תובענה ייצוגית.¹¹⁷ ממצאי מאמר זה תומכים בהרחבת אפשרות הערעור על החלטות המאשרות תובענה ייצוגית, ולכלל הפחות בהשוואת מעמדו של הערעור על החלטות המאשרות תובענה ייצוגית לזה של ערעור על החלטות הדוחות בקשות לאישורה.¹¹⁸

החלטות ביניים רלוונטיות נוספות הן החלטות בנוגע לבוררות. כאמור לעיל, ממצאי מאמר זה תומכים בהרחבת זכות הערעור על החלטות שדוחות תניית בורות ולכן מסרבות לעכב הליכים בבית-משפט רגיל, ובצמצום זכות הערעור על החלטות המכירות בורות ומעכבות הליכים בבית-משפט. הדין הישראלי אינו מבחין בין החלטות המעכבות הליכים עקב תניית בורות מוסכמת לבין החלטות המסרבות לעכב הליכים במצב זה, וזאת בניגוד לעמדת מאמר זה ולעמדת הדין האמריקאי.¹¹⁹ עם זאת, דומה שהדין הישראלי מכיר בחשיבותם של ערעורי-ביניים על החלטות בעניין בורות: באופן אנלוגי להחלטות-סוף אחרות, החלטה מוטעית המסרבת להעביר הליך לבוררות מוסכמת גורמת לבזבוז משמעותי של משאבים שיפוטיים, ועשויה להצדיק בקשות לערעור-ביניים תחת המבחנים הרגילים. יתר על כן, מחוקק-המשנה הישראלי הביע את דעתו בעניין במפורש, ובעקבות המלצת הפסיקה תיקן את תקנות סדר הדין האזרחי כך שבעלי-דין מתומרצים לערער מיידית על החלטה אשר מעכבת או מסרבת לעכב הליכים בשל בורות.¹²⁰ כאמור, אפשרות רחבה לערער על החלטות הדוחות בקשה לעיכוב הליכים עקב תניית בורות עולה בקנה אחד עם ממצאי מאמר זה.

117 ליישום ההלכה בבתי-המשפט, ולעמדה כי הלכה למעשה הלכת **פתאל** מגבילה באופן משמעותי את אפשרות הערעור, ראו טאוסיג, לעיל ה"ש 113, בעמ' 648–653.

118 לביקורת על הלכת **פתאל** ויישומה, משיקולים אחרים, ראו טאוסיג, לעיל ה"ש 113, בעמ' 661–662. מעניין שוועדת אור, אשר המליצה על ערעורי-ביניים על החלטות בעניין אישור תובענה ייצוגית, לא הבחינה בין החלטות המאשרות תובענה ייצוגית לבין כאלה שדוחות אותה, באופן דומה לתיקון משנת 1998 בכללי הפרוצדורה האזרחית האמריקאיים. ראו **דוח ועדת אור**, לעיל ה"ש 97, בעמ' 1022.

119 הדין האמריקאי מגיע לתוצאה דומה לעמדת מאמר זה: תיקון בחוק הבוררות הפדרלי מאפשר ערעורי-ביניים (בזכות) על החלטות המסרבות לעכב הליכים בבית-משפט עקב תניית בורות מוסכמת, אך לא על החלטות של הערכאה הדיונית המכבדות תניית בורות ומעכבות את ההליך. 9 U.S.C. § 16(b). עם זאת, להבדיל מעמדת מאמר זה, עמדת הדין האמריקאי אינה מונעת משיקולים של עלות שיפוטית שקועה, אלא ממדיניות כללית המעודדת בורות.

120 ס' 15 לתקנות סדר הדין האזרחי (תיקון), התש"ן-1990, ק"ת 598. התיקון משנה את הסיפא של תק' 411 לתקנות סדר הדין האזרחי, כך שבעלי-דין שלא ערערו בזמן על החלטות בעניין עיכוב הליכים עקב בורות מוסכמת אינם יכולים לפתוח עניין זה שנית בערעור על הפסק הסופי. ראו את הדיון על כלל ההזדמנות לערער בחלק 2(ב) להלן, וכן קרייני "תקנה 411 לתקנות סדר הדין האזרחי", לעיל ה"ש 82 (תיאור הפסיקה שקדמה לתיקון והרקע לו, וביקורת על התיקון ועל הסימטריה שהוא יוצר בין החלטות המעכבות הליכים לבין כאלה המסרבות לעכבם).

(ב) כלל ההזדמנות לערער

ככלל, המשפט הישראלי – שמקנה זכות מוגבלת לערעורי-ביניים – אינו מחייב הגשת בקשות רשות ערעור.¹²¹ בעל-דין יכול על-כן "לכבוש" את רצונו לתקוף החלטת-ביניים, ולערער עליה – אם יפסיד – במסגרת ערעור על הפסק הסופי. היה אפשר לחשוב על כלל אחר, אשר מחייב את בעל-הדין לערער מיידית על החלטת-ביניים. לפי כלל זה, בעל-דין שלא ניצל במועד את ההזדמנות שהייתה לו לערער על החלטת-הביניים מאבד את זכותו לתקוף את ההחלטה במסגרת הערעור על פסק-הדין המלא. לצורך העניין ניתן לכנות כלל זה "כלל ההזדמנות לערער" או "כלל ההזדמנות".¹²² השיקולים בעד ונגד כלל המחייב בעל-דין לבקש ערעור-ביניים – כלל ההזדמנות לערער – מהדהדים את הטיעונים הכלליים בעד ונגד ערעורי-ביניים: מחד גיסא, שמירת הערעור לסוף ההליך עלולה "להביא לביטול הדיון שנערך כולו ולירידתם לטמיון של המאמצים ושל המשאבים שהשקיעו בית המשפט [והצדדים]"; מאידך גיסא, דחיית כלל ההזדמנות חוסכת "...ממן המערכת [את] הצורך לדון בהשגותיו [של בעל-דין שזכה במערכה כולה] על החלטת הביניים [שבה הפסיד]..."¹²³ במיוחד, כלל ההזדמנות מחדד את הצורך בתקיפה מיידית של החלטות-ביניים "חשובות" (כגון טענות מסימות-הליך או אישור תביעה ייצוגית), אשר הפיכתן בערעור על פסק-הדין המלא משמעותה בזבוז ניכר של משאבים.

כתיבה קודמת הביעה תמיכה בכלל ההזדמנות לערער, במיוחד בהקשר של החלטות-ביניים חשובות.¹²⁴ מאמר זה מחזק את הטיעון בעד כלל ההזדמנות, שכן הוא מראה כי צבירה מוטעית של משאבים שיפוטיים בערכאה הדיונית עלולה להשפיע על

121 תק' 411 לתקנות סדר הדין האזרחי קובעת מפורשות כי למעט החלטות בעניין עיכוב הליכים בשל בורות מוסכמת, "לא ערער בעל דין על החלטה [אחרת], אין בכך כדי לפגוע בזכותו להשיג על אותה החלטה בכאור לערער על פסק הדין במשפט".

