סדר דין אזרחי – אור כהן

[**מבוא** 3](#_Toc14205743)

[**נפקויות בין נורמה מהותית לנורמה דיונית** 3](#_Toc14205744)

[**השפעות המהפכה החוקתית** 6](#_Toc14205745)

[**מידת ההקפדה על סדר הדין** 6](#_Toc14205746)

[**סקירה ממעוף הציפור** 10](#_Toc14205747)

[**זכות דיונית מול הסדר מערכתי** 12](#_Toc14205748)

[**הארכת מועדים** 17](#_Toc14205749)

[**כתב התביעה (וכתב הגנה)** 18](#_Toc14205750)

[**שלב הטענות** 18](#_Toc14205751)

[**סילוק תביעה על הסף (מחיקה ודחייה)** 20](#_Toc14205752)

[**סיכום ודוגמאות לכתבי תביעה** 22](#_Toc14205753)

[**תום הלב האזרחי** 23](#_Toc14205754)

[**הגישה לבית המשפט – סמכויות** 25](#_Toc14205755)

[**סמכויות שיפוט** 25](#_Toc14205756)

[**סמכות שיפוט בינ"ל** 26](#_Toc14205757)

[**סמכות שיפוט מקומית** 31](#_Toc14205758)

[**סמכות שיפוט עניינית** 31](#_Toc14205759)

[**הגישה לבית המשפט: מעשה בית דין** 37](#_Toc14205760)

[**השתק עילה** 39](#_Toc14205761)

[**השתק עילה בסילוק על הסף** 39](#_Toc14205762)

[**השתק פלוגתא** 40](#_Toc14205763)

[**השתק פלוגתא - סיבוכים** 41](#_Toc14205764)

[**הגישה לביהמ"ש: חסמים נוספים** 44](#_Toc14205765)

[**ADR (Alternative Dispute Resolution)** 45](#_Toc14205766)

[**הגישה למשפט** 46](#_Toc14205767)

[**גילוי מוקדם** 46](#_Toc14205768)

[**סעדים זמניים** 48](#_Toc14205769)

[**הליכים מיוחדים** 51](#_Toc14205770)

[**תובענה ייצוגית** 51](#_Toc14205771)

[**ערעור** 57](#_Toc14205772)

21.02.19

**שיעור 1 – מבוא - איתי ליפשיץ**

הקורס הזה מובל על ידי 2 מרצים בחלקים לא שווים. המרצה ד"ר אורי אהרונסון ייקח את הקורס מפסח הלאה. את בדיקת הנוכחות המרצה עושה עם דף נוכחות.

קורס סד"א השנה כולל את התקנות החדשות. איילת שקד חתמה בספטמבר האחרון תקנות סדר דין אזרחי חדשות. תקנות אלו יכנסו לתוקף בספטמבר הקרוב. (מישהו קרא את כל 180 התקנות? זאת הדרישה במבחן).

אנו נדרשים להגיש דוח על ביקור בביהמ"ש (מטלה). יש להגיש זאת עד ה20.05.19 (לאחר חופשת פסח). נשארו לכך חודשיים וחצי. המרצה רוצה לעודד אותנו לא לדחות את הביקור הזה לרגע האחרון. בחלק רב השופט בבוקר יושב, ואז ממשיך דיון הוכחות שלא יקרה כלום מבחינתנו במשך שעתיים בשלב ההוכחות. כדאי להגיע לביהמ"ש בשלבי קדמי המשפט. אם נספיק לקרוא את תקנות סדר הדין האזרחי לפני הביקור, כשייאמרו שם דברים נבין במה מדובר. כל הדיון המקדמי שנעשה בקדם המשפט הוא ברובו/חלק גדול ממנו פרוצדוראלי. המרצה מציע לנו למעשה-

1. לקרוא (בכותרות) את סדר הדין האזרחי והתקנות החדשות
2. להגיע בשלב שהוא לא מאוחר מידי שאנו יושבים רק על הוכחות. בדר"כ זה מתחיל ב08:30-09:00. אם משהו נתקע באולם אחד אפשר לעבור לאולם אחר.

במודל, חוץ מהתקנות החדשות והישנות, יש את חוק בתי המשפט שאנו צריכים לבוא איתו לכל שיעור. בנוסף, יש את טיוטת תקנות הסדר האזרחי.

**מה זה טיוטת תקנות סדר הדין האזרחי?**

תקנות חדשות אלו הן תקנות שמערכת המשפט רוחשת בעקבותן במשך שנים רבות. תקנות אלו רוחשות כבר זמן רב – כמה נשיאים בביהמ"ש העליון. משה גל היה שופט מחוזי שנקרא אל גרוניס כיוון שהוא היה גם מנהל בתי המשפט. גרוניס החליט להטיל עליו את מלאכת תיקון התקנות החדשות של סדר הדין האזרחי. גרוניס אסף אנשים שהיו אנשי אמונו וצוות מצומצם של אנשים הגיש את תקנות אלו לשרת המשפטים שחתמה עליהם.

בסביבות 2012/13 התחילו האירועים להתגלגל. ב2014 משה גל הגיש את הטיוטה. בטיוטה יש פערים בין התקנות שהתקבלו לבין הטיוטה. יש הבדל גדול בין מה שגרוניס רצה לבין מה שהתקבל. חלק מזה קרה בגלל מאבקים בין הלשכה וכו'. היו התנגדויות רבות ופורומים שעסקו בדבר.

**המישור השני שהטיוטה חשובה בו** – היא שבטיוטה יש **דברי הסבר**. משה גל ראה לנכון להוציא טיוטה זו עם דברי הסבר, מה שלא זכינו בתקנות עצמן. לא פעם קרה שקיבלנו תיקון בתקנות ומשרד המשפטים ראה לנכון לספק פרטי הסבר, אבל כאן התקנות החדשות לא כללו שום הסבר. אז כאן בטיוטה יש דברי הסבר.

**תקנה 180 – הוראות מעבר ותחילה** - התקנה שמסיימת את התקנות. האופן המסורתי לפתוח את הקורס בסד"א הוא לשים את הטבלה הבאה:

|  |  |
| --- | --- |
| מהותי | דיוני |
| מה | נושא את המילה **איך** להשתמש במהותי |

ולשאול האם הנורמה שיצאה מהסל היא נורמה מהותית או דיונית

**במאמר של בן פורת (רשות)** – אנו רואים שהבחנה זו מאוד מאוד בעייתית, ובן פורת אומרת שביהמ"ש מגיע למסקנה זו לפי התוצאה שהוא רוצה להגיע אליה, והשאלה של מה ואיך לא עושות מספיק טוב את העבודה כדי להגיע לתוצאות אמיתיות.

לאחר מכן, אנו שואלים **מה זה משנה אם הנורמה מהותית או דיונית?** הרי בסוף זה חוק וחוקים צריך לקיים!

**נפקויות בין נורמה מהותית לנורמה דיונית**

1. **נפקות תחולה** – כאשר יש לי נורמה חדשה ואני צריך לקבוע את תחולתה, אקבע זאת לפי השאלה האם היא נורמה מהותית או דיונית.

**נורמה מהותית – פרוספקטיבי** - כאשר החליטו שפעולה היא פלילית, רק מי שיעשה את הפעולה אחרי חקיקת הנורמה ילכד (פרוספקטיבי) - מהותית.

**נורמה דיונית – רטרואקטיבי** - בניגוד לכך, יכול להיות מצב בו הנורמה תחול על תהליכים שמתקיימים (רטרואקטיבי) – דיוני.

1. **נפקות משפט בינ"ל-פרטי** – כאשר יש ניהול של מערכות משפט שחוצות קווים טריטוריאליים, זהו המשפט הבינ"ל הפרטי. אז הבינ"ל פרטי רוצה לומר לנו, האם כאשר אתבע אזרח אנגליה, ואביא אותו לישראל, איזה דין מהותי יחול עלינו? ישראל? אנגליה? אולי דין שלישי?

**כאשר מדובר בנורמה דיונית** – **תמיד הדין הישראלי יחול**. האופני הדיוני – האיך, יהיה לפי הסד"א של מדינת ישראל, גם אם הדין של דיני החוזים/קניין יהיה של מדינה אחרת, הסד"א יהיה של מדינת ישראל. **זה עדיין לא פותר את השאלה של האם היא נורמה מהותית או דיונית**. אם היא מהותית צריך לשאול. **כלל הברזל** – לעולם הנורמות הדיוניות שיחולו יהיו הנורמות הדיוניות של הפורום – ישראל. נצטרך לשכנע את השופט שהנורמה מהותית/דיונית כי זה נוח לנו כך.

1. **נפקות חריגה מסמכות ­**-המחוקק הסמיך את שרת המשפטים להתקין תקנות שהן דיוניות. **בס' 108 בחוק בתי המשפט** נכתב כי הוא מוסמך להסדיר **סדרי דין ונוהל**. כל מה ששר משפטים מוסמך לעשות כי המחוקק האציל לו, זה רק **סדרי דין ונוהל**. אם שר המשפטים הכניס משהו שהוא לא דיוני אלא מהותי, הוא חרג מסמכות. אם התקנה מהותית ביהמ"ש יכול לקבוע שהתקנה בטלה – גם שופט שלום יכול לקבוע זאת (לא צריך לפנות לבג"ץ).

בהמשך נראה כי אחד מפסקי הדין החשובים שיש לנו בדיון מהיר של **מיכל אגמון גונן**, שם תקנות הדיון המהיר היו ממש חדשות (תוקן ב2001), והיא קובעת כי חלקים נרחבים בפרק זה לא חוקתיים – התקנות נוגדות את חוקי יסוד השפיטה ולכן הן בטלות. הפכו זאת במחוזי אבל זה לא עצר את הקידום.

**חזרה לתקנה 180 בתקנות החדשות** – תקנה לתחולת הוראת מעבר ותחילה.

המרצה לומד לפני קריאת התקנה שזהו **כלל Default**. המחוקק קובע הוראות מעבר ספציפיות. זה לא פחות מסמטוחה מה שתקנה 180 עושה.

סעיף (א) – ממתי נכון שסעיף (א) חל? רטרואקטיבי? פרוספקטיבי?

**סעיפים (א) ו-(ב)** לא מתייחסים לתאריך כלשהו, הם לא עוסקים בתאריך של תחילה ממתי זה יתחיל, אלא עוסקים בעקרונות של תחולה – על מה זה חל. חלק א' יחול על **כל עניין אזרחי**, ואילו חלק ב' **יחול זולת אם נקבעו בדין בעניין פלוני סדרי דין אחרים**.

מתקן התקנות אומר שחלק א' יחול ללא סייג על כל סדר דין אזרחי. רק על חלק ב' הוא מאפשר שיקבע בעניין פלוני סדרי דין מיוחדים.

**לדוגמא**: בבית משפט לענייני משפחה יש תקנות סדר דין ספציפי לגבי דיני משפחה. חלק א' יחול בכל מקרה על בית משפט לענייני משפחה. מה יש בחלק א' שהוא חל על כל דבר אזרחי? מה יש בו?

חלק א' מדבר על עקרונות היסוד של תקנות סדר הדין האזרחי. **בתקנות הנוכחיות/הישנות** (לפני התיקון) חלק א' זה מבוא, ומה שיש שם זו תקנה אחת שנקראת הגדרות, ותקנה שנייה שנקראת תחולה. **סעיף 2** זוהי תקנת התחולה שדומה לסעיף ב' – היא אומרת שסדר הדין יחול, למעט מקרים שבהם לא נוהגים לפי תקנות אלה. **אין דבר כזה שיש עקרונות שחולקים על השיטה בתקנות הנוכחיות**. המרצה היה מעדיף שהמחוקק יכתוב את חלק א' ולא משה גל עם צוות מצומצם של אנשים – לא בטוח שרוצים את עקרונות השיטה ממשה גל כשלעצמו.

כשמשה גל התיישב לכתוב את התקנות, היו לו **מספר** **מטרות במהלך זה**:

1. **צמצום מספר התקנות מ-532 ל-180** - לקחת תקנות סדר דין שלפחות על הנייר יש בהן 532 תקנות (**תקנת 532** היא תקנת התחילה שאומרת בצורה פשוטה שתחילתן של תקנות אלה הן ה' בתשרי 84). משה גל אומר שמ-532 נעשו 180 תקנות – הישג אדיר מבחינתו! מה זה משנה היום בעולם הדיגיטלי? זה גם ללא באמת 532 כי יש דברים שאין בתקנות החדשות כמו אימוץ ילדים. הוא צמצם בשני שליש, אבל לפי מספר המילים ההישג נחות לאין ערוך. אין למרצה מושג למה הוא חושב שיש כאן הישג.
2. **הכנסת המערכת ל-"שוק"** - **פרופסור איסי רוזן צבי** – המטרה היא בעצם להכניס את המערכת לשוק. המערכת תתעורר לסדרי דין חדשים, וזה יכניס את המערכת לשוק, והשוק הזה אמור להתחיל דרך חדשה של סדרי דין, ועל ידי זה לתקן את כל המחלות ותקלות שיש במצב הנוכחי. **לדוגמא**, אם ניקח את המחלה הכי גדולה - העומס והסחבת, אנחנו צריכים להילחם בכך עם שוק חשמלי, והכל יהיה יותר טוב אחרי זה. לא סופקו מחקרים מדעיים שמראים שזה מסדר את הכל, והמרצה לא יודע להתייחס לאמירה זו של משה גל.
3. **הסדרים טובים יותר** - ההסדרים של התקנות החדשות באופן פרטני טובים יותר מההסדרים של התקנות הישנות – נצטרך לבחון זאת במהלך הקורס.

**אפיון כללי של התקנות החדשות**: התקנות החדשות לוקחות **כוח** מבעלי הדין שמיוצגים על ידי עורכי הדין **ומעבירים אותו לשופט**. עורכי הדין הוותיקים היו אומרים שהיו מנהלים משפט. מה זה ניהלתי משפט? כך זה היה כי השיטה הייתה **אדברסרית** – השופט לא נוגע בכדור, לא מתערב ויש לו רק משרוקית. תקנות אלו לוקחות כוח מהצדדים ומעבירות אותו לביהמ"ש, והשיטה שלנו למעשה הופכת להיות פחות אדברסרית ויותר **אינקוויזיטורית** – השופט מחזיק אצלו יותר כוח ופחות אצל הצדדים.

חזרה נוספת **לתקנה 180 – הוראות התחילה והוראות המעבר**(למה הוא איחד את הסעיף? מעצבן את המרצה. בשביל מה?)

**סעיף (ג)** – יום התחילה מוגדר כ-5 בספטמבר 2019. מאותו יום התקנות החדשות יחולו על תהליכים שנפתחו באותו יום או לאחריו. מכאן והילך – הכלל המהותי. **עם זאת**, הוא רוצה לעשות גם קצת **רטרוספקטיבי**, אולם, **ההוראות הבאות ילכדו גם דברים שהתחילו קודם לכן**.

למעשה – כל מה שנפתח מה5 בספטמבר יילכד בתקנות החדשות, אבל נלכוד גם דברים נוספים שלא התחילו מכאן והילך:

1. **תהליכים שנפתחו ערב יום התחילה** – כל חלק א' (כולל עקרונות היסוד, ברור), וחלק ב' – תקנות 30 ו33, בפרק' ג' פרקים ה'-ז', תקנות 50-55... למה זה חשוב שזה יחול על הליכים קודמים ותקנות כאלו? נראה מיותר לדעת המרצה.
2. **לגבי הליכים אחרי שלא התקיים בעניינם מסירת שאלונים ולא בוצע גילוי ועיון במסמכים** – מחילים את החדש. עורכי הדין היו מתווכחים אם התיק התחיל או לא התחיל. המרצה לא מבין למה צריך את הנוגדנות הזאת כדי להכניס עוד ויכוחים או סיבוכים.
3. **על הליכים שנקבע לגביהם ישיבת קדם משפט אחרי שישים יום מיום התחילה**.

למה לסבך ככה? מה עשינו רע? חיינו בסדר עם מה שהיה עד עכשיו אז למה לסבך את עניין התחולה?

**האם התקנות שאין להן מקבילה בתקנות החדשות חלות או לא חלות? מה קורה איתן?**

**תשובה פורמלית** – אם זה לא בוטל, מה שלא בוטל חל. אם אין סעיף שאומר שהתקנות הישנות בטלות, זה חל. עכשיו כל עורך דין צריך לבוא עם 2 התקנות. זה לא נראה למרצה.

אבל עדיין, מה לגבי פסקי הדין שיצרו את התקנות והעקרונות שנקבעו? לא נתנהל לפיהם?

**תשובה שצריך לענות במבחן** – השאלה האם זהו הסדר שלילי או שזה לא כך, או שלפעמים כן או לפעמים לא ונציע לשופט? זו שאלה טובה ויהיה מעניין לראות מה יקרה כשנגיע לספטמבר.

ב-22.01.19 בThe Marker- התפרסמה כתבה שמדברת בכותרתה על אפס סלחנות מצד השופטים – התוכנית שתשנה את חייהם של עורכי הדין. בכתבה יש 2 תמונות – מלא עורכי דין מסכנים (ביום שהפכו להיות עורכי דין) ותמונת פרוטרייט של השופט יצחק עמית – שופט שנבחר להיות בוועדה שבוחנת את התקנות החדשות.

**השופט עמית**: *"הערת אזהרה – אין להשוות את התקנות החדשות לתקנות הישנות, ולהקיש מניסוח אחד של התקנות הישנות אל ניסוח של התקנות החדשות."* המרצה אומר שהוא לא ענה למרצה על השאלה, אלא הוא רק אומר שכאשר יש תקנות מקבילות, **משתמשים בחדשה בלבד**.

אז יש סוגיה חדשה – אולי אפשר להרוויח משהו בשינוי הנוסח בין הישנות לחדשות. אבל יצחק עמית אומר שאין לעשות כאן יצור שלילי – אלו יצורים אחרים. הוא מבין את הבלגן ורוצה למנוע אותו בכנס.

המרצה רוצה לסיים את השיעור בעוד שני מרכיבים **שהשופט עמית** הזכיר בהרצאתו, לפיהם הוא רוצה לומר לפי מה צריך להדריך את השופטים:

שני רכיבים חשובים ביותר אמורים לעמוד בבסיס השינוי הדרסטי באופן ניהולם של תיקים אזרחיים:

1. **התקנות מצפות מהשופט להיות אקטיבי בניהול התיק**. אכן כן, התקנות החדשות מקנות לשופט סמכות רחבה לנהל את התיק שלפניו – יותר אינקוויזיטורים. השחקנים הם אותם שחקנים – אבל ב-5 לספטמבר הם רואים אריה! לא שופט. זה לא פשוט בכלל הרעיון הזה, כי השחקנים אותם שחקנים. השופט עמית רוצה שהשופטים יהיו ממש אקטיביים.
2. **המשפט הוא משאב ציבורי שצריך להיות מנוהל בצורה יעילה**. (זו ההגדרה החדשה מול השיטה הישנה שהייתה שירות לאזרח). זהו אחד מהעקרונות המרכזיים של הרפורמה. מי שלא יתנהג לפי הפרוצדורה הנאותה יסולק כדי לא לעכב את הדיונים – אנחנו לא נותנים שירות אלא אמונים על משאב ציבורי שצריך להיות מנוהל בצורה היעילה ביותר – יעילות זה שם המשחק.

בשיעור הבא נדבר על מידת ההקפדה בסדר הדין – מבקש לקרוא את פסקי הדין המעטים שפורסמו שם.

25.02.19

**שיעור 2**

**השפעות המהפכה החוקתית**

גם בסדר הדין האזרחי, בתווך בין 1984 ל-2019, מן הראוי לדבר על המהפכה החוקתית בשנות ה-90 – מה היא עושה לסדר הדין האזרחי? מצטברת פסיקה של ביהמ"ש שמתייחסת לחוקי היסוד, זה מתפרץ לסדר הדין האזרחי, ואז כשיש תחום בולט שהולך ומתעצב לאורך חוקי היסוד, אפשר לראות תיקון של תקנות סדר הדין האזרחי שמושפע מהמהפכה החוקתית.

1. **פסיקה של הסעדים הזמניים** – **בס' 360 לתקנות הישנות** מתחיל פרק כ"ח – סעד זמני, סימן א' – כללי. אחרי זה באים סעדים שונים – עיקול זמני ועיקול צו יציאה מן הארץ. המבנה הזה של חלק כללי שיחלוש על כל סעד זמני, כל התיקון הזה נכנס ב-2001, בדיוק אחרי שנות ה-90 מתקן התקנות מחליט לארגן מחדש את הסעדים הזמניים. חוץ מכך, בוודאי חוקי היסוד נמצאים שם. חוקי היסוד נמצאים בסעד זמני עקב הפגיעה החמורה בזכויות.
2. **זכות הגישה לערכאות מקבלת מעמד של זכות חוקתית**. מדובר בזכות חוקתית גם במובן שעובדי ביהמ"ש לא יכולים לחסום את הגישה לביהמ"ש. זכות השביתה לא תגבור על הזכות החוקתית של זכות הגישה לערכאות. מניעת זכות הגישה לערכאות בהחלט צריכה להטריד אותנו. לא מדובר בזכות מוחלטת, כמו של שכל זכות אינה מוחלטת. למשל, קיים עקרון של סופיות הדיון כאשר ערכאה אומרת שלא תדון בנושא פעם נוספת.

**מושגים תחת סופיות הדיון**:

* **מעשה בית דין** – ביהמ"ש נתן כבר את דעתו על העניין ועשה מעשה (בית דין) ולכן אי אפשר לפתוח את זה עוד פעם. **לדוגמא**, כאשר אדם תבע בעילת תביעה, כאשר עילה זו יכולה להצמיח לו שני סעדים והוא תבע רק סעד אחד, בשיטת מצליח הוא אומר להגיש תביעה גם על הסעד השני. אומרים לו לא!
* **השתק עילה** – אם בקייס אחר צריך להישען על דברים שהתבררו בקייס הקודם, לא נדון שוב אלא ניקח את זה מהקייס הראשון ובעל הדין השני לא יכול לטעון כנגד.
* **השתק פלוגתא** – אם הוכחנו מחלוקת עובדתית בקייס הראשון, באותם בעלי דין לא נדון עוד פעם באותה פלוגתא – הוכחתי את זה והצד השני לא יכול לטעון מחדש.
* **חריג לכך – ערעור**. למרות שיש פסק דין אנחנו רוצים לאפשר לביהמ"ש של הערעור לשכנע בהזדמנות השנייה. אחרי השלב של הערעור אז אנחנו יכולים לומר: זהו, אנו יודעים את התוצאה הסופית. יכול להיות במקרים חריגים במיוחד גלגול שלישי. זה קיים רק בפלילי ולא באזרחי.

בשנות ה90 נשאלת **האם הזכות לערער היא חוקתית**? ניתן לראות גישות שונות האם הגישה לביהמ"ש במסגרת הערעור, האם היא נהנית מהגנה חוקתית (משאירים זאת פתוח).

**המרצה** חושב ששר המשפטים הקודם (דניאל פרידמן) שעשה מהלכים רבים שמטרתם הייתה לייעל את המערכת ולשחרר זמן שיפוטי בצורה יעילה, היה לו עקרון שנחסם על ידי משרד המשפטים – הוא אמר שלא יעלה על הדעת שבמדינת ישראל האזרח קיבל פסק דין ולא יכול לערער עליו בזכות. הוא חשב שזכות הערעור מהווה חלק מאוד יסודי מהזכות שיש לאזרח, ולכן הוא רצה לשנות את חוק בתי המשפט כדי שאזרח יוכל לערער בזכות.

* **צו נאמן - סעיף 41 ג'** מסמיך את שר המשפטים לקבוע בצו מקרים שבהם לא תינתן רשות ערעור במהלך המשפט. דבר כזה נקרא צו נאמן. צו בתי המשפט – סוגי החלטות שלא תינתן בהם רשות ערעור. כל החלטה שביהמ"ש נותן עונה על ההגדרה החלטה. כאשר ביהמ"ש נותן איזושהי החלטה, העיקרון הוא שעל החלטה תמיד אפשר לערער או לבקש לערער. צו נאמן לא מקפח את האפשרות לערער על החלטות מסוימות. הוא רק אומר שתוכל לערער בסוף פסק הדין. יש רשימה של מקרים שאין אפשרות לערער במסגרת פסק הדין.
* **תביעות קטנות (ס' 64)** – כשאזרח רוצה לערער על פסק דין של תביעות קטנות, אין זכות ערעור על תביעות קטנות. בסיפור של תביעות קטנות זכות הערעור לא באמת קיימת. דניאל פרידמן אמר שזה דבר שאי אשר להשאיר אותו. לכן המרצה אומר כי המדינה לא לוקחת ברצינות את זכות הערעור כמשהו שזכאי להגנה חוקתית.

**לסיכום** – שנות ה-90 עם המהפכה החוקתית שלהם לא פסחו על סדר הדין האזרחי. בדיון האזרחי ניתן לזהות עניינים שזוכים להכרה חוקתית.

**מידת ההקפדה על סדר הדין**

בשיעור האחרון ציטטנו את דברי השופט יצחק עמית ב-The Marker. הוא נתן הנחיות לגבי מה שהוא חושב על התקנות החדשות. אחד מהדברים היה בקשר למשאב הציבורי שנקרא מערכת המשפט – יש לנו משאב ציבורי שחייב להיות מנוהל על ידנו.

**דחיית דיון** – כשאתה מגיש בקשה לביהמ"ש לדחיית דיון (כמו חמישה ימים שנקבעו להוכחות), זה הדבר הכי לא יעיל. זה שתיין הזמן העיקרין של ביהמ"ש. למרות שמגישים את הבקשה בבקשת הצד השני, אם השופט יאשר זאת בלי התנגדות – השופט לא עובד בצורה יעילה. הימים הללו יבוטלו למעשה והתוצאה תהיה **ניהול לא יעיל**. לא מדובר בהמצאה חדשה (**פס"ד חבר רם נ' בנק לאומי**).

מה **שמשה גל** אומר הוא לא נכון לדעת המרצה – התקנות הישנות גם רצו יעילות. **החידוש** הוא **שתביעה שלא תנוהל באופן פרוצדוראלי יעיל** **תסולק**. יש עורכי דין יעילים שעובדים לפי התקנות ולהם צריך לסלול את הדרך. בעלי דין אחרים יוצרים חוסר יעילות וצריך לסקלם.

מדובר בדיוק על נושא **מידת ההקפדה על סדר הדין**. המרצה שואל – אותו מקרה שמסתובב לשופט יצחק עמית בראש "תסולק", אותו מקרה לא היה מסולק בתקנות הישנות, אלא בחדשות. **האם לא מדובר בזכות הגישה לערכאות?** המרצה רוצה שכנסת ישראל תכריז על זה! שמקפחים את זכות הגישה לערכאות! רק עורכי דין שעובדים לפי הפרוצדורה יקבלו את השירות. המרצה חושב שאם אלו הם התקנות החדשות, המרצה רוצה לטעון כי כל התקנות הם למעשה חריגה מסמכות. שר משפטים לבד לא יכול להקדיש את היעילות בצורה גורפת ולקפח את זכות הגישה לערכאות.

אנו נמצאים במתח Built in מתמיד בין **הרצון לעשות צדק** (לעשות את המה – מהותי) לבין **יעילות** (לעשות את האיך – דיוני). אחד הדברים שעומדים במתח מתמיד הוא היעילות, ואם לא תהיה יעילות גם הצדק יפגע. **עד איפה אנו מוכנים ללכת עם היעילות?**

אנו מוצאים 2 גישות כלליות במשפט הישראלי: האחת יותר שמרנית והשנייה יותר ליברלית.

