[מבוא: סדר הדין האזרחי ותכליותיו 2](#_Toc536576790)

[תכליות סדר הדין האזרחי 2](#_Toc536576791)

[הוגנות 3](#_Toc536576792)

[מתח מובנה 1: צדק מהותי 3](#_Toc536576793)

[מתח מובנה 2: שוויון ביחס למה/מי? 4](#_Toc536576794)

[מתח מובנה 3: הוגנות בפועל או הוגנות בחוויה? 4](#_Toc536576795)

[יעילות 5](#_Toc536576796)

[היבטים פרטיים 5](#_Toc536576797)

[מקסום תועלת חברתית 5](#_Toc536576798)

[נקודת המבט החברתית 6](#_Toc536576799)

[אמת/נכונות 7](#_Toc536576800)

[הגישה לבית המשפט 8](#_Toc536576801)

[זכות הגישה לערכאות 8](#_Toc536576802)

[מקורות נורמטיביים לזכות הגישה 9](#_Toc536576803)

[מציאות של חסמים 10](#_Toc536576804)

[סמכות שיפוט 10](#_Toc536576805)

[סמכות שיפוט בינ"ל 11](#_Toc536576806)

[סמכות שיפוט מקומית 14](#_Toc536576807)

[סמכות שיפוט עניינית 15](#_Toc536576808)

[מעשה בית דין 20](#_Toc536576809)

[השתק עילה 21](#_Toc536576810)

[השתק פלוגתא 22](#_Toc536576811)

[הגישה למשפט 26](#_Toc536576812)

[מבנה ההליך 26](#_Toc536576813)

[כתב תביעה 27](#_Toc536576814)

[קדם משפט 28](#_Toc536576815)

[גילוי מוקדם 28](#_Toc536576816)

[סעדים זמניים 30](#_Toc536576817)

[הליכים מיוחדים 32](#_Toc536576818)

[תובענה ייצוגית 32](#_Toc536576819)

[סיכונים מיוחדים הנובעים מהליך התובענה הייצוגית 33](#_Toc536576820)

[תנאי הסף לאישור תובענה ייצוגית 35](#_Toc536576821)

[תנאים מהותיים לאישור תובענה ייצוגית 36](#_Toc536576822)

[ערעור 37](#_Toc536576823)

[תכליות והצדקות לערעור 37](#_Toc536576824)

[עיגון בדין 38](#_Toc536576825)

מבוא: סדר הדין האזרחי ותכליותיו

ברומן "המשפט" של קפקא מתוארת חווייתו "הקפקאית" של אדם המנסה לגשת למשפט - דבר המגיע לו בזכות, אולם הוא ניצב חסר אונים אל מול בירוקרטיה עצומה, מאיימת ומרושעת.

**בג"ץ ח'אן אלאחמר** (2018) עסק בכפר שנבנה ליד כפר אדומים ללא היתר בנייה. הדין מהותי בעניין (דיני התכנון והבנייה) כבר הוכרע שלוש פעמים, אבל עדיין בג"ץ נתן החלטה לא קצרה בנושא. כדי לברר את השאלות הדיוניות בתיק יש לקרוא את פסק הדין בצורה מונחת, בשום לב לשאלות הבאות:

1. **מי הצדדים? (ומי מחליט?)** - תושבי חאן אלאחמר הפלסטינים מול הצבא. בפסקי הדין הקודמים נכללו גם תושבי הכפרים היהודיים, אבל הם לא לקחו חלק בפסק הדין הנוכחי. ההחלטה לגבי מיהם הצדדים נתונה בידי יוזם ההליך, באופן שמעניק לו כוח רב לבחור מהם האינטרסים שיוצגו במהלכו.
2. **מהם הסעדים המבוקשים?** **(מה האסטרטגיה?)** - העותרים קיבלו צו זמני לעיכוב ביצוע עד לבחינת התוכנית החדשה שהציעו. הם כנראה לא ציפו לפס"ד סופי לטובתם, אבל כן הרוויחו זמן נוסף. יש בכך היבט אסטרטגי משמעותי בניהול ההליך, שכן ההליך אינו רק שלב אחד בדרך לתוצאה הסופית - אלא בעל חשיבות, עלויות ותועלות לצדדים בפני עצמו. הבחירות הדיוניות במהלכו (הפרוצדורליות לכאורה) משפיעות מהותית על הצדדים ויכולות להשיג תועלת של ממש.
3. **מה ההליך, ומה השלב בהליך?** סילוק על הסף לרוב מתרחש בשלב ראשוני בהליך, כדי לפטור את ביהמ"ש מלדון בשאלות המהותיות וכך להוזיל את ההליך. במקרה הזה מדובר בשלב מאוחר מאוד בהליך, שכן היו שלוש עתירות בנושא לפני כן. זה מעורר את שאלת **סופיות הדיון -** זה בעייתי שהשופטים ממשיכים לנמק את סופיות הדיון (ואפילו מציעים לפנות לפשרה בדרכי שלום) כי זה מערער את יציבות ומוחלטות פסק הדין. בכך מתבטא הרעיון של רונלד קוז, שביהמ"ש מעביר כוח מיקוח מצד אחד לשני.
4. **למי הסמכות?** איזו ערכאה אמורה לדון בתיקים של סכסוכי קרקע ישראלים-פלסטינים ביהו"ש?
5. **אופן הטיפול השיפוטי (על הסף? לגופו של עניין? פשרה?)** - מדובר בתיק שמשחקבזירה רחבה יותר מהזירה המשפטית, שכן לליטיגציה בו יש השלכות על השדה כולו (הציבור, הפוליטיקאים, מתדיינים דומים וכו'). האם על השופט לספק הנמקה רק לגופו של עניין או לפנות גם לגורמים חיצוניים? תקנות בסד"א מנחות את בתי המשפט לחשוב במונחים של אינטרס ציבורי ולא רק על "השחקנים המקומיים".

המתח הבסיסי – שתי מערכות מגולמות בכך נדבך של סדרי הדין

1. **ארגון כוח המדינה (מלמעלה למטה) –**

לפי תפיסה זו, בתי הדין והכוח המדינתי מהווים כלי לארגון כוח המדינה. בתי המשפט כאורגן של המדינה המבצע את רצונה. הסד"א הוא בעצם ענף של המשפט הציבורי, מעין המשך של המשפט החוקתי - מה מותר למדינה לעשות? האם סדרי הדין מגנים על זכויות היחיד או פוגעים בו? יש לשאול את השאלה החלוקתית - באיזה אופן מתחלק הכוח? יש לבדוק מה הדין עושה לפרט - האם היחיד כפוף לסדרי הדין? האם סדרי הדין הם חלק מהכוח הכופה של המדינה על הפרטים?

1. **ארגון כוח המתדיין/ת (מלמטה למעלה) –**

לחלופין, אותה מערכת של סדרי דין (המנחה את המדינה כיצד לפעול) גם אומרת לאזרחים כיצד להפעיל את הכוח המדינתי לטובתם, וכיצד לממש את זכויותיהם באמצעות ההליך האזרחי (פועלות, agency- הקניית כוח ליחיד). בנוסף, סדר הדין האזרחי הוא ארגז הכליםשל הפרט בכך שמי שיודע את התקנות וההסדרים מקבל יתרון בהליך המשפטי. יש לכך **היבט דמוקרטי** (ההליך המשפטי כרגע ייחודי להפעלת האזרחות, מימוש הזכויות ששייכות לי בדין) **והיבט מקצועי** (שכן עורכי דין חייבים לדעת את סדרי הדין).השאלה האסטרטגית כאן היא מי שולט בארגז הכלים טוב יותר, שכן הוא יוכל לנהל את ההליך בצורה הטובה ביותר.

תכליות סדר הדין האזרחי

ס' 1: מטרות תקנות סדר הדין האזרחי הן **לקבוע סדר דין** לניהול ההליכים האזרחיים בבית המשפט, ליצור **ודאות דיונית, למנוע שרירותיות** ולהגשים את **העקרונות החוקתיים** העומדים ביסודו של **הליך שיפוטי ראוי והוגן,** כדי להשיג **תוצאה נכונה ופתרון צודק** של הסכסוך.

ס' 2: הליך שיפוטי ראוי והוגן מתקיים במערכת שיפוטית **עצמאית ובלתי תלויה** שהוקמה **לפי דין, נגישה** לציבור, דנה לפי **כללי הצדק הטבעי,** מכריעה בתוך **זמן סביר** על יסוד **הטענות ההדדיות** המובאות לפניה, מנהלת ופוסקת בהליך באופן **שוויוני מידתי ויעיל ומנמקת** את החלטותיה.

ס' 5: ביהמ"ש יאזן, לפי הצורך, בין האינטרס של בעלי הדין ובין האינטרס הציבורי לעניין, "אינטרס ציבורי" – נגישות הציבור למערכת בתי המשפט לרבות קיום דיון משפטי **צודק, מהיר ויעיל,** חיסכון במשאבי **זמן, עלויות,** מניעת **הכרעות סותרות** ומניעת **שימוש לרעה** בהליך השיפוטי.

* **הוגנות ("הליך הוגן"**, due process; **קריטריון דאונטולוגי/תוצאתני)**

הלשון היא דאונטולוגית (על ההליך להיות הוגן, יש לכבד את האדם ולתת לו את יומו בביהמ"ש) אולם ניתן לטעון שמדובר דווקא בקריטריון תוצאתני שלפיו התוצאה צריכה להיות הוגנת (כל מטרת סדרי הדין היא להניב תוצאות ראויות במשפט). קיימת עמדת ביניים שלפיה קשה להגיע לתוצאות הוגנות בלי הליך הוגן.

* **יעילות (קריטריון תוצאתני/דאונטולוגי)**

בד"כ קריטריון תוצאתני, נגזרת של הגישה הכלכלית המחפשת להבטיח את מירב האושר למירב האנשים. עם זאת, חלק מהשיח סביב יעילות "חושב" בשפה דאונטולוגית (התארכות = חוסר צדק).

* **אמת**

הקריטריון העיקרי הינו הגעה לתוצאות נכונות, וזוהי בעיקר שאלה תוצאתנית (האם ההליך כפי שעוצב מוביל לתוצאות נכונות?). אולם, בתקנות נאמר שההליך נועד להשגת תוצאה "נכונה" ופתרון "צודק". צודק ונכון זה לא אותו הדבר - ייתכן שכל העובדות הנכונות נלקחו בחשבון אך הדין פגע בחלש.

1. **אזרחות?**

סדרי הדין יוצרים הליך שאחת ממטרותיו הינה יצירת אינטראקציה ישירה ובלתי אמצעית בין הפרט למדינה. זהו נדבך משמעותי בדמוקרטיה שבו הפרט הכפוף למרות יכול "לשוחח" עם אורגן (השופט) הניחן ביכולת להפעיל את כוחה של המדינה ישירות לטובת הפרט. ההליך השיפוטי כזירה למימוש האזרחות שלנו?

הוגנות

יש כמה מובנים להיותו של הליך הוגן (מבלי להתייחס לתוכן המהותי של הדין):

1. **שפיטה בלא ניגוד עניינים ובלא משוא פנים**
2. **כללי הצדק הטבעי: זכות השימוע, חובת ההנמקה**

הדין תמיד עוסק באיזון בין זכות השימוע (שלכאורה מבטא זכות יסודית) לבין האינטרס הציבורי. מהו טיעון שיספק את זכות הטיעון? בע"פ? בכתב? באמצעות עו"ד או בעצמו? כמו כן, כדי שזכות הטיעון תיענה הן מבחינה דאונטולוגית והן מבחינה תוצאתנית, לא די בכך שאדם יממש את זכותו לטעון אלא שגם יקשיבו לו, כך שלטענותיו תהיה השפעה אמיתית על ההכרעה (=הזכות ממומשת רק אם השופט לקח את הטענה בחשבון, אי אפשר להכריע בלי לשמוע את שני הצדדים). הנמקה אומרת שמי שהפסיד צריך לדעת למה.

1. **שוויון בהליך - יחס זהה לכולם (אחידות וודאות)**

כשמקרים דומים מטופלים באופן דומה, יש אחידות וודאות. מבחינה דאונטולוגית זה מתכתב עם שמירה על כבוד האדם; מבחינה תוצאתנית, זה מוזיל עלויות אי ודאות ומאפשר קבלת החלטות טובה יותר(?).

אולם, ישנם מובנים שונים של שוויון בהליך האזרחי ולא תמיד הם יתיישבו זה עם זה:

מתח מובנה 1: צדק מהותי

מה קורה אם קיום ההליך באופן שוויוני יגרום עוול מהותי לבעל דיון?

אפשרות 1: **צדק מהותי** > הוגנות דיונית.

מטרת ההליך הינה צדק מהותי, ולכן במצבי סתירה הצדק המהותי יגבר. אין להיות דווקנים בסדרי הדין.

**רע"א צמח נ' גבאי (נאור, 2013):** המערערת לא הגישה בזמן בקשה לביטול פסק הדין משום שהתקבלה החלטה בעניינה בהיעדר הגנה (האפשרות למתן פס"ד במעמד צד אחד מעוגן בתקנה 130 - כלל דיוני קיצוני המתעלם המשפט המהותי). תקנה 131 מאפשרת לבטל בדיעבד החלטה סופית שניתנה במעמד צד אחד (נותנת מקום לצדק המהותי), אולם בקשת הביטול צריכה להיעשות בתוך 30 יום מיום המצאת פסק הדין. בהמצאה הכוונה היא לכך שהנתבע ידע מפסק הדין (עניין טכני, דיוני). היות שכאן ההמצאה קרתה לאחר שהנתבעת כבר ידעה על פסק הדין, לדעת השופטת נאות אין טעם לספור את הימים מיום ההמצאה (נוקטת גישה של צדק מהותי – לא ניתן לה ליהנות מכלל ההמצאה אם ידעה על פסק הדין קודם לכך). הנתבעת הגישה את הבקשה לביטול במסגרת הזמנים מבחינת זמן ההמצאה, אך לא מזמן הידיעה. לאור זאת השופטת נאור אמרה שמדובר בהגשה שנעשתה באיחור ודינה להימחק. אולם, ראוי לאפשר למבקשת לטעון את טענותיה ולכן נאור ראתה לנכון לאפשר את פתיחתו של התיק מחדש. במקביל, נאור פסקה כי על המבקשת המאחרת לשלם את הוצאות המשפט של הצד שכנגד, שניתנו בהיעדרה (סנקציות אקס פוסט). ביהמ"ש התלבט אם להפעיל כלל קניין (מניעת גישה לביהמ"ש) או כלל אחריות (לאפשר גישה אך לחייב בפיצוי). באותו מקרה ביהמ"ש העדיף את הצדק המהותי, והתיר למבקשת כניסה לדיון תוך "הטלת עלות".

**פס"ד אבנרי נ' שפירא:** האם מותר למנוע מראש פרסום ספר או שיש לאפשר את פרסומו ורק אז לתבוע דיבה? ביהמ"ש העליון התלבט בין כלל קניין לאחריות ובחר בסוף לתת גישה (שעליה יהיה לשלם מחיר).

אפשרות 2: צדק מהותי < **הוגנות דיונית**

הוגנות דיונית גוברת על צדק מהותי.

**ע"א שידורי קשת נ' קופר (גרוניס, 2013):** קופר רצה למנוע שידור של תוכנית שעסקה בו. שאלה מהותית מעניינת וחשובה – אולם היו בהליך פגמים דיוניים קשים (אין תצהירים, התחייבות עצמית, אגרה...). גרוניס מתמודד עם השאלה באמצעות דבקות במישור הדיוני - לדבריו, באמצעות גישה מינימליסטית לשיפוט (שמקטינה את היקף ההחלטה) אפשר להתמודד עם מחלוקות מהותיות קשות (כי ביהמ"ש פטור מלהכריע). הוא טוען שזה גם מונע מביהמ"ש לדרוך על מוקשים וגם חוסך משאבים. האם זה פתרון או התחמקות?

אפשרות 3: הוגנות דיונית ~ צדק מהותי.

לא ניתן להכריע בין הצדק מהותי להוגנות הדיונית, השניים חיים במתח מובנה.

מתח מובנה 2: שוויון ביחס למה/מי?

1. **שוויון במשאבי ההתדיינות - צדק חלוקתי הליכי**

אך: איך מאזנים הבדלים מבניים בין סוגי מתדיינים? (שחקנים חוזרים מול שחקנים חד"פ; דוגמה לאיזון כזה - תובענה ייצוגית המאגדת הרבה תובעים קטנים ומגדילה את כוחם מול הנתבע הגדול)

1. **שוויון בין צדדים בניהול ההליך - צד הליכי**

אך: מה אם נרצה להעדיף צד כלשהו? (תובענה ייצוגית, סדר דין מקוצר, מדינה; או נוכח ההבדל בין שוויון פורמלי לשוויון מהותי – הענקת יחס שונה לשונים?)

1. **שוויון בין מתדיינים דומים בהליכים שונים**

האם מנגנונים שמרכזים את הדיון (כמו איחוד תיקים/תובענות ייצוגיות) פוגעים בגישה למשפט וסותרים את עקרון העצמאות השיפוטית? הדבר יכול לקבל ביטוי גם במרוצי סמכויות ו-forum shopping (למשל בין בי"ד רבני לבימ"ש לענייני משפחה), כאשר ההבדלים בין הערכאות מתבלטים.

1. **שוויון בין מתדיינים שונים בהליכים שונים**

אך: השונות טבועה במערכת (תיקים שונים נדונים בפורומים שונים, בפני שופטים שונים).

1. **קידום שוויון חלוקתי בתוצאות ההתדיינות - ההליך כאמצעי?**
* הודאה גלויה בחוסר הניטרליות של הפרוצדורה.

האם גם ההליך הוא אמצעי לחלוקת העושר בחברה (בדומה לדיני המיסים)? ואולי כללי המשפט לא צריכים לעסוק בכך, משום שהם לא מתוחכמים מספיק כדי להתמודד עם פערים קבוצתיים? גם אם כללי המשפט המהותי כן צריכים לעסוק בשאלות חלוקתיות (כמו נזיקין), אולי סדרי הדין לא צריכים להתעסק בכך?

מתח מובנה 3: הוגנות בפועל או הוגנות בחוויה?

**"צדק דיוני"** (פסיכולוגיה: procedural justice): טום טיילר פיתח תפיסה שאומרת שיש משמעות לאופן שבו אנשים חווים הליך (למשל, פיטורים לאחר שימוע שונים מחוויה של פיטורים ללא שימוע). החוויה הסובייקטיבית של הפרט לא מבחינה בין פרוצדורה למהות.

בנוסף, רשויות שופטות יכולות לנצל את העובדה שלאנשים אכפת מההליך כדי לנסות ולהשיג לגיטימציה באמצעות פרוצדורה. הרשות השופטת נעדרת לגיטימציה ציבורית היות שהיא אינה נבחרת בצורה דמוקרטית, וכן "נתונה לחסדי" הרשות המבצעת באכיפת פסקי הדין שלה. יתרה מכך, עליה להתחרות עם גורמים אלטרנטיביים כמו בוררות. כדי שלרשות השופטת תהיה זכות קיום, עליה להצדיק את קיומה.

* האם לגיטימציה היא תכלית ראויה? ייתכן שכל מה שאמור לעניין את הרשות השופטת הוא הגעה לפסקי דין צודקים, ללא התחשבות בשאלת "אמון הציבור". בנוסף, צריך לקחת בחשבון בזבוז של משאבי ציבור (במקרה שבו שימוע לא ישנה את התוצאה, למשל, ואין טעם לערוך אותו).

לדעת המרצה תחושת הוגנות נובעת מהבניה תרבותית שלפי זכות הטיעון היא דבר חשוב, וניתן לחנך אחרת.

יעילות

היבטים פרטיים

יעילות מנקודת מבטו של המתדיין שלוקח חלק בהליך שונה מיעילות מבחינה חברתית.

1. **עלות ההתדיינות - לא לגרום לבזבז.**

יש לתכנן את ההליך כך שעלויותיו יהיו נמוכות ככל האפשר אך שעדיין יממש את תכליותיו.

הליך שהוא זול אינו תמיד יעיל במובן של מקסום הרווחה החברתית המצרפית. מחיר מאפשר לנו להכווין התנהגות, כך שלפעמים נרצה להטיל עלות מסוימת על הליכים מסוימים כדי לוודא שרק אנשים מסוימים יוכלו להגיע אליהם, מטעמי יעילות. שאלת המחיר האופטימלי של הליך אינה קשורה רק לתוצאה של אותו הליך אלא גם לשאלה האם זה הליך מסוג שנרצה להפלות בלקוחותיו.

1. **התמשכות ההתדיינות - לא להאריך (זמן)**

"Justice delayed is justice denied". עם זאת, מהיר הוא לא תמיד יעיל (לא נרצה שלא תוקדש מספיק תשומת לב להליך, או שהוא לא יהיה הוגן רק בגלל שמיהרנו לסיימו).

1. **סופיות, ודאות - לאפשר הסתמכות**

כדי שאנשים יוכלו ליהנות מזכויותיהם, עליהם לדעת שביכולתם לממש אותן. עקרון כבוד האדם וחירותו דורש הכרעה בנושא, כדי שאנשים לא יחיו בחרדה לגבי כך שזכויותיהם יילקחו מהם.

בנוסף, ודאות מאפשרת חיסכון בעלויות ביטוח (בזבוז רציונלי, כגון השקעת משאבים בהתמודדות עם אחריות כמו בנייה מחומרים הריסים אם לא בטוחים אם יהיה פינוי). ודאי = יעיל.

מקסום תועלת חברתית

אנחנו חיים בעולם של משאבים מוגבלים ולא נוכל לאפשר לכולם לקבל את השופט הטוב ביותר, את מלוא הזמן לטעון. איך נעצב הליך שמייצר תמריצים אופטימליים מבחינה חברתית?

תכנון עלות ההתדיינות ליצירת **תמריצים אופטימליים** לליטיגציה. מהו האופטימום? האם ליטיגציה הינה פתולוגיה (משהו שמשתמשים בו בלית ברירה) או טוב חברתי? זוהי שאלה של מדיניות.

* **פתולוגיה:** במצב אופטימלי, ללא עלויות עסקה ופערי מידע, כל סכסוך היה מגיע לפשרה.

השאלה הכלכלית: איך מצמצמים את הנתונים שמקשים על אנשים להתפשר ללא עזרת ביהמ"ש?

* **טוב חברתי:** בתי המשפט יוצרים הרתעה, מאזנים פערים חלוקתיים ומנהירים ערכים ציבוריים. השאלה הכלכלית: איך מוודאים שרק תיקים המשרתים את המטרות הנ"ל יגיעו לליטיגציה?

שאלת היסוד לשתי הגישות הללו היא **מדוע מנוהלות תביעות?** בהינתן העלויות הגבוהות, למה אנשים תובעים ו/או מתגוננים? למה לא מתפשרים מלכתחילה? למה אנשים עדיין משתתפים "במשחק"?

הסבר 1: **עלויות עסקה** גבוהות מדי מונעות פשרות

הליך הגישור יקר וזה מונע מאנשים מלפנות אליו. פתרון אפשרי יכול להיות יצירת מסלולים זמינים וזולים למו"מ כמו גישור, פישור (הוזלת עלויות העסקה תסיר את החסמים לפשרה).

הסבר 2: **פער בין חישוב תוחלות** הרווח וההפסד

הצדדים מעריכים באופן שונה את סיכוייהם במשפט. זאת, נוכח פערי מידע ביחס לעובדות, למשפט או לבית המשפט; או אי רציונליות (הטיית האופטימיות) שגורמת לכל אחד מהצדדים להעריך כי יזכה בהליך.

ניתוח התנהגות רציונלית

**חישוב התובע (תוחלת הרווח): סיכויי התביעה \* סכום התביעה – עלויות =**

0<X כדאי לתבוע; 0>X עדיף לוותר...

**חישוב הנתבע (תוחלת ההפסד): סכום התביעה \* סיכויי ההפסד + עלויות =**

0>X כדאי להתגונן; 0<X עדיף לשלם...