122 קרייני "סדרי דין הנקראים לסדר פעם שנייה", לעיל ה"ש 106, בעמ' 166, מתייחס לכלל זה כ"לא ניצלת – ויתרת". השימוש ברשימה זו במונח "כלל ההזדמנות לערער" הולם בעיניי, משום שהוא פרפרזה על כלל דומה בהקשר שונה – "כלל ההזדמנות", אשר משתיק בעל-דין שהפסיד בהליך קודם גם במסגרת הליכים מאוחרים ומול בעל-דין נוספים. ראו, למשל, ע"א 258/88 פיקטנבוים נ' רשם המקרקעין, פ"ד מד(2) 576, 580 (1990) ("הדרישה של זהות הצדדים לצורך יצירת 'השתק פלוגתא' נועדה לתת הזדמנות לכל בעל דין לומר את דברו לפני בית-משפט, ומצד שני לוודא, שמי ש'היה לו יומו' בבית המשפט לא ישמיע דברו בשנייה, למען יהיה סוף לריב ולדיונים").

123 קרייני "סדרי דין הנקראים לסדר פעם שנייה", לעיל ה"ש 106, בעמ' 168.

124 קרייני "סדרי דין הנקראים לסדר פעם שנייה", לעיל ה"ש 106, בעמ' 169–170 (כלל ההזדמנות לערער צריך לחול על החלטות הדוחות בורות ועל החלטות מקדמיות אחרות); שם, בעמ' 170 (ה"ש 44) (הפניות לכתיבה מוקדמת שתמכה בכלל דומה); קרייני "תקנה 411 לתקנות סדר הדין האזרחי", לעיל ה"ש 82, בעמ' 176 (החלת כלל ההזדמנות בהקשר של החלטות-ביניים בעניין "...הטענות המקדמיות שיש בהן עוד בתחילת הדיונים כדי לתלות על בלימה את ההתדיינות כולה"); שני, לעיל ה"ש 69, בעמ' 123 ("נישן לקבוע רשימה סגורה של החלטות... אשר לגביהן יהיה ניתן להגיש ערעור... תכוף לאחר הינתן... ולא יהיה ניתן להשיג על ההחלטה שוב במסגרת הערעור על פסק-הדין").

שיקול-דעתה של ערכאת הערעור. ככל שדיוק החלטתה של ערכאת הערעור הוא ערך חשוב, יש לתמרץ בעל-דין להימנע ממצב שבו נצברים משאבים שיפוטיים מיותרים בבית-המשפט קמא, וזו בדיוק התוצאה שכלל ההזדמנות לערער משיג. שיפור שיקול-דעתה של הערכאה הערעורית הוא אם כן נדבך נוסף בטיעון בעד כלל ההזדמנות. בעוד בחקיקה, כאמור, אין בסיס לכלל ההזדמנות,¹²⁵ הפסיקה הגיעה בהקשרים שונים לתוצאות דומות על-ידי החלת חובות מסוג תום-הלב. בעל-דין אשר לא השיג על החלטה "חשובה" של הערכאה הדיונית גרם לכך שהסוגיה "תמשיך ותרחף מעל פני ההליך לכל אורכו", ולכן הוא מוחזק ככזה שוויתר על ההשגה.¹²⁶ באופן דומה, שיהוי בהגשת בקשות רשות ערעור עשוי לגרום לדחייתן אף אם הן הוגשו במועד.¹²⁷ הביטוי המובהק ביותר ליצירה פסיקתית ברוח זו הוא הכלל בדבר סמכות עניינית: בעבר היה אפשר להעלות טענה בדבר העדר סמכות עניינית בכל שלב בדיון, ואף לראשונה במסגרת הערעור, בדומה לדין האמריקאי העכשווי; אולם כיום הפסיקה הישראלית מחייבת להעלות טענת סמכות עניינית עוד בהליך הראשון, ומי שלא ניצל את ההזדמנות לתקוף בערכאה הדיונית את סמכותו של בית-המשפט קמא מוחזק כמי שוויתר על הטענה.¹²⁸ השיקולים מוכרים – העלאת הטענה החשובה רק בערעור "...מתעלמת מאובדן זמן שיפוטי יקר"¹²⁹; היא מאיינת את שנעשה בהליך הראשון, "...[מחייבת החזרת הדיון לבית-משפט קמא] על-מנת שיתחיל בדיון מבראשית..."¹³⁰. חובה כזו של בעל-דין לא להשתהות ולנצל את ההזדמנות לעמוד על זכויותיו "...מעוגנת[ת]... בתפיסת יסוד של תום

125 למעט מובלעת אחת – החלטות בעניין עיכוב הליכים בשל תניית בוררות. ראו לעיל ה"ש 120 לעיל והטקסט הצמוד אליה.

126 רע"א 4472/10 Proneuron Biotechnologies, Inc. נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ, פס' כד לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.10.2010). כפי שמסביר קרייני "סדרי דין הנקראים לסדר פעם שנייה", לעיל ה"ש 106, בעמ' 171–172, החלטה זו ניתנה בהקשר של עיון מחדש בהחלטת-ביניים לפני אותה ערכאה, אך הגיונה חל גם על האפשרות לערער. לפסיקה רלוונטית נוספת ראו קרייני, שם, בעמ' 170–172.

127 ראו רע"א 9489/09 רוזנברג נ' בולוס גד תיירות ומלונאות בע"מ, פס' 6 לפסק-דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 14.2.2010) ("המועד להגשת בקשת רשות ערעור על 'החלטה אחרת' הוא 30 ימים ממועד המצאת ההחלטה... עם זאת, במקרים מסוימים מוטלת חובה על בעל דין להזדרז ולעשות מעשה עוד בטרם תמה התקופה... [השיקול העיקרי לעניין זה הוא ה]שלב בו נמצא ההליך בערכאה הדיונית ו[ה]שפעה הצפויה של הגשת בקשה לרשות ערעור על התקדמות הדיון"). ראו גם בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 106, בעמ' 185–186.

128 התהליך שעברה הפסיקה בהקשר זה נסקר במקומות אחרים. ראו, למשל, גולדשטיין וטאוסגי, לעיל ה"ש 28; אלון קלמנט "חריגה מסמכות עניינית בהליך האזרחי" משפט ועסקים יח 467 (2014). כאמור לעיל בה"ש 34, אין אחידות בפסיקה לגבי השלב בהליך הראשון שבו על בעל-דין להעלות טענת סמכות עניינית, ופסיקה אחרונה ציינה כי מן הראוי לעשות כן כבר בכתב ההגנה. ראו פרשת מחקשוילי, לעיל ה"ש 34, פס' 11 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארוז. ראו גם קלמנט, שם, בעמ' 479 ואילך.

129 דברי השופט אור בע"א 1049/94 דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' חמדן, פ"ד נ(5) 820, 829 (1997).