1. **שמרנית** – ברגע שקבענו כללים למשחק, השופט לא יכול לשנותם כל רגע כדי להגיע לתוצאה שהוא מבקש. גם אם הקפדה על כללים אלו תוביל למחירים, זה חלק מהעניין. העניין הוא להקפיד על משחק הוגן בכל מצב כדי שהצדדים יוכלו להתנהל במשחק הזה. החשש הגדול הוא שאם אתה ליברלי גדול אתה משנה את הכללים כל הזמן, אבל אז זה יכול להביא לשרירות.
2. **ליברלית** – שופטים שיותר גמישים ומאפשרים לדחות במעט. מה זה משנה אם זה ביום 45 או 46? לכאורה זה לא כזה קריטי. אבל כשהצד השני עושה טעות וכתוצאה מכך השופט מאפשר לו לתקן את הטעות ואז המשפט מתארך עוד ועוד, אז לא בטוח שאנו רוצים להיות אצל השופט הליברלי. דברים נוספים שנפגעים: הוודאות – אנו רוצים לשחק משחק של וודאות, וברגע שיש שופט ליברלי אין וודאות.

מידת ההקפדה על חוקים/תקנות היא שאלה בעייתית בעצמה. כשהמרצה מדבר על מידת ההקפדה, הוא מתכוון לומר שמתקן התקנות בעצמו יצר פתחי מילוט למקרים בהם לא הוקפדו סדרי הדין, שהם עצמם חוקים/תקנות. זוהי מידת ההקפדה.

**בתקנות הנוכחיות – בפרק ל"ה (שונות), תקנה 520** – אנו מוצאים מספר תקנות שמשמשות אותנו בנושא מידת ההקפדה – **524, 526 ו528**.

**524** – סמכות כללית לתקן פגם בהליך – פתחנו את האפשרות לחרוג מסדרי הדין ולתקן הליך.

**526** – מצב שבו לא קוימו תקנות. מה התוצאה של אי קיום תקנות?

**528** – הארכת מועדים – יש לנו בסדר דין אזרחי מועדים רבים שהם חלק מהמשחק, ולמרות זאת מאפשרים לבעל דין שלא עמד בזמנים לחרוג מן הזמנים.

**פסקי הדין שקראנו להיום** – כל אחד מהם עסק באחד מתקנות אלו שביהמ"ש נשען עליה כאשר ביהמ"ש החליט האם לאפשר או לא. **עם זאת**, **בע"א 227/62 פס"ד מרים חכמי נ' מדינת ישראל**, השופט זוסמן (מר סדר דין אזרחי) התעקש על הפרוצדורה ולא אפשר לה. זוסמן אומר כי הוא לא מוכן לוותר על סדר הדין האזרחי, למרות שהתוצאה כמעט בטוחה שפסק הדין יהיה אמיתי (אבל לא צודק). הוא ייתן הכרעה נכונה רק ביחס לכתבי הטענות שהוגשו לביהמ"ש. מרים חכמי טעתה ותיארה את הדירה באופן שמוביל לסיווג לא נכון של הדירה (ס' 17), אבל בהימ"ש אומר כי הוא לא יאפשר לתקן זאת בשלב הזה, גם במחיר שפסק הדין מכריע במחלוקת שהוכרעה לפניו בצורה מסוימת, אבל במחלוקת האמתית בצורה רעה מאוד. מדובר **בפסק דין שמרני מאוד** שאומר שאין אפשרות לתקן כל הזמן. חייבים לשים את הגבול במקום כלשהו – זה יונק מסופיות הדיון, לא רק אחרי פסק הדין, אלא גם שאי אפשר לפתוח מחדש הכל ולהביא ראיות מחדש.

**לאור תקנה 524** – כתוב כי בהימ"ש רשאי לתקן בכל עת טעות או הליך, וחובה לברר באמת מהם הסוגיות השנויות במחלוקת. מתברר שהשאלה שהוכרעה לא הייתה הנכונה, וביהמ"ש בחר לא להשתמש ב524. **עם זאת**, **בע"א 734/83 פסק דין חברת החשמל לישראל בעמ נ' שפיר דוידוביץ ביהמ"ש כן משתמש ב-524**. השאלה היא **נקודת האיזון**. 2 האסכולות, גם הליברלית וגם השמרנית, מכירות גם בערך הצדק וגם ביעילות, השאלה **איפה עובר הקו באמצע**, ושם תהיה המחלוקת.

**תקנה 528** – הארכת מועדים

**השופט עמית** אומר שההנחיה המרכזית שיקבלו שופטים בישראל לקראת יישום תקנות הדין האזרחי היא לשנות את הדיסקט בנוגע להתנהגות פרוצדוראלית ראויה. עד כה היה מדובר בגישה ליברלית, והשופט עמית אומר שאנו מזיזים את המטוטלת – אנחנו נסלק את התביעה (אפילו לא הוצאות משפט). נמשיך את השיעור מנקודת מידת ההקפדה על סדרי הדין – שיעורי הבית שלא נקראו השיעור ידונו בשיעור הבא. המרצה רוצה לתת תיאור ממעוף הציפור על הנושא.

28.02.19

**שיעור 3 – המשך מידת ההקפדה על סדר הדין**

**הקדמה - פס"ד חברת החשמל נ' שפיר דוידוביץ'** – היו 3 תובענות שאוחדו לאחת. הייתה מחלוקת של 10% שצריכים לשאת בהצמדה. כהן עוה"ד של חברת החשמל (ליפשיץ, סבא של המרצה) אמר שרוב המשפטים קמים ונופלים על פרוצדורה.

פרופסור ידידיה שטרן היה נוהג לפתוח את הקורס בדיני חברות בקייס של סבא, בו הוא ייצג את בני עקיבה שנתבעו שהסניף של בני עקיבה בחיפה יצר מטרד. שטרן טען שאין אישיות משפטית שנקראת "בני עקיבה". אין יריבות (כעניין סד"אי) ומחקו את התביעה! אותו קייס הלך על סד"א.

**הקדמה - פס"ד חברת רם נ' בנק לאומי –** מדובר בפסק דין שעוסק בסדר דין מקוצר. מי שקרא את התקנות החדשות יודע שבתקנות החדשות כמעט ואין סדר דין מקוצר בהשוואה לתקנות הנוכחיות.

**תקנות הסדר הדין האזרחיות הישנות – ס' 202** – תקנה זו נמצאת תחת 2 כותרות: פרק ט"ז סדר דין מקוצר (התקנות החדשות כמעט ביטלו את סדר הדין המקוצר). **סדר הדין המקוצר עדיין חיי ובועט בתקנות החדשות** מהסיבה שמשה גל חכם, והוא אמר שאם הוא ינסה לעשות רפורמה בסד"א תוך חקיקה אחת הוא לא יצליח, הוא צריך לעבור דרך הכנסת. תקנות סדר דין זה קל – רק שרת המשפטים צריכה לחתום וזהו. משה גל מחק את סדר הדין המקוצר בתקנות החדשות, אבל כשהוא היה החכמים אמרו שהם רוצים להשתמש בסדר הדין המקוצר לא רק בתקנות אלא גם בחקיקה של מדינת ישראל – **הוצאה לפועל**.

**סדר דין מהיר מול סדר דין מקוצר (סד"מ):** מדובר בשני דברים לא קשורים, אלו סדרי דין שונים לגמרי. סדר דין מקוצר התבטל בתקנות החדשות חוץ מהוצל"פ, וסדר דין מהיר לא התבטל אבל שינו את שמו ל"דיון מהיר".

**חוק ההוצאה לפועל: ס' 81א' – הוצאה לפועל של שטרות**. מדובר בסכום קצוב שיש עליו ראיה בכתב (שטר יש בו סכום קצוב, ויש לו ראיה בכתב).

**ס' 81א'1 (א) (1)** – ביצוע התביעה על סכום קצוב. כשמדובר על תביעה בסכום קצוב שיש עליה ראיה בכתב, שבא מכוח התחייבות או חוזה מפורשים.

**(2)** תביעה שמקורה הסכום שתובעים אותך לשלם אותו זה כי יש חוק שאומר שצריך לשלם סכום זה.

תביעות מסוג זה אפשר לא ללכת לביהמ"ש אלא ישר להוצל"פ. הוצל"פ יודעת להוציא לפועל פסקי דין, וכאן יש חידוש! באים ואומרים לה שאין לי פסק דין, אבל יש לי תביעה על סכום קצוב לקבל ארנונה לדוגמא (העירייה). הוצל"פ אומרת "אין פסק דין אבל!", והחוק אומר שניתן לבקש זאת בהוצל"פ כמו צו בביהמ"ש כל עוד סכום התביעה עומד על לא יותר מ75,000 ₪.

**למה קבעו זאת ב75,000 ₪?**

1. זוהי **התקרה לסדר דין מקוצר בהוצל"פ** (ס' 81א').
2. **דיון מהיר נועד לסכומים של עד 75,000 ₪** - 75,000 ₪ זהו סכום שבו ניתן להיכנס לסדר דין מהיר – זו המגבלה שקבע מתקן התקנות בדיון מהיר.
3. **רשם בכיר יכול לתת פסק דין ללכת להוצל"פ** – רשם שהוא שופט, בדר"כ בעטו אותו מהשלום למחוזי, ונתנו לו לשבת כרשם. רשם שהוא לא שופט הוא סתם פקיד עם סמכויות. בחוק בתי המשפט יש פרק ג' שמתחיל בסעיף 84 והילך שנקרא פרק הרשמים – עוסק במינוי הרשמים, סמכויות הרשמים וסמכויות אחרות. נמוך מכך יש את משמר בתי המשפט. לרשמים אין סמכויות שיפוט – כל מה שמצריך שיקול דעת שיפוטי, רשם לא יכול לעשותו. האם רשם יכול לתת פסק דין ללכת להוצל"פ? **כן. מתי שהנתבע בחר לשים פס על המערכת ולא להגיש כתב הגנה**.

אם התביעה לא כללה סעד כספי, וכתוב שיש רק פיצוי – אני כתבתי שמגיע פיצוי ללא סכום. מה עושים אז? איך מפצים?

**תקנה 97** – נתבע שלא הגיש כתב הגנה. פס"ד בהעדר הגנה. או ביהמ"ש או הרשם יכול לתת פס"ד בהיעדר הגנה. אם אין תביעה על סכום קצוב, מה עושים? אומרים לתובע **תביא הוכחה מלאה או חלקית,** ראיות כדי לדעת מה מגיע לתובע. הנתבע **לא יוזמן לדיון** אלא אם ביהמ"ש הורה זאת. ברירת המחדל מוזרה מאוד – באים עדים ונותנים את עדותם, אבל אין מי שיחקור אותם בחקירה נגדית. הרשם לא יכול לעשות זאת, ולכן מעבירים זאת לביהמ"ש והוא יגבה ראיות באופן שבו יעשה זאת.

**הרשם הבכיר** – באיזשהו שלב נוסף לנו פרק בחוק בתי המשפט שמדבר על הרשם הבכיר. בתשע"א נוסף בפרק המינוי נושא המינוי של רשם בכיר. רשם בכיר יכול לדון בתיקים של עד 75,000 ₪ ויש לו סמכות של שופט לכל דבר ועניין. לא קוראים לו שופט מסיבה כלכלית לדעת המרצה – יעקב נאמן ראה ברשם הבכיר 2 דברים:

* במקום לקחת רשמים ולמנותם אותם מיד לשופטים ואז להדיח אותם זה לא דבר שעושים הרבה. לכן הופכים אותם לרשם בכיר כמעין **מדרגת ביניים** לפני שנותנים לו להיות שופט שלום שעוסק ב2.5 מיליון ₪.
* **משכורת** – לא רוצים לשלם לו משכורת של שופט. זה הרבה מאוד כסף לשלם להם כשופטים בהשוואה לרשמים בכירים.

ההוצל"פ לא תדון בתביעתי בהוצל"פ. לכן, לפי **ס' 81א1** ניתן לבקש לבצע את התביעה כל עוד סכום התביעה אינו עובר 75,000 ₪.

**סעיף (ד)(1)** אומר שהנתבע רשאי להגיש התנגדות בנוגע לסכום הקצוב של עד 75,000 (הנתבע יטען כי הסכום לא קצוב בכלל\*.

**סעיף (ד)(2)** – הרשם אומר אין לי מה לעשות כאן. הוא עוצר. הוא מעביר את התביעה ואת ההתנגדות לביהמ"ש. ביהמ"ש יראה את ההתנגדות של המתנגד כבקשת רשות להתגונן בסדר דין מקוצר בתקנות סדר דין אזרחי. אז לכן חוק הוצאה לפועל אונס את משה גל להמשיך לקיים סדר דין מקוצר דרך הוצל"פ. הוא חי בו אבל בקטן.

**ב-81א (ג)** – החייב רשאי להגיש התנגדות לביצוע בקשה, ומשהוגשה התנגדות יראו בה כבקשת רשות להתגונן.

אם המרצה ישאל במבחן האם יש סדר דין מקוצר, התשובה תהיה שהפרק בוטל, אבל הוא ממשיך להתקיים במה שנוגע לתביעות שמגיעות דרך הוצל"פ – 81א או 81א1 (שטרות או סכום קצוב עד 75,000 ₪).

**לסיום**, **ס' 81א'2** - הוראות לעניין **שכר טרחה** בתביעה על סכום קצוב ובתובענה לתשלום שטר.

כאשר מגישים תביעה על סכום קצוב או לתשלום שטר, זה שאפשר להגיש זאת להוצל"פ לא מונע ממני לגשת ישירות לביהמ"ש. אפשר להגישם גם לביהמ"ש. אם אנו צופים שהנתבע יגיש התנגדות, אז זה יחזור לביהמ"ש (אפשר ללכת ישר לביהמ"ש). אם אנו צופים שהנתבע לא יגיש שום התנגדות וההוצל"פ תטפל, אין טעם ללכת לביהמ"ש. משטר התמריצים נתון בידיו של עו"ד של התובע.

משום מה המחוקק לא רצה לסמוך על עורכי הדין שיהיו שומרי הסף שינתבו בין תביעות שיגיע לביהמ"ש או להוצל"פ. למה המחוקק בחר לעשות כך?

1. **המהפכה כלכך גדולה** – אפשר ללכת להוצל"פ גם עם תביעות אזרחיות! עורכי הדין לא יאמינו לנו (ללכת עם תביעה ישר להוצל"פ), ולכן אני רוצה ליצור **תמריץ לעורכי דין ואזרחים** טובים ללכת להוצל"פ ולא לביהמ"ש. אם נלך לביהמ"ש לא יהיה שכר טרחה במקרים כאלה!
2. **תמרצנו את כולם ללכת להוצל"פ ,אבל באותם מקרים שבהם יתבררו שיש התנגדות אנשים יגררו**. אבל ראו בו סעיף יעיל כי אחרת כלום לא ילך להוצל"פ (אנשים לא רגילים לפנות להוצל"פ).
3. **איזה אחוזים מהתיקים של סדר הדין המקוצר באמת זוכים להתנגדות?** מתי הנתבע מנסה להדוף את התביעה? ככל שאנו מגלים שאחוזים מאוד גבוהים בסדר דין מקוצר לא זוכים לתגובה מצד הנתבע (הבנקים לדוגמא הם הלקוחות של ההוצל"פ), כי אין לנתבע על מה להתגונן.

כאשר יושב לו הרגולטור וחושב איזה סוג של תביעות אפשר לייעל את הטיפול בהן ולא להגישם כתביעה רגילה, צץ במוחו הקודח הפלח של התביעות שעסקנו בו בשעה האחרונה – תביעות פשוטות וברורות שבאחוזים ניכרים לנתבע אין מה לומר. גם אם הם באים לביהמ"ש הם לא צריכים לעבור דרך סדר הדין הרגיל של כתב תביעה וכתב הגנה.

**ברוב הסיכויים אין לנתבע הגנה.** גם אם לא הלכנו להוצל"פ, אז אומרים לו שנגיש כתב תביעה בסדר דין מקוצר, ואתה במקום כתב הגנה תגיש בקשת רשות להתגונן (בר"ל). יש כאן אזרח שכל חטאו כאזרח היא שהוגשה נגדו תביעה אזרחית במדינה. אומרים לו שלא יגיד את הסיפור שלו – אתה תבקש רשות להתגונן. אם תבקש את הרשות תקבל את היום שלך, ואם לא תקבל פסק דין.

לכן **הוגשה עתירה לבג"ץ** בטענה **שכל סדר הדין המקוצר איננו חוקתי**, אבל עובדה שזה עדיין קיים. **השופט רובינשטיין** כתב את **הבג"ץ** הזה שדחה את הטענה שסדר דין מקוצר אינו חוקתי. עורך הדין עשה טעויות רבות כדי לקבל פסק דין זה. ברגע שביקשת להתגונן המשוכה שצריך לעבור נמוכה במיוחד – ולכן זה מידתי. ביהמ"ש אמר כי הוא לא בודק בכלל את המהימנות של בקשת הרשות להתגונן. מהימנות זו תבחן בשלב ההוכחות. ביהמ"ש רק בודק האם הדבר מצמיח באמת הגנה (ראשית הגנה).

מה שכן, חייבים לומר כי למרות שניסינו להראות איזון בסדר הדין האזרחי בו ביהמ"ש נותן רשות להתגונן עם איזשהו שמץ של הגנה, **אם יש לנו התלבטות בין סדר דין מקוצר לתביעה רגילה, למה שאבחר סדר דין רגיל ולא מקוצר?**

מתקן התקנות **בס' 202 לתקנות הישנות** אומר כי אפשר להגיש תביעה של 10,000,000 בסדר דין מקוצר. אם הנתבע מקבל בסדר דין מקוצר בקשת רשות להתגונן – הבקשה הזו תהפוך להיות כתב הגנה והמסלול יהפוך לרגיל כמו כל תיק. למעשה, ביהמ"ש יקבע אז את התיק הזה לדיונים מקדמיים נוספים עד שיגיע להוכחות, ויכול להיות שהתובע הפסיד זמן – זהו הנזק שיכול להיות. לכן אם אנו צופים שהאדם צפוי להתגונן, הפסדתי זמן (בתובענה הרגילה כבר היינו בשלב ההוכחות).

\*בתקופת התקנות החדשות כבר לא תהיה התלבטות כזאת סדר דין מקוצר יהיה רק מההוצל"פ, וההגבלה תהיה לסכום של 75,000 ₪. ההתלבטות שלי היא בין **סדר דין מקוצר לסדר דין מהיר**.

\***למה בכל זאת עורכי דין אוהבים ללכת לסדר דין מקוצר? כי הם חושפים את הנתבע שלהם שחייב להגיש תצהיר**. נתבע רגיל כותב מוכחש על הכל. נתבע בסדר דין מקוצר, כשהוא מספר את סיפורו, הוא חייב לעמת את טענות ההגנה שלו בתצהיר – ושווה בשביל זה לחשוף את תצהיר הנתבע (בסדר דין רגיל לא מקבלים זאת).

ש.ב – בתקנות החדשות יש תקנה שמקבילה לתקנה 97 בהעדר הגנה. אנו צריכים לאתר תקנה שמקבילה לתקנה 97 של פסק דין בהעדר הגנה בתקנות החדשות. הדבר השני שצריך לעשות הוא לראות מה השינוי בין תקנה 97 לתקנה החדשה.

ס' – 130 בתקנות הישנות. הורידו את נושא הרשם, סכום קצב קצוב, ועניין זימון הנתבע.

04.03.19

**שיעור 4**

**סקירה ממעוף הציפור**

נניח שיש שני אנשים שרבים, יש סכסוך ועל הסכסוך הזה אפשר להתחיל לנהל את ההליך האזרחי שאנו לומדים עליו כאן את הקורס סד"א.

המרצה צייד אותנו במודל עם "**טיוטת תקנות הסדר הדין האזרחי**". מדובר בטיוטה שהייתה אחרי באזז של גרוניס ומשה גל. בסוף 2014 משה גל מוציא סנונית ראשונה – טיוטת תקנות הסדר הדין האזרחי. יש לכך חשיבות ב2 הקשרים:

1. הטיוטה הזו נושאת איתה **דברי הסבר**, מה שבדרך כלל אין בתקנות.
2. הטיוטה הזו יכולה לתת לנו את המבט של **מה משה גל זמם לעשות ומה הוא עשה בפועל**.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | תובע ונתבע | תובע שכנגד ונתבע שכנגד |
| (סכסוך – לא התממש) Pre-Action |  |  |
| טענות | כ. תביעה | כ. תביעה שכנגד |
| כ. הגנה | כ. הגנה שכנגד |
| (כ. תשובה) | (כ. תשובה שכנגד) |
| קדם משפט | גילוי ועיון במסמכים |  |
| שאלונים |  |
| טענות מקדמיות (סמכות, מעשה בית דין, התיישנות, העדר יריבות |  |
| ראיות (המשפט) (הדיון) | תצהיר עדות ראשית/בע"פ |  |
| סיכומים | בכתב/בע"פ |  |
| פסק הדין | בכתב/בע"פ |  |
| ערעור / בר"ע |  |  |

**בתקנה 6 (בתקנות החדשות)**: *"הליך מתנהל בתקנות אלו* ***נפתח עם הגשת כתב תביעה****"* (שיעורי בית – להשוות זאת לתקנות הישנות). מדובר בהליך שההתנהלות שלו בהתאם לתקנות אלו (תובענה) נפתח בהגשת כתב תביעה. אחרי כתב התביעה יבוא **כתב ההגנה**. מדובר בשלב הטענות – כל אחד אומר את הטענות שלו. לאחר כתב ההגנה יגיע **כתב תשובה** להגנה (במידה ויוגש). אל תוך **שלב הטענות** יכול להתפרץ הנתבע, ולומר כי עשינו דברים אלטרנטיביים. הנתבע יכול להגיש **כתב תביעה שכנגד**! זה מאלץ את התובע להגיש **כתב הגנה שכנגד**, ואז ניתן להגיש גם **כתב תשובה שכנגד**.

אחרי שיש לנו את כתב הטענות ניתן להתחיל במשחק האמיתי – **לברר את העובדות**.

התובע והנתבע יכולים להעלות סיפורים, וכדי לתת פסק דין יהיה צריך להגיע **לשלב הראיות**. בשלב הראיות נרצה לברר את **האמת המשפטית** (לא העובדתית, בתקווה שקרובה לכך). **הדיון** זה שלב הראיות האמיתי של המשפט – מתרחש דבר שיפוטי. **הרשם לעולם לא יקיים שלב של ראיות** – משהו שהשופט מפעיל את הקסמים והכישורים שלו.

**באמצע**, לפני שלב הראיות, יש לנו **שלב קדם משפט**: שלב מקדמי כדי שנהיה מוכנים לפני שנגיע לשלב הראיות. מדובר בשלב של הכנת התיק בצורה המיטבית לקראת שלב הראיות. השופט מעיף תיקים שיותר טוב להם בבוררות וגישור (משהו שקורה בקדם המשפט). בשלב זה יש **גילוי ועיון במסמכים**. יש גם אפשרות להפנות **שאלונים** לצד השני. יכולות להיות גם **טענות מקדמיות** – אוכל לטעון בעיות של סמכות, מעשה בית דין, התיישנות, היעדר יריבות ("טעית בכתובת, זה לא אני"). הטענות המקדמיות הללו יכולות כבר לעלות בכתב ההגנה, או להגיש בקשה נפרדת.

לאחר מכן יש לנו **שלב סיכומים ושלב פסק הדין**. לאחר מכן יכול להיות **שלב ערעור** או **בקשת רשות ערעור**.

**שלב הטענות** שאנחנו מכירים הוא **בכתב**, אבל **יש שלבים שלא חייבים להיות בכתב**: **סיכומים** יכולים להיות בכתב או בעל פה. **חקירה של העדים** יכולה להיות בכתב ובעל פה. **מושג החקירה** תמיד יהיה בעל פה. רק העדות הראשית של העד יכולה להופיע בכתב בתצהירי עדות ראשית. משה גל הציע לשמוע עדויות בעל פה (גם ראשיות), אבל המהלך הזה לא צלח. ש.ב – מה המצב שהולך להיות בחמישי בספטמבר? איך התקנות מנחות בעניין בעל פה/כתב בנושא תצהירי עדות ראשית?

דבר נוסף שיכול להיות בכתב או בעל פה – **פסק הדין**. השופט יכול לומר לקלדן מהו פסק הדין ולהכתיב זאת לקלדן. היום הנטייה היא להשתמש יותר בכתב מאשר בעל פה, אבל בתקנות החדשות יש העדפה אחרת. – לבדוק.

למשה גל היה חלום **שלא התממש** – להכניס **שלב נוסף** בין הסכסוך לבין שלב הטענות. מונח זה נקרא **Pre-Action**. לא תוכל לתבוע לפני עשיית הפרוצדורה הזאת. שלב זה מכריח בין הצדדים לעשות ביניהם תהליך שיקול דעת לכתב התביעה.

**תקנה 34 - פגישת מהות (התקנות החדשות)** - אחרי שיש טענות ולפני שתחילים את המשפט – אנחנו רוצים שהצדדים יופיעו בפני **מגשר** כדי לפתור את הביעה לפני הגעה לביהמ"ש (פגישת מהות). בפרק זה יש **דיון מקדמי** בין בעלי הדין ופגישת המהות. דיון מקדמי בין בעלי הדין זה הגשמת חצי חלום של משה גל. אם לא נותנים לו להכניס PRE ACTION לפני הטענות הוא רוצה להכניס לפחות דיון מקדמי לפני ההגעה למשפט עצמו.

**תקנה 36** – החובה לדווח לביהמ"ש מה קרה בביהמ"ש בתהליך הזה.

**תקנה 38** – מה יקרה אם לא נשחק לפי המשחק של הדיון המקדמי/פגישת המהות – סנקציות.

**המשך פס"ד חברת רם נ' בנק לאומי** – בשיעור שעבר דיברנו על סדר הדין המקוצר. בסדר דין מקוצר הנתבע לא מגיש כתב הגנה (אין לו זכות). הוא יכול להגיש בקשת רשות להתגונן, וכך קרה בפס"ד רם. המערערת הגישה בקשת רשות להתגונן. עורכי דין רואים שמישהו נפגע כיתרון עבורם. התובע ילך לסדר דין מקוצר כי הנתבע יצטרך לצרף **תצהיר** (עדות). הוא בעצם נמצא בשלב הטענות, כאשר בדר"כ אין תצהירים בשלב זה שמחייבים אותי להגיד את האמת. בכתבי הטענות אין הבטחה שהכל כתוב הוא אמת, אבל **נתבע בסדר דין מקוצר יוצא פראייר**. חוץ מזה שהוא נדרש להתגונן, הוא צריך לפתוח תצהיר – התובע פתח את הקלף. זה באמת למה עורכי דין הולכים לסדר דין מקוצר למרות שיש להם אופציות אחרות.

בפסק דין רם, הנתבעת הגישה בקשת רשות להתגונן, צרפה תצהיר, אך **המצהיר היה בחו"ל** (ואז זה לא שווה שום דבר). יש לי אפשרות לחקור את המצהיר, ובחקירה קצרה אוכל להראות לשופט שכאשר אני מעמת אותו עם העובדות. חקירה נגדית יכולה להעמיד את הנתבע במערומיו, אבל מצהיר שנמצא בחו"ל אי אפשר לחקור אותו. אפשר לדחות את הדיון. אפשר גם לבקש מצהיר אחר.

במקרה של חברת רם עורך הדין לא הודיע שהאדם לא הגיע, ואז לא היה תצהיר ויש למעשה פסק דין. פסק דין זה (וערעורו) מעמיד את השאלה **האם נאפשר לתקן זאת או לא?** ביהמ"ש בסופו של דבר אמר שמדובר כאן **בטעות למרות הסד"א**. לביהמ"ש יש שיקולים שונים – אם מדובר **ברשלנות נפשעת**, הסיכוי שביהמ"ש יפנה ל-**524, 526 ו-528** (תקנות ישנות) קלוש – אתה רשלן ומזלזל. אם לא אז אפשר. כמובן תיקונים כאלה עולים כסף – ויש הוצאות.