כאשר תוחלת הרווח לתובע היא K40 ₪, ותוחלת ההפסד לנתבע היא K60 ₪ - ישנו מתחם פשרה בין הצדדים. אז למה יש מקרים שלא מגיעים לפשרה?

לפעמים התובע יחשוב שהתיק שלו חזק מאוד ובעל סיכויים גבוהים לנצח (למשל, אם סכום התביעה הוא K100 ₪ ולהערכתו סיכוייו הם 70%, תוחלת התביעה בעיניו תעמוד על K60 ₪. במקביל, ייתכן שהנתבע מעריך שתוחלת ההפסד היא K50 ₪ - ואז מתחם הפשרה שלילי ואין חפיפה בין הסיכון של הנתבע לצפי של התובע. כל אחד יעדיף להישאר במצב של ליטיגציה וניהול הליך בהתאם למה שהוא יודע.

* בעל דין רציונלי מעדכן כל הזמן את הערכותיו!

דרכים למניעת תביעות/עידוד פשרות:

1. **קיומו של דין ברור** (מהותי, דיוני, ראייתי) - מפחית אי-וודאות ומשפר את הערכות הצדדים
2. **חובות גילוי -** לחשיפת העובדות (באמצעות דיני ניסוח כתבי טענות, גילוי מוקדם, עידוד למו"מ וכו')
3. **ייקור עלויות ההליך** (בעיקר ע"י אגרות; מנגד, מצמצם את הגישה לערכאות)

מדוע ממשיכות תביעות נפסדות, שרציונלי להפסיקן?

**כשל העלות השקועה (sunk cost):** ככל שמתקדם ההליך, יש יותר מידע על סיכוייו. עם זאת, תוחלת ההפסד פוחתת כי רוב העלויות כבר הושקעו. כך, תביעות שמראש לא היו מוגשות (במידע מלא) - ממשיכות.

דוגמה: סכום התביעה הוא K100 ₪ ובשלב כלשהו גילינו שסיכויי התביעה אינם 70% אלא 30%. אולם, בשלב הזה כבר השקענו K30 ₪ בעלויות (מתוך K50 ₪). במצב כזה החישוב הרציונלי הוא שעדיף להמשיך את התביעה כי כבר הושקעו בה רוב הכספים. זהו מצב לא רצוי מבחינה חברתית.

פתרון אפשרי הינו הפחתת עלויות מוקדמות תוך העברה מוקדמת של מידע. עם זאת, העברה מוקדמת של מידע (כמו מידע מומחה, שבאמת יכול לשנות את דעת הצדדים) הינה יקרה. קיים מתח מובנה, שכן אם כבר שילמתי למומחה יצרתי עלות שקועה עוד לפני שהחלטתי אם לגשת לתביעה (וזה משנה את המשוואה).

נקודת המבט החברתית

להליך האזרחי החצנות שבעלי הדין לא מתחשבים בהן:

* **תועלות:** הרתעה, הנהרה, אזרחות...
* **עלויות:** בתי משפט, שופטים, אכיפה, חקיקה

יש אפוא פיצול מובנה בין האינטרס הפרטי של אנשים לבין האינטרס הציבורי של החברה כולה באשר לקיומה של ליטיגציה. במאמר המפורסם של שאוול הוא מדבר על ה-Fundamental divergence between the private and social motive to use the legal system. על הפיצול הזה, ככל שהוא מוביל להליכים שלא היינו רוצים שיתקיימו, יש לגשר באמצעות פיתוח כלים משפטיים בדין.

תקנה מס' 5 אומרת:

**"בית המשפט יאזן, לפי הצורך, בין האינטרס של בעלי הדין ובין האינטרס הציבורי**; לעניין זה, "אינטרס ציבורי" - נגישות הציבור למערכת ביהמ"ש לרות קיומו של ידון משפטי צודק, מהיר ויעיל, חיסכון במשאבי זמן ועלויות מניעת הכרעות סותרות ומניעת שימוש לרעה בהליך השיפוטי."

כלומר, המחוקק קבע שהאחריות לחשוב על החצנות ההליך מוטלת על השופטים, שלעיתים יצטרכו להגביל את חירותם של בעלי הדין לבחור לעצמם את תנאי ההליך. עליהם לקחת בחשבון גם את האינטרס החברתי.

קיים אפוא אתגר - לייצר תמריצים אפקטיביים לליטיגציה רצויה ולפשרה.

* כאמור, **אגרות** לא מתיימרות להביא להפנמת העלויות; **כללי העברת מידע** הינם יקרים ומעוררים עלות שקועה; וקיים **מתח עם תפיסת הגישה לערכאות כזכות.**

האם ניתן לתכנן את המערכת כך שמשאביה ינוצלו באופן אופטימלי?

* מיקום את התיק אצל "השופט/ת הזול/ה" ביותר (מבחינת העלות המצרפית של הזמן השיפוטי)
* לנתב תיקים בין בתי משפט כך שלא ייווצרו פקקים או רווחים
* ליצור יחידות והרכבים שימצו את יתרונות המומחיות

מנגד, קיימת **שאלה של גישה לערכאות.** אם נאמר שהאינטרס הפרטי קודם לאינטרס הציבורי, אז החברה צריכה לשאת בעלויות של מימוש הזכות לגשת לערכאות (ללא צורך באיזונים). אם שלחו אותנו לשופט "הזול ביותר", האם מומשה זכותנו לגישה לערכאות במובן של מתן מענה מיטבי לטענותיי?

האם ניתן לתכנן את ההליך כך שייווצרו תמריצים אופטימליים להתנהגות מחוץ לביהמ"ש?

האופן שבו הליך נראה משפיע על התנהגות אנשים עוד לפני שהם מגיעים לניהול ליטיגציה, בתחילת הפעילות שעשויה ליצור סכסוך. בניגוד למה שאולי ניתן היה לחשוב, **אין "הפרדה אקוסטית" בין ההליך המשפטי לעולם שמחוצה לו.** כאשר אנשים מבצעים בחירות אישיות ועסקיות הם מתחשבים בסיכוני הליטיגציה.

מאיר דן כהן כתב על זה שאנשים רגילים להפריד בין כללים שמטרתם להכתיב את התנהגות אנשים בעולם וכללים אחרים שמטרתם להכווין התנהגות של שחקנים בליטיגציה. אבל אלו לא עולמות שונים! גם לפי אוליבר הולמס (מראשי הריאליזם בארה"ב), המשפט קיים היכן שמפחדים ממנו. כלומר, כדי שלמשפט יהיה תוקף צריך לבדוק אם האוכלוסייה אכף תופסת אותו כ"אכיף", ככזה שאם יופר תהיה עליו סנקציה. לדוגמה, לאחרונה ביהמ"ש קבע כי ניתן לתבוע את פייסבוק גם בישראל. זוהי פסיקה דיונית טהורה, אבל ככל הנראה תשפיע מהותית על הדרך שבה פייסבוק תנהג בעתיד כלפי משתמשיה בישראל.

אמת/נכונות

האומנם תכלית רצויה? לעיתים האמת הינה פוגענית (שיקולי משמורת, למשל) או יקרה לחשיפה.

כשמדברים על אמת/נכונות, מדברים בעצם על הפחתת הטעות. אבל ישנם שני סוגי הפחתות שאינם חופפים:

1. **עמדת הפחתת הטעות -** הדרך הישירה יותר, שכל שופט שצריך להחליט בשאלה כלשהי יגיע לתשובה האפשרית הנכונה ביותר באותו שלב. זו עמדה שיוצרת הרבה טעויות למערכת כי היא לא מבחינה בין סוגים שונים של החלטות. יש החלטות שבהן הנכונות חשובה יותר מאשר באחרות.
2. **עמדת הפחתת עלות הטעות (error cost) -** לא כל הטעויות גרועות באותה מידה, שכן חלק מטילות על החברה והצדדים עלות שאינה גבוהה. האם ניתן לעשות סיווג שכזה מראש, ולעצב את הדין בצורה מחוכמת כך שימקד את ההסדרים שמקדמים נכונות בהחלטות שעלותן גבוהה?

למשל, עלות הטעות בתביעות בשווי גבוה גבוהה יותר מאשר בתביעות בשווי נמוך. אולם, יש כאן שאלה חברתית ואידיאולוגית מובהקת מכיוון שעלות מסוימת (גם אם גבוהה מספרית) עשויה להיות שונה עבור עובד מול מעסיק לעומת סכסוך שתי חברות מסחריות.

תכליות חלופיות אפשריות: סיום/יישוב הסכסוך; קול/השתתפות (תכלית דמוקרטית בעצם ההשתתפות).

איך מעצבים הליך שמקדם תוצאות נכונות? נגזרת מבנית: בין שיטה אדברסרית ואינקוויזיטורית.

1. **בשיטה האדברסרית - ההליך מנוהל בידי הצדדים.**
* הצדדים יוזמים ותוחמים את גדר המחלוקת (לא בהכרח לפי האמת!)
* הצדדים יריבים זה לזה (פועלים להפרכת הנרטיב המתחרה, לא בהכרח באמצעות חשיפת האמת)
* בית המשפט פסיבי וניטרלי

 יתרון: חשיפת האמת בתהליך דיאלקטי (תזה ואנטי-תזה) [מקדם את תכלית האמת]

* חיסרון: הקצנה וטשטוש האמת עקב התחרות

יתרון: נטרול דעות קדומות של השופט, סיבוך תהליך הבנייה של נרטיב מתבקש [מקדם את תכלית ההוגנות]

* חיסרון: יותר אפשרויות להטיית השופט

יתרון: ניהול ההליך בידי בעלי המידע הרב ביותר [מקדם את תכלית היעילות]

* חיסרון: בזבוז משאבים לצדדים ולמערכת

יתרון: מימוש זכות השימוע וההשתתפות [מקדם את תכלית האזרחות]

* חיסרון: הזדמנות אמיתית רק לבעלי היכולת
1. **בשיטה האינקוויזיטורית - השליטה בהליך נתונה לידי השופט.**
* חופש הפעולה של הצדדים מוגבל.
* הליך זה מפחית את ההטיות במחיר של הפחתת המידע.
* ייתכן שיהיו דברים שהשופט לא יגיע אליהם (עדיף, לביטול ההטיות או צמצום הפערים בין הצדדים)

בישראל ניכרת מגמה של שחיקת האדברסריות לטובת מודל משולב עם רכיבים אינקוויזיטוריים מובהקים:

* עלייה בשופט כמנהל ההליך וכיוזם פעולות (בין היתר באמצעות עלייה בתהליכי קדם-משפט)
* ס' 61(ב) לחוק החוזים מאפשר להשליך עקרונות כמו תום לב וחובות גילוי לתחומים שאינם חוזיים
* עידוד פשרות

תקנה 3 לתקנות החדשות מסדירה את ניהול המשפט וחובות בעלי הדין:

3. (א) בית השפט אחראי על ניהול ההליך השיפוטי לשם הגשמת המטרות שביסוד תקנות אלה; לשם כך עליו ליזום, אם נדרש, ולהחליט כל החלטה לפי תקנות אלה במטרה לקדם את התנהלותו של הליך ראוי והוגן.

(ב) חובת בעלי הדין ובאי כוחם היא לסייע לבית המשפט בקיום המוטל עליו לפי תקנות אלה, וכן לנהוג בתום לב ובהגינות דיונית תוך שהם מסייעים במימוש התכלית הדיונית, ובכלל זה העמדת הפלוגתות האמיתיות שבמחלוקת בין בעלי הדין, מיקודן, בירורן והכרעה בהן.

תקנה 35 מחייבת את הצדדים להיות "בקשר" זה עם זה מחוץ לכותלי המשפט. זוהי חובה חדשה ואנטי אדברסרית מובהקת, המאלצת את הצדדים לתחום את הפלוגתות, לנסות לפתור את המחלוקת באמצעים חלופיים או לכל הפחות לפעול לצמצום וייעול ההליך המשפטי.

ס' (ב): במהלך הדיון המקדמי יאפשרו הצדדים עיון במסמכים הנחוצים וישיבו זה לזה על שאלות המענה להן נחוץ לצורך ליבון הפלוגתות וצמצום המחלוקות ביניהם תוך שהם נוהגים בשקיפות מרבית.

לסיכום, ישנו מתח בין תכליות סדר הדין האזרחי. לא תמיד יעילות הולמת את האמת, ההוגנות או הדמוקרטיה. גם מובנים שונים של הוגנות/שוויון לא תמיד הולמים זה את זה (צדק דיוני, חלוקתי או מהותי).

המשפט הדיוני הוא במידה רבה משפט מהותי, שכן הוא מקצה זכויות, מחלק משאבים, יוצר תמריצים (מכווין התנהגות) ולא אחת מכריע משפטים!

הגישה לבית המשפט

זכות הגישה לערכאות

**בג"ץ עדאלה נ' שרת המשפטים (2018)** עסק בגישה לערכאות של זר, ועניינה בחקיקת תקנה 166א לתקנות בית הדין לעבודה שקבעה שמי שרוצה לתבוע צריך להפקיד ערובה לתשלום הוצאות. בכך התקנה הפכה את ברירת המחדל (שקבועה בתקנה 157, ומותירה לביהמ"ש שיקול דעת האם לחייב את התובע במתן ערובה לתשלום הוצאות הנתבע – לרוב כתלות בסיכויי התביעה וביכולת הפירעון של התובע). לפי התפיסה הרווחת, אין צורך בערובה ושעל הנתבע הנטל לשכנע את ביהמ"ש שאם התובע יפסיד אז לא יהיה בידו לעמוד בתשלום ההוצאות. **תקנה 116א** **וקובעת שבכל מצב שבו יש תובע זר בבית הדין לעבודה הוא יידרש לשלם ערובה.** מצב כזה מדליק "נורה חלוקתית", שכן יהיו מי שלא יוכלו לעמוד בערובה כספית מראש. הפרשה חשפה שאלה מתודולוגית מעניינת - **כיצד מודדים גישה לערכאות? איך אפשר לדעת אם הגישה לערכאות נפגעה?** ביהמ"ש העליון ביקש מכל צד לספק נתונים אמפיריים בנושא, אבל ספק אם מבחינה מחקרית-אמפירית ניתן להסתמך על הנתונים שנאספו. שאלה אחרת, שכבר יורדת לעומק הדין המהותי (משפט ציבורי) היא **מהם הקריטריונים שנפעיל על טענת הפגיעה בזכות הגישה לערכאות?** **סבירות** **ההחלטה** (שיח מנהלי קלאסי) **או חוקתיות** (חו"י: כבוה"א ומבחני מידתיות)? ביהמ"ש בחר שלא ללכת במסלול החוקתי השלם.

ברקע של עדאלה מוזכר **פס"ד מ"י נ' עזבון איברהים** (2004). בעבר היו הרבה תביעות נזיקיות של תושבי עזה נגד מדינת ישראל ואפילו חוקק חוק בנושא (שעבר ביקורת שיפוטית חריפה ובוטל בחלקו). המדינה ביקשה להורות לתובעים להפקיד ערובה לכיסוי הוצאות המדינה אם יפסידו, וביהמ"ש קבע שהמדינה היא ככל בעל דין בדין האזרחי ויש לה זכות להתגונן מפני מצב "מסוכן" שבו תובע לא ישלם את הוצאותיה.

עוד ברקע, **דנ"א מדינת ישראל נ' דיראני (2014):** גישה לערכאות של אויב. ישנו עניין במשפט המקובל שאומר "אין מבררים תביעתו של אויב" -כלומר, בתי המשפט של המדינה לא צריכים לברר תביעות של אויבי המדינה (דוקטרינה מורכבת שמיושמת בעיקר בעיתות מלחמה). המדינה טענה שדיראני נחשב לאויב ולכן יש לסלק את תביעתו מרגע שהוא הצטרף מחדש לחזבאללה (המדינה ניהלה את התביעה כל עוד דיראני הוחזק בישראל, אך טענה שברגע שלא הוחזק כאסיר אלא היווה אויב פעיל - יש לסלק את התביעה על הסף). נשאל **האם התביעה מסייעת לאויב? האם כנות הכוונות של התובע רלוונטית? האם החסם זמני או קבוע?**

השופט גרוניס הכריע שיש לקבל את טענת המדינה ולהשתמש בטענה שאין מבררים תביעתו של אויב. יש להדגיש כי מדובר **בחסם זמני,** החל רק כל עוד קיים מצב של מלחמה בין ישראל לחזבאללה והוא חלק מהארגון. פסק הדין עורר שאלות רבות על זכויות דיונים כלליות במשפט, כגון האם כנות הכוונות של התובע רלוונטית? שאלה שמתעוררות לא רק אצל טרוריסטים אלא גם אצל אנשים ללא עניין אישי בליטיגציה. השופטת פרוקצ'יה דיברה בהרחבה על כך שככל שלאדם יש פחות חירות אישית בחייו האישיים (כמו אסיר) כך יש להרחיב דווקא את זכות הגישה שלו לערכאות. דעות מיעוט אחרות טענו שייתכן שדווקא דיון באדם כמו דיראני תעזור לתדמית של ישראל (כלומר, התביעה לא מסייעת לאויב). האם הדיון בזכות הגישה צריך להשתנות כשעוסקים בתביעות נגד המדינה? הטענה באותו מקרה הייתה להפרה קיצונית של זכויות אדם, כך שאחת הדעות גרסה שזהו תפקידו של ביהמ"ש לפקח על ההתנהלות המדינתית. מנגד נטען שזה יעודד לטעון להפרות זכויות אדם כדי שביהמ"ש יעסוק בתיק שלהם.

מקורות נורמטיביים לזכות הגישה

1. **זכות פרטית:**
* זכות תוצאתנית, תנאי למימוש הזכויות המהותיות. זכות נגזרת שנולדת כשזכות עיקרית נפגעת.
* זכות דאונטולוגית, מהותית ועצמאית. זכות הטיעון כחלק מכבוד האדם.
* זכות מוקנית (entitlement, זכאות) במדינת הרווחה המנהלית. המדינה החליטה לספק לאזרחים.
1. **אינטרס שלטוני:**
* ביטוי להפרדת הרשויות - תנאי לקיום הרשות השופטת (הפסיבית). חשין הגדיר את זכות הגישה לערכאות כזכות החשובה ביותר בדמוקרטיה, כ"נעלה על זכות יסוד".
1. **הסברים ביקורתיים:**
* הגמוניה ולגיטימציה - ההליך כאוורור, השקטה, נטרול אנרגיה פוליטית.
* סובלימציה - תיעול מאלימות למילים.

שאלות נורמטיביות

1. **עיגון בחוקה?**

בישראל אין הוראה מפורשת שעוסקת בזכות הגישה לערכאות.

לפי ברק, מדובר בזכות משתמעת. אי אפשר להבין את החוקה הישראלית בלי זכות הגישה לערכאות (מהדהד את האמירה של חשין). מעמדה של זכות הגישה לערכאות כשל זכות כתובה, היא פשוט לא כתובה במילים אלא נובעת מהמשטר שהחוקים יוצרים.

לפי חשין, מדובר בעקרון יסוד של השיטה. כדי לממש זכות בישראל צריך לפנות לערכאות.

1. **זכות הגישה למה? מהן "ערכאות"? (Justice)**

יש להגדיר כיצד הזכות מתממשת. האם בכל בית משפט, או ערכאה מסוימת? מי צריך להחליט במשפט כדי שהזכות תתקיים - שופט? רשם? רשם בכיר? ועדת ערר? בוררות?

1. **זכות הגישה למי?**

האם כל אחד זכאי לזכות הגישה? או שרק תושב/אזרח? (נגזרת של השאלה האם מדובר בזכות או שירות). האם הזכות שייכת ליוזם (מי שמרגיש שנפגע) או למגיב (מי שרוצה להתגונן)?

1. **גישה בתנאים?**

בניגוד למקרי חירום רפואיים, שבהם נותנים שירות מבלי לשאול שאלות - במשפט צריך לכתוב כתב תביעה כדין ולפעמים אפילו להיות מיוצג ע"י עו"ד. האם זכות הגישה הינה הזכות (חירות) לנהל הליך, או הזכות לקבל תוצאה? תובענה ייצוגית, למשל, שוללת גישה לערכאות מקבוצות גדולות של אנשים כי אנחנו סבורים שיש זכות שביהמ"ש ידון בעניין באופן הוגן, אך הזכות לא מחייבת שהתביעה תיעשה דווקא על ידי X.

מציאות של חסמים

1. חסמים כלכליים מראש (אקס אנטה)
* **אגרות:** ס' 83, תקנות בתי המשפט (אגרות)
* **ערבויות:** תקנה 157, סעד זמני, ערעור
1. חסמים כלכליים בדיעבד (אקס פוסט, מרתיעים מראש)
* **הוצאות:** תקנות 157-151, כולל התחשבות באופן ניהול ההליך [151(ג), 156]
1. חסמים דיוניים
* הגבלות על **אופן ניהול ההליך** (סמכויות, מועדים, אורך כתבי בי-דין...)
* **עילות סף** (מעשה בית דין, התיישנות, שיהוי, עמידה, שפיטות, בשלות...)
1. חסמים מערכתיים
* טריבונלים כעין-שיפוטיים (בתי דין דתיים, בתי דין מנהליים, ועדות ערר)
* הפניה לחלופות ADR (בוררות, גישור, מהו"ת)
* במצבים כאלה נשאלת השאלה האם הצדדים אכן קיבלו את זכות הגישה לערכאות?
1. חסמים מעשיים
* עלות (ייצוג, זמן עבודה, עלות נפשית)
* מרחק (בין ערים או מדינות)
* שפה
* מורכבות (חוקים מסובכים, תחומים הדורשים מומחיות)

סמכות שיפוט

Juridsiction - חיבור בין המשפט והדיבור. סמכות שיפוט הינה היכולת לתרגם מילים לכוח.

1. **משמעות במובן המהותי-חיצוני: הכוח לחייב פעולה לפי אותה החלטת בית משפט.**
* היכולת להביא את גופי המדינה להפעיל אלימות
* יש כאן שאלה של לגיטימציה; בהיעדרה אין סמכות, המילים הן רק מילים והנמען פטור מלקיימן.

קאבר אמר שהשפיטה מהווה פיצול של המילה והכוח. זה שיש יחידת אכיפה נפרדת מיחידת "המילה" וההחלטה זה דבר מכונן, קריטי לשימור מעמדה של הרשות השופטת. החיבור שבין מילים לכוח אינו טבעי. לאנשים יש נטייה כללית לא להיות אלימים אם הם יכולים. השופטים יגידו את המילים ומישהו אחר יבצע את האלימות. כך הפעלת האלימות היא "בסדר" כי האחריות היא על השופטים (דוגמאות: הניסוי של מילגרם; הטענה של אייכמן להגנת הצידוק - לא הייתי אחראי כי מישהו נתן לי הוראה לבצע את הפעולה).

1. **משמעות במובן המעשי-פנימי:** האם לביהמ"ש הרשות לדון בתיק, לקיים משפט ולהגות ציוויים?
* הסמכות לעשות שימוש במשאבי השפיטה
* עקרון החוקיות: בג"ץ סימה אמיר כדוגמה למצב שבו ביה"ד הרבני לקח לעצמו סמכויות יתר

מקובל לומר שהסמכות להכריע בשאלת סמכותו של בימ"ש מסוים בעניין מסוים נתונה לביהמ"ש עצמו.

סמכות ביחס למה?

1. **סמכות על האדם** **(הנתבע)**

האם יש סמכות לשפוט את האדם**?** ככלל, הבסיס הינו טריטוריאלי ("תחום השיפוט"). בסמכות שיפוט בינ"ל כל מדינה בעולם היא "אזור שיפוט"; בסמכות שיפוט מקומית מדברים על מחוזות בתוך המדינה.

עם זאת, ניתן להתנות - הנתבע יכול להסכים לסמכות (כאשר התובע הינו בחזקת מסכים).

1. **סמכות על העניין**

בישראל סוג סמכות זה מכונה "סמכות שיפוט עניינית" - האם יש סמכות לשפוט בסוג המקרה? זוהי שאלה מהותית הבודקת האם לביהמ"ש יש סמכות לעסוק בסוג המקרה שהובא לפניו.

ככלל, לא ניתן להתנות (שאלות של ארגון כוחה של המדינה, היבטי כשירות, אחריותיות, לגיטימציה).

