



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 461/14

לפני: כבוד הנשיא א' גרוניס  
כבוד המשנה לנשיא מ' נאור  
כבוד השופט נ' הנדל

המערערים: 1. ברק רוזן  
2. אסף טוכמאיר  
3. קנדה ישראל הצוק הצפוני בע"מ

נגד

המשיבים: 1. אליהו ביטון  
2. ישראל קנדה (ט.ר.) בע"מ, משיבה פורמלית

ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו  
מיום 15.1.2014 בת.א. 55970-12-13 שניתנה על ידי  
כבוד השופטים: ד' קרת-מאיר, ח' כבוב, ר' רוזן

בשם המערערים: עו"ד אופיר בלום; עו"ד אלעד חן

בשם המשיב 1: עו"ד בנימין ה' קיסלר; עו"ד אלון גולן

### פסק-דין

הנשיא א' גרוניס:

1. האם וכיצד יש ליישם את דיני הפסלות לגבי ההליך של "דיון חוזר" המוסדר בסעיף 41(ה)(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן – חוק בתי המשפט)? זו השאלה המתעוררת בערעור הפסלות שלפנינו.

2. בשנת 2010 תיקן המחוקק את חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (חוק בתי המשפט (תיקון מס' 59), התש"ע-2010, ס"ח 2253; (להלן – תיקון מספר 59 לחוק בתי המשפט)). בתיקון זה נקבע, כי לא ניתן יהיה להגיש לבית המשפט העליון בקשת רשות ערעור על החלטה שנתקבלה בבית המשפט המחוזי (או במחלקה

הכלכלית, אם מדובר בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו), המאשרת ניהול של תובענה נגזרת או תובענה ייצוגית הנוגעת לניירות ערך. תחת האפשרות להגיש בקשת רשות ערעור, קבע המחוקק כי ניתן יהיה לעתור ל"דיון חוזר", שיתברר בערכאה בה ניתנה החלטה המאשרת את התביעה הנגזרת או התביעה הייצוגית, היינו בבית המשפט המחוזי, ובפני הרכב של שלושה שופטים. במילים אחרות, בניגוד לכלל הרגיל, לפיו הליך השגה ערעורי מוגש לערכאה הגבוהה יותר במעלות הרשות השופטת, קבע המחוקק הליך השגה המוגש לאותה ערכאה. על רקע זה מתעוררת בהליך שלפנינו השאלה הבאה: האם שופט שנתן החלטה המאשרת תביעה נגזרת או תובענה ייצוגית יכול להימנות עם ההרכב שידון בדיון חוזר? ובאופן כללי יותר, האם שופט יכול לדון בהליך מעין ערעורי, בו נבחנת החלטה שהוא עצמו נתן? לשאלה זו, שסברנו כי ראוי להכריע בה במושב תלתא, משיבים אנו היום בשלילה.

רקע

3. הסוגיה המשפטית העומדת במוקד הערעור דנא התעוררה במסגרת הליך של אישור תביעה נגזרת, שהתברר במחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו. המשיב 1 (להלן – המשיב) הגיש לערכאה האמורה בקשה לאישור תביעה נגזרת נגד המערערים והמשיבה 2. הבקשה התבררה לפני כבוד השופטת ד' קרת-מאיר (בדן יחיד). השופטת ד' קרת-מאיר החליטה לאשר את התביעה הנגזרת. המערערים לא השלימו עם החלטה. על כן, הם הגישו בקשה לקיים דיון חוזר בהחלטת האישור. בקשה נוספת לדיון חוזר הוגשה אף על ידי המשיבה 2. ההרכב שנקבע לדון בדיון החוזר כלל אף את השופטת ד' קרת-מאיר (כבוד השופטים ד' קרת-מאיר, ח' כבוב ו-ר' 1711). המערערים עתרו לפסילתה של השופטת ד' קרת-מאיר מלשבת בדיון החוזר. טענתם המרכזית הייתה, שאין זה ראוי ששופט ייטול חלק בהליך בו נבחנת החלטה שניתנה על ידו, ולו במסגרת דיון חוזר. מותב תלתא של שופטי המחלקה הכלכלית דחה את בקשת הפסלות, ועל החלטה זו הוגש הערעור.

4. בפתח הדברים מן הראוי להציג בקיצור את המסגרת החוקית הרלוונטית לעניין ההליך של דיון חוזר. תיקון מספר 59 לחוק בתי המשפט כונן את המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו. הקמתה של המחלקה הכלכלית נועדה לייעל ולשכלל את האכיפה הפלילית, המינהלית והאזרחית בעניינים כלכליים, כפי שהובהר בדברי ההסבר להצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 59) (סמכות בעניינים כלכליים), התש"ע-2010, ה"ח 484, עמוד 358; (להלן – הצעת החוק) (וראו גם, עידו באום "מקלות בגלגלים: ערעור ברשות על החלטות ביניים בבקשה לאישור תובענה ייצוגית

בנושא כלכלי" משפטים על אתר ג 45, 46-47 (תשע"א) (להלן – באום)). עיון בדברי ההסבר האמורים מלמד, כי המחוקק התכוון להקים מחלקה בעלת הרכב קבוע של שופטים, בה יתבררו מרבית העניינים הנעוצים בדין הכלכלי, הן אלה הפליליים הן אלה האזרחיים, וביחס לתאגידיים פרטיים וציבוריים כאחד. זאת, באופן המאפשר התמקצעות של השופטים שידונו בעניינים הכלכליים. המחוקק הגדיר בתיקון מספר 59 לחוק בתי המשפט את שני סוגי ההליכים הנמצאים בסמכותה של המחלקה הכלכלית: הליכים שהם "עניין כלכלי" והליכים שהוגדרו כ"עניין כלכלי-מינהלי" (ראו, סעיפים 42ב, 42ג ו-42ה לחוק בתי המשפט). כאשר מוגש הליך שהוא "עניין כלכלי" לבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, בהתאם לכללי הסמכות המקומית, הרי שעליו להתברר שם לפני שופטת או שופט המכהנים במחלקה הכלכלית, שכן מדובר בבית המשפט היחיד בו הוקמה מחלקה כלכלית (ראו, סעיף 42ה(א)(1) לחוק בתי המשפט; וראו גם, בש"א 1888/13 אשר צוריאלי יזמות בע"מ נ' יוסיקום בע"מ, פסקאות 3-6 (29.4.2013) (להלן – עניין אשר צוריאלי)). לעומת זאת, אם הליך מסויים המהווה "עניין כלכלי" מוגש לבית משפט מחוזי שאינו בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו יוכל הוא להתברר שם באופן עקרוני לפני כל שופט.