**זכות דיונית מול הסדר מערכתי**

|  |  |
| --- | --- |
| זכות דיונית | הסדר מערכתי |
| סמכות מקומית - נורמה שמשרתת את האינטרס של הצדדים או אחד מהם | **סמכות עניינית** - משרתת את האינטרסים של המערכת |

כשאני בא להניע עניינים בהליך האזרחי מבחינת סדרי דין, אני דוחף והודף באמצעות הכסף. הכסף בסיפור שלנו נקרא **זכויות דיוניות** - **לדוגמא**, הגישו נגדי תביעת שלום בחיפה (ואני גר בתל אביב). אני רוצה את זה קרוב לבית ואומר שאין סמכות בחיפה, אז אני הודף באמצעות **זכות דיונית**, מתוקף **דיני הסמכות המקומית**. גם הזכות לערער והזכות שיהיה לי את יומי בביהמ"ש אלו **זכויות דיוניות**.

**סמכות מקומית** – נורמה שמשרתת את האינטרס של הצדדים או אחד מהם. סמכות מקומית זה מצוין לי – השאלה אם זה יהיה קרוב אלי או אלייך.

**סמכות עניינית** – האם כאשר חשבו אם זה יהיה בשלום או במחוזי, חשבו עלי או על התובע? קודם כל, זה בא לענות על חוקיות המערכת. זה לא אינטרס של השופט, אלא של הצדדים. כאשר שופט שלום קיבל תיק שנועד למחוזי – הוא צריך לקפוץ ולומר שזה לא שלו. ההסדר המערכתי משרת את האינטרסים של המערכת. **לדוגמא** - הגשנו תביעה בביהמ"ש השלום תל אביב, וברור שכולם מתל אביב. אבל זה לא צריך להיות בשלום אלא במחוזי – לכן אטען בשם הסמכות העניינית שצריך להעביר זאת למחוזי בתל אביב. המרצה רוצה לטעון שיש אפשרות לחשוב על הסמכות העניינית במטבע מחשבה אחר מסמכות מקומית.

ש.ב – להשוות את התקנות החדשות (תקנה 6) לתקנות הישנות – בעניין התחלת התהליך האזרחי

ש.ב – לקרוא זכות דיונית והסדר מערכתי לפי הסילבוס לקראת השיעור הבא.

יש להגיש את המטלה של הסיור בבית המשפט אחרי פסח!

ש.ב – מה המצב שהולך להיות בחמישי בספטמבר? איך התקנות מנחות בעניין בעל פה/כתב בנושא תצהירי עדות ראשית? פס"ד שפיר דבידוביץ' – נדבר עליו שיעור הבא.

יש לקרוא את פסקי הדין בהתאם להשוואה בין זכות דיונית להסדר מערכתי.

07.03.19

**שיעור 5 – המשך זכות דיונית – הסדר מערכתי**

|  |  |
| --- | --- |
| זכות דיונית | הסדר מערכתי |
| סמכות מקומית – באיזה ביהמ"ש באיזה מקום - נורמה שנועדה לשרת (אך ורק) את הצדדים | **סמכות עניינית** – באיזה דרגה של ביהמ"ש |
| חוסר סמכות מקומית | חוסר סמכות עניינית |

**חוסר סמכות עניינית** – רק המחוקק יכול לתת או לקחת סמכות משופט. עורך הדין אומר שהוא רואה סדק דרכו הוא יכול לעלות על הגל ולטעון שיש **חוסר סמכות עניינית** – זה יכול לשרת מטרות רבות שאינן קשורות לסמכות העניינית. הלקוח אומר לעורך הדין למצוא דרך שהדיון בכתב התביעה וההגנה יימשך לעוד חודשיים. בטענת חוסר סמכות עניינית עורך הדין לא מעוניין באמת בשאלה של חוסר הסמכות או לא. **מעניין אותו** לטעון חוסר סמכות עניינית (ולהצליח) ולהעביר את התיק מהשלום למחוזי כי הלקוח שלו אמר לו שהוא צריך חודשיים. אם הצד השני יבקש דיון ויערער על כך – זה יימשך. גם אם שני הצדדים יסכימו לדחות – השופט לא יחתום כמו חותמת גומי.

**הסכמה דיונית** – השאלה היא עד איזה גבול אפשר שצדדים יסכימו ביניהם הסכמה דיונית. הסכמה דיונית לא תעזור במקרה הזה – צדדים בהסכמתם לא יכולים לייצר סמכות. שופט יכול לעשות זאת. הדיון יהיה גם עם הסכמה וגם בלי והוא צריך לתת את ההחלטה.

**חובת תום לב בסד"א** – מדובר בנושא שאם נחפש אותו בתקנות הישנות, חוץ מבקשה לסעד זמני, בסד"א השוטף זה לא קיים. **עם זאת**, בפסיקה, ככל שנושא תום הלב תפס את המשפט הישראלי וחלחל לכל שדות המשפט, הוא חלחל גם אל הסד"א. בתקנות החדשות הדברים הללו מפורשים – העניין של **שימוש לרעה בהליכי משפט** – בתקנות החדשות דברים אלו נמצאים.

יש לנו שכירי שקר – שחקנים חוזרים, רופאים שיודעים מה הם צריכים להעיד במסגרת עדות המומחה אם הם רוצים לקבל עוד תיקים. הרופא המומחה צריך לדעת מה לומר בעדות והוא יגיד זאת. אז עורך הדין מהצד השני יעשו לו חקירה נגדית – למה אתה משקר.... בסופו של דבר הרופא **חייב להעיד את עדות השקר כדי לקבל את התיק הבא**. זה יהיה גם בשני הצדדים (צד אחד יגיד שהוא 100% נכה וצד שני יגיד שיש לו 0% נכות). עם זאת, ככל שהזמן עובר עוברים **למומחה מטעם ביהמ"ש.**

גם אם אף אחד מהצדדים יטען טענה של **חוסר סמכות עניינית, השופט חייב להעלות בעצמו את הטענה הזאת** – הוא זרוע של המדינה כרשות שופטת, קיבל את הסמכות והוא חייב לטעון טענה זו כאשר נוצר מצב אמיתי של חוסר סמכות עיונית.

**בשיעור הקודם** המרצה אמר כי עורך הדין אומר שהוא משתמש בנורמה של **סמכות דיונית וחוסר סמכות דיונית לצרכיו האישיים** – להרוויח זמן, רוצה כי זה יגיע לשופט אחר.... למעשה משתמשים בזכות דיונית. המרצה טען כי הוא מציע לשנות את השם – **אתה לא משתמש בזכות הדיונית שלך, אלא בהסדר מערכתי.**

המרצה רוצה לשמר את הטוהר של זכות עניינית כדי לשמר משהו שהוא בשבילי. **בסמכות המקומית** אני באמת משתמש במשהו שהוא בשבילי – בקריית שמונה יש כמה בתי משפט שלום, וניתן לתבוע אותי בכל אחד מבתי משפט השלום – אתבע אתכם בפתח תקווה במקום נתניה (אותו מחוז). אם אתבע אתכם באילת הצד השני ירצה לטעון נגד. בניגוד לסמכות עניינית שהשופט חייב בעצמו להגיד גם אם הצדדים לא ידעו זאת, **בסמכות מקומית השופט לא צריך לומר שום דבר**. מדובר בנורמה שנועדה לשרת (אך ורק) את הצדדים – השופט לא יתנגד לקיום תיק במקום לא קשור. אם לצדדים לא אכפת גם לו לא אכפת. גם הפסיקה קבעה – שאם לא נתנגד לסמכות המקומית ונטען כי קיים חוסר סמכות מקומית, תהיה **הסכמה דיונית בשתיקה**. מה שכן – עדיין יהיה ניתן להעלות באופן עקרוני את **הטענה של חוסר סמכות עניינית. ניתן להעלות אותה עד היום האחרון שהתיק פתוח!**

הרבה מאוד חוקים ותקנות מדברים על מה שביהמ"ש **רשאי** לעשות (המילה רשאי מופיעה פעמים רבות). אדם חדש בתחום יחשוב שבתי המשפט הם בעלי כל הסמכות. אבל ברור שזה גם מופנה לעורכי הדין – הם יכולים לומר לשופט לעשות משהו שהוא רשאי אבל הוא לא יעשה בעצמו, ואנו מוזמנים להרים לו להנחתה ולהגיש את הבקשה להשתמש בנורמה/סמכות למרות שלא עשה כך לפני כן. אם בא עורך דין כי יש חוסר סמכות עניינית ובית המשפט מצא שזה נכון, **השופט חייב** להעביר את התיק לבית משפט מוסמך (והמונח "רשאי" במקרה הזה יהיה **חייב**). יש רשאי **ראשי וראשי חייב**. איך נדע? האפשרות האחת היא לבדוק את פסקי הדין, והאפשרות השנייה היא להפעיל את המוח. במקרה שצוין – כל ברנש יבין כי מדובר ברשאי חייב.

**פסקי הדין** – **מילטל וסלאמה**

כל אחד מפסקי דין אלו בא בעקבות תיקון בתקנות הסדר הדין האזרחי:

|  |  |
| --- | --- |
| מתן נ' מילטל (98) | סלאמה מונדר (08) |
| **בקשה בכתב** + תצהיר |  |
| ~~המרצה~~ |  |
| **תקנה 241 (ישנות)** | **תקנה 205 – סד"מ בר"ל (ישנות)** |

**פס"ד מילטל** הגיע בעקבות תיקון בנושא **בקשה בכתב** – כל בקשה שנחשפה לביהמ"ש בבקשה צריכה להיות בכתב אלא אם היא נמצאת בחריגים שאפשר לבקש בעל פה. הרבה פעמים בסערת הדיון בביהמ"ש עורך הדין אומר לשופט דבר שזה סוג של בקשה בסערת הדיון, ואז השופט שואל את עורך הדין השני: מה אתה אומר? אם הוא יענה הוא **אידיוט**, כי הוא יכול לבוא ולומר: כבוד השופט, יתכבד חברי ויגיש את בקשתו בכתב. לא הגעתי מוכן לדיון היום עם הבקשה הזאת שהוא שלף.

בסוף שנות ה90 הבקשה בכתב נולדה. לפני כן היה "**המרצה**" (המרצת פתיחה – משהו אחר שכבר לא קיים, ביטלו אותה. רק צריך לדעת מה זה במבחן). **המרצה** – הדרך עד סוף שנות ה-90 שעו"ד היה פונה לביהמ"ש בבקשה (לא קיים כבר 20 שנה). היום יש **בקשה בכתב**, ו**תקנה 241** בתקנות הישנות היא התקנה שהחליפה את ההמרצה – **מתן נ' מילטל**.

**רע"א 2508/98 מתן נ' מילטל תקשורת בע"מ, פ"ד נג(3) 26 (1998)**

**בתקנה 241 (ד)** – "*בית המשפט או הרשם רשאי להחליט על יסוד הבקשה, התשובה והתגובה לתשובה לפי תקנות משנה (ג) ו-(ג1) בלבד* ***או, אם ראה צורך בכך, לאחר חקירת המצהירים על תצהיריהם****".* יש כאן שילוב של שני מונחים בתקנה – מצד אחד כתוב "**רשאי**" ואז כתוב "**אם ראה צורך בכך**" – משאיר שיקול דעת לביהמ"ש.

**תצהיר נועד לאמת את העובדות שטענו**. זה שטות לקחת את הבקשה ולשים עליה תצהיר. תצהיר זאת עדות שנועדה לאמת דברים שהם **רק עובדות**. אין טעם להגיש סיפורים. מקצוען יכין תצהיר שכולל **רק עובדות**. השופט אומר שלפי לשון התקנה – אם תראה צורך תחקור את המצהירים, ואם אתה לא רואה צורך אתה יכול להחליט בלי לקיים דיון/בלי לאפשר חקירה של המצהירים על תצהיריהם.

השופט במקרה הזה החליט לא לאפשר לעורך הדין לחקור את המצהיר על תצהירו. עו"ד כהן אמר שהוא מבקש לחקור, אמר השופט **לא**. החליט שלא צריך. השופט לכאורה צודק. מצד שני – לא ניתן לסתור את פקודת הראיות. פקודת הראיות קובעת כי מדובר בזכות שיש לו תצהיר. עו"ד אומר לו *"תקשיב, אתה לא מכיר את התיק הזה. אתה לא יודע אם הדברים בתצהיר מדומיינים או לא. בשתי שאלות אראה לך שהוא לא יודע על מה הוא מדבר."*

**אומר ביהמ"ש העליון – צודק**. למעשה, התקנה כפי שהיא כתובה היא **כמעט ריקה מתוכן**. במקום שבו יש סתירה בין התצהירים והעובדות, וערך הדין מבקש לחקור את המצהיר, זו היא **זכותו.** מילים אלו כמעט רוקנו מתוכן. למרות זאת, **תקנה 241 ד'** לא נמחקה.

**רע"א 126408 סלאמה מונדר נ' הראל חברה לביטוח בע"מ (2008)**

**תקנה 205 (ג) - בקשת רשות להתגונן, סדר דין מקוצר (סד"מ)**. מטפל בסיטואציה דומה (מקביל). בעל דין הגיש בקשה לביהמ"ש, תמך את בקשתו בתצהיר וביהמ"ש צריך להחליט בבקשה. לפי מילטל אם עורך הדין מבקש לחקור – הוא צריך לתת לו, זו זכותו. תקנה זו עברה **תיקון** ב-2005.

**תקנה 205 (ג)** – *"בית המשפט או הרשם יחליט בבקשת הרשות להתגונן על יסוד הבקשה וחקירת המצהיר, ואולם* ***רשאי*** *הוא ליתן רשות להתגונן על יסוד הבקשה בלבד,* ***ורשאי הוא, מטעמים מיוחדים*** *שיירשמו, לדחות בקשת רשות להתגונן על יסוד הבקשה בלבד*".

205 אומרת למעשה **שזה תלוי** – אם הוא מחליט לתת רשות להתגונן זה ככה, ואם לא אז זה ככה (שונה מ-241). לא לתת רשות להתגונן = פסק דין מיידי כנגד הנתבע. כאן אנו צריכים להיות יותר זהירים על ההדק, ואם מדובר ב205 (ג) וביהמ"ש החליט לדחות בקשת רשות בסיפא, זה צריך להיות **מטעמים מיוחדים שירשמו**. מושג זה נוצר כי כאן **אנו רוצים שהטעמים יהיו טעמים מיוחדים**, כי אנו רוצים להזכיר לך שכאן אתה הולך בדיון ראשון בתיק, אתה תסגור את התיק ותיתן פסק דין (ניסו לעצור את זה פעם בבג"ץ). השופט לא יעשה זאת אלא במקרים ממש חריגים.

השופט יכול לדחות את החקירה ולדחות בעצמו את הבקשה בסיפא של **205 (ג)** – **הדברים כלכך תלושים שאין צורך לחקור**. אבל **ברירת המחדל היא לתת** לשמוע את עורך הדין החוקר של התובע (ואז יש את הסיפא).

למעשה השופט לא חייב לתת לחקור, הוא נותן גם רשות להתגונן על סמך החומר בלי לאפשר לחקור (כי התקנה מאפשרת לו). זה מזכיר את **מתן נ' מילטל**. אז גם כאן העלו את **סעיף 17 לפקודת הראיות**. כשהמרצה ראה את **205 (ג)** יוצא ממכבשי הדפוס הוא **לא הבין מה קורה כאן**. לא רק שלא תיקנו את 241 (ד), **גם חזרו על אותה טענה!** המרצה אפילו שאל את אורי גורן מה עשיתם?! יש פסק דין, והלכתם וכתבתם אותו דבר. לא ענה לו, וחיכה שיהיה פסק דין – **פס"ד סלאמה מונדר**. **הופט** אמר ש-241 בסדר – צריך לתת לחקור, אבל **השופט רובינשטיין** אמר שלמרות זאת בסלאמה מונדר התקנה תחייה! השופט יכול לומר לעו"ד כהן לשבת ולא לחקור.

**רובינשטיין** אומר שההבדל בין 241 (ד) ל205 (ג), הוא שב-241, כאשר הגשתם בקשה כלשהי ולא נותנים לחקור, אם לא אתן לעשות זאת עכשיו לא תהיה לי הזדמנות נוספת. השאלה אם מישהו עכשיו בטיפול נמרץ לפי חוקר פרטי, אם לא תיתן לי לחקור אפסיד את הקייס ולא אוכל להראות לך את השקר הזה – זה אף פעם לא יעניין יותר, זה לא ההליך המרכזי בתיק (הדיון בבקשה יהיה דיון צדדי). אם לא נתת לי לחקור פעם אחד הפסדתי. **לעומת זאת**, בבקשת רשות להתגונן עומד על הפרק ההגנה של הנתבע בתיק זה, זהו הנושא המרכזי. אם אני לא אתן לך לחקור עכשיו, באמת פגעתי לך בזכות דיונית? תחקור את העד הזה עוד 20 פעם במשפט! התיק עבר לפסים רגילים למעשה והוא ימשיך להתנהל ותחקור את העד לעוד שעות רבות והזכות לא נפגעה.

תיקים אלו קשורים לזכות דיונית והסדר מערכתי – מוזמנים להשוות זאת בש.ב.

ש.ב – חפשו מקרים בהם נטען חוסר סמכות עיונית אחרי שהתיק מנוהל כבר שנים (יש בתקנות החדשות לפי קורל). האם אפשר להעלות טענות אלו בכל שלב כלשהו?

ש.ב – האם בתקנות החדשות יש "טעמים מיוחדים שירשמו"

ש.ב – לחשוב על דוגמא קונקרטית שהיינו רוצים להגיש והשופט דן בבקשה ויגיד שהוא מסרב לבקשה ולא לתת לנו לחקור את הצד השני

25.03.19

**שיעור 6**

אנו התחלנו את אחד השיעורים הקודמים בכותרת "מידת ההקפדה על כללי סדר הדין". במסגרת זה דיברנו על תקנות סל שביהמ"ש משתמש בהם לצורך ההקפדה/אי ההקפדה, ואגב זה דיברנו על פס"ד רם שעסק בסדר דין מקוצר, ואגב זה דיברנו על מה נשאר מסדר דין מקוצר, ועל פסקי הדין סאלמה מונדר ומתן נ' מילטל, ואנו חוזרים כעת לנושא הכללי של מידת ההקפדה, וזה יהיה פסק הדין האחרון שנעסוק בו בעניין זה – **חברת החשמל נ' שפיר דבידוביץ'**

**פס"ד חברת החשמל נ' שפיר דבידוביץ'**

מדבר על תובע שמבקש לקבל לידיו בשלב ראשון בסעד של כתב התביעה – **סעד הצהרתי**. איזה סעדים ניתן לקבל מביהמ"ש?

**חוק בתי המשפט, סימן ז' – הוראות כלליות**, **ס' 75** (חותם את החלק השני של החוק). מדובר בפרק שעוסק בבתי המשפט עצמם

**ס' 75** – *"כל בית משפט הדן בעניין אזרחי מוסמך לתת פסק דין הצהרתי, צו עשה, צו לא-תעשה, צו ביצוע בעין וכל סעד אחר, ככל שיראה לנכון בנסיבות שלפניו."*

**צו עשה** – לבקש לעשות משהו. מי שלא יעשה יצטרך לעמוד מול סעד בזיון בית משפט.

**צו לא תעשה** – כמו לומר אסור לסמן וי ליד מישהו שהוא לא שמו.

**צו ביצוע בעין** **וכל סעד אחר** – המחוקק אומר למעשה שביהמ"ש הוא כל יכול – הוא יכול לתת כל סעד אחר שיראה לנכון. עורכי הדין יכולים לנסות לשכנע את השופטים לתת סעד X במקרה שבוא הוא לא ניתן מעולם.

**לדוגמא: תשלום תכוף** – לקוח מדיני הנזיקין, ובעיקר מתאונות דרכים. יש לנו תובע שזקוק לכסף כדי לרפא את עצמו מתאונת דרכים כדי לתת מענה לצרכים תכופים. לא צריך לעבור דרך ס' 75 במקרה הזה כי זה מוסדר בחוק דרך נושא הפלת"ד. אבל מה אם יש לי **תביעה על רשלנות רפואית**? (זה לא פלת"ד) – אז אפשר ללכת **לס' 75 לחוק בתי המשפט!** הבעיה היא שברשלנות רפואית **אין אחריות מוחלטת**. גם אם אני יכול להעריך שגובה הנזק הוא מעל 2 מיליון ₪ ואין אחריות מוחלטת, אם התובע יפסיד את המשפט – מאיפה הוא יביא את הכסף?

אפשר לנסות לעשות זאת דרך **סעד זמני**, ולממש את פסק הדין שלי לפני סיומו (כי אז היו מבריחים את הנכסים שהייתי זכאי להם אם לא היה כן). המודל לבקש תשלום על רשלנות רפואית יהיה למעשה דרך **סעד זמני** לצורך תשלום תכוף בכפוף ל**ביטחונות**.

**אז למה צריך את ס' 75 אם אפשר להשתמש בסעד זמני?** הרי יש את הסעד הזמני בתקנות! סעד זמני נמצא בצורה מסודרת תחת הפרק של סעדים זמניים בתקנות חדשות – פרק ט"ו.

היה מעניין את המרצה לקבל הגדרה של סעד זמני. בסעיף התקנות אין הגדרה לסעד זמני, וס' 94 לא מגדיר את הסעד הזמני אלא רק אומר מהי מטרתו. מעצבן את המרצה שבתקנות הישנות יש הגדרה לסעד זמני ובתקנות החדשות אין.

**מטרת הסעד הזמני – ס' 94 בתקנות החדשות**– מטרתו היא להבטיח זכות לכאורה, אבל אני רוצה להבטיח אותה במהלך ההליך המשפטי (בסוף ההליך יכול להיות שלא יהיה ממה לפצות) ואני גם מעוניין להבטיח את קיומו התקין של ההליך או ביצוע ראוי של פסק הדין.

**מתי ארצה להבטיח זכות לכאורה במהלך ההליך?** נגיד שהבניין שלנו מקבל עוד קומה, ואני הולך לביהמ"ש ואומר שהם הולכים לחסום לי את כל הנוף ואני חושב שזה נוגד את החוק. אם יהיה להם היתר בנייה והם יבנו במהלך הדיונים כבר לא יהיה מה לפנות. לכן צריך לבקש **צו מניעה זמני**. מכאן אפשר להבין שנגזר ההגדרה של הסעד הזמני.

**פסק דין הצהרתי – שפיר דבידוביץ'** – הוא ביקש סעד הצהרתי, ולפי ס' 75 אפשר לקבל אותו. מתי נשתמש בסעד הצהרתי? נניח שיש לנו חוזה. אם לא הפרתי אותו אפשר להמשיך, ואם כן צריך לשלם על ההפרה, אבל אנו לא מסכימים האם הייתה הפרה או לא – ולכן מבקשים מבית המשפט להחליט. **דוגמא אחרת** – אני רוצה לדעת מי הבעלים של הנכס הזה (שאלה קניינית). שפיר דבידוביץ' ביקש למעשה סעד הצהרתי.

**מה הבעיה של מערכת המשפט עם בקשות לסעד הצהרתי?** היא נוגדת עקרון יסוד של הסד"א – **עקרון סופיות הדיון**. בפסק הדין אנו מדברים על **התקנות הישנות שעסקו בסופיות הדיון ס' 44 ו-45**. **בתקנות החדשות התקנה המקבילה – תקנה 25 א'** למעשה אומרת שאנו רוצים שיהיה לך את יומך במשפט, אבל שיהיה יום אחד כזה. אם אתה תבקש סעד הצהרתי תתחיל להעסיק אותנו בעוד צווים. לכן תובע יכתוב בכתב התביעה את **מלוא הסעד** שהוא זכאי לו בשל **עילת תביעה**, ולא יוכל להגיש תביעה כנגד הסעד שהוא לא תבע.

**תקנה 6: עילת תביעה (תקנות חדשות)** – *"מסכת העובדות הנדרשות כדי לזכות את התובע בקבלת הסעד שהוא מבקש"* - רק אותן העובדות שבגינן מגיע לי הסעד. אם לא אתבע את מלוא הסעד נייחס לתובע למעשה ויתור – **החלטת לא לתבוע את כל הסעד – עקב סופיות הדיון = יעילות**. לא נוכל לשרוד אם נאפשר לאנשים להטריד את מערכת בתי המשפט שוב ושוב בתיקים שחוזרים על אותה עילת תביעה. ברגע שהחלטנו שלתובע יש עילה בנושא זה, נקבל **השתקים: השתק עילה או השתק פלוגתא**. החלטנו בכך ולכן אתה מושתק מלהעלות עובדה זו.

**ס' 25 ב' (חדשות)**, בשונה מס' 25 א שמדבר על תביעת מלוא הסעד, כאן מדובר על **כל הסעדים**.

כאשר יש הפרת חוזה, ניתן לבקש אכיפה, פיצויים, צו עשה. אם ביקשתי רק אכיפה כסעד – אכלתי אותה, כי לא פעלתי לפי תקנה 25 ב' – אמרו לי לבקש את כל הסעדים שנובעים מהעילה. אבל כאן יש חריג – **אפשר להגיש בקשה לפיצול סעדים**. לא מתאים לי לבקש את מלוא הסעדים כעת – לבקש כרגע צו מניעה ולא את כל הפיצויים. יכול להיות שהסעד הכספי עוד לא הבשיל – צריכים לקרוא מספר דברים בעולם כדי שאדע כמה אני צריך לתבוע בשל עילה זו.

התקנה החדשה הזו מספרת לנו כי **לפעמים לא צריך לבקש פיצול סעדים כי הדין כבר מתיר פיצול זה** – אם נבקש פיצול סעדים ובית המשפט יענה לבקשתי בית המשפט ייתן פיצול סעדים. במצבים אחרים הדין עצמו ייתן לי כבר פיצול סעדים ולא אצטרך לבקש.

ס' 25 ב לוקח אותנו **לס' 49(ג)** – משהו שהמרצה לא רוצה לדבר איתנו עליו עכשיו, פרק ח' – בקשות ורשימת בקשות (פרק חדש לגמרי, המצאה חדשה של התקנות החדשות)

**ס' 25 ג' (חדשות)** – "*בית המשפט יכריע בבקשה לפיצול סעדים עד תום קדם-המשפט."*

**שפיר דבידוביץ'** – היה **כתב תביעה** והוא ביקש **סעד הצהרתי**. הוא גם יכול היה לבקש את הסעד המהותי/אופרטיבי – כסף. אם הוא ביקש פיצול סעדים וקיבל אז הכל טוב. אם הוא לא ביקש אז הוא אכל אותה, וזה מה שקרה. **שפיר לא ביקש פיצול סעדים מול חברת החשמל**, וביום שבו הוא זכה בסעד ההצהרתי מול חברת החשמל, היא מאוד שמחה כי הוא לא ביקש פיצול סעדים. אבל עורך הדין של חברת החשמל אכל אותה – **ביהמ"ש** החליט שזה מוגזם להאכיל את שפיר דבידוביץ' כאלו מרורים בגלל טעות פרוצדוראלית – **טעות דיונית**. לכן במה"ש רוצה לאפשר לו לתקן את הטעות שעשה כדי שהוא כן יוכל לקבל מחברת החשמל את הכסף. ביהמ"ש אז נתקל בקושי – כאשר מדובר בכללים ברורים כאלו לא תוכל לבקש. אז מה ביהמ"ש עושה? הוא אומר לה מספר דברים:

1. את (חברת החשמל) **תשלמי** לשפיר דבידוביץ'.
2. בגלל ששפיר עשה **טעות דיונית** הוא ישלם **הוצאות משפט גבוהות מאוד** (המון כסף).
3. ביהמ"ש אומר שניתן לדבר כאן גם על **חוסר תום לב מצידה של חברה החשמל** – מטילים על חברת החשמל להיות שומר הסף. זה חוסר תום לב מצידה שישבה בשקט ושיתפה פעולה עם דרך פעולתו של שפיר דבידוביץ'.