לב והגינות...¹³¹ המעבר מכלל שמחייב העלאה של טענת סמכות עניינית לכלל שמחייב ערעור על החלטת הערכאה הדיונית בעניין סמכות עניינית – ובעניינים חשובים אחרים – אינו מצריך קפיצה גדולה מדי.¹³² עם זאת, פסיקה אחרונה של בית-המשפט העליון הופכת פסיקה מחוזית קודמת ודוחה את כלל ההזדמנות לערער.¹³³ המחוקק, שתיקן לאחרונה את ההסדר החקיקתי בדבר ערעור-ביניים,¹³⁴ לא ניצל את ההזדמנות כדי ליצור באופן מפורש את כלל ההזדמנות לערער.¹³⁵

אף שפסיקת העליון האחרונה דוחה את כלל ההזדמנות, יש בו היגיון רב. במיוחד, המגמה של הקשחת האפשרות לערעור-ביניים (התיקון לחוק בתי-המשפט, צו בתי-המשפט) והגברת חובות תום-הלב (למשל, בהקשר של סמכות עניינית) מחזקת את העמדה בעד כלל ההזדמנות לערער, כפי שהובעה בפסיקה קודמת ובספרות.¹³⁶ היגיון זה מתחזק במקרים של החלטות "חשובות", אשר טעות בהן גוררת בזבוז רב של משאבים שיפוטיים בערכאה הדיונית. מאמר זה מוסיף נדבך נוסף בעד כלל ההזדמנות לערער.

בד בבד, ממצאי מאמר זה מראים גם כי לכלל ההזדמנות לערער עשויה להיות חשיבות מעשית קטנה בלבד, שכן לבעל-דין שהפסיד בהחלטת-ביניים יש תמריץ חזק לערער באופן מיידי. כפי שהנתונים מראים, "כבישת" הרצון לערער מטה את שיקול-דעתה של הערכאה הערעורית נגד התערבות בהחלטת-הביניים. אפשר שלפחות חלק מבעלי-הדין ועורכי-דינם חשים, במודע או לא במודע, כי ערכאת הערעור תיטה לא להתערב אם נצברה "עלות שיפוטית שקועה" בערכאה הראשונה.¹³⁷ מכאן שבעל-דין כזה, הסובר כי נעשה לו עוול בערכאה הדיונית, ישאף לערער מייד כדי לא ליטול סיכונים

131 עניין וולפינגר, לעיל ה"ש 2, פס' ה לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

132 השוו להערתו של השופט אור בפרשת **חמדן**, לעיל ה"ש 129. כפי שמציין בצדק קרייני "סדרי דין הנקראים לסדר פעם שנייה", לעיל ה"ש 106, בעמ' 173–174, הערה זו, שצוטטה מספר רב של פעמים בפסקי-דין מאוחרים, ניתנה בהקשר שבו טענת חוסר הסמכות הועלתה בערכאה הראשונה, אך החלטת בית-המשפט קמא לא נתקפה מיידית על-ידי ערעור-ביניים.

133 רע"א 5330/08 **זכריה נ' קוואזו** (פורסם בנבו, 30.8.2009). בפסק-דין קצר מדגיש בית-המשפט, מפי המשנה לנשיאה ריבלין, כי על החלטת-ביניים ניתן "...להשיג... בשתי דרכים... בקשת רשות ערעור או [המתנה]... לפסק-הדין הסופי... [וערעור] בזכות גם על החלטת הביניים", וכי אף-על-פי ש"מבנה משפטי זה אינו אידיאלי... בחירה זו [בין שתי הדרכים] כשלעצמה אין בה חוסר תום-לב..." (ההדגשה במקור). שם, בעמ' 3–4.

134 לעיל ה"ש 90–95 והטקסט הצמוד אליהן.

135 השוו קרייני "סדרי דין הנקראים לסדר פעם שנייה", לעיל ה"ש 106, בעמ' 177–180 (שינוי הגישה לגבי החובה לערער מוטל על המחוקק).

136 ראו במיוחד את מאמריהם של קרייני ושני, הנידונים בה"ש 124 לעיל, אשר תומכים בכלל ההזדמנות לערער.

137 לדין בתפיסתם של בעלי-הדין בנוגע להטיית העלות השיפוטית השקועה ראו להלן ה"ש 157–159 והטקסט הצמוד אליהן.

מיותרים. לכן לחובה לערער באופן מיידי עשויה להיות השפעה שולית בלבד על תמריציהם של בעלי-הדין.¹³⁸

פרק ו: קריאה חלופית של הממצאים

ממצאי מאמר זה מצביעים על כך ששופטי ערעור רגישים להטיית עלות שיפוטית שקועה, ולכן נוטים לאשר החלטות של הערכאה הדיונית שבהן הושקעו תשומות שיפוטיות רבות. על בסיס ממצאים אלה הוצעו הפרקים הקודמים שימוש רחב יותר בערעורי-ביניים, לפחות בתחומים מסוימים, כאמצעי להתמודדות עם הטיית העלות השקועה ולשיפור שיקול-הדעת של ערכאת הערעור. פרק זה חוזר לממצאים האמפיריים ובוחר טענות-נגד אפשריות: טענה אפשרית אחת היא ששופטי בתי-המשפט הפדרליים לערעורים משתמשים במושג "סמכות" בצורה מניפולטיבית; וטענות אפשריות נוספות גורסות כי גורמים אחרים הם שעומדים מאחורי הממצאים.

1. סמכות עניינית

ממצאי מאמר זה מתבססים על ההבחנה החדה שקיימת במשפט האמריקאי בין שאלות של סמכות עניינית לבין שאלות שלגוף התביעה. הבחנה חדה זו אינה מובנת לגמרי מאליה, ובמשפט הישראלי היא רוככה כאמור במידה משמעותית.¹³⁹ תת-פרק 11 הראה כי הבחנה חדה זו קיימת בבתי-המשפט הפדרליים האמריקאיים, לפחות ברטוריקה של השופטים. תת-פרק זה בוחן מחדש הנחת-יסוד זו.

ניתן לטעון כי בתי-המשפט הפדרליים לערעורים משתמשים במונח "סמכות עניינית" באופן שאינו תואם את הדוקטרינה והרטוריקה. בעיקר, הם עשויים לאשר סמכות עניינית כאשר זו אינה קיימת אם הם סבורים כי התוצאה לגוף העניין סבירה. פרקטיקה זו עשויה לנבוע משיקולי יעילות במובנם הצר, ולא משיקולים של "עלות שקועה". כך, אחרור סמכותו של בית-המשפט קמא עשוי לחסוך את המשאבים השיפוטיים העתידיים שיוצאו בפורום "הנכון" – בעל הסמכות העניינית – שבו תתחיל התביעה מחדש. בהקשר האמריקאי מדובר באופן טיפוסי בתביעות שהיו צריכות להגיע לבתי-המשפט המדינתיים

138 השוו קרייני "סדרי דין הנקראים לסדר פעם שנייה", לעיל ה"ש 106, בעמ' 174. קרייני מגיע למסקנה דומה – לדעתו, לקבלת כלל ההזדמנות לערער "...יהיה אפקט שולי, אם בכלל" על התמריץ של בעלי-דין להגיש בקשות רשות ערעור על החלטות-ביניים חשובות. עם זאת, קרייני מסביר מסקנה זו על רקע הדין והפרקטיקה הקיימים, אשר מאפשרים למתדיינים להגיש בקשת רשות ערעור שאינה חוסמת הגשת ערעור באותה שאלה בתום ההליך, גם אם בקשת הערעור נידונה לגופה ונדחתה.

139 ראו לעיל ה"ש 128–132 והטקסט הצמוד אליהן.