5. שניים מבין סוגי ההליכים שהוגדרו בחוק בתי המשפט כ"עניין כלכלי" (ראו סעיפים 42ב(א)(2) ו-4(4) לחוק בתי המשפט, בהתאמה) הם תביעה נגזרת כהגדרתה בחוק החברות, התשנ"ט-1999, ובקשה לאישור תובענה ייצוגית ותובענה ייצוגית, לפי פרט 5 שבתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן – חוק תובענות ייצוגיות). עניינו של פרט זה הוא בתביעה בעילה הנובעת מזיקה לנייר ערך או ליחידה כמשמעות מונח זה בחוק תובענות ייצוגיות (להלן – תובענה ייצוגית בזיקה לניירות ערך). המשותף לסוגי ההליכים הללו הוא כי בשניהם מוטל על בית המשפט לקבוע, בשלב הראשוני של ההליך, אם יש לאשר את התביעה הנגזרת או את התובענה הייצוגית, לפי העניין. חשוב לציין, כי החלטה המאשרת תביעה נגזרת או תובענה ייצוגית מסווגת כ"החלטה אחרת" לעניין דרך ההשגה עליה. במקרה הרגיל, ובכפוף לחריגים שונים, ניתן להגיש לערכאת הערעור בקשת רשות ערעור על "החלטה אחרת" (לעניין דרך ההשגה על החלטה המאשרת בקשה לתובענה ייצוגית ראו, סעיף 8(ד) לחוק תובענות ייצוגיות; לגבי השגה על החלטה המאשרת תובענה ייצוגית נגד רשות מינהלית, ראו סעיף 12(ב)(13) לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000). אולם, בסעיף 41(ה)(1) לחוק בתי המשפט, שנחקק במסגרת תיקון מספר 59 לחוק בתי המשפט, קבע המחוקק כי ביחס להחלטה המאשרת תביעה נגזרת או תובענה ייצוגית בזיקה לניירות ערך, לא עומדת אפשרות להגיש בקשת רשות ערעור. כך קבע המחוקק בהוראת דין זו:

"על אף האמור בסעיף קטן (ב) ובסעיף 8(ד) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, לא תינתן רשות ערעור על החלטת בית משפט מחוזי לאשר תובענה ייצוגית לפי פרט 5 לתוספת השנייה לחוק האמור או לאשר תביעה נגזרת לפי סעיף 198 לחוק החברות, התשנ"ט-1999."

6. לצד הדברים האמורים, לא נחסמה לחלוטין האפשרות להשיג על החלטה המאשרת תביעה נגזרת או תובענה ייצוגית בזיקה לניירות ערך. ראשית, בכל מקרה יכולים בעלי הדין להשיג לפני בית המשפט העליון, במסגרת הערעור על פסק הדין הסופי, גם על ההחלטה המאשרת את התביעה הנגזרת או את התובענה ייצוגית (ראו סעיף 41(ה)(3) לחוק בתי המשפט). אך מה יעשה בעל דין המבקש להשיג על אחת מן ההחלטות האמורות, עוד לפני מתן פסק הדין הסופי בהליך? המחוקק קבע, כי אותו בעל דין יוכל לעתור ל"דיון חוזר", אשר ייערך בבית המשפט בו ניתנה ההחלטה, ולפני מותב של שלושה שופטים. המסלול הדינוני של הדיון החוזר הוסדר בסעיף 41(ה)(2) לחוק בתי המשפט, שזו לשונו:

"לבקשת בעל דין, יקיים בית המשפט דיון חוזר בהחלטה כאמור בפסקה (1) בהרכב של שלושה שופטים; מצא ההרכב כי בקשה לדיון חוזר מעלה עניין שיש בו חשיבות, רגישות או חידוש מיוחדים, רשאי הוא להורות על העברת הדיון בו לבית המשפט העליון אשר ידון בבקשה לדיון חוזר כאילו היתה ערעור על ההחלטה; על החלטת ההרכב לפי פסקה זו לא תינתן רשות ערעור."

כבר עתה יודגש, כי הוראת דין זו ממצה את ההסדר החוקי שנקבע לגבי הדיון החוזר. המחוקק יצר, אם כן, הליך חדש, אך נמנע מלהבהיר מגוון של סוגיות דינוניות חשובות הקשורות אליו. כך למשל, לא נקבע בחוק תוך כמה זמן רשאי בעל דין לעתור לדיון חוזר(!). על כן, הזכות הדינונית לבקש דיון חוזר יכולה, לכאורה, לעמוד לבעלי הדין גם בחלוף מספר חודשים מיום מתן החלטת האישור. אפילו ניתן יהיה לדחות את הדיון החוזר אך בשל שיהוי שנפל בהגשתו (ואיני מתכוון להרחיב בדבר במסגרת ההליך דנא), הרי שעדיין הכרעה זו היא פרי של הפעלת שיקול דעת שיפוטי שאמור להיות מופעל בכל מקרה ומקרה. כל זאת, בלא שנקבעה בחוק, בניגוד למקובל, מסגרת זמן ברורה שבגדרה ניתן להגיש את ההליך. יובהר כי מדובר רק בדוגמה אחת מבין שלל סוגיות דינוניות שלא זכו להתייחסות בהסדר החוקי הדל המתייחס להליך של דיון חוזר. כשלעצמי אין לי אלא להביע תמיהה על כך, שהרי עסקינן בהסדר חוקי המצהיר על עצמו ככזה שנועד לקדם יעילות דינונית בבירור של עניינים כלכליים. ספק בעיני אם

היעדר הסדרה של סוגיות דיוניות בסיסיות מגשימה מטרה זו. יש להצר על כך שבתו המשפט יידרשו להשקיע משאבים לא מבוטלים על מנת להשלים את שהחסיר המחוקק. יוער, כי את הסוגיות הדיוניות ניתן ורצוי להסדיר בחקיקת משנה ולא דווקא בחקיקה ראשית.

7. מכל מקום, וכפי שצוין, כל בתי המשפט המחוזיים בארץ מוסמכים לדון ב"עניין כלכלי", ולא רק שופטי המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו. על כן, חשוב להבהיר, כי גם בבית משפט מחוזי שלא הוקמה בו מחלקה כלכלית עשוי להתקיים דיון חוזר. כך משמיעה לנו בכירור ההוראה שנקבעה בסעיף 41(ה)(1) לחוק בתי המשפט, הקובעת כי לא תינתן רשות ערעור על החלטת בית משפט מחוזי לאשר תביעה נגזרת או תובענה ייצוגית בזיקה לניירות ערך. על כן, השאלה הטעונה הכרעה בערעור זה היא בעלת השלכה על כלל בתי המשפט המחוזיים בארץ, ולא רק על המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו.

