

אוניברסיטת בר אילן / הפקולטה למשפטים / שנה ג

סדר דין אזרחי

ד"ר אורי אהרונסון

אבישג טל

תש"פ / 2020

מבוא

סיפור קפקאי- אחת היצירות החשובות ביותר מכיוון שבצורה מרוכזת הוא מעביר רעיונות מורכבים. הקורס הוא למעשה לפני החוק עצמו; אם עד עכשיו למדנו על המשפט המהותי- כעת ניקח צעד אחורה ונשאל: כיצד ניגש אל החוקים או נגייס אותם לטובתנו? נושא הקורס הוא למעשה גיוס החוק לטובת היחיד. לא משתמשים כלפי הנתבע במונח "אשם", אלא "התרשל" וכו' כיוון שאנחנו נמצאים במשפט האזרחי ולא הפלילי.

השאלה העיקרית: נקודת המגע שבין הפרט לבין המשפט המהותי-דיוני.

המחשה של מקרה משפטי מעניין- פרשת ההופעה בעפולה: אדם שנכח בהופעה. הכובע של בתי המשפט השונים כמו ביהמ"ש לעניינים מנהליים משפיע על אורך הערכאות השונות, למשל מרגע העתירה ועד ההחלטה- הליכים מנהליים ואזרחיים למשל עשויים לקחת זמן רב יותר מאשר אחרים.

העותרים לביהמ"ש לעניינים מנהליים היו שדולת הנשים. ביהמ"ש הצליח להגיע להחלטה משמעותית כ"כ למרות קוצרה שהפכה את החלטת ביהמ"ש המנהלי מכיוון שישנה הסכמה משותפת של בעלי הדין לפסה"ד- המחלוקת נפתרה ע"י הצדדים עצמם.

יש מערכת משפט גדולה המורכבת משופטים רבים, והדוקטרינה שעוסקים בה היא "מעשה בית דין"- לכן הפס"ד ארוך ומפורט ומתיר את הפרדה (ביהמ"ש הציע לעיריה פתרונות שונים אך העיריה בסופו של דבר הפרידה).

ביהמ"ש העליון דן בעתירה בזמן האירוע עצמו- דבר המראה כמה המציאות משפיעה, כמה ריבוי ההליכים משפיע זה על זה וכמה מורכבות מערכת המשפט וריבוי הצדדים בתיק משפיע- בכלל לפני שמסתכלים על השאלות המהותיות בתיק. עליהם נרחיב במהלך הקורס.

ביהמ"ש העליון דן בשאלה האם ניתן לאפשר כניסה להליך אחר או לערכאות אחרות; ביהמ"ש יכול להתמודד עם כך באמצעות פשרה בין הצדדים. ביהמ"ש קבע שאסורה הפרדה בסופו של דבר.

- כמה הליכים? מי הצדדים? באילו ערכאות?
- מה היחס בין ההליכים?
 - סופיות?
 - גישה לערכאות
- אופן הטיפול השיפוטי
 - פשרה?
 - על הסף?- מבלי לעסוק בהחלטות המשפטיות?
 - לגופו של עניין? גרימה לצד אחד לנצח גם מבלי להוכיח את טענותיו
- הזמן כשחקן מפתח- הזמן משחק תפקיד משמעותי באופן שבו הליכים מתנהלים ובזמן זה קורים דברים במציאות, גם מבחינת היכולת של בעלי הדין לנהל את האסטרטגיה שלהם בהליך ע"י חילוץ הודאות מהצדדים שכנגד וכו'.

המתח הבסיסי

משקף את המתח בין שני אספקטים אנליטיים, שתי גישות סותרות- שימשו אותנו בהמשך הקורס. שני כוחות אלה פועלים כאשר אחד פועל מלמעלה ואחד מלמטה.

1. ארגון כוח המדינה- פועל מלמעלה

- **כפיפות-** אחד מהרעיונות הנורמטיביים המסדירים את כוחה של המדינה. 3 הרשויות למעשה, והסד"א הוא הענף בחוקה המסדיר את פעילות הרשות השופטת ואת כוחה. דבר זה מאיין תקנות והסדרים רבים.
- **סד"א כמשפט ציבורי-** איך הדינים מחלקים את המשאבים בין אזרחיה. איך מנהלים את ההליך האזרחי בין אלה שיש להם יותר או פחות כוח או משאבים; באיזו שפה ניתן לנהל הליך אזרחי בישראל, ושאלות נוספות בעלות היבט חלוקתי העוסקות בהערכת התוצאות החלוקתיות וחלוקת ההזדמנויות בין השחקנים השונים בחברה (במקרה זה, גיוס ביהמ"ש והדין לטובת האזרח). לכן השאלה הנורמטיבית היא השאלה החלוקתית:

← השאלה החלוקתית - באיזה אופן הנורמה מחלקת כוח או משאבים אחרים בין קבוצות/מוסדות? לדוג' - כאשר לחלק פס"ד בביהמ"ש יש צורך לשלם כסף ולעשות מספר פעולות, כך המדינה מבנה את הכוח השיפוטי שלה.

המשפט הציבורי הוא זה שמסדיר את כוחה של המדינה. סדרי הדין האזרחי הם אלה המסדירים את הכפיפות שביהמ"ש מנהל את האזרחים לפיה.
כלומר - עד כמה הנורמה מחזקת את הרוב/המיעוט, מאפשרת להיות יותר עם שיקו"ד או פחות? דיני הכוח המדינתיים הם למעשה סדר הדין האזרחי המסדיר את כוחה של הרשות השופטת.

2. ארגון כוח המתידיין/ת- פועל מלמטה

- פועלות (agency) - היכולת של אנשים להפעיל את המדינה לטובתם באמצעות סדרי הדין. מבחינת מקצועיות, עוה"ד ישאל האם הדבר מחזק את לקוחו או מחליש אותו.
- סד"א כארגז כלים - המשמש אותם לקדם את רעיונותיהם. מי ששולט טוב בסדרי הדין יכול לגייס את התוצאות לטובתו באמצעות ההליך האזרחי.
 - היבט דמוקרטי - ככל שביהמ"ש נותן לנו יותר כלים לפעול מול המדינה, כך סדר הדין האזרחי מאפשר לנו להיות אזרחים משמעותיים יותר ולהשפיע על המדינה
 - היבט מקצועי - אזרחים שיכולים לחלץ פעילות מן המדינה לפי העדפותיהם האסטרטגיות.

← השאלה האסטרטגית - מה האפשרויות שסדר הדין מספק לי כדי להגשים את האינטרסים האזרחיים שלי? סדר הדין פעמים רבות הוא כלי המאפשר לנצל אותו לטובת השחקנים.

במבחן כשנקבל קייס, נתבקש לחשוב כיצד לנצל את המצב לטובתנו ויש להעריך את המצב נורמטיבית ככלי עבורנו כאזרחים או כעורכי דין.

משפט דיוני ומשפט מהותי

הפער בין העולמות מטשטש בגלל הפער בין המשפט הדיוני והמהותי, וכדי לטשטשו נדגים:

- **פס"ד עוזרי (2019):** צירוף תובע (תקנה 21) -

פס"ד העוסק בפרשת חטופי ילדי תימן. השאלה היא כמה יכולים להתקבץ יחד כדי להגיש תביעה כאשר לכל אחד יש טענה משלו. התיק הגיע לכותרות כיוון שנוצרה מעין גישה הוליסטית שהכירה בכל התביעות כפרשה אחת כיוון שבתרבות הדבר ידוע כעניין אחד ולכן ביטאו זאת גם בהליך עצמו. דרך זו איפשרה לתובעים לספר סיפור ולכן ראוי שביהמ"ש ינהל את התביעה באופן מצורף.

- מבנה ההליך כמכריע את גורלו - במידה והתובעים היו נשלחים להגיש תביעות נפרדות, הסיכוי שמשפט חטופי תימן היה מתקבל כפרוייקט באמצעות החלטה של ריכוז דיונים ותובעים היה הופך להליך אחר לחלוטין מבחינת האופי המהותי שלו.
 - היכולת לספר סיפור - קבוצה ולא יחידים
- הכרעה מראש ולא בדיעבד - כתב התביעה עצמו מהווה רק רשימת הוכחות שאין צורך להביא ראיות בשבילה, דבר המהווה שלב גורי להצלחת התביעה. מצד שני - הדבר עצמו מוסיף מידע רב להליך העתידי כיוון שהיה מידע משמעותי לצדדים שהיה חסר.
 - מחסור במידע (טענות תביעה בלבד), תוספת מידע (סיגנל מביהמ"ש)

- זמינותו של הליך מתאים כתנאי להצלחת הטענה המהותית -
אם עד עכשיו למדנו את המשפט המהותי רק כמי שנמצא בו יכול לממש, כעת מובן שסדרי הדין צריכים לממש את כוונת הסד"א כדי לממש את ההליך המתאים.
פס"ד שבו אדם טען שהיה חשוף לרע באינטרנט - ורצה לקבל את כתובת ה IP שפרסמה את לשון הרע וביהמ"ש טען שאין הליך דיוני המאפשר הגשת תביעה באופן זה. כך, הליך מרוכז הוא תנאי להגשת התביעה ולעתים זהו תנאי קריטי להצלחת המשפט המהותי.

- סדרי הדין כמכוייני התנהגות?
צריך שיהיה לסד"א כוח להכווין התנהגות מחוץ לבתיהמ"ש עצמם, למשל אם לוקח פרק זמן מסוים להחליט על פס"ד - נתון זה עשוי להשפיע מראש על ההחלטות שהאזרח או העו"ד יבצעו במהלך פרק הזמן הזה ומה ההוראות שיוכנסו לחוזים למשל כאשר יודעים שההליך המשפטי ייראה בצורה מסוימת כך שיקחו בחשבון וכך

הדבר יכווין את התנהגותם. דבר זה ישפיע על הבחירות מראש- אקס אנטה. מערכת המשפט מנסה לצמצם זאת:

- סמכות החקיקה; ברירת הדין; תחולה בזמן (רוצים שאנשים יתנהלו בעולם לפי המשפט המהותי ולכן מנסים להפריד בין המשפט הדיוני והמהותי באמצעות החלה אקטיבית של סדרי הדין. עדיין, אנשים רציונליים עשויים לקחת בחשבון את השיקול ולהכניס אותו לתוך התנהגותם).
- כלומר סדרי הדין אמנם משפיעים על המשפט המהותי ע"י הכוונת התנהגות מראש גם לפני שיש בכלל הליך.

אירוע מכונן- 2018, שרת המשפטים איילת שקד חותמת על תקנות סד"א החדשות שנכנסו לתוקף, ומתקנות את התקנות הישנות. החדשות הן מצומצמות יותר וברורות יותר. עוד חצי שנה יכנסו לתוקף תקנות נוספות לאחר מערכת הבחירות.

כאמור, התקנות הישנות עודן בתוקף, ונלמד אותן. בה בעת, לפי הדין הקיים התקנות החדשות עומדות להיכנס לתוקף בספטמבר, אך יש ספק גדול אם זה יקרה כי המחלוקת רק עולות מאז. אז נעסוק בשתי מערכות הדינים באופן השוואתי.

מבוא עיוני

בסד"א- בימים האחרונים בתיהמ"ש נסגרו. תקנה 106-108 לתקס"א?, חלק קטן למעשה דרוש הסכמה של וועדת חוק ומשפט ובכל השאר שר המשפטים חופשי לחוקק לבדו וברגע שהוא מחוקק תקנה לא נדרש הליך נוסף. סעיפים אלה אינם רשימה ממצה של סמכויות השר, ויש לו הסמכות נוספות. בתחום הסד"א הכנסת חוקקה את ההסדר שנמצא מחוץ לסמכותו של שר המשפטים. בסד"א אין חקיקה ראשית ולכן שר המשפטים רשאי להסדיר אותה באופן מלא. דוג'- אגרות. התקנות נחקקו לא בתהליך דמו' משמעותי אלא שרת המשפטים חוקקה וחתמה על חוקים קריטיים. מכוח סמכויות אלה כבר ב'91 במלחמת המפרץ נחקקו תקנות חירום המקנות לשר המשפטים סמכות מקיפה לסגור את בתיהמ"ש.

קובץ התקנות ששר המשפטים הוציא בחמישי- תיקון 2020; נוספו ס'1 ו-2, "פגע טבע" ובלילה שבין שבת לראשון יצאה הודעה בדבר החלת התקנות על בתיהמ"ש, כאשר למחרת חתם על הודעה הקובעת את ההסדר למשך שבוע עד ה-22.3 (הודעות מקבילות יצאו גם על לשכות הוצל"פ ועל בתיה"ד לעבודה). ישנם סייגים:

- ס'3 לתקנות בתיהמ"ש
- גורם חצי ניהולי-חצי שיפוטי בעייתי בקביעה של סוגים נוספים שנידונו על אף ההכרזה הכללית
- הודעת מנהל בתיהמ"ש בדבר סוגי העניינים

עדכון- 19.3- השבוע שר המשפטים התקין תקנות חשודות הסוגרות גם את בתיה"ד הדתיים (יהודיים, שרעיים, דרוזים וכו'). נשיא ביה"ד הגדול קבע הנחיות שנוסחו כמעט חופף להנחיות שר המשפטים הסוגרות את שאר בתיהמ"ש. כלומר כיום הסגירה של בתיהמ"ש היא גורפת לעומת שבוע שעבר.

+הוגשה עתירה נגד החלטת שר המשפטים ובימים הקרובים נראה התעסקות בנושא.

עדכון ה-24.3: פורסמו התקנות שהגבילו את פעולת בתיהמ"ש עד 16.4.

עדכון ה-26.3- יו"ר הכנסת התפטר מתפקידו והוגשה עתירה נגד אי קיום הוראה חוקית. מאמרו של המרצה צוטט.

עדכון ה-23.6: משרד המשפטים פרסם תזכיר עדכון מהתקנות החדשות. הטייטה מפורסמת בסילבוס בחקיקה העיקרית. התקנות הועברו אך עדיין לא נכנסו לתוקף כיוון שבכל פעם נדחית הכניסה לתוקף.

תכנית הקורס

- מבוא עיוני
- דיני חסמים- "האדם לפני החוק" (קפקא). מעבר בין המסלולים וניהול ההליך לפני הכניסה למערכת
 - הגישה לביהמ"ש-מה החסמים או ההכללות שקובעות את היכולת לנהל משפט בביהמ"ש
 - הגישה למשפט- בהליך עצמו
 - הליכים מיוחדים- במיוחד תובענה ייצוגית
- **תקנות ישנות**+**תקנות חדשות**- למידת הדין הפוזיטיבי התקף (התקנות הישנות). את התקנות החדשות נזכיר והן יעזרו להבהיר את הישנות. בשאלות העוסקות בדין פוזיטיבי- נשתמש בתקנות הישנות. בשאלות מדיניות- ייתכן

שנתבקש גם להשתמש בתקנות החדשות.

- בהסתכלות על פסיקה- בכל הערכאות מבחינים באינדיקציה לגבי ההתפתחות של התקנות וכך נעבוד.
- הפסיקה כהדגמה- הלכות נדירות. יש פסיקה אך אין הרבה הלכות (קביעות עקרוניות) מכיוון שלרוב נתייחס אל הפסיקה כסוג של הדגמה ויישום דינים של ביהמ"ש.
- במבחן- לא צריך לצטט הלכות אלא הבנה מעשית של האופן שבו פועלים (הלכות העליון ובעת קריאה של הפס"דים בסילבוס לא צריך לחלץ את הרציו אלא צריך להבין את המקום הדיוני ובאיזה שלב ההליך נמצא, מי הצדדים, בתיהמ"ש המעורבים וכו').
- התקנות החדשות עדיין לא בתוקף.

תכליות סד"א – קריטריונים להערכה נורמטיבית

תשתית נורמטיבית- מיפוי של הקריטריונים להערכה מוסרית של ההסדרים השונים. ישנם מגוון של כללים בסד"א, ונשאל- האם הם ראויים שנתמך בהם? נעשה זאת ע"י מבנה חשיבה של מה הדברים שראוי לממש באמצעות סדר הדין.

התקנות הישנות לא נותנות תוקף לתכליות החדשות אך התקנות החדשות כן (מנוסחות באופן לא מושלם).

תקנות חדשות 1-2+5 קביעת סדר דין, יצירת ודאות דיונית, מניעת שרירותיות והגשמת חוקתיות ביסוד הליך שיפוטי ראוי והוגן כדי להשיג תוצאה נכונה וצודקת; הליך שיפוטי ראוי והוגן המתקיים במערכת עצמאית ובלתי תלויה לפי דין, נגישה לציבור, לפי כללי הצדק הטבעי ומכריעה בזמן סביר לפי הטענות ההדדיות בשוויוניות, מידתיות, יעילות ונימוק; דיון משפטי צודק, מהיר ויעיל החוסך בזמן, עלות וללא הכרעות סותרות ושימוש לרעה. בתקנה 1 של ה-FRCP- נאמרו דברים דומים מבחינה מושגית לתקנות המבוא החדשות. השאלה העולה- האם צריכים להתחשב בכל הערכים באותה מידה?

3 תכליות מובהקות+תכלית חיצונית:

1. הוגנות

- "הליך הוגן"- due process- הוגנות ההליך מובחנת מאיכות תוצאת ההליך ולכן הוא לרוב נתפס כהליך דאונטולוגי.
- קריטריון דאונטולוגי/תוצאתני- קריטריון מוסרי, הערכת כלל המוסריות של הפעולה עצמה והתוצאה שלה בעולם. דוג- פגיעה חמורה בפרטיות אנשים באמצעות מעקב אלקטרוני, האם מוסרי ומותר לצורך המאבק בקורונה מול עמדה הטוענת שהמעשה פסול.
- בסד"א- השאלה היא האם ההליך חייב להיות מוסרי מבלי להתחשב בתוצאה הוגנת יותר או פחות? הליך הוגן יכול להיות גם תוצאתני, אם נוכיח שהליך מסוים מביא לתוצאות הוגנות יותר מאשר התוצאה עצמה.

2. יעילות

- "יעילות"- זמן סביר, משאבים וכו'. משמעות הדרישה ליעילות מהליך אזרחי- בהקשרים רבים יעילות ההליך מדוברת בצורה אחרת מאשר המקור הרעיוני הקלאסי (לפי הניתוח הכלכלי של המשפט, רווחה מצרפית ולא לפי חוויה פרטית).
- קריטריון תוצאתני/דאונטולוגי- מובהק, מכיוון שבד"כ מדובר על הרווחה לחברה כולה. המטרה היא שהתוצאה תהיה נכונה ואמיתית.

3. אמת

- הגעה לתוצאות נכונות
- האמנם תכלית מוכרת?- האם אמת היא דבר רצוי בהכרח? לעתים בהליכים זו לא המטרה העיקרית
- מה בין אמת וצדק? – בניסוח ס'1, אמת וצדק לפי קריטריון אחד לא יהיו אמת וצדק לפי אחר.

4. אזרחות- תכלית חיצונית. הליך האזרחות הוא גם אירוע ציבורי מכיוון שהמדינה מייצרת אותו והיא מזמינה את האזרחים לבוא לזירה זו באמצעות הערכאות ולתקשר איתה באמצעותם.

1. הוגנות: הליך הוגן - כמה מובנים

ההופך הליך משפטי מסוים להליך הוגן נמצא במספר תשובות בספרות:

- **שפיטה** בלא ניגוד עניינים ובלא משוא פנים.
 - האם אפשרי במדינה קטנה, ביישובים קטנים, בנושאים שמעסיקים את הכלל?
 - דוג' - המשפט המנהלי עוסק ברשויות שמקבלת החלטות וע"י הגעתם להחלטות אלה. ניגוד עניינים - למחליט עצמו יש אינטרס פרטי בהחלטה ובתוצאת ההליך. דוג' - החזקת מניות; כל שופטים מעבירים רשימה של האינטרסים הכלכליים שיש להם בחברות שהם מושקעים בהם וכך הם לא יכולים לשבת בתיקים שבהן חברות אלה מעורבות כדי למנוע מצב של ניגוד עניינים.
 - **כללי הצדק הטבעי** - זכות השימוע, חובת ההנמקה (החובה לנמק את ההחלטות - עוזרת לוודא שהשימוע היה אמיתי, מעין מנגנון בטחון לפיו זכות השימוע בעלת משמעות).
 - הזדמנות להציג טיעון - מתבקשים לצורך הגינות ההליך, מהלך נימוקי המעוגן בהיגיון תוצאתי המוסיף מידע רלוונטי לביהמ"ש.
 - בע"פ? בכתב? בעצמך? באמצעות עו"ד? - לשם מתן כבוד לאנשים יש לתת להם "סיי" לפני שמתבצעת החלטה בעניינם.
 - הזכות שהטיעון יוכל להשפיע - ישנה זיקה בין שני כללי הצדק הטבעי בכך שלטיעון צריך להיות פוטנציאל השפעה.
 - **שוויון בהליך** - יחס זהה לכולם - הרעיון הראשוני ביותר; מושג ההוגנות הוא הראשון אצל ילדים ("לא פייר").
 - אחידות, ודאות - ידיעה מראש שבמידה ותהיה בעיה יתייחסו לאדם במידה זהה לאחרים. גם בתביעה אקס-אנטה - לעתיד, רוצים לוודא שנוכל לתכנן את העלויות שלנו.
- דאונטולוגי: כבוד האדם - תפיסת הכבוד האנושי בין כולם. תוצאתי - הצדקת ההליך במונחים תוצאתיים, לדוג' הנמקה תוצאתית לזכות השימוע יכולה להיות גם רלוונטית ("לא משנה מה יגידו, זוהי זכותם כדי שהתוצאה תהיה הוגנת"). החלטות טובות יותר.

3 דרכים בהם רעיון ההוגנות עשוי לעורר קשיים מהותיים, מתחים מובנים:

1. **צדק מהותי** - מה אם קיום ההליך באופן הוגן (שוויוני) יגרום עוול מהותי לבעל דין?

- אפשרות 1 - **צדק מהותי > הוגנות דינית**.
 - מטרת ההליך - צדק מהותי, במצבי מתח מתגמשים לגבי סדרי הדין ואין להיות דווקנים בסדרי הדין.
 - רע"א צמח נ' גבאי (נאור 2013): השופט נאור מתלבטת במתח בין הצדק המהותי להוגנות הדינית.
- **תקנה ישנה 97א** - צדק מהותי. פס"ד בהיעדר הגנה, הסדר לפיו ישנו היגיון לא מבוטל לפיו אם הנתבע לא מתגונן. אפשר לתת פס"ד לטובת התובע מבלי לבדוק. הדבר מונע סיכול של ההליך האזרחי במידה ולא מתגוננים. כלל זה הוא חריג ומהותי. החשיבות של עצם ביצוע ההליך המשפטי חשובה יותר מאשר השאלה האם הפס"ד נכון או לא.
 - **תקנה 201** - צדק דיני. עוסקת בכל מצב שבו ביהמ"ש נותן החלטה במעמד צד אחד (כאשר השני לא יכול לטעון נגדה). ביהמ"ש נרתע מהחלטות אלה כיוון שהן ניתנות תוך הפרה של זכות הטיעון של הצד שכנגד+מתוך הבעיה שלא בטוחים שההחלטה נכונה ואין מידע מלא לגבי עמדות הצדדים השונים וטיעוניהם → לכן אם נותנים החלטה במעמד צד אחד, הצד המפסיד תמיד יכול לדרוש ביטול שלה במידה והוא מצדיק זאת. כדי להנות מתקנה זו יש להגיש את בקשת הביטול - תוך 30 יום מההמצאה.
 - **תקנה 158 חדשה** - המצאה = מסירה לבעל הדין, כדי להביא לידיעת הנמען את תוכנו של מסמך שנדרש שיהיה בידיעתו ולעניין כתב הטענות הראשון המוגש - גם להחיל על הנתבע את מרות ביהמ"ש+הנמען ייחשב כמי שיודע את תוכנו של מסמך אם הומצא לו לפי תקנות אלה. מניחים שמרגע שהדבר נמסר לאדם הוא ידע שניתנה החלטה ומאז סופרים את 30 הימים, ולאחר מכן פוקעת האפשרות לממש את תקנה 201.

המצאה- **כלל הידיעה**- אם בפועל יודעים שהוא ידע אך הוא לא קיבל, האם עדיין נספור את 30 הימים מרגע ההמצאה הפיזית או מרגע הידיעה? לפי נאור סופרים מרגע שהאדם יודע על ההחלטה ולא מרגע שנמסר לו בהכרח. זהו כלל מהותי. במידה והיינו עובדים לפי כלל דיוני, היינו עובדים לפי הכללים וסופרים 30 ימים מרגע ההמצאה ולא מרגע הידיעה.

נקבע שההגשה מאוחרת מ-30 יום מהידיעה ← ולכן דינה להימחק. ההפרה במקרה זה הובילה להעדפה של צדק מהותי על פני הצדק הדיוני. לטענתה עדיין ראוי לאפשר לטעון את הטענות- אך אז המועד יוארך. אמנם ישנו רכיב דיוני מובהק אך הקביעה בפועל היא מהותית. פסיקת הוצאות נגד המאחרת- סנקציה אקס פוסט- מתגמשים על העקרון הדיוני אך מוטל תשלום כדי להפנים את העלויות ע"י הפרת כלל 30 הימים- (כלל אחריות < כלל קניין) כלל אחריות היה בוחר להימנע מסנקציה אקס אנטה אלא איזון ע"י הטלת כלל אחריות וסנקציה בדיעבד כדי לגרום למפר הכלל לשלם בדיעבד. כך נעשה פיצול בין היבטים של צדק מהותי והוגנות דיונית באותה ההחלטה.

- אפשרות 2- צדק מהותי > הוגנות דיונית. דוג'- התובעת ב-ICC שהגישה מסמך ארוך מדי+היתר להארכת המסמך, דבר שהעמיד את השופטים במצב מוגמר שהם מחויבים להסכים לו. פוליטית- צריך שלא תהיה העדפה/הגמשה.
 - גם אחידות (שוויוניות) היא צדק מהותי- חשוב להדגיש שהתומכים בגישה זו הם לא אנשים שלא חושבים שהצדק חשוב, אלא פשוט מעדיפים קריטריון אחידות שלדעתם מממש את הצדק וגובר על הניסיון להשיג צדק מהותי בכל מחיר.
 - צדק פרטני כהפליה- ניתן לטעון שגישה זו מזמנת אפליה אף באופן לא מודע. ישנם מצבים בהם ראוי הפורמליזם הוגן כיוון שהוא מונע אפליה בין במודע או שלא במודע ומאפשרת להתכונן למה שצפוי לנו כיוון שיודעים שהדין יופעל כפי שהוא מנוסח.
 - +היבט חלוקתי- כללים נתפסים כמוזילים את ניהול ההליך כי לא צריך להתלבט איך לפעול אם יש אותם ואם יש עמימות לגביהם.
 - דרך התמודדות עם מחלקות מהותיות עמוקות- ישנם מצבים שבהם חתירה לצדק המהותי יכולה להיות בעלת עלויות חברתיות רבות שנעדיף להימנע מהן אם ניצמד לכללים הפורמליסטיים של הדין.
 - רוב הפס"דים שניתנים בהיעדר הגנה ניתנים לבעלי דין לא מיוצגים. זה (היבט חלוקתי)- אנשים לא מיוצגים עקב מצב סוציאקונומי במקרים רבים). מייצרים אחידות לכל בעלי הדין וגם אם יש עו"ד מתוחכמים הם לא יוכלו לשכנע את השופטים לחרוג מהכללים. לעתים דווקא לחלשים ללא משאבים קשה לציית לכללים, למשל מועד הגשת כתב הגנה ← דבר זה עשוי לגרום להעדפה של צדק מהותי אינדיווידואלי המגמיש את הכללים. מינימליזם- להימנע ככל האפשר מפסיקה הקובעת הלכות גדולות שיחולו לאורך זמן על מקרים רבים.
 - פתרון או התחמקות- מהתפקיד השיפוטי
 - דלות החיים הפרוצדורליים

- אפשרות 3- הוגנות דיונית ~ צדק מהותי.
 - לא ניתן להכריע, חיים במתח מובנה בימ"ש לתביעות קטנות- הליך זה עוצב באופן הנותן דגש לכל הצדדים ויש בו יותר הגמשה, זו ערכאה פחות פורמלית.

2. שוויון ביחס למה/מי? אין תשובה אחת נכונה מבין האפשרויות והדבר אומר שעולם ההוגנות הדיוני מכיל את המתח להתחשב בתביעות השונות.

- המובנים השונים של הגינות דיונית- יחס שווה לכולם.

○ שוויון במשאבי ההתדיינות - צדק חלוקתי הליכי. דוג' - גישה לעו"ד וייצוג הולם.

- אך: איך מאזנים הבדלים מבניים בין סוגי מתדיינים? כיצד יוצרים צדק הליכי כאשר אנשים מגיעים מרקעים שונים עם גישה שונה למשאבים?
- גלאנטר - 1974, במאמרו שואל מדוע אנשים שיש להם יותר משאבים כלכליים מצליחים במשפט ומבחין בין מספר סוגים של בעלי דין. ההבחנה העיקרית שלו היא בין שחקנים חוזרים - גופים/מוסדות המנהלים ליטיגציה בבתים"ש כל הזמן מול שחקנים חד פעמיים (אנשים פרטיים למשל).
- השאלה העיקרית - איך מעצבים הליכים שלמרות שנראים שוויוניים עשויים להיות מנוצלים ע"י בעל משאבי התדיינות?

○ שוויון בין צדדים בניהול ההליך - צדק הליכי. דוג' - שני הצדדים צריכים לקבל את אותו זמן להצגת ראיית.

- שוויון פורמלי או שוויון מהותי (יחס שונה לשונים)? מתעורר לדוג' כאשר המדינה בהליך אזרחי מייצגת את כל האזרחים ומשקפת אינטרס כללי, האם נרצה לתת לה יתרון ולא להתייחס אליה כשווה כיוון שהיא מייצגת אינטרסים ציבוריים?
- מה אם נרצה להעדיף צד כלשהו? (סדר דין מקוצר - קבוצת תובעים שרוצים לתת להם יתרון על פני תובע רגיל כיוון שיש להם טענה או ראייה חזקה במיוחד והליך אזרחי רגיל יהיה ארוך מדי בשבילם, תובענה ייצוגית, המדינה).

○ שוויון בין מתדיינים דומים בהליכים שונים - מה אם יש כמה הליכים בערכאות שונות העוסקים בשאלה דומה.

דוג' - בפרשת חטופי תימן נקבע שכל ההליכים יתקיימו יחדיו ולא כל אחד לבד.

- ריכוז הדיון, איחוד תיקים, מעשה בית דין, תובענה ייצוגית (אם יש טענה דומה במספר תיקים ניתן לכפות על כל בעלי הזכויות לתבוע ייצוגית ולא לאפשר להם לנהל דיון פרטי משלהם) - פגיעה בגישה?

- מרוצי סמכויות, forum shopping - פגיעה בשוויון? לכאורה יודעים שהוא מנוסח באופן שוויוני אך בפועל גברים מהירים יותר מנשים בפניה לערכאות למשל, ולכן גם הפורום שבו ההליך מתנהל לרוב נבחר ע"י הגבר.

עד כמה המשפט שלנו מושפע מהשופט הדין בענייננו. דוג' - O.J. Simpson.

○ שוויון בין מתדיינים שונים בהליכים שונים - האם הוגן שסוגי סכסוכים מסוימים יקבלו יחס דיוני אחד בעוד אחרים יקבלו יחס דיוני אחר?

- אך: תיקים שונים בפורומים שונים, בפני שופטים שונים - השונות טבועה במערכת. מע' המשפט הישראלית יצרה יחידות שיפוטיות שונות.

דוג' - בבי"ד לעבודה יש שופט אחד כאשר השאר לא משפטים, הם נציגים של המעביד והעובדים. לכן המערכת מייצגת בפועל שונות לגבי תיקים שונים.

דוג' - הנתיב המהיר (כביש אגרה).

המחלקה הכלכלית במחוזי ת"א הוקמה מתוך רצון להאיץ את הטיפול בתיקים אלה;

שווקה כנתיב המהיר לשיפוט בענייני תאגידים.

○ קידום שוויון חלוקתי בתוצאות ההתדיינות - ההליך כאמצעי? הצגת טענה גלויה לפיה סדרי הדין האזרחי יקחו חלק במשימת הדין המהותי בקידום שוויון חלוקתי בחברה. דוג' - בתחומים מסוימים ישנן קבוצות ליטיגציה אזרחיות המשליכות על החלוקה במשאבים בין קבוצות באוכלוסיה (כמו דיני משפחה, בהם המעצבים את דיני המשפחה עוסקים גם בשוויון המגדרי, החלוקה היא בין גברים לנשים).

- הודאה גלויה בחוסר הניטרליות של הפרוצדורה. למעשה זהו לא תפקידו של המשפט לעסוק בכך, אך מכיוון שמטרתו היא קידום שוויון חלוקתי יש ציפיה גם מסדרי הדין האזרחי לעסוק בכך.

3. הוגנות בפועל או הוגנות בחוויה? איך אנשים שמשתתפים בהליך חווים אותו?

- "צדק דיוני" - procedural justice - אנשים מייחסים חשיבות רבה לאופי ההליך. מכיוון שהם מגיעים עם ציפיות, אם הן מתממשות בהליך- הדבר משפיע על יכולת תפיסתם את ההליך ואת התוצאה. דוג'- טיילר, 2003 - מתן חובת שימוע לפני פיטורין, מראה לעובד על התחשבות והדבר מראה כי אנשים שעברו שימוע הרגישו טוב יותר ביחס להחלטה מאשר אנשים שפוטרו ללא שימוע.
 - לאנשים אכפת מההליך ← לגיטימציה באמצעות פרוצדורה.
- האם לגיטימציה היא תכלית ראויה?
 - אמון הציבור - הוא חשוב במיוחד למע' המשפט לעומת מע' שלטון אחרות כי כדי שהחלטותיהם יקויימו צריכים לסמוך עליהן, ולשם כך צריך אמון. בשונה מרשויות אחרות חשוב שהחלטותיה יקויימו- כי לעומת רשויות אחרות אין למע' המשפט גישה ישירה לאמצעי אכיפה בשונה מהרשות המבצעת למשל, אין לה יכולת איום ישיר ("הארנק והחרב").
 - מה עם הליכים פוגעניים או מיותרים?
 - הנמקה בהליכי משמורת; עלול לגרום לילדים לקרוא טיעונים לפיהם הורה אחד פחות טוב מהאחר. טיעון חסר סיכוי- עד כמה צריכים להתאמץ כדי שהצדדים ירגישו שלקחו את טיעוניהם בחשבון כאשר יש טיעון מיותר המבזבז את זמן ביהמ"ש?
- תחושות הוגנות- הבניות תרבותיות
 - אפשר לחנך אחרת? האם אפשר להשפיע על תחושות הוגנות של אנשים? חברות ותרבויות שונות מתייחסות להוגנות באופן שונה.

2. "יעילות" - היבטים פרטיים

- עלות ההתדיינות- לא לגרום בזבז.
 - תכנון הליך שעלויותיו יהיו מוגבלות ככל הניתן ועדיין יממש את תכליותיו.
 - זול~יעיל- לא תמיד זול=יעיל כלכלית. לעתים הליך זול מדי יכול להיתפס כיעיל מבחינת המשתתף בו אלא העלויות המוטלות על החברה עלולות להיות גבוהות מדי, דבר זה יוצר פער בין היעילות להיבט החברתי. לעתים נעדיף לגרום לאנשים לשלם יותר כדי להפנים או כדי להימנע מהגשת דברים מיותרים. המטרה היא להימנע מפגיעה בחלשים בחברה, הגדלת היעילות.
- התמשכות ההתדיינות- לא להאריך. לא תמיד מהיר=יעיל.
 - Justice delayed is justice denied, עמדה דאונטולוגית. צדק באיחור הוא למעשה צדק שנשלל. דוג'- על השחיטה/ביאליק. עינוי דין אמנם נמצא במשפט פלילי אך גם הליכים אזרחיים יכולים להפוך לכאלה- ע"י צו עיכוב יציאה מן הארץ, הוצאות כספיות, תאגיד חשוף לתביעה ישפיע על המוניטין שלו וכו'.
 - הליך הוגן- יחס לתכליות אחרות? (מהיר~יעיל).
- סופיות, ודאות- לאפשר הסתמכות. הליך שלוקח זמן, אם נוכל לפתוח אותו בהמשך הדבר מעיב על היכולת להסתמך על המשפט. ככל שהמשפט לא מקדם סופיות בתוצאות ההליכים ← שוחקים את ערך הסופיות והוודאות במשפט.
 - כבוד וחירות- של האדם, מובן דאונטולוגי, שהאדם לא יסתובב עם עננת חשש כל הזמן מהתוצאה המשפטית ביחס להתנהגויותיהם- האדם לא בן חורין אלא מתמודד כל הזמן עם חרדה זו (קורה בדיקטטורות).
 - חסכון בעלויות ביטוח (בזבז רציונלי); היבט כלכלי. אדם רציונלי ישקיע בעלויות ביטוח כדי להתמודד עם דברים לא צפויים. דבר זה גורם לפגיעה בכך שאי אפשר להשקיע את משאבי האדם בפעילות יצרנית ← הדבר מהווה בזבז ← לכן הדרישה שההליכים יהיו קצרים כדי שנוכל להשקיע את המשאבים בפעילות יצרנית כמה שיותר מהר ולמנוע בזבז.
 - טיעון נגד- ודאי ~ יעיל, לעתים אי וודאות דווקא נותנת תמריצים להתנהגות אופטימלית.