המרצה רואה בפסק דין זה כאבן דרך, למרות שמדובר בהלכה שהיא כבר שגויה למעשה. ההלכה שאומרת שגם בסעד הצהרתי צריך לבקש פיצול סעדים, ביהמ"ש בשורה של פסקי דין אומר שהם **משנים את ההלכה – סעד הצהרתי לא דורש פיצול סעדים**. גם אם לא זכית בו תוכל לבקש את הסעד הנוסף בעקבות הסעד ההצהרתי – ההלכה כיום.

**בקשת ערעור אזרחי 10474/03 עודד הכהן נ' מלונות הים התיכון (2005)** – ביהמ"ש אומר כי הלכת שפיר דבידוביץ' שונתה **פה אחד**.

**ע"א 7746/11 נציגות הבניין רחוב רוטשילד 78 נ' דורון כונס נכסים (2013)** – נועם סולברג חוזר על אותו עקרון של שינוי הלכת שפיר דבידוביץ.

בפועל, התקנה שבה משתמש בית המשפט בשפיר דבידוביץ' היא **תקנה 526** (תקנות ישנות – 526, למרות שמדברים על 491 בתקנות האפילו ישנות יותר) שכותרתה – **אי קיום התקנות**. מתקן התקנות נותן לביהמ"ש סמכות לתקן הליך. היה באופן עקרוני ניתן לס' 524 (תיקון פגם בהליך). מקביל לכך **בתקנות החדשות תקנה 176** – *ביהמ"ש רשאי ליתן בכל עת הוראות בסדרי הדין* ***וכן לתקן כל פגם או טעות בכל הליך***.

ש.ב – לקרוא תקנה 528 (מקבילתה 176 ג') – הארכת מועדים – להשוות. – בחדשות לא ניתן לעקוף את החוק ש.ב – הגדרת הסעד הזמני בתקנות הישנות (בחדשות אין הגדרה) מהי ההגדרה? " *"סעד זמני" – סעד שניתן להבטחת קיומו התקין של ההליך או ביצועו היעיל של פסק הדין, לרבות צו עשה, צו לא תעשה, עיקול, עיכוב יציאה מהארץ, הגבלת שימוש בנכס, תפיסת נכסים, כינוס נכסים זמני, וכל סעד אחר שבית המשפט ייתן, בנסיבות הענין, לפי הוראות פרק כ"ח;"*

האם זה מסתנכרן טוב עם ההגדרה ב94 בחדשות? - דגש שונה על המילה יעיל (על ההליך במקום פסק הדין בחדשות) וראוי בחדשות על פסק הדין (במקום יעיל).

ש.ב – תקנה 81 – תקנה שמדגימה לנו פיצול סעדים שלא צריך לבקש כי הוא מובנה בתוך הדין.

יהיו פסקי דין לקריאה במייל עבור יום חמישי

28.03.19

**שיעור 7 - הארכת מועדים**

**תקנה 528 בישנות (176 ג בחדשות)** – אני מבקש לעשות אורכה.

**בתקנות הישנות 528** – את הבקשה ניתן להאריך אף שהמועד נגמר מלכתחילה. הייתי צריך להגיש כתב הגנה ובהזמנה לדין שצורפה לכתב התביעה.

**העיקרון המנחה ב-528** – כדי שתהיה עילה לבקש אורכה, צריך לכתוב **שהתקבל כתב תביעה בתאריך X** (עובדות בתצהיר). צריך שיהיה **מועד** של סד"א – מתי הייתי צריך. צריך לכתוב **כמה אורכה** אני רוצה (הייתי צריך שישים ואני רוצה עוד שלושים) – בקשת האורכה.

חוץ מעובדות שיופיעו בתצהיר וטענות משפטיות שיופיעו בבקשת האורכה לכתב הגנה, האם יש סוג נוסף שצריך? – **בסיס חוקי**? (**528 בישנות או 176 בחדשות**). **בתקנת 50 לא רשום – אז לא צריך**. זה ברור כשמגיעים לביהמ"ש פועלים לפי תקנה 50. אם הלקוח מיוצג על ידי עצמו הוא לא ידע איך עושים זאת – הבקשה צריכה להיות מוגשת בכתב ולא לדבר עם השופט. כל המשפט בישראל אינו טוב למי שלא מיוצג.

עד כה למדנו יישום של עילה בהקשר של בקשת אורכה. למדנו שצריך להכניס את **העובדות** **בתצהיר, העובדות + טענות בבקשה עצמה**. לא צריך בסיס רגולטיבי (לפי איזה תקנה אני פונה – במקרה הזה זה **50 + 176** בחדשות)

אבל כשאני ניגש להגיש בקשת אורכה באופן **קונקרטי** (לבקשת כתב הגנה), **מהי השאלה המרכזית שאני צריך לשאול את עצמי על פי ס' 528?** האם זה מועד שקבע ביהמ"ש/הרשם או נקבע המועד או הזמן בחיקוק. תקנה 528 מציעה לנו לבדוק כל פעם שאנו מגישים בקשה לאורכה – איזה מועד מדובר? האם מדובר **במועד שנקבע בחיקוק** (חוק, חוק יסוד, תקנה – רגולציה)? או שמדובר **במועד שלא נקבע בחיקוק** – אלא על ידי ביהמ"ש/הרשם?

**מה זה משנה אם זה נקבע בחיקוק או לא?** – במקרים של אורכה מחיקוק צריך טעמים מיוחדים שירשמו. אם זה מועד שנקבע בחיקוק אנו מצפים שלא תשחרר אורכות חופשי, אלא אם יש זה המקרה הנכון להאריך – **צריך טעמים מיוחדים שירשמו** (הזמן הרגיל – 60 יום). **בתקנות החדשות אין ייצור כזה, אבל יש טעמים מיוחדים.** אין צורך לרשום בחוק כי ברור שצריך לעשות את זה ומותר לכתוב זאת בתקנות.

אם זה על ידי רשם/בית משפט צריך טעם, ואם זה נקבע בחיקוק צריך טעם מיוחד.

**גבולות הסכמות דיוניות** (מושג) – בוא נעשה הסכמה דיונית מראש שמאריכים את הזמן להגיש כתב הגנה לשלוש שנים. האם אפשר לעשות את זה? ניגע בהמשך?

**תקנה 176 (ג) (חדשות) – סמכות כללית של ביהמ"ש למתן הוראות** – "*מועד שהורה עליו בית המשפט לעשיית דבר שבסדר הדין או שבנוהג, רשאי הוא, לפי שיקול דעתו, ובאין הוראה אחרת בתקנות אלה, להאריכו מזמן לזמן." –* בסעיף זה נכנס *"ראה לנכון צורך לשם הגשמת..."* (**176(א)**). נשלחתי לפרק א' למטרת התקנות – **מניעת שרירותיות** יכולה להתאים, אבל לא במדויק. **הליך שיפוטי ראוי והוגן** מתאים! אם תיתן פסק דין בהעדר הגנה זה לא יהיה ראוי והוגן. אבל כאן לא נגמר הסיפור! תהליך ראוי והוגן נגזר **מתקנה 2**... אנחנו עדיין לא יודעים מה לעשות...

בסיפא של מטרת התקנות – **כדי להשיג תוצאה נכונה ויעליה לסכסוך**. מה יצא בסוף? **השופט יחליט לפי התוצאה**. זה השרירות הכי גדולה שיכולה להיות

**176(ב)** אומר שנקבע בתקנות אלו או **בכל חיקוק** זמן לעשיית הדבר או להימנע מעשיית דבר או להגיש כתב הגנה.... בסופו של דבר משה גל לקחת את תקנה 528 שהייתה ממוקד למועד שנקבע לחיקוק או לא, פיצל אותה ל2 סעיפים (חלק ג' או ב' – המרצה לא יודע מה הייתה הכוונה שלו) ואפשר לנשום לרווחה – **סוף התרגיל נגמר במצב שלמעשה לא השתנה**. מועד שנקבע בחיקוק צריך טעמים מיוחדים (לא צריך שירשמו) ואם לא בחוק – שופט יכול לעשות זאת מזמן לזמן.

**תקנה 49 (תקנות ישנות)** – *"נתבע שהגיש כתב הגנה רשאי להגיש אותו במועד שנקבע בהזמנה לדין"*. **בהזמנה לדין** כתוב מתי צריך להגיש את הכתב הגנה – עכשיו רק צריך לדעת מה יהיה כתוב בהזמנה לדין. **בתקנה 19 (תוכן ההזמנה) – תקנות ישנות** כתוב שבהזמנה לדין יידרש הנתבע להגיש כתב הגנה תוך 60 יום או במועד שנקבע על ידי בית המשפט. ברגע שכתוב בתקנה להגיש תוך זמן X או מועד אחר שקבע ביהמ"ש, השארת את זה לשיקול דעתו שלביהמ"ש – **זה לא מועד שנקע בחיקוק!** בתקנות החדשות יש הקשחה כי שינו סעיף זה ולא השאירו זאת לשיקול דעת בית המשפט! ואז הסעיף חל.

01.04.19

**שיעור 8**

בחלק האחרון של שיעור שעבר עסקנו בנושא של הארכת מועדים: **תקנה 176 (חדשות), ס'(ב) ו-(ג)**

*(ב) בית המשפט רשאי לתת הוראות בדבר היקף כתב טענות; נקבע בתקנות אלה או בכל חיקוק זמן לעשיית דבר או להימנע מעשיית דבר או מדד להיקף כתב טענות, יחול האמור כל עוד בית המשפט לא הורה אחרת מטעמים מיוחדים.*

*(ג) מועד שהורה עליו בית המשפט לעשיית דבר שבסדר הדין או שבנוהג, רשאי הוא, לפי שיקול דעתו, ובאין הוראה אחרת בתקנות אלה, להאריכו מזמן לזמן.*

**בעיקרון – מה שהיה הוא שיהיה. אז מה ההבדל?** אם ניקח כדוגמה ספציפית את מועד הגשת כתב ההגנה – **בס' 176 (ב).** הוא פשוט הוריד את המילה שיירשמו (כי ברור שזה יירשם) והשאיר את הטעם המיוחד. **בס' 176 (ג)** הוא השאיר את מה שהורה ביהמ"ש ואז אין צורך בטעם מיוחד. (עדיין צריך טעם). **המועד** להגשת כתב הגנה נכנס **בתקנה 9 (ב)** – שם כתוב **60 יום**.

הדרך המקובלת להבין את **תקנה 528** – אם המועד נקבע בחיקוק (אני רוצה משהו קשוח – 60) אז צריך טעם מיוחד. אם לא נקבע מועד – אולי הכל לשיקול ביהמ"ש, או שהוא בכלל קבע ברירת מחדש של מינימום – 30 יום. אי אפשר פחות. אולי מתקן התקנות רוצה לתת פחות אפשרויות להאריך מועד? אם מתקן התקנות קבע 30 יום אולי זה כבר לא ג'? אולי כזה ב'? המרצה רוצה לטעון שאפשר להגיד **שאין כאן כוונה לשנות את המצב** – בג' ייכנס מועד שביהמ"ש הורה עליו. אבל אם הולכים למועד אחר אז השאלה מה יקרה.

דברים שאמר **השופט ברנזון** **במאמרו** לכבוד ספר זוסמן בנוגע להארכת מועדים: *"אני מעולם לא הבנתי את תקנה 528 (176 (ב)(ג)) – לא הבנתי את ההיגיון המשפטי. אילו אני הייתי צריך לכתוב את התקנה של הארכת מועדים, הייתי כותב* ***בדיוק הפוך****."* כלומר, אם המועד נקבע בחיקוק אז השופט יכול להאריך את זה לפי שיקול דעתו. אם זה נקבע על ידי ביהמ"ש השופט צריך טעם מיוחד בכדי להאריך זאת. בסופו של דבר הרעיון יפה, **אבל לא פוסקים הלכה כך. ההלכה נפסקה נגד ברנזון.** למה? אולי עניין של אגו.

**כתב התביעה (וכתב הגנה)**

**שלב הטענות** - **חשיבות השלב**: מה שלא עולה בכתב הטענות, לא ניתן לטעון אותו אחר כך **ואי אפשר להוכיח אותו**. זה כמו מגרש טניס עם 2 שחקנים. כל מה שמחוץ למגרש בחוץ, וכל מה שאתה רוצה לגעת בו אתה צריך שיהיה בתוך המגרש. נתנו הגבלות על כתיבת כתבי הטענות בתקנות החדשות, אבל עכשיו כולם יגישו בקשות לקבל עוד עמודים! ועוד עם טעם מיוחד.

**הנושאים שעומדים על הפרק בכתב התביעה (רגיל):**

1. סוג העניינים שייכנסו לכתב התביעה – **ס' 10 (חדשות)**:
2. **כותרת** – **ס' 11 (חדשות)**.
3. **עובדות** – **ס' 11 (חדשות)**.
4. **סעדים** (העובדות והסעדים הם למעשה העילה. אנו מעלים לפני השופט רצף של עובדות שהן למעשה **נטענות**. אחרי שלב הראיות עובדות אלו יהפכו להיות עובדות שנקבעו על ידי השופט כממצאים עובדתיים בתיק (הן כבר הוכחו).
5. **חיקוק -> פרטני** (שמירת זכויות) (X – סיכומים - האם יש להם מקום בכתב התביעה?)
6. **פסקי דין?** (X – סיכומים – האם יש להם מקום בכתב התביעה?)
7. **ראיות –** **חובת צירוף מסמכים** – **ס' 15 (חדשות)** - מה פתאום ראיות בשלב הטענות? אבל התשובה היא שיש חובה של כלילת ראיות בצורה מצומצמת – חובת צירוף מסמכים. השופט ירצה לראות ראיות מהיום הראשון בתיק.

**~~תצהירים~~** - בכתב תביעה רגיל אין חובה לתצהירים, אז הנייר סובל הכל.

1. **טענות מקדמיות** – אל תתחיל לדון בתביעה לגופה לפני שתתחיל לדון בטענות המקדמיות (כתב ההגנה – **ס' 15 - חדשות**)

**תקנה 9 (חדשות)** – מדברת על **כתב תביעה וכתב הגנה כללי**. בתקנות החדשות למעשה **יש** **לחלק את כתב התביעה ל3 חלקים בסדר הבא**:

1. **כותרת**.
2. **עיקר הטענות**.
3. **פירוט תמציתי של עילות תביעה**.

**תקנה 11 (חדשות)** – חלק השני, עיקר הטענות של כתב התביעה.

**תקנה 14 (חדשות)** – (מקביל ל תקנה 3 ג' בישנות) חלקו השלישי של כתב הטענות. חלק זה יכלול את פירוט העובדות, משמעות יסוד של כתב הטענות וכל מידע נוסף למיטב הידיעה....

**דברים שלא היינו רוצים שיכנסו לכתב התביעה:**

* עבר פלילי.
* פגיעה בפרטיות.
* מסמכים מזויפים.
* שקרים בוטים.
* אפשר לעשות שימושים רבים לרעה בכתב התביעה, כאשר השלכות של מעשה כזה יכולים להיות חמורים.
* **מסקנה משפטית**.

**הממשק הראשון שלנו עם השופט – הרושם הראשון הוא כתב הטענות**. כתב התביעה ייקרא על ידי השופט וזה יהיה הרושם הראשוני שלנו, ואולי גם על ידי הצד השני. אם השופט יאהב את הניסוח שלנו מכתב התביעה זה ישפיע.

**פס"ד צפריר נ' מורגנשטרן**: פס"ד זה מוסיף לרשימה של הדברים שלא היינו רוצים דבר שאם עשית אותו, עשית טעות **מרה** בכתב התביעה. הם טענו בכתב הטענות **מסקנה משפטית**, וכאן למעשה הם נפלו. אמרו שהוא נאמן אבל אין את העובדות שיתמכו בכך שהוא הפר נאמנות או שהיה נאמן.

**לא צריך לכתוב את המילה רשלנות**: כל העובדות אמורות להצביע על כך. אבל בפרקטיקה כן יכתבו רשלנות. הבעיה היא לכתוב רשלנות בלי להניח את העובדות שהביאו אותנו למסקנה המשפטית

ש.ב – לקרוא את תקנות 10 ו11 לשיעור הבא

ש.ב – האם לחיקוק וספקי דין יש מקום בכתבי הטענות?

04.04.19

**שיעור 9 – כתב התביעה (וכתב ההגנה**)

**פס"ד צפריר נ' מורגנשטיין** אם תישאל שאלה על צפריר נ' מורגנשטיין במבחן, השאלה תיכנס בין השיטים. מדובר בפס"ד שיש לקרוא אותו היטב, הוא אושיה.

צפריר המנוח רכש זכויות שלא נרשמו ביחס לחזקת קרקע. אלמנתו הגישה תביעה נ' האחים מורגנשטיין. נטען כי אחד האחים היה שותפו של צפריר המנוח ברכישת המגרש ושימוש כנאמנו מכוח הרכישה המשותפת, **אלא שנאמנות זו הופרה כשהוא מכר את המגרש לאחיו**. כאשר הנאמנות הופרה **קמה עילת תביעה**.

**המחוזי דחה את התביעה** בטענה שהתובעות (האלמנה והילדים) לא הביאו את העובדות שמהן ביהמ"ש יכול להסיק שהייתה הפרת נאמנות – מה שטוענים שהופרה. לעצם קיומה של הנאמנות לא ראינו את העובדות. **השאלה המשפטית:** האם בניסוח כתב הטענות די בכח שהתובע ציין שהופר כתב הנאמנות לעילת תביעה, או שעליו להוכיח כי הייתה חובת נאמנות כזו?

**השופט עציוני** דחה את הערעור: מהתובע נדרשת **הקפדה מדוקדקת של פירוט העובדות**, והוא מדגיש מתי יש חובה כזו על פירוט העובדות, במיוחד כאשר מדובר על תביעה שמבוססת על תרמית, הטעיה, רשלנות, וכך גם לגבי רשלנות. אין מה בטענה שאחד האחים פעל באופן מסוים מבלי לציין זאת בעובדה.

**תקנה 78 (ישנות)**- טענה המצריכה פרטים. *"כל מקום שבעל דין טוען טענת מצג-שווא, תרמית, זדון או השפעה בלתי הוגנת,* ***ובכל מקרה אחר המזקיק לפרטים****, יפורשו הפרטים ותאריכיהם בכתב הטענות."* כל טענה או כל מקרה אחר. מדובר בלשון קזואיסטית – Case. לפי קייס זה ניתן ללמוד מהו העיקרון המשפטי. יהיה ניתן להסיק באילו מקרים נוספים יהיה ניתן להכליל בטענה הזוקקת פרטים (=עובדות): מצג שווא, תרמית, זדון, השפעה בלתי הוגנת. לכתוב מצג שווא פחות חשוב, צריך לכתוב את **העובדות**. לכתוב עובדות שמהן מי שיודע מהי עילה של תרמית תצמח עילת התרמית/זדון/השפעה בלתי הוגנת. המילים מהוות מסקנה משפטית אבל אנו רוצים עובדות ולא מסקנות משפטיות. התקנה למעשה אומרת שיש לכתוב את העובדות שמביאות למסקנה, ולא הפוך.

**אפשר היה לנסח את תקנה 78 בדרך אחרת** – אין לכתוב את המסקנות בכתב התביעה אלא עובדות, אבל המחוקק כתב רצף של קייסים וכתב "ובכל מקרה אחר המזקיק פרטים", אבל מהו המקרה האחר? מהם הפריטים?

אין בתקנות החדשות מקבילה לתקנה 78. כל עו"ד נולד עם טענה זו וכולם יודעים זאת.

**בצפריר נ' מורגנשטיין** ביהמ"ש לימד אותנו **שהעיקרון הוא המסקנה המשפטית, ולכן זה לא רק מספר מקרים בודדים**. זה לא כלכך הוגן כלפי עורך הדין במורגנשטיין – הוא ראה כי מדובר בטענות קשות, מציבים את האדם בתמונה כ"רע", והיום זה נכנס תחת חוסר תום לב. אבל כאן הם טענו שהוא סה"כ לא היה נאמן, לא הגיוני שנוכיח זאת במשפט?

**העילה מורכבת מ2 טענות** – **יש חובה והחובה הופרה**. צריך להראות את החובה שמקימה את חובת הנאמנות ואת העובדות שמפרות את חובה זו.

למעשה כאן אין עילה, וכתב תביעה כזה **יצטרך להיות מתוקן על ידי התובע או ייפסל על הסף**.

בתקנות הישנות יש פרטים נוספים, ובחדשות אין – אבל זה בDNA- של העורך דין וכל דבר שבא לנו ניתן להגיש בקשה בכתב. עו"ד שחושב מחוץ לקופסא יודע שאפשר להגיש בקשה – כמו עו"ד שהגיש בקשה לתשלום דחוף מחוץ לפלת"ד. **למעשה, אפשר לבקש כל דבר מביהמ"ש בדרך של בקשה בכתב.** כמובן יהיה צריך לנמק את הבקשה ולהסביר **מדוע אני מעוניין להוסיף פרטים נוספים**.

**למעשה, מי שמגיש בקשה לפרטים נוספים זה הנתבע ולא התובע**, וגם בתקנות החדשות שאין בקשה לפרטים נוספים, אפשר להגיש בקשה לפרטים נוספים כי אפשר לבקש כל דבר.

**תקנה 65-66 (ישנות)** – **פרטים נוספים**.

**תקנה 65** – הנתבע מבקש מביהמ"ש שהוא יבקש מהתובע (למרות שכתוב שביהמ"ש יבקש, עורך הדין מפעיל את ביהמ"ש), **להורות שהפרטים העובדתיים יוגשו בתצהיר**. אם הלקוח ידרוש ויקבל את העובדות הללו, צריך להגיש את העובדות **בתצהיר**. אם תובע ישמיט פרטים הוא יצטרך לכלול אותם באופן זה.

**אם התובע משמיט פרטים בכתב התביעה** –

1. במקרה של מורגנשטיין כתב התביעה **לא יגלה עילה**.
2. במקרה של בנק שלא מפרט איך הלקוח הגיע למינוס, **חסרים פרטים** (אבל יש עילה) **ואפשר לקבל אותם בתצהיר**.
3. הנתבע לא מיוצג – **שיטת מצליח**.

למעשה, אם אני תובע, למה שלא אכליל את הפרטים? או שהם פועלים לרעתי ולכן אני לא מוסיף, או שהם יבואו אלי בהפוך ואצטרך להגיש אותם עם תצהיר. אם אנו מייצגים את הנתבע נבקש את אחד.

**סילוק תביעה על הסף (מחיקה ודחייה)**

מאות בקשות כאלו מוגשות לביהמ"ש. הנתבע אומר שהוא מבקש לסלק את התביעה על הסף, אבל אלו מילות רחוב. כשאנו אומרים סילוק על הסף אנו לא רוצים להתעסק במילה "סילוק" אלא באופציות של א. **מחיקה**; ב. **דחייה**.

**אם נצטרך לבחור לאן ללכת – נבקש מחיקה**.

***פרק ו' של התקנות החדשות – תקנה 41*** *– הרעיון של מחיקת תביעה יכול להיות ומיושם בכל עת*

*(א) בית המשפט רשאי להורות על מחיקת כתב תביעה בכל עת על יסוד אחד מנימוקים אלה:*

*(1) כתב התביעה אינו מגלה עילת תביעה;*

*(2) מכתב התביעה עולה כי התביעה היא טרדנית או קנטרנית;*

*(3) התובע מתמיד, באופן שאינו מניח את הדעת, להימנע מלקיים הוראה מתקנות אלה או נמנע מלקיים החלטה או הוראה של בית המשפט;*

*(4) כל נימוק אחר שלפיו הוא סבור שראוי ונכון למחוק את התביעה.*

*(ב) מחיקת כתב תביעה לפי תקנות אלה אינה מהווה מעשה בית דין.*

**הסבר של המרצה:**

1. **מחיקה על הסף** – אם העובדות לא מספיקות.
2. **אם התביעה טרדנית או קנטרנית** – יש פסיקה על כך ונראה מתי למרות שיש עילת תביעה ניתן למחוק אותה – זוטי דברים, סופיות הדיון... המערכת לא יכולה להרשות לעצמה לטפל באנשים נודניקים.
3. **תובע מתמיד** – כאשר מישהו לא משחק את המשחק כי ביהמ"ש אומר לעשות משהו והוא לא עושה (אם זה קורה באופן מתמיד שלא מניח את הדעת של ביהמ"ש, ברגע שנצליח לשכנע את השופט שדעתו אינו נחה מהתנהגות מתמידה שהתובע לא מקיים הוראה מתקנות או נמנע מלקבל החלטה) – לא ניתן לשתף איתו פעולה.
4. **כל נימוק אחר שלפיו הוא (ביהמ"ש) סבור** – שופטי ישראל מקבלים שיקול דעת רחב, יכולים לפסול אם נראה להם.

**תקנה 41 (ב)** – *"מחיקת כתב התביעה אינה מהווה מעשה בית דין"*. בסוף האדם יכול להגיש את התביעה בשנית, היא לא תהיה טורדנית, כן תגלה את העילה... מורגנשטיין יגישו מחדש את התביעה. המחיקה היא סנקציה שאינה חריפה במובן הזה שאין כאן מעשה בי"ד. מבחינת יעילות המערכת לא נקטע תיק. התיק יצטרך לחזור שוב לביהמ"ש.

**סנקציה שנייה – לדחות לתובע את התביעה, תקנה 43 (חדשות)** – *"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."*

כשטוענים שהיה **מעשה בי"ד** אומרים שכבר היה לך את יומך בביהמ"ש ולכן הדחייה סופית – מעשה בי"ד, ונגמר הסיפור. **טענה מנגד** – מכיוון שאנו יודעים שזכות הגישה לערכאות היא זכות חוקתית, ואתה דוחה את התביעה ולא יהיה לך עוד יום בביהמ"ש, אומרים **שאתה פוגע בזכות חוקתית.** השופט צריך לחשוב טוב אם זה המקרה שמתאים לדחייה על הסף. בסמינריון של המרצה סטודנט אמר כי חוקי היסוד לא שינו את היחס של השופטים – כולם מבינים כי מדובר משהו חמור מאוד. המרצה אמר כי חוקי היסוד הדגישו זאת, ולקחו את זכות הגישה ושמו עליה דגל חוקתי, וזה היה "בלה בלה". כלומר זה לא השתנה, רק במלל.

**תקנה 42 (חדשות)**: עוד מקרה של **מחיקה על הסף** *– "סבר בית המשפט שבעל דין עשה שימוש לרעה בהליכי משפט רשאי הוא, מטעם זה בלבד, למחוק את כתב טענותיו כולו או מקצתו".*

אם נעשה שימוש לרעה בהליכי משפט (בן דוד של תום לב) ניתן לבקש מחיקה של כתב התביעה, **כולו או מקצתו**. אם אני עורך דין שנלחם על כל הקופה, או שנפסיד או שנצליח. אם אני מוביל את השופט לדיון בעל פה, והוא רוצה למחוק את התביעה על הסף, אבקש להעביר זאת למחיקת חלקים מכתב התביעה ולא כל הכתב. מדובר בנקודה מאוד פרקטית שנוגעת לכל ההליכים ולא רק להליך הזה. אנו צריכים לאפשר לשופט לקבל חלק מהטענות שלנו, ולתת לנו חלק מהסעד.