דיון

8. לאחר שאמרנו דברים אלה יש לשוב ולהידרש לשאלה העקרונית הטעונה הכרעה: האם שופט של בית המשפט המחוזי, אשר הכריע בבקשה לאישור תביעה נגזרת או תובענה ייצוגית בזיקה לניירות ערך, יכול להימנות עם הרכב השופטים שידונו בדיון חוזר על ההחלטה שניתנה על ידו? אומר כבר עתה: ההליך דנא אינו מהווה אכסניה דיונית מתאימה לשרטט באופן מדויק את אופיו של הדיון החוזר ואת סוג הטענות שניתן להעלות בגדרו. לצורך הדיון בערעור הפסלות די במסקנה – שתוצג בהרחבה בהמשך הדברים – לפיה ניתן מבחינה עקרונית להעלות בהליך זה גם טענות ערעוריות "רגילות". הואיל וניתן להעלות טענות ערעוריות בדיון החוזר, דומה שמדובר בהליך שאין לו אח ורע בשיטת המשפט בישראל. זאת, משום שהוא מאפשר העלאת טענות ערעוריות בפני אותה ערכאה שנתנה את ההחלטה עליה מבקשים להשיג. כלומר, הליך מיוחד זה מאפשר להעלות לפני שופטים של בית המשפט המחוזי טענות ערעוריות על החלטה שניתנה על ידי שופט של בית המשפט המחוזי (דוגמה נוספת לערעור המוגש לאותה ערכאה, אך לפני מספר גדול יותר של שופטים, הייתה קבועה בעבר בסעיף 75 לחוק הכשרות האפוטרופסות, התשכ"ב-1962, אך הסעיף בוטל; ראו שלמה לויין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד, 200, ה"ש 1 (מהדורה שנייה, 2008) (להלן – לויין)). ודוקו, החלטה אחרת של רשם (שאינו רשם בכיר) ניתנת לערעור בבית המשפט בו הוא משמש רשם (סעיף 96(ב) לחוק בתי המשפט; אך, כידוע, פסק דין של רשם דינו, לענין ערעור, כפסק דין של בית המשפט שבו הוא משמש רשם;

סעיף 96(א) לחוק האמור). אולם, בשל אופייה ההיררכי של מערכת בתי המשפט ברור שקיים הבדל משמעותי, לעניין הערעור, בין החלטה של רשם לבין החלטה שניתנה על ידי שופט. יצוין, במאמר מוסגר, כי ועדה שבחנה בשנת 1980 את המבנה והסמכויות של בתי המשפט, בראשות הנשיא מ' לנדוי, הציעה להקים מחלקת ערעורים בבתי המשפט המחוזיים, אשר תהא מוסמכת לדון, בין היתר, בערעור על פסק דין שניתן בבית המשפט המחוזי כערכאה ראשונה (ראו, הועדה לבדיקת המבנה והסמכויות של בתי המשפט דו"ח הוועדה, 22 (1980)). אולם, הצעה זו לא נתקבלה.

מן האמור עולה, כי הדיון החוזר מהווה חריג בולט לדרך הרגילה בה ניתן להעלות השגות ערעוריות על החלטה שניתנה על ידי שופט של בית המשפט המחוזי, שכן הליך ההשגה מתברר לפני הרכב של שופטים המכהן באותה ערכאה בה מכהן השופט שנתן את החלטה. אומר כבר בשלב זה, שהגעתי לכלל מסקנה כי אין מנוס מן הקביעה העקרונית כי שופט אינו יכול להימנות עם הרכב השופטים הדין בדיון החוזר המופנה נגד החלטה שניתנה על ידו. על כן, יש להורות על פסילתה של השופטת ד' קרת-מאיר מלשבת בהרכב השופטים שידון בדיון החוזר. אעמוד עתה על הטעמים שהובילוני למסקנה זו. מדובר, כפי שיפורט עתה, בשני טעמים מרכזיים, המשלימים האחד את השני: ראשית, באופן עקרוני אין זה ראוי שמי שהכריע בבקשה לאישור ידון בדיון החוזר. זאת, בשל עמדה מוקדמת שהתגבשה ביחס לסוגיה שתתברר בדיון החוזר. שנית, אפילו ניתן לומר במקרה מסוים שלא התגבשה אצל השופט עמדה מוקדמת, הרי שיש לפסול אותו בשל טעמים מוסדיים. להשקפתי, אין זה מתקבל על הדעת ששופט ישב כערכאת ערעור על החלטה או פסק דין שהוא עצמו נתן.

טעם ראשון: עילת פסלות הנובעת מעמדה מוקדמת

9. הטעם הראשון המצדיק את קבלת ערעור הפסלות נעוץ בחשש לקיומה של עמדה מוקדמת ביחס לעניין שיתברר בדיון החוזר. בבסיס דיני הפסלות עומד אחד המאפיינים המובהקים של כל מערכת משפט תקינה: האובייקטיביות השיפוטית. על רקע זה השתרש בשיטתנו הכלל, כי שופט שמתקיים לגביו חשש ממשי למשוא פנים, חייב לפסול עצמו מלשבת בדין. כלל זה קיבל את ביטויו בסעיף 77א לחוק בתי המשפט, הקובע כי "שופט לא ישב בדין אם מצא, מיזמתו או לבקשת בעל דין, כי קיימות נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט". ודוק, בחקיקה ובפסיקה התגבשו עם השנים שורה של עילות שבכוון להצדיק את פסילתו של בית המשפט. כפי שצוין, השאלה המתעוררת בהליך דנא רלוונטית לתת-הקבוצה של המקרים, בה נטען שהשופט היושב בדין מכיר את הסכסוך הנדון ואף הביע לגביו

עמדה, קרי כי לשופט עמדה מוקדמת לעניין הטענה שהועלתה לפניו ואשר טעונה הכרעה (ראו, יגאל מרזל דיני פסלות שופט 264 (2006) (להלן – מרזל)). כלום נדרש השופט לפסול עצמו מלשבת בדין במקרים מסוג זה?

10. התשובה לשאלה זו אינה חד משמעית. דוגמאות מן הפסיקה מלמדות כי לא מתקיימת בהכרח עילת פסלות בכל מקרה בו בית המשפט הביע עמדה מוקדמת ביחס לעניין המונח לפניו. כך, לעתים שופטת או שופט עשויים לשבת בדין בשני הליכים שונים (או יותר), הקשורים לאותה פרשה עובדתית, בהם מעורבים אותם בעלי דין. פעם אחר פעם נפסק, כי ההכרעה בהליך המוקדם בזמן אינה מקימה, מיניה וביה, עילת פסלות לגבי ההליך המאוחר בזמן (ראו למשל, ע"א 8168/02 פלוני נ' פלוני, פסקה 4 (21.10.2002); ע"א 2211/11 פלונית נ' פלונית, פסקה 7 (4.7.2011); ע"א 7350/14 טי.ג'י.אי השקעות מניבות (2008) בע"מ נ' דונן, פסקה 6 (25.11.2014)). כך גם כאשר אותו הליך מתברר לפני אותו שופט וניתנות על ידו החלטות בשלבים שונים של הדיון. לדוגמה, מקום בו השופט מכריע בבקשה לסעד זמני ולאחר מכן נדרש לדון בהליך העיקרי. גם כאן אין מתגבשת בהכרח עילת פסלות (ראו, למשל, ע"א 3679/13 גולן נ' חיו, פסקה 6 והאסמכתאות שם (10.6.2013)). הוא הדין במקרים בהם מוחזר הליך מסוים לדיון לפני שופט בעקבות התערבות ערכאת הערעור (ראו לדוגמה, ע"פ 1648/13 עמרם נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (7.3.2013); ע"א 6951/14 טיויאם נכסים בע"מ נ' חוה, פסקה 7 (16.11.2014)). בכל המקרים המתוארים, לא קיימת לגבי השופט מניעה עקרונית מלשבת בדין ואין בהבעת העמדה המוקדמת כדי להקים בכל מקרה עילת פסלות. על מנת להכריע בטענת הפסלות יש לבדוק על בסיס מכלול הנתונים הרלוונטיים, אם נתקיים מבחינה מהותית חשש ממשי למשוא פנים. על הטוען לפסילת בית המשפט להראות כי בהליך הנוכחי אין השופט פתוח לשכנוע (ראו, מרזל, בעמ' 265). אם נסיבות המקרה מלמדות כי דעתו של השופט "ננעלה" לא יהיה מנוס מפסילתו. אולם, אם הנסיבות מצביעות על כך שהשופט פתוח לשכנוע, לא יהיה זה מוצדק להורות על פסילתו אך בשל כך שכבר הביע עמדה לגבי העניין הטעון הכרעה.