יעילות – מקסום תועלת חברתית

יעילות כמונח הנגזר מהגישה הכלכלית למשפט. מה שיביא למקסימום את התועלת החברתית המצרפית.

- תכנון עלות ההתדיינות ליצירת תמריצים אופטימליים לליטיגציה- זמן גוזל עלות; המטרה היא להגיע לאותה רמה של ליטיגציה שהיא אופטימלית מבחינה חברתית, שממקסמת את הליטיגציה בחברה בשיטת המשפט שלנו. אופטימליות של ליטיגציה = שאלת מדיניות שאין לה תשובה, לכן יש לגבש עמדה.
- מה האופטימום? הנקודה שבה מספיקה ליטיגציה כדי לקבל רווחה מצרפית. האם ליטיגציה היא פתולוגיה (תקלה חברתית), או טוב חברתי? אופטימום נמצא בטווח מסוים. שני הקצוות מהווים את חלופות הקצה.
 - פתולוגיה- בעולם ללא עלויות עסקה ופערי מידע, כל סכסוך היה מגיע לפשרה (אנשים היו מוצאים דרך לפתור את הבעיה שלהם מבלי לגשת לבימ"ש). כך מדמיינים את העולם הטוב ביותר ולפי עמדת קצה זו צריך למצוא הליך מרתיע ככל האפשר שלאנשים יהיו תמריצים חזקים לא להגיע אליו, ולתת להם כלים מספקים להגיע לפשרה בלי ליטיגציה.
 - טענת הקצה: עדיף שאנשים יפתרו את הסכסוכים שלהם בלי בימ"ש, ולכן יש להביא אותם למקום שבו ימנעו מלהגיע אליו.
 - השאלה הכלכלית: איך מצמצמים עלויות עסקה ומפחיתים פערי מידע?
 - טוב חברתי- אם היינו מגיעים לעולם שבו לא היו יותר הליכים אזרחיים זה היה העולם רע ולא רצוי מבחינה חברתית. בעצם קיומם של משפטים אזרחיים יש תועלת חברתית. הרתעה, הנהרה של ערכים ציבוריים (הפיכת תוכן המשפטי לנגיש יותר), איזון פערים חלוקתיים. עשוי להרתיע אנשים מלעשות מעשים לא ראויים חברתית.
 - טענת הקצה: ההליך האזרחי לא רק מסיים סכסוכים בין פרטים אלא גם מספק תועלות לחברה כולה ולאנשים שאינם בתוך ההליך עצמו, לכן כדאי לשמר מידה מסוימת של הליכים אזרחיים גם אם הצדדים יכולים להימנע מהם. יש טוב בכך שחלק מהסכסוכים מגיעים לליטיגציה.
 - השאלה הכלכלית: איך מוודאים שהתיקים המתאימים מגיעים לליטיגציה?
 - מבחינים בין סוגי תיקים שעדיף שיסתיימו בפשרה ולא יגיעו למערכת לבין תיקים שנרצה שיגיעו למערכת ויספקו לנו את המטרות הדרושות לעיל. (יצירת מע' תמריצים מסננת).
 - ← שאלת מדיניות- קיצונית לניתוח הכלכלי. רוב החברות מתמקמות בתווך שבין הפתולוגיה לטוב החברתי. - שאלת המדיניות עונה על שתי השאלות הכלכליות העולות בכל אחת משתי הגישות.
 - שאלת היסוד לשתי הגישות: מדוע מנהלות תביעות? יש צורך בהבנה של המנגנון הפסיכולוגי שגורם לאנשים ללכת לביהמ"ש. יש להבין מהו המודל הכלכלי בפנייתם של אנשים להליך האזרחי.
 - בהינתן העלויות הגבוהות, למה תובעים תובעים ולמה נתבעים מתגוננים?
 - במילים אחרות- למה לא כולם מתפשרים?

מדוע מונשות תביעות?

- **הסבר 1- עלויות עסקה** גבוהות מדי מונעות פשרות. *רולנד קוז* - עלויות עסקה מהוות חסם להגעה להסדר. לרוב זה ענף חיצוני להליך האזרחי מכיוון שהדבר עוסק בבעיות המונעות מאנשים לגשת להליך האזרחי.
 - המקור: קשיים בניהול אינטראקציה תכליתית
 - פתרון אפשרי: יצירת מסלולים זולים וזמינים למו"N- גישור, פישור, 79א, וכו'.
- **הסבר 2- פער** בין חישוב תוחלות הרווח וההפסד של הצדדים
 - כלומר, אנשים מגיעים לסכסוך וכל אחד מהם מעריך בצורה שונה את סיכוייו להצליח בליטיגציה. אם יש פערים מסוג מסוים הם עשויים לגרום להם להגיע לליטיגציה למרות שבפועל יכלו לסיים בפשרה למשל. קורה מכיוון ש:
 - **מקור 1:** פערי מידע ביחד לעובדות, למשפט או לביהמ"ש
 - **מקור 2:** אי רציונליות (אנשים עשויים להיות אופטימיים מדי או להאמין בגאולה חיצונית ולהאמין בצדקתם).

ניתוח התנהגות רציונלית

אדם רציונלי = אדם שיש לו עמדה ביחס להעדפותיו (בעל דירוג אינטרסים) + פועל עפ"י העדפות אלה.
אדם יפעל עפ"י העדפות אלה תמיד. לא תמיד אנשים הם רציונליים.

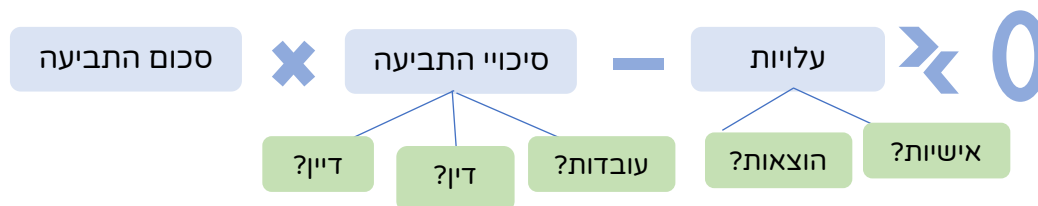
ניתוח זה הוא בעל ערך מכמה סיבות:

- **פעמים רבות** אנשים פועלים באופן רציונלי גם אם לא באופן מודע וכך קל לתפוס את רוב המציאות
- **בהליך האזרחי** - ביחס להליכים אחרים בהתנהגות האנושית הוא נתון מאוד לשיקולי עלות-תועלת שלרוב נשקלים ע"י האנשים מכיוון שעליהם לשלם לעוה"ד.

צורת הניתוח:

- **חישוב התובעת (תוחלת הרווח):**
אדם רוצה פיצוי מאדם אחר שפגע בו. על האדם להחליט האם להגיש תביעה לביהמ"ש. החישוב שהתובעת תעשה אם כדאי לה לבלוע את הנזק או להמשיך לתבוע יהיה על בסיס:
סכום התביעה (מה עשויים לקבל מביהמ"ש בסוף ההליך, סכום אי וודאי) X סיכויי התביעה (עובדות) (האם לצידי ואפשר להוכיח אותו) דין (האם הדין לצידי) ודין (האם הדין לטובתי במותב) - עלויות (יש לשאת בעלויות מסוימות כמו אגרות ואיסוף ריאות. עלויות אלו צופים אקס אנטה כדי לקבל את הפס"ד (מחשבים עלויות אישיות (כמה אוציא מכיסי) והוצאות (במובן המשפטי, של הצד שכנגד ככל שיצטרכו לשאת בהן)) > 0.
לפי הגישה הכלכלית של ניתוח רציונלי-

אם גדול מאפס (מספר חיובי) = תובעים (כי אז מרוויחים).
אם קטן מאפס (מספר שלילי) = מוותרים (כי אז יהיה צריך לשאת בכל העלויות ולא מרוויחים).



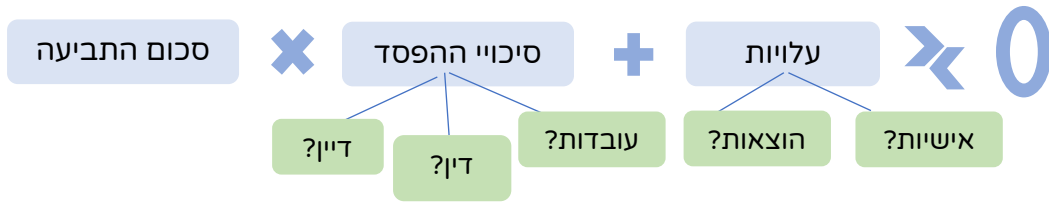
← אם הוחלט לתבוע, עוברים לחישוב הנתבעת

- **חישוב הנתבעת (תוחלת ההפסד):** שתי אופציות:
 - לשלם את התביעה מיד
 - להתגונן (להגיש כתב הגנה)
 ע"מ להחליט איך לפעול על הנתבעת לחשב את תוחלת ההפסד.

סכום התביעה X סיכויי ההפסד (עובדות+דין+דיין) + עלויות (אישיות+הוצאות).

אם קטן מאפס = להתגונן
אם גדול מאפס = לשלם

כדי לא לשלם יהיו צריכים לשאת ביותר מהעלות אם הייתה נתבעת ואז כדאי לשלם.



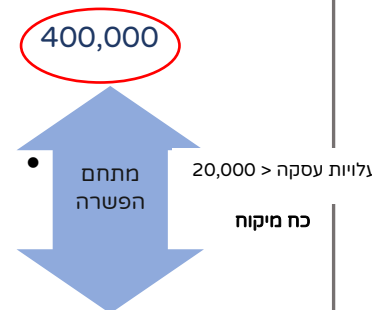
מתי תהיה פשרה?

- תוחלת הרווח לתובעת: סכום התביעה 100,000 X סיכויי התביעה 50% - עלויות 10,000 = תוחלת הרווח הכללית תהיה 40,000 ₪ ← תמיד תוגש תביעה כל עוד מקבלים מעל 0 והעלויות פחות מהרווח.
הניתוח הכלכלי מתייחס לתובעת כבעלת 50,000 ₪. אקס אנטה מתייחסים אליה כבעלת נכס זה (רלוונטי כי לעתים ניתן למכור זכויות תביעה ומתייחסים לסכום זה מראש).

$$\begin{array}{ccccc} \text{סכום התביעה} & \times & \text{סיכויי התביעה} & - & \text{עלויות} & = & 400,000 \\ 100,000 & & 50\% & & 10,000 & & \end{array}$$

- תוחלת ההפסד לנתבעת: סכום התביעה 100,000 X סיכויי ההפסד 50% + עלויות 10,000 = תוחלת ההפסד הכללית תהיה 60,000 ₪ ← תמיד הנתבעת תתגונן כדי לא לשלם את סכום התביעה שגדול יותר מתוחלת ההפסד (עדיף לשלם K60 מאשר K100).

$$\begin{array}{ccccc} \text{סכום התביעה} & \times & \text{סיכויי ההפסד} & + & \text{עלויות} & = & 60,000 \\ 100,000 & & 50\% & & 10,000 & & \end{array}$$



לאחר שהתובעת החליטה לתבוע והנתבעת החליטה להתגונן, ניתן לבצע גישור: בהינתן מתחם הפשרה בין 60,000 ל-400,000 הוא מהווה כל סכום בטווח של 20,000. עלויות העסקה נמוכות יותר ממתחם הפשרה ולכן הפשרה משתלמת יותר. הנתבעת מעדיפה לשלם פחות והתובעת תשמח לקבל יותר לעתים וכך קל להתפשר בטווח של מתחם הפשרה.

המשפיע על הפשרה הוא:

- עלויות העסקה - לצדדים צריכה להיות אופציה להתקשר ביניהם ושאופציה זו לא תהיה יקרה מדי (דוג' - שיחת טלפון).
 - כוח המיקוח של הצדדים - אסטרטגיות, חישוב טוב, הזמן לניהול המו"מ.
- בהינתן עלויות עסקה נמוכות, למה לא כל התיקים מתפשרים ועדיין עוברים לביהמ"ש?

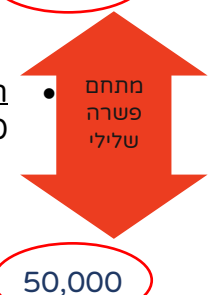
מדוע לא כולם מתפשרים?

- חישוב התובעת: סכום התביעה 100,000 X סיכויי התביעה 70% - עלויות 10,000 = 60,000 ₪. תגיש את התביעה מכיוון שעדיף 60,000 על פני כלום.

$$\begin{array}{ccccc} \text{סכום התביעה} & \times & \text{סיכויי התביעה} & - & \text{עלויות} & = & 60,000 \\ 100,000 & & 70\% & & 10,000 & & \end{array}$$

- חישוב הנתבעת: סכום התביעה 100,000 X סיכויי ההפסד 40% + עלויות 10,000 = 50,000 ₪.

$$\begin{array}{ccccc} \text{סכום התביעה} & \times & \text{סיכויי ההפסד} & + & \text{עלויות} & = & 50,000 \\ 100,000 & & 40\% & & 10,000 & & \end{array}$$



לא תהיה פשרה מכיוון שמתחם הפשרה שלילי- לתובעת לא יהיה רציונל לקבל מתחת ל60,000 ולנתבעת לא יהיה רציונל לשלם מעל 50,000. צריך שהצדדים יהיו לא רציונליים או שיהיו פערי מידע לא נכונים כדי שהתביעה תגיע לפשרה במקרה זה.

← פתרונות למניעת תביעות / לעידוד פשרות:

- דין ברור- מהותי, דיוני, ראיות (כדי שאנשים יוכלו להעריך נכון את סיכויי ההצלחה שלהם במשפט)
 - חובות גילוי- לחשיפת העובדות
 - דיני ניסוח כתבי טענות
 - גילוי מודם
 - עידוד למו"מ
 - ייקור עלויות ההליך- אם רוצים ליצור תמריץ שלילי לליטיגציה, יש לייקר את ההליך (דוג'- הטלת אגרות).
- נעשה את הצעדים ההפוכים כדי לעודד ליטיגציה ולמנוע התפשרות מחוץ לבתימ"ש.
חשוב: בעל דין רציונלי מעדכן כל הזמן את הערכותיו.

מדוע ממשיכות תביעות נפסדות?

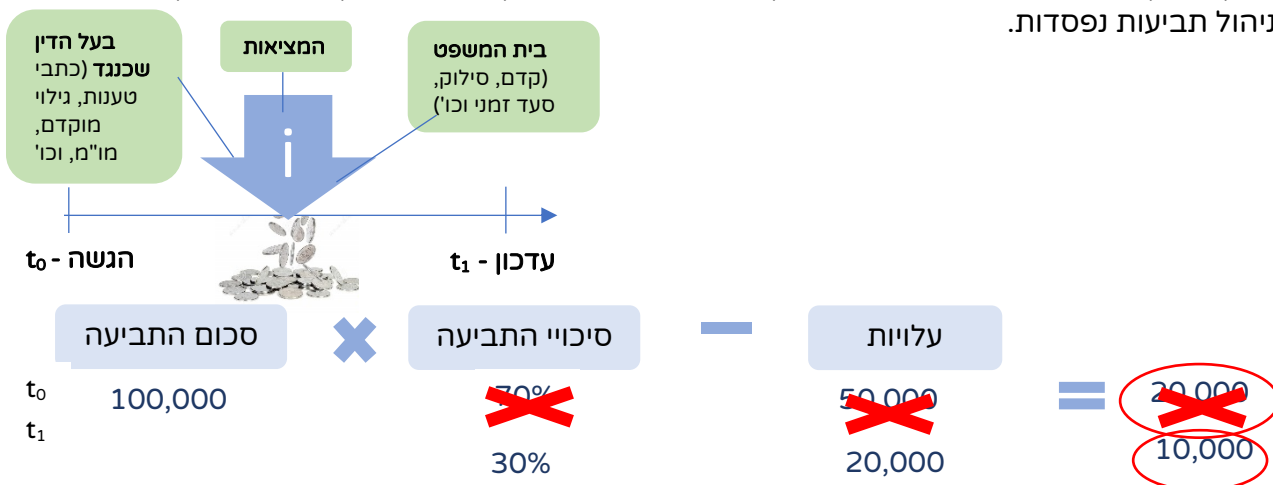
אנשים ממשיכים לנהל תביעות שהסיכוי שלהן להצלחה נמוך ושרציונלי להפסיקן ממספר סיבות:

• כשל העלות השקועה (sunk cost)-

- ככל שמתקדם ההליך, יש יותר מידע על סיכויי
 - אך תוחלת ההפסד פוחתת, כי רוב העלויות כבר הושקעו.
 - התוצאה: תביעות שמראש לא היו מוגשות (במידע מלא)- ממשיכות.
- דוג'- סכום התביעה 100,000 X סיכויי התביעה 70% - עלויות 50,000 = 20,000. התביעה משתלמת.
- אם סכום התביעה 100,000 X סיכויי התביעה 30% - עלויות 50,000 = -20,000. התביעה לא משתלמת.
- ← אך אם כבר הוצאו אגרות קודם על איסוף ראיות ועל אגרות אחרות ותשלומי עו"ד, בהינתן שנשארו עלויות של 20,000 ולא 50,000 - תוחלת הרווח עדיין חיובית ונקבל 10,000. כלומר בגלל שהעלויות כבר הושקעו ימשיכו להגיש את התביעה.

← כדי למזער תביעות נפסדות נשפר את הוודאות (סיכויי תביעה). = לכן מפחיתים עלויות מוקדמות (פיזור ההוצאות לאורך כל ההליך ומניעת השקעה גדולה מיד בהתחלה).

הקושי בעמדה זו- העברה מוקדמת של מידע היא יקרה- מתח מובנה. שיפור הסיכויים יהיה ע"י העברת מידע; מצד אחד יעדיפו להשקיע כסף בהתחלה כדי לייצר וודאות אך מצד שני ככל שמשקיעים יותר כסף בהתחלה כך יש יותר עלות שקועה וניהול תביעות נפסדות.



יעילות – נקודת המבט החברתית

עד עכשיו עסקנו בעלות תועלת של בעלי הדין עצמם, ולא רק הם נושאים בעלויות; כעת נעסוק גם בעלות תועלת שההליך מייצר לחברה עצמה (גורם שלישי שהשלכות ההליך עליו לא יהיו חופפות בהכרח לעלות תועלת של בעלי הדין עצמם).

- להליך האזרחי **החצנות**, שבעלי הדין לא מתחשבים בהן
 - **תועלות** - הרתעה, הנהרה (הבהרה של ערכים ציבוריים - בתימ"ש פועלים כדי ליישב סכסוך כלשהו אך גם עושים עוד דברים כמו הכוונת התנהגות או פיתוח המשפט), אזרחות (ההליך האזרחי כזירה פומבית מובנית למימוש אזרחות דמו' במובן שזהו מקום נגיש שבו אזרחים יכולים לטעון כלפי המדינה טענות ביחס לתוכן המשפט).
 - **עלויות** - בתימ"ש, שופטים, אכיפה, חקיקה. משלמי המיסים (הציבור) נושאים בעלויות התחזוקה והעלויות השוטפות של ההליך. לחישוב האגרות במשפט הישראלי אין זיקה לעלויות ההליך בביהמ"ש.
- יש אפוא **פיצול** בין האינטרס הפרטי בהתדיינות לאינטרס הציבורי - האדם בוחר, יש כוח לאנשים פרטיים אם לכפות על המערכת ניהול של ההליך שלהם.
 - Steven shavel - פיצול יסודי ומכונן בין האינטרס הפרטי בהתדיינות לבין האינטרס הציבורי. המקרים שאנשים מביאים לביהמ"ש לא חופפים למקרים שהיינו רוצים שיתנהלו בביהמ"ש בהינתן ההחצנות של ההליך המשפטי. בהליך האזרחי לאנשים פרטיים יש כוח רב - אין מנגנון סינון לתביעה - והמחליט הוא הנתבע שיחליט אם להתגונן או לא, מבלי להתייעץ בחברה או בביהמ"ש.
 - **תקנה חדשה 5** - מבטא את הרעיון לפיו ביהמ"ש יכול לאזן לפי הצורך בין האינטרס של בעלי הדין לבין האינטרס הציבורי, לפי שיקולי ההחצנות (העלות - תועלת) הציבורית שלא מעניינים את האדם הפרטי.
- האתגר: ליצור **תמריצים אפקטיביים** לליטיגציה רצויה, ולפשרה
 - אגרות, הוצאות לטובת המדינה - לא מתיימרות להביא להפנמת העלויות. למעשה הן מסננות גם הליכים רצויים.
 - כללי העברת מידע - יקרים, מעוררים עלות שקועה. מנסים ליצור הסדרי העברת מידע כדי שלא יהיו הליכים נפסדים אבל הם יקרים למערכת.
 - מתח עם תפיסה דאונטולוגית של הגישה לערכאות כזכות. כשחישוב התועלות
- תכנון המערכת כך ש**משאביה ינוצלו באופן אופטימלי**
 - למקם את התיק אצל "השופט/ת הזול/ה ביותר" - דוג', עדיף לשלם שעת שופט שלום על פני שעת שופט מחוזי, נעדיף למקם את ההליך בערכאה זולה יותר אם אפשר להגיע לאותה תוצאה.
 - לנתב תיקים בין בתימ"ש כך שלא ייווצרו פקקים או רווחים - ברגע שיש המתנה עשויות להיווצר עלויות למע' עצמה ← ולכן היא מנתבת תיקים לערכאות שונות כדי להקל על העומס.
 - ליצור יחידות והרכבים שימצו את יתרונות המומחיות -
 - ← מנגד: טיעונים מזכות הגישה לערכאות
 - שיח דאונטולוגי נ' שיח תוצאתני (כלכלי, שרוצה לראות מה התוצאות של המערכת).
- תכנון ההליך כך שיווצרו **תמריצים אופטימליים להתנהגות מחוץ לביהמ"ש** - המטרה בסדרי הדין הם לכוון את ההתנהגות רק בתחילת ההליך, אלא עבור אנשים רציונליים הם צפויים לבדוק את ההיתכנות של אירוע ליטיגציה עוד לפני שהחל (דוג' - על עו"ד מנסחי חוזים להתחשב בסיכוי לליטיגציה).
 - תובנה קריטית: אין "הפרדה אקוסטית" בין ההליך לעולם שמחוצה לו
 - אנשים תחשבים בסיכוני הליטיגציה בבחירות האישיות והעסקיות שלהם
 - Oliver Wendell holmes - ריאליזם. לפיו, אם רוצים לדעת את המשפט יש להסתכל עליו כעל "אדם רע" - האדם שחושב רק על התוצאות המוחשיות של מעשיו; הוא עוסק בתחזית ומנסה בכל רגע להבין בצורה המדויקת ביותר מה יהיו תוצאות התנהגותו עבורו, וככל שיהיה מוצלח יותר בכך, כך יהיה גם מוצלח יותר בהתנהגותו בעולם. זאת בשונה מה"אדם הטוב" שמונע מטעמי צדק ומצפון, כיוון שהחוק עוסק ברציונליות.
 - meir dan cohen - דומה להבחנה בין כללים מסדר ראשון לשני מתורת המשפט. הבחנה בין כללי החלטה לכללי הדיון.

← האם ניתן ליצור הפרדה? היינו רוצים כללי סדר דין סמויים שרק אם יתעורר סכסוך הם מופיעים, מעין כללים פנימיים להליך עצמו שאינם גלויים לפנינו ולא מאפשרים לעשות את השיקולים המוקדמים. דין עמום זה מייצר עלויות נוספות כי קשה להפעיל אותו.

תקנה חדשה 180- כלל התחולה של התקנות. ברירת המחדל במשפט המהותי מבחינת התחולה בזמן היא **תחולה אקטיבית** (מרגע זה ואילך- גם אם ההליך החל בעבר, הכללים החדשים עדיין יחולו עליו). דבר זה משקף את המאמץ להפרדה אקוסטית מכיוון שהשינויים עשויים להשפיע על ההליך ועל התנהגויות עכשוויות (ולא משפיעה על הליכים שכבר הסתיימו).

חריג הוא בחלק א' לתקנה שבו נקבעה **תחולה פרוספקטיבית**- תחולה מיידית גם על הליכים שהתחילו תחת הדין הקודם. משתקף המאמץ ליצור תמריץ שלילי להסתמכות בדין. המאמר של אורי אהרונסון- שימוש בהגדרות לקביעת הפורום שבו ההליך מתנהל.

3. אמת / נכונות

שאלה תורת משפטית: האם יש קריטריון אובייקטיבי לכך שיש רעיון של אמת/נכונות במשפט? אין הגדרה.

- **האמנם תכלית רצויה?**
 - מה עם אמת פוגענית או יקרה לחשיפה?
 - הפחתת הטעות או הפחתת **עלות הטעות** (error cost)?- האם נרצה לצמצם לכמה שפחות טעויות (הפחתת הטעות) או להבחין בין טעויות שונות (עלות הטעות)?
 - לא כל הטעויות עולות אותו דבר/חמורות באותה מידה- איך נחליט? ישנן טעויות שהעלויות בגינן לחברה גבוהות בעוד אחרות מספקות עלות נמוכה. דוג'- העלות בטעות בתביעה של 1000 ₪ נמוכה יותר מתביעה של 1,000,000 ₪.
- **תכליות חלופיות אפשריות:**
 - סיום / יישוב הסכסוך
 - קול / השתתפות – הצגת נרטיב, גם אם אינו אמיתי. לעתים נעדיף לתת לאנשים להגיד דברים שאינם נכונים ובלבד שיחושו שהם נשמעו והשתתפו.

← איך מעצבים הליך שמקדם תוצאות נכונות?

- נגזרת מבנית: בין שיטה אדברסרית ואינקוויזטורית.

אמת: השיטה האדברסרית

בישראל- מסורת common law, עם עדכונים, כולל סטיות רדיקליות.

הגדרה: ניהול ההליך בידי הצדדים. שלוש משמעויות עיקריות:

- הצדדים יוזמים ותוחמים את גדר המחלוקת- לא בהכרח לפי האמת, הם אלה ששולטים בקביעה מה השאלות שיתבררו בביהמ"ש.
- הצדדים יריבים זה לזה- פועלים להפרכת הנרטיב המתחרה, לא בהכרח באמצעות חשיפת האמת
- ביהמ"ש פסיבי ונייטרלי.

הצדקות וביקורת לשיטה האדברסרית:

- **חשיפת האמת בתהליך דיאלקטי:** תזה ואנטי-תזה- ייתרון ייחודי בהובלת ההליך להגעה לתוצאה נכונה, מבוסס על הרעיון לפיו כאשר יש עימות בין כמה נקודות מבט סותרות, טענות הנגד מול הטענות בעד נתפסות כמתודה עדיפה לחשיפת האמת. הסיכוי ששקרים והסתרות פוחת, מכיוון שלצד השני יש אינטרס לחשוף את האמת כאנטיתזה. קידום ערך **האמת**.
- **טיעון נגד- הקצנה וטשטוש האמת עקב התחרות.** עשוי להקשות על חשיפת האמת. במידה וכל אחד ינהל את ההליך מתוך האינטרס הפרטי שלהם ולא מתוך אינטרס חשיפת האמת, יש סכנה שינסו להשיג הישג בהליך ולא בהכרח לחשוף את האמת.

- נטרול דעות קדומות של השופט, סיבוך תהליך הבנייה של נרטיב מתבקש- במידה וחוששים ששופטים מגיעים עם דעה קדומה לגבי ההליך, הרי שהחשיפה הקבועה של השופט/ת לעמדה ולעמדת הנגד מקשה על פיתוח הדעה הקדומה המוכנה מראש. קידום ערך ההוגנות.
- טיעון נגד- יותר אפשרויות להטיית השופט.
- ניהול ההליך בידי בעלי המידע הרב ביותר- כדי להבין את ההליך בצורה הטובה ביותר יש צורך באדם בעל הגישה לכמה שיותר מידע. במשולש הליטיגציה הפשוט ביותר קיימים שני ליטיגטורים ושופט, כאשר לשופט אין ידע כלל ועליהם לצמצם את פער הידע בתיק כדי להחליט נכון. בעלי הידע הם בעלי הדין עצמם. קידום ערך היעילות.
- טיעון נגד- בזבוז משאבים לצדדים ולמערכת.
- מימוש זכות השימוע וההשתתפות- העצמת האנשים בכך שהופכים אותם לסוכנים להעצמת המשפט ע"י הגעתם והצגת טענותיהם, הם פועלים מול המדינה, כך שיטה זו מחוברת לרעיונות פוליטיים דמו' ורפובליקניים. קידום ערך האזרחות.
- טיעון נגד- הזדמנות אמיתית רק לבעלי היכולת. אספקט חלוקתי. אין שליטה על כמות המשאבים המושקעים בהליך בהתאם ליכולת בעל הדין, כך השקעת העלויות משתנה כדי לממש את תכלית ההליך ויווצר אי שוויון.

השיטה האינקוויזטורית

מעין אנטיזה לאדברסרית.

- השליטה בהליך בידי השופט
- מגבלות על חופש הפעולה של הצדדים (מקבלים הנחיות מהשופט)
- פחות הטיית- אך גם פחות מידע כי מי שמנהל את ההליך לא נגיש למידע כמו הצדדים

בישראל: מודל משולב+

העבודה תתפרסם בשבוע הבא. קריאה- 2. הגישה לביהמ"ש א. הגישה כזכות חוקתית 1. בג"ץ עדאלה.

- מגמה נמשכת של שחיקת האדברסריות לטובת מודל משולב עם רכיבים אינקוויזטוריים מובהקים
 - השופטת כמנהלת ההליך וכיוזמת פעולות, עליית קדם המשפט
 - עקרון תום הלב (איסור על הצדדים להיות אנטגוניסטיים לחלוטין זה לזה), חובות גילוי רחבות (מקשה על הסתרה בהמשך)
 - עידוד פשרות (נוגד באופן מובנה את רעיון היריבות).
- **תקנה 3(א) חדשה**- ביהמ"ש אחראי על ניהול ההליך השיפוטי לשם הגשמת המטרות שביסוד התקנות; לשם כך עליו ליזום אם נדרש ולהחליט כל החלטה לפי תקנות אלה במטרה לקדם את התנהלותו של הליך ראוי והוגן-חובת בעלי הדין ובאי כוחם לסייע לביהמ"ש...
- **תקנה 35(א) חדשה**- הליך מקדמי בין בעלי הדין. הליך זה דורש מהצדדים להיות בקשר ביניהם כדי לצמצם את הפער ביניהם וכדי לנהוג בשקיפות מירבית. דבר זה נוגד מבחינה רעיונית את המושגיות האדברסרית. במהלך הדיון המקדמי הצדדים יאפשרו עיון במסמכים הנחוצים וישיבו זה לזה על שאלות שהמענה להן נחוץ לצורך ליבון.

סיכום: מתח התכליות

- יעילות- לא תמיד הולמת אמת/הוגנות/דמו'
- מובנים שונים של הוגנות/שוויון- לא תמיד הולמים זה את זה
 - צדק דיוני
 - צדק חלוקתי
 - צדק מהותי
- המשפט הדיוני כמשפט מהותי- תובנה מרכזית. עיצוב ההליך לא נוגע רק ליכולתה של מע' המשפט לממש את תכליותיה; המשפט הדיוני:
 - מקצה זכויות

- מחלק משאבים
- יוצר תמריצים
- מכריע משפטים

הגישה לביהמ"ש

זכות הגישה לערכאות

בג"ץ עדאלה נ' שרת המשפטים (2018): גישה לערכאות של זר.

- תק' 116 לתקנות ביה"ד לעבודה: ערובה לתשלום הוצאות- ברירת המחדל בדיני עבודה היא הפקדת ערובה. מהווה חסם משמעותי מפני הגשת תביעות. מרחיבה את הכלל וקובעת כי אם התובע **תובע זר** (לא תושב ישראל)- יידרש כבר בהתחלה להפקיד ערובה שהוא עשוי לשלם לטובת המעביד, אלא אם כן ביהמ"ש פוטר אותו מהערובה.
← ברירת מחדל שנקבעה בנושא עובדים זרים בביה"ד לעבודה היא תשלום ערובה.
- **תקנה חדשה 519**- הפקדת ערובה. תקנה המוטלת לגבי תובעים. הסדר זה משפיע בהכרח גם **אקס אנטה** ולא רק **אקס פוסט**; בד"כ ההסדר הכללי מגיע בסוף ההליך, אך במקרה זה ביהמ"ש מוסמך להטיל על בעל דין תשלום הוצאות משפט לצד השני (משמש גם כסנקציה). תקנה זו מסמיכה את ביהמ"ש להטיל על בעל הדין מראש, בתחילת ההליך מראש- תשלום ערובה המהווה בטוחה המגנה על אינטרס בעל הדין שכנגד לתשלום הוצאות אם וכאשר יהיה צורך.
נעשה זאת כאשר יש חשש מיוחד שהתובע לא יתנהל כמו שצריך. לסיכום ישנם 3 עניינים: סיכוי, פירעון ורצינות. דוג'- עצם הזרות בתביעתו של תובע זר עלול להביא לחשש שיגרום לקיום התקנה. תקנה זו מאפשרת לביהמ"ש שיקו"ד בעניינים ספציפיים, שבהם ההליך עשוי להתנהל באופן לא ראוי.
← ברירת המחדל היא לא בהכרח הפקדה מלכתחילה.

- התכלית- מניעת תביעות סרק וצמצום שיעור התביעות חסרות הסיכוי
 - ברירת המחדל- משתנה.
 - מופעלת כלפי- התקנה תפעל בעיקר נגד עובדים פלסטיניים ועובדים זרים (מהגרי עבודה) שמבחינה חלוקתית מהווים עובדים מוחלשים במיוחד.
- השאלה: האם זכות הגישה לערכאות צריכה להתחשב גם בהיבט החלוקתי?

- אין דרך מוחלטת למדוד את הגישה ← מראה על חוסר היכולת שלנו להצביע באופן מהימן על מקום שבו זכות הגישה לערכאות נפגעה מכיוון שישנם מרכיבים רבים, הנושא עמום.
- הקטגוריה המשפטית הנכונה לביקורת שיפוטית של הגישה (סבירות/חוקתיות) היא באמצעות סבירות וחוקתיות ולא אחת מהן. לפי סולברג **בקוונטינסקי**- שעסק בחוקתיות הליך החקיקה וביטול חוק של הכנסת מרגע שהתקנות תוקנו איכות ההליך לא רלוונטית.

רע"א 2146/04 מדינת ישראל נ' עזבון איברהים (2004)- ערובה בתביעת זר נגד המדינה. נדרשת הפעלה של תקנה 519, מתעורר ספק המדינה ודרישתה לערובה כי מדובר בתובע זר. התובע הוא תושב עזה התובע את המדינה אזרחית על נזק שגרם לו צה"ל, ועלות זו מתפזרת על כל אזרחי המדינה.
ביהמ"ש קובע שהמדינה זכאית לדרוש הוצאות ככל בעל דין וגובה את הערובה מראש.

דנ"א מדינת ישראל נ' דיראני (2014)- גישה לערכאות של אויב. תביעה פרטית נגד המדינה כשלטון החוק? על התובע להפקיד את הערובה לפי 519. גרוניס עוסק במצב ייחודי יותר: תביעות זרים שהם אויבים. הוא הוחזק במעצר מנהלי שנים רבות לפני כן בחשד למעורבות בפרשת רון ארד, ולאחר שהוחזר במסגרת עסקת חילופי שבויים תבע את המדינה בכך שנגרם לו נזק במעצר.
השאלה: האם תביעתו הפרטית יכולה לעמוד כאשר הוא כאויב? לפי המשפט המקובל ישנה דוקטרינה שלא מקבלים תביעות אויבים.
הדילמה בתביעת אסיר/עציר- מקרה קצה בשני המובנים: תביעה של האדם החלש ביותר להתעללות המדינה

(מע' יחסים כוחנית), דבר שדווקא מצריך לאפשר גישה לערכאה, מצד שני- מחבל, שאין לאפשר לו גישה. נקבע לפי גרונס כי אכן יש למנוע ממנו יכולת תביעה.