לעיתים תהיה סמכות שיפוט ייחודיות לערכאה מסוימת (כמו בי"ד רבני בענייני נישואין וגירושין), ולעיתים תהיה סמכות שיורית.

בדיקת סמכות שיפוט: סדר העניינים

1. **סמכות בינ"ל -** באיזו מדינה ניתן לתבוע?
	* האם ניתן לתבוע בישראל?
2. **סמכות עניינית -** באיזה סוג בימ"ש ניתן לתבוע?
3. **סמכות מקומית -** באיזה מחוז שיפוט (שבו קיים בימ"ש מוסמך עניינית) ניתן לתבוע?

בכל אחד מהשלבים תיתכן חפיפה/הקבלה, ואז נדרש מנגנון ניתוב (פורום שופינג, הגרלה, מתכנן מרכזי...).

לעיתים תיתכן התלכדות, כאשר קיימת סמכות עניינית ארצית (למשל - בג"ץ, ביה"ד לענייני ימאות בחיפה).

לעיתים תיתכן התפצלות - למחלקה הכלכלית בת"א יש סמכות מקומית רק בת"א.

סמכות שיפוט בינ"ל

סמכות שיפוט בינ"ל היא שאלת הסמכות הטריטוריאלית של הפורום הישראלי. במצב כזה תופסים את ישראל כבית משפט "אחד" ושואלים אם הוא רשאי לדון בתביעה. היות שאנשים ונכסים הם ניידים (דהיינו, חוצי גבולות), יש חשיבות להסדרה בתחום. שלושת התחומים המרכזיים במשפט הבינ"ל הפרטי הינם: סמכות השיפוט, ברירת הדין ואכיפת פסקי דין זרים. אנחנו נתמקד בסמכות השיפוט.

**הבסיס לסמכות השיפוט הינו תפיסה טריטוריאלית פיזית.** דהיינו, סמכות על מי שנמצא בתחום השיפוט.

* היבט פוליטי: כיבוד עקרון הריבונות והגבולות (יחסים בינ"ל, לא מתערבים בענייני האחר).
* היבט מעשי: יותר אפקטיבי ופשוט לאכוף פסקי דין במדינה שבה הם ניתנו.

 בעיות עם התפיסה הטריטוריאלית:

1. **תפיסת חסר - היעדר סמכות על סכסוכים רצויים.** תקנה 166 (500 הישנה) להוות מעין "יד ארוכה" ולהסדיר מצבים שבהם הפורום הישראלי יפעיל סמכות שיפוט מבלי לבקש רשות ממדינות האחרות. דוגמה נוספת היא ס' 4ב1 לחשבד"ר שמעניק לבתי הדין הרבניים סמכות בינ"ל בסרבנות גט.
2. **תפיסת יתר - סמכות על סכסוכים לא רצויים.** במצב כזה משתמשים בדוקטרינת פורום לא נאות - ישראל מוסמכת לדון בתיק אבל ביהמ"ש בוחר שלא להפעיל את סמכותו. מעין עילת סף חיצונית. ניתן לראות מצבים שבהם הדין הישראלי מוותר מיוזמתו על סמכות (למשל, חוק השאלת נכסי תרבות (הגבלת סמכות שיפוט) שנועד למנוע עיקול יצירות בהגעתן לארץ, ואז מוזיאונים לא ישאילו לישראל).

אתגרי הסכסוך הבינ"ל

* **עלויות בירור הסמכות (בדיעבד)**

יקר יותר לנהל סכסוך בינ"ל מאשר סכסוך מקומי, וישנה גם עלות מיוחדת בשל אי הוודאות באשר לשאלת הסמכות הבינ"ל (עלויות ביטוח מפני סיכוני החלופות – לא ידוע מה הפורום הצרפתי יחליט בקשר לסמכות).

הפתרון לכך הינו תניית שיפוט - שמקנה סמכות מראש, אקס אנטה, ומאפשרת לבחור בין פורומים מוסמכים. לתניית שיפוט אין אפשרות לשלול סמכות או לשלול את תחולת דיני החוזים.

1. **קשיי תיאום בין הפורומים**

אין ערכאת על שקובעת שבמקרה של מחלוקת התיק הולך לכאן או לכאן. הפתרון הינו הליך תלוי ועומד - אם אחד הצדדים אומר שישנו הליך שמתנהל במקום אחר, ביהמ"ש יכול (בהתאם לשיקול דעתו) להימנע מלדון באותו מקרה. חשוב לזכות שאם שתי ערכאות יפסקו באופן סותר לגבי אותו נכס תהיה בעיה באכיפה.

שני שלבי הפעלת הסמכות

1. **רכישת סמכות שיפוט בינ"ל בישראל (רכיב מכני):**
2. ע"י המצאה (בארץ או בחו"ל, תקנה 166); **או**
3. ע"י תניית שיפוט (ייחודית או מקבילה)
4. **שיקול דעת ביחס להפעלת הסמכות** (פורום לא נאות)

המצאה לנתבע בארץ

דרך המלך לרכישת סמכות הינה "טריטוריאלית", האדם נמצא בארץ ואז הפורום מוסמך לדון בעניינו. יש בכך הגיון מבחינה אכיפתית וריבונית, אבל מנגד - קל לפגוע בסמכות במצב כזה ע"י יציאה פשוטה מהארץ. לפיכך, נקבע שהנתבע לא צריך להיות בטריטוריה לאורך כל התהליך **אלא די ברגע נקודתי - מועד מתן כתב התביעה (המצאה), שמעניק לפורום סמכות על הנתבע.** צמצום קיצוני של רעיונות הסמכות הטריטוריאלית. ההמצאה מהווה מעין פרוקסי, קירוב לרעיון הנוכחות בטריטוריה. כתב התביעה הומצא (=ניתן) בארץ, ומבחינת המשפט הישראלי הנתבע בארץ ולכן הוא "נתפס" ויש עליו סמכות.

158 (א) מטרת ההמצאה היא להביא לידיעת הנמען את תוכנו של מסמך שנדרש שיהיה בידיעתו, ולעניין כתב הטענות הראשון המוגש - **גם להחיל על הנתבע את מרות בית המשפט.**

תקנות 169-158 עוסקות בדיני המצאות (וסיבוכים בהמצאות...). ברירת המחדל היא המצאה לבעל הדין גופו, אבל אפשר גם להמציא לעו"ד מיופה כוח (באותו עניין) או למורשה לקבלת כתבי בי-דין. "ההתלבשות" על רגע ההמצאה יצרה שילוב מעניין של פיזיות ורגעיות שמעורר שאלות עובדתיות מגוונות (פס"ד וינקלר).

המצאה לנתבע שבחו"ל - המצאה קונסטרוקטיבית

יכול להיות מצב שבו הנתבע אינו נמצא פיזית בארץ, אבל הדין מסתפק בחלופה שרואה בנתבע ככזה שנמצא בארץ. רואים זאת במובן מסוים בהמצאה למורשה או עו"ד, אבל מדובר במצב שבו יש הסכמה של הנתבע. מה קורה במצבים שבהם הנתבע אינו בארץ ולא מבצע פעולה א-פריורית להרשאה בארץ? כאן רואים מצבים שבהם **הדין רוצה להגמיש את התנאי של נוכחות באופן פיזי.**

* תקנה 163(ב) – "לארץ מבני משפחתו הגרים עימו" (הנחה: יעביר לנתבע)
* תקנה 163(ג) – "לנציג" (כאשר הנתבע מחוץ למדינה ניתן להמציא לנציגו הקבוע בענייניו בישראל)

מיהו "נציג"? מהו "עניין"? אלו שאלות פרשניות שנגזרות מהמדיניות הנבחרת ביחס לנתבעים שלא מקיימים את תנאי הנוכחות בטריטוריה, וקשורה במידה רבה ליחסים בינ"ל ורגולציה כלכלית של המשק הישראלי. בעבר הקביעה של "מורשה" התבססה על מבחן "אינטנסיביות הקשר" (פס"ד כרמל דיירקט).

המצאה לנתבע שבחו"ל - המצאה מחוץ לתחום

תקנה 167-166: ניתן להמציא מחוץ לתחום המדינה באישור בימ"ש. זהו הסדר מיוחד שבו הדין חורג מפורשות מהעיקרון הטריטוריאלי ומתיר המצאה של כתב תביעה (רכישת סמכות) מחוץ לתחום.

זהו הליך מורכב, יקר וחריג (פריצה מהריבונות!). התובע מוגבל ועליו לספר ראיות ראשוניות לשם כך:

* תקנה 167(א): ביסוס בתצהיר של עילה לכאורה.
* תקנה 167(ב): ניסוח חדש לשיקול דעת ביהמ"ש.
* תקנה 168 מדברת על הליך ראשוני במעמד צד אחד (ex parte), המאפשרת להתנגד בדיעבד. כך, במצב שבו ביהמ"ש נותן היתר המצאה לחו"ל במעמד צד אחד, הצד הנתבע יכול לערער על כך.

יש מגוון עילות-זיקות שונות לפורום: ראיות/אכיפה בישראל, השפעה על ישראל, קיים הליך בישראל וכו'.

תניית שיפוט

הפורום הישראלי מכיר ברכישת סמכות באמצעות המצאה או באמצעות תניית שיפוט בהסכם (נאכפת במסגרת דיני החוזים – כולל דיני הפגמים, תו"ל, תקנת הציבור, חוזים אחידים וכו').

אם ניתן להתנות ניתן להסכים: השתתפות בהליך=הסכמה!

* **יש לעורר טענת חוסר סמכות בהזדמנות הראשונה! (תקנה 29)**

סוגים טיפוסיים של תניות שיפוט (שאלה של פרשנות):

* תניית שיפוט ייחודית (סמכות רק במדינה x)
* תניית שיפוט מקבילה (סמכות גם במדינה (x

תניית שיפוט לא יכולה לשלול סמכות שנרכשה כדין - כלומר, ייתכן שידונו גם בפורום שונה מזה שהוסכם (אך ככלל, בתניות שיפוט ייחודיות ביהמ"ש ימנע מלהתיר את התניה [הפרת חוזה] בהיעדר סיבה טובה).

פס"ד Nantucket: האם מדובר בתניית שיפוט ייחודית או מקבילה? במחוזי נקבע שמקבילה (פירוש נגד המנסח; חוזה אחיד) בעוד שבעליון נקבע שמדובר בסמכות ייחודית, ועדיין... ישנו שיקול של פיצול הדין - ניהול דיון בשני פורומים במקביל. יש על כך ביקורת: ודאות, עלויות, הדדיות.

שיקול דעת: הפורום הנאות

גם אם נרכשה סמכות כדין, יש לשכנע את ביהמ"ש שיש להפעיל אותה (ישראל = פורום נאות).

שיקולים בולטים לקביעה בנושא פורום נאות:

* **מירב הזיקות** (איפה הכי הגיוני שההליך יתנהל? בוחנים את הראיות, האכיפה, הדין; תקנה 166(4)(ב))
* **ציפיות סבירות של** הצדדים (אקס אנטה, האם התנהגות הצדדים גילתה ציפייה סבירה לדון בישראל)
* **אינטרס הפורום** (עניין ציבורי, שוק מקומי, הדדיות; כל שופט מחליט)

**ת"א עזבון צ'סר נ' זיידאן:** תביעה של נפגעי טרור, נפסק שישראל הפורום נאות בהתבסס על חוק הלאום.

* שיקול צד: מהי מידת "האשם" של התובע בהיעדרו של פורום חלופי? מדוע נמנע מלתבוע בפורום אחר (למשל, נזכר להגיש תביעה באיחור אחרי שחלפה תקופת ההתיישנות בפורום החלופי).

סמכות שיפוט בינ"ל: סיכום

ישנו טשטוש תחומים ניכר בין מצבי שיקול הדעת: המצאה למורשה, המצאה מחוץ לתחום ופורום נאות.

ההבדלים קשורים לנטל הראייתי. מקובל שבהמצאה בארץ נטל ההוכחה בטענת פורום לא נאות מוטל על הנתבע. לעומת זאת, בהמצאה מחוץ לתחום מניחים שהטל להוכחת פורום נאות מוטל על התובע.

השאלה החלוקתית: על מי תוטל עלות ההתדיינות בחו"ל? לכאורה השינויים הטכנולוגיים היו אמורים להוביל לאדישות, אבל בפועל ביהמ"ש נוטה לגונן על אינטרסים של ישראלים (שכן יקר יותר לנהל סכסוך בחו"ל). נדרש שת"פ - או תחרות מתוחכמת - בין כל המדינות כדי למנוע פגיעה באזרחינו.

סמכות שיפוט מקומית

אחרי שמצאנו כי ישראל היא הפורום המוסמך, יש לבדוק סמכות עניינית (בהמשך) ואז לבחון מהי סמכות השיפוט המקומית. באיזה מחוז שיפוט תוגש התובענה? צפון, חיפה, ת"א, ירושלים, באר שבע או מרכז?

תכליות סמכות השיפוט המקומית

* **התכלית המסורתית: שפיטה בידי הקהילה המקומית**

האנלוגיה לכך היא שיטת המושבעים (jury of one's peers). לכאורה להישפט ע"י מי שקרוב אליי מבחינה תרבותית מקל עליי לקבל את גזר הדין (=לגיטימציה). אולם, האם רלוונטי בישראל?

* **התכליות המודרניות: תועלת למערכת, תועלת לבעלי הדין**

התועלת למערכת מתבטאת בניתוב תיקים ופיזור העומס על בתי המשפט.

התועלת לבעלי הדין מתבטאת הן טרום הסכסוך (בהחלטה לגבי מיקום הפעילות העסקית) והן לאחר היווצרותו – פורום שופינג (בחירת הצדדים היכן למקם את ההתנהגות שלהם בהתאם לסוג ותחום השיפוט). הדין הישראלי חושב במנגנון שוקי, מי שמחליט את תחום הסמכות הוא התובע. עם זאת, עדיין ייתכנו כשלי שוק שבהם כולם ינסו להגיע לתחום שיפוט מסוים כי בו כנראה תתקבל תוצאה רצויה, ואז יהיה עומס.

* **תועלות הפרט: נוחות (זולות) הדיון**

מגמות בסמכות השיפוט המקומית

בעשורים האחרונים רואים התלבטות נמשכת ביחס למידת החשיבות של הבחנות הסמכות המקומית. האם הסמכות המקומית עדיין חשובה בהינתן העיתים הטכנולוגיים, גודלה הקטן של המדינה וכו'? אולי צריך להתעסק רק בניתוב תיקים יעיל? ואולי יש היבט של זכות, שמגיע לאדם לממש את זכותו במקום מסוים?

* מצד אחד ישנם שיקולים חלוקתיים (למשל, ס' 4(9) לחוק החוזים האחידים) שבגינם נרצה לאפשר נגישות רבה יותר לבתי המשפט.
* מצד שני, שיקולי יעילות מערכתית - מניעת ליטיגציה מקדמית על עצם מקום השיפוט.

בפועל יש אנשים שאם התביעה תתרחש רחוק מהם, גישתם לערכאות תישלל דה פקטו כי לא יוכלו לפספס יום עבודה. העליון לא אוהב שמתווכחים אצלו על סמכות מקומית ובד"כ אומר שהדיון יישאר איפה שהוגש.

* התקנות החדשות מתעדפות פשטות על חשבון דיוק, הכללים מעטים ובהירים יחסית כשהשאיפה היא ודאות מוקדמת באשר למקום השיפוט.

סמכות שיפוט מקומית עוסקת רק **בהבחנה בין מחוזות**. תקנה 10(14) קובעת כי התובע יכול לציין העדפה בין בתי משפט השלום השונים במחוז והנשיא יוכל להעביר את התיק ביניהם (ס' 49 לחוק בתי המשפט).

דיני הסמכות המקומית, ובפרט היכן להגיש כל תובענה, מעוגנים בתקנות 8-7. **הסמכות נתונה למחוז שבו מתגורר הנתבע,** ובדומה לסמכות בינ"ל - **נרכשת ברגע ההגשה כדין.** גם כאן מדובר בהיבט רגעי ופיזי, שממשיך להשפיע על ההליך גם אם הנתבע עובר דירה למחוז אחר (הסמכות נותרת בידי המחוז "המקורי").

* שוב – טענת חוסר סמכות יש לעורר בהזדמנות הראשונה!

התקנה העיקרית בנושא זה הינה תקנה 7(א) רישא שקובעת הליכה אחר הנתבע:

"**תובענה תוגש לבית המשפט המצוי במחוז שיפוט של מקום מגוריו או מקום עסקו של הנתבע** ואם הייתה התובענה במקרקעין תוגש לבית המשפט שבמחוז שיפוטו הם מצויים; אם קיים הסכם בין בעלי הדין על מקום השיפוט, תוגש התובענה לבית המשפט שעליו הוסכם".

תקנה 7(ב) עוסקת בכתב תביעה בשל פרסום או סחר באינטרנט. בעבר ניתן היה להגיש תביעה שכזו בכל מקום בארץ, אולם כיום התקנות קובעות שעל התביעה להיות מוגשת במקום מגוריו של התובע או הנתבע (אך אם התובע הינו עסק, יש ללכת אחר הנתבע).

"כתב תביעה בשל פרסום או סחר ברשת האינטרנט יוגש לבית המשפט שבאזור שיפוטו מצוי מקום מגוריו או מקום עסקו של הנתבע או התובע; הגיש בעל עסק תביעה כאמור, תוגש התביעה במקום עסקו או מקום מגוריו של הנתבע בלבד".

יש לכך גם **סיבה חלוקתית -** לעיתים קרובות **לעסקים יש פריסה ארצית עם סניפים בכמה מחוזות,** ואז הכלל הוא שאם יש ליותר מפורום אחד סמכות - התובע רשאי לבחור באיזה פורום להגיש את התביעה.

חריג נוסף לכלל של הליכה אחר הנתבע מצוי בס' 7(א) מציעתא - תובענה במקרקעין תוגש לביהמ"ש שבמחוז שיפוטו המקרקעין מצויים. הרציונל הוא המקרים החריגים שבהם השופטים "יורדים" לבחון את הקרקע.

גם כאן ניתן להכניס בחוזה **תניית שיפוט** הקובעת היכן תתנהל הליטיגציה - תקנה 7(א) סיפא. זאת, למעט בתביעות קטנות (שאמורות להיות הזולות ביותר ולכן מצמצמים עוד יותר עלויות) ובחוזים אחידים.

תקנה 8 קובעת סמכות מקומית שיורית למחוז ירושלים.

סמכות שיפוט עניינית

סמכות שיפוט עניינית מבחינה בין סוגים שונים של בתי משפט. השדרה המרכזית של סדר הדין האזרחי בישראל הינה ביהמ"ש העליון (בג"ץ וערעורים), ביהמ"ש המחוזי (אזרחי, מנהלי, כלכלי, ערעורים) ובימ"ש שלום (אזרחי, תביעות קטנות ומשפחה).

* ראשית **יש לדעת לאיזה סוג ערכאה יש להגיש את התביעה ורק אז לחשוב לאן להגיש אותה,** מאחר ולא כל ערכאה מחולקת בהכרח לשישה מחוזות. לדוגמה, בג"ץ יושב רק בירושלים ובעל סמכות ארצית; ביהמ"ש הכלכלי יושב רק בת"א ובחיפה וכו'.

במקביל לשדרה המרכזית ישנן גם מערכות מקבילות כמו בתי דין לעבודה, בתי דין רבניים ובתי דין מנהליים בעלי היררכיה נפרדת. הדרך להגיע מהם לשדרה המרכזית הינה רק באמצעות עתירה לבג"ץ.

אנחנו נתמקד בסמכות האזרחית של ביהמ"ש המחוזי ובימ"ש שלום.

**סמכות שיפוט עניינית, להבדיל מסכות שיפוט בינ"ל ומקומית, עוסקת בארגון כוחה הכופה של המדינה - ולכן הדין הוא שיקבע את הסמכות** ולא הצדדים.

משמעויות עקרוניות לתובנה זו:

1. **לא ניתן להתנות על סמכות עניינית -** החברה כולה, כעניין דמוקרטי, מחליטה למי לתת להפעיל את הכוח הכופה. הצדדים לא יכולים להסמיך שוטר או בעל חנות להפעיל את כוחה הכופה של המדינה.
2. **ביהמ"ש יכול לעורר את שאלת הסמכות מיוזמתו -** במצבים מסוימים ביהמ"ש אף חייב לעשות כן, פן יפעל בחריגה מסמכות. בבג"ץ סימה אמיר הצדדים חתמו על הסכם שנתן לביה"ד הרבני סמכות בדבר שבג"ץ קבע שלא היה בסמכותו, והיה עליו להחריג את עצמו עניינית מטיפול באותו נושא.
3. **ניתן לעורר את שאלת הסמכות בכל שלב בהליך, ולא רק בהתחלה -** היות שתקנה 29 החדשה קובעת כי יש להעלות טענת חוסר סמכות בהזדמנות הראשונה, ולכאורה עוסקת גם בסמכות עניינית, עולה השאלה האם התקנה חוקתית (שכן היא מתנגשת עם חוק בתי המשפט שעליון לה).
4. **ניתן לעורר את שאלת הסמכות בתקיפה עקיפה -** אם ביהמ"ש ניהל הליך שלם בהיעדר סמכות עניינית ואפילו נתן פסק דין, הנתבע יכול לעורר תקיפה עקיפה ולטעון כי אין תוקף לפעולת ביהמ"ש, שהייתה חסרת תוקף מלכתחילה. הוא יעשה זאת בטיעון כלפי הוצל"פ או בהליך נפרד. דרך פעולה זו מכונה תקיפה עקיפה, בניגוד לתקיפה ישירה (טענת חוסר סמכות בהליך עצמו, אל מול ביהמ"ש).

בפועל ניכרת שחיקה בעוצמת הסמכות העניינית, בעיקר בין השלום למחוזי. דברים כמו תום לב, בטלות יחסית (הערכה בדיעבד של ביהמ"ש שלפיה גם אם התנהל הליך בחוסר סמכות, לא כל החלטה תבוטל אוטומטית אלא בהתאם לשיקול דעתו של ביהמ"ש), יעילות הדיון וכן התקנות החדשות המשדרות מסר מובהק של כפירה בסמכות העניינים (כאמור בתקנה 29 לעיל).

מהן תכליות סמכות השיפוט העניינית? מדוע מחלקים את תחומי השיפוט?

1. **מומחיות - בעיקר ביחס בין הערכאות הכלליות למתמחות.**

קיימת ביקורות על העלויות של "התמחות יתר", ועל כך שיש יתרונות ל-generalist (מצב שבו השופט מכיר ובקיא בכל התחומים, בניגוד למצב שבו הוא מומחה בתחום מסוים מאוד ולא מתעסק במה שמסביב).

1. **כשירות - הפחתת ה-error cost המערכתי.**

הפחתת עלות הטעויות השיפוטיות. מה הדרך לדעת איזה תיק דורש כשירות גבוהה יותר או פחות? האם לפי הסכום? המורכבות? החשיבות? האם שופטי מחוזי בהכרח כשירים יותר משופטי שלום? (תנאי הסף לכהונה בשלום הם 5 שנות עבודה משפטית לעומת 7 שנים למחוזי).

1. **נראות - פומביות, ודאות.**

ככל שהערכאה גדולה וגבוהה יותר יש לה יותר משקל ומוקד תקשורתי, מה שמעניק יותר פומביות לפסיקה.

1. **כוח - סמכות שיפוט כפוליטיקה.**

מקורות הסמכות העניינית

ישנם שני סוגי חקיקות המסדירים את הסמכות העניינים:

1. **חקיקה מסמיכה נקודתית -** הוראות לגבי עניינים מסוימים (בד"כ מבחן עילה או נושא). למשל, "ענייני משפחה" ידונו בבתי משפט לענייני משפחה. אם יש מחלוקת בשאלה האם התיק מתאים לערכאה שבה הוגש, המחלוקת תתברר לגבי תפיסה מהותית של מהו עניין ששייך לדיני משפחה, למשל.

לדוגמה, "ענייני משפחה לפי חוק זה יידונו בבית משפחה לענייני משפחה"; "ענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראלי אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם הייחודי של בתי דין רבניים".