**יש עוד סוגיה שקשורה למחיקה ודחיה – מה קורה עם סוגיית הסמכות?** כאשר אתה טוען לביהמ"ש שטעה התובע מחמת **חוסר סמכות עניינית או מקומית**, באופן מפתיע יהיה מדובר ב**דחיה**. (**ס' 101 בתקנות הישנות**). **עם זאת, בס' 101(ב)** התקנה אומרת ששופט **רשאי** (**חייב**) **לא להיעתר לבקשה לפי ס' 79 לחוק בתי המשפט.**

***79(א)*** *"מצא בית משפט שאין הוא יכול לדון בענין שלפניו מחמת שאינו בסמכותו המקומית או הענינית, והוא בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר,* ***רשאי*** *הוא להעבירו לבית המשפט או לבית הדין האחר, ו****הלה*** *(ביהמ"ש הנעבר) ידון בו כאילו הובא לפניו מלכתחילה,* ***ורשאי*** *הוא לדון בו מן השלב שאליו הגיע בית המשפט הקודם."* **יש כאן 2 רשאי – חייב ורשאי**.

**ס' 79 (ב)** *"בית המשפט או בית הדין שאליו הועבר ענין כאמור, לא יעבירנו עוד."*

**למה משה גל לא כתב את נושא הסמכות בחוק? כי זה מוסדר בחוק**. אז למה אמרו שאפשר לדחות אם אפשר להעביר?

אם אי אפשר לדון בתיק בישראל בכלל (וצריך לדון באנגליה – תיקים יחסית נדירים), אז צריך לדחות. אם אפשר להעביר יש להעביר. ס' 79 (ב) אומר לנו שהטריק של להגיש את התיק במקום הלא נכון (קרוב לבית שלי), אם אני לא טוען בהזדמנות הראשונה שהתיק לא נמצא במקומו, אז הוא יתקיים במקום והייתה **הסכמה שתיקתית**. אם השופט העביר מבית משפט לא מוסמך לבית משפט לא מוסמך נוסף, השופט המסכן שהתיק הועבר אליו – יהיה חייב לעסוק בו.

שאלה למבחן – האם יש דרך להעביר תיק שכבר עבר פעם אחת, האם יש דרך בכל זאת לחלצו מביהמ"ש הנעבר בניגוד לדברי המחוקק (כן, צריך לבדוק מהי הדרך).

08.04.19

**שיעור 10**

**מטלת ביהמ"ש** – בוחרים יום יפה ולוקחים אוטובוס לביהמ"ש (נגיד ביהמ"ש שלום במחוז המרכז). מתיישבים בנוח בדיון, אסור להקליט או לצלם (לפי המרצה, מותר להקליט לפי בתי המשפט). בחלק הראשון של המטלה אנו צריכים לראות האם ה"סד"אית" שלמדנו כאן זהה לסד"אית של ביהמ"ש? הרבה אומרים שבביהמ"ש זה שוק ולא מה שמלמדים. תנסו לעבור על כל התקנות החדשות, ואז בדיון נוכל להבין על מה מדובר. כשבאים בתחילת היום לכתבי משפט יש את הדיונים הקצרצרים לראות האם קובעים את התיק להוכחות, ובהמשך היום יש את הדיונים.

**מילת סנגוריה** – מהי הקונספציה של משה גל? מה הוא חשב שהתקנות החדשות יעשו? למה אי אפשר להטמיע תקנות חדשות (רפורמה) אל תוך התקנות הישנות? עוד מעט יחגגו 20 שנה לסדר הדין המהיר. רוצים למחוק בחדשות את סדר הדין המקוצר? תמחק אותם. אבל **למה צריך תקנות חדשות? ניתן למצוא את זה בדברי ההסבר לטיוטה**.

מסתמנת האפשרות שמשה גל מוטרד מזה ששופטי ישראל לא מספיק מקפידים על התקנות שאמורות לייעל את הדיון ולכן יש עומס גדול בבתי המשפט כי השופטים **לא מנהלים אותו**.

עו"ד מנהל את המשפט בשטה אדוורסרית, אבל היום הגישה היא שהשופטים צריכים לנהל את המשפט יותר ולא עורכי הדין. ב20 שנה האחרונות המשפט הישראלי נע בתנועת מטוטלת מכיוון אדברסרי לכיוון אינקוויזטורי – אנו רוצים שהשופט יחזיק יותר כוח לנהל את המשפט, ואת זה משה גל אומר שהוא רוצה שהתקנות החדשות יעשו. הוא אומר שהמערכות יכנסו תחילה לשוק ואז דברים יפעלו הרבה יותר טוב. בינתיים הדברים נדחו בכחמישה חודשי – ל2.2.20.

המטלה בעצם מזמינה אותנו לראות באמת מה קורה בבתי המשפט. האם המצב נורא עד כדי כך שכל מה שעושים בקורס לא נעשה שם? זו שאלה שנשאל את עצמנו כשאנו מבקרים בדיון, ועוד שאלות שאורי ימקד בדיון – האם מקפידים על סד"א? האם באמת רואים הבדל בין שופט אינקוויזטורי לבין שופט שנותן לצדדים להניע את הדיון?

**ס' 79 א' לחוק בתי המשפט** – ב1992 חוקק חוק שנכנס כ-79א' כשהמדינה בת 44. פעם ראשונה שנכנס המונח "פשרה" לחוק. אבל מה? עד 1992 לא היו עושים פשרות בביהמ"ש? ברור שכן, אבל בעצם הפשרה לא דרשה חוק. הצדדים יכלו לומר לשופט שהם סיכמו את הפשרה, ורק צריכים שיתן תוקף. עד 92 המחוקק לא ראה לנכון לדבר על כך. אז למה צריך סעיף על פשרה?

79א' זה סעיף מעוד מעניין שלא קיים כמעט בכל מדינות העולם. אומרים לצדדים שהם יסכימו שהשופט יפסוק בסכסוך על דרך הפשרה – מצד אחד יש הסכמה של הצדדים, ומצד שני הם לא יודעים על מה הם הסכימו למעט העובדה שהוא פוסק על דרך הפשרה. יום אחד השופט נותן **פסק** **פשרה** – הוא נותן החלטה שהתוכן שלה הוא פסק על דרך הפשרה. ואז הצדדים פתאום מקבלים את החתול שיוצא מהשק, והם צריכים להחליט אם הם מרוצים ממה שיצא או לא.

איך קשור 79א' לעבודה שנגיש ב20 במאי? **כמעט כל התיקים בישראל מסתיימים בפשרה**. מיעוט שלהם מסתיים ב-79א' כי **מי רוצה לקנות חתול בשק**? אופציה אחת שיצא לשופט שם שאנשים יוצאים ממנו מבסוטים אומרים לו כן. בסוף ברשות המחקר של הרשות השופטת. רוב התיקים יגמרו בפשרה רגילה – הם יודעים בדיוק עם מה הם יוצאים מביהמ"ש. שופט ביהמ"ש השלום מטפל בין 10,000-100,000 תיקים בתביעות קטנות, אבל הוא לא יכול לתת כמות כזו. הוא מראש יודע שרוב גדול של התיקים יגמרו בפשרה. השופט חייב לגמור את התיקים בפשרות אחרת הוא לא יוכל לסיים את התיקים הללו בזמן הסביר.

היה מקרה אחד שזה שסירב לפשרה הפסיד וזה שהסכים לפשרה ניצח במשפט. צריך לשים לב לכך ששופט קם והולך לבית ה"מנהל" (לא ביהמ"ש) – תסתכלו על זה ותראו איך זה קורה בסיור בביהמ"ש. החלק השני של העבודה – המרצה פחות לא רוצה להסביר, תתמודדו עם זה לבד.

**הסכמה דיונית** – מתחייבים לא לערער. הצדדים התחייבו לא לערער כדי שהשופט יינמק. אבל אם השופט יינמק לפי ס' 79 א' יהיה להם על מה לערער. הרעיון מאחורי זה הוא שאם שופט ייתן פשרה ללא נימוק הכוח שיהיה בידו יהיה שרירותי. ברגע שישאל את עצמו כל הזמן למה הוא עושה משהו, זה יכול להשפיע. מה בנוגע לכך שהצדדים לא מתחייבים לערער? זה לשיעורי בית/שאלה למבחן.

**סיכום ודוגמאות לכתבי תביעה – איתי ליפשיץ**

באחד השיעורים הקודמים הייתה לנו רשימה של מה מותר שיופיע בכתב התביעה ומה אסור, והמסקנה שלנו הייתה **שאסור שיופיע בכתב התביעה מסקנה משפטית**.

ב20 דקות האחרונות המרצה רוצה לתת סיכום בנושא זה שסיימנו את השיעור שעבר על המסקנה המשפטית, והוא רוצה להשתמש לצורך זה בכמה דוגמאות שיבהירו את הדבר. ב10 דקות האחרונות נדבר על פסקי הדין שהיינו אמורים לקבוע. בכתב התביעה שהמרצה יקריא לנו לא יהיה כותרת – ממש תמצית שלו.

**דוגמא 1:** התובע הוא הבעלים של מכונית שמצויה ברשות הנתבע. לפיכך התובע דורש להצהיר שהוא הבעלים של המכונית. הוא דורש פסק דין הצהרתי שיצהיר על כך שהתובע הוא הבעלים של המכונית שנמצאת ברשות הנתבע. **האם התובע יקבל פס"ד הצהרתי? מהי עילת התביעה?** (רצף של עובדות שמתקיימות שאם הן מתקיימות מגיע לי הסעד) – צריך רצף של עובדות שאם הן נכונות יהיה אפשר לתת את ההצהרה. התובע סיפק לנו את הטענה העובדתית הבאה – הוא **בעלים** של מכונית המצויה ברשות הנתבע – יש כאן **הפרדה בין הבעלות להחזקה**, אבל הוא **לא הביא עובדות שמובילות למסקנה שהוא הבעלים** (לא הוכחות, עובדות). (**פס"ד צפריר** רלוונטי)

**דוגמא 2:** התובע טוען שהוא הבעלים של קרקע בסעיף הראשון של כתב התביעה. בסעיף השני הוא טוען שב-2.2.19 פלש הנתבע לחלקת הקרקע ומאז הוא מחזיק בה שלא כדין. לפיכך מתבקש ביהמ"ש **לסלק** את ידו של הנתבע מן הקרקע. נגיד שלא צריך ראיות (מסמכים). האם זה כתב תביעה טוב? בדוגמא הקודמת זה היה מסקנה משפטית ועכשיו טענה – **צריך לראות אם יש רצף עילות שמובילות** **לסעד**. אני דורש סילוק – שביהמ"ש יורה לסלק את הנתבע שפלש לקרקע שלא כדין, ולכך צריך לטעון שאני הבעלים – מגיע לי סילוק. האם יש עילה או אין עילה – זו השאלה שצריך לבדוק. **אם יש רצף של עובדות לכשיוכח שאני הבעלים והוא על הקרקע, מגיע לי סעד של סילוק**. מדובר **בכתב תביעה טוב**. במקרה אחד מדובר במסקנה משפטית ובפעם השניה טענה עובדתית.

**דוגמא 3:** ב-1.1.19 הפיץ הנתבע לשון הרע על התובע שהוא מוכר בחנותו סחורות שהן לידיעתו של התובע גנובות.

**ס' 1** לתביעה, ציטוט של הלשון הרע שהופצה נגדו.

**ס' 2** הדברים שהופצו כנגד התובע לא היו נכונים .

**ס' 3** התובע תמיד דאג להשיג מהסוחרים אישורים לכך שהמקור כשר (לא גנוב).

**ס' 4** כל הסחורות היו בבעלות התובע, ולשון הרע גרם לו נזק מסוים. האם כתב תביעה תקין או לא?

התובע הכניס לתוך כתב התביעה משהוא ראייתי – הסחורות בבעלותי. מותר לעשות את זה אבל לא צריך. לא חייבים לפתוח את הקלפים ולהביא ראיות שהתובע ידע איך אני מתכונן להוכיח את תביעתי.

בכתב תביעה יכולות להיות **טענות של מסקנה משפטית** (רע), יכולות להיות **טענות של פירוט רצף עובדות** (חובה) וגם יכול להיות **טענות שיש להן גם ראיה בכתב התביעה** (וחייבים לנתח את זה נכון). חייבים גם לדעת את הדין המהותי של סילוק יד, לשון הרע או קניין.

ביהמ"ש פתח חזית בנושא **תום הלב האזרחי** – אם יש טענת הגנה במהותה (שהנתבע טוען) שהיא כלכך מתבקשת שאם לא תטען אותה בכתב התביעה זה יהיה חוסר תום לב, תהיה חייב לטעון אותה בכתב ההגנה. אז למה אין תקנה כזו שדורשת ממך? כי אנו משאירים זאת לחוסר הודאות שביהמ"ש משתמש כאשר הוא משתמש במונחים של חוסר תום לב. יש להלביש את המשפטים הללו לפסקי הדין שהתבקשנו לקרוא

המרצה לא מפרט בכיתה על פסקי הדין בעניין תום הלב, יש לקרוא לבד. (מצ"ב ממחברת טל אלון).

נדבר על שני פס"ד שחוסים תחת כותרת מפתיעה משהו – ***"חובת גילוי עובדות הגנה בכתב התביעה"***. פס"ד אלה הצמיחו חובת גילוי (=תו"ל) ויצרו הלכה לפיה יש מצבים שבהם התובע **חייב** **להכניס לתוך כתב התביעה** **עובדות שפועלות לרעתו** ושייכות להגנה ולא לתביעה.

**פס"ד שטמר נ' אריה חברה לביטוח:** כאן יש כתב תביעה שבוסס על עילת תביעה נזיקית. יש מבוטח שעותר נגד חברת הביטוח לפיצויים **והשאלה שמעורר פסה"ד** היא האם היה צריך התובע לציין בכתב התביעה, מלבד העילה, גם את העובדה שהוא עצמו חתם על כתב ויתור כלפי חברת הביטוח? (כתב ויתור שאומר שאחרי שהיא משלמת אין לו יותר תביעות כלפיה).

הדיון כאן מתבצע במסגרת **בקשה לתיקון כתב תביעה**. כאן, **העליון** אומר לתובע שהיה עליו לציין זאת בכתב התביעה כי הוא התרשל ולא הגיב לכתב ההגנה (שם נאמר שהוא לא ציין את כתב הויתור בכתב תביעתו!). לכן, **ביהמ"ש פסק שהוא מנוע מלהגיב לכתב ההגנה** ולטעון שהיה עושק מצד חברת הביטוח (זה מה שהוא רצה לטעון).

* החלטה זו מדגימה איך כתבי הטענות תוחמים את גבולות המגרש העובדתי שאנו משחקים בו. ביהמ"ש משנה את הקצאת התפקידים ודורש מהתובע לחשוף קלף שפועל לרעתו.

**פס"ד לייסנסס וג'נרל נ' בורכרד ליינס:** **החובה לפרט את כל הטענות והעובדות המהוות את העילה – אין להמתין לשלב הסיכומים ולהפתיע את הצד שכנגד בטענה חדשה**.

תביעת שיפוי של לייסנסס, חברת ביטוח, ששילמה תגמולים למבוטחה כנגד ביטוח משלוח של 19 מכבשים מלונדון לארץ באונייתה של המשיבה. בפועל הגיעו רק 9.

**במחוזי**, לייסנסס לא צירפה לכתב התביעה את שטר המטען ולא הביאה קטעים מהותיים ממנו. בשטר היו 3 תניות פטור שעמדו לבורכרד. את השתיים הראשונות המחוזי ביטל אך לשלישית ("המוביל אינו אחראי לאובדן/נזק לטובין שניתן לבטח") הוא נתן תוקף **אע"פ שבורכרד לא הסתמכה עליה בכתב ההגנה, אלא רק בסיכומיה**. לכן, נדחתה התביעה. **מכאן הערעור**.

**השאלה המשפטית**: האם היה על לייסנסס לפרט את תניית הפטור השלישית בכתב טענותיה?

* נקבע כי קטעים מהותיים של מסמך שיש להביאם בכתב התביעה או לצרפם לפי **תקנה 75 (ישנות)** הם **הקטעים המהווים את עילת התביעה ומזכים את התובע בסעד שהוא דורש**.
* כי לייסנסס לא השתמשה בתניית הפטור כעילת תביעה אך בכ"ז **הייתה צריכה לרשום אותה בכתב התביעה** כי הם כן ביקשו לטעון לבטלותה.
* בנוסף והכי חשוב – כי על נתבע המבקש להסתמך על **תניית פטור לציינה בכתב הגנתו** ולא להמתין עד לשלב הסיכומים ולהפתיע את בעל הדין שכנגד. **לכן, הערעור נדחה**.
	+ **לפי הש' בן פורת**, אם ההסתמכות על תניית הפטור תועלה לראשונה ע"י הנתבע - לא צריך לתת לתובע את האפשרות לטעון כנגד תניית הפטור בכתב התשובה שלו.

**פס"ד זה הוא דוגמא יפה לעקרונות שדנו בהם קודם** – למה בסופו של דבר התובע יוצא נפסד מהעניין? כי הוא המתין לשלב הסיכומים (לאחר שלב הראיות) ובחר עד כה שלא להתייחס לתניית הפטור. ביהמ"ש אומר: גם אם בטענת ההגנה היית מציג את תניית הפטור – לא הייתי נותן לתובע להתייחס לכך בכתב תשובתו כי היה עליו לעשות זאת בכתב תביעתו. **כתב תשובה אינו מקצה שיפורים אלא הזדמנות לענות לכתב ההגנה!**

* **בשטמר** כן אפשרו לפתוח את העניין בשלב מאוחר יותר אבל **בלייסנסס** לא נתנו.

**לסיכום**, אם נבחן את הפסיקה בכלליות, נראה שביהמ"ש **מתוך תפיסה של תוה"ל** אומר לתובע שהוא לא יכול להסתיר, להעלים או להחסיר מכתב התביעה שלו טענות בסיסיות שעומדות ביסוד התביעה, גם אם במהותן הן למעשה טענות של ההגנה. שאלה למבחן – האם זכות הגישה לערכאות (זכות חוקתית) כוללת את הזכות שלי לקבל פסק דין בתיק הזה? (לא רוצה להתפשר) ש.ב – מחוזות – מחוזיים, ובתוך כל מחוז יש אשכול של בתי משפט שלום. כמה בתי שלום יש במחוז מרכז?

29.04.19

**שיעור 11 – אורי אהרונסון**

סגירת נושא כתבי הטענות, ואז נמשיך בשיעור. המרצה אומר ש**הכניסה לתוקף של התקנות נדחתה עד ל-2 לפברואר 2020**. המרצה מתכוון ללמד את התקנות החדשות כיוון שבספטמבר 2018 לפני תחילת סמסטר א' החליטו שכך ילמדו, אבל לא בטוח מה ההסתברות שהתקנות יהיו בתוקף או מתי. יש לקחת זאת בחשבון בחשיבה קדימה.

כמה מילים כדי לסגור את הקצוות של הדיון שניהלנו בסוף המפגש לפני הפסח. דיברנו בעיקר על ניסוח כתב התביעה והדינים שחלים כל כך, עיון בפסיקות קלאסיות של ביהמ"ש העליון, וגם הן מבוססות על תקנות חדשות, עד כמה יסתמכו על התקנות של העבר... מדובר במסרים שפעפעו עשורים רבים. ניסוח כתב תביעה שלא יהיה יותר מידי מגביל אך גם יאפשר להצליח בתביעה. **המרצה הבין שבסוף הדיון בנושא הזה הרחבנו את היריעה לגבי איך מנסחים כתב תביעה נכון** – פירוט העובדות של הדין מבלי להצהיר על הדין, ושביהמ"ש ישליך מהעובדות את הסעד – זה המטרה בבתי המשפט. המרצה ראה שזורמים גם למסגרת הזו, נורמות של תום לב, החובה של ביהמ"ש לפתח באופן זהיר, לכלול בכתב התביעה דברים שלא נופלים תחת ההגדרה המדויקת כעובדות שמקימות. משהו שהוא קצר יותר מביהמ"ש של "אלו העובדות ומגיע לי סעד". החשיבה שמבוטאת בכתב התביעה היא כלים של העברת מסרים מגוונים יותר מעבר לקבל הסעד המיידי.

**איזה דברים הם מעבר לקבלת הסעד המיידי ופירוט העובדות?** יש למעשה מערכת מורכבת יותר מפרויקט תכליתי. **לדוגמא**, השופטת צריכה לחשוב גם על **בעלי דין שלא נמצאים לפניה** – הבאים בתור, אלו שמנהלים את ההליך באולם שליד.... המערכת והציבור למעשה גם נוכח בכל הליך כזה. ההליך צריך להיות ראוי, זול, צודק, להגיע לתוצאה נכונה... לכן גם משהו שמנוסח בצורת מסר תכליתי פשוט נתפס בתקנות (במיוחד החדשות) כמשהו בעל משקל מערכתי ולכן הוא נוכח. למשל – **תום לב, הרעיון האדוורסרי** שממקם את המשקל המרכזי לניהול ההליך אצל נציג הציבור, השפעת הליך אחד על הליך אחר

**לסיכום – מערכות היחסים במערכת המשפטית:**

1. **מתן סעד והימנעות ממתן סעד** – תובעת מול נתבעת.
2. **הליך האזרחי כאירוע ציבורי במהותו**.
3. **בין הצדדים לבין עצמם**. כאשר אני מגיש כתב תביעה לביהמ"ש אני כותב אותו כדי שביהמ"ש יקרא אותו וידע איזה סעד לתת לי. אבל אני מגיש אותו גם **לצד שכנגד** – אני עושה זאת כדי שהם יוכלו להתגונן. אני גם **מדבר עם הצד שכנגד** – מנהל אינטראקציה איתו. אני עושה את זה בדרך קצת עקומה, אבל זה מאפשר לך להשיג פשרה, כי אם לא תעשה זאת תהיה חשוף לתביעה מדינתית. התובעת אומרת כי כדאי לה לתת משהו כי אם לא היא תהיה חשופה לניהול הליך של שנתיים.

הנה אנו רואים פתאום את ההליך המשפטי של ביהמ"ש כמשהו שיכול להצטייר ככלי – משהו פונקציונאלי לאינטרסים הפרטיים שלהם – הקמנו את הדבר כדי שאנשים יוכלו להפעיל לחץ על אנשים אחרים.

אנו למעשה מתחילים לחשוף כאן **פער מובנה בין ניהול הליטיגציה באינטרס הפרטי לציבורי**. למערכת יכולה להיות עמדה מנומקת האם הליך מסוים ראוי שהוא יתנהל בדרך אחת ולא אחרת (שעה זמן שיפוטי ולא שעתיים, או במקום מסוים). **מצד שני** אני מזמין את בעלי הדין הפרטיים לטובת האינטרס הפרטי שלהם. הם לא חושבים על טובת האינטרס הציבורי כצדדים פרטיים. זהו פער שכל הזמן מייצר מתח במערכת – אנשים פרטיים מנסים למקסם את ההליך שלהם (המערכת מאפשרת להם). אחד האתגרים הוא לקרב את התמריצים של האנשים הפרטיים לכתליות הציבוריות – האם אנו יכולים לעשות זאת?

**הצירים שדיברנו עליהם**:

* **התפקיד הבסיסי** – ניהול ההליך לחילוץ התוצאה המשפטית.
* **מערכת המשפט כגוף ציבורי** של המדינה שמטרתו לממש תכליות ציבוריות.
* **מקום בו אנשים פרטיים פועלים באופן רציונלי** למקסום הרווח הפוטנציאלי שלהם.

**הגישה לבית המשפט – סמכויות**

**סמכויות שיפוט**

**מהי סמכות שיפוט?**

* **דיני הכוח השיפוטי – היכולת להפעיל כוח שיפוטי**. במידה מסוימת כל דוקטרינה כוללת כוח שיפוטי. מה זה אומר? יש לפרק את הביטוי באמצעות הביטוי באנגלית:

**Jurisdiction – חיבור של שני מילים – juris ו-diction (משפט ודיבור)**. אין כאן אזכור של כוח – משהו עדין – מילים. דרך אחת לחשוב על סמכות שיפוט זה האלכימיה של המשפט – כמו **המרה** של חומרים, ממירים את הדיבור (ההיגד, מילה, כתיבה) למשפט – היכולת של המדינה להפעיל את האמצעים האלימים שלה נגד פרטים.

* **סמכות שיפוט = הכוח לומר את החוק**,
* היכולת לתרגם **מילים לכוח**.
* **מאמר violence and the word** – המילים יכולות להפוך לאיום אפקטיבי להפעלת אלימות או לאלימות. השופטת יכולה להעביר ילדים, לקחת איש ולשים מאחורי סורג ובריח, להרוג... בסופו של דבר מישהו כואב או מת, וזה הסיכונים. לכן לנו יש כחברה אחריות מאוד כבדה.

אז מהו אותו מנגנון? בירושלים ב-1962 **אייכמן עומד לדין**, הוא טען שהביאו אותו שלא כדין לארץ, ושהוא רק מילא פקודות – זה לא היה אחריותו. מי שמבצע את האלימות במשפט הוא לא מי שמחליט ביחס לביצוע האלימות, ומי שמבצע לא מחליט. המדינה קובעת את הדין הכללי, השופט קובע את הדין הספציפי, ומי שמבצע את האלימות זה המוציא לפעול/הורג. התופעה הזו אינה מקרית – זהו נתון מכונן למערכת בלעדיו המשפט לא יוכל לפעול. חייבים לעשות פיצול זה, כי אם השופט היה צריך לבצע הוא לא היה מחליט – נרתע מאוד. ואם היינו אומרים לאייכמן שהוא אחראי על הביצוע שלו, הם היו בוחרים עבודה אחרת (או מושחתים לגמרי). הפיצול נוצר כדי לחבר בין הגורמים, ומוקם במקומות שונים בהתרחשות החברתית שלנו.

**למעשה סמכות שיפוט היא מאוד משמעותית** – **הנכונות שלנו להסמיך אנשים לדבר כחברה**. מה זה אומר כאשר אנו מחליטים שבתי דין רבניים יוכלו להחליט ובתי משפט לא יוכלו? סמכות שיפוט בהקשר הפלילי, האזרחי...

**סוגי הסמכויות**:

מהם הנתונים שבמסגרתם נרצה לאפשר לשופטים שלנו להסמיך אנשים אחרים לבצע אלימות? מה יהיו הכללים? האם הרשות יכולה לעשות את הפעולה או לא? נשאל את שאלת הסמכות מנקודה אסטרטגית. האם יש חלופות?

**כדי שבית משפט אזרחי יהיה בעל סמכות – צריך 3 תנאים**:

1. **סמכות שיפוט בינ"ל** – באיזו מדינה ניתן לתבוע? האם ניתן לתבוע בישראל?

כל מדינה נתפסת כתחום שיפוט אחד. כאשר מוגשת תביעה לביהמ"ש, הוא צריך לוודא האם דיני הסמכות הישראליים מאפשרים לדון בתביעה מסוג זה. האם התביעה שאני רוצה להגיש יכולה להיות מוגשת בישראל.

1. **סמכות שיפוט עניינית** – באיזה סוג ביהמ"ש ניתן לתבוע? אחרי שווידאתי כי ניתן לתבוע בישראל, אני שואל איפה ביהמ"ש? פעם היה מקום אחד שבו מגישים הכל, אבל בישראל יש יותר מבית משפט אחד. יש סוגים שונים של בתי משפט עם יכולות שונות וסוגים שונים וצריך לאתר את הערכאה המתאימה ביותר – מחוזי, שלום, עבודה, דתי, מנהלי, משפחה, צבאי. איך סידרנו את מאגר הסמכויות של המדינה? בידי מי הפקדנו לדון בערכאה מסוימת – זו תהיה שאלה של עיצוב המערכת.
2. **סמכות שיפוט מקומית** – באיזה מלוז שיפוט (שבו קיים בימ"ש מוסמך עניינית) ניתן לתבוע? איפה הוא ממוקם? לפעמים ביהמ"ש יהיה בירושלים (בג"ץ).