זכות הגישה: מקורות נורמטיביים

• זכות פרטית:

- זכות נספחת - זכות הגישה לערכאות היא זכות פרטית הניתנת לפרטים במדינה המהווה נספחת; זכות נגזרת, נספחת, תנאי לקיום הזכויות המהותיות.
- מובן תוצאתי
- זכות מהותית עצמאית - כבוד האדם (זכות הטיעון). עצם היכולת של אנשים לטעון ביחס לזכויותיהם מהווה ביטוי של כבודם. לפי המאמר "הזכות לביקורת שיפוטית"/אלון הראל- לאנשים יש זכות לטעון ביחס לזכויותיהם ללא קשר לאם הם מקדמים את ערכי המשפט או לא.
- מובן דאונטולוגי - זכות שראוי לקיימה ללא קשר לאם היא מקדמת זכויות אחרות או לא, מכיוון שיש חובה לתת לאנשים לטעון.
- זכאות (entitlement) במדינת הרווחה המנהלת - זכות הגישה לערכאות היא כמו הזכות להגשת בקשה לתיאום מס או דמי אבטלה; היחס לערכאות האזרחיות היא לא כאל מסגרת שעניינה ז"א, אלא כאל חלק מהמערכת שהמדינה מקיימת כדי לספק שירותים אזרחיים (כמו שירותי רווחה, כך גם השקיעה את משאביה בעיצוב בתיאום"ש ויצירת מע' דינים שאנשים יכולים להשתמש בכלים אלה).

• אינטרס שלטוני:

- זכות הגישה לערכאות היא ביטוי להפרדת הרשויות, תנאי לקיום הרשות השופטת (הפסיבית). הגישה חשובה לאנשים אך חשובה יותר לרשות השופטת כיוון שיש לה מאפיין יסודי של פסיביות (סבילות) בניהול המשפטים.
- חשין בפס"ד ארפל אלומיניום - קיומה של הזכות הכרחי ומהווה צינור החיים של ביהמ"ש, והתשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל שלטון החוק.
- זכות זו מבטאת גם רעיון ציבורי בעקרון הדמו'. מימוש אינטרס ציבורי כללי שהוא רשות מתפקדת ויישום הדמו'.

• הסברים ביקורתיים: הגישה הביקורתית למשפט.

- הגמוניה ולגיטימציה - ההליך כאוורור, השקטה, נטרול אנרגיה פוליטית. הרגעת האזרחים ושיכוך הכעסים.
- סובלימציה - תיעול מאלימות למילים. כך נוצר רושם שהשגנו יותר צדק בעוד עשינו זאת באמצעות כללים בדרכים שהמדינה מנהלת.

זכות הגישה: שאלות נורמטיביות

- עיגון בחוקה - אין חוק מסוים המעגן את הגישה לערכאות.
 - לפי ברק: זכות משתמעת
 - לפי חשין: עקרון יסודי, מעין זכות על המהווה עקרון יסוד של השיטה הגובר גם על חו"י (השפעה על ביקורת שיפוטית לעתים)
- זכות הגישה למה? מהן "ערכאות" (Justice) -
 - כל בימ"ש או ערכאה מסוימת? ערעור?
 - שופט? רשם? רשם בכיר? ועדת ערר? בוררות?
- זכות הגישה למי?
 - כל אדם, תושב, אזרח? (זכות/שירות) - האם כולם נהנים ממנה באותה מידה? דוג' תושב מול זר.
 - יוזם/מגיב - האם הזכות היא רק של יוזמי התביעה או גם מנק' מבט הנתבע?
- גישה בתנאים:
 - סדרי דין? ייצוג? כתב/ע"פ? - עד כמה לגיטימי להטיל הגבלות בסדרי הדין?
 - זכות לניהול ההליך (חירות?) או זכות לתוצאה? - לאנשים צריכה להיות חירות בהליך (שליטה באופן שבו ההליך מנוהל). האם זכות הגישה היא זכות להתחיל הליך שבסופו פס"ד או יכולת לנהל את ההליך עפ"י העדפות הנוחות לבעל הדין?

זכות הגישה: מציאות של חסמים

למרות שזכות הגישה נראית חשובה, מציאות ההליך היא מציאות של חסמים. הדין מהווה רמות שונות של צמצום או פגיעה בזכות הגישה. בהיתן מגוון חסמים, עלינו לעמוד בהם בעת צורך בזכות הגישה:

- חסמים כלכליים מראש (ex ante):
 - אגרות - ס' 83 לתקנות בתייהמ"ש (אגרות)
 - ערבויות - תק' 519, סעד זמני, ערעור
- חסמים כלכליים בדיעבד (ex post, מרתיעים מראש)
 - הוצאות - תק' 511-517, כולל התחשבות באופן ניהול ההלי 512, 514
- חסמים דיוניים:
 - הגבלות על אופן ניהול ההליך (סמכויות, מועדים, אורך כתבי בית דין)
 - עילת סף (מעשה ב"ד, התיישנות, שיהוי, עמידה, שפיטות, בשלות)
- חסמים מערכתיים: מבנה בתייהמ"ש
 - טריבונלים כעין שיפוטיים (בתי"ד דתיים, בתי"ד מנהליים, ועדות ערר וכו')
 - הפניה לחלופות (ADR) - בוררות, גישות, מהו"ת וכו')
- חסמים מעשיים:
 - עלות (ייצוג, זמן עבודה, עלות נפשית)
 - מרחק
 - מורכבות
 - טכנולוגיה - לא לכולם יש גישה לטכנולוגיה
 - שפה - לא כולם מבינים את השפה כראוי. ס' 4 לחוק הלאום - עברית היא שפת המדינה וערבית בעלת מעמד מיוחד, אך אין הסדרה מיוחדת להליכים בפני המדינה בערבית. בפועל לא מתנהלים הליכים בערבית ובמשפט האזרחי אין אפשרות לתרגום, כך שעלות התרגום היא על בעל הדין. דבר זה משפיע על הגישה לערכאות.

הגישה לבית המשפט: סמכויות

סמכות שיפוט = jurisdiction (juris+diction = דיבור+משפט). הכוח לומר את החוק. האפשרות לומר מילים ההופכות לחוק שהוא כוחה האלים והמחייב של המדינה.
חיבור זה מחבר בין הפרקטיקה של אמירת המילים לבין בתוצאה המעשית שלו במשפט (אכיפת המדינה).

- דיני הכוח השיפוטי - הדינים העוסקים בשאלה: "באילו תנאים הרשות השופטת יכולה להפעיל את כוחה?"
- Robert m. covert - לדעתו, המשפט = חיבור בין אלימות ומילים, "פרשנות משפטית מתרחשת בשדה של כאב ומוות", היכולת לתרגם מילים לכוח. פרשנות לדעתו מסתירה את התוצאה המוחשית והכואבת של הפרשנות (כאב ומוות).
- Ronald dworkin - לדעתו, משפט = פרשנות.

סמכות שיפוט - המשמעות

- המובן המהותי-חיצוני: הכוח לחייב פעולה לפי החלטת ביהמ"ש (היכולת להביא את גופי המדינה להפעיל אלימות).
 - שאלה של לגיטימציה - אנו מוכנים שמילות השופט יתורגמו לאלימות.
- אלכסנדר המילטון - (הפדרליסט 78 - בעת ניסוח החוקה האמריקאית 3 פוליטיקאים שהמילטון אחד מהם כותבים שורה של פמפלטים בעיתונות כדי להסביר מדוע כדאי לכוון את החוקה, ומתארים את החוקה ומבנה השלטון. טקסט חשוב במבנה המדינה המגדיר גם סמכות שיפוטית). כדי שמילים של שופט יהפכו לאלימות צריך להיות להן לגיטימציה.
לפיו:
הארנק - הרשות המחוקקת, מחלקת את הכסף.
החרב - הרשות המבצעת, אין לה כוח משלה כל עוד היא לא מקבלת אותו מהמחוקק.
הרשות השופטת - תלויה ברשות המבצעת, חולשתה האניהרנטית הוא בעיסוק שלה במילים אך התרגום שלה למעשים תלוי בשתי הרשויות האחרות.

- **קאבר:** השפיטה כפיצול של המילה והכוח- תנאי לש"פ. (פיצול בין הכוח שאומר את המילים לבין מי שמבצע אותם, שכשהוא מתקיים מתאפשר ש"פ בין הרשויות) כי הוא משחרר את השופטים ואת האוכפים מאחריותם המוסרית באמצעות הסמכות. שיטה המבוססת על הפעלת אלימות חייבת פיצול.
 - שאלה של **מוכנות**- מה גורם לרשות המבצעת להפעיל את האלימות? (למשל מה מאפשר לרשות בתי הסוהר להמשיך להפעיל אלימות כלפי אחרים?).
 - דוג'- **הניסוי של מילגרם** (כמה אדם ימשיך לגרום סבל לאדם אחר כל עוד הוא לא מחליט עליו? ההסבר שהם נותנים לכך- שלא הם קיבלו את ההוראות). קלות היכולת של אנשים להשליך אחריות על אחרים ניתנת לפי הסמכות העליונה (השופטים או המדענים).
 - משפט אייכמן- טענת ההגנה המרכזית הייתה שציית לפקודות (פטור עונשי מחמת צידוק).
 - אם אין **לגיטימציה** אין סמכות שיפוט – המילים נותרות מילים והמנען פטור מקיומן.
 - לכל מדינה יש מנגנון המבטא את הרצון הציבורי – מקור הלגיטימציה במשפט הישראלי הוא **במינוי השופטים** (מינוי ע"י וועדה, 9 חברים- שני שרים, שני ח"כים, 2 עו"ד, 3 שופטי עליון).
- **המובן המעשי-הפנימי**- האם לביהמ"ש הרשות לדון בתיק, לקיים משפט, להגות ציוויים. אם ביהמ"ש אינו מוסמך האם עליו לסלק את התביעה מיד או להמשיך לדון בו?
 - הסמכות לעשות שימוש במשאבי השפיטה
 - עקרון החוקיות- **בג"ץ סימה אמיר (2006)**- סמכות בי"ד רבני לפעול כבורר, בעוד בימ"ש טען שאין לו סמכות מנהלית וכך מבזבז זמן שיפוטי.
- **למי הסמכות להחליט על הסמכות?** המוסכמה המקובלת היא **לביהמ"ש עצמו**.
 - **רציונל יעילותי**- אם יהיה גורם מוסמך נוסף יתנהל מולו תהליך בכל פעם שיש מחלוקת על הסמכות – לכן הוחלט להגביל רק לביהמ"ש.

סמכות ביחס למה? סוגי הסמכויות:

- **סמכות על האדם (הנתבעת):** היבט אינדיבידואלי ופרטי
 - האם יש סמכות לשפוט את האדם? (האם לביהמ"ש יש סמכות להורות על הפעלת כוח נגדו?)
 - **ככלל- ניתן להתנות:** הנתבעת יכולה להסכים לסמכות, מי שהביא את התיקים לביהמ"ש נתפס כמקבל סמכות ביהמ"ש מלכתחילה ולכן מוחזק כמי שיכול לקבל על עצמו את הסמכות ולהקנותו לביהמ"ש. התובעת- בחזקת מסכימה.
 - **ככלל- בסיס טריטוריאלי ("תחום השיפוט"):**
 - סמכות שיפוט בינ"ל- כל מדינה בעולם היא "איזור שיפוט"
 - סמכות שיפוט מקומית- מחוזות בתוך המדינה.
- **סמכות על העניין:** היבט ציבורי ומערכתי
 - סמכות שיפוט עניינית: האם יש סמכות לשפוט **בסוג המקרה**
 - **ככלל- לא ניתן להתנות.** אנשים לא יכולים להסכים וכך לתת למשל לבי"ד רבני סמכות לעסוק בעניינו.
 - עוסקת בארגון כוחה של המדינה, מבנים מוסדיים- היבטי כשירות, אחריות, למי יש לגיטימציה לעשות מה.

בדיקת סמכות שיפוט: סדר העניינים

כדי שאדם יוכל להגיש תביעה צריכות להתקיים שתי הסמכויות הנ"ל. בודקים:

1. **סמכות בינ"ל**- באיזו מדינה ניתן לתבוע? איפה מגישים את התביעה, לאיזה מדינות תהיה סמכות על שפיטת הנתבע בתביעה אזרחית.
 - לישראל אין סמכות שיפוט בינ"ל – הולכים למדינה אחרת.
 - לישראל יש סמכות שיפוט בינ"ל – במידה וכן, שואלים שאלה 2:
2. **סמכות עניינית**- באיזה סוג בימ"ש ניתן לתבוע? מערכת המשפט של מדינות שונות בנויה באופן שונה ומנתבות את התיקים בצורה שונה. לאחר זיהוי סוג הערכאה – במידה וכן, שואלים שאלה 3:
3. **סמכות מקומית**- באיזה מחוז שיפוט (שבו קיים בימ"ש מוסמך עניינית) ניתן לתבוע?
- **תיתכן חפיפה/הקבלה** בכל אחד מהשלבים: דוג' ניתן לתבוע בשתי מדינות במקביל, להגישה גם בבימ"ש דתי וגם רגיל, או בשני מחוזות. קובעים ע"י החוק/אחד הצדדים/כלל ברירה וכו'.

- תיתכן **התלכדות**: סמכות עניינית ארצית- לא בכל המקרים יש יותר מחלופה אחת, לחלק מהמערכות פריסה ארצית (דוג' - בג"ץ או בימ"ש בחיפה לימאות- סמכות ייחודית למחלוקות הקשורות לגופי המים הישראליים).
- תיתכן **התפצלות**: סמכות עניינית מקומית- הקיימת רק במחוז שיפוט מסוים. (דוג' - המחלקה הכלכלית במחוזי ת"א בעלת סמכות עניינית ייחודית המוסמך בחוק לדון בתיקים מסוימים). יכול ליצור היפוך בין 2 ל-3 כיוון שאז נדון במחוז מסוים כי הסמכות העניינית מופיעה רק בו (הסמכות העניינית גוברת על הסמכות המקומית). לסמכות עניינית אמנם יש יותר משקל נורמטיבי אך זהו לא כלל אצבע.

סדר הלימוד של בדיקת סמכויות השיפוט:

סדר הלימוד שונה מבחינה לימודית, אך מבחינה מעשית- הסדר שלעיל הוא הנכון.

1. סמכות בינ"ל
2. סמכות מקומית
3. סמכות עניינית (להשלים)

סמכות שיפוט בינלאומית

- שאלת הסמכות הטריטוריאלית של הפורום הישראלי
- משפט בינ"ל פרטי- קובץ הנורמות העוסקות בסכסוכים של המשפט הפרטי בעלות אופי בינ"ל.
- אנשים ונכסים הם ניידים- חוצי גבולות:
 - סמכות שיפוט- איזה פורום ידון בתביעה?
 - איזו מע' בימ"ש של המדינות המעורבות מוסמכת לדון בסכסוך (אחת או יותר?)
 - ברירת דין- איזה דין מהותי יחול שהפורום ידון בו בתביעה?
 - בימ"ש במדינה מסוימת המחיל דין של מדינה אחרת (כמו החלת מנדטורי בישראל).
 - שתי שאלות אלה מופרדות לגיטימיות.
- הבסיס: תפיסה טריטוריאלית פיזית- העקרון המנחה: סמכות על אנשים ונכסים שנמצאים בתחום השיפוט.
 - ריבונות (יחסים בינ"ל)- פוליטי. מדינה מכבדת את גבולותיה בכך שלמדינה אחרת תהיה סמכות שיפוט על אזרחיה.
 - אפקטיביות (אכיפה)- מעשי. כדי שהפורום יהיה אפקטיבי ופסה"ד שלו יקוימו צריך גישה למקום שבו הוא יכול להפעיל את סמכויות האכיפה שלו, מבחינה טריטוריאלית.
- הבעיות בתפיסה זו:
 - תפיסת חסר- היעדר סמכות על סכסוכים רצויים, לעתים רוצים לשפוט בסכסוכים בישראל אך אין לה סמכות עליהם.
 - **long arm statute**- חוקים המאפשרים להפעיל סמכות גם מחוץ לפורום במידה והדבר מוצדק (לקיים הליך ולתת פס"ד אך האכיפה תהיה בפורום אחר).
 - **תקנה 500 ישנה**- הפעלת סמכות על אדם שלא נמצא בפורום.
 - **תקנה 166 חדשה**- דומה לתקנה 500.
 - **ס'4ב' לחשבד"ר 2018**- סמכות לגרש בני"ז לא יהודים מהארץ. חוקק לבקשת קהילות בגולה לצורך אכיפה נגד סרבני גט.
 - תפיסת יתר- סמכות על סכסוכים לא רצויים, אנשים זרים עלולים לנצל את משאבי השפיטה בישראל.
 - **forum non conveniens**- פורום לא נאות. לפורום הישראלי יכול להיות סמכות אך הוא יבחר שלא להפעילה מתוך שיקו"ד מכיוון שיטענו שהוא לא מתאים והליטיגציה מתאימה יותר לפורום אחר.
 - דוקטרינה זו לא חקוקה אלא מהפסיקה.
 - **ויתור על סמכות**- **חוק השאלת נכסי תרבות 2007**, לצורך הבאת מוצגים ממוזיאונים בחו"ל- לביהמ"ש לא תהיה סמכות על הנכסים שהובאו לארץ.

אתגרי הסכסוך הבינ"ל

- עלויות בירור הסמכות (בדיעבד) - ההחלטה מהי הערכאה המוסמכת בשאלה זו עולה יותר מאשר בירור במנגנון פנימי שאינו בינ"ל כיוון שההתנהלות היא מול מדינות שונות.
+ עלויות הביטוח מפני סיכויי החלופות - אם ליטיגציה יכולה להתקיים ב2 מדינות, יש להיערך מראש. עקרון הוודאות הוא אחד מהסיבות.
- פתרון: תניות שיפוט חוזיות. במע' יחסים חוזיות עם אופי בינ"ל לא כל הסכסוכים נובעים מחוזים, אך אלה שכן יכללו את תניית מקום השיפוט (אם יהיה סכסוך לגבי המקום, קובעים היכן הוא יתנהל).
- קשיי תיאום בין פורומים - אם יש יותר מפורום אחד הטוען לסמכות או עושה פעולה המשפיעה על הסכסוך, אין ערכאה גבוהה יותר שתחליט איזה פס"ד של איזו מדינה יקוים ← נוצרים מצבי סתירה שונים כיוון שכל אחת מהטריטוריות טוענות להסמכתן.
- פתרון: הליך תלוי ועומד (lis alibi pendens) - מונע מערכאה במדינה אחרת להפעיל את סמכותה.

הפעלת הסמכות הבינ"ל

שני שלבים:

1. רכישת הסמכות - וידוא שמתקיים העקרון הטריטוריאלי של הנתבע שנמצא בתוך הטריטוריה. 2 דרכים עיקריות לרכישת הסמכות בישראל:
 - המצאה
 - בארץ - של כתב תביעה, המסמך שיוצר את התביעה והנתבע בישראל. כך העקרון הטריטוריאלי מגולם.
 - **פרוקסי (קירוב)** לרעיון הנוכחות בטריטוריה - הפורום יודע שהנתבע נמצא בישראל באמצעות כך שברגע מסוים כתב התביעה תפס את הנתבע פיזית בישראל. אם רגע חולף זה התרחש בטריטוריה הישראלית, הפורום הישראלי מסופק לגבי דרישת הנוכחות של הנתבע בארץ ולא מתחשבים מאוחר יותר במידה והוא עזב את הארץ והמצאה חד פעמית ומכוננת זו מספיקה.
 - כתב התביעה הומצא (=ניתן) בארץ ← הנתבע בארץ יש סמכות!
 - תקנה 477-478 ישנה** - המצאה לבע"ד גופו/מורשה לקבלת כתבי בית דין/עו"ד.
 - תקנה 475-503 ישנה** - דיני המצאות (סיבוכים)
 - תקנה חדשה 158א-** מטרתה של המצאה של כתב הטענות הראשון היא גם להחיל על הנתבע את מרות ביהמ"ש.
 - **שילוב** של פיזיות ורגעיות - הרגע בודד לצורך ההמצאה. מע' המגלמת איזון קיצוני בין העקרון הטריטוריאלי הבסיסי הדרוש לבין נוכחות רצופה שלשמה יש גם חלופות (כמו חלופת עו"ד - אם ההרשאה לעוה"ד כוללת הרשאה לקבלת כתבי ב"ד בנושא מסוים+אמרה לפיה עוה"ד ייצג את האדם בכל עניין אחר = מראה שהאדם מצוי בישראל באמצעות עוה"ד).
 - שאלות עובדתיות מגוונות (פס"ד וינקלר, נייגל).
 - בחו"ל -
 - המצאה קונסטרוקטיבית
 - ❖ **תקנה 481 ישנה** - מתירה המצאה כתב ב"ד לאדם גם לאחד מבני משפחתו הגרים עמו (ההנחה הוא שכאשר האדם יחזור לארץ, הכתב יועבר אליו).
 - ❖ **תקנה 482 חדשה** - "למנהל או למורשה". במידה והתביעה היא בעניין עסק או עבודה נגד אדם שלא גר באיזור השיפוט, מספיק להמציא את הכתב למנהל או למורשה, שמועסק ע"י האדם בהנהלת העסק או עבודה באותו איזור שיפוט. בדרכי המצאה הנכונה לחברה מחו"ל היא למשרדיה בחו"ל, אך ניתן לעקוף באמצעות תקנה 500. בתקנה זו הכללים:
 - תובענה בעניין עסק או עבודה
 - הנתבע מחוץ לתחום השיפוט

- המצאה למורשה "מטעם האדם" - לא לקבלת כתבי בית דין אלא מורשה לעשיית עסקים ע"י האדם
- העוסק בהנהלת "אותו עסק או אותה חברה"
- ← שאלה 1 לגבי התקנה: מי הוא המנהל/המורשה? עד כמה רוצים להקל על תביעת עוסקים זרים. טוענים שיכול להיות מורשה, מועסק וכו'.
- ← שאלה 2 לגבי התקנה: מיהו מורשה?
- לפי רע"א כרמל דיירקט- נקבע לפי מבחן "אינטנסיביות הקשר" - אם לאדם המורשע יש קשר אינטנסיבי עם האדם שנמצא בחו"ל ניתן להניח שיעביר לו את כתב התביעה.
- גישה מרחיבה- מי שיעביר התביעה לנתבע. גישה זו הקובעת ברע"א.
- גישה מצמצמת- בפסיקה. נדרשת זיקה עניינית של המורשה לנושא התביעה (הוספת המילים ב482 לפיהם ניתן למסור רק לאנשים המנהלים את "אותו עסק"/"אותה עבודה").
- לפי סולברג- גם לאחר התיקון נותר מבחן זה משני בחשיבותו למבחן אינטנסיביות הקשר.
- היתר המצאה מחוץ לתחום 478 לא תהיה מתאימה במקרים שבהם ההמצאה היא לא לבתי עסק אלא לאנשים פרטיים.
- ❖ תקנה 500 ישנה - מאפשר המצאה של כתב תביעה גם בחו"ל.
- קובעת סוגים שונים של תנאים שאם אחד מהם מתקיים ביהמ"ש רשאי (אך לא חייב) להחליט האם לתת המצאה בחו"ל.
- מגוון עילות שנותנות זיקה לפורום הישראלי:
- ראיות בישראל
- אכיפה בישראל- אם יש צפי שהאכיפה של הפס"ד תהיה בישראל
- השפעה על ישראל/ישראלים- לעתים רוצים לייצר נגישות מיוחדת לישראלים וההעדפה היא לנהל את המשפט בישראל
- הליך בישראל- עילה 10. חורגת מהיבט הזיקות המובהק. אם יש כבר תביעה כאשר בעל הדין שיועיל לתביעה נמצא בחו"ל, ניתן לגרור אותו פנימה ואז אפשר להגיש תביעה נגד נתבע ישראלי המצוי בחו"ל וכך להגיע לנתבע הלא ישראלי.
- ייחודה הוא שהיא עוסקת בתביעה שמוגשת כעת ולא בנתוני עבר.
- ❖ קבועה בתקנה 166 חדשה - ביהמ"ש "רשאי" להיתר המצאה מחוץ לתחום. יש לשכנע את ביהמ"ש לפרוץ את תחומי הריבונות לצורך המצאה לנתבע זר, לפי שיקו"ד ביהמ"ש. הליך מורכב, יקר וחריג לאור פריצת הריבונות.
- שונה מ482- שם יש רק להמציא אישור לשליחה.
- הליך ראשוני במעמד צד אחד (ex parte)- בהגדרתה מנוהלת במעמד צד אחד כי הסמכות נגדו עוד לא נרכשה והוא לא נמצא בארץ.
- ניתן להתנגד בדיעבד.
- ❖ תקנה 503 ישנה - רגע של פיקציה, מתייחסים לאדם כאילו לא נמצא בישראל; סותר את האופי הפיזי של הדוקטרינה. פטור זה הוא רק למקרה הגעה לישראל לעניין כפירה בסמכות של תקנה 500.
- תניית שיפוט חוזית-
 - תניה בדבר מקום השיפוט - נאכפת במסגרת דיני החוזים. כולל דיני הפגמים, תו"ל, תקנ"צ, חוזים אחידים וכו'.
 - ס'9 לחוק החוזים- תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט או הבוררות. תנאי זה תוקן והוחמר בכך שנקבע "כל הוראה העוסקת בתנאי בחוזה אחיד- מקפחת". עמדה תקיפה נגד השימוש בבחירת מקום שיפוט בחוזים אחידים.

ס'5- תנאי בחוזה אחיד השולל או המגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות- בטל.

אם ניתן להתנות- ניתן להסכים: השתתפות בהליך כמוה כהסכמה ← המשמעות: יש לעורר טענת חוסר סמכות בין"ל בהזדמנות הראשונה!
תקנה 29 חדשה- הבעייתיות היא בפרשנות; שלא יתנו לבעל דין לעורר את השאלה מאוחר יותר.

דוג'- חוזים: כדי לתבוע את עליאקספרס ניתן לתבוע רק בהונגקונג פיזית.
 כדי לתבוע את פייפאל ניתן לתבוע רק בסינגפור (הלכת קלינגהופר ביטלה ס' זה- תובענה ייצוגית. ההליך הסתיים בפשרה כיוון שביהמ"ש טען שסעיף זה מקפח ולכן בטל). פייסבוק- תביעות יתבצעו רק בקליפורניה. כיום פייסבוק מוכנה להיות כפופה לסמכות השיפוט של ביהמ"ש המקומי בכל מקום.
 ○ סוגים טיפוסיים (שאלת פרשנות):

- **יחודית- סמכות רק במדינה X.** אם צדדים קבעו בחוזה שהפורום הישראלי מוסמך לדון בתביעה, ביהמ"ש ייקח זו כהקניה של סמכות גם אם הנתבע לא נמצא בארץ.
 - **מקבילה- סמכות גם במדינה X.** מקנה סמכות ליותר מפורום מדינתי אחד.
- **תניית שיפוט לא יכולה לשלול סמכות שנרכשה כדין (המצאה)**- כלומר: ייתכן שהתיק יידון גם בפורום אחר מזה שהוסכם אך רתיעה מהפעלת סמכות אם הצדדים הסכימו על פורום אחר כיוון שבפועל זו שותפות בהפרת חוזה.
 אמנם לא יכולים לשלול את הסמכות מהפורום הישראלי אך הסעיף מספק טעם למשפט הישראלי לשקול אם להפעיל את סמכותו.

פס"ד Nantucket- ברירת דין בעצם העובדה שמתנהל רק לפי החוק התאילנדי. כל סכסוך בין הצדדים יובא לפני ביהמ"ש התאילנדי.
המחוזי- מבין את החוזה כאחיד וטוען לפירוש נגד המנסח ← מפרש כתניה מקבילה כך שניתן לקיים את ההליך גם בישראל.
העליון- התניה יחודית ועדיין פיצול הדיון מאפשר פתח פרשני ← עדיין מאפשר להליך להתנהל בישראל. הביקורת היא לעניין הודאות והענייניות.

2. **שיקול דעת**- הפורום הנאות. ביחס להפעלת הסמכות, בהינתן המגבלות לעיל. האם הפורום רוצה להפעיל את הסמכות בהינתן הדוקטרינות לעיל?
 השיקולים (המבחנים):

- **מירב הזיקות**- לאיזה מהצדדים יש את מרבית הריאיות, האכיפה והדין (דומה **לתק' 500**)?
 - **ציפיות סבירות** של הצדדים (ex-ante)- האם בעת היווצרות מע' היחסים החוזית או העוולה הנזיקית ראוי היה שהצדדים יצפו שייחשפו לליטיגציה בישראל? דוג'- ספק תיירות טורקי נגד אזרחים ישראליים.
 - **אינטרס הפורום**- עניין ציבורי, שוק מקומי, הדדיות (?)
 האם לפורום הישראלי יש עניין ציבורי מיוחד בתביעות כאלה? המבחן העמום ביותר כיוון ששואל באופן כללי מה טוב לישראלים.
- ת"א עזבון צ'סר נ' זיידאן (2018)**- **חוק הלאום כמקור**. ס'6א- המדינה תשקוד על הבטחת שלומם של בני העם היהודי ושל אזרחיה הנתונים בצרה ובשביה בשל יהדותם או בשל אזרחותם. לפי השופט דרורי יש לו אינטרס להקל בתביעות בגין אירועי טרור. למרות שהתובעים לא היו ישראלים עדיין התביעה התרחשה, גישה מרחיבה.
- ← **שיקול צד**: קיומו של **פורום חלופי** ← עד כמה הגישה הישראלית תשפיע על הגישה לערכאות של התובע (עד כמה הדבר ישפיע על גישתו לפורום חלופי זמין במע' המשפט האחרת?) זו דוקטרינה השוואתית, שבה בוחנים איזה מהפורומים הוא המתאים ביותר והאם הוא נגיש.
- פס"ד נייגל, וינקלר**- שאלת האשם של התובע.

סמכות שיפוט בינ"ל: סיכום

- טשטוש תחומים ניכר בין מצבי שיקוה"ד:
 - המצאה למורשה (תק'482)
- הפורום הנאות- שאלת נטל ההוכחה: אם הסמכות נרכשה כלפי נתבע שמחוץ לישראל דרך תקנה 482- המצאה בחו"ל לא רלוונטית כיוון שהוא נמצא בישראל בעצם העובדה שהוא פועל באמצעות מורשה וההנחה: הנטל להוכחת פורום לא נאות- על הנתבע
 - המצאה מחוץ לתחום (תק'500)
- הפורום הנאות- שאלת נטל ההוכחה: אם הסמכות נרכשה כלפי נתבע שמחוץ לישראל ואין מורשה שאפשר להגיע אליו דרכו דרך תקנה 500- וההנחה: הנטל להוכחת פורום לא נאות- על התובע
 - פורום נאות (האם הפורום הישראלי מעוניין בתיק?)
 - שאלת נטל ההוכחה- על מי מוטל הנטל לשכנע את ביהמ"ש שהפורום נאות לתביעה הרלוונטית? ההבחנה לעיל בין המצבים.
- השאלה החלוקתית/אסטרטגית: על מי תוטל עלות ההתדיינות בחו"ל. למי ההסדר מעניק יותר כוח? רוצים להגן על בעלי הדין. המנצח בשלב זה משיג הישג הגוזר את גורל התביעה כולה, כיוון שבמדינה זרה לעתים עלות ההתגוננות לנתבע תהיה גדולה מדי והוא לא יוכל לעמוד בה.
 - שינוי העתים הטכנולוגיים- לכאורה מוביל לאדישות כי גם לתבוע בחו"ל כבר לא כ"כ מסובך
 - אבל: בפועל ביהמ"ש אינו אדיש (מגונן על אינטרסים (של) ישראלים)- גישה פרוטקטיבית
 - נדרש שת"פ או תחרות מתוחכמת בין כל המדינות כדי למנוע פגיעה באזרחינו
- כשהצליחו לרכוש את הסמכות בישראל כדין והוחלט שהיא הפורום הנאות- יש לברר לאיזו ערכאה נגשים (סמכות עניינית) ← ואז לסמכות המקומית (ללכת לאיזה בימ"ש באיזה מקום) אך בפועל נלמד על הסמכות המקומית קודם.

סמכות שיפוט מקומית

- השאלה: באיזה מחוז שיפוט תוגש התובענה?
 - 6 מחוזות בישראל:
 - נצרת- צפון
 - דרום- ב"ש
 - תל אביב
 - חיפה
 - ירושלים
- 29 בתימ"ש שלום- שכולם שייכים למחוזות אליהם הם מחולקים, כך שבפועל כולם מחולקים ל6. מאז הסכם אוסלו שיפוט בעניינים אזרחיים העוסקים ברש"פ לא נעשה לפי סמכות מקומית אלא לפי שילוב של חוק צבאי ובינ"ל.
- סמכות שיפוט- רק בין מחוזות.
 - בתימ"ש שלום בתוך המחוז- התובע בוחר באיזה מן הסניפים במחוז להגיש, הנשיא יכול להעביר לפי ס'49 לחוק בתימ"ש.
- דיני הסמכות המקומית: תק'3-7- היכן להגיש תובענה? תקנות חדשות 7-8: הגדרת הסמכות המקומית.
- הסמכות נרכשת ברגע ההגשה כדין- רגעיות ופיזיות. מרגע שנרכשה הסמכות במקום שבו הנתבע גר גם אם יעבור הסמכות לא פוקעת כיוון שכבר נרכשה באותו מקום (בדומה להמצאה בינ"ל).

סמכות שיפוט מקומית- יסודות

מספר תנאים חלופיים הקובעים את הסמכות המקומית:

- זיקות התובענה: תק'3(א), 2, 3, 4, 5, תק'4 למקרקעין
- הליכה אחר הנתבע: תק'3(א)1- מקום מגוריו/עיסוקו של הנקבע לא תמיד קובע את סמכות השיפוט, לעתים הסמכות תהיה בשני המחוזות (גם המגורים וגם מקום גרימת הנזק למשל)

- הליכה אחר הנתבע (הצרכני): **תק'3(א)1** - אם התובע הוא עסק שרוצה לתבוע את לקוחו ישנו כלל לפיו ניתן לתבוע רק במקום מגוריו של הנתבע, המקור: רע"א 6920/94 לוי נ' פולג 1995 - החלטה זו מחקה את היתרון הנ"ל. הלכה זו עוררה ביקורת כיוון שבעקבותיה תאגידים החליטו לתבוע את הנתבע במקום מגוריו, וכאלה הפרושים באופן ארצי ביקשו לתבוע במקום שאינו קרוב למקום מגוריו הנתבע.
- פס"ד קרנית - הגבלת לוי נ' פולג כדי לא לתת כוח לתובעים, כי ההליך נכפה על הנתבע בעוד שהתובע בחר בו. תובעת גרה בירושלים ושוכרת דירה בתל אביב. לכאורה מירב הזיקות הן בתל אביב. עמית קובע שהזיקה היא מקום ביצוע ההתחייבות במידה והתובעת תזכה בתביעה.
- טירקל עוסק בס'60 לחוק החוזים - הוראות חוק החוזים חלק כללי חלות גם על חיובים אחרים שלא מכוח חוזה הרלוונטיות לעניין. כך עקרון תוה"ל חל גם על הקשרים אחרים במשפט האזרחי ← חוזה יקויים במקום מגוריו של הנושה הזכאי לחיוב ולכן הנתבע ישלם במקום מגוריו התובע. תקדימי.
- **"תביעות אינטרנט"** - תובע או נתבע: **תק'3(א)2** - כיצד משפיע על המציאות הפיזית. אינטראקציה שהתרחשה במרחב המקוון ועוררה סכסוך משפטי. רוב תביעות אלה הן דיבה או רכישות, ולכן המחוקק המשנה קבע שניתן לתבוע בכל מקום בישראל.
- **תניית שיפוט: תק'5** (למעט ת"ק; ח"א) - לדוג' תניה בחוזה המגבילה את העניין לדיון במחוז שיפוט מסוים (ברירת דין).
- **סמכות שיורית - ירושלים: תק'6** - אם אף אחד מהמחוזות לא מוסמך לפי העילות הקודמות, מגישים בירושלים. רלוונטי לתביעות שטחים או בעלות אופי בינ"ל חזק שהסמכות המקומית בהם נבחרה ב"ם.
- **ריבוי נתבעים/זיקות: בחירת התובע.** כאשר יש יותר מנתבע או זיקה אחת לתובע יש כוח לבחור.

סמכות שיפוט מקומית - תכליות

- **התכלית המסורתית:** שפיטה בידי הקהילה המקומית (+ריבונות מדינתית, פדרלית לדוג'). אם לסכסוך יש זיקה למקום מסוים מי שיפוט בו הוא אנשים בעלי הנורמות המקומיות.
 - אנלוגיה: שיטת המושבעים-jury of one's peers, רוצים שאנשים יישפטו על ידי אנשים כמותם.
 - לגיטימציה
 - מידת הרלוונטיות לישראל? האם העובדה שהתנהגות עסקית בב"ש נשפטה בב"ש תביא לשימוש במאפיינים של איזור הדרום?
- **התכליות המודרניות:** מנגנון ניהולי. תועלת למערכת+לבעלי הדין
- **תועלות המערכת:** ניתוב תיקים ופיזור העומס.
 - **טרם סכסוך** - מיקום הפעילות העסקית. כאשר פותחים עסק יש לברר את דיני הסמכות המקומית כדי למקם את הפעילות העסקית (דוג' - דלאוור)
 - **אחרי סכסוך** - פורום שופינג. במצבי בחירה בין יותר ממחוז אחד, אם יש יותר מזיקה/נתבע אחד - התובע הרציונלי יבחר למקם את תביעתו במקום הזול ביותר לניהול.
 - **מנגנון שוקי "היד הנעלמה"** - סומכים על התובעים שימקמו את התיקים במחוז היעיל ביותר מבחינה חברתית. השוק מפזר את התיקים בתקווה שבעלי דין רציונליים יאזנו בין המקומות השונים.
 - **כשלי שוק** - הטיות חלוקתיות. בעצם העובדה שהתובעים בוחרים היכן למקם את תביעתם מבין החלופות עלולות (התובע בוחר מקום שיפוט כדי שיהיה לו זול אך האם הדבר הוא בכלל אצבע בקורלציה שיהיה זול לנתבע בפורום שופינג
 - **חלופות** - המשפט הישראלי הולך לפי מתכנן מרכזי (המדינה) והגרלה
 - **תועלות הפרט:** נוחות (זולות) הדיון. ככל שעוסקים בנוחות הפרטית מעדיפים שההליך ימוקם במקום מגורי הנתבע/שבו התרחשה העסקה/במקום המקרקעין- מקווים שלצדדים יהיה זול יותר להגיש את התביעה.