1. **חקיקה מסמיכה כללית -**האם התיק ילך לשלום או למחוזי (שלא במסגרת ההסכמה הספציפית). ברירת המחדל היא השלום, שכן סמכותו של ביהמ"ש המחוזי הינה שיורית.

בשלב הראשון בוחנים האם בסמכותו של בית משפט שלום:

1. **תביעות כספיות ("סכום התביעה") עד 2.5 מיליון ₪** [ס' 51(א)(2)].

תביעה שבה מבקשים להעביר סכום כסף מהנתבע לתובע.

1. **תביעות שווי ("שווי הנושא") עד 2.5 מיליון ₪** [ס' 51(א)(2)].

תביעה שבה מבקשים להעביר משהו שניתן לשים עליו תג מחיר.

1. **[ה]חזקה או שימוש במקרקעין, כולל חלוקה** [ס' 51(א)(3)] – לרוב מדובר בשכירות.

יהיה השווי אשר יהיה; לא כולל חכירה לדורות "ותביעות אחרות הנוגעות למקרקעין".

1. **תביעה שכנגד באותו נושא או אותן נסיבות** [ס' 51(א)(4)], תקנה 21. **יהיה השווי אשר יהיה.**

בשלב השני, אם לא הצלחנו למקם את התביעה באף אחד מהראשים הנ"ל, עוברים לבית המשפט המחוזי.

ס' 40(1) רישא קובע **סמכות שיורית:** "כל עניין אזרחי או פלילי שאיננו בסמכותו של בימ"ש השלום"

1. סכום מעל 2.5 מיליון ₪
2. תביעות שלא ניתן לשום את שוויין
3. מקרקעין למעט החזקה ושימוש (בעלות, חכירה לדורות...)
4. כל תביעה שכנגד (בכל נושא שהוא)

ישנם שני מקורות לסיבוכים בסמכות עניינית:

1. **נורמטיבי: שימוש בכללים (ולא בעקרונות) לקביעת גדרי הסמכות.**

לדוגמה, הכלל של 2.5 מיליון ₪ נועד לשקף עקרון של חומרה.

* הטעם: חסכון בעלויות הבירור.
* הבעיה: תפיסת יתר, תפיסת חסר, מניפולציות ומחלוקות במקרי קצה.
1. **מוסדי: הרחבה נמשכת בתחום הסמכויות של השלום ובכשירות שופטיו.**

דיני הסמכויות יוצאים מנקודת הנחה שיש פער בין שופטי השלום למחוזי, אבל בפועל רואים שבית משפט השלום תופס יותר ויותר מקום וחשיבות. יש לנו עניין להעביר תיקים לשלום כי תפעולו זול יותר.

* הטעם: עומס, הגדלת מאתר המועמדים לשפיטה
* הבעיה: ספק גובר לגבי פער כשירויות מול המחוזי

התוצאה: שחיקה נמשכת בעוצמת ההבחנה בין שלום ומחוזי (במצבי ספק) שלובה בהעצמת השלום. הרצון לצמצם בעלויות הבירור (כי שתי הערכאות יעשו עבודה טובה) למול העצמת עבודת השלום עשויים להביא לתוצאות שונות. אם נרצה יעילות, ייתכן שנעדיף להשאיר את התיק היכן שהוגש; מצד שני, אם נרצה לחזק את השלום - נרצה להעביר אליו תיקים שהוגשו למחוזי בטעות.

* **דו"ח ועדת אור** (1997) בחן את הסמכויות של בתי המשפט האזרחיים בישראל, והצעתו המרכזית הייתה **להפוך את בית משפט השלום לערכאת הדיון הראשית -** דהיינו, כברירת מחדל כל התיקים יתחילו בשלום (מה שיהפוך את המחוזי לערכאת ערעור).

שאלות מרכזיות:

1. **המבחן:** איך קובעים מה "שווי הנושא", מה "סכום התביעה" או מהי תביעה "בדבר"?
2. **הזמן:** מה קורה אם חל שינוי בתביעה אחרי תחילתה?
3. **ריבוי סעדים:** מה אם סעדים שונים מורים לערכאות שונות?
4. **הסיווג:** מה זה "חזקה או שימוש", מה זה לא "חזקה או שימוש"?
5. **המבחן: הסמכות תיקבע לפי הסעד המבוקש בעת הגשת התובענה** (ביהמ"ש העליון). מאוד פורמלי.

תקנה 10(9) קובעת שכתב תביעה יכיל את "רשימת כל הסעדים המבוקשים ושווי נושא התובענה".

ההלכה שלרוב מפנים אליה הינה ע"א 27/77 טובי נ' רפאלי (1977), שלאחרונה אושרה **בפס"ד בר-עוז נ' סטר** (2013). הנשיא גרוניס אמר "מדובר במבחן פשוט ליישום, אשר חוסך לעיתים קרובות התדיינות מקדמית מורכבת בקשר עם קביעת הסמכות העניינית". זהו מבחן שקל ליישם והולם את הכתוב בחוק.

כבר בהגדרת אופן הפעלת המבחן רואים **שחיקה מובנית בתוקף הסמכות העניינית - לא בוחנים את מהות התביעה!** מסתפקים במה שכתוב בכתב התביעה ולפי זה קובעים מי ידון בתיק, שלום או מחוזי.

* הפעלת הכלל באופן פורמליסטי "מזמינה מניפולציות" בניסוח לטובת "פורום שופינג".

**רע"א רשות המיסים נ' Three D (2017):** מה אם הסעד המבוקש אינו משקף את "שווי הנושא"? לא ברור אם נושא התביעה הוא שחרור הספינה או חבות המס. נדרש בכל זאת עיון מהותי בכתב התביעה.

1. **הזמן - מה אם תנאי הסמכות משתנים אחרי תחילת ההליך?**

לדוגמה, אם תוקן סכום התביעה; או שינוי בסף הסמכות.

* תזכורת: בשאלת סמכות בינ"ל/מקומית, ברגע שנרכשה סמכות - היא אינה פוקעת גם אם הנתבע עוזב את הארץ. שינוי סף הסמכות בין המחוזי לשלום כן יכולה להפקיע סמכות!

ברע"א 2992/98 ספקטור נ' מגדל: נאמר **שאם ראש הסמכות עבר מהשלום למחוזי, סמכות השלום הופקעה ויש להעביר את הדיון למחוזי.**

ברע"א 60/03 רובין נ' אפלבוים: ביהמ"ש העליון קבע שהלכת ספקטור חלה רק בכיוון אחד. דהיינו, **אם ראש הסמכות עבר מהמחוזי לשלום - משאירים את התיק במחוזי.** ההנמקה של השופט ריבלין הינה שמחוזי מוסמך לפסוק סכומים של השלום, וכך מוסמך לדון בערעור על השלום. גישתו הינה **לחסוך בהעברות.**

1. **ריבוי סעדים - מה אם התביעה כוללת סעדים ששייכים הן לשלום והן למחוזי?**

תקנה 25(ב) רישא: "תובע יכלול בכתב התביעה את כל הסעדים המבוקשים בשל עילת תביעה אחת"

דוגמאות נפוצות: קבלן שמאחר בביצועים ולכן רוצים שיפצה כספית + יסתלק מהנכס. הסתלקות מהנכס הינה סעד שבסמכות בימ"ש השלום (חזקה ושימוש); אבל אם הנזק הוא 3 מיליון ₪ (היה צריך לבנות 8 קומות), אז הסמכות לסעד נתונה לבימ"ש המחוזי.

**פס"ד לוי נ' עקריש (1958):** במקרה כזה ביהמ"ש העליון מורה לפצל ("הלכת פיצול הסעדים").

* במבחן נידרש לחשיבה אסטרטגית, מה לייעץ ללקוח שלנו? שלום או מחוזי? (למשל, אם ניתן למקם אותנו בערכאה מסוימת וידוע שכל התיקים של פשיטת רגל מגיעים לשופט מסוים אז X; מידע על עומס או סחבת בערכאה מסוימת; אולי שווה לוותר על חלק מהסכום כדי לקבל פסה"ד מהיר יותר בשלום)

כיום החקיקה לא מתמודדת עם זה, אבל כשיש קבוצת אינטרסים מספיק חזקה שדוחפת אז היא מצליחה לדאוג לעצמה.

פס"ד הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות נ' שורץ: אדם שזכויותיו בקניין רוחני נפגעות לרוב מבקש צו מניעה ופיצויים כספיים. בס' 51 לא כתובות תביעות קניין רוחני והיות שאין הסמכה ספציפית - יש סמכות שיורית למחוזי. אולם, היות שהסעדים הכספיים אינם בסכומי ענק (לרוב), שלכאורה צריך לפצל ולהגיש תביעה אחת לשלום (על הפיצויים) ואחת למחוזי (לצו מניעה). אחרי פסה"ד הזה יצרו הסדר מיוחד והכניסו את ס' 40(4) שיוצר הסדר מיוחד לענייני קניין רוחני, מעין כריכה לסמכותו של המחוזי.

* לא להתבלבל - אם נתון בקייס שהמפר הפסיק להפר ועכשיו התובע רוצה רק פיצויים - אי אפשר לתבוע במחוזי (רק בשלום). המחוזי רק יכול להוסיף את הפיצויים לסמכותו הקיימת (אם שיש) ולא לקבל סמכות יש מאין. כלומר, רק אם נקבע שלמחוזי יש סמכות בסעד, ניתן לתבוע בו גם את הפיצוי (הנמוך).

**פתרון חלקי לבעיית הפיצול: הלכת הסעד הטפל** (ע"א 125/58 קלקודה נ' אגד 1959)

סעד טפל = כעניין לוגי ביודענו את הדין. כשתובעים שני סעדים ויכולים להגדיר ביניהם יחד של קדימות. אם מגיע לי סעד אחד, הרי ממילא מגיע לי לפי הדין את הסעד השני (הנחשב ל"טפל" לסעד הראשון).

**אם סעד 2 טפל לסעד 1 - כלומר, מתבקש ממנו באופן הכרחי ואינו מצריך בירור נוסף - ביהמ"ש שעסק בסעד ה-1 מוסמך גם ביחס לסעד ה-2.**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| סעד 1 | סעד 2 | סעד 2 טפל? |
| צו מניעה (נזיקין, פרטיות, לשון הרע)מחוזי | פיצויים<2.5 מיליון ₪שלום | **לא. פיצול!**אם התביעה היא רק על סעד 1, היא הולכת למחוזי. אם רק על 2 היא הולכת לשלום. האם יש יחס של טפלות בין הסעדים? לא, יש קשר עובדתי אבל עדיין צריך להוכיח נזק כדי לקבל פיצויים. |
| אכיפת מכר מקרקעין (רישום בעלות) מחוזי | פיצויים<2.5 מיליון ₪שלום | **לא. פיצול!** |
| אכיפת מכר מקרקעין (רישום בעלות)מחוזי | סילוק יד (העברת החזקה בנכס)שלום | **כן. איחוד במחוזי!**אם אדם זכה בבעלות, מבחינה מסורתית יש לו את היכולת להדיר אנשים מהנכס ולכן הקבלן הוא פולש ויש זכות כמעט אוטומטית בדין לסלקו.  |
| אכיפת חוזה שכירות ארוך טווחשלום | רישום השכירותמחוזי | **כן. שלום!**אם יש אכיפה של החוזה ממילא מגיע לי רישום של השכירות (מעל 10 שנים)!  |
| צו מניעה נגד המשך בנייהשלום (לפי ההלכה המקובלת) | צו הריסה נגד מה שנבנהמחוזי (לפי ההלכה המקובלת) | **לא ברור מה טפל למה.** בתי המשפט קראו זאת בדרכים שונות.  |

**השימוש של כלי הסעד הטפל משמש בעיקר בתביעות בענייני מקרקעין.** קשה לחשוב על מצב שבו תהיה טפלות בין סעד פיצויי לסעד ביצועי. כן יכול להיות מצב שבו יש פיצוי מן הדין שלא צריך להוכיח, אבל בפועל כמעט 100% מהיישומים של הסעד הטפל נעשים במקרקעין בגלל החלוקה בין המחוזי לשלום.

**ע"א 3347/16 פלונית נ' פלוני (הנדל 2018):** עסק ביחס שבין ביה"ד לעבודה לבימ"ש השלום. נעשה שימוש ליברלי ומרחיב של סעד טפל בהקשר של מקרה אונס במסגרת העבודה (כאשר היו צריכים לדון בהטרדה המינית בביה"ד ובאונס בבימ"ש השלום). השופט הנדל עשה מאמץ משמעותי לצמצם את הליטיגציה לערכאה אחת. לדעת אהרונסון מדובר ב-hard cases make bad law. הייתה להנדל מטרה (עדות אחת) והוא חצב את דרכו אליה. ניסיון להרחיב את הלכת הסעד הטפל לסיטואציות נוספות, בין השאר ע"י פריצה אל סמכויות בין ערכאות שונות שאינן בשדרה המרכזית (שלום/מחוזי).

1. **שאלת הסיווג (במקרקעין) - מה משמעות "[ה]חזקה ושימוש"?**

ביהמ"ש העליון לא מכריע בבירור.

הדוגמה הכי מפורסמת היא ע"א 34/56 מילוא נ' סיני (1959), שבה נקבע **שכל תביעה של מטרד ליחיד** (עוולה נזיקית) **הולכת לשלום.** זאת, שכן ס' 44(א) לפקודת הנזיקין: "הפרעה של ממש לשימוש סביר במקרקעין". בפעול אין באמת קשר למקרקעין כי התובע לא רוצה שיתעסקו לו במקרקעין אלא רק שיפסיקו התנהגות שמפריעה לו. אם זאת, לא היינו רוצים שכל תביעה על החלשת רדיו תגיע למחוזי (ואפילו לעליון, בערעור). השתמשו בעילה הזו כדי "לדחוף" את התביעות הללו לשלום. הלכה הזו תקפה עד היום.

דוגמה נוספת הינה ע"א 37/59 שמש נ' מפעל המים כפ"ס (1959): **אם יש תביעה לצו הריסה בנכס מקרקעין, כל תביעה כזו הינה בהגדרה לביהמ"ש המחוזי.** אי אפשר להשתמש במשהו שאתה הורס. אם אדם מבקש להרוס משהו, זה סותר את הרעיון של שימוש. תביעות לסעד שאין בו "שמירה על גוף הנכס".

השופט ריבלין: "הלכה זו נוצרה כאשר להנחה שבבסיס כללי הסמכות העניינית, ההלכה בדבר קיומו של קשר בין מיומנות השופטים בערכאה מסוימת והכשרתם לבין סמכותה העניינית של אותה ערכאה הייתה אחיזה במציאות... **כיום כל פועלם של הכללים התוחמים את סמכות בית משפט השלום לדון בתובענות שעניינן מקרקעין הוא בסרבול הדיון ובהכבדה על יכולת המערכת השיפוטית לפעול ביעילות".**

**בפס"ד קעדאן נ' לחאם** (2003): השופט עמית ביושבו בביהמ"ש המחוזי אמר שהלכת שמש אינה גזירת גורל ואפילו לא גזרה של החוקק. מדובר בפרשנות שיפוטית. מאז השתנו העיתים ולכן במקום להמתין למחוקק הוא מבטל את הלכת שמש ומודיע **שמהיום מבחינים בין שימוש בנכס לבין אי שמירה על גוף הנכס** (פרשנות צרה ומילולית למונח "שימוש במקרקעין"), ולפיכך מהיום השלום מוסמך לצווי הריסה.

בפס"ד בר-עוז נ' סטר (2013) העליון קיבל סוף סוף את דברי עמית וביטל את הלכת שמש. **ההלכה העדכנית היא שתביעות להריסה במקרקעין – לשלום!** מהיום צווי הריסה נחשבים להחזקה ושימוש ומגיעים לשלום. הנימוק הפשוט של סולברג הוא שהיום אין פערי כשירות ויש עמדת מדיניות של להעדיף את השלום.

הגמשות נוספות שמשפיעות על אופן ההחלה של הסמכות העניינית:

1. **סמכות נגררת -** ס' 76 לחוק בתי המשפט קובע **שביהמ"ש מוסמך להכריע הכרעה אגבית ב"שאלה שהכרעתה דרושה לבירור העניין",** אך אם השאלה בסמכותה הייחודית של ערכאה אחרת.

למשל, בימ"ש לענייני משפחה יכול כעניין אגבי להכריע האם בני הזוג נשואים כדי לדעת מהן הזכויות הקנייניות. כך, בענייננו, בימ"ש שלום שצריך ליישב סכסוך בנושא חוזה שכירות צריך לקבוע בשאלת הבעלות על הנכס. מי שיזכה באותו עניין לא יוכל לדרוש אח"כ שירשמו אותו בטאבו כבעלים, אבל כן יוכל להשתמש בהכרעה הזו בעניין השכירות. כלומר, הסמכות הינה להכריע בשאלה ולא בסעד, ולא מקימה מעשה בית דין.

1. **תוצאה של חוסר סמכות - מה אמור בימ"ש לעשות כשהוא מוצא שהוא אינו מוסמך?**
* תקנה 43 אומרת "בית המשפט רשאי לדחות תביעה בכל עת בשל קיומו של מעשה בית דין, התיישנות או מכל נימוק אחר שלפיו הוא סבור כי ראוי ונכון לדחות את התביעה".
* ס' 79(א) לחוק בתי המשפט אומר שאם ביהמ"ש מצא שאינו מוסמך אבל יש ערכאה אחרת שמוסמכת, ביכולתו להעביר אליה את התיק. זוהי **הסמכה ספציפית** **שמאפשרת לביהמ"ש שאינו מוסמך לעשות דבר אחד אחרון עם התביעה** (מעבר לסילוקה).
* ס' 79(ב) אומר **שאחרי שהתביעה הועברה לבימ"ש אחר, אותו בימ"ש "לא יעבירנו עוד".** אבל מה קורה אם בביהמ"ש השני מגלים שביהמ"ש הראשון טעה וגם לשני אין סמכות?

**רע"א 3319/00 שור נ' בן-יקר גת:** השופט לוין קבע שהעברה מטעמי סמכות מקומית מקנה סמכות עניינית (לפחות במעבר בין השלום למחוזי). זאת, שכן "ההבחנות לעניין סוגי הסמכות הנתונים לביהמ"ש המחוזי ולשלום אינן חדות. טעמים פרגמטיים מצדיקים להימנע ככל האפשר מלאפשר לבעלי דין "לטלטל" את ההליכים ביניהם מבית משפט אחד למשנהו ולאחר מכן שוב לבימ"ש אחר. **גם לדיונים בעניין הסמכות צריך להיות סוף כדי שבעלי הדין ייכנסו מוקדם ככל האפשר לעובי הקורה של טענותיהם לגופו של העניין".**

1. **תום לב, מניעות, בטלות יחסית - הסדרה של התנהגות הצדדים בהעלאת טענות על חוסר סמכות.**

תקנה 29: טענת חוסר סמכות יש להעלות בהזדמנות הראשונה. ככל שמתעכבים הסיכוי שהיא תתקבל פוחת.

לסיכום, על אף השחיקה בהבחנות בסמכות, עדיין קיימות הבחנות שרירות (המלצת ועדת אור לא התקבלה). במקביל רואים שעיקר פעולותיהן של הבחנות הסמכות הינה בהכוונת התנהגות בעלי הדין בתחילת ההליך (מה לתבוע והיכן, האם לעורר טענות נגד וכו'). מצד המדינה (העליון) ניכר פקפוק גובר בתוקף הענייני של הסמכות העניינית (חשיבות ההבחנה בין השלום למחוזי), הנתפסת בעיקר כמנגנון לניתוב התיקים.

מעשה בית דין

הגדרה: פסק דין סופי של בית משפט מוסמך מקים מחסום דיוני בפני התדיינות נוספת בין אותם צדדים בנושא שהוכרע בפסק הדין. מדובר בחסם דיוני, הפועל אחרי פסה"ד הראשון וחוסם כניסה למשפט שני.

עצם הידיעה על האפשרות להיחסם יכולה להכווין את התנהגותו של אדם מראש. כלומר, החסם פועל רשמית רק במשפט השני - אבל השפעותיו הנורמטיביות באות לידי ביטוי כבר (ובעיקר) במשפט הראשון, המקורי.

מעשה בית דין נתפס כחסם דיוני (כלומר פוגע ביכולת לנהל ליטיגציה) שאינו מפקיע את הזכות המהותית (בדומה להתיישנות, שמהווה חסם דיוני אך עדיין מאפשרת לתבוע לפעמים במדינות אחרות). עוד דבר שמאפיין חסמים דיוניים הוא היכולת להגדיר את אופן הפעלתם - למשל, **מעשה בית דין צריך לעורר כטענה בהזדמנות הראשונה** - ואלמלא עושים כן ייתכן שביהמ"ש לא יקבל את הטענה (גישה כללית).

מקור חסם מעשה בית דין הוא בעקרון פסיקתי של דיני היושר (מקנה לביהמ"ש שק"ד רחב מתי להחיל את הדוקטרינה). אין הסדר חקוק אבל יש התייחסויות מפורשות/משתמעות אליו בחוק: תקנות 41(ב), 43 ו-25.

הצדקות למעשה בית דין

1. **מערכתי -**
* יעילות השפיטה: מניעת הליכים כפולים
* הגינות השפיטה: מניעת פסיקות סותרות
1. **פרטי -**
* עקרון הסופיות: מניעת "טרטור" הצד שכנגד
* מובן מהותי של זכויות אדם: זכות הינה ממשית רק אם היא סופית [כבוד האדם: לא לחיות בחשש]

ישנם שני סוגי מעשה בית דין (לא להתבלבל!)

1. **השתק עילה:** לא ניתן לתבוע שנית בגין עילה שנתבעה ונסתיימה בפסק הדין. תמיד טענת הגנה.
2. **השתק פלוגתא:** לא ניתן לעורר בשנית מחלוקת עובדתית שהוכרעה בהליך קודם. מגיעה משני הצדדים.

שני הסוגים מתחילים אותו הדבר וכוללים תנאים משותפים:

1. **פסק הדין ניתן ע"י בית משפט מוסמך**
* בעיקר סמכות עניינית.
1. **פסק הדין סופי**
* פסק דין שהערכאה שנתנה אותו לא יכולה לשנותו (להבדיל מפס"ד חלוט או החלטת ביניים)
1. **זהות הצדדים**
* הבסיס: עקרון ההדדיות - הגיוניות/יושר (א' תוכל לחייב את ב' בתוצאות הליך מוקדם רק אם א' הייתה מחויבת בהן אילו נפסקו נגדה). נשתיק את א' רק כשיודעים שבמצב הפוך ב' היה מוכן שישתיקו אותו. דרישת זהות הצדדים מבטאת דגש על רגולציה של היחס בין הצדדים (פחות אינטרס מערכתי).

עם זאת, ישנה **הרחבה לבעלי דין עם "קרבה משפטית**" (privity) **או זהות משפטית באינטרסים הרלוונטיים.** כלומר, גם אם לא אותו צד בדיוק מופיע במשפט השני - אפשר להפעיל השתק אם מישהו נחשב כזהה מבחינה משפטית (יורש בנעלי מוריש, קונה בנעלי מוכר). אם הבעלים תובע את השכן על הסגת גבול וזוכה, ואחרי 50 שנה הוא נפטר והשכן שוב מנסה את מזלו לפלוש - הדין יקבע שישנו מעשה בית דין והיורש ייהנה מהתוצאה המשפטית בשאלת הבעלות על הנכס. היורש מקבל את הנכס עם כל הנטלים המשפטיים.

1. **זהות העילה -**
* לא ניתן לתבוע בשנית על אותה עילה (העילה "מתמצה" ומתפוגגת בסוף המשפט ה1). טענת הגנה לנתבע.

תקנה 25(א): תובע יכלול בכתב תביעה את מלוא הסעד שלטענתו הוא זכאי לו בשל עילת התביעה ולא יוכל להגיש תביעה בשל החלק שלא תבע.