והגיעו לפורום הפדרלי "בטעות". אכן, לעיתים טיעון דומה מועלה במפורש על-ידי בעלי-הדין.¹⁴⁰

האם שופטים פדרליים מאשרים במודע סמכות עניינית כאשר זו אינה קיימת כדי לחסוך עלויות שיפוטיות עתידיות? לפי הרטוריקה והדוקטרינה האמריקאית, התשובה שלילית. יתר על כן, יש להבחין בין שיקולים של עלות שקועה, אשר מסתכלים אל העבר, לבין שיקולי יעילות, אשר מביטים אל העתיד. על שופט ערעור שמונע משיקולי יעילות לבחון מהו החיסכון העתידי בזמן שיפוטי אם תאושר סמכותו של בית-המשפט קמא בערעור (בהשוואה למקרה שבו ייקבע בערעור כי לא הייתה סמכות מלכתחילה). יש להדגיש כי שיקולים אלה אינם חלים בצורה אחידה על כל המקרים. הפתרון תלוי בשאלה הבאה: מה יהא גורל התביעה אם ערכאת הערעור "תחשוף" את טעותו של בית-המשפט קמא בשאלת הסמכות?¹⁴¹ הפורום החלופי, "הנכון", עשוי להיות, למשל, בית-המשפט המדינתי או מערכת משפט זרה. על פני הדברים יש פחות מקום לשיקולי חיסכון בכל הנוגע במשאביה של מערכת המשפט הזרה. זאת ועוד, במקרים מסוימים יש חשש אמיתי שאין פורום חלופי כלל, שכן לעיתים קרובות מדובר בתביעה שהתנהלה במשך שנים במסלול הפדרלי המוטעה, ודיני ההתיישנות אינם מאפשרים עוד תביעה בפורום "הנכון".¹⁴²

ניתן לראות ששיקולים הנוגעים בחיסכון בעלויות משפט עתידיות הם שיקולים מורכבים, וקשה להאמין ששופטי הערעור הפדרליים צועדים, באופן מודע, במסלול זה. במיוחד, לשופטי הערעור הפדרליים אין מידע מלא לגבי הפורום החלופי ולגבי היתכנות התביעה בו. מכל מקום, ככל ששיקולים אלה אכן מניעים את שופטי הערעור הפדרליים מתחת לפני השטח, יש לתת להם ביטוי הולם. צעד ראשון בכיוון זה יהיה דיון שקוף בשיקולים אלה במסגרת ההנמקה של פסק-הדין, ומתן אפשרות לבעלי-הדין להעלות, בצורה האדוורסרית הרגילה, טיעונים הנוגעים במניעת בזבוז בפורום החלופי.

חשוב לציין את העלויות של הפרקטיקה הקיימת, ככל שהיא מונעת מהרצון לחסוך משאבים שיפוטיים עתידיים בפורום החלופי. פרקטיקה זו יוצרת אי-ודאות לגבי הדוקטרינה המשפטית בשאלת הסמכות העניינית, שהינה תחום משפטי שבו ודאות היא ערך חשוב ביותר.¹⁴³ יתרה מזו, פרקטיקה זו מביאה באופן טיפוסי לידי הרחבה דוקטרינרית של הסמכות העניינית, שכן במקרים שבהם יש טעות בסמכות העניינית אך התוצאה לגוף העניין נראית נכונה, שופטי הערעור נוטים לכאורה למצוא דרך לאשר את סמכותו העניינית של בית-המשפט קמא. מכאן שאפשר שבת-המשפט הפדרליים

140 דוגמה אחת ממאגר המידע היא פסק-הדין בעניין *Smith v. Am. Gen. Life & Accident Ins. Co.*, 337 F.3d 888, 897 (7th Cir. 2003). שבו נדחתה טענה זו על-ידי בית-המשפט.

141 לניתוח האפשרויות השונות במקרה של דחייה מחוסר סמכות ראו *Gao*, לעיל ה"ש 21, בעמ' 2388-2390.

142 ראו *Gao*, לעיל ה"ש 21, בעמ' 2388.

143 לחשיבותה של הודאות בשאלות פרודורה ראו, למשל: *Louis Kaplow, Rules versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557, 618 (1992). אי-ודאות זו מבלבלת לפחות חלק מהמחוקקים, כפי שעולה מממצאי המחקר. השווה ה"ש 156 להלן והטקסט הצמוד אליה.

לערעור יוצרים תוצאה יעילה במקרים פרטניים, אך הם משלמים מחיר ארוך-טווח בדמות דוקטרינה משפטית טובה פחות.¹⁴⁴

דוגמה אפשרית מהמשפט הישראלי היא שאלת חלוקת הסמכות בין השלום למחוזי בעניין צווי הריסה. לפי המצב המשפטי עד 2013, הידוע כ"הלכת שמש", סעד של צו הריסה היה לכאורה בסמכותו העניינית של המחוזי, ולא של השלום.¹⁴⁵ עם זאת, לעיתים התחיל השלום לדון בעניין, הניח (על פניו בטעות) כי יש לו סמכות עניינית, ונתן פסק-דין לגוף התביעה אחרי הליך שכלל שמיעת עדים וראיות.¹⁴⁶ עם זאת, חלק מבתי-המשפט שלערעור סירבו לתקן את מה שנראה כטעות בסמכות העניינית, ואחד הנימוקים לסירובם יצר חריג להלכת שמש, אשר הרחיב את סמכותו של השלום ואפשר לו לדון בסעד ההריסה כ"טפל" לסעד ה"עיקרי" שהתבקש.¹⁴⁷ אפשר שהלכות אלה הונעו מהרצון לשמר תוצאה נכונה לגופה, תוך "כיפוף" הדוקטרינה לעניין הסמכות ואשרור בדיעבד של סמכותו של בית-משפט השלום. ברם, הלכות אלה, המרחיבות את היקף הסמכות העניינית, "[יצרו] מבוכה ומבולקה אצל הערכאות הדיוניות, כר נרחב למחלוקות, לפרשנויות ולהתנצחויות בשאלת הסמכות העניינית".¹⁴⁸ "מבולקה" זו הייתה אחת הסיבות לכך שבית-המשפט העליון נאלץ לבטל את הלכת שמש, אף-על-פי שלא היה אולי מבטלה אילולא מצאו בתי-המשפט חריגים להלכה במקרים ספציפיים.¹⁴⁹

144 אכן, בית-המשפט העליון האמריקאי שב והזהיר מפני מתן משקל-יתר לתיקים ספציפיים בהקשר זה. עניין *Coopers*, לעיל ה"ש 110, בעמ' 473 (incremental benefit is outweighed by the impact of... an individualized jurisdictional inquiry on the judicial system's overall capacity to administer justice").

145 לתיאור חלוקת הסמכויות בין השלום למחוזי בהקשר זה לפי הלכת שמש ראו את דבריו של הנשיא גרוניס בעניין **ברי-עוז**, לעיל ה"ש 2, שביטל את ההלכה.

146 דוגמה אחת לכך היא פרשת **קנאזע**. באותו עניין התבקש, בין היתר, סעד של הריסה בבית-משפט השלום. בית-משפט השלום בחר לדון בעניין (אף שהנתבע העלה בסיכומיו טענה נגד סמכותו של בית-המשפט לדון בתיק), ולאחר שמיעת עדים וראיות נתן פסק-דין מפורט שקיבל את התביעה לגופה. עניין **קנאזע בשלום**, לעיל ה"ש 2. מקרה דומה הוא עניין **וולפינגר**, לעיל ה"ש 2.