סמכות שיפוט מקומית - מגמות

- התלבטות נמשכת ביחס למידת החשיבות של הבחנות הסמכות המקומית, כיוון שהמדינה קטנה
 - מצד אחד: זכות הגישה + שיקולים חלוקתיים (דוג' ס'4(9) לחוק חוזים אחידים)
 - מצד שני: שיקולי יעילות מערכתית - מניעת ליטיגציה מקדמית על מקום השיפוט "בארצנו הקטנה" אך: את זאת ניתן לעשות ע"י איכיפת הדין; או התעלמות מהפרתו.
- התקנות החדשות: פשטות על חשבון דיוק.
 - כללים מעטים ובהירים יחסית: הולכים אחר הנתבע/מקרקעין/אינטרנט - תק'א-7 - כלל הזיקות האחרות נמחקות ומושא רק מקום המקרקעין (מגורים) או מקום העסק עם חריג לאינטרנט
 - שאיפה לוודאות מוקדמת באשר למקום השיפוט, כדי לצמצם את ההתלבטות לגבי מקום השיפוט המבזבז כסף.

העלאה מאוחרת של טענת חוסר סמכות מקומית

- כמו בסמכות בינ"ל - מבחינת הזיקה הרעיונית לתחום סמכות השיפוט הבינ"ל, מאמצים את קו המחשבה שאנשים מקבלים על עצמם את הסמכות.
- ככלל: השתתפות בהליך שקולה להסכמה ← שמקנה סמכות.
- המשמעות: ייזהר הנתבע! יש לעורר בהזדמנות ראשונה. אם עוה"ד נזכר מאוחר מדי בבעיית סמכות מקומית בתביעה התביעה תמוקם לא במחוז הרצוי ועל הנתבע מוטל נטל לזהות את התקלה בסמכות המקומית בהזדמנות הראשונה.
- כלל זה נובע מהמשפט המקובל, ויש לו עוגן בתקנות:
 - בתקנות הישנות אין כלל בהיר, אלא מתייחסים להזדמנות הראשונה (לרוב בזמן העלאת טענות בכתב ההגנה). הזדמנות מוקדמת אף יותר נמצאות לפני הגשת כתב ההגנה (הגשת בקשה לביהמ"ש כדי לסייג את התביעה על הסף מבלי לחשוף את כתה"ג בטענה שהמקום אינו מתאים מלכתחילה)
 - תקנה 29 חדשה - בהזדמנות הראשונה לאחר הגשת כתב התביעה.
- מתעוררת השאלה: האם ההזדמנות הראשונה היא רק בעת כתב ההגנה או שניתן גם לפני כן באמצעות בקשה ממוקדמת? מקובל שהגשת כתה"ג מהווה הזדמנות ראשונה.
- תקנה 150 חדשה - ערעור ברשות בלבד. כלל זה מבטא את עמדת הדין לפיה טעויות בסמכות מקומית הן נסבלות ולדין לא אכפת מהן כ"כ (מחוז לא נכון לא משנה את הדיון).
- עת"מ (מח' ת"א) גלובס נ' רשות המסים - 2013. הבחנה בין סוגי נתבעים ומידת ההגיונות הנדרשת מהם לפי חוק סמכות מקומית.
- לפי השופטת אגמון גונן, הדין מבוסס על הבחנה בין בעלי דין שונים וטוענת שאם המדינה היא הנתבעת (המשיבה) בהליך המנהלי - ניתן להטיל עליה נטל מוגבר של העלאת טענה בהזדמנות הראשונה וכל עיכוב ייתפס נגדה יותר מאשר בעל דין פרטי (חובת הגיונות מוגברת ביחס למדינה). החשבת שבועיים כהזדמנות ראשונה תלויה במי מדובר, בקש"ס, בתו"ל, מראית עין. (judge shopping). לעתירה מנהלית יש אופי של בירור מהיר (עתירה) ולכן יש להתנהל מהר. בערעור לעליון - גרוניס הופך את ההחלטה וטוען פורמליסטית לפי ס'79 לחוק בתיהמ"ש שעל ביהמ"ש עצמו בת"א להעביר את ההליך לביהמ"ש בירושלים.

העברות

- חוסר סמכות:
 - ס'79א' לחוק בתיהמ"ש - בימ"ש חסר סמכות מקומית/עניינית ← "רשאי" להעביר לערכאה האחרת. חריג כללי לעובדה לפיה בהיעדר סמכות התיק מתאין, כאן מאפשרים לערכאה אינה מוסמכת להעביר את התיק לערכאה הנכונה.
 - ההגיון בס' זה הוא יעילות - חסכון הצורך להגיש מחדש בערכאה הנכונה ללא הליך מחודש של הגשה והמצאה.
 - זהו עניין מדינתי פנימי ולכן לא רלוונטי לסמכות בינ"ל כיוון שאין דרך להודיע לפורום האלטרנטיבי.
 - תקנה 101(ס) - מעבה את הוראת ס'79א' ולפיה ביהמ"ש לא יעתר לבקשת דחיה מחוסר סמכות אם נראה לו שיש להעביר את העניין לבימ"ש מוסמך אחר לפי ס'79א'. שולל במידה מסוימת מבתיהמ"ש

להעניש תובעים רשלניים (דוג' - תובע שהגיש תביעה בערכאה לא מוסמכת עקב אשם שלו, נמצא דרכים להטיל עליו את עלויות ביהמ"ש).

• איחוד עניינים:

- **תק'7:** במידה ותביעות הוגשו במקומות שונים לגבי נושאים דומים ויש ביניהם זיקה - נשיא ביהמ"ש העליון מוסמך לרכז בין מחוזות ולאחד את כל התיקים במחוז אחד.
- **תק'40(ב) חדשה** - אותה ההוראה בתקנות החדשות.
- **תק'520** - נשיא בימ"ש שלום מוסמך לרכז בין בתי משפט בתוך המחוז
- **העברת תיקים:** סעיפים לחוק בתיהמ"ש
 - **ס'78** - נשיא ביהמ"ש העליון מוסמך להעביר בין מחוזות. אם אין הסכמה להעביר ניתן לפנות לנשיא והוא יכול להעביר את התיק.
 - **ס'78א** - מנהל בתי המשפט מוסמך להעביר למחוז סמוך - **עומס**
 - **ס'49** - נשיא בימ"ש שלום מוסמך להעביר בין בתימ"ש בתוך המחוז.
- **"לא יעבירו עוד"** - ביהמ"ש שקיבל תיק שהועבר אליו לא יוכל להעביר אותו הלאה (העברה אחת מספיקה) גם אם מתברר לאחר מכן שעדיף לנהל אותו במחוז אחר, כדי לחסוך בעלויות.

לסיכום, עצם ההסכמה מקנה סמכות מקומית.

סמכות השיפוט המקומית מבצעת אינטגרציה בין אינטרס מערכתי ניהולי לניתוב התיקים בין יחידות השיפוט השונות מצד אחד לבין המאמץ לקרב את הליטיגציה אל בעלי הדין בדגש על הנתבע הנגרר להליך, תוך הוזלת עלויות ההליך עבור הצדדים.

סמכות שיפוט עניינית

- ההבחנה בין סוגים של בתימ"ש - יש להבחין בין סוגי בתיהמ"ש בפורום, ולבדוק לפי הדינים המסמיכים לאיזה מהסוגים התביעה מתאימה
- בתיהמ"ש:
 - שדרה מרכזית - בתי המשפט האזרחיים:
 - עליון
 - בג"ץ
 - ערעורים
 - מחוזי
 - **אזרחי** - עליון נרחיב
 - מנהליים
 - כלכלי
 - שלום
 - **אזרחי** - עליון נרחיב
 - תביעות קטנות
 - משפחה
 - מערכות מקבילות לבתיהמ"ש האזרחיים:
 - בתי דין לעבודה
 - בתי דין דתיים
 - בתי דין מנהליים
- נתמקד בסמכות האזרחית של ביהמ"ש המחוזי+השלום כיוון שהסמכות המקומית חופפת בבתיהמ"ש המחוזי והשלום ולכן הכללים לגביהם זהים, דבר המפשט את הזיקה לדיון הסמכות המקומית במקרה שלהם כיוון שהם פרוסים באופן זהה.

סמכות שיפוט עניינית

- עוסקת בארגון כוחה הכופה של המדינה- הדין קובע את הסמכות (ולא הצדדים, בשונה מסמכות מקומית).
 - בעלת זיקה חוקתית חזקה ולכן מוגדרת בחקיקה ראשית.
 - משמעויות עקרוניות:
 - לא ניתן להסכים או להתנות על סמכות עניינית. דוג'- לא ניתן לכתוב תנאי בחוזה המסמך ערכאה אחת בלבד לדיון במקרה סכסוך כמו המחוזי/הרביני שידונו בנושא.
 - ביהמ"ש יכול לעורר את שאלת הסמכות מיוזמתו (sua sponte)- דוג'- פקיד במשפט המנהלי שהתגלה שאין לו סמכות צריך לדווח על כך ולהפסיק לאחר שבירר את סמכותו.
 - לכאורה, ביהמ"ש צריך לנהוג כך גם, וחייב לעורר את שאלת הסמכות בעצמו. פער בסמכות על האדם- בסמכות מקומית בעלי הדין צריכים לעורר את השאלה בעצמם.
 - ניתן לעורר את שאלת הסמכות בכל שלב בהליך- בין ביהמ"ש ובין הצדדים. מעורר קשיי תו"ל.
 - **תקנה 29 חדשה- קושי-** לכאורה סותר את הנאמר לעיל לגבי עירור שאלת הסמכות ומעורר קושי חוקתי; חקיקת משנה שלכאורה סותרת את החקיקה הראשית המסמיכה (כמו חשבד"ר).
 - בעל דין יעלה טענת חוסר סמכות בהזדמנות הראשונה לאחר הגשת כתב התביעה ואם הטענה נוגעת לסמכות ייחודית של ערכאה ניתן להעלות עד לשיבה הראשונה של שמיעת הראיות- רומז לכך שטענות בתוך מע' ביהמ"ש בין השלום למחוזי ניתן לעורר רק בהזדמנות הראשונה.
 - **פתרון-** תקנה 29 מופנית רק לבעלי הדין שיכולים להעלות טענות עד שלב מסוים בעוד ביהמ"ש יכול תמיד להעלות טענות בכל שלב.
 - ניתן לעורר את שאלת הסמכות בתקיפה עקיפה- כדי לטעון שחוק/ס' מסוים הוא לא חוקתי ניתן:
 - תקיפה ישירה- ערעור.
 - **תקיפה עקיפה-** לעתור לבג"ץ ולטעון שהוא אינו חוקתי. לא יוזמים הליך נגד הנורמה אלא טוענים טענה בהליך אחר שמטרתה להתעלם מקיום הנורמה ולכן זה עקיף.
 - דוג'- בהפסד בהליך אזרחי ניתן ללכת להוצל"פ ולטעון שביהמ"ש לא היה מוסמך עניינית, או מעשה ב"ד שטוענים שניתן בחוסר סמכות. כל אלה תקיפה עקיפה.
- ← בפועל- שחיקה בעוצמת הסמכות העניינית בעיקר בין שלום ומחוזי.
- הדוקטרינות המשקפות את השחיקה: תוה"ל (היזכרות מאוחרת לאחר ההפסד שביהמ"ש חסר סמכות עלול להאשים את בעל הדין בחוסר תו"ל ומעין שיטת מצליח), בטלות יחסית, יעילות הדיון, תקנות חדשות (כמו 29).

טבלה בין סמכות עניינית למקומית- ס' 29 משותף לשניהם+כל השאר

סמכות שיפוט עניינית- תכליות

- מומחיות- בעיקר ביחס בין הערכאות הכלליות למתמחות. אם הערכאה מתמחה בתשתית הרלוונטית כך היעילות תגבר (דוג'- ביהמ"ש הכלכלי).
- עלויות של התמחות יתר? יתרונות לgeneralist? מתח קבוע בין הספשיאליסט (השופט המומחה שתחומי הידע שלו מתמחים, בבתימ"ש המתמחים בסמכותם) לבין הג'נרליסט (שמשלב בין מספר תחומים), ולכל אחד מהם יתרונות וחסרונות; האידאל השיפוטי לפי ברק הוא שמוטב ששופטים יהיו בקיאים בכל תחומי המשפט ולא רק באחד.
- כשירות- הפחתת error cost המערכת. הסמכויות אינן מוגדרות כתחומים ספציפיים שבהן ביהמ"ש עוסקים. היבט תיאום מוסדי.
- הרקע לכך שיש בימ"ש שלום+מחוזי הוא בפער הכשירות בין שופטי הערכאות (במחוזי יש שופטים טובים יותר ביחס לשלום) ← אם נמקם גבוה יותר תיקים המייצרים עלות טעות גבוהה יותר ← נבחר למקם אותם אצל שופטים טובים וכשירים יותר, במחוזי.
 - סכום? מורכבות? חשיבות? עלות הטעות לא נגזרת רק משווי התביעה אלא יש סיבות אחרות (כמו משפחה שנעדיף לנהל אותה נכון משפטית בערכאה מסוימת). הכללים המבחינים בין הסיווג לשלום ולמחוזי שרירותיים ויוצרים שחיקה.
 - האם שופטי המחוזי כשירים יותר משופטי שלום?
 - תנאי סף? (שופט עליון- 10 שנים וותק, שופט מחוזי- 7 שנים וותק, שופט שלום- 5 שנים וותק).

- Selection effects - המסננת; ככל שעולים בערכאה יש פחות שופטים (יש פי-3 יותר שופטי שלום ממחוזי ולכן נדרוש תואר שני לרוב במחוזי, ומכיוון שהקבוצה קטנה יותר היא איכותית יותר).
- נראות - פומביות, ודאות (ככל שממקמים תיק בערכאה גבוהה יותר ← כך הדין יכול לייצר יותר ודאות כיוון שאנשים עוקבים אחרי הדין ומכירים אותו. ככל שהוא ממוקם במקום נסתר ופשוט יותר בארץ ← כך יש יותר פוטנציאל לחוסר נראות והפחתה באפקט הודאות של הדין).
- כוח - סמכות שיפוט כפוליטיקה, עשוי לתת יותר כוח לקבוצת שופטים מסוימת על אחרת

המטרה היא למקסם את המומחיות והכשירות.

מקורות הסמכות העניינית

1. חקיקה מסמיכה נקודתית - מחפשים האם יש חוק כלשהו המסמיך בימ"ש X לסוגי עניינים מסוימים.
 - בד"כ מופיעה בחוקים העוסקים בהסדרת נושאים מסוימים
 - מנוסחת בצורת מבחן עילה או נושא:

דוג' - ס'3(א) סמכות בימ"ש לענייני משפחה - "ענייני משפחה לפי חוק זה יידונו בביהמ"ש לענייני משפחה"; ס'24(א) - "לבית דין אזרחי תהיה סמכות ייחודית לדון בתובענות בין..."; ס'1 לחשבד"ר - "ענייני נישואין וגירושין... יהיו בשיפוטם הייחודי של בתי"ד; ס'4 לחוק חדל"פ - מגדיר מחוזי/שלום כמסמך לעסוק בחייבים שהם תאגידים/יחידים.

לא כל ההסמכות מופיעות בחוקים עצמאיים אלא חלק גם בסעיפים לחוק בתיהמ"ש.

בג"ץ חירות נ' יו"ר ועדת הבחירות - 2003. ועדת הבחירות פסלה תשדיר והייתה סתירה בין חוק ספציפי לחו". הופעלה לראשונה ביקורת שיפוטית וברק קבע כי:
2. ← אם אין חקיקה מסמיכה נקודתית ← פונים לחקיקה מסמיכה כללית (ס'40+51 לחוק בתיהמ"ש) המפנה לאחד משני שלבים:
 - בימ"ש שלום. סמכויות:
 - תביעות כספיות - כש"סכום התביעה" עד 2.5 מש"ח.
 - סמכות ב' בס'51(א)2
 - תביעות שווי "שווי הנושא" - עד 2.5 מש"ח, תביעות להעברת נכס/זכות ולא כסף, שיש לה שווי מסוים (דוג' נ"ע סחירים שניתן להעריך את מחירם, קניין רוחני, וכו').
 - סמכות ב' בס'51(א)2
 - החזקה או שימוש במקרקעין כולל חלוקה - (גם המחוזי עוסק במקרקעין אך השלום עוסק רק בהחזקה או שימוש, possession + presumption);
 - סמכות שלום ב' ס'51(א)3 ללא הגבלת שווי על המקרקעין - יהיה השווי אשר יהיה החרגה מפורשת - לא כולל חכירה לדורות "ותביעות אחרות הנוגעות למקרקעין".
 - תביעה שכנגד באותו נושא או נסיבות - הנתבע לא רק מתגונן מפני התובע אלא גם תובע אותו במקביל לכתב ההגנה, המטרה היא לאפשר את כל הטענות ההדדיות במסגרת הליך אחד. המערכת מעדיפה לרכז הליכים מתוך שיקולי יעילות ואיזון אינטרסים בעת פשרות. (כלומר, כבר בהגדרות היסודיות של דיני הסמכות ניתן למצוא איזון לתכליות אחרות של המערכת המבטא ויתור וסבילות של בעיית הכשירות בתמורה להשגת יתרון יעילותי).
 - סמכות ס'51(א)4, יהיה השווי אשר יהיה.

אם התביעה לא נכנסת לאחד מ3 ראשי הסמכות הראשונים פונים לסמכות שיורית של המחוזי: ←

 - בימ"ש מחוזי: סמכות שיורית (אם לא מצאנו סמכות לא בחקיקה מסמיכה ולא בבימ"ש שלום נפנה למחוזי). סמכויות:
 - סמכות שיורית - כל עניין אזרחי או פלילי שאיננו בסמכותו של בימ"ש שלום. סמכות בס'40(1) רישא, כלומר:
 - סכום מעל 2.5 מש"ח
 - תביעות שלא ניתן לשום את שוויון (כמו פרטיות, לשון הרע וכו'). לעתים הדרישה לפיצוי היא לא כספית ואז לא ניתן לשום אותה, דוג' - דרישה לסעד ציווי הצופה פני עתיד כמו דרישה להסיר מודעה הפוגעת בפרטיות.

- מקרקעין למעט החזקה ושימוש (בעלות, חכירה לדורות וכו')
- כל תביעה שכנגד - ס'40(1) מציעתא - הנתבע יכול לטעון בתביעה שכנגד כל דבר נגד התובע בכל אחת מהערכאות שלא הוגשה בו התביעה נגדו.

סמכות עניינית - סיבוכים

2 מקורות לסיבוכי:

1. נורמטיבי - שימוש בכללים (ולא בעקרונות לקביעת גדרי הסמכות. בחרו לנסח את ראשי הסמכות של השלום והמחוזי באמצעות כללים (במיוחד בתביעות סכום).
בשונה מעקרון, כלל קובע רף מוחלט וקל ליישום המעורר תהיה מכיוון שגם במידה ועובדים לפי עיקרון של error cost - עדיין ישנה בעיית שרירותיות.
הטעם: חסכון בעלויות הבירור.
הבעיה: תפיסות error cost מוטעות - תפיסת יתר (תיקים שראוי שיהיו במחוזי יידונו בשלום), תפיסת חסר (דוג' - מחלוקת על צו להסרת פגיעה בפרטיות יידון במחוזי מכיוון שאי אפשר לשום את שוויון), מניפולציות ומחלוקות במקרי קצה (התובע בוחר את הערכאה שבו התיק יידון).
2. מוסדי: הרחבה נמשכת בתחום הסמכויות של השלום ובכשירות שופטיו. ישנה כפירה הולכת וגוברת של מע' המשפט בהבחנת הכשירות המקורית (טיב השופטים בשלום מול המחוזי, עם הזמן ההתייחסות לשופטי שלום כאל כשירים יותר גדלה).
השאלה: אם מגמה זו מתחזקת, האם יש היגיון בחלוקה לערכאות?
הטעם: עומס (תודעת העומס על בתיהמ"ש דוחף יותר תיקים למטה כי בשלום יש יותר שופטים והעלות זולה יותר), הגדלת מאתר המועמדים לשפיטה (מאגר השופטים גדול יותר וכך ניתן לבחור יותר שופטים איכותיים שלא נופלים באיכותם משופטי המחוזי).
הבעיה: ספק גובר לגבי פער הכשירויות מול המחוזי (כיום שופטים לא רואים את השוני בין המחוזי לשלום ומתעורר קושי - הדין מתעקש על ההבחנה בעוד המציאות כופרת בה).
התוצאה: שחיקה נמשכת בעוצמת ההבחנה בין שלום ומחוזי (במצבי ספק), שלושה בהעצמת השלום. שתי גישות:

- ספק לגבי חשיבות התביעה - ומיקומה בערכאה מסוימת
- אם יש ספק - עדיף שיהיה בשלום, וכך עלות הניהול תהיה זולה יותר ועדיין ערך הצדק לא יהיה פחות יותר מאשר זה שיינתן במחוזי.

לעתים הגישות מתלכדות - כאשר תביעה שהתחילה כבר בשלום יכולה להישאר שם, או במקרים שבהם תביעה שהתחילה בשלום תועבר למחוזי (העדפה שהמחוזי יידון/הורדה לשלום בכל זאת).

דו"ח ועדת אור (1997) - ההמלצה הרדיקלית שלא מומשה - בחנה שאלות לגבי חלוקת הסמכויות בין 3 הערכאות. ההמלצה הרדיקלית שבו ששלא מומשה הייתה להעביר כמעט את כל הסמכות המקורית של תביעות אזרחיות ופליליות לשלום ולהפוך את המחוזי לערכאת ערעור ביניים בין השלום לבין העליון (צמצום סמכות המחוזי כערכאה ראשונה לבירור תביעות, בדומה למדינות רבות ברחבי העולם).

4 שאלות מרכזיות בסמכות עניינית (המבחן, הזמן, ריבוי סעדים, הסיווג):

- המבחן: איך קובעים מה "שווי הנושא", מה "סכום התביעה", או מהי תביעה "בדבר" (סכום מסוים)? היינו יכולים לדרוש מביהמ"ש תכנית מהותית של התביעה כדי למקם אותה בביהמ"ש המוסמך הנכון.
 - קביעת ביהמ"ש העליון - הסמכות תיקבע לפי הסעד המבוקש בעת הגשת התובענה.
- תקנה ישנה 9(7), (9), תקנה חדשה 10(9) - כתב תביעה יכול את "הסעד המבוקש", "שווי של נושא התובענה, ככל שאפשר לקבעו". על כתב תביעה תקין להכיל בקשות אלה.
- ע"א 27/77 טובי נ' רפאלי (1977) - ההלכה קובעת שכדי לדעת מה הסמכות העניינית של ביהמ"ש, יש להסתכל על סעיף הסעד המבוקש בכתב התביעה.
(התובע הוא המחליט על הסמכות העניינית כיוון שהוא מנסח את כתב התביעה ואת הסעד שקיים בו).
- בר עוז נ' סטר (2013) - אושר לאחרונה. ביהמ"ש מסביר את בחירתו המבוססת על מבחן טכני

- (ניתוח כתב התביעה) ולא לפי **מבחן מהותי** (שווי התביעה) ← שחיקה מובנית בתוקף הסמכות העניינית- **לא בוחנים מהות** כתב התביעה ← מזמין מניפולציה (פורום שופינג) מצד התובעת במקרי הקצה שבהם ניתן לשחק על הפער.
- **תק' 44(א) סיפא:** בהגשת תביעה תובע רשאי לוותר על חלק מהסעד כדי להביא את התביעה בתחום שיפוטה של הערכאה הנבחרת על ידו ממגוון שיקולים (פורום חיובי לתביעה למשל, או מרחק).
 - שיקולים: פורום מועדף, גרה, סיגנל לנתבעת (גידור הסיכון).
 - מה אם הסעד המבוקש אינו משקף את "שווי הנושא"?
 - **רע"א רשות המסים נ' three D (2017)** - נדרש לעתים בכ"ז עיון מהותי בכתב התביעה, לעתים חייבים עיון פרגמטי בכתב התביעה כשניכר ממבנה התביעה שיש מתח בין הסעד המבוקש לבין שווי הסכסוך האמיתי המשתקף.
 - **הזמן:** מה קורה אם חל שינוי בתביעה אחרי תחילתה? מה אם תנאי הסמכות משתנים אחרי תחילת ההליך? כמו תיקון סכום התביעה; שינוי בסף הסמכות. דוג' - הוגשה תביעה בשלום על סך מסוים אך לאחר שהיה גילוי מוקדם או הובא מומחה - התברר שהנזק של התובע גבוה יותר ← ביהמ"ש מתיר את תיקון כתב התביעה והסמכות משתנה מהשלום למחוזי ← מעבירים את התיק ערכאה.
 - **ס' 51א(2) סיפא** - החרגה של "שערוך, הצמדה, ריבית, הוצאות משפט ושכר טרחת עו"ד". בסמכות בינ"ל/ מקומית- לא משנה, אך כאן כן. מעבר 2.55 מיל' לא ייכלל.
 - קביעת ביהמ"ש העליון-
 - **שלום למחוזי ← מעבירים.** השלום צריך לציית לדין ולהעביר למחוזי לפי **רע"א 2992/98 ספקטור נ' מגדל (1998)**
 - **מחוזי לשלום ← משאירים.** לפי **רע"א 60/03 רובין נ' אפלבוים (2003):**
 - מחוזי מוסמך לפסוק סכומים של השלום
 - מחוזי מוסמך לדון בערעור על השלום
 כל מה שהשלום יכול לעשות המחוזי יכול לעשות אך לא כל מה שמחוזי יכול לעשות השלום יכול לעשות.
 - ההתלבטות: לחסוך העברות, או להעצים את השלום?
 - **ברובין נ' אפלבוים** - עצם ההעברה יוצרת עלויות גדולות ולכן עדיף להשאיר את התיק בערכאה שבה הוא נמצא. **הלכה זו הקובעת.**
 - **בספקטור נ' מגדל** - במיוחד כאשר התיק מתחיל במחוזי עדיף שיישאר שם.
 - **רע"א רבאח נ' אחים בעראר** - תומך ברובין אך טוען שיש מגמה של הרחבת סמכויות השלום וייתכן שבכל מצב שבו תיק יכול להיות בשלום, עדיף שיהיה שם.
 - **ריבוי סעדים:** מה אם סעדים שונים מורים לערכאות שונות או אם התביעה כוללת כמה סעדים כספיים עקב ריבוי עילות או נתבעים?
 - **כאשר הנתבעת מבקשת יותר מסעד אחד - קביעת העליון - כנ"ל בצירוף נתבעים.**
 - **רע"א 590/94 שושנה נ' חפציבה (1994)** - סוכמים את כל הסעדים הנדרשים מכל אחד.
 - **כאשר הנתבע נתבע על מספר סכסוכים בגלל מספר עילות - תקנה 46(ג) ישנה, תקנה 24 חדשה - עקרון הסכימה.** איחוד עילות, שיפוטו של ביהמ"ש באותה התובענה תלוי בסכום או בשווי של כלל נושאי התובענה ביום שהוגשה. סוכמים את סכומי התובענה והסה"כ קובע לאיזו ערכאה הסמכות.
 - **מה אם התביעה כוללת סעדים ששייכים הן לשלום והן למחוזי? - תקנה 45 ישנה, ת' 25(ב) חדשה -** רשאים ואף חייבים לתבוע את כולם במסגרת אותה תביעה אחת; אך אם למשל התביעה היא: החזקה ושימוש במקרקעין+פיצויים גבוהים - תביעת סילוק יד שהחזקה נידונה בשלום אך הפיצויים גבוהים מדי לשלום ונידונים במחוזי; בעלות במקרקעין+פיצויים נמוכים (בעלות נידונה במחוזי אך הפיצויים נמוכים מדי למחוזי ונידונים לשלום; צו מניעה (לא במקרקעין)+פיצויים נמוכים וכו' (צו מניעה נידון במחוזי כי לא ניתן לשום את שווי אך הפיצויים נמוכים מדי למחוזי ונידונים בשלום).
 - **קביעת ביהמ"ש העליון: לפצל:** לפי לוי נ' עקריש (1958) - אין ברירה אלא לפצל את התביעות; להגיש שתי תביעות (אחת למחוזי ואחת

לשלום) ובכל אחת מהן נתבע את הסעד שבסמכות אותה הערכאה.
 בר עוז נ' סטר (2013) - אושר לאחרונה. חיזקה את לוי נ' עקריש.
 סגל נ' ורמוז (2014) - למרבה הצער הלכת פיצול הסעדים נותרה עדיין על כנה, קושיה ובעיותיה. השופט עמית משאיר בצריך עיון כי יש לקבוע הלכה חדשה הסותרת את עקריש ותאפשר לתיקים להתנהל בערכאה אחת או שעל המחוקק לתקן זאת בעצמו.
 המחוקק: טוען שזה המצב, כיוון שאין היענות לקריאות העליון ופיצול עדיין נמשך.
אך: החריג- ס' 40(4) לחוק בתימ"ש קובע הסדר מיוחד לענייני קניין רוחני לפי רע"א 7589/98 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות נ' שוורץ (1999) - באופן טיפוסי נכנסות לקטגוריה שלישית, אם למחוזי סמכות על הצו יש לו גם סמכות בענייני הפיצויים בקניין רוחני.
הלכת רע"א גבריאלי נ' אשד 7.5.2020 גרוסקופף קובע שההסדר לפי 40(4) ייחייב פיצול: "שווי הנושא" - מצבים שבהם ניתן לשום את שווי התביעה (מנגנון תמחור ברור) נקבע לפיו. ככלל, בס' 51 עובדים לפי שני ראשי סמכות (סכום התביעה - מעל/מתחת ל-2.5 הקובע אם דנים בשלום), אך לעתים ניתן להצביע על שווי ולשום את הסכום.
הלכה זו מרחיבה את גישת **שווי הנושא**. לפי גרוסקופף (**שווי התביעה**=הסעדים הכספיים הנדרשים הנתבעים בתביעה, ו**שווי הסעדים שאינם כספיים**= הערך הכלכלי אותו ניתן לייחס לאינטרסים עליהם התובע מבקש להגן).
נקבע כי שווי התביעה לא ניתן להערכה במצבים בהם נדרש סעד לא כספי אך לא ניתן לקבוע אף באומדן את שווי התביעה= כאשר לא ניתן להעריך אף בגסות את הערך הכלכלי של האינטרס- הסמכות העניינית לדון בתביעה נתונה לביהמ"ש המחוזי.
 ← כלומר, ישנה סטייה מן הגישה המקובלת עד היום שאימצה את הכללים והעדיפה לברר את הסמכות באופן פשוט וזול: זו חקיקה שיפוטית המעדיפה להעביר תיקים לשלום.
 ← **אם סכום התביעה נמוך מ-2.5 מיליון ₪, ושווי הסעד הלא כספי נמוך מ-2.5 מיליון ₪** ← **הנטל על התובע להוכיח שהסמכות אינה לשלום.**
 התשובה בפסה"ד אינה ברורה:
 - המשמעות המעשית? צו מניעה/עשה+פיצוי נמוך ← לשלום/לליטיגציה
 - צו מניעה/עשה לבד?
 פתרון נוסף (ותיק) לבעיית הפיצול: **הלכת הסעד הטפל** - בתביעות מקרקעין ניתן לזהות יחס טפלות אם סעד 2 טפל לסעד 1 - כלומר 2 מתבקש מ-1 באופן הכרחי ונגזר ממנו ומצוי בסמכות בימ"ש אחר- בימ"ש מוסמך גם ביחס לסעד 2.
 ע"א 125/58 קלקודה נ' אנד (1959) - ניסח את הלכת הסעד הטפל. הפס"ד שהתיר לבימ"ש מחוזי העוסק בתביעת בעלות לדון גם בסילוק יד עקב ההגדרה שלו כסעד טפל.

סעד 1	סעד 2	סעד 2 טפל?
צו מניעה (נדיקין, פרטיות, לשון הרע) מחוזי	פיצויים > 2.5 מיל' ₪ שלום	✗ פיצול כי נדיקין הוא ראש נזק נוסף (לוי נ' עקריש)
אכיפת מכר מקרקעין (רישום בעלות) מחוזי	פיצויים > 2.5 מיל' ₪ שלום	✗ פיצול (גם לפי לוי נ' עקריש)
אכיפת מכר מקרקעין (רישום בעלות) מחוזי	סילוק יד (העברת החזקה בנכס) שלום	✓ דוג' קלאסית לסעד טפל, ננהל את כל הליטיגציה במחוזי. לפי קלקודה נ' אנד
אכיפת חוזה שכירות ארוך טווח שלום	רישום השכירות מחוזי	✓ ננהל את הליטיגציה בשלום. לא סעד

מקרקעין אלא צו עשה קלאסי.		
? סעדים במקרקעין. האם צו הריסה הוא שימוש במקרקעין (מחוזי) או יוצא מכך ואז בסמכות שיורית של המחוזי?	צו הריסה נגד מה שנבנה	צו מניעה נגד המשך בניה

• הלכת הסעד הטפל- לא רק במקרקעין

רע"א אדיר נ' דאבוש- עמית 2015, סעד השבה הוא "חלק אינהרנטי" מסעד ביטול חוזה מכר מקרקעין. עילה לביטול חוזה מכר מקרקעין תידון בסמכות המחוזי וממילא מוסמך גם על סעד ההשבה.

ע"א פלונית נ' פלוני- הנדל 2018, טפלות מהותית?

"טענה דומיננטית"- בתביעות הטרדה מינית חשיבותן תוגדר כטפלה על התקיפה המינית החמורה יותר ושני ההליכים יתנהלו במחוזי. (אונס לעומת הטרדה מינית, הכרעה לפי מומחיות- לא שלום/מחוזי). אינדיקציה לשיקולי מדיניות חיצוניים.

• שאלת הסיווג במקרקעין: מה זה "חזקה או שימוש", מה זה לא "חזקה או שימוש"?

○ ביהמ"ש העליון- בלגאן

ע"א מילוא נ' סיני 1956- תביעות מטרד ליחיד- לשלום. מבחן עילה לפי ס'44א' לפק' הנזיקין "הפרעה של ממש לשימוש סביר במקרקעין". מבחן העילה סוטה ממבחן הסעד. (שימוש במקרקעין- לשלום). מצד שני, תביעות על החזק ושימוש במקרקעין בד"כ ידובר על השימוש של הנתבע במקרקעין בעוד בפק' הנזיקין מדובר על השימוש של הנתבע במקרקעין- הוביל לכך שלא משנה מה סוג הסעד המבוקש כל עוד שימוש ביחיד יידון בשלום.

ע"א שמש נ' מפעל המים כפ"ס 1959- בוטלה. תביעות הריסה- למחוזי. תביעות לסעד שאין בו "שמירה על גוף הנכס" (בקניין פילוסופי לא ניתן לומר שעוסקים באחזקה ושימוש- לא יהיה בשלום- הולך למחוזי). גרר שנים של מבוכה ותרגילי התחמקות.

בג'מיל נ' לוי- ריבלין טוען שהלכה זו נוצרה מההנחה שיש קשר בין מיומנות השופטים בערכאות בעוד כיום הדבר לא רלוונטי וכל הכללים התוחמים של סמכות השלום לדון במקרקעין- גורמת לסרבול הדיון ולהכבדה על יכולת המע' השיפוטית לפעול ביעילות. (הלכת שמש דוגמה לכך שמביאים לתוצאות בלתי סבירות מבחינת error cost).

בקעדאן נ' לחאם (2003)- השופט עמית מבטל את הלכת שמש. המחוזי ביטל את הלכת העליון. צווי הריסה במקרקעין עוסקים באחזקה ושימוש- יועברו לשלום.

בר עוז נ' סטר (2013)- ביטול הלכת שמש: תביעות להריסה במקרקעין- לשלום. סולברג קובע כי מתוך פשטות וכי הפירמידה התהפכה, המדיניות היא הרחבת סמכויות השלום.

מישל פוקו- לעתים כוח יכול לזרום מלמטה כלפי מעלה, וכך הלחץ מהערכאות הנמוכות מגיע לעליונות ולפי גרוניס אין ברירה אלא ללכת עם הזרם למרות שרצוי שהכוח יישאר למעלה.

סמכויות עניינית: הגמשות נוספות

• סמכות נגררת: ס'76 לחוק בתיהמ"ש קובע שבימ"ש מוסמך להכריע הכרעה אגבית "לצורך אותו עניין שדן בו בשאלה שהכרעתה דרושה לבירור העניין", אף אם השאלה בסמכותה הייחודית של ערכאה אחרת.