11. לצד זאת חובה לציין, כי הכלל שהתגבש בפסיקה, לפיו לא מתקיימת בהכרח עילת פסלות במקרים המתוארים, מתבסס על ההנחה שכמעט תמיד יימצא הבדל מסוים בין ההליך המוקדם בזמן בו הכריע השופט, לבין ההליך בו הועלתה טענת הפסלות. פועל יוצא מכך הוא, שאם קיים קושי ממשי להצביע על הבדל מהותי כלשהו בין הסוגיות הטעונות הכרעה בכל אחד מן ההליכים, או שמדובר באותה תשתית ראייתית, הרי שראוי הוא, ככלל, שבית המשפט אכן יפסול עצמו מלשבת בדין. עמד על כך מרזל בעמ' 275 בספרו:

“... ברוב המקרים לא יהיה בעצם הדיון הקודם בהליך דומה כדי להקים חשש ממשי למשוא פנים, שכן כמעט תמיד יימצא הבדל בר משמעות בין ההליכים; יחד עם חזקת המקצועיות של השופט ואי תלותו הוא יאייץ את החשש כי השופט לא יוכל להשתחרר מקביעותיו הקודמות... אולם, אם מדובר באותה שאלה בדיוק בהליך דומה או זהה, כאשר נקבעו ממצאים שבעובדה לגופו של עניין, על בסיס אותן טענות, סביר להניח כי השופט ייפסל מלשבת בדיון” [ההדגשות שלי – א’ ג’].

12. מדוע, אם כן, הגעתי לכלל מסקנה כי שופט שנתן החלטה בבקשה לאישור תביעה נגזרת או תובענה ייצוגית בזיקה לניירות ערך, מחויב לפסול עצמו מלדון בדיון החוזר על ההחלטה? הסיבה לכך היא, שעל פי הוראות הדין אין מניעה שהסוגיות שתבררנה בדיון החוזר תהיינה דומות, אם לא זהות לחלוטין, לאותן סוגיות שנדונו והוכרעו בשלב של בקשת האישור. המחוקק לא הגביל בסעיף 41(ה)(2) לחוק בתי המשפט את סוג הטענות שניתן להעלות במסגרת הדיון החוזר. על כן, על פני הדברים ניתן להעלות בהליך זה אף טענות המופנות נגד קביעות עובדתיות שנכללו בהחלטת האישור או טענות ערעוריות מובהקות המתמקדות כל כולן בנסיבותיו הספציפיות של ההליך. לעניין זה אין לי אלא להפנות לסעיף 41(ה)(2) לחוק בתי המשפט, הקובע כי אם “...מצא ההרכב כי בקשה לדיון חוזר מעלה עניין שיש בו חשיבות, רגישות או חידוש מיוחדים, רשאי הוא להורות על העברת הדיון בו לבית המשפט העליון...”. מהוראה זו, המקנה סמכות להעביר את העניין לבית המשפט העליון אם מתעוררת בו סוגיה בעלת “חשיבות, רגישות או חידוש מיוחדים”, יכולים אנו ללמוד כי בדיון החוזר עשויות להתעורר גם סוגיות שאין בהן חשיבות, רגישות או חידוש מיוחדים, כלומר טענות ערעוריות רגילות. אם המחוקק איפשר העלאת טענות ערעוריות כגון דא, הרי שמשמעות הדברים היא כי המותב הדן בדיון החוזר מוסמך מבחינה עקרונית להתערב, במקרה מתאים, אף בהכרעות עובדתיות שנכללו בהחלטת האישור וכן לברר טענות ערעוריות מובהקות. הכרעות אלה, אף שאינן סופיות (שכן עסקינן בשלב האישור ולא בפסק הדין הסופי), בהחלט עשויות ללמד על עמדה נחרצת של בית המשפט. זאת, בין היתר, משום שהשלב של אישור תביעה נגזרת או תובענה ייצוגית הוא שלב בעל חשיבות עליונה וקריטית בהליכים מסוג זה.

13. ער אני לכך שייתכן שבדיון החוזר לא תועלינה השגות עובדתיות אלא שאלות משפטיות גרידא, ואז ניתן יהיה לומר שהשופט שדן בהחלטת האישור יהיה פתוח יותר לשכנוע. כמו כן, כפי שצוין, ההכרעה בהחלטת האישור אינה סופית, שכן ההכרעות של בית המשפט בשלב זה הן לכאוריות ואינן נחרצות. על כן ניתן לטעון, שאין מניעה



שהשופט שנתן את החלטת האישור ייטול חלק בדיון החוזר. תשובתי לטיעון זה הינה, שבדיון החוזר עשויות להתברר אותן סוגיות שנדונו בהחלטות האישור וביחס לאותן דף הוכחה. להמחשת הדברים, טלו, למשל, בקשה לאישור תובענה ייצוגית בזיקה לניירות ערך. בשלב האישור של התובענה נדרש בית המשפט לקבוע, בין היתר, אם יש אפשרות סבירה שהשאלות המתעוררות תוכרענה לטובת חברי הקבוצה בתום ההליך (ראו, סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות). בדיון החוזר תתברר אותה סוגיה בדיוק, ובאותו דף הוכחה: גם בדיון החוזר יידרש ההרכב להכריע אם קיימת אפשרות סבירה להכרעה לטובת הקבוצה. על כן, ברוב רובם של המקרים יהיה זה נכון לומר שהתגבשה אצל השופט עמדה מוקדמת הפוסלת אותו מלשבת בדיון החוזר, בו מתבררות אותן סוגיות בהן הכריע כבר השופט בשלב הקודם של ההתדיינות.