147 בפרשת **קנאזע** אישר בית-המשפט המחוזי את פסק-דינו של בית-משפט השלום בפסק-דין מפורט (ראו עניין **קנאזע במחוזי**, לעיל ה"ש 2), והעליון דחה את רשות הערעור על פסק-דינו של המחוזי, תוך שהוא מאשר את סמכותו של בית-משפט השלום לדון בעניין על-אף הלכת שמש: "...בהתאם להלכת הטפל והעיקרי ניתן לומר כי בית משפט השלום היה מוסמך לדון גם בסעד של צו ההריסה, הטפל לסעד הנוסף שהתבקש בכתב התביעה, ושעניינו בפינוי וסילוק ידם של המבקשים" (עניין **קנאזע בעליון**, לעיל ה"ש 2, פס' 10). שימוש זה ב"עיקר וטפל" לשם הרחבת סמכותו של בית-משפט השלום מנוגד על פניו להלכות קודמות (עניין **ברי-עוז**, לעיל ה"ש 2, פס' 13 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס). יש לציין, עם זאת, כי המצב המשפטי בסיטואציות אלה לא היה ברור לחלוטין בעת הרלוונטית (שם, פס' 10-11 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס), וכי במקרים אלה ההחלטה לדחות את הטענה לחוסר סמכות התבססה גם על האיחור בהעלאת הטענה בערכאה הראשונה.

148 עניין **ברי-עוז**, לעיל ה"ש 2, פס' 32 לפסק-דינו של השופט סולברג.

149 שם. מובן שביטול הלכת שמש נעוץ גם בשיקולים אחרים. אולם ברור כי שיקול חשוב בפסק-דין

נמצא, אם כן, כי גם אם ערכאת הערעור נוטה לאשרר את סמכותו של בית-המשפט קמא כדי לחסוך משאבים שיפוטיים עתידיים, ולא משיקולים של עלות שקועה בעבר, פרקטיקה זו יוצרת אי-ודאות דוקטרינרית. ניתן לחשוב על שני פתרונות רלוונטיים. האחד, אשר נידון לאורך מאמר זה, הוא חיזוק האפשרות לערעורי-ביניים.¹⁵⁰ ערעורי-ביניים בשאלת הסמכות העניינית מייתרים את הצורך לכופף את הדוקטרינה כאשר שאלת הסמכות העניינית מגיעה כערעור על הפסק הסופי והתוצאה לגופה נראית סבירה. בכך יש בהם כדי למנוע הרחבה שרירותית של הסמכות העניינית, כפי שממחיש הדיון בהלכת **שמש**. בכוחם של ערעורי-ביניים לתרום אם כן, באופן עקיף, לבהירות ולוודאות במשפט. פתרון רלוונטי שני הוא בחינה, אמיתית ושקופה, של החיסכון בעלויות כתוצאה מאשרור סמכות מוטעית של בית-המשפט קמא כאשר התוצאה לגופה נראית נכונה. לפי גישה זו, קיימים כמה שיקולים רלוונטיים להחלטה, כגון זמינותו של הפורום החלופי, עלויות ההתדיינות בו ומידת החשיבות שאנחנו מקנים לניהול התיק בבית-המשפט "הנכון". על בית-המשפט של ערעור להחיל שיקולים אלה בכל מקרה קונקרטי שבו הליך התנהל בחוסר סמכות אך כבר ניתנה הכרעה לגופה. גישה זו דומה ברוחה לזו המוצעת על-ידי אלון קלמנט, וכפי שהלה מציין, הכלי הדוקטרינרי המתאים לטיפול במקרים אלה הוא בטלות יחסית, ולא עקרון תום-הלב, שבו הפסיקה משתמשת כעת.¹⁵¹

הדיון בתת-פרק זה התמקד בשאלות של סמכות עניינית, אך עיקרי הדברים והפתרונות המוצעים יפים גם להחלטות-ביניים חשובות אחרות.

2. היבטים מתודולוגיים

ניתן לטעון שממצאי המחקר מושפעים מתופעות אחרות, ובפרט מבחירת המתדיינים לערער ומאופן ההכרעה בסוגיית הסמכות בערכאה הראשונה.

בר-עוז היה יצירת ודאות משפטית על רקע הנטייה בפסיקה להרחיב את סמכותו העניינית של השלום במקרים ספציפיים. הדברים בולטים במיוחד בפסק-דינו של הנשיא גרוניס – למשל, בפס' 16: "...יש לבטל את הלכת **שמש** נוכח ריבוי הגישות, היעדר האחידות והבלבול שנוצר עקב פסיקה בלתי אחידה... מכל מקום, להשקפתי, חוסר הוודאות... אינו תולדה של מה שנקבע בהלכת **שמש** עצמה. הכלל שנקבע בהלכת **שמש** הינו כלל פשוט יחסית..." (ההדגשות במקור).
150 אולי גם בתוספת של כלל ההזדמנות לערער, שנידון לעיל בחלק ה-2(ב), כדי לתמרץ מתדיינים לערער באופן מידי על החלטות-ביניים.

151 קלמנט, לעיל ה"ש 128, בעמ' 483, מסביר: "במובחן מדחיית טענה בדבר חוסר סמכות עניינית מכוח הפרה של חובת תום-הלב, על-פי דוקטרינת הבטלות היחסית בית-המשפט בוחן את טענת חוסר הסמכות העניינית לגופה, ואם הוא מוצא כי היא אכן נכונה, הוא שוקל את התוצאות שיהיו לביטול ההליך ותוצאותיו אל מול התוצאות של השארתם על כנם. לפיכך דוקטרינת הבטלות היחסית מאפשרת לבית-המשפט לבחון את השיקולים החברתיים והמערכתיים הנדרשים לצורך הכרעה בטענה המאוחרת בדבר חוסר סמכות." ראו גם בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 106, בעמ' 92–93.

(א) הבחירה לערער

המחקר מביט על תיקי ערעור. בעלי-הדין הם אלה שיכולים לערער. ייתכן שבחירת בעלי-הדין באפשרות הערעור מושפעת מקיומו של דיון הוכחות, מה שעלול להוביל להטיית התוצאות הנצפות. האם בעלי-דין נוטים לערער יותר או פחות על תיקים שהסתיימו לאחר דיון הוכחות לגוף העניין? לכאורה, תיקים שבהם הייתה השקעה גדולה לגוף העניין הם תיקים קשים (מבחינה מהותית), והם גם אלה שנוטים להגיע לבחינתה של ערכאת הערעור בתדירות גבוהה יותר.¹⁵² עם זאת, מכך לא נובע שקיים שוני בשאלות הסמכות העניינית העומדות לבחינה, אשר מוכרעות כזכור באופן טיפוסי בתחילת ההליך. ההנחה בבסיס מאמר זה היא ששאלות הסמכות העניינית הן מובחנות, ונפרדות משאלות המהות: קיימים תיקים קשים לגוף העניין עם שאלת סמכות פשוטה; ולהפך, קיימות שאלות סמכות מסובכות עם דיון מהותי פשוט.