○ החלופה (היקרה): אבעיה, renvoi

○ סמכות להכריע בשאלה, לא בסעד

○ ההכרעה לא מקימה מעשה בי"ד

דוג'- סמכות שלום להכריע בשאלה בתביעת סילוק יד

• תוצאה של חוסר סמכות:

○ תק'101א(2)- ביהמ"ש רשאי לדחות על הסף תובענה של חוסר סמכות

○ תק'101ב- עדיף להעביר לערכאה המוסמכת, לפי ס'79א' לחוק בתיהמ"ש

- ס'79ב' - "לא יעבירו עוד" - המשמעות נוגעת גם לסמכות עניינית (תיק שהוגש בשלום בת"א, הועבר מטענת חוסר סמכות מקומית לבימ"ש שלום בחיפה, כאשר אמור בכלל להיות במחוזי מבחינת סמכות עניינית- לפי העליון לא יעבירו אותו). עצם ההעברה מקנה סמכות לשלום לדון בתיק. ביהמ"ש פירש זאת כהעברה כמה שפחות.
- רע"א שור נ' בן יקר גת 2001 - לוין טוען שהעברה מטעמי סמכות מקומית מקנה סמכות עניינית (לפחות בין השלום והמחוזי).
- תום לב, מניעות, בטלות יחסית:
 - הסדרה של התנהגות הצדדים בהעלאת טענות על חוסר סמכות- מבקרים העלאה מאוחרת של טענות של חוסר סמכות עניינית ע"י אחד מבעלי הדין. התנהגות זו נתפסת כחוסר תו"ל והטענה תידחה גם אם לגופה היא נכונה.
 - המסר: מסוכן להעלות טענת חוסר סמכות עניינית מאוחר
 - סיכומים (בשלב הסיכומים לעתים הנתבע נזכר לטעון טענת חוסר סמכות עניינית, דבר המעורר חשש לאופורטוניזם, שיטת מצליח כשמקבלים רושם שההליך לא טוב), ערעור, תקיפה עקיפה.
 - תוצאות העלאה מאוחרת (דחיה/הוצאות), ביהמ"ש יכול לאזן באמצעות כלל אחריות (דוג' - להשית הוצאות בעל הדין שהעלה את הטענה).
- **תקנה 29 חדשה** - בעלת אפקט בעייתי בעניין הסמכות המקומית; העלאת טענת חוסר סמכות מקומית/עניינית ← צריכה להיות בהזדמנות הראשונה לאחר הגשת כתב התביעה. גם אם מדובר לגבי סמכות ייחודית של טריבונל חיצוני, העלאת הטענה ← תהיה עד לשיבה הראשונה של שמיעת הריאיון.

סמכות עניינית: סיכום

- הבחנות הסמכות שרירות- ההבחנות בין השלום ומחוזי עדיין קיימות ובעלות תוקף
- בה בעת: חשיבותן בעיקר להכוונת התנהגות בעלי הדין בתחילת ההליך (מה לתבוע והיכן, האם לעורר טענות נגד), פחות ביטוי לעמדה עקרונית על פערי כשירות בין השלום והמחוזי
- העליון: פקפוק גובר בהצדקה להבחנה בין סמכויות השלום והמחוזי, תפיסתה בעיקר כמנגנון לניתוב התיקים+העצמת השלום. גישה זו מזכירה סמכות מקומית. מגמה זו מובהקת לחקיקה שיפוטית המסמיכה את השלום; במצבי מחלוקת העליון בוחר שהשלום יהיה מוסמך על פני המחוזי (ההלכות לעיל), כאשר לעתים הדבר נעשה אף במחיר יצירת חוסר וודאות וטשטוש קלות ההפעלה של הסמכות העניינית (למשל ביחס לעקרון שווי הנשוא, שהופך להיות עמום יותר. ביהמ"ש מעדיף לקבל מחיר זה כדי לגרום ליותר תיקים להיות בשלום, עמדה זו היא תקיפה לגבי העברת תיקים לשלום, כדי להפחית עומס מהעליון והמחוזי.
- ביקורת- האם ניתן לבקר מגמה זו? (אין שוני בין השלום והמחוזי, ועדיין עדיף שהשלום יעשה הכל)- בתימ"ש שלום בפריפריה שונים מהשלום בערי המחוז.
- הצדקה: דווקא בתימ"ש השלום הקטנים יכולים להיתפס כזמינים ונגישים יותר מאשר הערכאות שבערי המחוז. כדי לשמר מאפיינים אלה, יש לחלק ביניהם.

מעשה בית דין

הגדרה: פסק דין סופי של בית משפט מוסמך מקים מחסום דינוי בפני התדיינות נוספת בין אותם צדדים בנושא שהוכרע בפסק הדין.

- Res judicata - עניין כבר נשפט בעבר ולכן אי אפשר לשפוט אותו מחדש.
- estoppel - מעצור; הבולם מאדם לעורר טענה מכיוון שכבר הוכרעה במשפט קודם.
- נוצר בסיטואציה שבה ישנה מערכת יחסים:
 - משפט ראשון שניתן לגביו פסק דין,
 - ומשפט שני שעומד להיפתח ברגע הגשת התביעה.
- בד"כ מעשה בית דין נראה לפני משפט 2 (לרוב כאשר מוגש כתב הטענות של הצד שכנגד). עצם הידיעה שמשפט נוסף עלול לעורר טענת מעשה בי"ד ← הדבר ישפיע על האופן שבו ינהלו את המשפט הראשון (ex post).
- מהווה חסם דינוי מכיוון שהתפתח מהמשפט המקובל;

- לא מפקיע את הזכות המהותית- אלא רק מונע מלנהל ליטיגציה בבימ"ש. לעתים חסם דינוי יפסיק לפעול (דוג' כאשר הוא מופנה כלפי אדם ספציפי ולא אחר), ולכן מעשה ביה"ד לא משפיע על הזכות.
- טענה בהזדמנות ראשונה- כדי להנות מיתרון מעשה ביה"ד יש לעוררו בהזדמנות הראשונה, ומי שלא עורר אותה- נתפס כמי שוויתר עליה. במקרה זה אם בעל הדין שכנגד לא מעורר טענת מעשה ביה"ד- ביהמ"ש לא ידע בהכרח על מעשה ביה"ד (כי אין ידיעה על ליטיגציות קודמות), ועל בעלי הדין אחריות לעורר טענה זו בהזדמנות הראשונה במידה והיא מועילה להם.

• עקרון פסיקתי- שיקול דעת; המקור הנורמטיבי של מעשה ביה"ד הוא בפסיקה, יציר פסיקה.

- אין הסדר חקוק
- התייחסויות מפורשות/משתמעות בתקנות: **תק'101**, **תק'527**, **תק'444**, **תק'45**.



מעשה בית דין- הצדקות

• מערכת:

- יעילות השפיטה: מניעת הליכים כפולים. תכלית יעילותית מובהקת שבו שיפוט אזרחי מתבצע רק פעם אחת מבלי לעשות מספר סיבובים המבזבזים משאבי ציבור, לא הוגן כלפי צדדים אחרים.
- הגינות השפיטה: מניעת פסיקות סותרות. מבטא את העדפת המערכת שלא לפסוק פעמיים באותה שאלה מתוך חשש ששופטים שונים בתנאים שונים יגיעו לסתירה. הדבר מעורר קשיי שוויון והגינות ופוגע בהיות הדין בעל גישה לכולם; לכן לא רוצים להידרש לעניין שנית.

• פרטי:

- עקרון הסופיות- מניעת טרטור הצד שכנגד.
- מובן מהותי של זכויות אדם: זכות ממשית רק אם היא סופית. כאשר הדיון סופי אנשים יכולים לפעול לפי ההחלטה הסופית שהוחלטה, ופתיחתה מחדש אינה הוגנת כלפי אנשים המסתמכים עליה. כבוד האדם: לא לחיות בחשש.

מעשה בית דין- 2 סוגים:

1. השתק עילה: לא ניתן לתבוע שנית בגין עילה שנתבעה ונסתיימה בפסק דין. עוסק בעילה המשפטית.
2. השתק פלוגתא: לא ניתן לעורר בשנית מחלוקת עובדתית שהוכרעה בהליך קודם. עוסק בקביעה המשפטית.

אין ביניהם יחס לוגי, וכל אחד מהם תלוי בנסיבות.

מעשה בית דין- תנאים משותפים:

התנאים משותפים לשני סוגי ההשתק.

1. בית משפט מוסמך. רלוונטי לפסק דין 1.

- בעיקר: סמכות עניינית, כי אם עוסקים במשפט שהגיע לפסק דין ← משמע שניתנה לו סמכות ע"י הצדדים להגיע לערכאה.

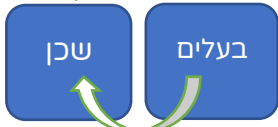
2. פסק דין סופי (במשפט האזרחי).

- פסק דין שהערכאה שנתנה אותו לא יכולה לשנותו- פסק דין הופך לסופי ברגע שההחלטה הופכת סופית
- להבדיל מ: **פסק דין חלוט**- פסק דין סופי הוא כזה עד שערכאה אחרת לא משנה אותו, בעוד פסק דין חלוט הוא כזה ששום ערכאה לא יכולה לשנותו. אם עבר הזמן עד להגשת הערעור, פסה"ד הסופי יהפוך לחלוט למשל, או כאשר הערעור הוגש ונדחה. במידה ופסה"ד שונה בערעור, הפס"ד לאחר הערעור

מחליף את הקודם והופך לסופי. לא ניתן לשנות אותו גם לא בערעור, וכל זמן שערכאת הערעור לא שינתה את פסק הדין, הוא עדיין יוצר השתק. או **החלטת ביניים** - ביהמ"ש שמנהל את ההליך נותן החלטה לניהול ההליך לפני מתן פסה"ד, ואין סופיות ← לכן לא יוצרות מעשה ב"ד.

3. דרישת זהות הצדדים

- הבסיס: **עקרון ההדדיות*** - הגינות/יושר (א' תוכל לחייב את ב' בתוצאות הליך מוקדם רק אם א' הייתה מחויבת בהן אילו פעלו נגדה). אותם הצדדים שהיו במשפט הראשון מחויבים להיות גם בשני.
- הדרישה שמעשה ב"ד יחול רק בין אותם צדדים מהווה רגולציה, הוגנות אינטואיטיבית בין הצדדים - רק אם אותו צד משתיק היה מקבל עליו השתק, כך הוא יכול להשתיק את הצד השני.
- דגש על רגולציה של היחס בין הצדדים (פחות אינטרס מערכתי) - אמנם המערכת מעדיפה לא לדון פעמיים באותה שאלה, אך במידה ואותם צדדים מעוררים את השאלה שוב - יש צורך בהגינות. היעילות המערכתית טוענת שבמידה ומשתיקים צד כלשהו, הצד המשתיק צריך להיות חשוף להשתק בעצמו.
- **הגמשות הזהות** - הרחבה לבעלי דין עם **קרבה משפטית** (privity) או זהות משפטית באינטרסים הרלוונטיים - עקרון ההדדיות יכול לחול גם כאשר במשפט מופיע אדם זהה מבחינה משפטית לזה שהופיע במשפט הראשון. דוג' - חליפים של אנשים אחרים כמו יורש בנעלי מוריש, קונה בנעלי מוכר, מבטחת בתביעת שיבוב הנכנסת לנעלי המבוטח. לשניהם זהות אינטרסים, הדדיות, אין שינוי נסיבות.
- מקרה: היו שתי חלקות מקרקעין. הבעלים של אחת תובע את השכן בגלל הסגת גבול ומנחצ ← הבעלים מוכר את הנכס לקונה אחר ← השאלה: האם השכן יכול להסיג את הגבול שוב כך שהקונה (הבעלים החדשים) יצטרך לתבוע מחדש את השכן שוב? ← האם השכן יכול לטעון שאין מעשה ב"ד? ← **נקבע**: הקונה=בעלים ולכן מעשה ביה"ד נמשך (וגם הקונה יכול להנות מהצלחת המוכר בתביעה הראשונה). אין הבדל מבחינה משפטית בין סכסוך 1 ל-2, עקב *עקרון ההדדיות (גם במידה והיה נקבע שמותר לבנות את הגדר, היו מאפשרים לשכן הבא אחריו גם להנות מכך).



הסגת גבול

1. השתק עילה

1. **בימ"ש מוסמך**
2. **פסד סופי**
3. **זהות הצדדים**
4. **זהות העילה** - תנאי ייחודי להשתק עילה. לא ניתן לתבוע בשנית בגין אותה עילה. העילה "מתמצה" בתביעה הראשונה.

תנאים משותפים לשני סוגי ההשתק

- טענת הגנה של **הנתבע** - עילה = טענת זכות של אדם נגד אחר, כלומר התובע מבטא זאת בתביעתו.
- חריג: **"השתק הגנה"** - ע"א Air via נ' השטיח המעופף 2018 - התובע במשפט 1 הוא הנתבע במשפט 1 ומטרת הגנה זו היא לאיין את תוצאת המשפט ה-1; בטענה שהיה ניתן להעלותה כהגנה במשפט 1. למרות שהעילה לא זהה, יש להשתיק את הלקוח מהגשת התביעה השניה כי אם תתקבל - היא תאיין את התביעה הראשונה ותמנע מהנתבע לשלם את הכסף שהיה עליו לשלם בפסה"ד הראשון.
- **תק' 444 ישנה/תק' 25 חדשה** - תובע שלא כלל בתובענה חלק מהסעד או ויתר עליו, לא יגיש אחר כך תובענה בשל חלק זה. ויתור - ברגע שמבקשים סעד מסוים בלבד, מודיעים שזה הסעד היחיד שמבקשים; לכן אם אחר כך תובעים על נזק נוסף שנגרם שלא ביקשנו סעד בשבילו בתביעה הראשונה - יהיה השתק עילה.
- **תק' 45 סיפא ישנה/תק' 25 חדשה** - הסדר משלים. תובע שלא תבע את כל הסעדים להם זכאי, לא יתבע אחרי כל סעד שלא תבעו, אלא אם כן הרשה לו ביהמ"ש שלא לתבוע. אם כל הסעדים לא נתבעו מלכתחילה, הוא לא יוכל לתבוע את אלה שלא תבע אותם בהליך הראשון בהליך נוסף, אלא אם כן ביהמ"ש הרשה לו לא לתבוע מראש את כל הסעדים שמגיעים לו ביחד.
- כלומר, אם חוששים שבעתיד נרצה לתבוע סעד נוסף באותה עילה ובמשפט 1 לא ניתן לתבוע אותם מסיבות שונות ← נדרש **אישור מראש** (בתחילת משפט 1) **לפיצול סעדים**, ויש לבקש זאת מביהמ"ש. טעמים:

- מערכתיים
- אישיים

עילה זהה כאשר: קובעים לפי:• מבחן מהותי:

- העובדות/האירוע/העסקה- המקימים את התביעה. בשונה מהגדרה לפי הסעד, מבחן זה יורד לגוף הפרשה וטוען שהעילה תהיה זהה בשני האירועים אם מה שהקים את התביעה הוא אותה הפרשה בשתי התביעות.
- בבסיס העילה עומדת הזכות המקימה את התביעה, שעליה רוצים להגן

דוג'- קבלן שבנה באופן רשלני- יש לתבוע בחוזים ובנזיקין יחדיו.

ברק נ' דלתא (2015)- אימוץ מבחן מהותי ומגמה של ריכוז התובעים לתבוע באותו עניין.

במשפט הראשון מבין השניים, גרוסקופף קובע שהיה הסכם הלוואה דרקוני שהלווה מנסה להיחלץ ממנו והגישה תביעה עקב פגמים בכריתה (דיני חוזים, הוצל"פ) ← ביהמ"ש דוחה את הטענות ← אך כתב "עוללות"- כלומר משאיר בצ"ע שהיא יכולה לזכות מכוח דינים אחרים ← כותב שעניין זה לא רלוונטי לצורך הסעד שביקשה אך אין לראות בפס"ד זה משום מחסום בפני התובעת מלהעלות טענות אלה בהליכים מתאימים.

הערה- יש להיזהר מגישה פורמליסטית; ביהמ"ש רשאי (או אף נדרש) להסיק מסגרת משפטית מעבר למה שנטען מפורשות.

- השתק עילה בדחייה על הסף- האם דחיית תביעה בלי דיון בגוף העילה מקימה השתק עילה? שאלה המתעוררת ובעלת מענה חלקי בלבד בחקיקה- מה קורה אם פסה"ד במשפט הראשון ניתן ללא הנמקה (דחיה על הסף)? האם הוגן לחסום את התובע מניהול הליך חוזר? (תביעה על הסף = העילה מוצתה מבלי שיהיה בירור ענייני של תוכנה, האם תקין מבחינת הוגנות משפטית?
 - **רמז שכן**- **תקנה 527**, **חדשה 441** ← הסדר שלילי. מחיקת תובענה אינה מעשה בית דין ואין בה כשהיא לעצמה, כדי למנוע את התובע מלהגיש תובענה חדשה בשל אותה עילה. כלומר- סילוק על הסף רלוונטי למחיקת התביעה.
 - **בתק' 100-101**, **חדשות 41-43**- מחיקת דחיה. שני סוגים של סילוקי תביעה על הסף:
 - **מחיקת התביעה- תק' 100**. במקרה שהכתב לא מראה עילת תביעה, תביעה טורדנית/קנטרנית, בעיות שומה/אגרה- כמו טעויות בניסוח התביעה. נחשב שתביעה שנדחתה על הסף דוחה הגשה מחודשת (הסדר שלילי).
 - **דחיית התביעה- תק' 101/תק' 43 חדשה**.
 - **רמז נוסף** שדחיית התביעה בלי דיון בגוף העילה מקימה השתק של העילה:
 - סופיות = בלתי הפיך, לא כמו בתק' 100- שהם דברים שניתן לתקן אותם כמו ניסוח מוטעה או אגרה שלא שולמה. נתפסת ככלי לסילוק סופי של תביעות שלא רואים להן פוטנציאל החייאה בעתיד. טעמים סופיים יותר מאשר תק' 100, בשתי עילות:
 - **תק' 101(א)**- דחיה על הסף בעילות "סופיות" (התיישנות, מעשה ביד)- כתוצאה ממשפט קודם
 - **תק' 101(ב)**- עדיף להעביר מלדחות על הסף- למרות שישנה רתיעה מדחיות על הסף עקב פגיעה בזכויות התובע, וכאשר אפשרי- מעבירים לערכאה מוסמכת נוספת.
 - חוסר סמכות
 - סעיף סל- כל נימוק אחר שעפ"יו ביהמ"ש סבור שניתן לדחות מלכתחילה.
 - בשורה התחתונה- תלוי! בפועל אין תשובה לשאלת דחיית התביעה, ולכן תלוי:
 - חוסר סמכות בינ"ל- לא ניתן להעביר את התביעה לפורום מוסמך.
 - אשמו של התובע- דחיה על הסף כסנקציה (**תק' 101א(3)**)- תקנת סל (כל נימוק אחר שעפ"יו הוא סבור שניתן לדחות מלכתחילה את התובענה בנוגע לאותו נתבע. מקרים שבהם ביהמ"ש יכול למחוק תביעה על הסף אך רוצה לעשות זאת באגריסיביות (למשל כאשר תובע מטריד נתבע ומגיש מהתחלה כל פעם)- ביהמ"ש דוחה ← כדי ליצור מעשה ביד ← כדי למנוע הגשה חוזרת. מאפשר

לביהמ"ש מידה של שיקו"ד באיזה כלי להשתמש (מחיקה על הסף שלא מקימה ומאפשרת הגשה חוזרת, או דחיה המאפשרת חסם תקיף יותר להגשה חוזרת).

השתק עילה לא יחול כאשר: (מתי נאפשר תביעה נוספת לכאורה בניגוד לעקרון הסופיות?) מכיוון שעילה זו היא לפי שיקו"ד, ישנה עמימות בגבולות. לא יחול בב-3 סיטואציות:

- טעמים ציבוריים נגד סופיות- מזונות, משמורת (לרוב דיני משפחה, הקשורים לילדים). זכויות ילדים חשובות יותר ממעשה ב"ד
 - פיצול סעדים מכוח דיני הסמכות העניינית (הדין עצמו כופה על התובעת להגיש שתי תביעות בגין אותה עילה), (לוי נ' עקריש) - ראש למחוזי, וראש לשלום- אין ברירה אלא לפצל את הסעדים שדרושים מאותה עילה. הגיוני בהגשה בו-זמנית. מריח פחות טוב בהגשה עוקבת- עקב חוסר תו"ל.
← השתק פלוגתא יכול לעזור; **תקנה חדשה 25ב**. לעתים עלול להיחשב כהתנהגות אופורטוניסטית חסרת תו"ל.
 - כאשר במשפט 1: תביעה **לסעד הצהרתי** (בקשה מביהמ"ש ביחס למצב עניינים משפטי, למשל הכרזה שחזרה בטל); ובמשפט 2: תביעה **לסעד אופרטיבי** (הצהרה על המצב המשפטי). בגלל שסעד הצהרתי אי אפשר לאכוף אך הוא מונע מחלוקת עובדתית בהמשך, סעד אופרטיבי אפשר לאכוף. יעדיפו הצהרתי על אופרטיבי משתי סיבות: (תשלום אגרה, לעתים מספיק כיוון שהצד השני יאזין בהשתק פלוגתא ויעדיף לשלם). **השאלה:** אם מאפשרים לתובע להגיש תביעה רק לסעד הצהרתי אך הנתבע עדיין משלם, האם התובע יכול לשוב ולתבוע לסעד אופרטיבי לצורך אכיפה? נקבע שיש איזון בין עלות תועלת- לעתים תביעה לסעד הצהרתי בלבד תוביל לסעד אופרטיבי, ולעתים- תחסוך.
 - מצד אחד: כפילות מיותרת, נדרשת הצדקה מיוחדת (דחיפות, קושי ראייתי/משפטי)
 - מצד שני: הליך לסעד הצהרתי יכול לייתר הליך לסעד אופרטיבי (השתק פלוגתא, פשרה, נסיגה)
- ברק נ' דלתא 2015:** יש לעשות מאמץ לרכז, גם ביוזמת השופט. גישה תקיפה
← **רע"א אחימן נ' פרדס חנה כרכור 2017** - ההלכה הקובעת. סולברג קובע שפס"ד הצהרתי לא מקים השתק עילה. סולברג משקף מתח בין שתי גישות: החובה לסיים את העניין מול ריכוז העניינים כדי לא לאפשר ריבוי הליכים (דומה להתלבטות בסמכות עניינית, לגבי קטיעת ליטיגציות מקדמיות לבין ביצוע הליך ראוי בעל הלכה ראוייה לכל המקרים). נקבע שפס"ד הצהרתי לא מקים מעשה ב"ד וניתן לתבוע לאחר מכן.

2. השתק פלוגתא

1. **בימ"ש מוסמך**
 2. **פסד סופי**
 3. **זהות הצדדים**
 4. **זהות הפלוגתא** - לשם כך משווים בין כתבי הטענות (משפט 2) לפסק הדין (משפט 1) ← **חפיפה מקימה השתק.** לא ניתן לעורר בשנית:
 - מחלוקת עובדתית- שהוכרעה בהליך קודם. דוג'- פרט עובדתי כמו שעת התאונה.
 - מחלוקת משפטית- שהוכרעה בהליך קודם. דוג'- החוזה הופר.
 5. **קיום התדיינות**- התקיימה התדיינות בין הצדדים ביחס לפלוגתא:
 - בעל הדין שמבקשים להשתיק "**היה לו יומו**" בביהמ"ש. יש לוודא שלצדדים הייתה הזדמנות לטעון בפועל.
 - **מבחן ההזדמנות**- מה פשר "**היה לו יומו**"? האם נדרשת התדיינות בפועל או שמספיק לומר שניתנה לו הזדמנות גם אם לא ניצל אותה?
- בנק הפועלים נ' וינשטיין (2009)**- די בכך שניתנה לבעל הדין המושתק הזדמנות לטעון במשפט 1

- תוצאה הכרחית במצבים של פס"ד בהיעדר הגנה
- תנאים: הכרעה בפלוגתא עיקרית, נושא ההתדיינות הראשונה, שבלעדיה אין
- שאלת המדיניות: מתי נאמר שלבעל הדין הייתה "הזדמנות"?
 - מעשה בי"ד כמנגנון לרגולציה של התנהגות בעלי דין במשפט 1 (עליהם לשים לב לפעולותיהם במשפט 1 כדי שלא יפגעו בעצמם במשפט 2). בהשתק עילה - מתבטא בריכוז הסעדים, השתק פלוגתא, רכזו את הטענות כדי שלא תחסמו עצמכם.
- שונה (לעיתים) מהשתק עילה
- 6. ממצא פוזיטיבי - שנקבע ביחס לפלוגתא. צריך להראות שבפסה"ד ביהמ"ש קובע אכן משהו ביחס לאותה פלוגתא. אמירה מפורשת של קביעת ביהמ"ש (דוג' - התאונה התרחשה בשעה מסוימת, החוזה הופר בנסיבה מסוימת). יש לוודא שביהמ"ש קבע במודע במשפט הראשון כדי לתת משקל משתיק לאותה קביעה. לא ניתן להשתיק בהשתמעות - אם ביהמ"ש בפסה"ד הראשון קובע עובדה, לא ניתן לגזור ממנה השתק במשפט השני לגבי עובדה אחרת.
- 7. הכרעה חיונית - ההכרעה בפלוגתא במשפט 1 הייתה חיונית לתוצאה הסופית - רק דברים שלביהמ"ש היה נחוץ לומר כדי להגיע לתוצאה הסופית.
 - וידוא רמת התכוונות גבוהה של ביהמ"ש
 - מבחן: סיבה בלעדית אין - אם מוציאים את ההכרעה מפסק הדין, האם הוא עומד? דוג' - השאלה אם הנתבע בלם או לא בתאונה לא רלוונטית, אך אותה השאלה בהקשר אחר עשויה להיות חיונית ומוצדק שתקיים השתק.

❖ השתק פלוגתא - סיבוכים:

הליכים דומים אך לא זהים? ע"א איזוטסט נ' דריזין 2012 -

- סבירות מנהלית לעומת סבירות נזיקית - משפט 1 היה עתירה מנהלית בבג"ץ ונדחתה לגופה עקב טענה שלא קיימת טענת חוסר הסבירות ← משפט 2: תביעה אזרחית נזיקית בטענת רשלנות לגבי הנזק שנגרם בחוסר מתן הרישיון. ← אין השתק עילה (עקב פיצול סעדים); כמו בלוי נ' עקריש הערכאות לא מוסמכות לתת את הסעדים (בג"ץ לא מוסמך להעניק פיצויים אלא רק לתת צוים). ← האם יש השתק פלוגתא? אמנם בג"ץ קבע שהמדינה פעלה באופן סביר ולכן יכולה לטעון השתק פלוגתא (המחלוקת העובדתית לגבי פעולתה בסבירות הוכרעה כבר). הקושי: התנהלות סבירה בהקשר המנהלי לא בהכרח סותרת רשלנות נזיקית, וסטנדרט הסבירות של המשפט המנהלי לא בהכרח אותו אחד של האזרחי-נזיקי.
- הליך בבג"ץ לעומת הליך אזרחי - האם התקיימה התדיינות מלאה במשפט הראשון שניתן להעביר לערכאה השניה? בבג"ץ אין גביית עדויות ואין דוכן עדים; הליך הביורור העובדתי רך ולא מתקרב לתקיפות ולדיוק בערכאות אזרחיות (דוג' - חקירה נגדית).
- דוג' - ס'42א לפקודת הריאות - הליך פלילי. יוצר מעשה בי"ד חריג בין פס"ד חלוט מרשיע במשפט פלילי, לבין תביעה אזרחית נגד הנאשם שהורשע. ניתן להתבסס על ההרשעה החלוטה במשפט 2 האזרחי, והנתונים העובדתיים יהיו הבסיס ללא צורך להוכיחם שוב. העקרון הוא שההכרעה בפלילי היא מעל לכל ספק סביר, בעוד באזרחי מספיק 50% - ולכן קל וחומר שהרשעה פלילית מקיימת בהגדרה את איכות האזרחי.
- תיקון 42א(1) - הכלל מוחל גם על הרשעות חלוטות בבתימ"ש צבאיים בשטחים. גם קביעות עובדתיות בהרשעות אלה יכולות לשמש את הקורבנות בתביעות בטחון בתביעות אזרחיות נ' המפגעים שהורשעו (כנ"ל לגבי ספק סביר).

❖ השתק פלוגתא לא הדדי:

מצבים שבהם הדין מוכן בנסיבות מסוימות לפרוץ את הדרישה הבסיסית לזהות הצדדים ולבדוק האם ישנם מצבים שבהם גם אם לא מדובר אותם צדדים, ההכרעה בתנאים מסוימים מצדיקה לאמץ את הפסיקה. דוג': אדם הולך ברחוב ונופל לבור. הוא מגלה שבאיזור היה קבלן שלא שם גדר הגנה ותובע את הקבלן שכרה אותו על הנזק שנגרם לו בנפילה. בהמשך, מסתבר שגם העיריה הייתה מעורבת בכריית הבור ותובע גם אותה. ייתכן שלכל אחת מהתביעות שהוגשו עילות שונות, ולכן לא מתקיימת דרישה זהות הצדדים (או השתק עילה). מאחר ויש לנו עילות שונות ← מפרידים את התביעות: ← תביעה 1: טענת ההגנה של הקבלן - אשם תורם. הטענה התקבלה. לאחר שהתביעה הראשונה נ' הקבלן

מסתיימת ← מגיש תביעה שניה נ' הקבלן.

← **תביעה 2:** טענת ההגנה של העיריה- אשם תורם. הטענה לא התקבלה. אין השתק פלוגתא, לעיריה לא היה את יומה ואין privacy (העיריה לא נכנסת בנעלי הקבלן).

← לא ניתן לטעון להשתק פלוגתא.

❖ השתק פלוגתא לא הדדי הגנתי:

תמרוץ התובע במשפט 1 לרכז את נתבעיו. דוקטרינת מעשה בי"ד לנהוג בצורה טובה יותר במשפט 1 המקורי.

▪ טענות הגנה ביחס לתובע:

במשפט 1 ← הזוכה בטענת ההגנה הוא הקבלן וביהמ"ש קובע ממצא פוזיטיבי וחיוני שהתובע התרשל ויש אשם תורם.

במשפט 2 ← העיריה טוענת שוב לאשם תורם, וטוענת שלא צריכה להוכיח כיוון שבהליך קודם כבר נפסק אשם תורם נגד התובע במשפט 1 כאשר היה לו יומו בביהמ"ש.

← ניתן לטעון להשתק פלוגתא (כיוון שמשתיקים את האדם שנכח בשני המשפטים והיה לו יומו בביהמ"ש, דבר הגיוני. אין לאפשר לתובע לשחק שוב על טענת האשם התורם כיוון שבמידה והתוצאה תפעל לטובתו יהיה בזבוז זמן ופגיעה ביעילות (אינטרס מערכתי) ← מכיוון שניתנה לתובע כבר זכות טיעון- בסדר להשתיקו.

פס"ד פיקטנבאום נ' רשם המקרקעין- אם התובע שהופיע בשני המשפטים חשוף לאותה טענת הגנה משני נתבעים שונים ← ההפסד שלו במשפט הראשון חוסם אותו מלברר טענה זו מחדש במשפט השני. ניתן להפעיל השתק פלוגתא למרות שלא מתקיימת דרישת ההדדיות, ומאפשרים לצד חדש לנצל הישג בצד הראשון ולהשתיק את התובע.

תובע לא יכולה להשתיק נתבע חדש אך נתבע חדש יכול להשתיק תובע. (לכן לא הדדי, כי פועל רק בכיוון אחד).

עמדת העליון: על התובע לקחת בחשבון שגם האופן בו הוא בוחר לנהל את הליטיגציה, עלולה להשפיע את היתכנות ההצלחה במשפטים עתידיים (איזה תובע תובעים קודם, כי ייתכן שההכרעה תביא להשתק פלוגתא במשפט השני(=).

▪ תביעות של תובעים שונים נגד אותו נתבע:

א' הולך ברחוב ונופל לבור. ב' הולכת ברחוב ונופלת לבור. שני האירועים היו ללא קשר מקדמי- האנשים לא מכירים אחד את השני והאירועים התרחשו בהפרש של שבוע. ← האם הקבלן התרשל?

א' מזהה את הנתבע כקבלן ותובע ← נקבע שאין התרשלות.

ב' מזהה את הנתבע כקבלן גם כן ותובעת לאחר תביעתו של א' ← נקבע שיש התרשלות לפי משפט א לפי השתק פלוגתא ← טוענת שלא הוגן להשתיקה על הפסד של אדם שאינו מכירה כיוון שלא היה לה יומה בביהמ"ש.

← לא הוגן להשתיק את התובעת השניה במקרה זה.

❖ השתק פלוגתא לא הדדי התקפי-

אותו מקרה כמו האחרון. השוני הוא:

תובע א' ← מנצח במשפט הראשון, נקבע שהקבלן התרשל.

תובעת ב' ← טוענת שכבר היה אירוע של התרשלות.

האם השתק פלוגתא יכול לשמש תובעים בהתקפה נגד אותו נתבע? (ולא רק כהתגוננות).

האם ניתן להחיל גם כאן את הלכת פיקטנבאום? חשש להתנהגות אופורטוניסטית של תובעים פוטנציאליים עתידיים, שיחכו עד שתהיה פסיקה נגד הקבלן ואז יוכלו "לרכב על הגל" (תמריץ לא הולם שבגללו תובעים ימתינו שתובע אחר יצליח ויבזבז את משאביו, המתנה אינה דבר רצוי).

▪ הקבלן לא יכול לבצע בדיקה מקדמית ולוודא מי הם התובעים בשונה מהתובעים עצמם;

▪ בניגוד לתובע המארגן את סדר תביעותיו כרצונו ויכול לרכז אותם- הקבלן לא יכול לרכז את התובעים.

תוחלת הסיכון בתביעות שונות יכולות להיות שונות לחלוטין עקב השוני בנזקים ולכן לא ניתן לדרוש מהקבלן להתגונן באותה הצורה בשתי התביעות (בזבוז משאבים). כיוון שמטרת העל שלנו היא אמת- נעדיף שתובעים לא ישקיעו את מרבים משאביהם בכל תיק.

ע"א אספן נ' מדינת ישראל- פיקטנבאום בכיוון ההתקפי. נקבע שפיקטנבאום לא עובד בצורה הוגנת נגד נתבעים (בכיוון ההפוך) אלא רק נגד תובעים, ולכן לא מכירים בהשתק פלוגתא לא הדדי התקפי.

חריג- לעתים יהיה ראוי להכיר בהשתק כזה; דוג- מוצרים פגומים (יצרן שהתרשל כלפי הרבה עובדים או במקרים רבים, יכול היה לעשות מאמץ ולכן רוצים ליצור תמריץ שבו יוכל ליידע את התובעים כדי לנסות לרכז אותם).

לנתבע קשה יותר לדעת מי תובעיו ולרכז אותם כיוון שהוא לא יכול לכפות על תובעיו להתכנס בבת אחת בשונה מחיוב נתבעים להתכנס.

- תמרוץ לתובעים מאוחרים לחכות- לנהוג כטרמפיסטים. לא רצוי ולא הוגן כיוון שיוצר אפליה שרירותית נגד תובעים שהפסידו וכאלה שנשמכים על הישג זה.
- היפוך מקרי בסדרה יפלה בין תובעים מוקדמים למאוחרים
- העליון: אספן- לא שלילה מוחלטת, אך חריגים נדירים (מתי?)
- הפתרון העדיף: מוסדי (תובענה ייצוגית? בג"ץ?). כאשר רוצים הכפפה של תובעים רבים
- לפסיקה מסוימת, נייצר הסדרים כופים מעין אלה (תובענה ייצוגית יוצרת השתק כופה כלפי אותו נתבע).

שאלת היסוד הנורמטיבית: עד כמה חשוב "יהיה לו יומו"?

מעשה בי"ד ופשרות

- האם פשרה מקימה מעשה השתק עילה? כלומר ללא הכרעה בפס"ד בגוף התביעה.
- תלוי: דחיה או מחיקה? ויתור מפורש? שמירת זכויות? תלוי מה הפעולה שנתבקשה מביהמ"ש ביחס לפשרה.
- האם פשרה מקימה השתק פלוגתא:
 - לכאורה לא- אין בירור, כי ביהמ"ש לא נתן פס"ד מהותי. ועדיין- תלוי בתוכן הפשרה, ייתכן שייאמר שהצדדים מסכימים שגובה הנזק שנגרם הוא בסך מסוים- הסכמה שתוקפה עשוי להיות דומה לשל פסק דין.