טעם שני: שופט אינו יכול לשבת כערכאת ערעור על החלטותיו שלו

14. טעם נוסף המצדיק את המסקנה ששופט אינו יכול לשבת בדיון חוזר המופנה נגד החלטה שניתנה על ידו, נעוץ בשיקולים מוסדיים. כוונתי היא לכך שאין זה ראוי מבחינה עקרונית ששופט ישב כערכאת ערעור על החלטות שהוא עצמו נתן. נזכיר, כי ההסדר שנקבע לגבי דיון חוזר נחקק, למעשה, כתחליף לאפשרות להגשת בקשת רשות ערעור. במלים אחרות, המחוקק סגר את השער מפני תקיפה ערעורית ברשות של ההחלטה באותו שלב. תחת זאת באה האפשרות של דיון חוזר באותה ערכאה. מאחר שמדובר בתחליף להליך ערעורי, ראוי לצמות את ההליך של דיון חוזר, ככל הניתן, לתקיפה ערעורית.

15. הכלל לפיו שופט אינו יכול לשבת כערכאת ערעור על החלטות ופסקי דין שהוא עצמו נתן, כבר נזכר בעבר בפסיקתו של בית משפט זה (ראו, בג"ץ 405/81 פד"ר נ' בית הדין הדרוזי, פ"ד לו(3) 103, 104-105 (1982); בג"ץ 5621/96 הרמן – ראש עיריית אופקים נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(5) 791, 810 (1997)). ואכן, על פי הפרקטיקה הנוהגת, שופט של בית המשפט המחוזי אינו יושב בערעורים על פסקי דין שניתנו על ידו בעת שכיחן בבית משפט השלום. כמובן, שפרקטיקה זו חלה אף לגבי שופטים שנתמנו לבית המשפט העליון, לאחר שכיחנו בבית המשפט המחוזי. במקרים אלה, הכרעתו של השופט בערכאה הדיונית הייתה סופית. בערכאת הערעור תתעוררנה, ככלל, שאלות שנדונו והוכרעו על ידי השופט כאשר ישב בדיון בערכאה הדיונית. על כן קיימת, הלכה למעשה, עילת פסלות לפיה מנוע השופט מלשבת כערכאת ערעור על החלטות שנתן בעצמו. אולם, אפילו ניתן להצביע במקרים מסוימים על כך שהכרעת השופט בערכאה הדיונית לא הייתה סופית, ועל כן ייתכן שהוא פתוח לשכנוע בשבתו

כשופט ערעור (על החלטותיו שלו עצמו), הרי שלהשקפתי, טעמים של מראית פני הצדק מחייבים – מבחינה עקרונית – ששופט לא ישב כערכאת ערעור על החלטותיו. אמון הציבור במערכת המשפט עלול להיפגע אם יתאפשר לשופטים לדון בערכאת הערעור על החלטות ופסקי דין שנתנו בעת שכיחנו בערכאה הדיונית. עמד על כך מרזל, בציינו כי "בין על פי מבחן החשש הממשי למשוא פנים ובין על פי מבחן מראית פני הצדק, אין השופט כשיר לשבת בדין בערעור על פסק דינו שלו" (מרזל, בעמ' 219). יוער, כי אף במדינות המשפט המקובל השתרש הכלל האוסר על שופט לדון בערכאת ערעור על החלטות שהוא עצמו נתן. בארצות הברית נקבע בדיני הפסלות הפדרליים, ברחל בתך הקטנה, כלל המחייב שופט לפסול עצמו מלדון בערעורים על פסקי דין שהוא עצמו נתן ("No judge shall hear or determine an appeal from the decision of") (28 U.S. Code §47, "a case or issue tried by him"). גם באנגליה אין זה מקובל ששופט יושב בערעור על החלטות ופסקי דין שנתן, אף שבעבר אירעו מקרים בהם שופטים אנגליים בחרו שלא לפסול עצמם מלשבת בדין במקרים כגון דא (ראו Shimon (Shetreet JUDGES ON TRIAL, 311-312 (1976)).

16. יצוין, כי את הכלל האוסר על שופט לשבת כערכאת ערעור על החלטות שהוא עצמו נתן, ניתן להסביר, על דרך ההיקש, ובשינויים המחויבים, באמצעות הכלל האוסר על ניגוד עניינים מוסדי במשפט המינהלי. משמעותו של הכלל האוסר על ניגוד עניינים מוסדי, הוא שעובד ציבור אינו אמור להימצא במצב של ניגוד עניינים בין שני אינטרסים שלטוניים אשר על שניהם הוא מופקד. כלל זה אינו עוסק, אם כן, בניגוד עניינים בין אינטרס שלטוני של בעל התפקיד לבין אינטרס אישי שלו, אלא בין שני אינטרסים שלטוניים הנובעים מכך שעובד הציבור מחזיק ב"שני" כובעים (ראו לדוגמה, בר"ם 4443/03 עיריית חולון נ' רשות שדות התעופה בישראל, פסקאות 53-55 (השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה) (17.7.2011); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי - כרך ב', 537-535 (2010)). דוגמה לכך היא מקרה בו הגורם המבוקר משמש במקביל אף כגורם המבקר (ראו, בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה, פ"ד לד(2) 566, 571-572 (1980)). במקרים מסוג זה, כאשר תפקידו של עובד הציבור בכובעו האחד עלול להשליך או להשפיע על תפקידו בכובעו האחר, הרי שדומה כי "... יש למנוע לא רק את הסכנה של אי עשיית צדק, אלא גם את האפשרות שלא יראה שהצדק נעשה" (בג"ץ 293/64 חסין נ' הרשות המוסמכת לפי חוק החכרת מקרקעין, פ"ד יט(1) 572, 576 (1965)). ניתן, איפוא, לטעון, כי שופט המשמש הן כערכאה דיונית הן כערכאת ערעור, כאשר בשני המקרים נבחן אותו עניין, מחזיק ב"שני כובעים" ועל כן ראוי שהשופט יפסול עצמו מלשבת בהליך בו נערכת ביקורת ערעורית לגבי החלטות שנתן.

17. בהמשך לדברים האמורים אבקש להבהיר, כי אין ללמוד גזירה שווה לענייננו משני סוגי הליכים בהם עשויה אותה ערכאה (כולל אותו שופט) לבחון פעם נוספת החלטה שניתנה על ידה. כוונתי היא לסוג ההליכים של "עיון חוזר" ו-"דיון נוסף", בהם לא מתקיימת עילת פסלות.