גורמים נוספים מחלישים את החשש מפני הטיה שנעוצה בבחירתם של בעלי-הדין לערער. ראשית, הרגרסיות מביאות בחשבון משתנים רלוונטיים להחלטתם של בעלי-הדין אם לערער או לא (למשל – סוג התיק, זהות בעל-הדין המערער, ואם מדובר בערעור-ביניים או לא). באופן דומה, הורצו רגרסיות נוספות על-מנת לתת משקל למידת מורכבותו של התיק לגוף העניין.¹⁵³ שנית, מאגר המידע כולל רק שאלות סמכות אמיתיות, לאחר שהחרגתי ממנו ערעורים שבהם עלו טיעוני סמכות שאין בהם ממש.¹⁵⁴ כך שאפילו אם בעלי-דין מערערים באופן תדיר יותר על שאלות סמכות כאשר התקיים דיון הוכחות בבית-המשפט קמא, מאגר המידע כולל רק את ערעורי הסמכות שאינם ערעורי-סרק. באופן דומה, כאשר הרצתי רגרסיות נוספות כדי לצמצם את מאגר המידע רק לשאלות הסמכות היותר-חשובות, התוצאות היו חזקות יותר.¹⁵⁵ על-כן יש להניח שהחשש מכך שבעלי-הדין מערערים באופן שונה על תיקים שבהם היה דיון הוכחות לגוף העניין – תיקים "קשים" – אינו משפיע על ממצאי מאמר זה.¹⁵⁶

152 השוו: George L. Priest & Benjamin Klein, *The Selection of Disputes for Litigation*, 13 J. LEGAL STUD. 1 (1984).

153 ראו לעיל חלק ג(2)(ג).

154 ראו לעיל ה"ש 38 והטקסט הצמוד אליה.

155 ראו לעיל חלק ג(2)(ג).

156 יתר על כן, מחקרים אמפיריים קודמים שבחנו ישירות את החלטתם של בעלי-הדין לערער לא מצאו קשר בין מורכבות התיק לבין הנטייה לערער. ראו: Kevin M. Clermont & Theodore Eisenberg, *Appeal from Jury or Judge Trial: Defendants' Advantage*, 3 AM. L. ECON. REV. 125, 146–148 (2001). המחברים קובעים כי "...any selection of cases for appeal seems overall to reflect little or no systematic filtering on the basis of case strength" "...case selection on appeal functions largely as a random sampling, rather than a systematic screening". FRANK B. CROSS, *DECISION MAKING IN THE U.S. COURTS OF APPEALS* 123–147 (2007) ("litigants do not appear to play a major role in driving juridical decisions... Litigants are necessary to enable judicial action but they do not (appear to drive the outcome of that judicial action").

וריאציה אחרת של אותו טיעון היא שבעלי-דין מערערים אחרת על שאלות של סמכות משום שהם מבינים את הטיית שיקול-הדעת של ערכאת הערעור. כך, לכאורה, בעלי-דין מערערים פחות (בסוף ההליך) על החלטות-ביניים בעניין סמכות עניינית כאשר החלטות אלה קדמו להשקעה שיפוטית משמעותית לגוף העניין, שכן הם "חשים" שערכאת הערעור לא תהפוך החלטת-ביניים שלאחריה התקיים דיון הוכחות שגזל משאבים שיפוטיים רבים.¹⁵⁷

עם זאת, אין זה מובן מאליו שמתדיינים מבינים בצורה מושלמת את התנהגותם של שופטי הערעור.¹⁵⁸ חשוב מכך – גם אם בעלי-הדין מבינים את נטייתם של שופטי הערעור לאשר החלטות שבהן הייתה השקעה שיפוטית רבה, וכתוצאה מכך מערערים על שאלות סמכות בתדירות נמוכה יותר כאשר נערך דיון הוכחות, התנהגותם זו הייתה מוחקת או לכל-הפחות מחלישה את הממצאים האמפיריים. ככל שבעלי-דין אכן מבינים את תופעת העלות השיפוטית השקועה, המשמעות היא שהתוצאות שאנו רואים משקפות באופן חלקי בלבד את השפעת המשאבים השיפוטיים שהושקעו בערכאה הדיונית על שופטי הערעור.¹⁵⁹

(ב) התרחשויות בערכאה הדיונית

המחקר אינו בוחן את ההתרחשויות בערכאה הדיונית, מצד בעלי-הדין והשופטים, אשר אפשר שהן אלה שעומדות מאחורי התוצאות הנצפות. הפסקות הבאות דנות בטענות אלה.

(1) בעלי-דין

מתדיינים מתוחכמים עשויים להשפיע על איכות ההחלטה של בית-המשפט קמא בשאלת הסמכות. כאשר בעלי-דין אלה צופים דיון הוכחות מורכב, ניתן לטעון כי ביכולתם להשקיע יותר כדי לפתור את שאלת הסמכות העניינית, וכך למנוע דיון הוכחות יקר ומיותר.¹⁶⁰ מאידך גיסא, סמכות עניינית היא באופן טיפוסי שאלה משפטית טהורה, אשר שופטי הערכאה הדיונית מחויבים להעלותה גם אם המתדיינים נמנעו מלעשות כן.

157 על-סמך היגיון דומה ניתן אולי לצפות שבעלי-דין – גם תחת כלל ההכרעה הסופית האוסר ערעור-ביניים – ימצאו דרכים יצירתיות להשיג תקיפה מיידית. יש לשים לב, עם זאת, שאחד המשתנים ברגרסיות הוא אם התיק הגיע לערעור כערעור-ביניים או כערעור על הפסק הסופי.

158 שאם לא כן היינו מצפים מבעלי-דין לערער בצורה שונה על תיקים שונים ולשופטי ערעור שונים. השוו לעיל ה"ש 156.

159 לדיון נרחב ופורמלי בהיגיון זה ראו: Daniel Klerman & Yoon-Ho Alex Lee, *Inferences from Litigated Cases*, 43 J. LEGAL STUD. 209 (2014). קלרמן ולי מראים כי תחת הנחות רחבות יחסית, הבחירה של מתדיינים לפעול בתיקים מסוימים מחלישה את התוצאות הנצפות לעומת האפקט האמיתי.

160 ניתן לטעון גם כי שופטי ערכאת הערעור נוטים יותר לאשר החלטות סמכות כאשר אלה קודמות להליך הוכחות מורכב, כדי לתמרץ בעלי-דין מראש (*ex ante*) להשקיע יותר בפתרון שאלת הסמכות. לדיון בהשפעה מראש על תמריצי המתדיינים ראו קלמנט, לעיל ה"ש 128.

מכאן שיכולתם של בעלי-הדין להשפיע על איכות ההכרעה בשאלת הסמכות נראית מועטה. יתר על כן, טיעון זה מרמז שהערך הכספי של התיק משפיע על איכות ההכרעה בשאלת הסמכות, אך קשר כזה לא נמצא.¹⁶¹ ניתן להניח, אם כן, שהתנהגותם של בעלי-הדין בערכאה הדיונית אינה יכולה להסביר לבדה את ממצאי המחקר ואת נטייתם של שופטי הערעור לאשר החלטות סמכות בתיקים שבהם הייתה השקעה שיפוטית גדולה יותר לגוף העניין.