הנחיה לתובעים כיצד לפעול כדי להימנע מהאפקט של השתק עילה במידה וירצה להמשיך. תקנה זו מכווינה התנהגות כבר בתחילת המשפט הראשון (כאשר לא יודעים שתהיה ליטיגציה נוספת בהמשך) ואומרת שיש להיזהר בניהול הליטיגציה הנוכחית כדי לא לחסום אפשרויות בעתיד.

למה שלא יתבעו הכל מראש? ראשית, יש לכך השפעה על האגרה (שיכולה להגיע לסכומים גבוהים). שנית, לפעמים כדאי להמתין עד שהנזק מתגבש בשלמותו במקום לתבוע בחלקים.

תקנה 25(ב): תובע יכלול בכתב התביעה את כל הסעדים המבוקשים בשל עילת תביעה אחת, אלא אם כן הרשה לו בית המשפט או הדין מתיר שלא לתבעו במסגרת אותה תביעה.

אם רוצים לפצל סעדים נדרש אישור מראש (בתחילת משפט 1), שכן ביהמ"ש לא אוהבים פיצול סעדים (יוצר כפילויות, לא יעיל). השיקולים שיילקחו בחשבון הינם מערכתיים ואישיים (גישה לערכאות, דחיפות לסעד).

השתק עילה

מהי עילה זהה?

1. **מבחן מהותי:**
* העובדות / האירוע / העסקה המקימים את התביעה
* הזכות המקימה את התביעה

לדוגמה, קבלן שבנה באופן רשלני - אפשר לתבוע בחוזים ובנזיקין יחדיו. העילה היא אותה עילה, הזכות שמקימה את התביעה אינה זכות חוזית או נזיקית אלא הזכות לשלמות הגוף או זכות קניינית וכו'. היא מובילה למהלכים דוקטרינריים שונים אבל הפרשה היא אותה פרשה.

**פס"ד ברק נ' דלתא (2015): השופט** גורסקופף מסיים במילים "ממילא אין לראות בפסק דיני זה משום מחסום בפני התובעת מלהעלות טענות מסוג זה בהליכים מתאימים". אפילו אמירה מפורשת של ביהמ"ש שאין השתק עילה (זה מה שגרוסקופף עושה) לא מחייבת, כי זו לא שאלה של דעת השופט אלא שאלה של העילה. כאן מדובר באותה עילה ולכן **כן יש השתק עילה.** יש להיזהר מגישה פורמליסטית, בית המשפט רשאי (ונדרש) להסיק מסגרת משפטית מעבר למה שנטען מפורשות.

השתק עילה בדחייה על הסף?

מה קורה אם המשפט הראשון מסתיים בסילוק על הסף? האם דחיית תביעה בלי דיון בגוף העילה מקימה השתק עילה? לכאורה התנאים מתקיימים, כי ביהמ"ש מוסמך, פס"ד סופי, יש זהות צדדים ועילה. למה שנעורר את השאלה הזו מלכתחילה? האם צריך להיות הבדל?

האם התמצות העילה נובעת מכך שביהמ"ש השקיע משאבים ונתן פס"ד או מזה שהיה בירור מהותי לפחות פעם אחת של העילה? ישנה תשובה חלקית בדין החקוק (רמזים שכן).

* **תקנה 41(ב) יוצרת מעין הסדר שלילי** ("מחיקת כתב תביעה לפי תקנות אלה אינה מהווה מעשה בית דין"). מחיקה של כתב הגנה כן יוצרת מעשה בית דין.
* מחיקה אינה שווה לדחייה! (תקנות 41-43). דחייה כן מקימה מעשה בית דין.
* **תקנה 43 - דחייה על הסף בנסיבות "סופיות"** ("רשאי בית המשפט לדחות תביעה בכל עת בשל קיומו של מעשה בית דין, התיישנות או מכל נימוק אחר, שלפיו הוא סבור כי ראוי ונכון לדחות את התביעה").

השורה התחתונה היא שאין תשובה מלאה לשאלה הזו וזה תלוי, יש לבחון כל מקרה לגופו

אם בימ"ש מוצא שהוא חסר סמכות לדון בתביעה, לכאורה זה אמור להביא לסילוק על הסף - אבל ס' 79(א) מאפשר להעביר את הסמכות לערכאה המוסמכת. מבחינת סמכות בינ"ל, כיום הדין לא אומר כיצד יש להתנהל מול חוסר סמכות (אם למחוק או לדחות) ולכן לבימ"ש יש שיקול דעת איזה סילוק להפעיל - לרוב כתלות במידת האשם של התובע (דחייה על הסף כסנקציה - תקנה 43 סיפא).

חריגים: מתי לא יחול השתק עילה?

* **טעמים ציבוריים נגד סופיות**

יש תחומים שבהם הדין מתנגד לסופיות, למשל בדיני משפחה (מזונות, משמורת...).

* **פיצול סעדים מכוח דיני הסמכות העניינית (לוי נ' עקריש)**

הגיוני בהגשה בו זמנית, אולם "מריח" פחות טוב בהגשה עוקבת (תום לב?). השתק פלוגתא יכול לעזור.

* **מה קורה במצב שבו במשפט 1 תובעים לסעד הצהרתי ובמשפט 2 תובעים לסעד אופרטיבי?**

מה סעד הצהרתי נותן לתובע? הוא גורם לאנשים לפעול בצורה מסוימת מבלי להצטרך לאכיפה של המדינה, כי הם יודעים שיש "גב" מצד הדין. אבל מה אם אדם קיבל סעד הצהרתי שהכיר בזכותו אבל עכשיו רוצה שיעזרו לו לאכוף אותה? הדין קצת "חלוד" בעניין הזה כיוון שבמצבים שונים נראה להכווין תובעים להתנהג בצורה שונה. מצד אחד זה יוצר כפילות מיותרת, ולכן נדרשת הצדקה מיוחדת (כמו דחיפות, קושי ראייתי/משפטי וכו'). מצד שני, יהיו מצבים שבהם הסעד ההצהרתי מספק ולא צריך להתחיל להוכיח רכיבים הנדרשים לצורך אכיפה (ולא צריך להפעיל את מערכת האכיפה) ולכן כן נרצה לעודד תביעות על סעד הצהרתי שיוצרות מסלול זול לסיום סכסוך. כלומר, הליך הצהרתי יכול לייתר סעד אופרטיבי.

**בפס"ד ברק נ' דלתא (2015)** נאמר שיש לעשות מאמץ לרכז סעדים, גם ביוזמת השופט.

**רע"א 7703/17 אחימן נ' פרדס חנה-כרכור:** השופט סולברג אומר שפס"ד הצהרתי לא מקים השתק עילה."אכן, הסכסוך שלפנינו אורך זמן רב והגיעה העת לשים לו סוף. בפסה"ד בהליך הקודם הוכרעה שאלת קיומו של הסכם הפשרה. בהליך הנוכחי תוכרע ההתחשבנות הכספית בין הצדדים עקב כך..."

השתק פלוגתא

1. **זהות הפלוגתא -**

לא ניתן לעורר בשנית מחלוקת עובדתית(-משפטית) שהוכרעה בהליך קודם.

**השוואה בין כתבי הטענות (משפט 2) לפסק הדין (משפט 1) - חפיפה מקימה השתק!**

כדי לראות שעילה זהה בשני משפטים משווים את כתבי התביעה של המשפט הראשון והשני. כדי להראות שפלוגתא זהה משווים את פסק הדין של המשפט הראשון (ההכרעה ביחס לאותה פלוגתא) עם כתב התביעה של המשפט השני (שמעורר טענה ביחס לאותה פלוגתא). אם התקבלה תשובה בסוף המשפט הראשון ויש חפיפה, הרי שיש השתק פלוגתא.

1. **התקיימה התדיינות בין הצדדים ביחס לפלוגתא -**

כלומר, שבעל הדין שמבקשים להשתיק זכה לטעון ביחס לאותה פלוגתא ("היה לו יומו"). דרישה של הוגנות. בהשתק עילה דרישה זו לא תמיד קיימת (למשל, במצב של דחייה על הסף).

מבחן ההזדמנות: מה פשר "היה לו יומו"? כלומר, האם נדרשת התדיינות בפועל?

דוגמה קלאסית הינה בפס"ד בנק הפועלים נ' וינשטיין (2009): **די בכך שניתנה לבעל הדין (המושתק) הזדמנות לטעון במשפט 1.** כלומר, הניסוח המדויק צריך להיות "הייתה הזדמנות לקיום התדיינות בין הצדדים ביחס לפלוגתא" ולאו דווקא התדיינות בפועל. זוהי תוצאה הכרחית במצבים של פסק דין בהיעדר הגנה, כדי לא לייצר תמריץ לאנשים שלא להגיע לדיון.

* עדיין יש שאלה פתוחה מתי נאמר שלבעל דין הייתה "הזדמנות"? בפס"ד ויינשטיין זה מקרה קל כי היא ידעה על ההליך ובחרה שלא לבוא לדיון.
1. **נקבע ממצא פוזיטיבי ביחס לפלוגתא.**

כלומר, לא ניתן להשתיק בהשתמעות! ביהמ"ש אכן קבע את הדבר שבאמצעותו רוצים להשתיק. לא ניתן להשתיק באמצעות משהו שמשתמע מפסק הדין.

1. **ההכרעה בפלוגתא הייתה חיונית לתוצאה הסופית**

וידוא רמת התכוונות גבוהה של ביהמ"ש. רוצים לוודא שפלוגתאות משתיקות הן פלוגתאות שביהמ"ש מודע ומתכוון אליהן. זו שאלה פרשנית לא פשוטה. לרוב ביהמ"ש לא מציין מפורשות מהן ההכרעות המהותיות בפסק הדין, ולכן המבחן הינו "סיבה שבלעדיה אין" – אם נוציא את ההכרעה מפסה"ד, האם הוא עומד?

* **מעשה בית דין משמש כמנגנון רגולציה של התנהגות בעלי דין במשפט 1.**
* השתק עילה מכווין לריכוז הסעדים; השתק פלוגתא מכווין לריכוז הטענות.

השתק פלוגתא - סיבוכים

מה בדבר תהליכים דומים אך לא זהים?

**ע"א 9211/09 איזוטסט נ' דריזין:** עתירה בנוגע למתן רישוי לגוף. הדוקטרינה המשפטית שנעשה בה שימוש בעתירות מסוג זה הינה סבירות - האם המדינה פעלה בצורה לא סבירה. בג"ץ דן בעתירה לגופה ודחה אותה באומרו שהמדינה פעלה בסבירות.

1. המשפט הראשון: עתירה מנהלית בבג"ץ, דחיית העתירה כי המדינה פעלה בסבירות.
2. משפט שני: תביעה נזיקית במחוזי בשאלה האם המדינה התרשלה.

סבירות מנהלית לעומת סבירות נזיקית - אין השתק עילה! **אפילו אם השפה זהה, זה לא אומר שהפלוגתא זהה. יש לבדוק מה ביהמ"ש בדק כאשר הוא הכריע** לגבי סבירות **במשפט הראשון.**

ס' 42א לפקודת הראיות עוסק בציר יחסים ספציפי אחד בין שני הליכים: ההליך הפלילי והאזרחי. כל התחום של מעשה בית דין הינו פנימי למשפט האזרחי. אולם, הרשעה במשפט פלילי יכולה לשמש ראיה למשפט אזרחי. אין זהות צדדים (מדינה מול נאשם). הכלל של 42א חל גם בבתי משפט צבאיים.

"הממצאים והמסקנות של פסק דין חלוט במשפט פלילי, המרשיע את הנאשם, יהיו קבילים במשפט אזרחי כראיה לכאורה לאמור הם אם המורשע או חליפו או מי שאחריותו נובעת מאחריות המורשע, ובכלל זה מי שחב בחובו הפסוק הוא בעל דין במשפט האזרחי."

השתק פלוגתא לא הדדי

אדם נפל לבור ומגלה שהבור נכרה ע"י קבלן שעבד עבור עיריית ת"א. יש 3 שחקנים: הנפגע ושני נתבעים.

התביעה הראשונה היא נגד הקבלן שלא גידר את הבור. היא מסתיימת בזכייתו של התובע, לאחר שנקבע שלא היה אשם תורם מצידו. במשפט השני התובע תובע את העירייה. האם גם אז ניתן יהיה להעלות נגדו טענת אשם תורם? כן, מכיוון שזה לא מקיים את התנאים הקלאסיים של השתק פלוגתא (לעירייה לא הייתה הזדמנות להגיב כי היא לא הייתה צד לתביעה הראשונה).

השתק פלוגתא לא הדדי הגנתי

במקרה חלופי עם עובדות זהות, התובע הפסיד במשפט הראשון ונקבע שיש אשם תורם. האם אז במשפט השני ניתן יהיה להתבסס על קביעת קיומו של אשם תורם? כן, כי כאן **מבחן ההזדמנות מקבל מענה - התובע היה במשפט הראשון,** התמודד עם טענת האשם התורם והפסיד. אין פה בעיה של זכות הטיעון ולכן לכאורה העירייה יכולה ליהנות מהצלחת הקבלן במשפט הראשון.

**אם אותו אדם מופיע בשני המשפטים ניתן להשתיק אותו, שכן ניתנה לו הזדמנות להתגונן מפני הטענה.** הלכת פיכטנבאום אומרת שכאשר אדם בוחר להשקיע או לא בהוכחת טענה מסוימת, זה עלול להשתיק אותה בהוכחת טענה מסוימת אפילו מול צד אחר.

מה קורה במקרה אחר, שבו יש שני תובעים ונתבע אחד? במצב שבו א' נופל בבור ויומיים לאחר מכן ב' נופל בבור. א' מגיש תביעה נגד הקבלן, ההליך מתנהל ומסתיים ואז ב' מגיש את תביעתו נגד הקבלן? הפלוגתא שבה עוסקים הפעם הינה שאלת ההתרשלות של הקבלן. נניח שבמשפט 1 נקבע שהקבלן לא התרשל - מה עושים במשפט 2, כאשר נשאלת השאלה אם התרשל? עו"ד של הקבלן יטען שכבר נקבע שלא התרשל. עו"ד של ב' יגיד שזה לא הוגן להשתיק את ב' בגלל שביהמ"ש קבע עבור מישהו אחר שהקבלן לא התרשל. לא ניתנה לב' זכות טיעון, הוא לא היה חלק מהתיק ולכן לא מקיים תנאים להשתק פלוגתא.

השתק פלוגתא לא הדדי התקפי

מה אם במשפט 1 נקבע שהקבלן אכן התרשל, וזה מגיע לידי עו"ד של ב' לפני משפט 2? האם ניתן להשתמש בכך כדי להשתיק את הקבלן? על אותו עקרון של פיכטנבאום, לכאורה אמור להיות השתק הפלוגתא התקפי. כשאלה של מדיניות - האם זה הוגן להשתיק את הנתבע, כפי שמצאנו בפיכטנבאום שהוגן להשתיק את התובע? ברגע שמאפשרים לתובעים, יוזמי ההליכים, להיבנות מההצלחה של תובעים אחרים, זה יוצר תמריצים לתבוע, לקחת טרמפ על הצלחות של אחרים ולכן גם להשתהות בתביעה.

* הנתבע לא יכול לכפות על תובע לתבוע, אבל תובע יכול לכפות על נתבע להיתבע. הוא זה שקובע מי הנתבעים הראשונים שלו, וזה כוח חד צדדי.

הלכת אספן: מכל הסיבות שאמרנו, **ברירת המחדל של המשפט הישראלי היא לדחות את קיומו של השתק פלוגתא לא הדדי התקפתי ולהיות חשדנים ביחס לאפשרות הזו.** ייתכן שיהיו נסיבות שבהן אותן בעיות מדיניות לא תתעוררנה בכזו חומרה וכן יהיה מקום לאפשר השתק התקפי כזה בנסיבות מסוימות (למשל, נתבע שיכול לאתר את תובעיו כמו מעסיק במקום עבודה קטן).

לסיכום השתקים לא הדדיים:

השתק פלוגתא לא הדדי **הגנתי**

* קיים במשפט הישראלי, מתמרץ את התובע במשפט 1 לרכז את כל נתבעיו

השתק פלוגתא לא הדדי **התקפי**

* לנתבע קשה יותר לדעת מי תובעיו ולרכז אותם
* מתמרץ תובעים מאוחרים לחכות ולנהוג כטרמפיסטים
* היפוך מקרי בסדרה (תובעים א'-ח' לא הצליחו, תובע ט' כן) מפלה בין תובעים מוקדמים למאוחרים
* ביהמ"ש העליון (אספן): לא שלילה מוחלטת, אך חריגים נדירים (מתי?)
* הפתרון העדיף: מוסדי (תובענה ייצוגית? בג"ץ?)

השאלה הנורמטיבית המכוננת של מעשה בית דין: **עד כמה חשוב לנו ש"יהיה לו יומו"?** עד כמה זכות הטיעון היא זכות מהותית להליך כולו? מה צריך כדי לומר שזכות הטיעון סופקה? זו שאלה שמלווה את כל עולם הליטיגציה ונרחיב על כך בהמשך הקורס ככל שעוברים ממודלים בינאריים למודלים מרובי משתתפים.

לסיכום, מעשה בית דין מהווה **חסם בפתח משפט 2:**

* מתמרצת לנסח נכון את כתב התביעה ולהתנגד לתביעה בעניינים שהוכרעו.

בה בעת, היא יוצרת **תמריץ להתנהגות אסטרטגית במשפט 1**:

* מעודדת ריכוז עילות, סעדים וטענות (במשפט 1).
* ממריצה להתדיינות בכל פלוגתא וסעד במשפט 1 כדי להימנע מהשתק בהמשך - גם כאלו שהיו מתבררים כמיותרים; מנגד, עשויה להמריץ הימנעות מהתדיינות חיונית כדי לא להיתפס בבזבוז הזדמנות.
* מעודדת הגשה מאוחרת של תביעות, כדי לאפשר לסעדים להתגבש ולראיות להיאסף

ADR

חסם נוסף הינו יישוב סכסוכים בדרכים חלופיות - Alternative Dispute Resolution.

בהליך אזרחי טיפוסי האחד כופה על השני להגיע למסלול הזה.

מקור החסם: הסכמת הצדדים, בין אם מראש (לפני הסכסוך) או בדיעבד (אחרי פרוץ הסכסוך/הליטיגציה).

ישנם שלושה אבות טיפוס ל-ADR: בוררות, גישור ומו"מ.

1. **בוררות:** צד א', צד ב' ובורר. תפקיד הבורר דומה לתפקיד השופט בכך שהוא מכריע בין הצדדים. הצדדים עצמם יוצרים את משולש הבוררות (הם מסכימים על חוזה - הסכם הבוררות ומסכימים להיות מחויבים לפסק הבורר). זהו הליך פנימי שבו הצדדים מסכימים להפקיע מידיהם את ההכרעה מרצון.
2. **גישור:** עדיין יש משולש, צד א', צד ב' ומגשר. הצדדים בוחרים ליצור את המשולש בפנייה לגישור. ההבדל העיקרי בין מגשר לשופט הוא שהמגשר לא מוציא תחת ידיו החלטה המחייבת את הצדדים אלא רק מביא את הצדדים להסכמה, כאשר בסוף הצדדים עצמם אמורים להגיע להסכם/חוזה.
3. **מו"מ:** צד א' וצד ב' פונים למו"מ ביניהם ללא תיווך וכתוצאה מכך מגיעים לחוזה ופותרים את הסכסוך.

**מה היחס של המשפט הישראלי לתופעה הזו?**

על אף שניתן היה לחשוב שמערכת המשפט תראה בכך איום על מעמדה, בפועל רואים תהליך הולך ומתפתח שכל כולו מבטא אימוץ, קבלה והפנמה של ההליכים האלטרנטיביים. איך זה מתבטא במשפט הפוזיטיבי?

5(א) הוגשה תובענה לבית משפט בסכסוך שהוסכם למסרו לבוררות וביקש בעל-דין שהוא צד להסכם הבוררות לעכב את ההליכים בתובענה, יעכב בית המשפט את ההליכים בין הצדדים להסכם, ובלבד שהמבקש היה מוכן לעשות כל הדרוש לקיום הבוררות ולהמשכה ועדיין הוא מוכן לכך.

ס' 5 לחוק הבוררות אומר שאם אדם מגיש תביעה לביהמ"ש והנתבע מציג הסכם בוררות שנחתם מראש - ישנה הוראה (שכמעט ולא חורגים ממנה) שביהמ"ש חייב להורות על עיכוב הליכים עד למיצוי הבוררות. זו עמדה מאוד תקיפה לזכותה של הבוררות, עם חריגים מאוד מצומצמים. זהו סעיף חסם מובהק לגישה לערכאות – אם הסכמת לבוררות בעבר, נכפה עליך לגשת לבוררות.

* ס' 79ב לחוק בתי המשפט מסמיך בתי משפט להפנות צדדים לבוררות.
* ס' 79א לחוק בתי המשפט מפנה לגישור.
* תקנה 37 יוצרת חובה לפגישת מהו"ת בכל ההליכים האזרחיים מעל 40,000 ש"ח.
* בתקנות החדשות, תקנה 34-36 הצדדים מחויבים לעשות דיון מקדמי. עוד לפני המהו"ת עליהם לדבר אחד עם השני. אחת ממטרות האינטרקציה הזו היא לבדוק את אפשרות סיום הסכסוך בפשרה. יש כאן הבנייה פורמלית של רעיון המו"מ לתוך התקנות.

ADR – בית המשפט כשחקן מרכזי

* הפנייה ליישוב סכסוכים מחוץ לבית המשפט (ס' 79ב-79ג)
* חובת בדיקה של אפשרות הגישור (מהו"ת); חובת דיון מקדמי.
* אכיפה שיפוטית – סנקציות (תקנה 38)
* ס' 79א: פסק דין על דרך הפשרה (חברה קדישא נ' קל בניין 2017).

(א) "בית משפט הדן בעניין אזרחי רשאי, בהסכמת בעלי הדין, לפסוק בעניין שלפניו, כולו או מקצתו, בדרך של פשרה".

אנחנו בתוך ההליך המשפטי אבל יש סוויץ', התנאים נקבעים ע"י הצדדים עצמם. התוצאה של ההליך היא פסק דין (עם כל הכרוך בכך), מצד שני הצדדים הם אלו שאפשרו לבית המשפט לפסוק כך, הם הסמיכו אותו לפסוק לא על פי הדין אלא על פי הפשרה.

בפועל רואים פרקטיקה שהתפתחה: הצדדים מסכימים על איזשהו טווח שבתוכו בית המשפט יפסוק, וכן על מה בית המשפט רשאי להסתמך בהכרעתו. פסקי הדין הללו באופן טיפוסי הם לא מאוד מנומקים, עמוד או שניים. ברגע שיש פסקי דין רזים בהנמקה זה משפיע על נושא הערעור. היות שמדובר בפסק דין חלים עליהם דיני הערעור. קשה מאוד לנצח בערעורים כאלה כי קשה להוכיח שגיאה משפטית בהיעדר הנמקה.

* מתן תוקף פסק דין לפשרות -> יוצר מעשה בית דין!
* בית המשפט היום מוסמך מפורשות או במשתמע להציע לצדדים פשרות (ס' 79א(ב), תקנה 63(ב)(16)).

(ב) אין באמור בס' קטן (א) כדי לגרוע מסמכותו של בית המשפט להציע לבעלי הדין הסדר פשרה או לתת, לבקשת בעלי הדין, תוקף של פסק דין להסדר פשרה שעשו ביניהם."

ADR – שיקולי מדיניות

1. גישה לערכאות? מחסום או פתח? "בית המשפט מרובה הדלתות"
* עומס - נתיבים מהירים?
* חינוך ליישוב סכסוכים לא אדברסרי. יש טענות שיש העדפה ליישוב סכסוכים חלופי דווקא בגלל אופיו האדברסרי.
* אוון פיס – against settlement (1984):
	+ המשפט כאירוע פרטי או ציבורי
	+ הסכסוך כפתולוגיה או כהזדמנות

גישתו הביקורתית של פיס אומרת שהצורך בפשרה משכיח את הצורך לעשות סיווגים מושכלים בין סוגי תיקים. לא הכל צריך ללכת לפשרה! צריך תיאוריה מנומקת, מתוחכמת ומוסרית שאומרת שיש תיקים שמתאימים לפשרה ויש תיקים שצריכים להישאר בפורום הציבורי (הזדמנות לקדם דברים בחברה).