אמירות כלליות:

* תיתכן חפיפה/הקבלה בכל אחד מהשלבים: נדרש מנגנון ניתוב (forum shopping, מתכנן מרכזי, הגרלה...).
* תיתכן התלכדות: סמכות עניינית ארצית (למשל - בג"ץ, ביה"ד לענייני ימאות בחיפה).
* תיתכן התפצלות: סמכות עניינית מקומית – יש ערכאה ייחודית כניסוי – מחלקה כלכלית. קודם היה רק בתל אביב ועכשיו גם בחיפה. למעשה אז יכול להיות מצב בו אהיה במקום בו תיווצר מעין "הפליה" מבחינת המקצועיות של השופטים הדנים בנושא.

**בדיקת סמכות שיפוט – סדר הלימוד**: קודם נלמד סמכות בינ"ל, אז סמכות מקומית (שניהם כוללים דמיון רעיוני ודוקטריני) ואז סמכות ענייניך. **הסדר הנכון – סמכות בינ"ל, עניינית ואז מקומית**.

**סמכות שיפוט בינ"ל**

1. **שאלת הסמכות הטריטוריאלית של הפורום הישראלי** - אם יש לי תיק שמוגש בישראל – האם זה משהו שישראל מרשה לעצמה לגעת בו?
2. מדובר בשאלה שנלמדת בתחום של **משפט בינלאומי פרטי**.
3. **אנשים ונכנסים הם ניידים** – חוצי גבולות:
* סמכות שיפוט.
* ברירת דין.
* אכיפת פסקים זרים.

**כלל מקובל במשפט בינ"ל פרטי** - ברגע שאנו יודעים מהו הפורום המוסמך, נשאל מהו הדין שנרצה להחיל? איזה דין מהותי נחיל? יהיה צורך לקבוע זאת לפי דיני ברירת הדין.

**מהם העקרונות של סמכות שיפוט בינלאומית בישראל?**

**הבסיס:** תפיסה טריטוריאלית פיזית:

1. **סמכות על אנשים ונכנסים שנמצאים בתחום השיפוט**. מכאן נגזרת גישה מאוד פורמליסטית – הגישה הטריטוריאלית פיזית. מי שנמצא ומה שנמצא בתוך גבולות מדינה ישראל כפוף לסמכות השיפוט של מדינת ישראל, **ומי שלא, לא**.
2. **ריבונות (יחסים בינ"ל) – פוליטי** – כל מדינה בעלת ריבונות שלה.
3. **אפקטיביות (אכיפה) – מעשי** - זה גם מאוד הגיוני – אם הסכסוך בישראל נוגע לנכס בצרפת, גם אם ניתן פסק דין בבית המשפט הישראלי, פקידי ההוצאה לפועל הישראלית יאמרו כי הם לא יכולים להפעיל אלימות בצרפת אלא רק בישראל. לכן יש כאן גם היבט מעשי.

**הבעיות** עם תפיסה טריטוריאלית:

1. **תפיסת חסר – העדר סמכות על סכסוכים רצויים**. כמו בני זוג שאחד ההורים נוסע עם הילד לחו"ל, אין זיקה כי הוא לא נמצא בארץ אבל במקרה מישהו ברח. (long-arm statue – **תקנה 166**, באופן מטאפורי יינתן פסק דין נגד האדם, יש לנו דין כזה בישראל. בנוסף – **תיקון ס' 4ב1 לחוק שיפוט בית דין רבני** – המשפט מתעניין בזוגות שנמצאים בחו"ל.
2. **תפיסת יתר – סמכות על סכסוכים לא רצויים**. ישראל תהיה חייבת לדון אבל לא נרצה: Forum Non Conveniens – פורום לא נאות, נגיד לא תודה ושאנו לא מעוניינים להפעיל את הסמכות.

02.05.19

**שיעור 12 - המשך סמכות שיפוט בינלאומית**

השבוע משרד המשפטים פרסם טיוטה של רצף לא קטן של תיקונים. חלק מהם רלוונטיים לנו. השינוי הכי בולט זה אופן הבאת חוות דעת של מומחים, מועדים בהקשרים מסוימים בהליכי בקשות... אם יהיה הקשר מסויים שבו זה רלוונטי אתייחס לזה, אבל חשוב לדעת שאנו נמצאים בתקופה מאוד דינמית של הדין. כרגע ב5 לספטמבר 2019 זה תאריך הכניסה לתוקף ויש דיבור על להזיז ל2020.

דיברנו על הרקע והאופן שבו הדינים הישראלים מתייחסים אליו כדבר הנגזר מדינים בינלאומיים. שיטות משפט תופסות את עצמן כדבר טריטוריאלי. יש תחומים בהם יש כרסומים אבל אלו נושאים מאוד עדינים.

**סמכות שיפוט בינלאומי: אתגרי הסכסוך הבינלאומי**

1. **עלויות בירור הסמכות (בדיעבד)**: יכולים להיות יקרים. יש לנו כאן סיכון שאנשים חשופים אליו ברגע שאנשים מנהלים אינטראקציות חוצי גבולות כמו חוזים בינלאומיים. אפילו נסיעה לחופשה. זה דבר שאנשים מנסים להגן מפניו
* **עלויות הביטוח מפני סיכוני החלופות** - אם אני מנהל סכסוך מול יוון ולא מול מדינה אחרת, קיימת גם עלות ביטוחית. ככל שיש יותר אי ודאות אני אוציא יותר.
* **פתרון: תניות שיפוט** – אני מפתח גם כלים של צמצום הסיכון/אי הוודאות, הסכמים חוזיים מראש. אמורים לצמצם את אי הוודאות.
1. **קשיי תיאום בין פורומים**: מצב בו יש סכסוך מול מספר מדינות מעורבות. האם יש מישהו שיכול לנהל את כל ההליך במקום אחד? אין לנו בעצם יכולת לכפות תיאום בין גורמים שונים בעולם כישראל. בישראל יש בית משפט עליון שכופה את 2 הערכאות, אבל בעולם אין לנו את זה.
* **פתרון: הליך תלוי ועומד** (Lis Alibi Pendens)
* הערה כללית (טוב למבחן) – בוא נחליט שמעכשיו עד סוף הסמסטר המשפט הפלילי הוא האויב שלנו. אין נאשם או ערכאת על, גילוי מוקדם במשפט האזרחי זה לא כמו העברת חומרי חקירה במשפט הפלילי.

**סמכות שיפוט בינלאומית: הפעלת סמכות**: כיצד בתי המשפט מחליטים שיש להם סמכות?

1. **שלב רכישת הסמכות** – ביהמ"ש אומר שישראל היא פורום מוסמך שבגינה הוגשה התביעה בישראל.
2. המצאה – בארץ או בחו"ל.
3. תניית שיפוט – ייחודית או מקבילה.
4. **שלב שיקול הדעת ביחס להפעלת הסמכות** – האם הפורום הישראלי מוכן להפעיל את הסמכות? – פורום (לא) נאות.

איך רוכשים סמכות בישראל? יש 2 דרכים עיקריות. הראשונה היא **המצאה** – מתן של נייר בעצם של כתב תביעה.. השני הוא **תניית שיפוט** – הקנייה בחוזה שישראל היא הפורום המוסמך.

1. **המצאה לנתבע שבארץ**

**המצאה** בשפת המשפט – דבר פיזי/מעשה – **מתן נייר לאדם**. היום גם אפשר להמציא בדרכים שאינם נייר אמיתי (אלקטרוני). המצאה זה דין שפועל כל הזמן במסגרת הליטיגציה – מעבירים מסמכים במשך כל ההליך, וכל זה נחשב להמצאה. דיני הסמכות הבינלאומית בישראל ולקחו רק אקט אחד שמתלבשים עליו ותופסים אותו כרקע של רכישת סמכות בינלאומית. איך?

1. **פרוקסי (קירוב) לרעיון הנוכחות בטריטוריה** – אם הצלחתי להמציא את כתב התביעה לנתבע כשהוא בישראל (בטריטוריה) הרי שישראל רכשה סמכות בינלאומית על הסכסוך. זה נשמע כמו משהו מאוד מינורי וקטן – שבריר שנייה בו כתב התביעה נוגע בנתבעת בישראל. הוא יכול לנסוע לחול אבל הסמכות מעכשיו בישראל. זה פרוקסי! הרי מה שהיה צריך להיות זה שהאדם צריך להיות במקום כל הזמן, אבל אנו רואים ויתור מראש של הרעיון הזה כי הוא לא מעשי.
2. **כתב התביעה הומצא (=ניתן) בארץ -> הנתבע בארץ -> יש סמכות!** המרצה הקרין סרטון שמראה שניתן לאדם את הניירת ולמעשה הסמכות נרכשה. (**בפסיקה** – מסירת השוקולד במיטה במלון). הרבה פעמים משרדי עורכי דין משתמשים במשרדי חקירות כדי לעשות את הפעולות האלה. מבחינת המשפט הישראלי הנתבע בארץ וזו דרך לקבלת סמכות בישראל.

**ס' 158 (א) (חדשות)** מטרת ההמצאה – תפקידה היא לא רק להביא את כתב התביעה אלא גם להכיל את סמכות בית המשפט.

**תק 158-169: דיני המצאות (סיבוכים)**, לא צריך ללמוד את זה עכשיו, אבל תחום ההמצאות הוא סבוך – יש כאן היבטים משמעותיים מאוד של הגינות דיונית, מה אם מישהו יודע אבל לא קיבל את ההמצאה? (תום לב). זה נראה כמו הוראות טכניות רבות.

1. שילוב מעניין של **פיזיות ורגעיות**.
2. **שאלות עובדתיות מגוונות** (**פס"ד וינקלר, נייגל**) – יכולות להיות שאלות מהותיות רק לגבי השאלה האם פתחתי את השוקולד או לא. יש כאן עלויות מאוד משמעותיות בדיני ההמצאה, ושאלות עובדתיות לא פשוטות בכלל.
3. **המצאה לנתבע שבחו"ל – המצאה קונסטרוקטיבית**

הדין עוסק באנשים חלופיים שעלולים להיות בחו"ל

**תקנה 163 (ב) (חדשות)** – אם אני ממציא לבן הזוג/בת הזוג שגר איתו בבית, ההנחה היא שזה יעבור לנתבע (יש גם זיקה של טריטוריה).

**תקנה 163 (ג) (חדשות)** – "המצאה לנציג". מדובר בסעיף חשוב שיכול להיות רלוונטי. ברגע שישראל נפתחת יותר ויותר לתאגידים בינלאומיים שמתגוררים מחוץ לישראל ופועלים בישראל, יש יותר סיכוי שיהיו סכסוכים מול הספקים הללו. 163 (ג) אומר שזאת הדרך.

**רכיבי ההמצאה לנציג**:

1. נתבע **מחוץ למדינה**.
2. המצאה ל"נציג" **מטעמו**.
3. **מייצג "באופן קבוע בקשר לענייניו בישראל"** – יש החלטה שעסקה בשאלה האם עיתונאי גרמני שמסקר בישראל יכול להיחשב כמישהו שמייצג את העיתון בישראל? העיתונאי טען שהוא עובד אבל לא נוכחות של העיתון בישראל. בית המשפט חלק על זה, אבל זה תלוי בנסיבות העסקיות והכלכליות שדרכן הנתבע עובד.
4. התביעה **"נוגעת לאותו עניין"**.

הנציג למעשה צריך לייצג באופן קבוע, והתביעה צריכה להיות ביחס לאותו עניין שהנתבע פועל בו. **לדוגמא**, חברה סינית כורה את המנהרות של הרכבת הקלה בתל אביב ועשתה זאת גם בירושלים. הפרויקט בירושלים הסתיים ואני רוצה לתבוע אותם - אז אגש למנהל העבודה הסינית בתל אביב לא? עורך הדין יגיד שזה לא **לאותו עניין**.

**מיהו נציג? מהו עניין? שאלות פרשניות:**

1. **בעבר "מורשה" -> מבחן "אינטנסיביות הקשר"** (**פס"ד כרמל דיירקט** – גישה יחסית מקלה שהקלה עם תובעים וחברות להגיע לחברה עם מישהו שמספיק קרוב. אחר כך הגיעה **תקנה 163 (ג)** שיחסית צמצמה את זה, צריך להראות שתפסו נציג רלוונטי. פייסבוק, אמזון... כל החברות האלו פועלות כאן ויוצרים יחסים משפטיים מגוונים).
2. מנהל? (**פס"ד נייגל**)
3. **המצאה לנתבע שבחו"ל – המצאה מחוץ לתחום**: (הדרך השלישית שנחשבת להכי חריגה)

**תק' 166-167** – המצאה מחוץ לתחום המדינה – **באישור ביהמ"ש**. במצבים חריגים זה יתאפשר לנתבע שנמצא בחו"ל, אבל צריך לעשות זאת באישור ביהמ"ש. ביהמ"ש צריך להחליט שזה אירוע ראוי. **מדובר בהליך מורכב, יקר וחריג (פריצת הריבונות!)**

1. ביסוס בתצהיר של עילה לכאורה (**תק' 167 (א)**) – **שכנוע ביהמ"ש**
2. ניסוח חדש לשיקול דעת ביהמ"ש (**תק' 167 (ב)**) – **תרגום ההחלטה עבור הנתבע**.

ביהמ"ש רשאי להורות שאין להמציא את המסמכים מחוץ למדינה. צריך לשכנע את ביהמ"ש.

בהגדרה, ההליך הראשוני מוגדר **כהליך במעמד צד אחד** – ניתן להתנגד בדיעבד (**תק' 168**). **ההחלטה הראשונית** תתקבל **ללא הצד שכנגד**, אבל **יש לו זכות להתנגד בדיעבד**, ואז יהיה אפשר לדון בעניין מחדש.

1. **תק' 169** – רגע של פיקציה, נוצרה בעקבות הליך. היה נתבע (**ברופמן**) שבא לישראל להתנגד לסמכות (תבעו אותו). ברגע שהוא נחת בישראל בדרכו לביהמ"ש, התובע המציא לו את כתב התביעה בארץ. מבחינת הרעיון הטריטוריאלי זה תקף לגמרי! אבל הייתה הרגשה שזה תרגיל שהמשפט עושה, ואז עשו טריק – פיקציה. **אם אתה בארץ בבקשה להתנגד להליך – אתה לא חשוף בארץ לקבלת ההמצאה.**

**מגוון עילות** – זיקות שונות לכך שהפורום יקבע שהסמכות בישראל: יש לנו רשימה ארוכה של זיקות.

* ראיות בישראל.
* אכיפה בישראל.
* השפעה על ישראל/ישראלים.
* הליך בישראל.

היום יש את **ס' 166(5) החדש** - הוסיפו **מעשה או מחדל כשיש נזק**.

1. **תניית שיפוט:**
* תניה בדבר מקום השיפוט – נאכפת במסגרת דיני החוזים.
* כולל דיני הפגמים, תו"ל, תקנ"צ, חוזים אחידים.

לפי **חזקה 4(9)** – כל **תניית שיפוט** בחוזה אחיד מוחזקת **כמקפחת**.

**ס' 5 (א)** עוסק **בבטלות מוחלטת**. אם הסעיף שלי עוסק בשלילה של הזכות לפנות לערכאות משפטיות הוא בטל, ויש כאלה שמתייחסים לכך כ**שלילה מוחלטת**.

* אם ניתן להתנות (הדין הישראלי מתיר) – **ניתן להסכים**: השתתפות בהליך כמוהו כהסכמה
* המשמעות הנורמטיבית: יש לעורר טענת חוסר סמכות בהזדמנות הראשונה! אם מישהו תבע אותי בישראל, והשתתפתי התובע יכול לומר לי שהסכמתי.

**תקנה 29 (חדשות)** דורשת מהנתבע להעלות טענת חוסר סמכות בהזדמנות הראשונה.

תרגיל הבית – כל אחד צריך לחזור בין 3-20 תניות שיפוט בינלאומיות שאנו סגורים עליהם. נסו לספור על כמה תניות שיפוט בינלאומיות/כמה יעדים תרצו לתבוע בשנים הבאות. (על כמה אתם חתומים).

06.05.19

**שיעור 13 (המשך תניות שיפוט)**

במפגש הקודם דיברנו על דרכי רכישת הסמכות. דיברנו על דרך המלך של אדם בפורום שנמצא (המצאה, המצאה מחוץ לתחום...) אמרנו שהדין הישראלי בחר להכיר בעוד דרך להקנות סמכות לפורום הישראלי – **הדרך החוזית** (תניית שיפוט). הפורום הישראלי יכיר בסמכותו ביחס לסכסוך אם זה הוסכם בין הצדדים. זה מגיע לליטיגציה כאשר אחד מהצדדים לא מסכים.

המרצה שאל אותנו כמה אנשים חתומים לתניות שיפוט - כולם. Paypal לדוגמא דורשת טיול לסינגפור לפי החוזה. אליאקספרס דורשת טיול להונג קונג. חוזה השירות של פייסבוק – קליפורניה. השופט בישראל בבית משפט מחוזי בקלינגהופר נ' PAYPAL שהסתיים בפשרה ביטל את תניית השיפוט של פאיפאל.

בפס"ד פייסבוק נ' בן חמו (2018) גם ביטלו את נושא תניית השיפוט).

אנו למעשה מבינים את העלות של המקרים. מדובר בתביעות אינדיבידואליות ולא ייצוגיות.

מה הסיכונים או העלויות של ביהמ"ש העליון כאשר הוא מחליט שהתניה של פייסבוק לא תקפה **בפס"ד פייסבוק נ' בן חמו (2018)**? מבחינת דיני החוזים האחידים אנו יודעים שזה פשוט לא נכון (אף אחד לא קרא את זה), אבל לא היה טיעון כזה – הטענה הייתה שאם אתם הולכים להיות שחקנים גלובליים אתם גם תהיו חשופים לסיכונים שלוקחים, כמו חשיפה לפורומים השונים.

צריך לקחת בחשבון שאם גורמים לפייסבוק להתחשב בכך שהם חשופים ל-193 פורומים שונים, פייסבוק באמת תפנים עלות זו וזה יתגלגל ללקוחות. איך פייסבוק תגלגל את זה ללקוחות? (אליאקספרס יכולה לגלגל) יכולה לגרום לחוויה של הלקוחות להיות יותר רעה, או להפלות אותם. **התניה בוטלה בבן חמו ופייסבוק שינתה את תנאי השירות** תוך כדי שזה קרה, ופייסבוק מיוזמתה **בחרה לשחרר את השליטה שלה בפורום**. פייסבוק אמרה שהיא מוכנה לקבל את הסמכות של גורמים אחרים. למה היא עושה את זה? יש לכך הסברים שונים.

**סוגים טיפוסיים של תניות שיפוט** (שאלה של פרשנות):

* **תניית שיפוט ייחודית** – סמכות רק במדינה X. יופיעו מילים כמו רק, בלבד...
* **תניית שיפוט מקבילה** – סמכות גם במדינה X. אותם מקרים שבהם בנוסף לפורום ייחודי אנו מוסיפים עוד פורום. מי שיוזם את ההליך ימקם את התביעה לפי הסמכויות.

תניית שיפוט לא יכולה לשלול סמכות שנרכשה כדין (המצאה)

* כלומר: **ייתכן שהתיק יידון גם בפורום אחר מזה שהוסכם**.
* אך: **רתיעה מהפעלת סמכות אם הצדדים הסכימו על פורום אחר** - בפועל שותפות בהפרת חוזה. הסמכות לא תישלל, אבל זה יקנה טעם מאוד חזק לישראל להחליט שהיא לא צריכה להפעיל את סמכותה (סיבות של הפורום הנאות).

**תניית שיפוט לדוגמא**: **פס"ד Nantucket** – בחלק הראשון של הסעיף נאמר כי ההסכם נבנה ונשלט בתאילנד. בסעיף השני נכתב כי קונפליקטים יוגשו בבתי המשפט בתאילנד. לא כתבו איפה סמכות השיפוט אבל זה נראה כמו תניית מקום שיפוט. האם זו תנייה ייחודית או מקבילה? Shall, כל הסכסוכים any**. ביהמ"ש המחוזי והעליון חלקו בפרשנות**.

* **ביהמ"ש המחוזי** אמר שאם אין only ומילים ברורות אז אפשר גם בישראל. (פירוש נגד המנסח, חוזה אחיד).
* **בעליון אמרו כי זה ייחודית, ועדיין**... (פיצול הדיון). חשוב לעליון להבהיר את המתודה הפרשנית – יש לקרוא את התניה באופן טבעי, ועדיין הסמכות נרכשה כדין מכוח המצאה, מנעו פיצול דיון ואז זה מנוהל בישראל.
* **ביקורת? ודאות, עלויות, הדדיות**. יש כאן מקום בו ביהמ"ש העליון אומר **שהחוזה מזמין אותו להיות ברור**. זה תנייה ייחודית אבל מחליטים אחרת. זה מתנגש עם הודאות, העליות והדדיות – חופש החוזים. הרצון שלנו להגן על בעלי הדין בעלויות שלהם בעסקה.

ניתן לעשות חישוב כמה עולה לי לנהל ליטיגציה בתאילנד, להכפיל בסיכוי שתהיה ליטיגציה, מיליון כפול 30% סיכוי שאשא בעלות – 300,000 ₪. מנקודת מבט רציונאלית שלי בעת כריתת החוזה אני מוותר על 300,000 ₪. אז אנסה להשיג הטבה במקום אחר. מדובר בכיבוד תחשיבי עלות תועלת של הצדדים לפני שהסכסוך בא לעולם. ביהמ"ש מעדיף הסדרים אחרים בלי לקחת בחשבון את החישובים שנעשו בהתחלה – וזה עלות שנצטרך לקחת בחשבון (אבל היא לא התבררה עדיין).

**שיקול דעת: הפורום הנאות**

גם אחרי שהפורום הישראלי הבין שיש לו סמכות הוא צריך להפעיל את שיקול הדעת מבחינת הדוקטרינה. יש סמכות, האם להפעיל אותה?

השיקולים הבולטים:

* **מירב הזיקות – ראיות, אכיפה, דין (?)** – נבדוק את הזיקות/קשרים של הפרשה של לפנינו כדי לראות האם ישראל היא הפורום הנאות. הרבה פעמים זה שאלה של הבנה תרבותית, איפה תבוצע האכיפה (הרבה פעמים מדובר בנכס). הרבה פעמים שאומרים שבתיק יכול "דין ישראל" – זה **לא קובע את הסמכות**, למרות שנראה שיש זיקה יותר לפורום הישראלי. **תק' 166(4)(ב): תקנת זיקות**. גם היא מציינת את ה"דין הישראלי" כטעם להוצאה מחוץ לתחום. לפעמים זה מבחן עובדתי מובהק (מסה של זיקות) ולפעמים לא. **ס' 166(5)**: יכולה להיות עילה מחוץ לתחום
* **צפיות סבירות של הצדדים (ax ante)** – כשאר הצדדים צפו איפה תהיה הליטיגציה, האם הם חשבו על ישראל (או האם היה צפוי שיחשבו על ישראל אם היינו שואלים אותם). גורם כמו פייסבוק שבחר לשווק מוצרים באופן בינלאומי, הגיוני לייחס לו צפייה סבירה, אבל אז השאלה אם זה עובדתי מובהק או לא.
* **אינטרס הפורום – עניין ציבורי, שוק מקומי, הדדיות (?)** – נכנסים כל מני שיקולים לאינטרס זה. המבחנים הקודמים עוסקים בין הלקוחות אבל עכשיו מדובר במדינת ישראל, וזו שאלה. אם האינטרס הישראלי הוא הקטנת העומד על בתי המשפט יכול להיות שעדיף לא לקחת את התיק. מצד שני אם האינטרס הוא להגן על תיירים שטסו לטורקיה, זה שונה
* **ת"א עזבון צ'סר נ' זיידאן (2018)** – **חוק הלאום כמקור, ס' 6(א)** – השופט דרורי משתמש בס' 6 באופן שמשפיע על התוצאה. השופט אומר שאם המדינה אומרת שהיא תשקוד את הבטחת שלומם של בני העם היהודי ואזרחיה, אומרים כי אינטרס הפורום הוא לעזור לאנשים שאין להם זיקה ישירה לישראל למעט יהדותם.

**שיקול צד: קיומו של פורום חלופי -> גישה לערכאות**. אם קיים פורום אחר? אם בפורום האחר חלה התיישנות האם זו סיבה של הפורום הישראלי להיות יותר ליברלי? אחת הסיבות שביהמ"ש אומר לא היא שיש אשם על התובע עצמו. (**פס"ד נייגל, וינקלר**: שאלת האשם של התובע).

**סמכות שיפוט בינלאומית: סיכום**

טשטוש תחומים ניכר בין מצבי שיקול הדעת:

* **המצאה למורשה (תק 163(ג))**- המצאה בארץ: נטל להוכחת פורום לא נאות – על הנתבע.
* **המצאה מחוץ לתחום (תק' 166)** – המצאה בחו"ל: נטל להוכחת פורום נאות – על התובע.
* **פורום נאות**.
* **השפעת התקנות החדשות?** האם התקנות הללו שאמורות לפשט הליכים ולהנחות את בתי המשפט בצורה מובהקת יותר, מתי זה שיקול דעת? מתי לא?

**דבר אחד שכן נאמר** – אם יש הבדל נורמטיבי בין השלב הראשון והשני – זו שאלה של **נטל ההוכחה ביחס לפורום הנאות**. אם הומצא בארץ נטל ההוכחה לפורום לא נעות הוא על הנתבע, אבל אם ההמצאה בחו"ל מחוץ לתחום, נטל ההוכחה הוא על התובע.

**השאלה החלוקתית/אסטרטגית: על מי תוטל עלות ההתדיינות בחו"ל**?

* **שינוי העתים הטכנולוגיים** – לכאורה מוביל **לאדישות של ביהמ"ש העליון**, זה לא מורכב לנהל הליך בחו"ל (לכאורה)
* אבל: **בפועל ביהמ"ש אינו אדיש** (מגונן על אינטרסים (של) ישראלים), אכן נחשוף שחקנים ישראלים ליחס פרוטקטיבי בפורומים אחרים.
* **נדרש שת"פ – או תחרות מתוחכמת** – בין כל המדינות כדי למנוע פגיעה באזרחנו

**סמכות שיפוט מקומית**

באיזה מחוז שיפוט תוגש התובענה? ישראל מחולקת למחוזות (6 מחוזות, לא כולל יהודה ושומרון שם המקרה ינוהל באחד מ6 המחוזות או בבית משפט שהוקם בצו אלוף).

**צפון, חיפה, תל אביב, מרכז, ירושלים ודרום**. יש 6 בתי משפט מחוזיים בישראל – **נצרת, חיפה, תל אביב, ירושלים, באר שבע ולוד (מרכז)**. השאלה שדיני הסמכות המקומית עוסקים בה היא בין מחוזות אלו. גם בבית משפט השלום יש את השאלה (31 בתי משפט שלום) אבל הם גם מחולקים ל6 מחוזות. השאלה לאיזה בית משפט אני מגיע ולאיזה מחוז נתון לתובעת ותלוי בנשיא אותו בית משפט/שלום. היום בעיקרון התובעת בוחרת (יכולה לבחור לפי מה שנוח לה או מה שיקשה, או מה הכי פחות עמוס... יכול להיות שנשיא ביהמ"ש השלום ייקח את התיקים ויעביר למקום אחר.).