מעשה בית דין: סיכום

- פעולתה של הדוקטרינה- כחסם בפתח משפט 2.
 - תמריץ לניסוח נכון של כתב התביעה, על עוה"ד של בעלי הדין להיות אחראיים ולנסח את כתב התביעה בדרך שלא תהווה חסם, ולהתנגדות לתביעה בעניינים שהוכרעו.
- בה בעת- תמריץ להתנהגות אסטרטגית במשפט 1.
 - מעודדת ריכוז עילות, סעדים וטענות (במשפט 1).
 - ביקורת: יוצרת תמריץ יתר להתדיינות בכל פלוגתא וסעד במשפט 1 כדי להימנע כהשתק, גם כאלה שהיו מתבררים כמיותרים.
 - מנגד, עשויה להמריץ הימנעות מהתדיינות חיונית, כדי לא להיתפס בבזבוז הזדמנות.
 - אפקט דחיני- מעודדת הגשה מאוחרת של תביעות, כדי לאפשר לסעדים להתגבש ולראיות להיאסף.

הגישה לבית המשפט: חסמים נוספים

השתק שיפוטי:

- בעל דין שטען טענה בהליך אחד, ונצמחה לו מן הטענה טובת הנאה, מושתק מלטעון טענה נוגדת בהליך אחר, גם נגד יריב אחר.
- רגולציה של יחסי מתדיין-בימ"ש. מקימים את החסם רק במקרים בהם הניצול הוא חריף כדי לשמור על:
 - "טוהר" ההליך השיפוטי:
 - תו"ל, אי ניצול לרעה של ההליך
 - מניעת פסיקות סותרות
 - "אמון הציבור" במערכת המשפט
- שיקול דעת

הליך תלוי ועומד:

- Lis alibi pendens
- ביהמ"ש יימנע מדיון בתביעה, כאשר:
 - תביעה בעילה זהה המתנהלת במקביל בבימ"ש אחר (במדינה אחרת/בבימ"ש אחר מכוח פיצול סעדים כפוי) – עשוי ליצור **השתק עילה**; או
 - תביעה שהכרעתה תייתר את ההליך הנוכחי מתנהלת במקביל בבימ"ש אחר- עשוי ליצור **השתק**

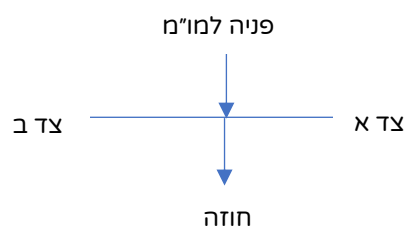
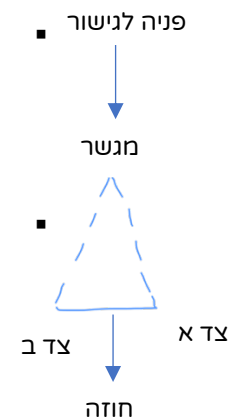
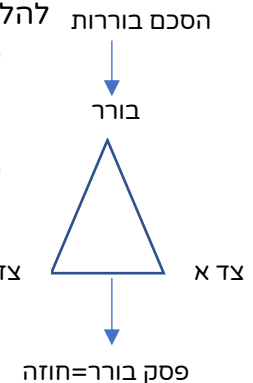
פלונתא

- מניעת הליכים כפולים ופסיקות סותרות
- כיבוד בין ערכאות (comity)
- שיקול דעת

ההסכמה כחסם לליטיגציה

דרכים חלופיות לסיום הסכסוך מבלי להגיע לליטיגציה:

- יישוב סכסוכים בדרכים חלופיות- ADR- alternative dispute resolution.
- המטרה: פשרה/הכרעה מחוץ לביהמ"ש
- מקור החסם: הסכמת הצדדים.
 - מראש (לפני הסכסוך, בחוזה) או בדיעבד (אחרי פרוץ הסכסוך/ הליטיגציה)
 - כמה אבות-טיפוס (בסדר סכמטי כרונולוגי המתרחק מהמודל השיפוטי הקלאסי):
 - **בוררות**- הצדדים מבקשים הכרעה ע"י גורם חיצוני שאינו ביהמ"ש. החלופה הדומה ביותר להליך המשפטי, שכמוהו- מבוססת על משולש הצדדים. הפעולה הנדרשת לצורך בוררות היא:
 - רכיב הסכמה- מבוטא ע"י **הסכם בוררות**, שבו הצדדים מחליטים לקחת את סכסוכם למסגרת חלופית ולא לביהמ"ש. יכולה להיות הסכמה מראש- בחוזה מקדים, או כזה שנעשה לאחר פרוץ הסכסוך (ערב בירור המחלוקת)- ex ante/ex post.
 - התוצר: פסק בורר. בדומה להליך המשפטי יש גורם שלישי מחליט. מקור החיוב הוא ההסכמה המקורית לפנייה לבוררות (בשונה מהליך משפטי, שבו צד שני יכול לגרור להליך צד אחד, ומקור חיוב הצדדים הוא צד אחד).
 - הדין אוכף פסקי בורר = כיוון שהוא אוכף חוזים.
 - מכיוון שכל דין זה נעשה בהסכמת הצדדים ← חלים עליו דיני חופש החוזים.
 - חוק הבוררות**- קובע הסדרים. מבטא עמדה המעודדת בדין הישראלי הליך זה, ומאפשר לזוכים בהליכי בוררות מסלול מהיר לאכיפת פסק בורר במקרה שבו אחד הצדדים כופר בתוקפו או מסרב לקיימו.
 - **גישור**- גורם שלישי (המגשרת) מסייעת לצדדים להגיע להסכמה (שיכולה להיות פחות פורמלית מאשר בבוררות, כיוון שיש פחות חקיקה בנושא).
 - ההבדל בין גישור לבוררות הוא בתוצאה- תוצאת הגישור היא הסכם (חוזה) בין הצדדים לבין עצמם שבהם המגשר עוזר לצדדים להגיע לפתרון, בשונה מבוררות שבה התוצאה היא החלטת צד ג' מחייבת.
 - **מו"מ**- צדדים מנהלים אינטראקציה בילטרלית בינם לבין עצמם כדי להגיע להסכמות. אין גורם שלישי המסייע לצדדים לסיים את הסכסוך. כלל הסיטואציות בהן הצדדים מתקשרים זה עם זה, ולשם כך דרוש רצונם.
 - בדומה לגישור, נדרשת הסכמה כדי להגיע לתוצאה מוצלחת (הסכם/חוזה).



כיצד מבוטאת עמדת הדין ביחס ל37 החלופות?

דימוי ביהמ"ש מרובה הדלתות - ממחיש שבעבר מסדרון אחד היה מוביל לאולם המשפטים, אך היום מערכת המשפט מנתבת את הסכסוכים לדלתות המתאימות להם ולא לביהמ"ש ישירות. עמדה מובהקת של אימוץ נלהב את החלופות עד כדי הפנמת רכיביהן לתוך ההליך המשפטי עצמו:

- **ס' 5 לחוק הבוררות: עיכוב הליכים.** במידה ואדם מגיש תביעה לבימ"ש נגד הנתבע שמציג הסכם בוררות בין הצדדים, הסעיף מורה לביהמ"ש כמעט ללא שיקו"ד ← לעכב את התביעה ולשלוח את הצדדים לבוררות. מבטא אימוץ תקיף של תמיכה ברעיון הבוררות. אם יש הסכם בוררות תקף, ביהמ"ש יאוכפו כמעט תמיד.
- **ס' 79ב' לחוק בתיהמ"ש: הפניה לבוררות.** מסמך את ביהמ"ש בהליך האזרחי להפנות את הצדדים להליך בוררות (מצב שבו אין הסכם בוררות קיים בין הצדדים, ההליך מתחיל בביהמ"ש והוא מתרשם כי ניתן לנהל אותו ביעילות רבה יותר ע"י בוררות) (למשל מחלוקת מקצועית או ענייני סודיות/בעלי אופי בינ"ל) ← גם ex post במידה והסכסוך מתעורר, ביהמ"ש יפנה את הצדדים לבוררות.
- **ס' 79ג' לחוק בתיהמ"ש: הפניה לגישור.** מסמך את ביהמ"ש להפנות את הצדדים לגישור, לא מחייב כיוון שנדרשת הסכמת הצדדים - אך ניתן להציע. במיוחד בסכסוכים בעלי מערכת יחסים מתמשכת (עסקים, משפחה) - שבסיטואציות אלה ביהמ"ש יירתע מלפסוק פסיקה סופית שתייצר מתח בין הצדדים אך לא תאפשר להם להמשיך לנהל את העניין במשותף כפי שהיו רוצים, לכן מעדיפים להפנות לגישור שיביא הסכם ועזרה.
- **תק' 99-99א וישנות/37 חדשה: פגישת מהו"ת חובה (פיילוט).** במסגרת התיקון המפנים את רעיון ADR, אומצו מפגשי ההיכרות ותיאום. לאחר שמוגשת תביעה אזרחית ← יש כתב הגנה (יש תיק) ← הצדדים מחויבים לבדוק את אפשרות פתרון המחלוקת באמצעות גישור ולא בהסדר משפטי מלא. יושם רק בחלק מבתימ"ש השלום. בתקנות החדשות מאומץ באופן מלא במידה וייכנסו לתוקף. קושי ב2 דברים:
 - סוג ההליכים המגיעים לפשרה באמצעות מהו"ת
 - מהי המציאות החלופית - האם הצדדים היו יכולים להגיע לפשרה גם בלי פגישת המהו"ת?
- **תקנות חדשות 34-36: דיון מקדמי חובה.** הליך מו"מ חובה. מו"מ התנהל תמיד בין צדדים לצורך הפחתת עלויות, אך היחידוש הוא בכך שהמציאו הליך חדש (בעוד התקנות האחרות ניסחו מחדש דינים קיימים). חובה על הצדדים להיות בקשר זה עם זה עוד לפני ישיבת קדם המשפט הראשונה, ובמסגרת הדיון המקדמי עליהם לעשות מאמץ לצמצם את גדר המחלוקת בין הצדדים היריבים כדי להגיע להסכמה לגבי הראיות הנדרשות להוכחה - ורק את מה שנשאר יש להביא לביהמ"ש. מעין מיסוד מו"מ בין הצדדים. אין חובה להסכים אך יש חובה לשתף פעולה עם המסלול, וישנן סנקציות עם אי משתפי הפעולה עם ההליך המקדמי.
- **פעולת השופטים/ות עצמם/ן: המלצות לצדדים.** מעבר למבנים הפורמליים של 3 הדרכים לעיל, גם השופטים עצמם סוכנים דומיננטיים של הסכמות ופשרות בין הצדדים, ברמות מפורשות שונות. כך יכולים להפוך לשחקנים פעילים בעידוד הליך הפשרה.

בפועל, הרוב המכריע ביותר של ההליכים האזרחיים בישראל אינו מגיע לפס"ד סופי בתום הליך הוכחות משפטי, כיוון שכמו שישנם הסדרי טיעון (במשפט הפלילי), יש דרכים אחרות במשפט האזרחי לאחר הוכחות (סילוקים בשלבים מוקדמים או אחרים).

לסיכום, ביהמ"ש שחקן מרכזי:

- הפניה ליישוב סכסוכים מחוץ לביהמ"ש (ס' 79ב-ג) - הכרה מפורשת
- חובת בדיקה של אפשרות הגישור (מהו"ת)
 - חובת דיון מקדמי ואכיפה שיפוטית - סנקציות (תקנה 38 חדשה)
 - **ס' 79א רבתי (לא קטן) - פס"ד על דרך הפשרה** - סעיף ייחודי למשפט הישראלי. בימ"ש הדן בעניין אזרחי רשאי בהסכמת בעלי הדין לפסוק בעניין שלפניו, כולו או מקצתו, בדרך של פשרה.
- **הקושי:** סתירה בין פסיקה לבין פשרה. פתרון: במצבים שבהם הצדדים מסמיכים בהסכמה את ביהמ"ש לפסוק במחלוקתם מבלי לעבור במסלול ההוכחות+טיעונים בהליך האזרחי. (בעקבות החלטת הצדדים/עידוד ביהמ"ש). הצדדים מעבירים לביהמ"ש מסמכים ← ביהמ"ש מחליט החלטה קצרה לפיה הנתבע ישלם לתובע סכום x למשל (בין שני הסכומים הנדרשים בטווח המחלוקת; לכן הצדדים מקבלים על עצמם את הסיכון). המייחד מקרים אלה הוא החוסר בהליך הוכחות, חקירה נגדית, טיעונים משפטיים (אלא אם ביקשו), ואין פס"ד מנומק. ← לכן מקשה על ערעור, בגין החוסר בנימוק וההסכמה.

- מתן תוקף פסק דין לפשרות ← מעשה בית דין
 - שיקו"ד שיפוטי בלתי ניתן להתנאה, דוג' - ע"א 5120/16 (2019) - תקנ"צ. ביהמ"ש לא יכול לפעול אוטומטית ועדיין נדרש לקרוא את הפשרה לצורך מתן פס"ד שיעגן את תוקפה, כדי לוודא שאין בפשרה דבר הנוגד את תקנת הציבור מכוח דיני החוזים.
 - בעניין זה, בפשרה נאמר שתיכנס לתוקף רק אם ביהמ"ש יסכים לוותר על חלק מהאגרה ששילם התובע. הסכם זה כובל את ביהמ"ש להחלטה מסוימת לצורך מתן תוקף לפשרה ← דבר הנוגד את תקנה"צ ← לכן בלתי אפשרי. פשרה לא יכולה לכלול הגבלה/התנאה על שיקוה"ד השיפוטי בעצמו.
 - פעמים רבות בעלי דין מגיעים לפשרה ורוצים שתהיה מחייבת באופן מוחלט, ולכן ניתן לדרוש מביהמ"ש לתת פסק דין בהמשך להסכם הפשרה (מקים מעשה ב"ד).
- הצעת פשרות - במפורש או במשתמש (ס'79א(ב)9 לחוק בתיהמ"ש, או **תקנה חדשה 63(ב)16**). נתינת תוקף של פס"ד להסדר פשרה שצדדים עשו ביניהם.
- הסמכה מפורשת בחוק לשופטים להציע לבעלי דין תוקף של פס"ד להסדר פשרה שעשו ביניהם.
- יישוב סכסוכים שיפוטי - אל תורת המשפט מעבר למחלוקת: מאמרה של מיכל אלברשטיין. ביהמ"ש מעורב גם בליטיגציה עצמה, וכך שופטים הם יותר מרק פוסקי דין.

ADR - שיקולי מדיניות:

- גישה לערכאות - מחסום או פתח? האם adr מרחיב או מאפשר יותר גישה לערכאות? כן, כיוון שהוא מאפשר לליטיגציות שלא יכלו להתנהל בהליך האזרחי להתנהל (לדוגמה תוחלות שליליות). מצד שני - ההליך כולל הבטחות הגינות דיונית, ושליחת הצדדים למסלולים חלופיים מצמצמת את הגישה למשאב ההגינות (האם מנגנון הניתוב איכותי מספיק ושולח תיקים מתאימים ציבורית לביהמ"ש ותיקים מתאימים חברתיים לחלופות?) "בימ"ש מרובה הדלתות" (multi-door courthouse).
- עומס - נתיבים מהירים? עד כמה ההליך מסלול עוקף בימ"ש? לא ברור מי יכול להנות ממסלולים חלופיים אלה, ובנוסף נחסך דיון פומבי בדיון.
- השאלה: עד כמה נלקחת בחשבון שאלת ההתנהגות הכללית של מע' המשפט כמו תיק זה (ואז אין פיתוח פומבי של הדיון)?
- חינוך ליישוב סכסוכים לא אדברסרי - טיעון מהותי בעד הADR ומבקר את הליטיגציה: יישוב סכסוכים אדברסרי (ליטיגטורי) מעודד אנשים ליריבות, לחשוב על בר הפלוגתא כאויב ומעודד אופורטוניסטיות - לעומת יישוב סכסוכים לא אדברסרי (חלופות) מאפשר חינוך נכון ומסתכל על הליטיגציה כפתולוגיה.
- אוון פיס (1984): המהלך הביקורתי המפורסם ביותר: Against settlement. התנגדות למגמת הADR.
 - המשפט כאירוע פרטי או ציבורי - פשרות טובות ברמה אינדיבידואלית אך ברמה החברתית יש להיות זהירים בעיצוב ההליך (לעתים פשרה תהיה רצויה, אך יש לחשוב באופן מערכתי מראש מה ההעדפה לפשרות גורמת למע' המשפט בכלל).
 - הסכסוך כפתולוגיה או הזדמנות - בעולם תקין הסכסוך מפריע ויש להשתיקו. בהסתכלות על היסטוריית הליטיגציה, כאשר הוא מגיע לביהמ"ש - זו לא הפרעה באידיליה, אלא חלון החושף תקלה חברתית עמוקה ← מטרת המשפט לחשוף תקלה זו ולשפר את מצב המוסר החברה ← שימוש בליטיגציה לתיקון בעיות חברתיות עמוקות. ← לכן יש להיזהר בתמרוץ המוגזם של שליחת תיקים לפשרות (במיוחד תיקים בעלי חשיבות ציבורית, שאולי תועלת הרווח בהם נמוכה אך הן חושפות מע' יחסים קרדינליות חשובות שיש לתקן בחברה).

חסמים מבניים:

- חסם חלוקתי: מארק גלאנטר (1974) - למה אלה שיש להם מצליחים יותר? (במיוחד במע' המשפט האזרחית). חסם לניהול ליטיגציה לפי ההעדפות הפרטיות של השחקן החוזר, לפי מה שמשתלם לו. לטענתו, ההליך המשפטי מובנה כך שאלה שיש להם יותר משאבים (שחקנים חוזרים בליטיגציה כמו חברות גדולות, המדינה - התובע הגדול ביותר) ← יצליחו יותר. שחקנים חד פעמיים יצליחו פחות (אזרח פשוט, אדם פרטי, עסקים קטנים) - ינהלו ליטיגציה אחת בממוצע בחייו. השחקנים החוזרים ינצחו לרוב ← כיוון שלטענתו הם משחקים יותר ממשחק אחד בזמן נתון, ועבורם אין

חשיבות לליטיגציה פרטית מול נתבע מסוים (דוג' - בנק יודע שיהיו לו אלפי תביעות לאורך השנה הקרובה, באופן אסטרטגי יעדיף לנהל את כל הליטיגציות יחדיו). במידה ויראה שיש בעל דין בעל ריאיות טובות ולקוחות אחרים לא, הבנק יעדיף לקנות ממנו את זכות התביעה ע"י פשרה במרווח הפשרה - ובלבד שהתיק ייעלם. את שאר התיקים הבנק ימשיך לנהל כיוון שהוא יודע שהתובעים יפסידו בהם: כך תיקי הניצחון יגיעו לניצחון ותיקי ההפסד ימשיכו לא להשפיע (ואף להביא לתקדים שיעבוד לטובת הבנק).

- מאפשר שליטה על תקדימים
- מאפשר פיצויי חסר - אם שולטים בשאלת הפשרה, ניתן להחליט מתי התובע יקבל את כל בקשתו ומתי פחות ממנה ← כך המשחק בכמה משחקים של שחקן חוזר מאפשרת לו להנות מהמבנה של מוסד הליטיגציה ולהכשיר את דרכם להמשך הצלחות במשפטים.
- היכולת לנהל אסטרטגיה על פני תיקים רבים:
 - משיכת הצד השני לפשרה - פיצוי חסר מובנה
 - העומס כיתרון אסטרטגי
 - השפעה על תוכן הדין - בחירה אם יהיה תקדים
 - תפקיד עורך הדין - עוה"ד של השחקן החוזר מחייב לנהל ליטיגציה כלפי כל התובעים כדי לא לפגוע באתיקה שלו מול הלקוח החוזר.

הגישה למשפט

השאלה: מהם השלבים שיש לנהל כדי להגיע לאירוע הקצה עצמו (שבו יזדמן להוכיח את ראיותינו ולטעון את טענותינו בפני ביהמ"ש כדי לקבל פס"ד)?

רובם המכריע של התיקים מסוגנים בדרך ולא מגיעים לשלב זה. חלק יפלו בשלב השני (הגישה) עקב החסמים, וחלק יפלו בהמשך בשלבי הגישה הנוכחיים.

מבנה ההליך (סכמטי)

ניתן לחלק את ההליך האזרחי ל 2 שלבים עיקריים שלכל אחד מהם שלבים שונים:

- ההכנה למשפט:
 - כתבי הטענות - השלב פותח ההליך. הגשת כתבי הטענות המכוננים. התובע יוזם ההליך מגיש כתב תביעה, הנתבעים מגישים כתב הגנה וטקסטים אלה מכוננים את ההליך כולו (כאשר הנתבעת לא מגישה כתב הגנה ההליך יהיה מהיר ויפסק לפי כתב התביעה).
 - שלב זה מנוהל ע"י הצדדים.
 - תחילת תהליך של העברת מידע - אפיינו התנהגות רציונלית ככזו עם עדכון רצוף של המידע הקיים (חישוב תוחלות). במידה ואחד מהצדדים מגלה שלצד השני יכולה להיות טענה שתעלה שלא העלתה, מבינים את מידת האחריות המוטלת על מנסחי כתבי הטענות.
 - חשיפת סיכויים סיכוני, גישושים ואיומים - העברת מסרים סמויים דרך כתבי הטענות (דוג' - הגשת כת"ת על סכום גבוה מראה מסר שעדיף להתפשר מחוץ לביהמ"ש), או להפך - מסר של שלום בציון סכום נמוך יותר.
 - אדברסריות נ' "קלפים פתוחים" - מידת הפירוט/האמת. שאלת מדיניות בנושא הכוונת הניסוח של כתבי הטענות מנוסחת באמצעות מתח זה, התנהגות אופורטוניסטית מול קלפים פתוחים (ראיה של בעלי הדין כשותפים לחשיפת האמת). באימוץ גישה זו, מערכת הדינים מעודדת את הצדדים להיות גלויים, לחשוף את המידע שלהם בשלב מוקדם ולצמצם הסתרות. לכן בכתבי הטענות 2 שאלות:
 - מידת הפירוט הנדרשת מבעלי הדין? מידת האמיתות הנדרשת מהם?
 - הצד האדברסרי דורש פחות מבעלי הדין להתחייב למהלך עובדתי אחד או לטעון בכתב רק טענות שנכונות בוודאות. גישות אחרות מצודדות בקלפים הפתוחים.
 - ד/ג' - מה נדרוש מתובעת בעקבות אפליה בין גברים לנשים במקור העבודה שאין לה גישה

לתלושי שכר של העובדים אך בעלת רושם בלבד, כדי שתבסס את העילה בכתב התביעה שלה ולא תסולק על הסף? שתי גישות:

- נסתפק בכך שתטען שהמעסיק מפלה בשכר ושיש לה מידע מאנשים אחרים שקיבלו יותר
- נדרוש שתטען במפורש שישנה מדיניות של המעסיק ביחס לאפליה (דרישה לחקירה מראש, מעין ראיות מקדמיות). הדין הישראלי נוטה לגישה זו (תק' 1-5 חדשות).
- בדין הישראלי לעתים בעלי דין נדרשים לגבות את כתבי הטענות שלהם בתצהיר = עדות בכתב, מחייבת כמו עדות בע"פ, חושף לחקירה נגדית. תצהיר שגוי חושף את מצהירו לעדות שקר.
- כתב תביעה, כתב הגנה, כתב תשובה - לאחר הגשת כת"ת - הנתבעת רשאית להגיש כתה"ג - התובעת יכולה להגיש כתב תשובה.
- החידושים המרכזיים: חידושים צורניים בתק' החדשות - מבנה, אורך.
- תק' חדשה 9 - כותרת, עיקר, וטיעון עובדתי. ניסיון טכני לרגולציה של המבנה והאורך.
- תק' ישנות 7א-27, 96-44, 127, 136, 216, 18-9, 24-33 - החדשות מרוכזות יותר והציפיה בהן היא לכוון את בעלי הדין לנסח טענות באופן מרוכז ובהיר יותר בהתאם.

כתב תביעה-

- אמצעי שיורי לפתיחת הליך (באין הליך מיוחד) - אם אין הגדרת סוג הליך, ברירת מחדל שההליך האזרחי יתחיל בכתב תביעה.
 - עובדות, לא ראיות ולא טענות משפטיות - תק' ישנות 9, 71, 74. חדשות - 39, 11 (39).
 - תפקיד הכתב לספר סיפור שבמידה ונצליח להוכיח אותו במסכת עובדתית מאוחר יותר, המשפט המהותי יזכה אותנו בסעד המגיע לנו. לכן בכתב זה לא מציגים את הראיות ולא טוענים טיעונים מהותיים.
 - שני הרכיבים המכוננים:
 - ציון הסעד המבוקש
 - פירוט של העובדות המקימות את הסעד המבוקש לטענתנו (רלוונטי גם לכתב הגנה וגם לכתב התביעה)
 - ועדיין - תק' 127, 75 ישנות - מחייבות לצרף מסמכים וחוו"ד רפואית, כדי להקל. לרוב מסמכים אלה יהיו ראיות (כתובות בלבד) מרכזיות, הנזכרות בכתב התביעה עצמו. כך מקצרים תהליכים. תק' 15 חדשה - מרחיבה, דורשת צירוף מסמך מהותי וכל כתב אחר המשמש ביסוד הנתען בכתב הטענות (כלומר לא רק מסמכים הנזכרים מפורשות בכתב התביעה).
 - קביעת גדר המחלוקת: הסעד המבוקש, העובדות הנתענות. הנכתב בכתב התביעה הוא מה שיבורר בביהמ"ש. לא ניתן לקבל סעד שלא התבקש בכתב התביעה כיוון שעליו הנתבע הוזהר מראש, ולא ניתן לשלף סעד חדש שהנתבע לא התכונן אליו ע"י חישוב תוחלות.
 - חירות גדולה לתובעת - יכולה לבחור מראש את היקף גדר המחלוקת ולעצב את ההליך בתוך גבולות הדין. חושף אותה לסיכונים מסוימים:
 - ייזהר המנסח:
 - לא להרחיב מדי - ניסוח באופן רחב מדי - יביא להוצאות (עלויות מוגברות על משפט פעוט), ועלולות להיות מושגות הוצאות כסנקציות.
- פס"ד מורגנשטרן 2013 - תביעת לשון הרע על פרסומים. השלום קובע שפרסום 1 גרם נזק בסך 50,000 + פרסום 2 - 40,000 + הוצאות 25,000 = 115,000 תשלום. - בערעור למחוזי - פרסום 1 - 0 הוצאות + פרסום 2 - הפחתה ל-10,000 + הוצאות 45,000 - 35,000. - התובע שילם בסוף לנתבע - עדיף שהתביעה לא הייתה מוגשת מלכתחילה, אך לא ניתן היה לסלק עקב לשון הרע. פס"ד הרתעתי.
- לא ניתן להטיל אקס אנטה - אך על תובעים לא להיות רשלנים כיוון שהם עלולים להיות חשופים לסנקציה אקס פוסט בסוף ההליך אם יתברר שתביעתם הייתה מוגזמת. בדיעבד, בימ"ש יכול לגרום לנתבעים להפנים.

פס"ד שפי פז נ' אסף רונאל- נקבע כי הסכומים שנפסקו בסופו של דבר נמוכים במידה ניכרת מסכום התביעה שהוצג בכתב התביעה כך שכל צד יישא בהוצאותיו- כך שהנתבע שהפסיד לא ישלם את הוצאות התובעת באופן חריג. לא לצמצם מדי- ניסוח באופן רחב מדי יביא לויתור.

פס"ד מגדל 2012- מותר להוכיח יותר ממה שנתבע. תובע מוכיח נזק הגבוה מסכום התביעה שתבע במקור. דוג'- תובעים M1 אך מומחים שונים מוכיחים סכומים שונים (חלק גבוה וחלק נמוך). הנתבע מחשב את סיכוייו לפי הוצאות מומחה נגדי; וכך הוא נחשף לעלויות התגוננות גבוהים יותר מהכתוב בכתב התביעה. ← העליון דוחה את הטענה.

▪ **תיקון כתבי טענות-** נועד למצבים שבהם מסתבר בהמשך ההליך שיטנה טענה שניתן לטעון ולא ידענו עליה קודם, וניתן לתקן.

○ גישה ליברלית- **תק' חדשה 46**. עד כמה רוצים שביהמ"ש יביא לפירוק המחלוקת בין הצדדים, ככל שכאשר התיקון יותר יעזור למטרה זו- ביהמ"ש יתיר יותר.

○ רגולציה של ניצול לרעה- פס"ד מרקט פלייס 2008- תיקון לאחר הוכחת אחריות. נקבע שיש אחריות ואז התובע הגיש בקשה לתיקון כתב התביעה והעלאת שיעור הנזק המבוקש. כשהנתבע מתגונן ביחס להרחבת האחריות הוא לוקח משאבים המתחשבים גם בשיעור הסיכון שהוא חשוף אליו וניהל את ההליך בחוסר ידיעה להגדלת הסיכון; לכן גם אם ההרחבה נכונה, הדבר נתפס כניצול לרעה כיוון שהוא אופורטוניסט.

○ התחשבות בעלויות שקועות- פס"ד גזונטהייט 2014- תיקון מאוחר מדי. עד כמה ביהמ"ש יחייב בירור מחודש של חלקים גדולים מהתביעה לאחר ההוכחות. על התובע היה להתעורר מוקדם יותר ומכיוון שלא ניצל את ההזדמנות והמערכת כבר השקיעה משאבים, לא חוזרים אחורה.

▪ **הרחבת חזית- תק' 91-96 ישנות, חדשות 46-48**. תיקון כת"ת בהתנהגות (דוג'- אחד מהעדים של הצד שכנגד נחקר בביהמ"ש בשאלות על נושאים עובדתיים שלא נכללו בכתבי הטענות ולא היו בגדר המחלוקת המקורית, ועוה"ד לא התנהד. זו הרחבת חזית של גדר המחלוקת בעצם התנהגות הצדדים וכך תיקנו באופן משתמע ע"י הוספת רכיבים עובדתיים נוספים לגדר המחלוקת).

הליכים מיוחדים:

סוטים ממסלול התביעה האזרחית הרגילה ועוברים לפרוצדורות אחרות. 3 ההליכים האזרחיים המרכזיים החלופיים הם:

▪ **סדר דין מקוצר- כיום- עדיין. הליך ותיק. מוסדר בתק' 202-214**.

○ המייחד אותו הוא שהוא סוטה מעקרון השוויון הדיוני: הוא מפר את עקרון השוויון הדיוני ומעניק יתרון לתובעת.

○ הנסיבות: סיכויי תביעה גבוהים+קלות הוכחה. (הוכחה פשוטה שלא מצריכה ניהול מורכב).

○ ההליך- מטיל נטל מיוחד על הנתבע:

▪ התובעת מכתירה את התביעה במילים "תביעה בסדר דין מקוצר" בכתב התביעה

▪ הנתבעת- צריכה רשות להתגונן: חשיפת ההגנה בתצהיר. הנתבע לא יכול להגיש כתב הגנה מיד אלא להגיש בקשת רשות להתגונן.

▪ במידה וניתנה רשות להתגונן- עוברים לפסים של תביעה רגילה. עדיין

הנתבע בתביעה זו נמצא בעמדת נחיתות לעומת נתבע בהליך רגיל כיוון

שבשביל לקבל רשות להתגונן הנתבע היה צריך להגיש תצהיר, ונתבע

בהליך רגיל לא צריך לגבות את כתה"ג שלו בתצהיר. הבקשה לחשוף את

כתב ההגנה חושפת אותו מלכתחילה.

בוטלו בתקנות החדשות

בוטלו בתקנות החדשות

- **"בקשה למחיקת כותרת"** - לפני שהנתבעים מגישים בקשה להתגונן (וחושפים את הגנתם במסגרת בקשת הרשות) - הם יכולים לבקש שביהמ"ש יוודא קודם שהתביעה מתאימה לסוג סדר דין מקוצר, ואז מגישים בקשה זו (למחיקת הכותרת "בסדר דין מקוצר"), דבר שישנה את מעמדו הנורמטיבי של הנתבע כיוון שאם הכותרת תבוטל ← לא ייתבע בסדר דין מקוצר ← הגנתו תשתנה.
- + **בקשה להארכת מועד להגשת בקשה למתן רשות להתגונן** - מתקדם. העליון התיר פרקטיקה זו בבג"ץ מזדיקוב נ' בנק לאומי 2005 - ההסדר חוקתי. נקבע שמשמש באופן עקבי תובעים מסוימים (רשויות בעלות חוזים קבועים ובעלות תיעוד חיובים). הרציונל הוא כן להשתמש בהליך זה כדי לחסוך.
- תביעות לפינוי מוזכר** - נכללות בסדר מהיר. בעל נכס שהשוכר שלו לא מפנה את הנכס, יכול להציג חוזה עם מועד הפינוי תוך מתן יתרון לבעלי הדירות. כיום מוסדר בתק' החדשות, אך השאר עברו לתביעה רגילה.
- **המרצת פתיחה** - כיום - עדיין. מוסדר **בתק' 248-258**.
 - הליך בעל אופי מיוחד העוסק בהליכים אזרחיים שהסעד המבוקש בהם אינו אופרטיבי טיפוסי (שלם, עשה) - אלא הכרעה בשאלה, מתן הוראה, פרשנות, הצהרה. יוזם ההליך פונה במטרה לבקש אחד מאלה.
 - תובענות יחסית פשוטות ומובחנות ראייתית - בעיקר תצהירים. מאופיינים יותר בשאלות משפטיות ולא בדיונים עובדתיים מורכבים. מבוססים בעיקר על ראיות כתובות.
 - המבקש להנות מהליך זה מגבים אותו באמצעות כתבי טענות בתצהיר, רוב הראיות בכתב, ונכונות לטעון את הטענות המרכזי בע"פ ולא רק בכתב (יש שאלה ספציפית שאותה רוצים לוודא ולכן ניתן לסיים אותה בע"פ, ריכוז ההליך וכיוצא).
 - **בקשה לביטול ההמרצה** - מעבר לפסים רגילים.
 - + **בקשה להארכת מועד להגשת תשובה** - מתקדם. (כמו בקשה לביטול מקוצר).
- **סדר דין מהיר** - הוחלף בדיון מהיר בתק' החדשות. מוסדר **בתק' 214-א-214 טז**. **תק' חדשות 78-82**.
 - מבוסס על תובענות בשווי נמוך (מעל תביעות קטנות), שאינן מסובכות. כך מתאימים את ההליכים עבור בעלי הדין לפי שוויים. כך מוזילים את ההליך כדי שלא יעלה יותר מדי לחברה והוא לא יהיה משתלם. מוגבל בסכום: 750,000 ש"ח.
 - עלות הטעות (error cost) בתיקים אלה היא נמוכה, כך שגם אם תהיה שגיאה בתביעות אלה העלות לחברה לא תהיה גבוהה מדי ← כך תשתלם לחברה.
 - רכיבים:
 - חובות גילוי רחבות בין הצדדים
 - סמכויות ניהול רחבות לביהמ"ש. מאזנים בין הגישה לערכאות לבין איכות ההליך.
 - קיצור זמנים (דיון ביום אחד; פס"ד תמציתי תוך 14 יום).
 - עיריית ירושלים נ' מחמד 2002 - נקבע שההסדר לא חוקתי כיוון שפוגע בהליך ההגנה, בגישה לערכאות ובעצמאות השיפוטית.
 - היועמ"ש נ' עיריית ירושלים - נקבע שההסדר חוקתי. ההלכה הקובעת.
 - קדם משפט - שלב הפיקוח השיפוטי. **תק' 140-150**, השלב המפקח ע"י ביהמ"ש באמצעות ישיבות קדם משפט. אירועים המתקיימים בפני שופט/רשם ובהם ביהמ"ש מבצע את הרגולציה של תהליך ההכנה (בודק את נאותות כתבי הטענות, דן בטיעוני סף, ראיות, סעדים זמניים).
 - מטרת שלב זה היא למנוע את ההגעה למשפט עצמו (ע"י פשרה בין היתר, או בדיקת גדר המחלוקת ע"י ביהמ"ש). +בירור גם של טענות וחסמים מקדמיים אחרים שימנעו הגעה לביהמ"ש. המטרות:
 - צמצום והגדרה של פלוגתאות - פתרון והגעה להסכמה במחלוקות עובדתיות

- רגולציה של שלב ההכנה (טענות סף, גילוי מוקדם, סעדים זמניים)
- היערכות לשלב ההוכחות (סדר הדיון, הריאיון וסדר הבאתן)
- בחינת האפשרות לסיום ההליך בלי הוכחות (סילוק, פשרה, או אף מתן פס"ד בהיעדר הגנה).

מאמרה של Judith resnik - רוב האנרגיה השיפוטית מתמקדת יותר ויותר במשימות ייעול הדיון וסיומו ללא הגעה למשפט מלכתחילה, ופחות בהעמקת השופטים במשפט המהותי וניהול ההליך עצמו. מגמה זו נראית בשופטים שמומחיותם היא ניהולית ולא מהותית. (מהו האידיאל השיפוטי?)
מצריך תמריצים מיוחדים כמו עדכון שופטים לגבי תיקים המנוהלים זמן רב מדי, והשאלה היא איזה סוג כישורים רוצים להנחיל לשופטים: ניהוליים או מהותיים.