אשר להליך של "עיון חוזר", קיימים שני חריגים פסיקטיים בהם הכירו בתי המשפט בעילה לעיון חוזר בהחלטת ביניים שניתנה לאחר שמיעת שני בעלי הדין: העילה הראשונה היא שינוי נסיבות מהותי מאז ניתנה ההחלטה המקורית; והעילה השנייה מתייחסת למקרים בהם נפלה טעות ברורה בהחלטת בית המשפט (ראו, ע"א 3604/02 אוקו נ' שמי, פ"ד נו(4) 505, 508 (2002); רע"א 4472/10 Proneuron Biotechnologies, Inc נ' טבע תעשיות פרמצביות בע"מ, פסקה י"ח (השופט א' רובינשטיין) (6.10.2010); בנימין רוטנברג, "אי סופיותן של החלטות-ביניים" משפטים כ"א 463, 471-476 (התשנ"ב); חמי בן נון וטל חבקין הערעור האזרחי 427 (מהדורה שלישית, 2012)). מכל מקום, אף בחקיקה עוגנו הסדרים המאפשרים עיון חוזר (או עיון מחדש) בהחלטות ביניים שניתנו בהליך שיפוטי. כך למשל, דברי חקיקה שונים קובעים כי בית המשפט רשאי לעיין מחדש בהחלטה שעניינה צווים זמניים עקב שינוי נסיבות או גילוי עובדות חדשות (ראו לדוגמה, תקנה 368 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984; סעיף 40 לחוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005; סעיף 29 לחוק מאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג-2003). הוא הדין לעניין עיון חוזר בהחלטות שעניינן מעצר (ראו סעיף 52 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996, המאפשר לעצור, משוחרר בערובה או תובע לעתור לעיון חוזר בעניין הנוגע למעצר, לשחרור או להפרת תנאי ערובה, אם נתגלו עובדות חדשות, נשתנו הנסיבות או עבר זמן ניכר מעת מתן ההחלטה). ואכן, בכל המקרים הללו רשאי אותו שופט לבחון מחדש החלטה שניתנה על ידו. ברם, קיים שוני בסיסי בין המסגרת הדיונית של "עיון חוזר" לבין זו של "דיון חוזר", שנקבעה בסעיף 41(ה)(2) לחוק בתי המשפט. בשונה מן המקרים אשר עשויים להצדיק במקרים חריגים בקשה לעיון חוזר בהחלטת ביניים, הרי שאין מניעה שההליך של דיון חוזר יתקיים גם כאשר לא חל כל שינוי בנסיבות, וגם מקום בו לא נטען לטעות ברורה בהחלטת האישור. זאת ועוד, כבר נפסק כי הליך העיון החוזר אינו מיועד להעלאת טענות ערעוריות (ראו למשל, רע"א 1574/11 שטראוס שיווק בע"מ נ' אודמן, פסקה 13 (14.7.2011)), ואילו בדיון החוזר אין מניעה עקרונית מהעלאת טענות ערעוריות, כפי שפורט לעיל. לעניין עיון חוזר (או עיון מחדש) יש להוסיף את ההערה הבאה: במהלך השנים התפתחה פרקטיקה מצידם של עורכי דין להגיש בקשה לעיון חוזר, במיוחד לגבי החלטות ביניים, אף כאשר אין מדובר בשינוי

נסיבות או גילוי עובדות חדשות וגם אם אין מדובר בטעות ברורה בהחלטה. למעשה, במקרים רבים הפכה הפרקטיקה למעין תחליף לבקשת רשות ערעור (כאשר מדובר בהחלטת ביניים). לפרקטיקה זו אין כל בסיס בדין. נראה שבמקרים כאלה, שאינם מתאימים לעיון חוזר, ראוי לעיתים לעשות שימוש במכשיר של הוצאות (בין לטובת הצד שכנגד או לטובת המדינה).

18. אשר להליך של דיון נוסף: סעיף 30 לחוק בתי המשפט מתווה שתי דרכים חלופיות שמכוון ניתן להורות על דיון נוסף. המסלול הראשון מקנה להרכב של שלושה שופטים, בעת מתן פסק דין בעניין מסויים, את הסמכות להורות שבית המשפט העליון ידון בו דיון נוסף בחמישה או יותר (סעיף 30(א) לחוק בתי המשפט). הדרך השנייה להורות על דיון נוסף ניתנת להפעלה לאחר שכבר ניתן פסק דין בידי מותב שלושה בבית המשפט העליון. בהתאם לסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט מוסמך נשיא בית המשפט העליון (או שופט אחר שהוסמך לכך) להיענות לבקשה לקיים דיון נוסף בפסק הדין. זאת, אם ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה יש מקום לדיון נוסף (לסקירת ההסדר החוקי החל לגבי ההליך של דיון נוסף ראו גם, בש"א 834/14 פלונית נ' פלוני, פסקה 4 (22.4.2014)). נכון הוא, שהפרקטיקה הקיימת היא שהשופטים שנתנו את פסק הדין מושא הדיון הנוסף יושבים, ככלל, אף בדיון הנוסף עצמו, כלומר לא מתקיימת לגביהם עילת פסלות. זאת, אף שכבר הובעה על ידם עמדה מוקדמת ונחרצת לגבי העניין העומד להכרעה בדיון הנוסף (למקרה נדיר, וחריג, בו החליט שופט של בית המשפט העליון לפסול עצמו מלשבת בדיון נוסף, חרף הכלל האמור, ראו דנ"פ 2334/09 פרי נ' מדינת ישראל (26.1.2010) (השופט א' א' לוי); בנוסף יש לזכור, כי על פי הפרקטיקה הנוהגת, מי שמכריע בעתירה לדיון נוסף, כלומר בעצם השאלה אם לקיים דיון נוסף בפסק הדין, אינו אחד השופטים שישב בדיון בפסק הדין מושא העתירה). עם זאת, אין ללמוד מן האמור לעיל כי יש להחיל כלל דומה אף בהליך של דיון חוזר. זאת, בהתחשב במספר הבדלים בולטים בין שני סוגי ההליכים (לסקירה נוספת של ההבדלים ראו גם, דניאל רימון וטל אמיר "בית משפט כלכלי – מדלור לישראל" תאגידים ז 3, 84, ה"ש 217 (2010) (להלן – רימון ואמיר)).

19. ההליך של דיון נוסף מתקיים בבית המשפט העליון במקרים נדירים ויוצאי דופן בלבד, בהתאם לעילות המצומצמות שנקבעו בסעיף 30 לחוק בתי המשפט. בעת הבחינה אם לקיים דיון נוסף, נדרש בית המשפט לברור, לאחר בחינה שקולה ומדוקדקת, את המקרים המיוחדים המצדיקים דיון נוסף (ראו למשל, דנג"ץ 5019/13 בית הדין השרעי לערעורים בירושלים נ' פלונית, פסקה 7 (14.8.2013)). לענייננו