(2) שופטים

טענה נוספת היא ששופטי הערכאה הדיונית הם שמולידים את הממצאים. ניתן לטעון שכאשר הם צופים דיון הוכחות מורכב וארוך, שופטי הערכאה הדיונית מתנהגים באופן שונה. בפרט, הם מקפידים יותר בעניין סמכותם, כדי למנוע הליך הוכחות שמקורו בטעות, במיוחד לנוכח העומס שרובץ עליהם ממילא. לפי טיעון זה, המתאם הנצפה בין קבלת ערעורים בשאלת הסמכות לבין התשומות השיפוטיות לגוף העניין בבית-המשפט קמא משקף את הקפדתם של שופטי הערכאה הדיונית על הכרעה שיפוטית טובה יותר בשאלת הסמכות כאשר הם צופים דיון הוכחות מורכב. לטיעון זה יש תמונת-מראה – שופטי ערעור ייזוהרו פחות מטעות שדוחה את הסמכות העניינית, שכן במקרה כזה משמעותה של ההחלטה המוטעית היא הפחתת העומס על בית-המשפט קמא.¹⁶² ככל שטיעון זה נכון, לפחות חלקית, יש בו למעשה קריאה אחרת של הממצאים האמפיריים. התוצאות נותרות בעינן – החלטות-ביניים שאחריהן יש השקעה רבה של משאבים שיפוטיים מקבלות תשומת-לב שיפוטית שונה מהחלטות-ביניים זהות שאחריהן יש השקעה מעטה של משאבים שיפוטיים. במובן זה, המסר הנורמטיבי העיקרי של מאמר זה – שערעורי-ביניים עשויים לשפר את שיקול-הדעת השיפוטי – נותר כשהיה. ככל שממצאי מאמר זה מונעים מהתנהגותם של שופטי הערכאה הראשונה, בכוחם של ערעורי-ביניים למנוע התנהגות אסטרטגית של שופטים אלה כאשר הם מצפים להשקעה שיפוטית ניכרת לגוף העניין.¹⁶³ לעומת זאת, ניתן לצפות לתוצאה הפוכה ככל ששופטי הערכאה הדיונית סבורים ששופטי הערעור ייטו לאשר בדיעבד את סמכותם העניינית כאשר הוצאו משאבים שיפוטיים ניכרים לגוף העניין.¹⁶⁴ בתיק שבו צפוי דיון הוכחות מורכב, שופטי הערכאה הדיונית – שמעוניינים למזער את השקעתם בתיק ואת הסיכוי לביקורת של ערכאת

161 ראו לעיל ה"ש 63 והטקסט הצמוד אליה.

162 במילים אחרות, מבחינתם של שופטי הערכאה הדיונית, טעות מסוג I (false positive), כלומר החלטה מוטעית שיש סמכות עניינית, יקרה יותר מטעות מסוג II (false negative), קרי החלטה מוטעית לדחות את סמכותם העניינית.

163 במקרה כזה השיקולים בעד ונגד ערעורי-ביניים עשויים להיות שונים. אפשר שאנו רוצים לעודד את שופטי הערכאה הדיונית להתייחס לשאלות סמכות זהות באופן שונה, בהתאם למורכבותן של השאלות המהותיות.

164 משיקולים של עלות שיפוטית שקועה (פרקים א-ג לעיל) ו/או משיקולים של חיסכון בעלויות משפט עתידיות (תת-פרק 11 לעיל).

הערעור¹⁶⁵ – עלולים להוריד את איכות ההחלטה בעניין הסמכות העניינית. הסיבה לכך היא שהערכאה הדיונית צופה כי בשל המשאבים השיפוטיים הרבים לגוף העניין אין סיכוי סביר לביקורת של הערכאה הערעורית. ככל ששופטי הערכאה הדיונית מניחים אפקט של עלות שיפוטית שקועה על שופטי הערעור, יש בכך כדי להחליש את התוצאות שנצפו במחקר. האם התנהגותם של שופטי הערכאה הדיונית מחלישה את ממצאי המחקר או מחזקת אותם? סוגיות אלה הן נושא למחקר עתידי.¹⁶⁶

סיכום

מחקר זה חושף תופעה מפתיעה: שופטי ערעור אמריקאים נוטים לאשר החלטות סמכות עניינית בתדירות גבוהה יותר כאשר הערכאה הראשונה השקיעה משאבים רבים לגוף התביעה. עם זאת, מאמצים שיפוטיים אלה אינם רלוונטיים לאיכות ההחלטה בעניין הסמכות, שכן המשפט האמריקאי מבחין באופן חד בין שאלות מהות לשאלות סמכות. ממצאים אלה – שהינם מובהקים מבחינה סטטיסטית ומשמעותיים בגודלם, גם תחת מודלים שונים – מצביעים על קיומה של תופעת "עלות שיפוטית שקועה", המוכרת בהקשרים אחרים.

לתופעה זו עשויות להיות השלכות רחבות. מאמר זה מתמקד בשינוי פרוצדורלי פשוט – זכות רחבה יותר לערעור־ביניים, אשר תאיין את נטייתה של ערכאת הערעור להביא בחשבון משאבים קודמים ולא־רלוונטיים, ובכך תשפר את איכות ההחלטה של ערכאת הערעור. מאמר זה מוסיף אם כן נדבך נוסף לרשימת השיקולים הרגילים בעד ונגד ערעור־ביניים. ממצא זה מעניין במיוחד לנוכח הנטייה במשפט הישראלי בשנים האחרונות דווקא לצמצם את האפשרות לערעור־ביניים.

יש כמה סיבות להתייחס לממצאים בזהירות. במיוחד, הממצאים עשויים לבטא את התייחסותם המניפולטיבית של שופטי הערעור לשאלות של סמכות עניינית, וכן את יכולתם של שופטי הערכאה הדיונית להקצות משאבים באופן אסטרטגי. אך גם תחת קריאות חלופיות אלה של הממצאים, ההשלכה הנורמטיבית העיקרית – טיעון נוסף בזכות ערעור־ביניים – עומדת על כנה. הממצאים, המבטאים קשר חזק בין השקעה קודמת בהליך לבין הנטייה לאשר את ההחלטה, מהווים אם כן קריאה למחקר נוסף.

165 השוו: Richard Posner, *What Do Judges Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)*, 3 SUP. CT. ECON. REV. 1 (1993).

166 גם כאן ניתן לטעון להתנהגות אסטרטגית של שופטי ערעור. כך, למשל, כאשר שופטי הערכאה הדיונית אישרו את סמכותם ונפנו לדיון הוכחות מורכב, ניתן לחשוב שבכך הם מאותתים לערכאה הערעורית כי הם התייחסו ברצינות לשאלה המקדמית בעניין הסמכות. עם זאת, התנהגותם של שופטי הערעור תלויה באמונתם לגבי התנהגותם של שופטי הערכאה הדיונית (ולהפך). דיון זה חורג ממסגרת המאמר הנוכחי.