- **תק' 143 ישנה** - סמכויות בקדם משפט (**תק' חדשות 163**). **143(10)** - להורות כל הוראה שניתן לפשט בה את הדיון או להקל עליו.
- **תק' 144 ישנה** - ביהמ"ש רשאי להחליט בקד"מ "ללא צורך בבקשת בעל דין" - הסדר אינקוויזטורי מובהק.
- אין מניעה ששופטת הקד"מ תדון במשפט גופו. מעורר בעיות עלות/תועלת - ביהמ"ש עשוי להיחשף לשיקולים שלא אמורים להיות חלק מהעמדות של המשפט עצמו במידה והוא יתקיים (חשיפת עמדות). גם שאלות קבילות ריאיון מתעוררות ← ביהמ"ש יכול לקבוע שראיה מסוימת אינה קבילה אך לדון בתיק כבר לאחר שנחשף אליה.
- ההצדקה למרות זאת היא הייעול - ישנו איזון, הכנסת שופט חדש יעלה יותר.
- **תק' 149**: תוצאות הקד"מ: "השתק פלוגתא פנימי", "השתק עילה פנימי". במידה ולא העלו עילה קודם לא יוכלו לעורר אותה אחר כך.
- **תק' חדשות 49** - רשימת בקשות - לפני קדם משפט, **נושא הבקשות**, המהווה חלק מניהול שלב זה. **תק' 61** - קיום ישיבות קדם משפט גם בהיוועדות חזותית.
- - **שלב זה מנוהל ע"י ביהמ"ש** (אקטיבי, מנהל את ההליך). ← **רשות ערעור** - כדי לערער על החלטות הניתנות ע"י ביהמ"ש בשלב הכנה זה יש להגיש בקשת רשות ערעור (בר"ע).

- **גילוי מוקדם** - שלב האינטראקציה בין הצדדים לבין עצמם המוסדר ע"י הדין.
- **תקנות חדשות** - הליך **הדיון המקדמי** המתקיים לאחר שלב כתבי הטענות ובמקביל לשלב הגילוי המוקדם המאפשר שיחה בין הצדדים לגבי פשרה.
- - **שלב זה מנוהל ע"י הצדדים**.
- חובה כללית על בעלי הדין לחשוף זה לזה בתצהיר את המסמכים שברשותם (גילוי ועיון) ולהשיב לשאלות (שאלונים).
- סתירה מובהקת להגיון האדברסרי: שיתוף פעולה, מניעת הפתעות - כיוון שסותר את הביסוס על היריבות בין הצדדים וניצול גישת כל אחד מהצדדים לידע חסוי. לעומת זאת, הגילוי המוקדם מצפה מבעלי הדין לשתף פעולה לגבי חשיפת מידע לפני שמגיעים לשלב המשפט.
- כניסה להליך ← אובדן השליטה והפרטיות. המשפט גורם לאבד זכויות חוקתיות רבות (כמו תאגידים החייבים לחשוף מידע חסוי שלהם ליריב). קל יותר לתובעת, כיוון שהיא בחרה להיכנס להליך - בשונה מהנתבעת (שהיא נגררת).
- לא אחת השלב היקר והמורכב בהליך כולו: (העלויות הנובעות מפגיעה בפרטיות כמו כאלה הנובעות כתוצאה מחשיפה של מידע פרטי, יש לאתר מסמכים והעברתם לצד שכנגד היא בעייתית)
- שלב הכנה או משחק אסטרטגי? העלות השקועה בהליך+מצבים שבהם הגילוי המוקדם הוא ההישג העיקרי והיחיד שבעל הדין מנסה לחלץ, וכך הוא יכול להפעיל לחץ על הצד האחר שיגלה את המידע שלו ← דבר שיוביל לפשרה, יוצר סיכונים.
- לעתים: תכלית ההליך?
- שיקולי מדיניות:
- **חסכון בעלויות** המשפט (צמצום יריעת המחלוקת, מניעת הפתעות).
- מנגד - סרבול ועלויות גבוהות בשלב מוקדם בהליך.

- **עידוד פשרות** - צמצום פערים בהערכת התוחלות. בעלי הדין יבינו שלא משתלם להם ההליך או יעדיפו שלא לגלות מידע, וכך יתומצו לפשרה.
- **הגינות דיונית** (קלפים פתוחים)
 - **מנגד**: יכולה לשמש כהזמנה למניפולציות (העמסה, הסתרה, תביעה לשם גילוי)
 - **וכן**: היפוך בפועל של כלל "המוציא מחברו"
 - פס"ד אלעד נ' עיר עמים 2012** - תביעת לשון הרע. שימוש בהגנת "אמת דיברתי", פרסום נכון שנטען כדיבתי אך הוא אמיתי. עיר עמים הפנתה לאלעד שאלון שיאפשר להם להיחלץ באמצעות טענה זו.
- **סיוע בחשיפת האמת** - מניעת טעויות בהיגדים של בעלי הדין וכך גם בתוצאה השיפוטית.
 - **מנגד**: הזמנה לשיבוש - עשוי לעזור לצדדים לשקר, דוג' - מבוטח תובע את חברת הביטוח על כך שלא שילמה לו את מלוא הפיצויים ובמסגרת הגילוי המוקדם מבקש שהחברה תמציא לו את דו"ח המעקב שנעשה עליו באמצעות חוקר פרטי כדי לבדוק שהם לא תובעים לחינם. חברת הביטוח טענה שהדבר יאפשר לו לשבש ריאיונות, ואז ישנו חריג - במצבים אלה הגילוי לא יבוצע.
- **איזון פערי כוחות** (ידע) - הרציונל החלוקתי. ישנן קטגוריות תביעות שבהן אחד הצדדים הוא בעל גישה טובה למידע רלוונטי והאחר נעדר גישה זו (כמו תהליכי ייצור) - והגילוי המוקדם משווה את פערי הכוח בין הצדדים ומאפשר הליך שוויוני יותר.
 - **אך**: הזמנה למניפולציות. בעל הגישה ינצל את גישתו למידע רב כדי להגיע למידע הרלוונטי. ביהמ"ש מטיל רגולציה על התנהגות הצדדים כדי לוודא שרק התכליות החיוביות יושגו.
- **תמריצים אקס אנטה**:
 - תמריצים להתנהגות מחוץ לביהמ"ש
 - ניהול מידע ← השמדת ראיות? מנהל פעילות עסקית היוצרת סיכונים וייתכן שתוביל לליטיגציה נגדית שבה כנראה נצטרך לספק מידע על הפעילות, יעדיף לנהל את המידע שלו באופן אקס אנטה (תמים יותר לכאורה, דוג' - יחליטו שמדיניות החזקת הניירת היא שהיא נעלמת לאחר חצי שנה).
 - דומה ל**נזק ראייתי** (מטיל עלות בתחום המהותי, האחריותי - על גורמים המקשים על תובעים להוכיח את תביעותיהם).
 - ביצוע תחקירים פנימיים - מחליטים החלטות מראש לגבי איך לנהל את הסכסוך כך שהגילוי המוקדם לא יפגע בנו.
 - רע"א הדסה נ' גלעד 1995** - שאלת ההתנהגות של מוסדות לאחר שנגרם נזק כלשהו אך לפני שיש ליטיגציה (תחקירים פנימיים). הבעייתיות היא כאשר יבקשו את דו"חות התחקירים הפנימיים, דבר העלול לחשוף סודות לא רצויים בפני התובעים או גורמים חיצוניים. העליון דוחה את הטענה וקובע שמתוך תו"ל של המוסדות עליהם לשתף את הדו"חות.
 - הכנה להליך - תכלית מוגנת שעבורה יוצרים חיסיון:
 - מו"מ לפשרה - תכלית מוגנת שעבורה יוצרים חיסיון:
- פס"ד דיסקונט נ' שירי 2006** - בגילוי מוקדם מתבקשים מסמכים שהצד שכנגד הכין כהכנה להליך עצמו (כמו ניירות אסטרטגיה, הערכות סיכונים). מסמכים אלה רלוונטיים לכאורה אך הם טוענים להפרה של המוכנות להליך, וכך צדדים יימנעו מהכנת המסמכים ← ההליך המשפטי ייפגע. העליון קבע שיש חיסיון וטען כי מסמכי הכנה להליך שוהים תחת חיסיון עקב חשיבות הניהול התקין של ההליך המשפטי.
- **ההליך**:
 - מופיע **בתק' 102-122 (66-65, 170) ישנות**, **חדשות 56-60**
 - הודיות, שאלונים (רשימה של שאלות המועברת לבעל הדין שכנגד, מופיע בתק' החדשות), גילוי מסמכים ועיון בהם (לב ההליך, ניתן לשאול את בעל הדין האם יש לו מסמך ספציפי)

מסמכי הכנה להליכים משפטיים
חסינות

- ההליך הנוכחי מבוסס על אינטראקציה יזומה בה צד אחד מבקש מסמכים מהצד השני. פניה יזומה של צד א לצד ב ← חובת גילוי בתצהיר.
- מסמכים: פירוט המסמכים (כללי/ספציפי), והתרת עיון. שתי חלופות אלה עוזרות לצד אחד או לשני (כיוון שגם הצפה בחומר לא מועילה לעתים, אך מצד שני היא גם מועילה מאוד). לכן יבחרו לבקש באופן ממוקד או כללי בהתאם לצורך, תלוי אם מחפשים דבר ספציפי או כללי. אופן ניסוח הבקשה של המסמכים משתנה בהתאם.
- **תק' חדשה 57-** אם בתקנות הישנות צריך להפנות בקשת גילוי, תקנה חדשה זו קובעת חובה אוטומטית לספק לצד שכנגד תצהיר גילוי בנוגע למסמכים הרלוונטיים שברשותם (יחליפו בעלי הדיון).
- אי גילוי-
 - מלא- קבלת שאלון ואי החזרתו או אי העברת תצהיר גילוי מסמכים
 - תקין- אי מענה בצורה בהירה לשאלות או העברה רק של חלק מהחומרים
- ← במצבים אלה פונים לביהמ"ש לאכיפה בשלב הקדם (ברשימת הבקשות מצרפים גם בקשה זו) ← צו גילוי/סנקציות.
- שיקו"ד רחב לביהמ"ש- כולל הסמכות לעיין במסמך שגילוי מבוקש (!) ביהמ"ש יכול לעיין במסמך חסוי כדי להחליט האם דיני הגילוי המוקדם מאפשרים העברה שלהם או שהם בעלי חסינות מסוימת/לא קבילים.
- מתי יינתן צו גילוי?
- מבחן הרלוונטיות+ כדי לאפשר דיון הוגן או כדי לחסוך הוצאות (**תק' 120ב**). בודקים לפי גדר המחלוקת בשלב המקדמי בו עדיין לא יודעים יותר מדי ולכן ביהמ"ש מגבש הבנה (האם סוג המידע המבוקש בגילוי יכול לשפוך אור- למשל באמצעות הסעדים המבוקשים, כתבי הטענות וכו').
- **תק' חדשה 60א-** הליכי גילוי ועיון נאותים מהווים תנאי בסיסי לקיומו של הליך שיפוטי ראוי והוגן.
- מספר דוקטרינות המנוסחות בנושא:
 - לא לצאת ל"מסעות דיג"- ניסוח כתב תביעה כללי ולקוות שבכלליות נוכל למצוא ראייות שיעזרו לנו בתביעה.
 - לא לאפשר שיבוש- פגיעה ברורה בדיון ההוגן, למשל התניה של קבלת מידע מפליל אצל הצד שכנגד במתן עדות קודם בהתאם למידע הקיים
 - לא להכביד על המגלה בהפקת המסמכים- משיקולי הוגנות+הוצאות. עקרון עמום המתעורר במצבים שבהם במסגרת שלב גילוי המסמכים אחד הצדדים הודיע שיש לו מידע מסוים והצד שכנגד מבקש ממנו לאתר מידע מאוד ספציפי מתוך המידע הזה (למשל צד א מודיע שיש לו ארגז חשבוניות וצד ב מבקש ממנו לעבור אחת אחת ולהוציא רק את הקבלות מימי שבת).
 - לא לפגוע בזכויות (תובע/נתבע/צד שלישי)- פעמים רבות בקשת מידע הנוגע לצד אחד עלול לחשוף מידע של צד שלישי (למשל כשמבקשים מידע לגבי שכר של עובד אחד שכרם של העובדים האחרים עלול להיחשף).
 - לא להפר חסינות (חקוקים/פסקים)- דיני החסינות. ראייה שיש עליה חיסיון מכוח דיני הריאות לא תצטרך להתגלות מכוח גילוי מוקדם (לא מוחלט כיוון שלעתים כן יחייבו את הגילוי שלה). יש להשתמש בחסינות באופן אסטרטגי.
- הפרת חובת גילוי ← סנקציות:
 - הוצאות
 - איסור על הגשת ראייה שהוסתרה- במצבים שהוסתרה כדי להפתיע איתה
 - מחיקת כתב הטענות (!)
- אם כתב ההגנה נמחק לנתבע- יש פס"ד בהיעדר הגנה
- אם כתב ההגנה נמחק לתובע- לא מקימה מעשי ב"ד ולכן ניתן לחזור ולהגישה שוב

פס"ד פלונית נ' ביה"ד הארצי 2019- עד כמה (והאם) ראוי לעשות הבחנה בין תובעים ונתבעים בשלב הגילוי המוקדם? התובע הוא הבוחר לגשת לתביעה ולכן יודע שהוא חשוף לגילוי מוקדם, בשונה מהנתבע עלות ← שנגרר לתביעה שלא מרצונו. מוסרית בחשיפת הנתבע לעומת התובע.

הרוב (עמית, מינץ)- מקבילית: רלוונטיות ↔ חיסיון

המיעוט (שטיין): "תבעת-גילית" + חריגים (די בכך שבחרת לתבוע בכך שעל הצד לקחת בחשבון שהוא חשוף, אך הנתבע זכאי להגנות מוגברות).

נקבע כי חל חיסיון מטפל מטופל בשאלת החלת החיסיון במצב זה (שברגע שאדם תובע על נזקיו הנפשיים צריך להוציא את הרישומים הרפואיים).

- גילוי מוקדם- העתיד:
 - E-discovery: גילוי אלקטרוני מאפשר:
 - העברה של יותר חומרים באמצעות מדיה דיגיטלית
 - מצד אחד: כמויות עצומות
 - מצד שני: יכולות מתקדמות לניתוח ועיבוד (מהפכת ה"ביג דאטא"- גם אצלנו). טכנולוגיה "קוראת" בשבילנו ומאתרת מידע רלוונטי.
 - הקמת מערך הדאטה המשפטי בבר אילן

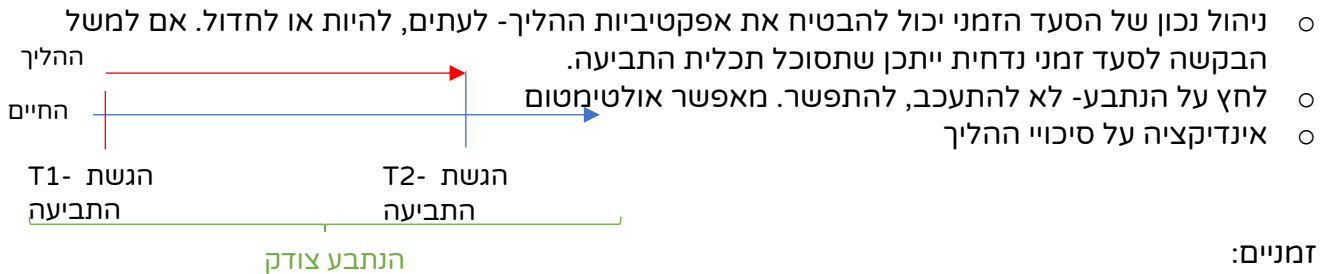
סעדים זמניים

- כלי ההתמודדות עם העובדה שליטיגציה לוקחת זמן.
 - מרגע הגשת התובענה ישנם שני תהליכים:
 - מצב היחסים הממשי משתנה (המציאות משתנה)
 - מצב היחסים המשפטי לא משתנה
 - העולם ממשיך לסוב על צירו
 - סיום הליטיגציה: התלכדות מחדש של שני צירי היחסים
 - הפיצול מעורר 2 קשיים לגבי החשש שנוצר אצל תובעים בין t_1 ל- t_2 שהם:
 - חשש התובע 1 - מניפולציות מצד הנתבע שימנעו הגנה לקו הסיום ע"י:
 - שיבוש ריאיונות - "סעד זמני" - מוגדר כסעד שניתן להבטחת קיומו התקין של ההליך או ביצועו היעיל של פסה"ד
 - מניעת קיומו של פסה"ד (אם ייפסק) כמו פשיטת רגל, ניהול רשלני של החברה, הפסקת השקיה של הפרדס כך שבמידה והתובע יקבל את הסעד הדרוש לו הוא יקבל אותו במצב לא טוב
 - חשש התובע 2 - שינוי במציאות שיסכל את תכלית ההליך - לעתים הליכים לוקחים זמן ובו מטרת ההליך יכולה להיות מסוכלת ללא קשר לפעולות הנתבע. דוג - הליך דחוף באופיו שהניהול המלא שלו ייקח זמן ידרוש סעד זמני. אך לעתים תובעים ישתמשו בסעד הזמני כדי לחלץ תוצאה שהם צריכים עכשיו מאשר שיחכו זמן עד שיקבלו אותה. דוג:
- בג"ץ עיריית אדרי עו"ד נ' שר המשפטים - 2740/20.** פרשת הפסלות של השופט מזוז בעליון. תיק שבו אחד הצדדים היה השר אוחנה (שר המשפטים לשעבר), אוחנה ביקש ממזוז לפסול עצמו כיוון שלפני כמה חודשים בכנס מזוז אמר ש"שר לעומתי במע' המשפט אינו רצוי" - והטענה הייתה לניגוד עניינים כיוון שהוא למעשה התנגד לשר אוחנה ולכן לא יכול לשפוט בעניינו. בהליך אזרחי (עתירה לבג"ץ) **צו ביניים** מהווה סעד זמני, שמטרתו לקבל סעד מידי ברגע הגשת העתירה שיקפיא את הפעולה המדינתית ולא יאפשר לה לבצע פעולה שתסכל את מתן הפס"ד הסופי אם וכאשר העתירה תתקבל. צו ביניים מוגש ביום העתירה ונידונה באופן ראשוני ע"י השופט התורן, כאשר היא יכולה לעבור אח"כ גם לדיון המותב. הזמן שניתן לתשובת המדינה הוא שבועיים, המתקרבים לחילופי השרים (נטען שהדבר קרה למניעת מינויו של דן אלדד לפרקליט המדינה ע"י אוחנה עד שהשרים יתחלפו ואוחנה יפסיק לכהן). ← אוחנה מגיש בקשה לפסילת מזוז ← הבקשה נדחת ← אוחנה מגיש ערעור פסלות לנשיאת העליון חיות נ' מזוז (בשג"ץ שר המשפטים נ' מזוז) ← חיות מאריכה עד ה-15.5 ← המשיבים מבקשים הארכת מועד וחיות מאריכה ← בכל תקופה זו צו הביניים עומד בתוקפו ולא מאפשר את מינויו של אלדד ← ב-17.5 ניסנקורן החליף את אוחנה ← יום לאחר מכן העתירה נמחקה. המטרה האסטרטגית הייתה להעביר זמן. ← המטרה העיקרית של העתירה ושל הסעד הזמני הייתה למנוע את מינויו של אלדד עד חילופי השרים.
- פס"ד רות קוליאן נ' יתדות** - מקימת מפלגת הנשים החרדיות לפני חמש שנים שניסתה להתמודד בבחירות לכנסת. היה סכסוך נמשך בין המפלגה לתקשורת החרדית, כיוון שכשרצתה לפרסם מודעת בחירות בעיתון חרדי - נתקלה בסירוב ← הגישה תביעה באמצעות מרכז רקמן ע"ג חוק אפליה במוסדות ציבור (חוק הפאבים). המחוזי נתן סעד זמני (עד שתוכרע התביעה העיקרית - הוראת פרסום בעיתון). הסעד בעייתי כיוון שאם יינתן הסעד הזמני המבוקש, התביעה תסתיים וכך אין צורך בה. לכן מטרתה האסטרטגית בעתירה לא הייתה העתירה עצמה, אלא סעד זמני בלבד שיאפשר פרסום מידי.
- עיתון יתדות הגישו בר"ע לעליון - שבה נטען שההחלטה ניתנה ביום שישי ערב כניסת השבת והבר"ע הוגש בראשון, כאשר הבחירות בשלישי. ניתנה הוראה לקוליאן להגיב בתוך 3 שעות ← לחץ הזמנים נובע

מרשמה של קוליאן שהתרשלה בזמני הגשת התביעה באופן מאוחר. נטל ההוכחה הוא על התובע, "המוציא מחברו עליו הראיה" ולכן לא סיפקה בזמן. עדיין לא נמנעה ממנה האפשרות לתבוע שוב.

המתח הנורמטיבי: איזון בתנאי אי ודאות בין תכליות/זכויות משמעותיות: בין אינטרס התובעת בהליך אפקטיבי (גישה לערכאות) וזכותה השרירה של הנתבעת (קניין, חירות). הזכות להגיש תביעה היא בין העליונות, בעוד שהעובדה שהוגשה אינה שוללת את זכויות הנתבעת. האיזון מורכב:

- המוציא מחברו עליו הראיה
- מתבקש ניתוח מידתיות
- האיזון מגולם הן בהליך והן בתנאים (לרוב בתחילת ההליך שבו יש רק כתבי טענות ובקשה לסעד זמני)
- הזדמנות אסטרטגית קריטית לתובעת:



סוגי סעדים זמניים:

- עיקול זמני - כסף/נכס. **תק' 374-382 ישנות**, **תק' חדשות 102-108**. עיקול יכול להיות ממוען לגורם שלישי שיצטרך לאכוף מול הנתבע, כמו בנק. עיקול על נכס מקרקעין מתבצע באמצעות הערת אזהרה.
- צו מניעה זמני/צו עשה זמני - **תק' חדשות 109-110**. מורים לנתבע לא לבצע פעולות שישנו את המצב באופן שיסכל את אפשרות קבלת פסה"ד או מימו שההליך במידה והדבר יגיע, או כן לבצע פעולות מסוימות. דוג' - חשש מהעברת כספים לחו"ל יביא לצו מניעה שיאסור על העברה לחו"ל. לעתים נעדיף עיקול במקרים כאלה כיוון שהדבר יהיה אפקטיבי, או חובת פרסום.
- בעיית ההתלכדות עם הסעד הסופי - יתדות נ' קוליאן; שדולת הנשים נ' מדינת ישראל - קורסים ייעודיים של המשטרה הפרידו נשים וגברים כיוון שרצו לשלב גם חרדים. המחלוקת בין ערכאת הדיון וערכאת הערעור מביאה להתלכדות, כיוון שלדוג' עצם הקורס מהווה סטיה מהסטטוס קוו. מצד אחד ניתן להגיד שהסטטוס קוו דורש הקפאת מצב כיוון שהוא מאפשר לנשים וגברים יחדיו, מצד שני ניתן לטעון שהסטטוס קוו הוא הפרדה. זהו **סעד זמני** אקטיביסטי כיוון שהוא לא רק מתלכד עם **הסעד המבוקש** אלא אף גובר עליו. המקרה הסתיים בפשרה.
- עיכוב יציאה מהארץ - **תק' 384-387**, **תק' חדשות 124-128**. נתבע דרוש גופו. לעתים האדם דרוש פיזית במדינה לצורך ביצוע מטרת התביעה.
- כינוס נכסים זמני - **תק' 387-392**, **תק' חדשות 111-122**. סיטואציות שבהן יש חשש שבמהלך ניהול ההליך הנתבע יבצע פעולה כלשהי בנושא המחלוקת באופן שיפגע במחלוקת או בשווי שלו, ולכן רוצים להוציא את הנכס מניהולו.
- תפיסת נכסים ("אנטון פילר") - **תק' 387**, **תק' חדשה 123**. כאשר יש חשש שהנתבע יעלים נכס כלשהו הדרוש לבירור התביעה (בעיקר בירור ריאיות). מאפשר גם כניסה לחצרים כדי להביא משהו לשמירה בקופת ביהמ"ש.
- הגבלת שימוש בנכס ("מרווה") - **תק' 383**. עיקול פיזי האוסר על בעל הדין לבצע פעולה כלשהי בנכס. הפרה של צו זה תהיה פלילית. דוג' - הנתבע זקוק לסירה לצורך פרנסתו אך מונע ממנו להשתמש בה לצורך חופשות (הגבלת אופן השימוש). השוני מהערת אזהרה הוא שכאן ניתן להגביל חלקית את השימוש בנכס.

סעדים זמניים: המסגרת הנורמטיבית -

- ס' 8 לחו"י: כבוא - מכיוון שסעדים זמניים פוגעים בזכויות היסוד, עליהם לעמוד בתנאים של הפגיעה השלטונית בזכויות לפי תוכן סעיף זה. אחד התנאים של פסקת ההגבלה היא שפגיעה בזכות תהיה מכוח הסמכה מפורשת בחוק ולכן יש למצוא עוגן בחקיקה ראשית לצורך הפעלה של הסעד הזמני.
- ס' 75 לחוק בתימ"ש - סמכות כללית לתת סעד. הוראה מפורשת בחקיקה ראשית הקובעת סמכות זו.
- **תק' 373-360** - **תק' חדשות 94-101**. ההליך לקבלת סעד זמני (הסדר כללי) הקובע את ההליך באמצעותו ניתן לקבל כל סעד זמני.
- **תק' 374-392** - **תק' חדשות 102-128**. הסדרים ספציפיים לחלק מהסעדים הזמניים.

2 שלבים לקבלת סעדים זמניים:

- הוכחת התנאים (המהותיים) לקבלת סעד זמני- **תק' 362א**, **תק' חדשות 195ב**. שני תנאים הכרחיים לצורך הכניסה לשדה הסעדים הזמניים:
 - קיומה של **עילת תביעה** ע"ב ראיות מהימנות לכאורה- יש לשכנע את ביהמ"ש בשלב המוקדם על בסיס המוצג עד עכשיו שלתביעה יש סיכוי כלשהו להצלחה. שכנוע ברמה גבוהה יותר של שכנוע מאשר בשלב הסף של כתב תביעה שאינו מגלה עילה. כלומר פרוצדורלית כבר חייבים להתחיל להביא ראיות ראשוניות בשלב מקדמי זה. גם בתובענה ייצוגית.
 - אי מתן הסעד הזמני **יכביד** על ניהול ההליך או קיום פסה"ד- תכלית המנגנון. צריך להראות שסעד זמני נחוץ ועלול להיווצר סיכון שההליך לא ינוהל כראוי במידה ולא יינתן. בדיקה פונקציונלית צריכה לבדוק אם יש חשש מוחשי לכך (כמו כרטיס טיסה שמראה שהאדם עומד לברוח מהארץ, ריקון חשבון הבנק או משפחה בחו"ל).
 - **הבאת השיקולים**- **תק' 362ב**, **תק' חדשות 195ד**. שני סוגי שיקולים:
 - **מאזן הנוחות**- הנזק לתובע מאי מתן הסעד הזמני לעומת הנזק לנתבע מתתו. שאלת האיזון בין הנזק שהתובע גורם לבין דרישתו. דוג'- פגיעה בפעילות עסקית של בעל דין, או סוג הזכות הנפגעת (כמו עיקול דירה בבעלות להשקעה לעומת עיקול דירת מגורים- המטילה סיכון גבוה יותר). דומה למבחן המידתיות השלישי (פגיעתו פחותה). לתוך התקנה החדשה מנוסחים 3 מבחני המידתיות.
 - + נזקים לצד שלישי כתוצאה מהסעד הזמני (תק' חדשות: "ולעניין ציבורי", לקיחה בחשבון גם של האינטרסים של המערכת), ולא מרוכז רק בנזקים בין צד א וצד ב.
 - תו"ל, צודק וראוי, מידתיות- מושגי שסתום אמנם, אך מי שדורש לפגוע בזכות שרירה של הצד שכנגד צריך לבוא באופן תם לב, צודק ומידתי שיראה על הליך ראוי. דוג'- השיהוי בעניין קוליאן.
- סעדים זמניים: ההליך-
- בקשה **בתצהיר**- ביסוס לכאורה של עילת התביעה, הוכחת התקיימות התנאים. יש להביא ראיות לשני השלבים לעיל
 - **המועד** להגשת בקשה לסעד זמני: בכל שלב, בד"כ בצמוד לכתב התביעה (כדי למנוע בפתאומיות ובמיידיות מהנתבע לעשות פעולה כלשהי מרגע שהוא מודע שהוא חשוף לתביעה). אך מותר גם עד שבוע לפני.
 - בנסיבות מסוימות, אפשרית **בקשה במעמד צד אחד**- (אקס פרטה). פעמים רבות אף כברירת מחדל. מקימה זכות אוטומטית לעיון חוזר במעמד שני הצדדים (זכות טיעון). מתאפשר מטעמים של יעילות כיוון שלא תהיה הברחה.
 - חובה על המבקש להפקיד **בטוחות**: מנגנון האיזון המרכזי בין הסיכונים שהסעד הזמני יוצר, ומפנימות את הסיכון אצל בעד הדין מבקש הסעד הזמני. הדין לא לוקח אחריות מלאה על הפגיעה בנתבע ולכן רוצה לחלוק אותה אצל מי שביקש את הסעד הזמני (התובע פוגע בנתבע). אמנם מצמצם את הגישה לערכאות אך אוכף. התק' מבחינות בין 3 סוגי בטוחות:
 - **התחייבות עצמית**- מסמך מילולי להבטחת כל נזקי הנתבע ← בטוחה חלשה (כיוון שהחיסרון לנתבע הוא שיש לבצע פעולת אכיפה בביהמ"ש, ובמידה ואדם התחייב כאשר אין לו יכולת לשלם- הבטוחה חלשה כיוון שאינו עוגן חפצי, אין מהיכן לשלם), גביה קלה (מעין הפרת חוזה המחייבת תשלום כיוון שהתחייבות חוזית מייצרת אחריות מוחלטת, דבר הפותח עילה להפרת חוזה ולתשלום).
 - **ערבות**- בטוחה קצובה מצד שלישי. דוג'- ערבות מבנק בטוחה כיוון שלבנקים תמיד יהיה כסף לתשלום ערבויות.
 - **ערבון (חריג)**- בטוחה קצובה חפצית (מזומן) ← בטוחה חזקה, גביה קשה (התרשלות). מפקידים כסף בקופת ביהמ"ש. מוגבלת בסכום וקשה לממש אותה, כדי לבצעה צריך להראות שהבקשה לסעד זמני הייתה לא ראויה.
 - אם מתברר בדיעבד שהסעד הזמני לא היה ראוי:
 - חילוט הבטוחות במסגרת ההליך (אם הבטוחה היא עירבון)
 - תביעה עצמאית לפי הבטוחות- הגשת תביעה במידה והבטוחה היא לא עירבון בהכרח
 - אפשרית תביעה נזיקית- רשלנית. פס"ד סחר ושירותי ים נ' חברת שלום וינשטין- תובע שניצח ישלם, עיקול מופרז. התביעה הייתה תביעת אמת והתובע הפסיד. טען שלמרות שהפסיד, הסעד הזמני שהוטל

גם בתק'
החדשות

עליו היה לא ראוי. מלאי הוחזק במחסן והתובע ביקש סעד זמני שיקפיא את שכירות כל המלאי. לאחר בירור התביעה התובע זכה אך התברר שזכותו היא רק לחלק מהמלאי, ובתביעת הנזיקין התברר שהתובע יכול היה לבדוק מקדמית ולדעת את היקף הזכות האמיתית מראש. במידה ולא היה מתרשל, היה מבקש סעד זמני בהיקף מוגבל ולא פוגע כלכלית משמעותית בנתבע.

▪ המסר: **יזהר המבקש**. הסרת אחריות מביהמ"ש?

במידה והתיק עבר שלבים אלה ← הוא כשיר לעבור לשלב הבא:

• המשפט עצמו:

- **הבאת ראיות** - מוסדרים ע"י דיני הראיות (כולל עדים, תצהיר, חקירה נגדית וכו').
- **שלב זה מנוהל ע"י הצדדים** (שיטה אדברסרית, ביהמ"ש לא אמור ליזום גביה של ראיה כלשהי).
- **סיכומים** - מוסדרים ע"י הדין המהותי (בקיאות בהלכות, בחקיקה ובאופן שבו הם תומכים בקבלת סעדים). בקורלציה לכתבי הטענות. הצדדים כותבים לביהמ"ש את מכלול טיעוניהם לאור התרחשות המשפט עד עכשיו. לראשונה בעלי הדין מציגים את טיעוניהם במפורש.
- **שלב זה מנוהל ע"י הצדדים**.
- **פסק דין** - ע"י ביהמ"ש.
- **שלב זה מנוהל ע"י ביהמ"ש**. ← **ערעור בזכות** - בשלב זה ניתן לערער מבלי לבקש רשות כמו בשלב קדם המשפט.

העיסוק הוא בעיקר בשלב ההכנה למשפט, ורוב הכללים עוסקים בו בשונה מהמשפט עצמו.

הליכים מיוחדים

1. הליכים מרובי משתתפים - בעיקר תובענות ייצוגיות.

- **ריבוי בעלי דין - רקע:** 3 תהליכים מרכזיים שהביאו לעולם ריבוי בעלי הדין -
 - המציאות הכלכלית, החברתית, הטכנולוגית משתנה ← ומביאה ליותר מערכות יחסים ויותר אינטראקציות מרובות משתתפים. אמצעי הייצור והתקשורת מאפשרים להזיק או לחשוף קבוצות גדולות יותר של אנשים לסיכונים מבעבר, וכך נכנסים למע' יחסים לא רצוניות מרובות משתתפים לא רק חוזיות, אלא גם לא רצוניות (דוג' - רשתות חברתיות). ככל שהפרטים מעורבים ביותר מע' יחסים מרובות משתתפים כאלה, יהיו יותר מחלוקות.
 - העומס על בתיהמ"ש גדל ← ישנו מאמץ לרכז הליכים דומים. ככל שמורגש שהמשאבים מתקשים להכיל את כמות הביקוש לשיפוט באופן שיספק שיפוט איכותי, מהיר ואפקטיבי - כך ישנו דחף מוסדי/מערכתי לרכז ככל הניתן הליכים דומים (ולכן צריכה לייצר אמצעים להכלה של הליכים מרובי משתתפים בעלי זיקה ביניהם, ומעדיפים לרכז הליכים מאשר ליצור ביזור).
 - הרחבת זכות הגישה לערכאות ← נותן מקום ליותר שחקנים בהליך.

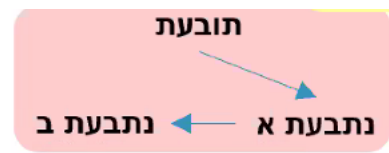
• מנגנונים:

- צירוף בעלי דין - **תק' 21-27**, **תק' חדשה 26**, צירוף נתבעים.
- |מעשה אחד או עסקה אחת או סדרה אחת של מעשים או עסקאות... שאלה משותפת, משפטית או עובדתית". מבחן רלוונטיות כללי, במידה והסיפור הוא אותו אחד אפשר לצרף כמה אנשים. דוג' - בסיס לתביעה של כמה שכנים את הקבלן על נזק בצביעה.
- **תק' 24**: צירוף בעל דין דרוש: "להכריע ביעילות ובשלמות בכל השאלות". ביהמ"ש עצמו יכול לקבוע שיטתו בעל דין שדרוש להיתבע בהליך, ויכול להורות לצרפו להליך כראוי.
- הודעה לצד שלישי - **תק' 216-223**, **תק' חדשות 22-23**. מעין כתב תביעה הנכנס לפעולה רק אם צד ג' ייכנס להליך מול התובע.