חשוב לציין, כי אחד הכללים הבסיסיים לגבי הדיון הנוסף הוא שאין הוא אמור להיות ערעור נוסף. עמד על כך הנשיא מ' שמגר, באומרו כי "הדיון הנוסף אינו ערעור נוסף מבחינת מגמתו העיקרית, כי במרכזו אינה עומדת השאלה, אם בית המשפט נהג כהלכה... אלא נבחנת ההלכה המשפטית בתור שכזאת" (ד"נ 6/82 ינאי נ' ראש ההוצאה לפועל, פ"ד לו(3) 99, 101 (1982) [ההדגשה במקור – א' ג']). אכן, בדיון הנוסף לא פסק הדין כולו שניתן בבית המשפט העליון הוא העולה לדיון, אלא ההלכה שנכללה בו, אשר לגביה ניתנה הרשות לדיון נוסף. השופטים שנתנו את פסק הדין המקורי נדרשים להכריע, ביחד עם שאר חברי ההרכב המורחב, אם יש מקום להותיר על כנה את ההלכה המשפטית שנפסקה בפסק הדין. היו מקרים, אם כי מעטים, בהם אחד משופטי ההרכב המקורי חזר בו מעמדתו המקורית שהובאה בפסק הדין מושא הדיון הנוסף (ראו, לדוגמה, ד"נ 10/69 בורונובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה(1) 7, 52 (השופט א' מני) (1971); ד"נ 29/83 סהר חברה לביטוח בע"מ נ' כהנא, פ"ד לט(1) 433, 439 (השופטת ש' נתניהו) (1985); דנ"פ 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 5, 46 (הנשיא א' ברק) (1998); דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 743 (הנשיא א' ברק) (2000); דנ"א 2121/12 פלוני נ' דיין אורבך, פסקה 2 לחוות דעתו של השופט י' עמית (2014); וראו גם יגאל מרזל "סעיף 18 לחוק יסוד: השפיטה – דיון נוסף בדיון הנוסף" ספר דורית ביניש (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ, עורכים) (עתיד להתפרסם, 2015)). אולם, מדובר במקרים יוצאי דופן, שכן ככלל שופטי ההרכב המקורי אינם משנים את עמדתם בפסק הדין מושא הדיון הנוסף. זאת, גם בהינתן שלא כל פסק הדין המקורי עומד לבחינה מחודשת, אלא רק ההלכה המשפטית שנפסקה בו. בניגוד לדיון הנוסף, הרי שבדיון חוזר אין מניעה מהעלאת כל טענה לפני המותב הדין בהליך, כולל טענות בעלות אופי "ערעורי" מובהק. זאת ועוד, על פי הוראת סעיף 41(ה)(2) לחוק בתי המשפט, עומדת לבעל דין זכות דיונית כי יתקיים דיון חוזר. זאת, בדומה לערעור בזכות, אך בניגוד בולט לדיון הנוסף, שנערך במקרים חריגים, על פי הכרעה שהיא פרי שיקול דעת שיפוטי. יוזכר, בהקשר זה, כי ההליך של דיון חוזר יכול להתקיים אפילו לא מתעורר בו כל עניין בעל חשיבות, רגישות או חידוש מיוחדים. אזכיר עוד, כי רק בבית המשפט העליון נפסקים תקדימים מחייבים (לדיון בדבר מעמדו של עקרון התקדים המחייב ראו גם, רע"א 3749/12 בר-עוז נ' סטר, פסקה 18 לחוות דעתי (1.8.2013)). כאשר נפסקת הלכה בפסק דין ונוצר תקדים מחייב, מפתח בית המשפט העליון את הדין בישראל, והכרעתו היא סוף פסוק (אלא אם יחליט בית המשפט העליון עצמו לסטות בעתיד מן התקדים). אם הוחלט לקיים דיון נוסף מוטל על בית המשפט העליון לבחון, הפעם בהרכב מורחב, אם ההלכה שיצאה תחת ידו צריכה לעמוד על כנה. זאת, בניגוד לדיון החוזר שאינו מהווה סוף פסוק לגבי הסוגיה שהוכרעה בו.

מטעם זה מוקשית בעיני הגישה שהובעה בהחלטה מושא ערעור הפסלות, לפיה לדיון החוזר מאפיינים גם של דיון נוסף. מכל מקום, לטעמי די בהבדלים האמורים, אשר אינם ממצים את כלל ההבחנות בין שני סוגי ההליכים, כדי להסביר מדוע בניגוד לדיון הנוסף, אין זה ראוי ששופט ייטול חלק בדיון חוזר המופנה נגד החלטה שנתן.

האם יש לסטות מדיני הפסלות לצורך ההליך של דיון חוזר?

20. בהתחשב בדיני הפסלות הכלליים אין מקום, איפוא, ששופט שהכריע בבקשה לאישור תביעה נגזרת או תובענה ייצוגית בזיקה לניירות ערך ישוב וידון בסוגיה פעם נוספת בדיון החוזר. אולם, עדיין נשאלת השאלה אם הוראת הדין המיוחדת המסדירה את ההליך של הדיון החוזר, מחייבת, על פי לשונה או תכליתה, מסקנה אחרת הסוטה, בכוונת מכוון, מן הכללים הנוהגים בדיני הפסלות. תשובתי לשאלה זו הינה בשלילה. ראשית, מלשון החוק אין זה מתחייב שהשופט שדן בשלב האישור יהיה חלק מן ההרכב הדן בדיון החוזר. סעיף 41(ה)(2) לחוק בתי המשפט קובע, כי "לבקשת בעל דין, יקיים בית המשפט דיון חוזר בהחלטה כאמור בפסקה (1) בהרכב של שלושה שופטים...". המחוקק בחר שלא לקבוע, כי במסגרת ההרכב של שלושת השופטים בדיון החוזר חובה שישב גם השופט שנתן את ההחלטה שעליה הוגש הדיון החוזר. יוער, כי סעיף 42(ד) לחוק בתי המשפט מסמיך את שר המשפטים לקבוע, בהסכמת נשיא בית המשפט העליון, את המספר המירבי של שופטים שיכהנו במחלקה הכלכלית. שר המשפטים קבע, בהמשך לכך, כי "המספר המירבי של שופטים שימונו לכהונה במחלקה הכלכלית בבית המשפט תל-אביב-יפו הוא שלושה שופטים, ואולם אם שלושת השופטים או מי מהם מנוע מלשבת בדיון, יהיה המספר המירבי חמישה עד להסרת המניעה כאמור" (סעיף 1(א) לצו בתי המשפט (מספר מירבי של שופטים במחלקה הכלכלית), התשע"א-2010, כפי שתוקן (ק"ת התשע"ד 7402, עמ' 1649, מיום 30.7.2014); ההדגשה שלי – א' ג'). נוכח המסקנה כי שופט שהכריע בהחלטת האישור פסול מלשבת בדיון החוזר, הרי שמכוח הוראה זו שבצו ניתן למנות שופט נוסף למחלקה הכלכלית, שייטול חלק בהרכב שידון בדיון החוזר (יוער, כי נשיא בית המשפט העליון הוא שהוסמך לקבוע שופטים למחלקה הכלכלית; ראו סעיף 42(ב) לחוק בתי המשפט). זאת ועוד, כבר ראינו שהדיון החוזר יכול להיערך מבחינה עקרונית בכל בית משפט מחוזי בארץ ולא רק במחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו. ברור הוא, שבבית משפט מחוזי שלא הוקמה בו מחלקה כלכלית, אין כל מניעה מעשית לשבץ בהרכב שופט שלא הכריע בהחלטה מושא הדיון החוזר.