הגישה למשפט

מבנה ההליך

הכנה למשפט:

1. **כתבי הטענות -**

הרגע שבו יוזם ההליך מגיש כתב תביעה וגורר את הצד שכנגד להגיש כתב הגנה. אלו הם המסמכים המכוננים של ההליך, ובעלי תפקיד מכריע בהגדרת גבולות המחלוקת ביחס למה שמותר לצדדים לטעון ומה שמותר לביהמ"ש לפסוק. באחריות הצדדים.

1. **גילוי מוקדם -**

מערכת דינים שמגדירה את האינטראקציה ההדדית בין הצדדים שמטרתה להחליף מידע. באחריות הצדדים, אבל ביהמ"ש ברקע ויכול לבצע רגולציה של התנהגות הצדדים.

1. **קדם משפט -**

כאשר בית המשפט כבר בתמונה, הליך זה יכין את הצדדים לקראת המשפט או שהם ינסו במסגרתו למצוא דרך למנוע את קיום ההליך. הרבה מהתיקים מסתיימים בישיבות הקדם. התקנות אומרות במפורש שבשלום צריך לשאוף לעד שתי ישיבות קדם ובמחוזי עד שלוש ישיבות כדי לחסוך בהוצאות. זה לא אומר שביהמ"ש לא יעסוק בתיק רק פעמיים (כי לביהמ"ש יש סמכות לדון גם לא בנוכחות הצדדים).

כל תחום הקדם (הרגולציה השיפוטית של שלב ההכנה) יבוצע דרך הכלי הדיוני שנקרא "בקשות" (עליו חלים דיני הבקשות). זוהי הדרך השיורית לפנות לביהמ"ש שהוא לא פס"ד (בשביל פס"ד צריך להגיש כתב טענות). באחריות ביהמ"ש, שיכול לעשות כל דבר שיכול להביא לפישוט, הוזלה או סיום ההליך.

אם ניהלנו ישיבות קדם וביהמ"ש לא הצליח לכפות להתפשר או לסלק את התביעה על הסף, מגיעים למשפט.

המשפט:

1. **הבאת ראיות -**

רוב הראיות מובאות כתצהיר, שהופך לעדות. באחריות הצדדים (חוץ מתחום העדים מומחים).

1. **סיכומים -**

תפקיד הסיכומים הוא להראות כיצד מה שטענתי בשלב הבאת כתבי הטענות הוכח בהבאת הראיות. עוד דבר שמופיע בסיכומים (ולא מופיע בראיות) הוא הטיעון המשפטי. באחריות הצדדים.

1. **פסק דין -**

ביהמ"ש קובע מי מנצח ומי מפסיד. באחריות ביהמ"ש.

כשבית משפט נותן פסק דין, יש **ערעור בזכות -** וחייבים לדון בערעור.

ישנה גם **רשות ערעור** על החלטות ביניים, עוד לפני שהסתיים ההליך. יש לקבל את רשות ביהמ"ש שאליו מערערים, באופן המהווה מסננת.

כתבי הטענות

תחילת תהליך של **העברת מידע** החושף סיכויים, סיכונים, גישושים ואיומים. כתב התביעה אינו רק הודעה לביהמ"ש אלא גם **מסמך עם מסר לצד שכנגד,** שממנו אפשר ללמוד איך לנסח את כתב ההגנה, מהם סיכויי ההצלחה, מי עורך הדין וכו'.

השאלה המרכזית שמעסיקה את בתי המשפט היא **מהי מידת הפירוט שנדרוש מבעלי דין לכלול בשלב הראשוני הזה** (אדברסריות מול "קלפים פתוחים"). זוהי שאלה נורמטיבית כי אחד הדברים הראשונים שעל נתבע לעשות הוא לקרוא את כתב התביעה ולומר לביהמ"ש אם יש פה בכלל עילה. **עד כמה נרצה שתובע, עוד לפני כתיבת כתב התביעה הראשונה, ישקיע בבירור הטיעונים כך שכתב התביעה יהיה מוצק ואיתן?** ככל שנדרוש מהתובע רמת פירוט ודיוק גבוהה יותר בכתב התביעה, תתייקר עלות הגשת התביעה (=חסם).

כיום רואים נטייה לגישת "הקלפים הפתוחים". על הצדדים לצרף לכתב התביעה את כל המסמכים שנמצאים ברשותם כבר בשלב מוקדם זה, עוד לפני שלב הבאת הראיות הפורמלי כך שלצדדים יהיה כמה שיותר מידע. בכך מגדילים את המידע הזמין לצדדים ואת טווח הפשרה, וכן עוזרים לביהמ"ש להבין מיהם השחקנים ומהי הליטיגציה שמתאימה לאותו מקרה.

החידושים המרכזיים בתקנות קשורים **למבנה של כתבי הטענות** (כל כתב הגנה/תביעה יכלול שלושה חלקים - כותרת, עיקר הטענות וטיעון עובדתי) **ולהגבלות אורך.** החידוש המרכזי הינו בעיקר הטענות - יש לציין את הסעדים המבוקשים ופירוט תמציתי של עילות התביעה. [תקנות 18-9, 32-24]

כתב תביעה

אמצעי שיורי לפתיחת הליך (כלומר, באין הליך מיוחד בחקיקה). תקנות 82-78 מאפשרות הליך אלטרנטיבי שנקרא "דיון מהיר" (בתביעות עד 75 אלף ₪).

**בכתב התביעה יש להתייחס לעובדות -** לא לראיות ולא לטענות משפטיות (תקנה 9(ג)(3), 11(3)). זהו שלב שבו רק צריך לפרט ולספר את הפרשה העובדתית ולא לטעון "משפטית".

ועדיין, **תקנה 15 מורה על חובת צירוף מסמכים, חוו"ד רפואית וכו' כהוכחה למסכת העובדתית.** מדובר במסמכים מהותיים שיכולים להוות חלק מהיסוד העובדתי שנטען בכתב הטענות.

**התפקיד המכונן של כתב התביעה הינו קביעת גדר המחלוקת: מה הסעד המבוקש, העובדות הנטענות וכו'.** התובע בעצם מקבל כוח משמעותי מאוד בתחילת ההליך, וקובע הן לנתבע והן לביהמ"ש מה הולך לקרות.. מצד שני, אם התובע שכח לטעון עובדה קריטית - לא ניתן "להיזכר" בה בהמשך (לרשלנות יש מחיר אסטרטגי!). ההליך נותן חירות גדולה לתובע, אולם היא מגיע עם סיכונים בצידה. **"ייזהר המנסח" -** אם התובע מרחיב מדי הוא עלול לשלם בהמשך הוצאות על טענות שלא התקבלו; ואם יצמצם מדי הדבר יכול לגרום לוויתור על הזכות לטעון את הטענה בהמשך.

**פס"ד מורגנשטרן (2013):** הוגשה תביעת דיבה כנגד חמישה פרסומים שפורסמו בתקשורת ובפייסבוק. בימ"ש השלום העניק K50 ₪ פיצוי על הפרסום הראשון, K40 ₪ על הפרסום השני וכן הוצאות בסך K25 ₪. הנתבע ערער למחוזי, ושם נקבע שהפרסום הראשון אינו דיבה ולכן לא מגיעים בגינו פיצויים. הפרסום השני הוא אכן לשון הרע, אבל מזכה רק ב-K10 ₪. המחוזי הוסיף שאם כל התביעה הזו העלתה בחכתה רק K10 ₪ - דהיינו שמתוך חמישה ראשי תביעה התקבל רק אחד חלקית - הרי **שהתובע הגזים בתביעתו** ויש לחייבו (על אף שזכה!) ב-K45 ₪ הוצאות לנתבע. זוהי דוגמה נהדרת לאופן הזהיר שבו צריך להתנהל בעת כתיבת כתב הטענות. שני מסלולים מקבילים - ניצחון בחלק המהותי מול הפסד החלק הפרוצדורלי.

**פס"ד מגדל (2012):** בד"כ ביהמ"ש מוגבל לפסוק פיצויים בהתאם לסכום בכתב התביעה. באותו פס"ד נקבע **שלתובע מותר להוכיח יותר מסכום התביעה** (למשל, אם תובעים 1.5 מיליון ₪ ניתן להוכיח נזק של 2 מיליון - אבל אפשר יהיה לקבל עד 1.5 לכל היותר) **ואין בכך בעיה של הגינות דיונית,** כי לא "מפתיעים" את הנתבע במקסימום שהוא יוכל לשלם. כלומר, יש להיזהר מלצמצם יותר מדי ו"לוותר" על טענות.

ישנו **הליך של תיקון כתבי טענות** (תקנה 48-46), ייתכן שהתקנות החדשות מעידות על **גישה ליברלית** יחסית בנושא (טרם פורש בפסיקה). מצד אחד רצוי לאפשר תיקון כתבי טענות, כי זה יזרז את הטיפול בהליך - ומצד שני יש לאזן ולבדוק מה המשאבים שכבר הוצאו בתיק והאם נכון לתקן את כתב התביעה בשלב כזה או אחר.

תקנה 46 אומרת שהסטנדרט שלפיו ביהמ"ש צריך לאשר תיקון כתבי טענות הוא "ניהול הליך שיפוט ראוי והוגן". מן הסתם, אם צד אחד מתקן את כתבי טענותיו - גם הצד השני רשאי לעשות זאת.

ביהמ"ש רשאי בכל עת להורות כי יתוקן כל עניין בכתב טענות או כי יצורף בעל דין או יימחק שמו של בעל דין מכתב התביעה לשם קיומו של **הליך שיפוטי ראוי והוגן**, תוך התחשבות בין השאר **בהתנהלותו של מבקש התיקון, השלב הדיוני** שבו מוגשת הבקשה **והמטרה** שהתיקון המבוקש צפוי להשיג.

דוגמה הקלאסית **לניצול לרעה של בקשה לתיקון כתבי טענות** לאחר תחילת המשפט:

**פס"ד מרקט פלייס (2008) -** תיקון לאחר הוכחת אחריות. הייתה בתביעה נזיקית, שלאחר שנקבע כי הנתבע יישא באחריות נזיקית התובע ביקש להעלות את סך הפיצויים (בד"כ קודם מוכיחים אחריות ואז מבררים נזק). במצב של הגדלת גובה הפיצויים לאחר הוכחת אחריות יש מעין חזקה לחוסר תו"ל, מאחר והנתבע בתחילת ההליך השקיע X משאבים ביודעו שרף הפיצויים מוגבל, ואחרי שהוכח שהוא אחראי פתאום מעלים את רף הפיצויים ונמנע ממנו להשקיע משאבים נוספים בבירור שאלת האחריות - שכבר נפסק בה לחובתו.

בנוסף, יש לקחת בחשבון את **שיקול העלויות השקועות:**

**פס"ד גזונטהייט (2014) - תיקון מאוחר מדי.** ביהמ"ש אמר לתובע שיש לעשות איזון בין האינטרס הפרטי של שיפור התביעה לבין האינטרס המערכתי שלא לעורר את ההליך מחדש.

אם אף אחד מהחששות הללו לא מתקיים, ביהמ"ש יאפשר לתקן את כתב התביעה (ולנתבע את כתב ההגנה).

קדם משפט

תקנות 63-61 קובעות כי **מטרת דיוני הקדם משפט הינה לייעל, לפשט ולהחיש את הדיון.** זהו שלב שבו, בניגוד למסורת האדברסרית הקלאסית, ביהמ"ש אקטיבי וניתנת לו האפשרות לפעול ע"י:

1. **צמצום והגדרה של פלוגתאות -** הצדדים מוגבלים רק להוכחת הפלוגתאות שנקבעו. כאן נכנס גם הפן הגישורי, כאשר המטרה היא להראות לצדדים שהם לא חולקים על כל כך הרבה דברים.
2. **רגולציה של שלב ההכנה -** גילוי מוקדם, סעדים זמניים, טענות סף (התיישנות וכו').
3. **היערכות לשלב ההוכחות -** סדרי דין וראיות, קובעים תאריכים למשפט, אילו עדים יובאו ובאיזה סדר.
4. **בחינת האפשרות לסיום ההליך בלי הוכחות -** סילוק על הסף או הבאת הצדדים לפשרה.

אין מניעה ששופט הקדם ידון גם במשפט עצמו (ההיכרות עם החומר משתלמת מול החשש שיש לו עמדה).

תקנה 61(ג) אומרת שאין מניעה כי הקדם יתנהל גם בשיחת ועידה או בכל אמצעי טכנולוגי אחר.

גילוי מוקדם

ישנה **חובה כללית** על בעלי הדין לחשוף זה לזה בתצהיר את המסמכים שברשותם (גילוי ועיון) ולהשיב לשאלות (שאלונים).

לכאורה מדובר בחובה הפועלת בסתירה מובהקת להגיון האדברסרי: שיתוף פעולה, מניעת הפתעות. המסר לבעלי הדין בהליך האזרחי הוא שעליהם לקחת בחשבון כי **כניסה להליך מהווה בהגדרתה ויתור על פרטיות ושליטה על המידע שבידי ביחס לצד השני.**

מטרתו הפונקציונלית של הגילוי המוקדם הוא בראש ובראשונה לצמצם את המחלוקות בין הצדדים, אך **הגילוי גם מהווה דרך להשגת מידע באופן כפוי מהצד השני**. עצם הגשת התביעה יכולה להביא לחיוב הפרט או הארגון לחשוף מסמכים שלא היו מוכנים או מעוניינים לחשוף בסיטואציה אחרת.

מסיבה זו יש התייחסות דואלית להליך הגילוי המוקדם - מצד אחד **שלב הכנה למשפט,** ומצד שני זהו **משחק אסטרטגי** בפני עצמו היכול לשמש את הצדדים. **לעיתים עצם הגילוי הינה תכלית ההליך,** כאשר הגשת המטרה נועדה לחשוף מידע או לאיים בחשיפת המידע (ללא קשר לפסק הדין שיינתן או לא יינתן בסוף).

חשוב לציין כי **לא אחת מדובר בשלב היקר והמורכב בהליך כולו** - למשל, כאשר המידע מאוחסן במקומות רחוקים או מורכב להשגה. ביהמ"ש מאזנים בין התועלת שבחשיפת המידע לבין העלות הכרוכה בהשגתו.

גילוי מוקדם - שיקולי מדיניות

1. **חיסכון בעלויות המשפט** (צמצום יריעת המחלוקת, מניעת הפתעות)
* מנגד: סרבול ועלויות גבוהות בשלב מוקדם בהליך
1. **עידוד פשרות** (צמצום פערים בהערכת תוחלות)
2. **הגיונות דיונית** (קלפים פתוחים)
* מנגד: הזמנה למניפולציות העמסה, הסתרה, תביעה לשם גילוי)
* וכן: היפוך בפועל של כלל "המוציא מחברו"
1. **סיוע בחשיפת האמת**
* מנגד: הזמנה לשיבוש
1. **איזון פערי כוחות** (מטפל בחוסר ידע באמצעות השגת מידע)
* אך: הזמנה למניפולציות

גילוי מוקדם – תמריצים אקס אנטה (התנהגות מחוץ לביהמ"ש)

* **ניהול מידע -> השמדת ראיות?** מתמרץ צדדים לא לסדר ולארגן מידע באופן שיטתי.
* **ביצוע תחקירים פנימיים**

**רע"א 1412/94 הדסה נ' גלעד (1995):** קרובי משפחה של חולה שהתאבד רצו לתבוע את ביה"ח, ולשם כך ביקשו לחשוף תחקיר פנימי שנעשה שם בנושא. ביה"ח סירב ואמר כי הדבר עלול לגרום לבתי חולים להפסיק לבצע תחקירים פנימיים שכאלה. ביהמ"ש העליון דחה את הטענה וחייב את ביה"ח בפרסום התחקיר.

* **הכנה להליך + מו"מ לפשרה -** מוגנים בחסיונות מגילוי. תמריץ להתנהלות אחראית לקראת ההליך.

גילוי מוקדם - ההליך

הסדר הגילוי המוקדם מעוגן בתקנות 60-56. ישנם שני כלים מרכזיים לגילוי מוקדם:

1. **שאלונים (תקנה 56) -** כל צד יכול לשלוח לצד השני שאלונים עליהם יהיה חייב לענות. השאלון יכול להוות ראיה בביהמ"ש. **מטרתם העיקרית של השאלונים היא הבהרת גדרי המחלוקת,** ולכן ישנו ניסיון לצמצם את היקפם (התקנות כיום מגבילות ל-25 שאלות) כדי להגביל את הכלי ואת פוטנציאל ההטרדה שלו. ישנם דברים שניתן לדעת מראש ולא צריך לשאול (כמו גיל, מקום מגורים וותק במקום העבודה).
2. **גילוי מסמכים (תקנה 57) ועיון בהם (תקנה 58) -** ליבו של הגילוי המוקדם. כיום גילוי המסמכים הוא אוטומטי וכבר לא צריך לבקש זאת מפורשות. סוג המסמכים שיש לגלות נקבע לפי **מבחן הרלוונטיות - "כל המסמכים הנוגעים לעניינים השנויים במחלוקת";** בהחלט ניתן להתווכח מה נחשב לנוגע לעניין.
3. [העדה מוקדמת, deposition - הליך שאינו קיים בישראל, אך פופולרי ומשמעותי מאוד בארה"ב לצורך הגילוי המוקדם. זוהי בדיקה מוקדמת של "מה יש לנו" מבחינה ראייתית ועד כמה באמת יש לנו "קייס". זוהי עדות בשבועה שדינה כתצהיר, וניתן להגישה אחר כך לביהמ"ש.]

במצב של אי גילוי (מלא או תקין) ניתן לפנות לביהמ"ש. תקנה 60 יוצרת הסדר מפורש של הטלת סנקציות שביהמ"ש יכול לפהעיל לפי שיקול דעתו. לביהמ"ש יש סמכות לעיין במסמך שגילויו מבוקש.

* חשוב לציין שבשלב ההכנה ביהמ"ש יכול להיחשף לראיות, בין השאר ראיות שיקבע כי הן אינן קבילות. זה יכול לגרום להטיות מסוימות בפסיקה!

גילוי מוקדם – צו גילוי

60(א). הליכי גילוי ועיון נאותים מהווים תנאי בסיסי לקיומו של **הליך שיפוטי ראוי והוגן.**

בתקנה 60 יש סעיף מטרה, מעין "מסר למערכת" – גילוי ועיון הוא דבר חשוב ובסיסי.

צו גילוי יינתן במקרה שבו **מתקיים מבחן הרלוונטיות** ובנוסף הוא **נצרך לקיום "הליך ראוי והוגן".**

זאת, במטרה **להימנע מכך שהגילוי המוקדם יהפוך ל"מסע דיג",** כאשר לתובע אין באמת ראיות והוא מנסה לדלות אותן מהנתבע עצמו. לפיכך ניתן לדרוש מהצד המבקש שיגיד למה המידע הזה רלוונטי לו. בנוסף, ישנו רצון **למנוע שיבוש בהליכי המשפט** בעקבות גילוי המסמכים.

שיקול נוסף שלוקחים בחשבון הוא לא להכביד על המגלה יתר על המידה בהפקת המסמכים. לעיתים מידע יהיה רלוונטי, אך הפקתו דורשת משאבים מרובים (שבוע עבודה). ביהמ"ש יעשה איזון של "שקידה ראויה", כאשר אם מדובר בעלויות גבוהות באמת ייתכן שהצד המבקש יישא בעלויות הגילוי המוקדם.

כמו כן, **אין לפגוע בזכויות התובע/הנתבע/צד ג' בהליך גילוי המידע.** יש משמעות לגבי מי מבקש להימנע מחשיפת המידע האישי - האם מדובר בתובע (שיזם את ההליך ובחר בחשיפה) או הנתבע (שנגרר להליך)? במקרים מסוימים ניתן לערוך את הדיון בדלתיים סגורות. ביהמ"ש נדרש לוודא שהגילוי המוקדם לא פוגע במישהו שאינו חלק מההליך.

בנוסף, **אין להפר חסיונות (חקוקים/פסוקים)** כמו חיסיון עו"ד-לקוח, רופא-מטופל וכו'. גם לעיתונאי אסור לחשוף מקור (חובה פסוקה). כל חיסיון אפשר להחריג, אך זה מצריך פניה למשטרה וקבלת אישור מיוחד.

הפרת חובות גילוי יכולות להוביל לסנקציות: הטלת **הוצאות,** **איסור על הגשת ראיה שהוסתרה** ואפילו **מחיקת כתב הטענות** של התובע (=סילוק התביעה) או הנתבע (=מתן פס"ד בהיעדר הגנה). כתב הגנה מחוק הוא סנקציה חריפה מאוד, שכן פס"ד ללא הגנה יוצר מעשה בית דין (בניגוד לתביעה שניתן להגיש שוב).

גילוי מוקדם - העתיד

כיום יותר ויותר מהגילוי המוקדם נעשה בצורה אלקטרונית (e-discovery). המהפכה הדיגיטלית מאפשרת העברה של כמויות עצומות של חומרים בקלות ובמהירות, תוך שמירתו לזמן רב יותר ועם יכולות מתקדמות לניתוח ועיבוד שלו. זה מאפשר חשיפה למידע שעין אנושית מתקשה לגלות, כמו דפוסים התנהגותיים על פני רצף גדול של נתונים. היות שמדובר בעולם הולך ומתעצב עדיין לא ברור מה יהיו השלכותיו (האם חברות ינסו אקס אנטה לטשטש את המידע הדיגיטלי עליהן? והאם ניתן יהיה לצייר קווי אישיות של נאשמים?).

סעדים זמניים

כלי ההתמודדות עם העובדה שליטיגציה לוקחת זמן (!).

חשוב להבין שמרגע הגשת התובענה מצב היחסים הממשי משתנה, אך מצב היחסים המשפטי לא משתנה! הפער בין העמדה המשפטית למצב הזכויות לבין המצב העובדתי יוצר שני חששות אצל התובע:

1. **מניפולציות מצד הנתבע שימנעו הגעה "לקו הסיום" -** למשל, שיבוש ראיות או מניעת קיומו של פסק הדין ע"י בריחה/הברחת מושא התביעה (כך שעד מתן פסה"ד הוא כבר יהיה לא רלוונטי/אכיף).
2. **שינוי במציאות שיסכל את תכלית ההליך -** העולם ממשיך לנוע על צירו...

94. "מטרת הסעד הזמני היא **להבטיח זכות לכאורה במהלך ההליך המשפטי** ואת קיומו התקין והיעיל של ההליך או את ביצועו הראוי של פסק הדין."

במובן הזה ניתן להסתכל על **הסעד הזמני גם ככלי חוקתי,** שכן הוא מביא לידי מימוש אמיתי את זכות הגישה לערכאות ואת האפשרות לניצול אסרטגי של תובע להישגים מיידיים.

**בג"ץ פייסר חוסייני (1999):** עתירה נגד השר לביטחון הפנים שהוציא צו לסגירת האוריינט האוס בירושלים. בעתירה ביקשו למנוע את קיום הצו. העתירה המהותית הייתה מניעת הסגירה, והסעד הזמני שביקשו היה לא לפנות את האוריינט האוס עד שתתברר חוקיות החלטת הממשלה (דבר שיכול לקחת 8-7 חודשים). השופטת דורנר העניקה צו ביניים כמבוקש, והיו צריכים להגיש את החומרים לביהמ"ש תוך שבוע. באותו שבוע היו בחירות והשלטון התחלף, הממשלה כבר לא התעניינה בפינוי האוריינט האוס וכעבור חודשיים העתירה נמחקה בהסכמת הצדדים ללא צו להוצאות. דוגמה נהדרת **לניצול אסטרטגי של סעד זמני.**

**עניין רות קוליאן נ' יתד נאמן:** קוליאן תבעה את העיתון יתד נאמן שבוע לפני הבחירות בטענת אפליה לפי חוק הבחירות וחוק ההפליה בשירותים ומקומות ציבוריים. ביהמ"ש המחוזי קיבל את בקשתה לסעד זמני חריג מאוד - פרסום מודעת בחירות בעיתון (סעד זמני שלמעשה מתלכד עם הסעד העיקרי). העיתון ערער לעליון, והנדל מחליט שבלחץ זמן כזה לא ניתן לברר את התיק (מאשים במידת מה את קוליאן, שהתעכבה בהגשת התביעה). הפרסום של קוליאן לא מופיע בעיתון, ואחרי הבחירות התביעה לא ממשיכה להתנהל והתיק נסגר מבלי שהמשפט בכלל התחיל. דוגמה **לתביעה שכל מטרתה הייתה השגת סעד זמני בלבד.**

בסעדים זמניים יש **מתח נורמטיבי** = איזון בתנאי אי ודאות בין **אינטרס התובע בהליך אפקטיבי** (גישה לערכאות) **וזכותו השרירה של הנתבע** (קניין, חירות). כזכור: המוציא מחברו עליו הראיה, ולכן מתבקש ניתוח המידתיות בהליך. האיזון בין האינטרסים מגולם הן בהליך והן בתנאים.