**מגמות**

* **התלבטות נמשכת ביחס למידת החשיבות של הבחנות הסמכות המקומית**. יכול להיות שאדם מצפה שהתיק יתברר ביחס לחברה בה הוא גר, אבל היום רואים בכך כאמצעי לפיזור סביר של תיקים בין הערכאות.
* ליפשיץ: זכות דיונית/אינטרס מערכתי?
* **מצד אחד: שיקולים חלוקתיים** (למשל **ס' 4(9) לחוק החוזים האחדים**) – לחלק מהאנשים יהיה קשה להתנייע ממקום למקום, יום עבודה שצריך לאבד. אפילו בישראל הקטנה בחירה של סמכות שיפוט רחוקה יכולה להקשות
* **מצד שני: שיקולי יעילות מערכתית** – מניעת ליטיגציה מקדמית על מקום השיפוט "בארצנו הקטנה".
* **אך: את זאת ניתן לעשות ע"י אכיפת הדין; או התעלמות מהפרתו**.

אפשר לפתח גישה של "איפה שזה הוגש שם זה ינוהל", ביהמ"ש העליון נוהג כך לרוב. אפשר מנגד להזיז את זה כל פעם למקום אחר ואז לא יעשו את זה יותר.

**הדין (עקרונות)**

* **סמכות שיפוט – רק בין מחוזות**.
* - **בתי משפט שלום** בתוך המחוז: התובע מציין **העדפה** (**תק 10(14)**), **הנשיא יכול להעביר** (**ס' 49**)
* דיני הסמכות המקומית: **תק' 7-8**: **היכן להגיש תובענה**.
* הסמכות נרכשת **ברגע ההגשה** כדין.
* שוב: **רגעיות ופיזיות**.
* בהינתן כמה **חלופות – התובעת בוחרת**.
* **טענת חוסר סמכות יש לעורר בהזדמנות הראשונה** (**תקנה 29**). אם לא עושים את זה בהתחלה לא ניתן
* סמכות **נשיא ביהמ"ש העליון להעביר בין מחוזות** (**ס' 78**).

**הדין (פירוט)**

הליכה אחר הנתבע: **תק' 7(א)** רישא.

* **תק 7(ב)**: פרסום/סחר באינטרנט: מקום התובע או הנתבע
* אך אם התובע הוא עסק: הליכה אחר הנתבע

מקום המקרקעין: **תק' 7(א) מציעתא**.

תניית שיפוט: **תק' 7(א) סיפא** (למעט ת"א, ח"א)

סמכות שיורית – ירושלים: **תק' 8**, אם אין לנתבע מקום באף אחד מישראל, תמיד ניתן להגיש בירושלים.

**הדין מנסה להגיע לפשטות למעשה**. אם התקנות החדשות לא יעבדו נצטרך לחזור לתקנות הישנות והמסובכות. שבוע הבא נעסוק בסמכות שיפוט עניינית – מבקש להסתכל בחקיקה ובפסיקה.

13.05.19

**שיעור 14 – סמכות שיפוט עניינית**

ארצה לבדוק איזה בית משפט מתאים למקרה שלי. נבדוק את המקרים ואז נכנס לדין (בניגוד לסמכויות טריטוריאליות). הנושא שלנו – הבחנה בין סוגים של בתי משפט.

בישראל יש שדרה מרכזית של ערכאות אזרחיות – **שלום, מחוזי ועליון**. שלוש המחוזות הללו מקיימות 2 צירים של יחסים: **הציר האחד הוא ציר הערעור** (נשים את זה בצד, לא עוסקים במערכת היחסים של ביקורת)

**הציר שני** – **ציר סמכות העניינים**. שלושת ערכאות אלו הם גם ערכאות ראשונות בחלק מהמקרים. חלק מהמקרים יתחילו במחוזי וכו'...

**עליון** – בגץ וערעורים. **מחוזי** – אזרחי, מנהלי וכלכלי. **שלום** – אזרחי, תביעות קטנות, משפחה.

אנו עוסקים כאן בארגון כוחה הכופה של המדינה (מה אומרת הרשות) – **הדין קובע את הסמכות** (לא הצדדים). יש כמה משמעויות די נחרצות לתובנה זו (שהדין קובע את הסמכויות ולא הצדדים):

1. **לא ניתן להסכים או להתנות על סמכות עניינית** – גם אם אנחנו מסכימים שתביעתנו תידון בביהמ"ש המחוזי, אם הדין אומר שזה מתאים לביהמ"ש השלום המחוזי עדיין לא יהיה מוסמך. אנו לא יכולים לבחור איפה לקיים את הדיון מלכתחילה.
2. **ביהמ"ש יכול לעורר את שאלת הסמכות מסמכותו** (Sua Sponte) – כאן, גם אם אני מסכים או לא מועלת הטענה, מצופה למעשה מביהמ"ש שיעסוק בשאלת הסמכות.
3. **ניתן לעורר את שאלת הסמכות בכל שלב בהליך**, גם אחרי שההליך כבר החל להתנהל. **ס' 29 – אחריות על הנתבעת**. לכאורה לפי התקנה הזו האנשים יכולים להחליט לא לעורר את הטענה, וכשביהמ"ש לא עורר את הטענה הסמכות העניינית מותנת לערכאה. חשבו בעיקר על בית הדין לעבודה, אבל מבחינת היחסים לבתי הדין הדתיים תקנה זו מעלה תהייה. גם מבחינה חוקתית – זה מעלה תהיות. מדובר בתקנה שסוטה מהסדר הסמכויות שאינו מוגבל בזמן. **עם זאת**, תקנה 29 מכוונת לבעלי הדין ולא ביהמ"ש, ולכן ביהמ"ש אכן יצטרך להעלות נקודה זו – זה המוצא החוקתי לבעיה שהועלתה.
4. **ניתן לעורר את שאלת הסמכות בתקיפה עקיפה**.
5. **בפועל: שחיקה בעוצמת הסמכות העניינית, בעיקר בין שלום ומחוזי**.
* תום לב, בטלות יחסית, יעילות הדיון, תקנות חדשות.

**תכליות סמכות השיפוט העניינית**:

**למה יש לנו בכלל סמכות שיפוט עניינית?** זה לא דבר ייחודי לישראל. כל מערכת משפט מחולקת.

1. **הצדקה ראשונה – מומחיות** – בעיקר ביחס בין הערכאות הכלליות למתמחות. זה אמור להוביל למומחיות והוזלת עלויות. במקרה של המערכת הכלכלית זה אפשר לכלול שופטים מומחים בכלכלה. זה לא עונה על הקיום של בית משפט מחוזי ושלום (מעבר לעניין הערעור).
* עלויות של התמחות יתר? יתרונות ל-Generalist. יש כמובן גם חששות לשעמום, שכחה של עקרונות כללים של הדין, היתפסות בידי קבוצות אינטרס.
1. **הצדקה שניה – כשירות – הפחתת ה-Error Cost המערכתי**. עלות הטעות של ההליך הזה נמוכה יותר ולכן אנו מוכנים שערכאה פחות כשירה תדון בהם. יהיה נכון למקם את התיקים בהם העלות החברתית של טעות גבוה יותר גבוה יותר, וטעות חברתית נמוכה יותר בשלום.
* סכום? מורכבות? חשיבות?
* האם שופטי המחוזי כשירים יותר משפוטים שלום?
* תנאי סף (עליון – 19 ש', מחוזי – 7 ש', שלום – 5 ש').
* Selection effects – **המסננת** – ברגע שיש לנו קבוצה יותר קטנה אנו יכולים להפעיל מסננת ואז אולי להפעיל שופטים כשירים יותר לביהמ"ש המחוזי.

מדובר למעשה ב2 רעיונות שיכולים להצדיק את סמכות השיפוט העניינית.

**כיצד בעל הדין יודע היכן הוא אמור לנהל את תביעתו?**

* **חקיקה מסמיכה נקודתית** – יש הרבה מאוד כאלה. יש כל מני נוסחים שבאמצעותם העניין מנוסח (כמו סמכות בית המשפט לענייני משפחה, חוק שיפוט בתי דין רבניים...)
* בדר"כ: **מבחן עילה או נושא**.

אם העניין שלי לא מצא תשובה בהוראות של החקיקה הישראלית, אנו עוברים **ל\**

* **חקיקה מסמיכה כללית** – **האם העניין שלי מתאים לשלום או מחוזי?**
1. **שלב ראשון: הדברים שיגיעו לבימ"ש השלום**:
* **תביעות כספיות ("סכום התביעה") עד 2.5 מיליון ₪** - **ס' 51(א)(2) לחוק בתי המשפט** – תביעות בהם אני דורש מביהמ"ש שישלם לי כסף. מעל לכך, השלום לא מוסמך לדון בעניין.
* **תביעות שווי ("שווי הנושא") עד 2.5 מיליון ₪** - ס' 51(א)(2) – מתן משהו שאפשר לשום אותו. תביעות שניתן לזהות את שווים בעת הגשת התביעה – נכסים (חלק יודעים וחלק לא), ניירות ערך זה קל יחסית – אפשר ללכת לבורסה. מכוניות – אפשר להסתכל על השווי במחירון, חבויות מס... (בתביעות בהן יהיה קשה לתמחר, יכול להיות שפשוט יוגש למחוזי למרות שהסכום בפועל יהיה נמוך יותר)
* [**ה]חזקה או שימוש במקרקעין, כולל חלוקה** – **ס' 51(א)(3)**. (יהיה השווי אשר יהיה – גם אם זה יהיה 10 מיליון ₪). **לא כולל חכירה לדורות** "ותביעות אחרות הנוגעות למקרקעין".
* **תביעה שכנגד באותו נושא או אותן נסיבות** – כאשר הנתבע החליט להגיש תביעה כנגד התובע. (**ס' 51(א)(4)**). אם יש אפשרות לרכז כמה סכסוכים בהליך אחד המערכת תעדיף זאת. (**תק' 21**).

יהיה השווי אשר יהיה. ביהמ"ש יעדיף למעשה לעסוק במקר זה גם אם הסכום עולה על 2.5 מיליון ₪ לטובת ריכוז תביעות.

1. **שלב שני: הדברים שיגיעו לבימ"ש המחוזי**:
* **סמכות שיוריות**: "כל עניין אזרחי או פלילי שאיננו בסמכותו של בית משפט השלום" – **ס' 40(1) רישא**. כלומר:
1. סכום תביעה **מעל 2.5 מיליון ₪**.
2. תביעות **שלא ניתן לשום את שוויין** (כמו קניין רוחני לדוגמא – אין את מנגנון התמחור).
3. **מקרקעין למעט החזרה ושימוש** (בעלות, חכירה לדורות).
* [**כל**] **תביעה שכנגד** – **ס' 40(1) מציעתא**. אם מדובר בשני צדדים – אפשר להביא כל מה שרוצים. גם אם זה לא בסמכותו.

**למעשה – צריך לדעת את ס' 51** (שלום) כי הוא ישיב לנו על מה שייך לשלום ומה שייך למחוזי.

יש לנו שנים רבות של פסיקה שמפרשת את **ס' 51 (ישנות)**. סעיף זה לא תוקן אף פעם.

**סיבוכים בסמכות העניינית**

קשיים מרכזיים שהפסיקה נתקלת בהם וסוג הפתרונות שניתנו לאורך הדרך. **2 מקורות לסיבוך:**

1. **נורמטיבי: שימוש בכללים (ולא בעקרונות) לקביעת גדרי הסמכות.** היה ניתן לנסח את הסמכות באופן עקרוני (ביהמ"ש עוסק במקרים השפוטים). **היתרונות** לשימוש בעקרונות: אם רוצים להיות נאמנים לתכלית יהיה יותר מדויק לנסח את גדר הסמכות באמצעות עקרונות. Error Cost - בעבר ענייני משפחה טופלו במחוזי, אבל כיום תיקי משפחה מטופלים בשלום. ההחלטה הזאת מברר נכונות לקבל error cost גבוה יותר. לא רק עניין של פשטות/מורכבות. **החיסרון** לשימוש בעקרונות הייתה **התווכחות על כל תיק**. למעשה בעת שימוש בכללים צומצמה עלות ההבחנה בסמכות (הדין אומר גם שהבחנות הסמכות אינן חשובות מאוד – יותר חשוב שלא נשקיע הרבה בבירור איזה דין מוסמך).
* **הטעם**: חסכון בעלויות הבירור.
* **הבעיה**: תפיסת יתר, תפיסת חסר, מניפולציות ומחלוקות במקרי קצה.
1. **מוסדי: הרחבה נמשכת בתחום הסמכויות של השלום ובכשירות שופטיו**. יש הרחבה בתחום הסמכות של העלות (2.5 מיליון ₪ לא היה בהתחלה) וגם הרחבה בתחום הסמכות – יש לנו מבחר גדול של שופטים שניתן לבחור מהם, אפילו בערכאת השלום.
* **הטעם:** עמוס, הגדלת מתאר המועמדים לשפיטה.
* **הבעיה:** ספק גובר לגבי פער הכשירויות מול המחוזי.

**התוצאה: שחיקה נמשכת בעוצמת ההבחנה בין השלום ומחוזי** (לא קריטי לי איפה נפל) ששלובה בהעצמת השלום. (**דו"ח ועדת אור (1997)** – שהשלום יהיה הערכאה הכללית בישראל והמחוזי יהיה בית משפט לכל הערעורים. ההמלצה העיקרית לא אומצה אבל הוא עדיין נמצא בתודעה. המסר שקיבל ביטוי והעמדה שעמדה ברפורמה – בית המשפט כיום מספיק כשיר לעסוק בכל התיקים האזרחיים כולם, ולכן במצבי קצה הוא יכול להיות בשלום)

**4 שאלות דומיננטיות שמערכת המשפט מתלבטת ביניהם כנגזר מעניין הסמכות:**

1. המבחן – איך קובעים מה "שווי הנושא", מה "סכום התביעה", או מהי התביעה "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. **סמכות עניינית – המבחן**
* **ביהמ"ש העליון: הסמכות תיקבע לפי הסעד המבוקש בעת הגשת התובענה** – אני נותן לתובעת לקבוע איפה היא רוצה לקיים את התביעה בהתאם לסעד המבוקש. מה שנכתב בכתב התביעה זה מה שקובע את הגבול. (**השופט א' גרוניס**).
* **תק' 10(9)**: כתב תביעה יכיל את "רשימת כל הסעדים המבוקשים ושווי נושא התובענה" – סכומים את הסעדים
* **ע"א 27/77 טובי נ' רפאלי (1977)**; אושר לאחרונה **בר-עוז נ' סטר (2013)**
* **שחיקה מובנית בתוקף הסמכות העניינית**: לא בוחנים מהות.
* **הזמנה למניפולציה** (פורום שופינג) מצד התובעת במקרי הקצה.
* מה אם **הסעד המבוקש אינו משקף** את "שווי הנושא"?
* **רע"א רשו המיסים נ' Three D (2017)** – נדרש בכל זאת עיון מהותי בכתב התביעה.

אם פעלתי באופן מסוים שמשיא הוצאות מיותרות על הצד שכנגד (כמו לגרור את הצד השני לביהמ"ש המחוזי – לכתוב סכום מעל 2.5 מיליון), אם ביהמ"ש המחוזי התרשם כי תבעתי 3 מיליון כדי לשים במחוזי לאחר שהוכחתי בפניו לפי המבחן, אז זה יתבטא בסעד שיתנו (שימוש לרעה).

1. **סמכות עניינית - הזמן**
* **מה אם תנאי הסמכות משתנים אחרי תחילת ההליך**?
* **לדוגמא**: תיקון סכום התביעה – הסתבר לי שהנזק הוא 3 מיליון ולא 2.5 מיליון. מה קורה במצב הזה? מה קורה שיש שינוי בסף הסמכות?

(תזכורת: סמכות בינ"ל מקומית – לא משנה)

* **לפי ביהמ"ש העליון**:
* **שלום למחוזי -> מעבירים מהשלום למחוזי** (**רע"א 2992/98 ספקטור נ' מגדל (1998**)
* **מחוזי לשלום -> משאירים במחוזי**. הוא כשיר יותר (אבל האם הוא מומחה?) (**רע"א 60/03 רובין נ' אפלבוים**)

מחוזי מוסמך לפסוק סכומים של השלום. מחוזי מוסמך לדון בערעור על השלום.

* **ההתלבטות**: לחסוך העברות, או להעצים את השלום?

ביום חמישי נסיים סמכות עניינית ונתחיל במעשה בית דין. יהיה לקרוא לבית דין ליום שני.

16.05.19

**שיעור 15**

אנו ממשיכים היום את הנושא של סמכות שיפוט עניינית שעסקנו בו ביום שני.

הדגמנו את עניין הסמכות העניינית באמצעות המבחן. ביהמ"ש אמר שהוא יבחר כלל שיעצים את התובעים והתובעות, אבל זה לא אומר שהם חופשיים להיות אסטרטגים ב100% כי יש כלים אקס-פוסט שמאפשרים להתמודד עם תופעות אלו. עסקנו במה קורה אם יש שינוי אחרי שכבר בחרו סמכות, והבנו את זה בגלל התפיסה של ההיררכיה בין 2 הערכאות האלו.

1. **סמכות עניינית: ריבוי סעדים**

בעיה נוספת שאנו רואים שמתעוררת באופן תדיר עד היום היא שיש לנו הרבה תיקים אזרחיים בהם מבוקש יותר מסעד אחד, אחד מתאים למחוזי ואחד לשלום, זה יכול להיות על אותה עילה. יכול להיות שתיק אחד ימצא שני סעדים מבוקשים כשאחד מתאים לשלום ואחד למחוזי.

**דוגמא** לכך יכולה להיות תביעה למיליון ואני עדיין רוצה צו עשה שלא ניתן לשוות את המעשה הזה. יכולים להיות מקרים של צו ביצוע חוזה, הפרות של קניין רוחני. אם אני רוצה צו מניעה אני חייב לפנות למחוזי, אבל הפיצוי אפשר לפנות לשלום – זה שני סעדים שונים. קיים גם את לשון הרע, ומקרקעין – נניח שיש לי תביעת החזקה ושימוש במקרקעין והתביעה מעל 2.5 מיליון (הראשון שייך לשלום והשני למחוזי). **מצב הפוך** – לא מדובר בהחזקה ושימוש אלא בעלות ופיצוי של מיליון ₪ בלבד. (הראשון שייך למחוזי והשני לשלום).

ביהמ"ש אומר לא לקחת את התיק כולו ולבצע הערכה גלובלית לכמה הוא מסובך, פשוט תקרא מה כתוב בכתב התביעה ותכריע. הדוקטרינה הורתה לא לעשות את הבירור המהותי.

**לפי ביהמ"ש העליון יש לפצל את התביעה** – **לוי נ' עקריש (1958)** ואושר לאחרונה **בבר-עוז נ' סטר (2013)**. בתי המשפט לא אוהבים את זה כי זה יכול ליצור בעיות.

**בסגל נ' ורמוז** – אומרים שלצערנו אנחנו עדיין תקועים ומבקשים לתקן את **ס' 51 (ישנות)**, אבל המחוקק לא נענה לקריאות הללו ולכן אנו עדיין נמצאים במצב הזה.

חריג אחד זה **ס' 40 לחוק בתי המשפט**, המחוקק קבע **חריג אחד להלכת הפיצול** – **חריג בתיקי הקניין הרוחני (ס' 40(4))** – גם המחוקק חושב שצריך לפצל למעט המקרה הזה (הסדר שלילי), כי הוא אומר שמצבים של קניין רוחני שיש בהם תביעה של צו עשה שם התובעים יוכלו לכלול תביעה בסכום נמוך יותר ולא לפצל. למה עשו כך? יש פסק דין של **השופט אור** **ברע"א 7589/98 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות נ' שוורץ (1999)**. זה לא שאם יש תביעות קניין רוחני חייבים להגיש למחוזי! זה רק אם יש שני סעדים ואחד צו מניעה ואני רוצה פיצוי נמוך אני רשאי לתבוע את שניהם במחוזי. במבחן שנכתוב חלק ממנו יהיה עצה ללקוח – ולפעמים יהיה שווה להגיש את התביעה בשלום ולוותר על צו המניעה. לפעמים יהיה יתרון לפצל את התביעה למרות שהחוק מתיר לי להגיש אותה במלואה במחוזי!

העובדה שמשרד המשפטים לא מחוקק תיקון נגד זה היא מעניינת, יש תיאוריה של "תלות במסלול" – מסתכלים על מערכים מוסדיים שמה שמאפיין אותם זה "דביקות", ככל שמוסד משתרש יותר ככה יותר קשה לשנות ולסטות ממנו. יש קושי באיזון של רפורמות כי כל המערכת כבר הסתדרה לפי המבנה הקודם. לדוגמא – היחסים בין שופטי השלום והמחוזי, עורכי הדין... כל זה נאמר בעידן של רפורמות ותקנות, אבל עלויות המעבר הן גבוהות ויש היסטריה של רצון לדחות את המעבר – החשש והתהיה כמה דברים ישתנו מבטאים את טענות אלו.

**פתרון חלקי לבעיית הפיצול: הלכת הסעד הטפל** – ביהמ"ש פיתח דוקטרינות מגמישות שבמצבי קשה ימנעו מאתנו לפצל. הלכה זו נוסחה בשנות ה-50 **בע"א 125/58 קלקודה נ' אגד (1959)** והוזכרה גם ב**מרוז**.

אם סעד 1 טפל לסעד 1 – כלומר מתבקש ממנו באופן הכרחי, אינו מצריך בירור נוסף – **ביהמ"ש מוסמך גם ביחס לסעד 2.**

התפלות היא **תפלות לוגית** – אם יש לי שני סעדים שאני תובע, ואחד מהם ברור שהיה **נגזרת של הסעד הראשון**, אז ביהמ"ש מוסמך גם לגביו

**דוגמאות:**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| סעד 1 | סעד 2 | סעד 2 טפל? |
| צו מניעה (נזיקין, פרטיות, לשון הרע) (**מחוזי**) | פיצויים מתחת ל2.5 מיליון (**שלום**) |  חייבים לפצל (אלא אם זה קניין רוחני) |
| אכיפת מכר מקרקעין (**מחוזי**) | פיצויים מתחת ל2.5 מיליון (**שלום**) |  חייבים לפצל |
| אכיפת מכר מקרקעין (**מחוזי**) | סילוק יד (העברת החזקה בנכס) (**שלום**) |  מחוזי! |
| אכיפת חוזה שכירות ארוך טווח (**שלום**) | רישום השכירות (**מחוזי**) |  שלום! |
| צו מניעה נגד המשך בנייה | צו הריסה נגד מה שנבנה | **?** |

**בנוגע לדוגמא השנייה** – ברור שסעד התשלום הוא ראש אחר שצריך הוכחה אחרת, אין טפלות וצריך ללכת לסעד אחד.

**בנוגע לדוגמא השלישית** – אם אזכה בסעד הראשון האם ברור שאזכה בסעד השני? כאן ביהמ"ש אומר בעיקרון כן – אם נקבע שאני בעלים וזכאי להעברת הבעלות אלי, נגיד לתפיסה הקלאסית של הבעלות כמו להדיר אדם מהנכס. אז לכאורה לא תהיה לו טענה נגד בקשתי ממנו להסתלק. המחוזי יהיה רשאי לתת גם סעד של החזקה במקרקעין למרות שהדין לא מתיר לו כי אין צורך לעשות בירור.

**דוגמא רביעית** – אכיפת חוזה שכירות ארוך טווח נידון בשלום. בנוגע לרישום, בוא נגיד שהבעלים העביר את הנכס אבל לא ביצע את רישום השכירות, אני רוצה לתבוע אותו על זה – לוודא שיעשה פעולה זו. למעשה אני דורש **צו עשה** – ללכת לרשם ולפעול. שההוצאה בפועל תאיים עליה! מדובר על סעד שלא ניתן לשום את שוויו והוא צריך להיתבע במחוזי במנותק מהזכות. שוב יש לכאורה פיצול. הטפלות יכולה לעבוד למעשה גם על השלום מהמחוזי!

בהחלטה בעניין **ברוז** **הנשיא גרוניס** אומר שלימדנו את התובעות לעשות מניפולציות, וזה יצר משחקים. אנו לא מנחים את בעלי הדין לגבי עמדה מערכתית איפה ראוי לנהל ליטיגציות ולכן המניפולציות אכן אפשרית. איחוד הפיצול כן עוזר בבעיה קטנה אבל לא פותר את כל הבעיה של בחירת הסמכות העיונית.

**בדוגמא החמישית** זה יהי מורכב. האם סעד טפל זה רק לגבי מקרקעין?

**ע"א 3347/16 פלונית נ' פוני (הנדל 2018)**: טפלות מהותית?

* וענה דומיננטית.
* אונס לעומת הטרדה מינית.
* הכרעה לפי מומחיות?
* לא שום/מחוזי – זה בית הדין לעבודה.

הנדל כן מיישם את הלכת הסעד הכללי בפס"ד זה. מדובר במקרה צורם במיוחד – **תביעה בגין אונס ותביעה בגין הטרדה מינית**. אונס יותר חמור ולכן נמקם את זה בבית המשפט בעניין האונס. אנו רואים שמבחינת המסר מדובר בגישה יותר מהותית – **טפלות יכולה להיות ממש עניינית**. ננסה לזהות מהו לב הסכסוך ולרכז את הליטיגציה שם. ניכר שהנדל עושה זאת בתיק הזה כדי לעזור לתובעת – היא הייתה צריכה **להעיד פעמיים** אם הוא לא היה מונע את הפיצול. ניכר שזה מה שמפריע להנדל והוא עושה הכל כדי לרכז את התביעות. הוא מפתח דוקטרינה שסוטה מהטפלות הלוגית – הוא עוזר לתובעת אבל לא בטוח שעוזר לדין

**סמכות עניינית: סיווג (במקרקעין)** (בכל בחינות הלשכה שואלים על החזקה ושימוש).

* **מה זה החזקה ושימוש?** ביהמ"ש העליון עושה מעגלים פרשניים עם עניין זה.
* **ע"א 35/56 מילוא נ' סיני (1956)**: תביעות מטרד ליחיד – לשלום! הדין אומר שבעילות של מטרד ליחיד ולא משנה הסעד זה ילך לשלום.
* **מבחן עילה ס' 44(א) לפק' הנזיקין** – הפרעה של ממש לשימוש סביר במקרקעין.

הנתבע מפריע לתובע להשתמש במקרקעין, אבל **ס' 40 בחוק בתי המשפט** מדבר על מקרקעין של מישהו בדירה שכנה – השימוש של **44** זה השימוש של **התובע** והשימוש של **40** זה השימוש של **הנתבע**. אין חפיפה אבל זו התחושה של תביעות שכנים מתאימות לשלום גם אם מה שאני מבקש זה צו מניעה "תפסיק להפריע לי".

ההלכה הזו אתנו עד היום, גם צווי מניעה.

* ~~ע"א 37/59 שמש נ' מפעל המים כפ"ס: תביעת הריסה – למחוזי~~! **תביעות לצו הריסה למעשה הולכות למחוזי**.
* תביעות לסעד שאין בו "שמירה על גוף הנכס".
* שנים של מבוכה, ביקורות ותרגילי התחמקות – התלוננו שעלויות המערכת גבוהות ועל תיקים של פרגולות שצריך להרוס משלמים הון עתק הוצאות משפט.
* מהי משמעות "**החזקה ושימוש**"?

**ת"א (חי) קעדאן נ' לאחם 2003** – **השופט עמית** מבטל את **הלכת שמש** ומגישים תביעות כאלו לשלום. הלכת שמש התבטלה באותו תיק אבל לקח לעליון זמן להחליט כך בעצמו.