מתודולוגיות מחקר אחרות עשויות לחשוף טוב יותר את הסיבות לנטייתם של שופטי הערעור לאשר הכרעות קודמות, ולשלול הסברים חלופיים. במובן זה, מאמר זה הינו צעד ראשון בדרך שטרם נסללה.

נספח

טבלה 11 מתארת את הממצאים של חמש רגרסיות לוגיסטיות שבהן המשתנה התלוי הוא "סמכות". משתנה זה מקבל את הערך 1 כאשר בית-המשפט לערעורים מאשר את סמכותו העניינית של בית-המשפט קמא, ו-0 כאשר בית-המשפט לערעורים מקבל את הערעור בשאלת הסמכות העניינית. המשתנה הבלתי-תלוי הוא קיומו של דיון הוכחות לפני שופט או מושבעים בשאלות שלגוף העניין. חמש הרגרסיות הן כדלקמן:

(1) הרגרסיה הראשונה היא הרגרסיה הבסיסית ביותר, הכוללת את כל התיקים במאגר המידע. רגרסיה זו כוללת כמשתנה בקרה את בית-המשפט לערעורים שבו נידון התיק.

(2) הרגרסיה השנייה זהה לראשונה, אך עם שימוש בבית-המשפט שבו נידון התיק בערכאה הראשונה כמשתנה בקרה במקום בית-המשפט לערעורים.

(3) הרגרסיה השלישית זהה לראשונה, אך מאגר המידע כולל רק שאלות סמכות עניינית "פדרליות".

(4) הרגרסיה הרביעית זהה לראשונה, אך מאגר המידע אינו כולל החלטות מסוג summary orders.

(5) הרגרסיה החמישית זהה לראשונה, אך כוללת רק החלטות שבהן הביטוי "סמכות עניינית" מופיע בסיכום ההחלטה במאגר המידע.

משפט ועסקים יט, תשע"ו על ערעור־ביניים, סמכות עניינית ועלות שיפוטית שקועה

טבלה 11 : אפיון הקשר בין קבלת הערעור בשאלת הסמכות לבין קיומו של דיון הוכחות לגוף העניין בערכאה הדיונית – רגרסיות לוגיסטיות (בסוגריים – סטיות-תקן)

(5)	(4)	(3)	(2)	(1)	משתנה מסביר
*** (0.85) 2.85	** (0.46) 0.95	** (0.92) 1.96	** (0.50) 1.03	** (0.44) 0.88	דיון הוכחות
(0.85) 0.15	* (0.39) -0.74	(0.73) -0.85	* (0.43) -0.72	* (0.38) -0.72	ערעור־ביניים סוג התיק:
* (1.00) -1.83	(0.64) 0.11	(1.98) -0.30	(0.69) 0.44	(0.63) 0.14	זכויות אדם
—	** (1.22) 2.71	—	*** (1.14) 3.73	** (1.22) 2.75	פלילי
(0.83) -0.20	(0.60) 0.58	(1.76) -1.71	(0.68) 0.91	(0.59) 0.62	אזרחי
(1.01) -0.56	(0.64) 0.68	(1.81) -1.36	(0.70) 0.81	(0.63) 0.58	ציבורי
(0.99) 0.24	(0.43) 0.08	(0.74) 0.92	(0.52) 0.23	(0.44) 0.10	החלטה פה אחד
** (0.68) -1.97	(0.33) -0.13	(0.54) -0.57	(0.34) -0.19	(0.31) -0.18	תיק שלא אוחד
(0.70) -0.27	(0.50) -0.77	* (0.60) -1.15	(0.50) -0.77	* (0.48) -0.85	תיק שאינו ייצוגית
					המערער:
(1.11) 0.09	* (0.52) -0.85	(0.85) 0.48	(0.53) -0.65	(0.50) -0.70	תובע
(1.15) 0.82	(0.51) -0.30	(0.85) 1.16	(0.54) -0.26	(0.48) -0.16	נתבע
(0.13) -0.04	(0.06) -0.04	(0.12) -0.06	(0.25) 0.05	(0.06) -0.04	מרחק (לוגריתם)
כן	כן	כן	לא	כן	השפעות בימ"ש לערעורים
					קבועות
לא	לא	לא	כן	לא	השפעות בימ"ש קמא קבועות
כן	כן	כן	כן	כן	השפעות שנה קבועות
(1.67) 1.82	(1.08) 1.21	(2.34) 1.02	(1.19) 1.26	(1.05) 1.11	קבוע
128	341	135	352	367	מספר תצפיות
26.22%	10.85%	17.63%	16.15%	10.83%	Pseudo R squared

* מצוין מובהקות סטטיסטית ברמה של 10% ($p < 0.10$).

** מצוין מובהקות סטטיסטית ברמה של 5% ($p < 0.05$).

*** מצוין מובהקות סטטיסטית ברמה של 1% ($p < 0.01$).

טבלה 22 מתארת את הממצאים של רגרסיה מולטינומינלית. המשתנה התלוי הוא "סמכות", המקבל את הערך 1 כאשר בית-המשפט לערעורים מאשר את סמכותו

העניינית של בית-המשפט קמא, 0 כאשר נקבע כי לבית-המשפט קמא אין סמכות, ו-2 כאשר שאלת הסמכות מוחזרת לערכאה הדיונית. הרגרסיה כוללת את כל התיקים שבמאגר המידע. הטור הראשון משקף את התוצאה של דחיית סמכותו של בית-המשפט קמא, והטור השני הוא החזרת שאלת הסמכות לבית-המשפט קמא. קטגוריית-הבסיס היא אישור הסמכות העניינית על-ידי ערכאת הערעור.

טבלה נ2: אפיון הקשר בין קבלה והחזרה של הערעור בשאלת הסמכות לבין קיומו של דיון הוכחות לגוף העניין בערכאה הדיונית – רגרסיה מולטינומינלית (בסוגריים – סטיות-תקן)

(2)	(1)	משתנה מסביר
** (0.88) 2.15	* (0.45) -0.79	דיון הוכחות
** (1.04) 2.43	** (0.39) 0.91	ערעור-ביניים סוג התיק:
(-) -17.12	(0.64) -0.19	זכויות אדם
(-) -17.13	** (1.22) -2.71	פלילי
(-) 18.67	(0.60) -0.57	אזרחי
(-) 18.51	(0.64) -0.53	ציבורי
(-) 20.84	(0.44) 0.03	החלטה פה אחד
(0.73) 1.08	(0.32) 0.23	תיק שלא אוחד
*** (0.84) -2.11	(0.50) 0.62	תיק שאינו ייצוגי המערער:
** (0.87) -1.85	(0.52) 0.57	תובע
*** (1.09) -3.87	(0.51) -0.06	נתבע
(0.15) 0.01	(0.06) 0.04	מרחק (לוגריתם)
כן	כן	השפעות בימ"ש לערעורים קבועות
כן	כן	השפעות שנה קבועות
(-) -38.95	(1.06) -0.87	קבוע
367		מספר תצפיות
18.58%		Pseudo R squared

* מצייין מובהקות סטטיסטית ברמה של 10% ($p < 0.10$).

** מצייין מובהקות סטטיסטית ברמה של 5% ($p < 0.05$).

*** מצייין מובהקות סטטיסטית ברמה של 1% ($p < 0.01$).