סעד זמני מהווה הזדמנות אסטרטגית קריטית לתובע:

* **הבטחת אפקטיביות ההליך,** לעיתים זה להיות או לחדול!
* **הפעלת לחץ על הנתבע** לא להתעכב ואף להתפשר
* **אינדיקציה לגבי סיכויי ההצלחה בהליך**

סוגי סעדים זמניים

* **עיקול זמני של כסף/נכס (תקנה 108-102) -** זהו הסעד הזמני הנפוץ ביותר שמקפיא את סחירות הנכס ובעצם מונע את העברתו. הכי שכיח זה עיקול של כסף בחשבון בנק, שמונע מהנתבע להוציא כסף מהחשבון עד לבירור התביעה. לעיתים העיקול יהיה על סכום התביעה ולעיתים על סכום נמוך יותר.
* **צו מניעה זמני / [צו עשה זמני] (תקנות 110-109) -** בניגוד לעיקול המוטל על נכס, צו מניעה מוטל על אדם (=על האדם מוטל איסור לעשות משהו או חיוב לעשות משהו). הפרת ההוראה כמוה כהפרת הוראות בימ"ש. בתקנות החדשות אין התייחסות לצו עשה זמני, אך הן מוכרות ונוהגות בפסיקה.
* בעיית ההתלכדות עם הסעד הסופי!

**עניין שדולת הנשים נ' מדינת ישראל:** המדינה פתחה קורס הכשרה של צוערים לשירות המדינה המופנה למגזר החרדי. בפועל רק הקורס לגברים נפתח עקב חוסר ברישום של נשים. שדולת הנשים טענה להפליה ותבעה בביה"ד לעבודה. ביה"ד בצעד אקסטיביסטי הוציא צו עשה זמני למדינה לצרף עשר נשים לקורס. התביעה הגיעה לעליון ושם ביהמ"ש (ששוב מתגלה כערכאה שמרנית יותר ביחס לסעדים זמניים) מבטל את צו העשה הזמני. כעבור ארבעה חודשים התביעה מסתיימת בגישור ובפשרה בין המדינה לשדולת הנשים.

* **כינוס נכסים זמני (תקנה 122-111) -** כונס הנכסים מנהל את הנכס (כולל חברה) עד לבירור התביעה. זה נצרך במצב שבו, למשל, יש תביעה ביחס לפרדס וחוששים שהפרדס ידרדר בגלל שהניהול שלו יפגע (כי לנתבע פחות משתלם להשקיע בניהולו). במצב כזה ביהמ"ש יכול למנות גורם חיצוני שינהל את הנכס, כך שאם בסוף יהיה פס"ד לטובת התובע, הוא יקבל את מה שהגיע לו מלכתחילה ולא נכס פגוע.
* **תפיסת ראיות (תקנה 123) -** חשש שאינו נוגע למימוש פסה"ד (אם וכאשר יגיע) אלא משיבוש ראיות מצד הנתבע שיעלים מידע הדרוש להוכחות. מאפשר "לתפוס" את המידע הרלוונטי עוד בתחילת ההליך.
* **עיכוב יציאה מהארץ (תקנה 128-124) –** סעד זמני שמשמש במשפט האזרחי כאשר יש צורך באדם גופו למימוש פסק הדין (למשל, אם נדרשת חתימתו). זוהי דוגמה קיצונית של סעד זמני (שכאמור ניתן עוד בשלב טרום המשפט) שבו נשללת ממש החירות האישית של הנתבע בטרם בכלל נקבע שהוא חייב.

סעדים זמניים: המסגרת הנורמטיבית

נוכח המורכבות החוקתית של הסעדים הזמניים, לעיתים קרובות בתי המשפט מתחילים את הניתוח בס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – פסקת ההגבלה. לדוגמה, כאשר בודקים אם עיקול זמני (שפוגע בזכות הקניין) נעשה באופן מידתי. כזכור, אחד התנאים בפסקת ההגבלה הינו שהפגיעה תהיה בחוק או לפי חוק.

מקובל לחשוב שהמענה לדרישה זו מצוי בס' 75 לחוק בתי המשפט (סמכות כללית לתת סעד). אח"כ יש בתקנות את רשימת הסעדים הזמניים (כפי שמצוין לעיל).

תקנה 95(ב) כוללת את **התנאים המהותיים לקבלת סעד זמני:**

1. קיומה של עילת תביעה על בסיס ראיות מספקות לכאורה
2. הסעד הזמני נחוץ להגשמת המטרה

תקנה 94(ד) כוללת את **השיקולים שעל ביהמ"ש לקחת בחשבון לאחר שהתובע ענה על תנאי תקנה 95(ב):**

1. **מאזן הנוחות:** הנזק לתובע מאי מתן הסעד הזמני לעומת הנזק לנתבע מנתינתו (וכן נזקים לצד שלישי או לציבור כתוצאה מהסעד הזמני).
2. **האמצעי שפגיעתו פחותה, מידתיות** (האם קיים סעד אחר שפגיעתו במשיב קלה יותר ומשיג את התכלית שלשמה נועד הסעד הזמני?).
3. **תום לב, שיהוי -** האם בעלי הדין פעלו בתו"ל/השתהו יתר בנסיבות העניין בהגשת התביעה/בבקשה לסעד הזמני? (הדהוד של דברי הנדל בפס"ד רות קליאן נ' יתד נאמן).

הליך הבקשה לסעדים זמניים

בקשה מקוצרת המוגשת בתצהיר - ביסוס לכאורה של עילת התביעה, הוכחת התנאים למתן הסעד.

**בד"כ סעד זמני מבוקש בצמוד לכתב התביעה, אם כי ניתן לבקש סעדים זמניים בכל שלב,** ככל שמתגלה לתובע מידע חדש ורלוונטי.

בנסיבות מסוימות תיתכן בקשה במעמד צד אחד. היות שמדובר בפגיעה חמורה בזכותו של הנתבע לטיעון, ישנה זכות אוטומטית לעיון חוזר ולדיון במעמד שני הצדדים.

תקנה 96 קובעת חובה על המבקש להפקיד בטוחות בבית המשפט, כדי להבטיח פיצוי לנתבע במקרה שיתברר שהתובע העליל עליו ואולי אף גרם לו לנזק. למשל:

* **התחייבות עצמית -** מסמך מילולי להבטחת כל נזקי התביעה (בטוחה חלשה, קלה לגבייה)
* **"ערובה מספקת" -** בטוחה קצובה על סכום מסוים (ערבות צד ג', הכי מקובל - ערבות בנקאית)

אם מתברר בדיעבד שהסעד הזמני לא היה ראוי, עומדות בפני הנתבע מספר אפשרויות:

1. **חילוט הבטוחות במסגרת ההליך -** מימוש הערובה במסגרת ההליך עצמו.
2. **תביעה עצמאית למימוש הבטוחות -** מימוש הבטוחה במסגרת הליך נפרד (אם ההליך הראשי הסתיים)
3. **אפשרית לתביעה נזיקית** נגד התובע שקיבל את הסעד הזמני

**פס"ד סחר ושירותי ים (2000):** תובע שניצח בפסה"ד הסופי התבקש לשלם לנתבע פיצויים על עיקול מופרז ששיתק את פעילותו העסקית. על אף שהעיקול התקבל ע"י ביהמ"ש ניתן לתבוע לאחר מכן את המבקש (בניגוד למצב של מתן פס"ד סופי שאח"כ מתהפך). **המסר - ייזהר המבקש** (והסרת אחריות של ביהמ"ש?).

הליכים מיוחדים

אנחנו נמצאים בעולם שמתאפיין בליטיגציות עם ריבוי בעלי דין. המציאות הכלכלית, החברתית והטכנולוגית משתנה ויש יותר מערכות יחסים ויותר אינטראקציות מרובות משתתפים.

כתוצאה מכך העומס על בתי המשפט גדל, וישנו **מאמץ לרכז הליכים דומים** ובמקביל - להרחיב את זכות הגישה לערכאות (כך שיהיה מקום ליותר שחקנים בהליך).

המנגנונים המרכזיים למצבים של ריבוי בעלי דין:

1. **צירוף בעלי דין -** ע"י התובע (תקנה 26); הדין מעודד ואוהב את זה.

"מותר לצרף בכתב תביעה אחד, כתובע או נתבע, כל אדם הדרוש לצורך הכרעה ביעילות ובשלמות בתובענה, ובלבד שהתובענה מעוררת שאלה עובדתית או משפטית משותפת לכל בעלי הדין."

1. **הודעה לצד שלישי -** ע"י הנתבע (תקנות 23-22)

"נתבע רשאי לתת הודעה לצד שלישי לכל אדם, במקרים שבהם הוא זכאי ממנו להשתתפות, לשיפוי או לביצוע פעולה בנוגע לסעד הנתבע ממנו או אם מתקיים קשר עובדתי או משפטי משותף בסוגיה שבינו בין הצד השלישי, הכרוכה בנושא התובענה, ומן הראוי לבררה במשותף."

הצד השלישי הוא נתבע על תנאי, התביעה נכפית עליו אבל מרגע שהוא מצורף הוא הופך לצד להליך כולו.

תובענה ייצוגית

הנסיבות הפרדיגמטיות שהובילו להיווצרות הכלי **נתבע אחד ותובעים רבים**. בנוסף, מה שהופך את הסיטואציה למסובכת ומצריכה יחס מיוחד הינו אופי העילה - **שווי נמוך לכל תביעה אישית.**

השילוב של שלוש הנסיבות הללו מביא לכך בפועל לא מבשילות תביעות, נוכח **היעדר תמריץ פרטי לתבוע.** כשאנשים מחשבים עלויות ותועלות, הם מסיקים שלא משתלם להם לתבוע בעילה זו.

בנוסף, קיימת **בעיית פעולה משותפת -** לתובעים קשה להתאגד משום שהם לא מכירים זה את זה, **ועלויות הזיהוי** גבוהות (הם יצטרכו לפרסם ולחפש אחר תובעים אחרים). גם אם נוכל לזהות את הקבוצה, יהיו לכך **עלויות תיאום** לא קטנות. ככל שהקבוצה גדולה יותר יהיה קשה ויקר יותר לקבל החלטות כיצד לנהוג כקבוצה, ואנשים יירתעו מלהוציא לפועל את התביעה. גם אם ניהלו תביעה וזכו בה, יהיה צורך **בפיתוח מנגנון אכיפה** שבאמצעותו יחולק הסעד בין אנשי הקבוצה, מה שעלול ליצור אתגרי תקשורת ותיאום בין חבריה. זהו מצב קלאסי שבו הדין מתיר לתבוע, אבל חסמים שונים מונעים בפועל את קיומה של תביעה.

לכאורה מדובר בתביעות על שווי נמוך, אז מה הבעיה בכך שלא תהיינה תביעות במצבים כאלה?

* פגיעה לא מפוצה בזכויות מהותיות (זכות הקניין, הזכות לכבוד וכו')
* פגיעה בגישה לערכאות
* חוסר שוויון חלוקתי (בד"כ האנשים הקטנים הם אלו "שגוזרים" עליהם קופון)
* פגיעה בהרתעה - נגד מעוולים גדולים שגורמים נזקים קטנים

עניין ההרתעה רלוונטי בעיקר בנסיבות שבהן האכיפה המדינתית (פלילית/מנהלית) לא מספקת.

**בג"ץ פרסקי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (2015):** השופטים התלבטו בשאלה של מדיניות - **האם ראוי לתפוס את הפרט כשותף במאמץ האכיפה המדינתית**? זוהי שאלה של משפט ציבורי ותפיסה של משמעות האזרחות - האם אני חלק מהמערכת או רק זכאי להגנתה. לצד השאלה העקרונית יש גם ניתוח כלכלי של מה זול יותר לביצוע. למשל, ייתכן שבנסיבות צרכניות לפרטים קל (=זול) יותר להשיג את המידע.

הפתרון - תובענה ייצוגית

ריכוז כל התביעות **להליך אחד**. מתוך כל התובעים בוחרים **אדם אחד** (התובע הנציג) **שמייצג** את כל התובעים. **פסק הדין** שניתן בהליך הזה **מחייב את כולם** (תובעים ונתבעים).

ס' 24 לחוק בתי הדין: פסק דין בתובענה ייצוגית יהווה מעשה בית דין לגבי כל חברי הקבוצה שבשמם נוהלה התובענה הייצוגית, אלא אם נקבע במפורש אחרת בחוק זה.

ס' זה בעצם חוסם את שאר חברי הקבוצה מלתבוע שוב (גם אם הם הפסידו!).

1. מטרת חוק זה לקבוע כללים אחידים לעניין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם:

**(1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסייה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;**

**(2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;**

**(3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;**

**(4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות.**

**חוק תובענות ייצוגיות מנסה לייצר איזון מורכב,** שכן אפילו ברמה הפורמלית יש כאן **פריצה של המסגרת הקלאסית של ההליך האזרחי,** שמובנה כהליך בילטראלי - בתובענה ייצוגית יש לפחות שלושה גורמים:

1. חברי הקבוצה התובעת (בעלי העילה) 2. התובע הנציג (שייך לקבוצה אך פועל במנותק) 3. הנתבע

סיכונים מיוחדים הנובעים מהליך התובענה הייצוגית

1. **חברי הקבוצה מסתכנים בהשתקה - יוחל עליהם מעשה בי"ד מבלי שקיבלו יומם בביהמ"ש!**

**פתרון 1:** ס' 3, 4 ו-8 לחוק קובעים הליך של אישור תובענה ייצוגית, שמוודא ייצוג ראוי. הליך זה נעשה במקביל להגשת כתב התביעה, ומהווה שלב מכריע - אם התובע רוצה את הכוח לחייב את כל חברי הקבוצה, עליו לשכנע מראש (אקס אנטה) את ביהמ"ש שראוי לתת לו את הכוח לייצג את הקבוצה (כי יש לו ניסיון, גב כלכלי, "קייס" חזק...). **אישור ייצוגית ע"י ביהמ"ש = אינדיקציה חזקה לצדדים לגבי תוצאות ההליך.**

**פתרון 2:** ס' 11 ו-12 מסדירים אפשרות של יציאה (opt-out) מהתובענה הייצוגית, ולחלופין - כניסה לתובענה (opt-in). ברירת המחדל בחוק הינה שכולם בפנים, כאשר אפשרות היציאה מתבססת על הטיה קוגנטיבית של status quo bias. ישנה גם אפשרות חריגה בתקנות - מצב שבו ביהמ"ש מחליט שצריך to opt-in כדי להיכלל בתובענה הייצוגית (אולי במצבים שבהם יש שונות מסוימת מצד חברי הקבוצה).

**פתרון 3:** ס' 15 לחוק יוצר היתר השתתפות בדיונים עבור שאר חברי הקבוצה.

הפתרונות הללו מתכתבים עם התיאוריה הארגונית של הירשמן, שלפיה ישנן שלוש דרכים שבהן מנהל יכול להשיג שיתוף פעולה מצד העובדים (או תובע מייצג מול קבוצת התובעים): **Exit** (אם אתם לא מרוצים אתם יכולים לא להיות פה - אפשרות היציאה), **Voice** (אני רוצה לשמוע אתכם לפני שאקבל החלטות, לקחת את דעתכם בחשבון - השתתפות בדיונים) ו-**Loyalty** (יצירת נאמנות, אתם פה כי אתם רוצים להיות פה - הבדיקה המקדמית שהתובע אכן ראוי להגיש את התביעה בשם הקבוצה).

1. **ביחס לתובע הנציג יש שני סוגי אתגרים:**
2. **בעיית התמריץ לייצג -** למה שאדם פרטי ירצה לקחת על עצמו את ניהול התביעה?

**פתרון 1:** ס' 22 מבטיח גמול מיוחד לתובע המייצג, באופן שיוצר תמריצים כלכליים לתבוע. הנציג יקבל דלתא מהפיצוי שמגיע לכולם ובעצם "יזכה" בסכום מוגדל כמעין שכר על טרחתו.

**פתרון 2:** ס' 23 יוצר הסדר ספציפי של שכר טרחה לעורך הדין, כדי לעודד עו"ד להיכנס לתחום.

**פתרון 3:** ס' 4(א)(2)+(3) יוצרים אפשרות לארגון או רשות לתבוע בשם הקבוצה בהיעדר תובע מייצג מתאים, על אף שהם עצמם לא ניזוקו או משתייכים לקבוצת הנתבעים (למשל, פס"ד קולך).

1. **בעיית נציג -** חשש שהנציג "ימכור בזול" את חברי הקבוצה עבור רווח אישי

**פתרון 1:** ס' 17 מצהיר כי לנציג חובת נאמנות בהיותו שליח הקבוצה.

**פתרון 2:** ס' 8(ג) יוצר מנגנון פיקוח על הנציג וכן אפשרות להחלפתו (רגולציה מצד ביהמ"ש).

**פתרון 3:** ס' 16 יוצר חובה על הנציג לקבל את אישור ביהמ"ש "להסתלק" מהתביעה. ברגע שהנציג מודיע על רצון להסתלק ביהמ"ש חוקר האם קיבל טובת הנאה לשם הפסקת התביעה, כדי להגן על שאר חברי הקבוצה.

פתרון 4: ס' 19-18 יוצרים חובה לקבל את אישור ביהמ"ש לפשרה, כדי לוודא שהתובעים לא "נמכרו בזול". בניגוד לפשרות בהליך אזרחי רגיל (שבתי המשפט לרוב מעודדים), כאן הדין קובע הסדר מפורט מאוד וחריג עקב חשד ממשי מפני הסכם פשרה לא מאוזן שיתגמל את הנתבע אך ישליך לרעה על קבוצת התובעים.

חשוב לציין **שפתרונות אלו יעילים רק לאחר כניסתו של ביהמ"ש לתמונה.** אם הנתבעים "קונים" את הנציגים עוד בטרם הפכו לנציגים, אין פתרון אמיתי בחוק לפיקוח על בעיית הנציג (למשל, מפעל מזהם שמחתים את השכנים על כתב ויתור בתמורה לכסף מכיוון שהוא צופה שהם ייקחו על עצמם את הנציגות).

1. **הנתבע בתובענות ייצוגיות חשוף לסיכון חריג -**
2. **עלויות הגנה גבוהות**
3. **הטלת אחריות בגין מעשים שאמורים להיות פטורים מאחריות (de minimis)**
4. **חשש מתביעות סחטניות**
5. **נטייה להתפשר מוקדם**

**פתרון 1:** ס' 4 ו-8 העוסקים באישור תובענה ייצוגית נועדו, בית היתר, למנוע ניצול לרעה של התובענה.

**פתרון 2:** ס' 3 יוצר הגבלת עילות (רשימה סגורה) התוחמת את היקף החשיפה של נתבעים פוטנציאליים.

**פתרון 3:** ס' 3(א) סיפא, 8(ב), 9 ו-21 יוצרים הגנה על נתבעים "מיוחסים" כדוגמת המדינה, כדי שתובעים פוטנציאליים לא "ישתו" את תקציב המדינה. למשל, לא ניתן לתבוע את **המדינה** בתובענה ייצוגית על השבת כספים שנגבו שלא כדין (כמו ארנונה) אם היא הודיעה שהפסיקה לעשות זאת. ישנו גם הסדר המגן על **ארגונים ציבוריים גדולים ומשמעותיים למשק,** שהחשש מקריסתם יכול למנוע תובענות ייצוגיות נגדם.

**פתרון 4:** ס' 20 מעניק לביהמ"ש שיקול דעת רחב בקביעת הסעד, שבמסגרתו ניתן להתחשב בשיקולי הנתבע (איך לבצע את הסעד כך שלא ייווצר נזק בלתי הפיך לנתבע?). עצם ההליך נתפס כיוצר סיכון מיוחד המצדיק שורות הגנות מיוחדות לנתבע, בשונה מהליך אזרחי רגיל שבו לא מתחשבים בכך (חדל"פ).

סוגיות נוספות בתובענות ייצוגיות שהדין מסדיר

1. **תחרות בין תובעים -**

היות שמדובר בקבוצה גדולה של אנשים שלא מכירים זה את זה, הדין מנסה למנוע מצבים של הגשה כפולה באמצעות מרשם בפנקס התובענות הייצוגיות + יידוע (ס' 5(א)(2), 6 ו-28 קובעים כי על התובע המייצג שקיבל רשות לתבוע ליידע את הציבור על כך). **הכלל הוא שכל הקודם זוכה**, אבל אם מישהו רוצה להגיש תובענה ייצוגית וכבר הגישו - הוא יכול לנסות את מזלו בלשכנע את ביהמ"ש שהוא מתאים יותר למשימה.

1. **זיהוי חברי הקבוצה -**

חשוב בעיקר לאחר מתן פסק דין, כשצריך להחליט על אופן חלוקת הסעד. יש חובת פרסום על אישור התובענה הייצוגית, הפשרה והסעד (ס' 25). היקף הפרסום הוא בהתאם לשיקול דעתו של ביהמ"ש והיקף התביעה (תביעה מול עסק בת"א תחייב פרסום באזור וכו'). **תמיד צריך לפרסם בפנקס התובענות הייצוגיות!**

1. **חלוקת קרן הפיצוי -**

לביהמ"ש יש שק"ד רחב בקביעת אופן חלוקת הסעד (ס' 20, 27א). כאשר לא מזהים באופן מוחלט את חברי הקבוצה יש להפנות את כספי הפיצויים לקרן לחלוקת כספים לטובת מטרות ציבוריות, כך שהכספים שנפסקו כסעד יחזרו בסוף לכל החברה. לעיתים עלות זיהוי חברי הקבוצה גדולה יותר מהפיצוי שמגיע להם.

1. **אגרות -**

תקופה ארוכה נושא האגרות היה שנוי במחלוקת, שכן החוק חוקק בשנת 2006 אולם עד לאחרונה לא תוקן בתקנות גובה האגרה - מה שהפך את הליך התובענות הייצוגיות לזול מאוד (והוגשו המון תובענות כאלו). האם מצב שבו הגשת תובענות ייצוגיות הוא "מקצוע" רווחי הינו חיובי או שלילי? מצב אחד זה עלול להעלות את המחיר לצרכנים (מגלים עלויות סיכון ליצרן) ומצד שני זה גורם לחברות הגדולות לשמור על החוק. ישנה גם בעיה של הגשת תביעות סרק ("תביעות תקן" קטנוניות עם רכיבים אופורטוניסטיים), שנפוצות בעיקר בתובענות ייצוגיות שכלל לא מתיימרות להגיע לפס"ד שידחה אותן (ויקבע כי מדובר בתביעות סרק) אלא מתבססות על הגשה לפשרה בשלב מוקדם בהליך, ואז מאיימות בצורה אפקטיבית על נתבעים.

בתקנות החדשות נקבעה אגרה בסך K16 ₪ במחוזי (K5.5 מתוכם במזומן) ו-K8 בשלום (K3 במזומן). נראה שתכלית התקנות הושגה בעקבות האגרה נוכח השפעה חיובית על סילוק "תביעות התקן"/סרק.