21. בדומה, אף בחינה של תכלית החוק אינה מצדיקה את הקביעה, כי השופט שהכריע בשלב האישור יהיה חלק מן ההרכב שידון בדיון החוזר על החלטתו. אכן, אין ספק שאחת המטרות של המחוקק בתיקון מספר 59 לחוק בתי המשפט הייתה לייעל את הליכי האישור של תביעות נגזרות ותובענות ייצוגיות בזיקה לניירות ערך. זאת, בין היתר, באמצעות חסימת האפשרות להגיש בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון. דומה, כי המחוקק התכוון ליצור הליך השגה מהיר ויעיל על החלטת האישור, והמנגנון שנקבע לכך הינו הדיון החוזר (ראו גם, רימון ואמיר, בעמ' 85-86). על רקע זה ניתן לטעון, כי קיים יתרון בכך שהשופט שנתן את החלטת האישור ימנה עם ההרכב הדין החוזר, שכן אותו שופט יהיה מסוגל להביא לדיון את ניסיונו והיכרותו עם ההליך באופן המאפשר קבלת החלטה מהירה (ראו, רימון ואמיר, שם). דא עקא, שני השופטים האחרים בדיון החוזר אינם מכירים בהכרח את הסוגיות העומדות על הפרק, ובוודאי שעליהם להפעיל שיקול דעת עצמאי ומלא בבואם להכריע בדיון החוזר. במילים אחרות, בהנחה שהיינו מאפשרים לשופט שהכריע בהחלטת האישור להיכלל בהרכב בדיון החוזר, הרי ברור ששני השופטים האחרים אינם אמורים להוות "חותמת גומי". מכל מקום, אפילו הייתי מוכן לקבל את הטענה, כי התכלית הפרטיקולרית, או הסובייקטיבית, של תיקון מספר 59 לחוק בתי המשפט תומכת בהכללתו של השופט שהכריע בבקשת האישור בהרכב הדין החוזר, הרי שעל פי עקרונות הפרשנות הנהוגים בשיטתנו, תכלית החוק נלמדת גם מן המטרות והיעדים הכלליים המשתקפים בעקרונות היסוד של מערכת המשפט, ובמקרה שלנו – מדיני הפסלות הכלליים (ראו למשל, בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 763-764 (1993); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 201-204 (1993)). משהמחוקק לא קבע במפורש שהשופט שנתן את ההחלטה מושא הדיון החוזר חייב או יכול להיכלל בהרכב הדין החוזר, איני סבור כי יש לפרש את החוק, מבחינה תכליתית, באופן המתיר לעשות כן. מסקנה אחרת מעוררת קשיים לא מבוטלים שכן היא סוטה מדיני הפסלות הכלליים, בלא הצדקה משכנעת לכך (ראו גם הערתו של באום, עמ' 49-50, ה"ש 18).

סוף דבר

22. השאיפה לדון ביעילות בהליך המשפטי אינה חייבת להתנגש עם תהליך עשיית הצדק. הליך שאינו מתנהל ביעילות הוא הליך שאינו צודק, וכלשון המימרה האנגלית, *Justice delayed is justice denied*. אכן, "ההליך השיפוטי יחטיא את מטרתו אם פסק הדין או ההחלטה האחרת לא יינתנו זמן סביר לאחר הדיון" (לוין, בעמ' 88). וברוח

דומה צוין כי "גם עינויי דין מעוותים את הצדק, ושומה על בתי-המשפט לעשות הכל כדי להחיש את הדיון ולתת את הסעד למתדיינים בפניהם בהקדם האפשרי" (ע"א 189/66 ששון נ' "קדמה" בע"מ, פ"ד כ(3) 477, 482 (השופט עציוני) (1966)). זאת ועוד, על בית המשפט לבחון, הן בהיבט של קידום היעילות הן בהיבט של עשיית הצדק, לא רק את עניינם הפרטני של בעלי הדין שהם צד להליך מסוים, אלא את האינטרסים של כלל המתדיינים הממתינים לקבל את יומם בערכאות המשפט (ראו למשל דבריי ברע"א 7709/06 עיריית הרצליה נ' ב.ר. מסעדות (הרצליה פיתוח) בע"מ, פסקה 7 (29.10.2006)). ברם, יש מקרים בהם שיקולי יעילות מתעמתים עם שיקולים של צדק (השוו, ע"א 9099/96 ידיעות אחרונות בע"מ נ' פירסטנברג, פ"ד נג(5) 1, 13-12 (1999); ע"א 4012/96 בני שחף הובלות והשקעות (1976) בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, פ"ד נה(1) 492, 505 (השופט מ' חשין) (1999)). במידה מסוימת זהו אף המקרה שלפנינו: מצד אחד עומדת האפשרות הפרשנית לאפשר לשופט שנתן את ההחלטה הראשונה לשבת בדיון החוזר עליה, על מנת לזרז את הטיפול בדיון החוזר ועל רקע טעמים פרקטיים אחרים. מצד שני, קיימת אפשרות פרשנית נוספת, הגורסת, משיקולים של מראית פני הצדק, כי יש לקיים את הדיון החוזר בלא שהשופט שנתן את ההחלטה המקורית ישב בהרכב. ייתכן מאוד שהמחוקק ביקש לייעל את ההליכים המוגדרים עניין כלכלי. אולם, אין להשקפתי מקום "להגמיש" במקרה הנדון את דיני הפסלות אך על מנת לקדם שיקולי יעילות הקשורים להליכים המוגדרים עניין כלכלי. להשקפתי, יש להציב גבולות גם לשיקולי היעילות. מכאן מסקנתי העקרונית, כי שופט שהכריע בהחלטה לאשר תביעה נגזרת או תובענה ייצוגית בזיקה לנזירות ערך אינו יכול להיכלל בהרכב הדן בדיון החוזר על אותה החלטה, וכי קיימת בנסיבות אלה עילת פסלות.

23. אשר על כן, אציע לחבריי לקבל את ערעור הפסלות ולקבוע שהדיון החוזר שהוגש על ידי המערערים יתברר על ידי הרכב של שופטי המחלקה הכלכלית, בלא שכבוד השופטת ד' קרת-מאיר תיכלל בהרכב. תחתיה יבוא שופט אחר שמונה למחלקה הכלכלית. בהתחשב באופייה התקדימי של הסוגיה שנדונה, אציע לחבריי להימנע מלעשות צו להוצאות.



המשנה לנשיא מ' נאור:

אני מסכימה.

המשנה לנשיא

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק-דינו של הנשיא א' גרוניס.

ניתן היום, כ"ג בטבת התשע"ה (14.1.2015).

שופט

המשנה לנשיא

הנשיא