- נתבע הטוען שזכאי לשיפוי, השתתפות או סעד הנובעים מהתובענה או כרוכים בה. טוען שאם ייקבע שהוא אחראי ויצטרך לשלם לתובע, ישנו צד ג' שחייב לו ולכן צריך להשתתף איתו במתן הסעד. דוג' - נתבע שיש לו ביטוח, לתובע אין עילה ישירה נגד המבטח אלא נגד המזיק, והמזיק טוען שאם יהיה



- חייב- יהיה זכאי לשיפוי מחברת הביטוח שלו. מאפשרים לצד ג' להציג הגנות, לחקור ולהשתתף כצד רגיל- כדי להוכיח שהוא לא חייב לנתבע. מאפשר גם לצמצם סיכונים לצד ג' שלא יהיה חשוף מול הנתבע.
- צד שלישי- נתבע על תנאי, צד להליך כולו. בעל זכויות דיוניות להליך, מעין נתבע עם כוכבית.
- ניתן לשלוח הודעות צד ג' לצדדים בהליך, וגם לצד ד'- לעתים ישנן מערכות יחסים שבהן לנתבעים ולתובעים יהיו טענות בינם לבין עצמם;



תובענה ייצוגית:

- הנסיבות הפרדיגמטיות:
 - נתבעת אחת
 - תובעות רבות- לעתים גם לא מזוהות
 - שווי נמוך- לכל תביעה אישית. השווי של כל אחת מהתובעות כלפי הנתבעת הוא נמוך.
- צירוף נסיבות אלה מביא לתוצאה ← אין תביעה! לכאורה יש הרבה עילות ברות תביעה, אך במודל של תביעה פרטית- לא תהיה תביעה בעילה זו משתי סיבות:
 - היעדר תמריץ פרטי לתבוע- בחישוב התוחלות אם יש שווי נמוך מאוד, גם בתביעות קטנות לא ישתלם לנהל
 - בעיית פעולה משותפת- מעוררת עלויות זיהוי; עלויות תיאום (תקשורת, החלטה ואכיפה). הקבוצות ענקיות ובלתי מזוהות, ולכן תיאום זיהוי של כולם באופן פרטי יקר מאוד (מוסיף לעלויות ניהול התביעה) וקשה.
- הבעיות בהיעדר תביעות:
 - פגיעה לא מפוצה בזכויות מהותיות- לא רוצים שזכויות לא ימומשו בגלל שהשווי בתביעה נמוך בגלל קבוצה לא גדולה ולא מסוימת של תובעים.
 - פגיעה בגישה לערכאות- לא רק להגיש תביעה לביהמ"ש, אלא להגיש תביעה ולנהל אותה בהצלחה, המטרה היא לא להגיש תביעה ולנהל תביעה שנועדה לאי הצלחה.
 - חוסר שוויון חלוקתי- הנתבעים שיהיו להם תובעים רבים וחלשים יהיו חברות, תאגידים ונותני שירות גדולים (שחקן גדול הפועל מול שחקנים רבים וקטנים). מצב זה עשוי ליצור חסינות מתביעה דווקא לשחקנים הגדולים שיש להם משאבים רבים בשוק
 - פגיעה בהרתעה- נגד מעוולים גדולים שגורמים נזקים קטנים.
- בנסיבות בהן האכיפה המדינתית (פלילית/מנהלית) לא מספקת- משדרים מסר לחברות שהם יכולים להמשיך להפר מבלי להיות חשופים לאחריות אזרחית, ושכלל שיהיו פערים באכיפה המדינתית הם יהיו יותר חסינים מהחוק. ככל שיש פער באכיפה שלטונית ← כך מעוולים ותאגידים גדולים יהיו פטורים דווקא מאותם דינים שנועדו להגן על הניזוקים הפוטנציאליים הקטנים שלהם.
- פס"ד פרסקי 2015- הפרט כשותף במאמץ האכיפה המדינית.

חוק תובענות ייצוגיות:

- ס' 1- מטרת החוק לקבוע כללים אחידים לשיפור הגנה על זכויות מהותיות, לשפר את זכות הגישה, לאכוף את הדין, לתת סעד הולם ולעשות זאת באופן יעיל הוגן וממצה ככל האפשר, וכו'. (צמצום העלויות). כלומר החוק מכיר בתקלות לעיל ושואף לתת מענה לכל הבעיות הנ"ל.
- המודל הבסיסי שבאמצעותו החוק נותן פתרון לקשיים מורכב מ3 רכיבים:
 - ריכוז כל התביעות להליך אחד
 - איתור של תובע-נציג מייצג את כל התובעים (הבניה של מוסד הנציג)
 - קביעה מראש שפס"ד בהליך זה מחייב את כולם (נתבע ותובעים), הנתבע כבול כלפי כולם וגם התובעים מחויבים.
- ס' 24 לחוק הוא הבריא המעגן את ההליך- פס"ד בתובענה ייצוגית יהווה מעשה בית דין לגבי כל חברי הקבוצה.
- איזון מורכב בחוק תובענות ייצוגיות: מבחינת מיפוי האינטרסים, בניגוד להליך רגיל שבו יש 2 צדדים (תובע ונתבע), בהליך זה ישנם מספר צדדים שהאינטרסים שלהם עשויים להיות לא שקולים. כל אחד מהצדדים חשוף למערכת עלויות ותמריצים, שהתובענה הייצוגית מנסה לתת להם מענה:

חברי הקבוצה	התובע הנציג	הנתבע
מעשה ב"ד בלי יומם בביהמ"ש. לשם כך הדין יוצר מספר הגנות עיקריות.	ארגונים מצליחים לשמר את <u>נאמנות</u> העובדים שלהם לארגון, ולחיות הוגנים כלפיהם בשתי דרכים בולטות לפי הירשמן:	<u>חשיפה לסיכון חריג</u> - הנתבע בתובענה ייצוגית אינו רגיל, ונתפס כחשוק לסיכון חריג מאשר נתבע בתביעה רגילה, ולכן ראויים להגנה מוגברת גם בתביעה רגילה.
- <u>אישור תו"צ</u> - ס' 3,4,8. וידוא ייצוג ראוי. לפני ניהול התובענה צריך לקבל אישור מביהמ"ש לעשות זאת, ומטרתו הוא שנבצע כראוי את אינטרסי חברי הקבוצה כולה.	1. Exit- יש לאפשר להם את אפשרות היציאה מתוך ידיעה שיצירת אמון תשמר אותם 2. Voice נתינת אופציה להשפיע ולהשמיע את קולם בקבלת ההחלטות.	← עלויות הגנה גבוהות; בתביעה ייצוגית באופן חריג מכל תביעה בילטרלית רגילה. ← אחריות למעשים פטורים; בדין המהותי- de minimis, זוטי דברים- אין זכות לתביעה בנזיקין על זוטות, בעוד בתובענה ייצוגית יש.
- <u>יציאה opt out/כניסה opt in</u> - ס' 11, ברירת המחדל. ההנחה היא שכל האנשים שמנויים בקבוצת התובענה נמצאים בפנים, ואם מישהו לא רוצה- עליו להודיע אקטיבית שהוא אינו מעוניין. הליך יציאה מגדיל את חשיבות התובענה, כיוון שלאנשים יש נטיה להעדיף הישארות במצב שבו הם נמצאים ולהימנע מפעולה אקטיבית של יציאה מהמצב.	שתי בעיות הדדיות בנציגות: 1. <u>בעיית התמריץ לנציג</u> - פתרון בס' 27- <u>קרן מימון</u> <u>תו"צ</u> - הקמת קרן ממשלתית למימון תובענות ייצוגיות. בס' 22- <u>גמול לתובע</u> - הסדרים תמריציים מפורשים לאנשים, שמטרתם לעודד תובעים לקחת על עצמם את משימת הייצוג. זכאי לקבל נתח גדול יותר מתוך הקרן שנפסקה בתביעה. ייתכן שתביעה תסתיים בלי פס"ד אך התובע הנציג עדיין יהיה זכאי לגמול, ובמקרה זה הגמול של התובעים האחרים יקטן בהתאם.	← חשש מתביעות סחטניות; עצם האישור של התובענה הייצוגית מראה על סיכון של התאגיד לשלם סכום עצום ועשויה לגרום לנזק לחברה/לתאגיד. ← נטיה להתפשר מוקדם; מתוך החשש- עצם החשיפה לסיכון עלולה לגרום לנתבעים להעדיף פשרה גם אם היא לא הדרך הנכונה ביותר.
ס' 12- חריג, ביהמ"ש יכול לקבוע ברירת מחדל כהליך כניסה.	בס' 23- <u>שכ"ט לעו"ד</u> , במצבי הפסד משרד עוה"ד המתמחה בתביעות ייצוגיות ייקח על עצמו. בס' 2א(4)+3- <u>תביעת</u> <u>רשות/ארגון</u> - ניתן לנהל תובענה ייצוגית באמצעות רשות/ארגון מייצג העוסק בתובענות ייצוגיות (דוג'- רשות הגנת הצרכן, גופים להגנת הסביבה). לרשות צריכה להיות זיקה לנושא התביעה, ואז היא תשמש בתפקיד התובע הנציג. כלי חריג עדיין, כיוון שרוב התביעות מנוהלות במסלול הכלכלי יותר.	<u>אישור תו"צ</u> -מניעת ניצול לרעה- ס' 4+8. הגנה על נתבעים. <u>הגבלת עילות</u> - ס' 3. רשימה סגורה המגדירה את העילות לתובענה ייצוגית.
היתר השתתפות בדיונים- ס' 15. חבר בקבוצה יכול לבקש זכות לטעון תחת רגולציה של ביהמ"ש.	2. <u>בעיית הנציג</u> - יש לוודא שהנציג לא ינצל את כוחו	<u>הגנה על נתבעים "מיוחסים"</u> - החוק בוחר מספר נתבעים שהסיכון שנוצר להם ← ייצור גם סיכון לציבור כולו (דוג'- המדינה או רשות). 4 חסמים: ס' 3(א) <u>סיפא- פיקוח</u> . חסם. אי אפשר לתבוע על קושי רגולטורי, יעדיפו להגיש תביעת נזיקין על רשלנות למפקח על אותה רשות. 8(ב) <u>TBTF</u> , <u>to big to fail</u> , אם בימ"ש מתרשם שתובענה ייצוגית תביא להשבתה של שירות חיוני- התובענה לא תאושר. ס' 21- <u>חדילה</u> . אם הגוף מודיע שחדל, התביעה לא תאושר כיוון שמעדיפים את ערך

ההרתעה. בחדילה הרשות מודה שגבתה ביתר, ואז היא פטורה מהתובענה. אך במצבים שבהם היא מתגוננת- ניתן לתבוע רק שנתיים אחורה. ס'9- השבה. מקרה שבו הרשות לא הודתה ואז ניתן לתבוע רק שנתיים אחורה. ס'20- שיקו"ד רחב בקביעת הסעד. לצד מנגנוני ההגנה שפועלים מראש (אקס אנטה), זהו מנגנון בדיעבד (אקס פוסט), הנותן לביהמ"ש שיקו"ד רחב לגבי מתן הסעד ודרך חלוקתו במידה והוא מטיל סיכון על הנתבע שצריך לשאת בו.	על גבי הקבוצה. דוג'- הנתבע "יקנה" את הנציג ע"י תשלום סכום נמוך אליו וסיום התביעה. לכן מספר פתרונות: ס'17- חובת נאמנות כבשליחות- הנציג חייב בהצהרה בס' זה בחוזה. ס'8ג- פיקוח על הנציג, החלפתו- ביהמ"ש מפקח על התנהלות הנציג ואף יכול להורות על החלפתו במקרים מסוימים. ס'16- אישור הסתלקות. כאשר תובע רוצה לבטל את התביעה או נציג רוצה להסתלק ממעמדו כתובע מייצג. בד"כ אם תובע בהליך רגיל מודיע שרוצה לסגת מהתביעה, הנתבע לא יתנגד בד"כ וגם לא ביהמ"ש. ← בתובענה ייצוגית- הדין חשדן ביחס להסתלקויות/פשרות, כיוון שהחשש הוא שההסתלקות הושגה כעסקה מחוץ לביהמ"ש או מבטאת יתרון שניתן "מתחת לשולחן" לנציג כדי לסיים את התביעה באופן עדיף לנתבע. ס'18-19- אישור פשרה. שני הצדדים יחדיו מסכימים וולונטרית לפתור את הסכסוך מבלי לנהל ליטיגציה בביהמ"ש. המשפט האזרחי מעודד פשרות ← אך בתובענה ייצוגית- יש נטל מוגבר על צדדים לשכנע את ביהמ"ש שראוי לאפשר לתיק להסתיים בפשרה וללא בירור מלא של הטענות. כדי להסתלק/להתפשר בתביעה ייצוגית, נדרש אישור ביהמ"ש. כנ"ל בדומה להסתלקות מבחינת ההסבר. על ביהמ"ש לבדוק האם הפשרה "ראוי הוגן" וסביר"ב בודק- האם התוצאה מיטבית לתובעים	
---	--	--

	ולא לפי אינטרסי הנציג. פשרה תכלול גם את סכום שכה"ט של עוה"ד, וגם זאת יש לבדוק. התקופה המקדמית של בירור התאמת התיק לתובענה חשוב כיוון שמרגע שפותרים בה, היא פוגעת במוניטין של הנתבעים. נתבע יכול לסכל מראש תובענות ייצוגיות ע"י תשלום מראש לאלה העשויים לתבוע.	
--	---	--

■ תובענה ייצוגית- שאלות נוספות:

- תחרות בין תובעים- תובעים שונים יכולים להגיש תובענה ייצוגית כל אחד בבתי משפט שונים. הפתרון בביהמ"ש הוא ע"י:
 - מרשם (פנקס התובענות הייצוגיות) + יידוע- ס'5א(2), 28, 6-7. על מי שמגיש תובענה ייצוגית להסתכל קודם בפנקס, ויש ליידע את הציבור שהוגשה תובענה ייצוגית. במידה ועדיין הוגשה יותר מתביעה אחת, הראשון יזכה.
 - תקשורת עם חברי הקבוצה- התובענה נוצרה כדי לשלול את הצורך לתקשר בין החברים עקב עלויות. אך לעתים נדרש יידוע: דוג'- בווידוא, זכות יציאה, הגעה לביהמ"ש. פתרון ע"י:
 - פרסום- ס'25- אישור תו"צ, פשרה, סעד. הוצאת הודעה שכל מי שעשה דבר מסוים במועד מסוים יוכל להגיש בקשה ואז יוכל לקבל את הסעד. לעתים הנתבע/תובע הנציג יפרסם מודעה בציבור (דוג'- באתר שלו/בעיתון).
 - חלוקת קרן הפיצוי- באופן פשוט מקרים של גביה ביתר יאכפו סעד ע"י גריעה מהחשבון הבא של כל הלקוחות הרלוונטיים. לעתים לא תהיה דרך לאתר את הניזוקים האמיתיים, ולכן צריך מנגנונים חלופיים לחלוקת קרן הפיצוי מבלי לגרוע מהלקח של הנתבע שעליו לפצות (דוג'- הפחתת מחיר המילקי, מתן הכסף למטרה ראויה אחרת, הפחתה כללית במחירי השירות וכו').
 - ס'27, 20'- שיקו"ד רחב לביהמ"ש+קן לניהול ולחלוקה- במצבים שבהם אין קבוצה מזוהה של ניזוקים הקרן.
 - אגרות- הרוב המכריע של התובענות הייצוגיות הוא לסכום כסף (ואז האגרה תהיה 2.5% מסכום התביעה).
 - תקנות במחלוקת- אם יחייבו באגרה לפני התביעה, התמריץ לתבוע ירד ולכן תובענות ייצוגיות הוחרגו מכלל האגרות הרגיל (פטור מאגרה כדי לעודד אנשים ולהסיר חסמים, אך היה במחלוקת- חשש מניצול לרעה או תובענות סרק שהמטרה לאיים על נתבעים, לחלץ מהם פשרה ולסגת.
 - החקיקה בפועל היא לסכומים קצובים: 16,256 (5588 ש"ח מראש) במחוזי, ו8128 (3048 ש"ח מראש) בשלום. כיום חסם חלקי (האגרות מורידות את התמריץ בכל זאת).

■ שני התנאים לאישור תובענה ייצוגית- תנאי סף+תנאים מהותיים:

○ אישור תובענה ייצוגית- תנאי הסף:

- עילה מנויה- ס'3. בישראל אפשר להגיש תביעות רק בעילות מסוימות. נמצאים בתוספת השניה: הגנת הצרכן, ביטוח, בנקאות, שירותים פיננסיים, הגבלים עסקיים, ניירות ערך, מפגע סביבתי, הפליה בשירותים/בעבודה, נגישות, זכויות עובדים, השבת גביה שלא כדין*, ספאם, פנסיה, דירוג אשראי.
- עילה אישית- ס'4א(1)- הנציג עצמו צריך להראות שהוא חבר בקבוצה אותה הוא מבקש לייצג, כלומר שיש לו עילה אישית. עוגן אנכרוניסטי, דחיית מודל "התובע הציבורי"- הדרישה מעוררת תהיה כיוון

שמטרתה לעודד תביעה אך לא כל אחד יכול לקדמה. הסתכלות על התובענה כמקרה פרטי של תביעה רגילה, שאם אין עניין אישי לא ניתן להגיש אותה.

ס'4א(3)- תביעת ארגון, בתנאי ש"קיים קושי" להגיש בידי בעל עילה.

רדיו קול ברמה נ' קולך 2015- העליון מנחה לאפשר באופן זהיר את האפשרות לארגונים לתבוע במקום אנשים פרטיים: "גישה מצמצמת וזהירה", נדרשת "שקידה סבירה" כדי למצוא תובע פרטי, הכרה ב"קושי אינהרנטי" חסם תרבותי (במקרים רבים אין סיכוי למצוא תובע מתאים בקהילות שונות). העליון פוטר את הארגון מביצוע פעולה אקטיבית של חיפוש אחר תובעים כיוון שקיים הקושי האינהרנטי.

• אישור תובענה ייצוגית- תנאים מהותיים:

○ ס'8א(1) רישא: שאלות משותפות.

השאלה הנורמטיבית: מה מידת השיתוף הנדרשת?

- גישה מצמצמת: רק במצבים של זהות מלאה לעתים יבחרו לתת מענה לקבוצה כולה.
- גישה מרחיבה: גם אם לחלק מהאנשים ישנן טענות גביה בסכומים שונים, דרישת השיתוף תהיה נמוכה יותר.

רדיו קול ברמה- תביעה על מדיניות ולא כסף.

○ ס'8א(1) סיפא: אפשרות סבירה להכרעה לטובת הקבוצה. צריך לשכנע כבר בשלב הבקשה שתהיה אפשרות סבירה להכרעה לטובת הקבוצה. דרישה להוכחה ראשונית בשלב זה (בדומה לסעדים זמניים שגם בהם דרישה זו).

- הגנה על נתבעים- הבירור המשפטי של המשפט המהותי, יכול להתברר בשלב המקדמי ולרוב המחלוקת בין הצדדים אינן עובדתיות אלא משפטיות (דוג'- אם המחלוקת היא על המעשה כעוולה/הפרה).

▪ אינדיקציה משמעותית לסיכויי התביעה

▪ השאלה הנורמטיבית- מה רמת ההוכחה הנדרשת? כמה התובעים יצטרכו להוכיח?

פירסק נ' קצא"א 2016- ביקורת של העליון על נטיה של שופטי ערכאות דיון לדרוש מהתובעים לעשות הוכחה כמעט מלאה בשלבים מוקדמים. לדעתם ניתן לאשר גם אם יש סיכוי חלקי

- אפשרי גילוי מוקדם- לצורך ביסוס הטענה לאפשרות סבירה להכרעה לטובת הקבוצה, בעלי הדין יכולים לנהל גילוי מוקדם ראשוני לצורך ביסוס הריאיונות בשלב מקדמי זה. רלוונטי כי יכול להיות שהמידע הרלוונטי יימצא אצל הנתבע, ועוד לפני ההליך נידרש לכך.

○ ס'8א(2)- תו"צ הדרך היעילה וההוגנת.

- דוג'- שיעור השאלות המשותפות; גודל הקבוצה; קלות הזיהוי של חבריה; שווי התביעות; מורכבות הבירור של זכויות אישיות (חלוקת הקרן)

○ ס'8א(3)- ייצוג הולם. מתוך מטרה להגנה על הקבוצה, רוצים להעריך האם הנציג מתאים להובלת התביעה.

○ ס'8א(4)- ייצוג בתום לב. שאלות:

- האם הכלל נועד להגן על חברי הקבוצה/או על הנתבע?
- ניהול תו"צ למטרות רווח- אם יודעים שהסיבה היחידה שהנציג מגיש את התביעה הוא לצורך רווח- האם ייחשב לחוסר תו"ל? עצם העובדה שאנשים מחפשים תובענות ייצוגיות.
- כניסה מכוונת לקבוצת התובעים? אדם ששמע/גילה ששירות מסוים גובה ביתר או מפר דין רגולטורי כלשהו אך הוא אינו לקוח של אותו שירות. לכאורה הוא אינו בעל עילה, ואז הוא יכול להצטרף לשירות כדי לגרום לעצמו נזק. שאלה דאונטולוגית ולא תוצאתית.
- פורום שופינג- חשש מבחירת הפורום המתאים והנוח יותר לצורך התעשרות.
- הגשת תו"צ למטרות סחיטה, הטרדה, השתקה, חשיפה- ראיות מכריעות שהייצוג הוא בתו"ל ושהתובענה מתאימה.

- הגשת תו"צ במימון חיצוני- מי מגבה את הנציג במימון התביעה? תעשייה קיימת של מימון הליכים משפטיים (אנשים בעלי ממון מממנים הליכים משפטיים של אחרים, לרוב- קרנות בעלות מדיניות השקעה עם תוחלת מסוימת שתאפשר לפזר את הסכומים על תובעים רבים, במידה וינתן פס"ד- יקבלו נתח). מודל זה מצוי במחלוקת לגבי תוה"ל שלו.

רע"א 3698/11 שלמה
תחבורה נ' ש.א.מ.ג.ר
שירותי אכיפה 2017-
רובינשטיין: על בתיהמ"ש
להשניח פן תתפתח
"תעשיית תובענות
יייצוגיות", כמיעון "ענף
ייצור" במשק, שכל
מטרתן העשרת
התובעים ובעיקר באי
כוחם, ואילו האינטרס
הציבורי בהן דל.

2. מוסד הערעור

הליך שבמסגרתו בימ"ש אחד מוסמך לבטל החלטה של בימ"ש אחר. ההצדקות לו וההליכים המרכזיים המארגנים אותו.

• ערעור- תכליות:

- **תיקון טעויות** - של הערכאה הקודמת, והליך מערכתי של סיכוי גדול יותר לטעות פחות. מגלם את העובדה שלערכאת הערעור הגבוהה יותר סיכוי גדול יותר להגיע לתוצאה נכונה מאשר ערכאת הדיון.
 - ערכאת הדיון עוסקת בעובדה+דין ואילו ערכאת הערעור עוסקת רק בדין, ולכן עוסקת יותר בשאלה המשפטית וייתכן שההחלטות יהיו מוצדקות יותר.
 - המותב שונה ומאפשר הרכב שונה באיכותו (כוח עודף בהרבה בערכאה העליונה כדי לשפר את איכות הדיון וההחלטה, דוג' - 3 שופטי מחוזי בערעור על החלטה של שופט שלום אחד).
- **שיפור את תפקוד השופטים עצמם** - תמריצים לערכאות הדיון. מכיוון שהשופטים יודעים שהחלטתם יכולה להתהפך, הם יתמרצו לדייק, לנמק את החלטותיהם באופן בהיר (כדי להסביר לערכאה העליונה את טעמי ההחלטה ולא רק מטעמי צדק דיוני), ולציית לדין.
- **תחושת הוגנות אצל בעל הדין המפסיד** - טיעון לגיטימציה. המערכת נותנת הזדמנות נוספת לבעל הדין וכך הוא מקבל תחושה שלא נפל בטעות על שופט מסוים, אלא ניתנה לו הזדמנות לניהול הליך הוגן וכמו שצריך (second bite at the apple).
- **הגמוניה** - ככל שאנחנו ספקנים יותר לגבי מוסד הנכונות במשפט האזרחי ← מעורר בנו מחשבה שמטרת ההיררכיה אחרת. *לגרום לאנשים להאמין שהמע' מכירה בטעות אך מסוגלת לספק תוצאות נכונות, ולכן יש ציפיה מאיתנו לקבל רעיונות אלה ולהסכים להם. טיעון מרקסיסטי קלאסי, זו הסיבה שהמע' בנויה ככה - לספק תוצאות אמת שלה יש את הגישה אליה.*
- **לגיטימציה**
 - הדגשת רעיון הנכונות - אם נשקיע, תהיה תשובה נכונה. ככל שנשקיע יותר כך יהיה קל יותר למע' לשכנע אותנו לקבל החלטות שאינן טובות בהכרח לבעל הדין. מערכת הכוללת מנגנון של תיקון טעויות מדגישה את רעיון הטעות ← מדגישה את רעיון הנכונות.
 - הכרה באפשרות הטעות - מכירים באפשרות השופטים לטעות.
 - החצנה של מחלוקות/פלורליזם

• ערעור- עיקרים:

- **הליך אוניברסלי** - כמעט: דוג' - **בג"ץ וראו ארג'וב נ' מפקד כוחות צה"ל 1988** - בתימ"ש השופטים אזרחים בשטחים היו חסרי ערכאת ערעור. נקבע שלא עניין חובה אך רשות ומומלצת.
- **מי יזום את הערעור?** אחד מבעלי הדין. כדי לערער נעשה חישוב תוחלות מחדש.
- **רמות שונות של ביקורת/התערבות:**
 - **הכרעות עובדתיות (עדים חיים/מסמכים)** - רמת הביקורת הערעורית שלהם תהיה נמוכה, בד"כ ערכאות ערעור לא יתערבו בהכרעות עובדתיות של ערכאות נמוכות.
 - **הכרעות משפטיות (מהות/פרוצדורה)** - חשופות לביקורת חריגה, לכן בהכרעות משפטיות כן תהיה התערבות גדולה יותר מאשר בהכרעות עובדתיות.
 - **ערעור de novo** - התיק מתברר מחדש בערכאת הערעור, נדיר.
- **ערעור תקדים** - לעתים נחליט שלא להסתכן בכך שערכאת הדיון תהפוך את ערכאת הדיון, חלילה תהיה דחיה ואז לא משתלם. דוג' - בתי הדין הרבניים.

• הערעור- הדין:

- **ס' 17 לחו"י: השפיטה**: קובע את הערעור כמוסד מוגן שיפוטית. מוסד הערעור מוסדר בחוק (באופן חריג דווקא כי אין חוקה ישראלית). פס"ד של בימ"ש בערכאה ראשונה ניתן לערעור בזכות, להוציא פס"ד של ביהמ"ש העליון.
- **המינימום החוקתי שהמדינה מתחייבת אליו** - אם מתקיימים 3 תנאים, ביהמ"ש חייב לתת זכות לערעור:
 - ניתן פס"ד
 - של בימ"ש
 - בערכאה ראשונה

○ מה לא מחייב (חוקתית) ערעור בזכות:

- החלטה שאינה פס"ד ("החלטה אחרת")
- פס"ד של ערכאה שאינה "בית משפט" (דוג' - לא ביד"ר, בימ"ש צבאי, רשות מנהלית)
- פס"ד של בימ"ש בערכאה שניה ("גלגול שלישי")

○ ס' 52, 41 לחוק בתיהמ"ש - הוספת יכולת ערעור גם בסיטואציות הנ"ל שלא מחייבות חוקתית ערעור בזכות:

- מינימום החוקתי } פס"ד בערכאה ראשונה - ערעור בזכות
- בנוסף } החלטה אחרת - ערעור ברשות (בר"ע)
- פס"ד בערעור - ערעור ברשות (גם על פס"ד בערעור שאינו של העליון כי לעליון אין ערעור, ניתן לערער ברשות לעליון - בר"ע לעליון)

○ פס"ד או החלטה אחרת? - נבדוק אם מקיים אחד מ2 הקריטריונים לפס"ד, אם לא ← החלטה אחרת.

השאלה הדוקטרינרית: מה ייחשב כפס"ד ← שמקים ערעור בזכות ומה ייחשב להחלטה אחרת ← שמצריכה לעבור את המסלול המסובך?

- הבחנה (שהייתה) קריטית לצורך הגשת ההליך הנכון (בר"ע/ערעור) במועד הנכון (30 יום/45 יום) בהתאמה.
- תק' 149 (4) חדשה - קובעת שאם הוגשת ערעור במקום בר"ע או ההפך, ביהמ"ש יכול לתקן את התקלה תוך כדי ולנהל את ההליך הנכון.
- תקנה 137 חדשה - האחדה במועדים, 45 או 60 יום לשניהם.
- התשובה: פס"ד = החלטה שעושה אחד משני הדברים הבאים:
 1. מסיימת את הבירור בתובענה (סיימה את התיק), או;
 2. מכריעה באופן סופי ביחס לאחד הסעדים שנתבעו בה (למשל אם תובעים גם סעד אכיפה וגם סעד פיצויים, מספיק לתת סעד באחד מהם).
- החלטה אחרת = כל היתר (קטגוריה שיווירית!)
- מבחן מהותי - כותרת ההחלטה עשויה להטעות. דוגמאות:

- סעד זמני ← החלטה אחרת כיוון שהוא לא מסיים את הבירור בהליך. בכזה שיש לו אפקט של הכרעה, יכול להיות שייחשב פס"ד.
- החלטה לקביעת מועד לתצהיר גילוי מסמכים ← החלטה
- החלטה לסילוק התביעה על הסף - תלוי בתובע. מצד אחד דחיה על הסף מהווה סיום הבירור בתובענה ← ואז פס"ד, אך אם ביהמ"ש דוחה את סילוק התביעה על הסף - לא הסתיים הבירור בתובענה ולא הייתה הכרעה ← זו החלטה אחרת.
- פס"ד חלקי - כשרוצים לברר סעד נוסף בהמשך, זהו פסק דין, אך רק לגבי אחד מבעלי הדין.
- אם הכריעו רק בשאלת האחריות - תלוי; אם קובעים שאין אחריות ← התביעה היא פסק דין. אם קובעים שיש אחריות ← התביעה לא הסתיימה, לא נפסק סעד, ולכן זו החלטה (אפשר להמשיך לנהל את ההליך ובמקביל להגיש בר"ע על החלטה זו).
- תקנה 411 ישנה - כלל הבליעה. משלימה את ההבחנה שבין פס"ד להחלטה אחרת: אם בעל דין לא ערער על החלטה שאינה פס"ד והיא ניתנת לבר"ע בלבד, זכותו לערער על פס"ד כשיינתן בעתיד לא תיפגע (פס"ד הסופי בולע לתוכו את כל החלטות הביניים שניתנו, וכאשר מערערים על פסה"ד הסופי - רשאים גם לכלול ערעורים על החלטות קודמות שניתנו בערעור הגדול והסופי).
- אם בר"ע נדחה בעבר הוא יכול להיכלל בערעור הסופי בזכות.
- כולל גם התייחסות לחוק הבוררות - אי אפשר לחכות שההליך יתנהל כולו ואז לערער ולטעון לבוררות בטענה שההחלטה לא ראויה. כך מתמרצים צדדים למנוע הליכים מיותרים ואם רוצים בורות ← עליהם להגיש בר"ע מייד. מעין החרגה של כלל הבליעה.
- תקנה 150 חדשה - מוסיפה גם סמכות מקומית לנושא. אם יש טענה נגד החלטה שניתנה בחוסר סמכות מקומית, יש לעוררה מיידית במסגרת בר"ע ובמידה ולא נעשתה - ויתרנו על הזכות לטעון.

- שיקולים במתן רשות ערעור על החלטה אחרת:
 - ס'41ב סיפא, 52 לחוק בתיהמ"ש: ביהמ"ש ייתן רשות ערעור אם ההמתנה עד לפס"ד הסופי ייצור קושי, תגרום לאחד הצדדים נזק של ממש או תשפיע על זכויות הצדדים.
 - ס'41ד(1), 52ג(1)- צו בתיהמ"ש לגבי סוגי החלטות שלא תינתן בהן רשות ערעור, ניתן ב2009. בסוגי ההחלטות שמנויות בצו, על בעלי הדין יהיה להמתין עד לערעור הסופי בזכות והם לא יוכלו להגיש בר"ע לפני ובמהלך הדיון. (בעיקר בהחלטות טכניות וניהוליות במהותן, כדי לא להפריע לשופטים בעבודתם ע"י בר"ע עליהם).
 - האם חסם מוחלט? ביהמ"ש עלול לדחות מיד ולא לנמק.
- שיקולים במתן רשות ערעור בגלגול שני/שלישי:
 - פס"ד חניון חיפה נ' מצת אור 1982- שמגר קובע שראוי לתת סיבוב נוסף במקרים שבהם החשיבות המשפטית חורגת מן העניין שיש לצדדים הישירים בהכרעה במחלוקת. כאשר הערכאה מחליטה שהתעוררה שאלה חשובה מבחינה ציבורית, שכדאי שהעליון יפסוק בה הלכה ולכן היא צריכה להגיע אליו.
 - אנלוגיה: דיון נוסף- לעתים גם אם שופטי העליון מזהים טעות, הם מחליטים לתת רשות לבר"ע.
 - תק' חדשה 148א רבתי- ניסוח עקום לדעת המרצה. מאפשר לדחות באופן לא מנומק כאשר הקביעות בהחלטה אינן מעוררות שאלה משפטית עקרונית החרגת מעניינם של הצדדים, או כאשר לא נגרם עיוות דין.
- מי רשאי לערער?
 - נתניהו נ' נפתלי 2017-
 - צד להליך, המבקש לשנות את מצבו המשפטי שנקבע בפסה"ד
 - היעדר הזדמנות להצטרף כצד בערכאה הדיונית
- הערעור: סיכום-
 - אלטורי נ' אריה (2005)- נהג משאית שרגלו נתפסה באחד מהחיבורים, נופל ונפגע בברכו. התאונה קרתה ביולי 2000 ← בפברואר 2001 הגיש תביעת פל"ת ד בב"מ"ש השלום בת"א ← אוגוסט 2002- השלום פוסק חלקית בשאלת התאונה כתאונת דרכים או לא, וקובע המשך דיון (זו החלטה אחרת) ←; העליון בהמשך שואל האם החלטה אחרת זו מאפשרת לאלטורי ערעור בזכות/ברשות? ← חברת הביטוח מגישה בר"ע למחוזי ת"א ← יוני 2003- ניתנת רשות ערעור והערעור מתקבל; התביעה נדחת ← ספטמבר 2003- אלטורי מערער לעליון+בקשה לפטור מעירבון (חובה על מערער בהליך אזרחי להפקיד ערובה כלשהי להטבת תוצאותיו של המשיב בערעור במידה ויידחה, אך מתוך רציונל שלא ימנע מבעלי דין חלשים להגיש ערעור, מאפשרים פטור). חברת הביטוח אריה מתנגדת להליך (טוענת שהגיש את ההליך הלא נכון) ← נובמבר 2003- רשם העליון קובע שהערעור הוגש בזכות כדין. ← יוני 2004- העליון קובע שהתיק ימתין להכרעה בשאלה העקרונית בתיק אחר, שעשוי להשפיע על הפסיקה בתיק זה. ← פברואר 2005- העליון (sua sponte)- קובע שההליך יימחק על הסף- ערעור ברשות. מוציאים פס"ד לפיו טענו שההליך זה היה צריך להיות ערעור ברשות, ולא בזכות, ולכן אין לברר אותו כלל. ההרכב לא שם לב להחלטת הרשם ההופכת זאת ← ולכן העליון נותן להגיש בקשה להארכת מועד להגשת בר"ע ← העליון פוסק שוב שדרוש היה להגיש את ההליך כבר"ע ולא כערעור בזכות.
 - העליון קובע שניתנה החלטה אחרת+ושהערעור הוא ברשות, ולכן צריך להגיש בר"ע. ← אוקטובר 2005- רשמת העליון נותנת הארכת מועד להגשת בר"ע+פטור מעירבון ביוני 2-6 ← ספטמבר 2006- ריבלין בעליון נותן רשות לערער, הערעור מתקבל: נקבע שזו הייתה תאונת דרכים בערעור, בניגוד לקביעת המחוזי ב2003 ← התוצאה שנקבעה בפסק דינו של בימ"ש השלום תשוב לתוקפה. ← הצדדים היו מותשים, התיק לא חזר לשלום, והתיק הסתיים בפשרה.

מעשה ב"ד אינו חסם לערעור, אלא נתפס חלק מאותו הליך. מעשה ב"ד אינו משפיע אנכית אלא רק אופקי, ורלוונטי רק לערעור באותו נושא ולא מעליו.

מבנה המבחן:

המבחן נועד לבדוק 3 דברים:

1. קייס - קבלת מידע מלקוח ולתת עצה משפטית, מזכר, שמטרתו לייעץ ללקוח. בודק:
 - בודק הכרה ויישום של הדין - דוג' - אם רוצים סעד זמני, יש לבדוק האם אפשר לקבלו.
 - ההיבט האסטרטגי - נתינת עצה ללקוח איך להפעיל את סדרי הדין באופן שיקדם את האינטרסים שלו. לכן בעת הקריאה המטרה היא לא רק לזהות את הסוגיות המשפטיות אלא גם להבין מה הלקוח רוצה ולהציע להם מהלכים שיקדמו אותם.
2. שאלה נורמטיבית - לצורך הצעה של הסדר כלשהו. בודק: נותנים מקרה ויש לחוות דעתנו ביחס לטקסט לאור תכליות סדרי הדין האזרחיים להציע תיקון מקורי משלנו כמו בעבודה, דוג' - הסדר.
 - הגבלת מילים - בערך חצי וחצי בין שאלת המדיניות לשאלת הקייס.
 - הזמן - שעתיים.
 - המבחן בחומר פתוח (רלוונטי בעיקר לשאלה הנורמטיבית, ואין טעם לצטט את השיקולים השונים או להפגין בקיאות בתקנה כזו או אחרת. המטרה היא שהבחינה היא באופן ממוצה על הבנתנו את הרלוונטיות של הדינים או השיקולים השונים לקייס/אנסין בשאלת המדיניות, ולכן אין לתת רשימת מכולת של כל הנושאים הרלוונטיים אלא להבחין, כי יריה לכל הכיוונים עלולה להוריד בציון).
 - הדין החל הוא התקנות הישנות, אך עדיין יש להתייחס לתקנות החדשות. בשאלות העוסקות במדיניות הדבר עלול להשפיע.