תנאי הסף לאישור תובענה ייצוגית

* **ס' 3 - עילה מנויה.**

התוספת השנייה כוללת רשימה לא קצרה של עילות (שעוד מתעדכנת מדי פעם), כך שהסעיף לא באמת פוטר נתבעים פוטנציאליים מתובענה ייצוגית. ביניהן: הגנת הצרכן, ביטוח, בנקאות, שירותים פיננסיים, הגבלים עסקיים, ניירות ערך, הפליה בעבודה, נגישות, זכויות עובדים, השבת גבייה שלא כדין (\*), ספאם, פנסיה. לצד תחומים "מובנים מאליהם" יש תחומים חברתיים וחוקתיים כמו הפליה בשירותים, מפגעים סביבתיים וכו'.

**ס' 4(א)(1): עילה אישית.**

תובענה ייצוגית היא במידה רבה משפט ציבורי (=כלי אכיפה משמעותי), אולם יש לכך תנאי - תובע נציג חייב להראות שהוא חלק מהקבוצה, שגם הוא נפגע מהעילה שבגינה תובעים. זהו עוגן אנכרוניסטי, **דחיית מודל "התובע הציבורי".**

אמרנו שיכול להיות מצב שבו נתבע פוטנציאלי "יקנה" תובעים בעלי עילה אישית. במצב כזה, איך ניתן יהיה להיכנס וולונטרית לקבוצה הנזוקה? ע"י קניית מניות בחברה, למשל (בתי המשפט יכולים לבחון את תום הלב במצב כזה). ישנו גם חריג בס' 4(א)(3) שמאפשר הגשת תובענה ייצוגית בידי ארגון, בתנאי ש"קיים קושי" להגישה בידי אחד מבעלי העילה עצם.

**רדיו קול ברמה נ' קולך (2015):** פס"ד עקרוני בעניין תביעות ארגון ציבורי, מבטא גישה מצמצמת וזהירה. ביהמ"ש אומר **שעל הארגון לחפש תובע בעל עילה ורק אם הוא מוכיח לביהמ"ש לאחר "שקידה סבירה" שלא ניתן למצוא אחד כזה, אז הארגון רשאי להגיש את התובענה.** במקרה הזה הייתה הכרה ב"קושי אינהרנטי" במציאת תובע בעל עילה עקב חסם תרבותי. בד"כ מדובר בארגוני איכות סביבה או הגנת הצרכן.

תנאים מהותיים לאישור תובענה ייצוגית

1. **ס' 8(א)(1) רישא: שאלות משותפות.**

יש להסתכל על כתב התביעה ולוודא שלכל קבוצת התביעה יש אותה עילה מהנתבע (אחרת זו לא תובענה ייצוגית אלא אוסף תביעות פרטיות). השאלה הנורמטיבית היא **מה מידת השיתוף הנדרשת?** בעבר העליון קבע ש-100% מהתביעה צריך להיות משותף (זהות עילות מוחלטת - אותה עילה, אותו נזק וכו'). **כיום הגישה מתונה יותר** ומבקשת דמיון בסביבות 80% (יהיו מצבים שבהם די ב-50% עם בירור פרטני בתוך הקבוצה).

**פס"ד רדיו קול ברמה:** איך אפשר לזהות את קבוצת התובעים? האם מדובר בכל הנשים ששומעות את הרדיו, כל הנשים שרוצות לשדר או אולי כל הגברים שרוצים לשמוע נשים? זוהי שאלה שמשפיעה על העילה המשותפת. נקבע שכל תביעה על מדיניות מעידה על תחולה כללית שצולחת את מבחן השאלות המשותפות.

בתביעה מפורסמת נגד וולמארט טענו מנהלים בדרגי ביניים שיש הפלייה בשכר. התיק הגיע לביהמ"ש העליון, שם נקבע שוולמארט הוכיחה שההחלטה לגבי השכר בדרגים הללו נעשית במחוזות ולא במטה, כך שגם אם יש הפלייה אי אפשר להגיד שיש עניין משותף לכולם אלא שאלות לכל מחוז. זה נתפס כצעד נוסף שנועד להקשות על תביעות מסוג זה. זה מעלה גם שאלה למה וולמארט מנהלת את מדיניות השכר שלה באופן מבוזר – ייתכן שכדי להימנע מתובענות ייצוגיות (יש **תועלת בפיצול של האוכלוסייה שנפגעת - "הקבוצה היא לא קבוצה"**). מקרה כמו קול ברמה נ' קולך הוא מסובך כי לא ברור מי הקבוצה.

1. **ס' 8(א)(1) סיפא: אפשרות סבירה להכרעה לטובת הקבוצה.**

ביהמ"ש בודק מהם סיכויי התביעה. היות מדובר בהליך "מקדמי" לא כל כך מקדמי במשמעויותיו (ובטח שלא זול), להחלטת ביהמ"ש לאישור תובענה ייצוגית יש משמעות רבה על נכונות הנתבע להתפשר. זאת, שכן הכרעת ביהמ"ש מהווה אינדיקציה חזקה באשר להליך כולו. דרישה זו מבטאת הגנה על הנתבעים.

השאלה הנורמטיבית היא מה רמת ההוכחה הנדרשת?

**פס"ד פירסק נ' קצא"א (2016):** תביעה בנושא דליפת נפט בערבה שכללה נתבעים מטעם המדינה (רגולטורים וכו'). נתבעי המדינה ביקשו לסלק את הבקשה על הסף מכיוון שקצא"א הם ארגון מאוד סודי ויש בעיה בגילוי הראיות. נתבעי המדינה טענו שאי אפשר להוכיח נגדם כלום ואי אפשר לאשר נגדם תובענה ייצוגית. התובעים אמרו שבחוק כתוב שמי שאחראי על קצא"א הם הנתבעים המדינתיים, וזה מהווה ראשית ראיה. ביהמ"ש הקל על התובעים וקבע שזה צולח את הרף הראשוני של אישור התביעה.

**ישנה אפשרות לגילוי מוקדם מוקדם לצורך הגשת הבקשה לאישור תו"צ.** גילוי זה יכול לשמש רק לצורך הוכחת התנאים להגשת הבקשה! (ולהיפך, כדי לנסות לדחות את התביעה - למשל, בהוכחת היעדר עילה).

1. **ס' 8(א)(2): תובענה ייצוגית הינה הדרך היעילה וההוגנת לניהול ההליך.**

איך בוחנים תנאי זה? יש לבחון האם תכליות התובענות הייצוגיות (הסיבות שלשמן המציאו את המנגנון) מתממשות. ככל שיותר מהן מתקיימות, כך יש יותר עילה לקיום תובענה ייצוגית (שיעור השאלות המשותפות, גודל הקבוצה, קלות הזיהוי של חבריה, שווי התביעות וכו'). ברירת המחדל היא תביעות אישיות.

1. **ס' 8(א)(3): ייצוג הולם.**

תנאי זה מסתכל על התובע הנציג. ביהמ"ש צריך להתרשם שהמבקש יספק ייצוג הולם לקבוצה. מי מייצג אותו? האם הוא מיוצג בכלל? האם הגיש בעבר תו"צ וניהול אותה היטב? האם יש לו גב כלכלי? פנאי?

1. **ס' 8(א)(4): ייצוג בתום לב.**

תנאי זה נועד להגן על הקבוצה ועל הנתבעים כאחד. יש לבדוק שהתובע לא מנצל את התביעה שלא בתו"ל, הן בכך ש"ימכור" את הקבוצה שלו והן בכך שישתמש בכוחו רק כדי לפגוע או להזיק לנתבעים.

מה לגבי **מצבים שבהם הנציג מנהל תו"צ למטרות רווח?** האם זה לכשעצמו מהווה בעיה של תום לב? הרי החוק יוצר תמריץ במטרה להביא נציגים, ואחת מהתכליות היא אכיפת החוק... העמדה המקובלת היא שאין בעיה אם אנשים מייצגים בשביל הכסף, כל עוד הם עושים זאת היטב ולפי דרישות החוק. ניתן להתווכח אם זה ראוי (ואולי יש חשש שיהיה קל "לקנות" אותם), אבל זה כשלעצמו לא מהווה חסם.

מה לגבי **כניסה מכוונת לקבוצת התובעים?** האם זה בעייתי מבחינת תו"ל?

**פס"ד 3698/11 שלמה תחבורה:** אדם שכר הרבה רכבים ביודעו שהחברה גובה יותר כסף ממה שצריך. השופט רובינשטיין אמר כי "על בתי המשפט להשגיח פן תתפתח 'תעשיית תובענות ייצוגיות' כמעין 'ענף ייצור' במשק, שכל מטרתן העשרת התובעים ובעיקר באי כוחם, ואילו האינטרס הציבורי בהן דל".

אהרונסון אומר שהחוק לא באמת מבחין בין "אינטרס ציבורי דל" ו"לא דל". אם אותן חברות רכב באמת "עוקצות" לקוחות, מה אכפת לנו מי מגיש את התביעה? מה שמפריע הוא ניהול אופורטוניסטי של תביעה.

מה לגבי **מצבים של הגשת תו"צ למטרות סחיטה, הטרדה, השתקה או חשיפת מידע?** המקרה הקלאסי הוא כשהנתבע מביא ראיות לכך שלפני הגשת התביעה נעשה ניסיון לסחוט אותו, ואז יש התלבטות: לכאורה, אם יש עילה לתביעה לא בהכרח צריך להתחשב במניע (הרי בתביעות פרטניות לא מבררים מה המניע). עם זאת, בתובענה ייצוגית מקפידים יותר על ניקיון כפיו של התובע, משום שהדין תופס אותה כמסוכנת יותר.

האם יש **בעייתיות בהגשת תו"צ במימון חיצוני?** החשש הוא שבמצב כזה הנציג ינהג ברשלנות מכיוון שהוא כלל לא חשוף לסיכון מניהול התובענה (אין הפנמה של ההליך מבחינה כלכלית, אי נשיאה בעלויות). בנוסף, המימון יכול להגיע מחברה מתחרה, ארגון פוליטי וכו'. לפי תפיסה של גישה לערכאות, מימון חיצוני הוא דבר טוב - אבל לא ברור איך מתמודדים עם האינטרסים הזרים שכרוכים בכך.

ערעור

ערעור הוא הסמכות של ערכאה שיפוטית אחת לשנות החלטה של ערכאה שיפוטית אחרת. ישנן רמות שונות של ביקורת/התערבות שהערכאה המבקרת עושה ביחס לערכאה המבררת:

1. **הכרעות משפטיות (מהות/פרוצדורה) -** הערכאה המבקרת יכולה לדון מחדש בהכרעות המשפטיות ולשנות את הקביעה. אין לערכאה הדיונית יתרון כלשהו על ערכאת הערעור (להיפך - ישנה תפיסה שלפיה לערכאת הערעור יש מומחיות מסוימת בתחום). גם התערבות של בג"ץ בפסיקה של ביה"ד לעבודה/הרבני תיעשה רק ביחס להכרעות משפטיות, ולא עובדתיות.
2. **הכרעות עובדתיות (עדים חיים/מסמכים) -** מקובל שערכאות ערעור יירתעו מלהתערב בהחלטות עובדתיות משום שעדים חיים (=מקור משמעותי להבנת העובדות) מעידים רק בערכאה הראשונה.
3. **ערעור de novo -** מצב חריג שבו ערכאת הערעור תנהל את כל ההליך מחדש. קורה בעיקר בחו"ל במדינות שבהן יש שופטים לא משפטנים.

ערעור הינו הליך אוניברסלי ומתאפשר כמעט בכל הליך.

**בג"ץ ארג'וב נ' מפקד כוחות צה"ל:** הוגשה עתירה על כך שאין ערכאת ערעור על החלטות שניתנו בבתי דין צבאיים בשטחים. בג"ץ קבע שלא קיימת זכות ערעור ("סיבוב שני") במשפט הבינ"ל/בזכויות האדם ולכן אין למדינה חובה לספק ערכאת ערעור (אך כדאי מבחינת לגיטימציה). לאחר מכן נוספה ערכאת ערעור בשטחים.

* ערעור ותקדים אינם אותו הדבר! לדוגמה, לבתי הדין הרבניים יש ערכאה דיונית וערכאת ערעור, אך הכרעות ביה"ד הרבני הגדול לא מחייבות את בתי הדין שלמטה. הפיצול הזה בהחלט אפשרי.

**מי יוזם את הערעור?** לרוב מי שהפסיד. ברגע שנותנים לאדם פרטי להחליט אם יהיה ערעור, הוא יעדיף את האינטרס הפרטי שלו על פני האינטרס החברתי (ויש להזכיר שבניהול ליטיגציה קיים פיצול בין האינטרס הציבורי לפרטי). יהיו מצבים שבהם שחקנים חוזרים יתפשרו לפני או אפילו אחרי מתן פסק דין כדי למנוע מתיקים מסוימים "לטפס" לערכאת הערעור וליצור תקדים שיחייב אותם.

תכליות והצדקות לערעור

1. **תיקון טעויות:** מערכת המשפט אוהבת דיוק ורוצה להגיע לאמת, נכונות. הדרך לכך הינה מנגנון שבודק טעויות או תקלות באמצעות הרכב של שופטים טובים ומנוסים יותר.
2. **תמריצים לערכאות הדיון לדייק, לנמק ולציית:** שופטי ערכאות הדיון לא ירצו שיהפכו את החלטותיהם ויתאמצו להצדיקן. יש לכך תועלות חיצוניות (צדק טבעי, הנמקה). מצב כזה יכול לייצר משמעת משפטית באמצעות מנגנון היררכי או לחילופין - למנוע יצירתיות ולעודד "חשיבה בתוך הקופסה".
3. **תחושת הוגנות אצל בעל הדין המפסיד**: מעודד אמון במערכת. גישה כפולה ומכופלת לערכאות.
4. **הגמוניה?** אולי זה רק נועד להשתיק את האזרחים? אחוזי ההצלחה של רוב הערעורים נמוכים בד"כ.
5. **לגיטימציה?** הדגשת הרעיון הנכונות לצד הכרה באפשרות של טעות. שופט אמריקני כתב מאמר בשם "Are Judges Human?" - הערעור משחק לשני כיוונים: הכרה בטענות והחצנה של מחלוקות/פלורליזם.

עיגון בדין

ס' 17 לחוק יסוד: השפיטה קובע: "**פסק דין** של בית משפט **בערכאה ראשונה** ניתן לערעור **בזכות**...".

**רכיבי המינימום של מוסד הערעור החוקתי בישראל: פסק דין + של בית משפט + בערכאה ראשונה.**

בהינתן 3 הרכיבים הללו יש זכות ערעור וניתן להטיל על ערכאה נוספת לבדוק את נכונות ההחלטה הראשונה.

מה לא מחייב (חוקתית) במתן ערעור בזכות?

* החלטות **שאינן פסקי דין** ("החלטה אחרת")
* פס"ד של **ערכאה שאינה "בית משפט"** (בתי דין למשל, ועדות)
* פס"ד של בית משפט **בערכאה שנייה** ("גלגול שלישי", ערעור שני על החלטת הערכאה המבקרת)

ס' 41 ו-52 לחוק בתי המשפט קובעים כי **על פסק דין בערכאה ראשונה יש ערעור בזכות** (מינימום חוקתי). **על כל החלטה אחרת יש ערעור ברשות** (בונוס), **וכן על פסק דין בערעור** יש ערעור ברשות (בונוס).

איך יודעים אם מדובר בפסק דין (ערעור בזכות) או בהחלטה אחרת (ערעור ברשות)?

בעבר זו הייתה הבחנה קריטית לצורך הגשת ההליך הנכון במועד הנכון. זאת, שכן כתב ערעור על פס"ד היה צריך להגיש תוך 45 יום, ובר"ע (בקשת רשות ערעור) - תוך 30 יום. אם התבלבלנו והגשנו ערעור בזכות התפספסה ההזדמנות. כיום **התקנות החדשות אחדו את הנושא ומעכשיו זה 45 יום לכולם.**

בנוסף, **תקנה 149(4) יצרה הסדר שמאפשר לביהמ"ש לתקן שגיאה בהגשה.** הנושא נעשה קצת פחות קריטי אבל עדיין חשוב להבחין בין השניים ולהכיר את הדין שקבוע בחקיקה הראשית.

**פסק דין =** החלטה שיפוטית שמסיימת את הבירור בתובענה או מכריעה באופן סופי ביחס לאחד הסעדים שנתבעו בה. לא תמיד יהיה כתוב "פסק דין" בראש העמוד, יש להכיר את מה שקרה בהליך מבחינה מהותית.

**החלטה אחרת =** כל היתר (קטגוריה שיורית!).למשל, בקשה לסילוק על הסף עקב היעדר סמכות מקומית יכולה להוות פס"ד אם תתקבל בביהמ"ש, ואם תידחה - מדובר בהחלטה אחרת. יש לראות מה קרה בפועל.

* **המבחן הוא מהותי, שכן כותרת ההחלטה עשויה להטעות.**

150. "**לא ערער** בעל דין על החלטה שאינה פסק דין והיא ניתנת לערעור ברשות בלבד, או **שביקש רשות לערער עליה** **והבקשה נדחתה** בלא שניתנה רשות ערעור, אין בכך כדי לפגוע בזכותו להשיג על אותה החלטה בבואו לערער על פסק הדין במשפט..."

תקנה 150 קובעת כי אם במהלך הליך ניתנו כל מיני החלטות (שעליהן יש ערעור ברשות בלבד), אפשר להגיש בקשת רשות ערעור על אותן טענות. לחלופין, ניתן להשיג על אותן החלטות בערעור על פסק הדין הסופי, במסגרת הערעור בזכות - **פסק הדין כמו "בולע" את כל ההחלטות שניתנו בו ועל הדרך ניתן לערער עליהן.**

שיקולים במתן רשות ערעור על החלטה אחרת

ס' 41(ב) סיפא ו-52(ב) סיפא לחוק בתי המשפט:

"רשות כאמור בסעיף זה לגבי החלטה אחרת תינתן אם שוכנע ביהמ"ש כי אם הערעור על ההחלטה יידון במסגרת הערעור על פסק הדין ולא באופן מיידי יהיה בכך כדי להשפיע באופן ממשי על **זכויות הצדדים** או שעלול להיגרם לצד להליך **נזק של ממש** או שעלול להתנהל **הליך מיותר או דרך שגויה"**.

ס' 41(ג)(1) ו-52(ג)(1) לחוק בתי המשפט - צו בית המשפט (סוגי החלטות שלא תינתן בהן רשות ערעור).

שיקולים במתן רשות ערעור בגלגול שני

**פס"ד חניון חיפה:** "מקרים בהם החשיבות המשפטית **חורגת מן העניין** שיש לצדדים הישירים בהכרעה במחלוקת". זה כבר לא עניין של תיקון טעויות אלא חשיבות ציבורית בהכרעה בשאלה, יש צורך בתקדים.

* כיום תקנה 148א מכניסה את שיקולי חניון חיפה לתוך התקנות (אם יש **שאלה משפטית עקרונית** החורגת מעניינם של הצדדים או **עיוות דין**).

מי רשאי לערער?

**נתניהו נ' נפתלי (2017):** האם מי שאינו צד להליך יכול לערער? נקבע שלא. רק צד להליך המבקש לשנות את מצבו המשפטי (כפי שנקבע בפסק הדין) יכול לערער.

סיכום

**פס"ד אלטורי נ' אריה (2005):**

* יולי 2000: נהג משאית נפצע במהלך ניסיון לתקן את המשאית.
* פברואר 2001: הנהג הגיש תביעת פלת"ד נגד המבטחת אריה בבימ"ש השלום.
* אוגוסט 2002: השופט קובע שאכן הייתה תאונת דרכים אך יש להמשיך בבירור הנזק. האם פסק דין או החלטה אחרת? השופט קובע שמדובר בהחלטה **אחרת,** שכן לא הסתיים כאן העניין. חברת הביטוח לא הייתה מרוצה מקביעה זו וחושבת שלא מדובר בתאונת דרכים (מגיעה בקשת רשות ערעור).
* יוני 2003: מתקבלת בקשת רשות הערעור של המבטחת, והתביעה נדחית לפי חוק הפלת"ד.
* ספטמבר 2003: הנהג **מערער בזכות** לעליון (רואה בהחלטת המחוזי פס"ד) ומגיש בקשה לפטור מערבון. המבטחת מתנגדת לבקשה לפטור מערבון ואומרת שעל הנהג להגיש בר"ע כי מדובר בגלגול שלישי.
* נובמבר 2003: רשם העליון קובע שהערעור הוגש בזכות, שכן רק ערכאה אחת פסקה (המחוזי). אומנם התיק החל בשלום אבל השלום לא פסק ולכן **יש רק פס"ד אחד** בכל הסיפור והערעור נעשה בזכות.
* יוני 2004: העליון קובע שהתיק ימתין להכרעה בשאלה העקרונית בתיק אחר.
* פברואר 2005: העליון קובע שמדובר בסיבוב שלישי (לא שמים לב להחלטת הרשם שמדובר בערעור בזכות) ומחליט למחוק את ההליך על הסף.
* אלטורי מערער והעליון "מתנצל" ואומר שיש לטעון לגוף העניין האם מדובר בערעור ברשות או בזכות.
* אוגוסט 2005: לאחר טיעון העליון קובע שבכל זאת מדובר בערעור רשות וההליך יימחק על הסף. עם זאת, ביהמ"ש העליון נתן לאלטורי אפשרות להגיש בקשה להארכת מועד להגשת בר"ע.

**הלכת אלטורי אומרת שמה שקובע הוא כמה פעמים מערכת המשפט עסקה בשאלה** (האם מדובר בתאונת דריכם או לא) **- היות שעסקו בה פעמיים, מדובר בערעור ברשות.**

* אוקטובר 2005: רשמת העליון מאפשרת לאלטורי להגיש בר"ע ובקשת פטור מערבון.
* ספטמבר 2006: **העליון מקבל את בקשת הערעור,** מקבל את הערעור וקובע כי מדובר בתאונת דרכים. התיק מוחזר לבימ"ש השלום ומסתיים בפשרה שבה המבטחת משלמת לאלטורי סכום לא גבוה.

טיפים למבחן:

1. **הקייס ייבדק על שני צירים: בקיאות והבנה בדין והבנה של האסטרטגיות העומדות בפני בעל הדין** (מה יקדם את האינטרס של הלקוח? מה הכי חכם לעשות בהינתן החלופות הליטיגטוריות והחוץ-ליטיגטוריות הקיימות? חשוב - הכל בהתאם לנסיבות ולא בהכרח לפי התשובה המשפטית הכי ברורה; יש "להקשיב" ללקוח).
2. יש לזהות את הענפים הדוקטרינרים הרלוונטיים. חלק משמעותי מהדוקטרינות המרכזיות שלמדנו ייכלל בקייס.
3. **יש שני רכיבים לכל תשובה:** אם נאמר שהייתה ליטיגציה קודמת בקייס, צריך לדון במעשה בית דין אבל גם בהקשר ובסיטואציה. האם עומד בפנינו נתבע או תובע? האם היה הליך קודם? באיזה מצב אנחנו נמצאים? **לא די לזהות שאלות משפטיות ולנתח אותן, יש לזהות את ההליך ומה האפשרויות העומדות בפנינו.**
4. לקחת את הזמן ולהבין מה קורה כי יש מגבלת מקום, וההמלצה היא לכתוב 3.5 עמודים מתוך 5.
5. **לא לירות לכל הכיוונים, לזהות מה לא רלוונטי.** אם מישהי אומרת שהיה לה עו"ד ורוצה שניקח את התיק, לא רלוונטי לעשות בירור של סמכות מקומית (כי נרכשה כבר סמכות).
6. שאלת מחשבה: תופיע תקנה, מה היא משנה מהמצב הקיים? האם היא ראויה או לא? בהתחשב בביקורות על התקנה שקראת, הציעי הסדר עדיף והצדיקי אותו. **להיות יצירתיים בהקשר של המשפט הקיים, משהו שיכול לעבוד**. לחשוב מחוץ לקופסה, להראות חשיבה מקורית שמעוגנת בדין. שילוב של מקוריות, יצירתיות וחדות.
7. **לא חייבים להכניס שמות של פסקי דין, די לציין שמדובר ב"הלכה פסוקה".**