* בסוף **בבר-עוז (2013)** קבעו באופן סופי **ביטלו את הלכת שמש** – תביעה להריסה במקרקעין – לשלום.
* למה ביהמ"ש מסכים עם גישה זו? פשטות? הפירמידה התהפכה? מדיניות של הרחבת סמכויות השלום (סולברג)

**מישל פוקו** אמר שמעניין לראות מקרים בהם החלש הופך לחזק, איך יכולה להתרחש מהפיכה – בואו נאתר את הרגעים הללו. מטאפורה קלאסית – התינוק בעריסה. תסתכלו על המבוגרים ולא התינוק – יש מגנט שלוכד את כולם. יש עוצמה/כוח שפועלת למרות שהוא חסר ישע. גם כאן יש פעולות שבסופו של דבר גרמו לביהמ"ש לשתף פעולה בניגוד לרציונל שהוא עומד עליו – ההיררכיה השיפוטית ועקרונות התקדים המחייב.

**סמכות עניינית: הגמשות נוספות**

* **סמכות נגררת: מכונה גם לפעמים "סמכות אגבית", עולה גם בדיני משפחה** (**ס' 76 לחוק בתי המשפט**) הכרעה רק לצורך אותו עניין – מותר לעשות כדי להגיע להכרעה בשאלה בסמכותו. זה לא מקים מעשה בית דין – לא מחייב אף אחד.
* **לדוגמא** – שאלה מהו המעמד/סטטוס של האנשים, הוא יצטרך להפעיל את הדין המהותי הדתי אבל הוא יוכל לעשות זאת בבית שמפט אזרחי.
* **גם במקרים מחוץ למשפחה כמו תביעת שייכות** – אני תובע אדם לסילוק יד, והנתבעת אומרת שהאדם אינו הבעלים. הסעד המבוקש הוא החזקה אבל בית משפט השלום יצטרך לגבש החלטה האם מדובר בבעלים או לא – זה סמכות נגררת שתאפשר לשלום לעשות משהו שלא בסמכותו המקורית
* **תוצאה של חוסר סמכות: דיני התוצאות, מה קורה אם ביהמ"ש מוצא שאיננו מוסמך?** נאמר שהוגשה תביעה, ומוגשת בקשה לעצור את הבירור כי אין סמכות. מה ביהמ"ש עושה?
* לפי **תק' 42** בית המשפט רשאי לדחות תביעה בכל עת בשל קיומו של מעשה בית דין, התיישנות או מכל נימוק אחר – זה רק **רשאי ולא חייב**.
* לפי **ס' 79(א) לחוק בתי המשפט** ביהמ"ש רשאי להעביר לערכאה מוסמכת. אין למעשה הנחיה – אלא רק הרשאה להעביר והרשאה לסלק על הסף. נצטרך לקבל מדיניות כדי להבין מה עדיף.

**היתרון בהעברה** – ההליך יימשך במקום הנכון (תיקון הטעות). **החיסרון** – יכול להיות שאנו רוצים לעודד אנשים להגיש במקום הנכון, ואחת הדרכים לעשות את זה, זה לסלק את זה על הסף (ואז בחלק מהמקרים לא יהיה ניתן להגיש שוב). זה היבט מדיניות שיצטרך להיפטר בתקנות.

* **ס' 79(ב)** – ביהמ"ש שאליו העבירו את התיק "**לא יעבירנו עוד**" – מה המשמעות?
* **העברה מסמיכה** לפי **שור נ' בן יקר** – טעמים פרגמטיים, אין כוח להעברות, אם זה נעבר פעם אחת זה מספיק (לא צריך לטרטר יותר)
* **תום לב, מניעות, בטלות יחסית: כל אותו עולם עמום של שיקול דעת שיפוטית**. גם אם הדין מחייב אותי לעשות משהו, אם יש טעם חיצוני של צדק או יעילות מערכתית לא נהיה מחויבים.

**תחום הבטלות היחסית** – כל עניינו לפתור בעיות למדינה. מה שהמדינה עשתה בטל אבל לא אבטל זאת כי זה מאוחר מידי/מסתמכים על זה/אפשר לתקן את זה... נאפשר לפסק הדין להתקיים למרות שלא ניתן על ידי הערכאה המתאימה.

* הסדרה של התנהגות הצדדים בהעלאת טענות על חוסר סמכות
* **ת' 29**: יש להעלות בהזדמנות הראשונה.
* **המסר: מסוכן להעלות טענות חוסר סמכות עניינית מאוחר**.
* סיכומים? ערעור? תקיפה עקיפה? תוצאות העלאה מאוחרת? (דחייה/הוצאות)

**סמכות עניינית: סיכום**

* **הבחנות הסמכות שרירות** – הן קורות.
* **בה בעת: חשיבותן בעיקר להכוונת התנהגות בעלי הדין בתחילת ההליך** (מה לתבוע והיכן, האם לעורר טענות נגד).
* המדינה מצדה (ביהמ"ש העליון): **פקפוק גובר בתוקף הענייני של הסמכות העניינית**, תפיסה בעיקר כמנגנון לניתוב תיקים.
* **שחיקה במאפיינים המקוריים של הסמכות העניינית בציר שלום-מחוזי**, עליה של התמחות שיפוטית וצמצום סמכות ה-Generalist.
* ביקורת? **אפשר לבקר את עמדת ביהמ"ש**. **לדוגמא**- ביקורת נגד שיקול דעת רחב ובעד פורמליזם, וביקורת אחרת יכולה להיות האם זה לא קריטי כלכך אם אני בשלום או במחוזי? העלויות נמוכות יותר והמיקום יותר נוח, אבל מה לגבי השופטים וההשפעה של כך.

שבוע הבא – הנושא הוא מעשה בית דין, יש את הנושא בסילבוס – קראו אותו.

20.05.19

**שיעור 16 – הגישה לבית המשפט: 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 במשפט עמוס שכולל רכיבים רבים, ואנו נפרק את משמעות זו.

* כדאי להכיר את הביטוי הלטיני – **Res Judicata, Estoppel – הדבר כבר שפוט**. סטופל – מעצור. אתה חסום ומנוע מלעורר טענה.

**היכן אנו נמצאים מבחינת ההליך?** במונחי מעשה בית דין אנו צריכים לחשוב איפה אנו נמצאים. תמיד יש משפט 1 ומשפט 2, והרגעים המכוננים של הדוקטרינה היא איזשהו יחס בין הסיום הפורמלי לפסק הדין הראשון לבין היכולת להגיש תביעה חדשה בתיק 2 – מעשה בית דין אומר שיכול להיות שתהיה השפעה של תיק 1 על תיק 2. **מעשה בין דין מופיע בT2** – אז אומר לו **לעצור**, אוכל למנוע **ולחסום את T2 מלהתקדם כתביעה** אם מה שקרה כאן יכול לעורר הצדקה לכך ולעורר את התנאים שכתובים בהגדרה. ברגע שאני יודע שעשוי לקום מחסום דיוני בT2 זה עשוי וצריך **להשפיע על T1** ועל האופן שבו אני מנהל את פסק הדין. במונחים רבים, צריך לקחת בחשבון שלא יהיה משפט שני.

**חסם דיוני:**

* **לא מפקיע את הזכות המהותית** - התיישנות מונעת מהצד לתבוע את מפר הזכות, זה יכול לאפשר תביעה במדינה אחרת כי הזכות עדיין שרירה, וגם כאן אנו חושבים על מעשה בית דין.
* **טענה בהזדמנות הראשונה** – אם לא עוררתי אותה בהזדמנות הראשונה הדין יסתכל עלי כמי שוויתר.

**עקרון פסיקתי – שיקול דעת**

* **אין הסדר חקוק**.
* **יש התייחסויות מפורשות/משתמעות**: **תק' 41(ב), 43, תק' 25, 8.** יש לנו תקנות שמתייחסות במפורש למעשה בית דין, **סילוק על הסף**. במהותו התוכן שלו לקוח מהפסיקה של בית משפט העליון (מופיע בפסקי הדין, זה כמעט כמו חוק שהשופטים והשופטות חוזרים עליו כל פעם).

**הצדקות למעשה בית דין**

יש לנו תפיסות די מורכבות שמצדיקות סופיות בדין. הפסיקה העדכנית חושבת גם על **אינטרס מערכתי מובהק** – ההליך האזרחי כשירות שמדינת הרווחה מספקת לאזרחים, משאבים מוגבלים, צריך לשים סוף (המשפט הישראלי – סוף הוא רק פעם אחת. ערעור לא קשור לזה).

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].

**קיימים 2 סוגים של מעשי בית דין**

הדוקטרינה מתפצלת ל2 ענפים – שניהם ממשים את עקרון הסופיות:

**השתק עילה: לא ניתן לתבוע שנית** בגין עילה שנתבעה ונסתיימה בפסק הדין. **תמיד טענת הגנה**. – כאשר תבעתי בגין משהו שהוגדר כעילה לא אוכל לתבוע אותו דבר (ניהול פרשה על אותו דבר).

**השתק פלוגתא: לא ניתן לעורר בשנית** מחלוקת עובדתית שהוכרעה בהליך קודם. מגיע משני הצדדים. – מדמיין מצב בו יש ליטיגציה חוזרת בין 2 הצדדים אבל יש עניין של מחלוקת מסוימת שלא ניתן לברר. מדובר בדוקטרינות שונות שלא תמיד חלות בכל סיטואציה. אין מבחן בו לא מקבלים תשובות שבהם עושים בלבול/ערבוב בין מושגים אלו.

**מעשה בית דין הוא טענת סף בפתח ההליך השני** - רוב המחלוקות העובדתיות של הליטיגציה מתבררות בשלב ניסוח כתבי הטענות, ולכן גם השתק פלוגתא מתעורר כאן. (לא מדובר בתקדים – מדובר בבירור של עילה או במחלוקת עובדתית בין 2 צדדים)

**התנאים המשותפים של מעשה בית דין**:

1. **בית משפט מוסמך – בעיקר סמכות עניינית**. בית המשפט שנתן פסק דין בתיק 1 יהיה בית המשפט המוסמך לתת פסק דין בתיק זה. דרישה זו בעיקרו של דבר כנראה מכוונת **לסמכות עניינית**. אבל כבר התנהל כל ההליך ואם האדם לא העלה טענה לחוסר סמכות הוא קיבל על עצמו כן, ולן אנו מניחים שהסמכות הוקנתה. יש עניין של תום לב עם העלאת הטענה, ויכול להיות שהתיק יפתח.
2. **פסק דין סופי – פסק דין שהערכאה שנתנה אותו לא יכולה לשנותו**, להבדיל מ: פסק דין חלוט; החלטת ביניים. המשפט הישראלי מתייחס לסופי כספק דין שהערכאה שנתנה אותו לא יכולה לשנותו יותר. אם פסק דין שנמצא בביקורת בבית משפט של ערעור, פסק הדין הוא סופי. או שבית המשפט המחוזי ידחה את הערעור או שהוא יהפוך את ההחלטה, יקבל את הערעור ויקבל תוצאה אחרת – יש פסק דין חדש. לכן הערעור לא משחק תפקיד – הסופיות נוצרת ברגע שיש פסק דין. פסק דין חלוט – העמדה האחרונה של מערכת המשפט לגבי העניין. החלטת ביניים – יש הרבה החלטות כאלו במהלך התיק. בשני המקרים הראשונים אנו מסתכלים על משפט 1.
3. **זהות הצדדים – (אנחנו אותם צדדים) הבסיס: עקרון ההדדיות** – הגינות/יושר (א' תוכל לחייב את ב' בתוצאות הליך מוקדם רק אם א' הייתה מחויבת בהן אילו פעלו נגדה). אם משקיעים משאבים שיפוטיים פעם אחד וזהו לכאורה לא צריך לשנות אילו אנשים משקיעים במשפט 2, עוסקים בראש ובראשונה במערכת היחסים בין צדדים – הדדיות בהפעלה של המחסום הדיוני. **הדין אומר שהוא מוכן להכיר בחסם של מעשה בית דין רק אם הוא עובד כלפי שני הצדדים**. רק אם אנו יודעים שבמקרה הפוך שהוא היה הצד והיה רוצה לחדש – הוא זה שהיה חסום. מדובר בתפיסה של **הגינות בין צדדים ולא הוגנות** – כדי לוודא את זה נצטרך לדרוש ששני הצדדים יופיעו ב2 התיקים. הדרישה עדיין אתנו (לא ממומשת באופן מלא). הדגש הוא על רגולציה של היחס בין הצדדים.

**מדובר בהרחבה 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).

- זהות אינטרסים, הדדיות, אין שינוי נסיבות

**לדוגמא**, 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.

- דוגמא נוספת: מבטחת בתביעת שיבוב.

- פתח להגמשות נוספות – בהמשך...

**השתק עילה**

1. **זהות העילה** – לא ניתן לתבוע בשנית בגין אותה עילה (העילה "מתמצה" ומתפוגגת בסוף המשפט הראשון). יכולה להוות טענת הגנה לנתבע. אם הדברים קרו לא ניתן לתבוע בגינה שוב.

**-** חריג: "**השתק הגנה**" (**ע"א 4576/17 air via נ' השטיח המעופף**)

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

מדובר בהנחיה 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."*

**מדובר בחסם אמיתי** – נדרש אישור מראש (בתחילת משפט 1) לפיצול סעדים (יוצר כפילויות, לא יעיל). **הטעמים** שיילקחו בחשבון הינם **מערכתיים ואישיים** (הגיוני לפצל: גישה לערכאות, דחיפות לסעד). מקרים שהתובעת תעדיף להמתין כדי לראות אם הנזק מתגבש.

**השתק הגנה** –**השופט גורסקופף (רשות)**. הנתבעים נתבעו גם במשפט הראשון וגם במשפט השני. השתק הגנה זה מצב בו הנתבע במשפט הראשון הפסיד, ואז הנתבע אחרי זמן הוא זה שמגיש תביעה במשפט השני שמטרתה לאיין את ההישג אל התובע במשפט הראשון. **לדוגמא**, תביעת חובה בה בנק תובע לקוח על הלוואה שלא שולמה. נגיד שביהמ"ש קובע שהלקוח צודק והנתבע לא מתגונן, אחר כך הבנק יוכל להשתיק את התובע – היה ניתן לעורר את הטענות במשפט הראשון ולכן נראה אותך כמי שוויתר על ההגנות הללו.

**מהי עילה זהה?**

**המבחן הינו 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 דוקטרינרים 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.

השופט מוסיף את **סעיף העוללות** בסוף. לאחר שפסק נגד התובעת – נתן לה עצה משפטית לדרך. **בית המשפט המחוזי** אומר כי ניתן לתבוע את הדברים שהוא מציין בתביעה נוספת. **בית משפט העליון** אומר על כך שזה **פשוט לא נכון** – אמירה מפורשת של בית משפט מחוזי לא עוזרת לתובעת. **ביהמ"ש העליון דוחה את עצת גרוסקופף** – הוא אומר שהמחוזי היה צריך לעשות מאמץ יותר יצירתי בהבנת נושא התביעה (שהתביעה עוסקת גם בחוסר תום לב, עושק, לוודא שהתקיימו בהליך הראשון). ביהמ"ש לא עשה את זה, התובעת יצאה קרחת. המסר של ביהמ"ש העליון – תעשו מאמץ לסגור הכל בתביעה אחת ואל תעודדו להגיש תביעה שנייה.

**השתק עילה בסילוק על הסף** – דחייה על הסף בלי דיון בגוף התביעה. (מטעמים חיצוניים)

**האם דחיית תביעה בלי דיון בגוף העילה מקימה השתק עילה?**

* **רמז שכן - תקנה 41(ב) (חדשות) יוצרת מעין הסדר שלילי** *("מחיקת כתב תביעה לפי תקנות אלה אינה מהווה מעשה בית דין"*). לא מדברים על דחייה אלא מחיקה.

מחיקה = דחייה! (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 – השופטים יבחרו להקשות עם התובעת וישתמשו בדחייה. אנו רואים שאין תשובה חד משמעית ובתי משפט מחליטים אם לדחות/למחוק/להעביר. אם בימ"ש מוצא שהוא חסר סמכות לדון בתביעה, לכאורה זה אמור להביא לסילוק על הסף - אבל **ס' 79(א) לחוק בתי המשפט** 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**).

אשמתו של התובע – דחייה על הסף כסנקציה (**תק' 43 סיפא**)

**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.
* **מצב שבו במשפט 1# תובעים לסעד הצהרתי ובמשפט 2# תובעים לסעד אופרטיבי** – לא יהיה ניתן לקבל אכיפה כלשהי מסעד הצהרתי, אז למה יש דבר כזה? לפעמים בחו"ל אני יכול קבל רק הצהרה. לפעמים הסעד ההצהרתי יכול לסייע לי בחילוץ התוצאה מהצד השני. נשאלת השאלה **האם אנו רוצים לאפשר לצדדים לתבוע בעד הצהרתי ואז האם לאפשר להם לתבוע את הסעד המעשי?**

מצד אחד יש חשד לכפילות**,** מצד שני זה יכול לייתר את ההליך לסעד האופרטיבי.

**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..."*

נושא הבא – השתק פלוגתא, חומרי קריאה.

23.05.19

**שיעור 17 – השתק פלוגתא**

היום אנו עוברים לענף השני של מעשה בית דין – **השתק פלוגתא**. המבוא הרעיוני זהה (עשינו אותו – עקרון הסופיות בבסיס שני המסלולים) אבל השתק פלוגתא עושה משהו אחר לגמרי.

**שלושת התנאים המשותפים של השתק פלוגתא והשתק עילה:** (למדנו במבוא)

1. בית המשפט שנתן את ההחלטה הראשונה (משפט 1) יהיה **מוחלט**.
2. פסק הדין יהיה **סופי**.
3. במשפט 2# צריך שיופיעו **אותם צדדים** (באופן שבו הגדרנו צדדים – אגד אינטרסים חופף של המשפט הראשון והשני).

נוסיף את 4,5,6,7 – **התנאים הנוספים שמייחדים את דוקטרינת השתק הפלוגתא**:

1. **זהות הפלוגתא** – פלוגתא שנדונה/הוכרעה במשפט הראשון היא אותה פלוגתא שמתעוררת במשפט השני. הרבה פעמים כשיש מחלוקת עובדתית/משפטית מוסיפים.
* **מחלוקת משפטית טהורה היא משהו שהשתק פלוגתא לא יחול עליו**. **לדוגמא**: מהו הפירוש הנכון של סעיף? מהו מבחן ביהמ"ש לגבי עוולת הרשלנות? השתק פלוגתא לא חל כי זו שאלת משפטית, וביהמ"ש הגבוה קובע את ההנחיות המשפטיות לבתי המשפט מטה.
* **השתק פלוגתא עוסק במשהו צר יותר** – הכרעה במחלוקת עובדתית/עובדתית-משפטית. **דוגמא** למחלוקת עובדתית טהורה: כמו באיזו שעה התרחשה התאונה? אלו שאלות עובדתיות טהורות שיכבלו בית משפט שני אם אותה פלוגתא תתעורר, ויש לכך כוח. **אם הדבר הוכרע והתנאים מתקיימים לא נפתח הכרעה זו.**
* **בפועל** אנו רואים שהשתק פלוגתא **מופעל בהכרעות עם היבט משפטי** – כמו האם נכרת חוזה, האם הייתה הצעה, האם הנתבע התרשל? ההכרעה בכך נשמרת לתיקים באים.
* **איך אנו בודקים האם יש פלוגתא זהה?** **בין כתבי הטענות (משפט 2#) לפסק הדין (משפט 1#) - חפיפה מקימה השתק!** כך נראה האם אנו נפטרים מהצורך לברר מחדש. מדובר בתנאי יחסית פשוט שלא תמיד קל להפעלה.
1. **תנאי קיום ההתדיינות** – כדי שאהיה מסוגל להשתיק במשפט 2# בעל דין ביחס לפלוגתא מסוימת, אני צריך לוודא כי לאדם שאני מבקש להשתיק היה את יומו לטעון ביחס לאותה פלוגתא. התנאי של הדוקטרינה – האדם שאנו מבקשים להשתיק היה באותו דיון ביחס לאותה פלוגתא – קשור לכבוד האדם, זכות הטיעון, שלילת זכות.
2. **דרישת הממצא הפוזיטיבי ביחס לפלוגתא** – **שביהמ"ש הכריע בפועל**. שבהחלטתו הוא התעסק בעניין הזה. אנו מכירים היטב שהרבה פעמים שופטים מניחים היבטים מסוימים של ההכרעה כי הם לא צריכים הוכחה/חושבים שהם יכולים לדלג עליהם. לפעמים שופטים מגיעים למסקנות בלי לעבור על כל התחנות. אנו רוצים לראות שביהמ"ש בפועל עסק בנושא והכריע. רק במצבים אלו חלות ההצדקות המערכתיות של מעשה בית דין – לא נרצה לבזבז משאבים נוספים, אני רוצה לוודא שזה בפועל קרה.
3. **תנאי ההכרעה החיונית** – משלים את התנאי השישי. לא מספיק שביהמ"ש אומר את הפלוגתא ומתייחס אליה, אני רוצה שהאמירה הייתה כזו שאם הייתה נעדרת מפסק הדין, ההכרעה הייתה שונה. שביהמ"ש לא אומר אותה סתם על הדרך בהוביטר, אלא אמר אותה כי היה צריך לומר אותה. כמו בדוגמא של שעת התאונה – אנו יכולים לראות שהשופט מספר את הסיפור ומברר אם המהירות הייתה סבירה, ויכול להיות דיון שדן על כמה היה חשוך בחוץ. רק באחד משני פסקי הדין הללו ממצא התאורה חיוני לתוצאה הסופית. (מידת כמות האור ברחוב). אנו רוצים לוודא שביהמ"ש מודע ומתכוון לתביעה זו.

אם אנו סוכמים את התנאים, אנו רואים שאנו מקבלים בסה"כ עם התנאים הללו דרישה שכדי להשתיק פירוש של פלוגתא במשפט שני אנו רוצים לוודא שההכרעה של הפלוגתא הייתה הכי נכונה שאפשר, שנוכל להשתמש בה בלי לפרש אותה מחדש.

**התנאים שלעצמם ברורים אבל הם דורשים בירורים**. מהו ממצא חיוני? צריך לקרוא את פסק הדין ולגבש החלטה. צריך להבין את ההיגיון. המבנה של הדוקטרינה לא מסובך אבל ההפעלה נסיבתית לפי מה שקרה במשפט 1. זה מצבים שבהם יש סטיות ונראה איך ביהמ"ש מתייחס אליהם.

ביחס לשאלה של רועי - אם הסתכלתם על **מקרה ויינשטיין** – אנו רואים שיש עמדה של ביהמ"ש שאומרת שהיה לו יומו לא יכול להיתפס לדרישה כהתדיינות בפועל. אם נדרוש התדיינות בפועל ליצירת השתק – ניצור אפשרות לבעלי בית דין לא להגיע. מה שקורה זה שביהמ"ש נותן פסק דין בהעדר, ובעת ניצול לרעה לא יתנו למי שעשה כן לטעון בשני. **נאור** כן קצת מגבילה את זה ומציבה שכבה של תנאים יותר קשים, יש זהירות כזו אבל בסופו של דבר זה ירד לעניין האשם.

**המסר שלנו כאן** – פעולת הדוקטרינה של מעשה בית דין בעניין השתק פלוגתא היא במשפט 2# (לכאורה) אבל גם כאן אנו רואים שהשתק פלוגתא מנחה אותנו ואומר לנו איך לפעול כבר במשפט הראשון כדי לא להיחשף לכך במשפט 2, בדומה להשתק עילה.

**השתק פלוגתא - סיבוכים**

1. **מבחן קיום ההתדיינות**: מה בדבר תהליכים דומים אך לא זהים? כאשר הן דומות אבל אחד התנאים לא קורה במשפט השני?

**ע"א 9211/09 איזוטסט נ' דריזין** (רשות) –

1. **המשפט הראשון מתנהל בביהמ"ש העליון**. יש שם עתירה מנהלית בעילה של אי סבירות של הרשות שמנפקת רישיונות למעבדות. ביהמ"ש דן בטענה ודוחה אותה לגופה – **המדינה פעלה באופן סביר** (סבירות המשפט המנהלי שעומדת במוקד המאבקים הקואליציוניים כעת). העתירה המנהלית של המעבדה נדחית, אין חיוב לתת את הרישיון, אבל **המעבדה** **טוענת שהמדינה גם הזיקה לה**, והיא רוצה פיצוי על הנזק. האם המעבדה הייתה יכולה לתבוע את הפיצוי במשפט הראשון? לכאורה כך היא אמורה לעשות לפי השתק עילה, לתבוע הכל ביחד. אבל מנגד לבג"ץ יש סמכות מוגבלת והוא לא רשאי לפסוק פיצויים נזיקיים (לפי **ס' 15** בג"ץ נותן צווים, והוא פיתח פיצויים במקרים חריגים מאוד).
2. **המעבדה תובעת תביעה שונה בגין עוולת הרשלנות במחוזי** – **בעקרון מותר**. ביהמ"ש צריך להחליט לשם כך שהמדינה סטתה מסטנדרט התנהגות סביר – שאלת סבירות. כאן טוענת המדינה **שיש השתק** – אי אפשר לתבוע בנזיקין כי הוכח שלא סטיתי מסטנדרט התנהגות סביר, הנושא הוכרע, ויש **השתק פלוגתא**. זה אותם צדדים, היה טענה, אותו ממצא. השתק הפלוגתא הופך לטענת סף.

**המעבדה טוענת שלא מדובר באותה סבירות**. מדובר בשאלה – האם הסבירות המנהלית = סבירות נזיקית, אותו סטנדרט התנהגות? ביהמ"ש העליון אומר שהוא מסתפק לקבוע שבנסיבות הללו **יש השתק פלוגתא** בעניין הסבירות, **בלי לטעון שכל סבירות תהיה ככה**.

1. **שאלת סיבוך של רעיון ההתדיינות והפלוגתא** – נגיד שזו הייתה אותה סבירות ממש, האם צריך להתייחס גם **לאיכות הפרוצדוראלית שההליך עצמו מייצר?** אולי צריך להביא את הפקיד ולחקור אותם האם הם עשו את הבדיקות הרלוונטיות? (כך ניתן לעשות בתביעה אזרחית, אבל אי אפשר לעשות כך בבג"ץ) **לבג"ץ יש גירעון אפיסטמי – קושי מובנה בהגעה לאמיתות**. אין לו את כל האמצעים של מערכת הCommon Law- לבירור עובדות. עדות בעל פה בלי חקירה נגדית זה נאום. **בנוסף**, בבג"ץ למדינה **יש יתרון קריטי** בביסוס אמינות התצהירים שלה. אנו רואים שניתן לסמוך על החלטתו של בג"ץ ולסלק על הסף את התביעה הנזיקית של **איזוטסט**.

**למה ביחס למשפט אזרחי ומשפט פלילי יכול להיות הסדר מיוחד? ס' 42א' לפקודת הראיות**: *"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."*

ס' זה 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**. כדי לזכות הנאשם לא צריך להוכיח כלום, רק כדי להוכיח ספק סביר. לא חייבת להיות אף הכרעה לגבי מה שקרה, אלא רק למוטט את הטענות העובדתיות. בהכרעות פליליות רף ההוכחה גבוה, ואם הוכח שכן – אפשר להשתמש בכך. אין זהות צדדים (מדינה מול נאשם).

**ס' 42א(א)(1)**: תוספת חדשה שהרחיבה את ההסדר הזה לעוד ערכאה/הליך פלילי: **בתי משפט צבאיים**. בתי משפט צבאיים הם יציר של המשפט הבינלאומי – חלק מהסמכות הצבאית של כוח צבאי בהחזקה לוחמתית ביהודה ושומרון ותפקידם לשפוט את תושבי השטחים בעבירות ביטחון ובשאר סמכויותיהם. אלו בתי משפט פליליים, אבל הדין הפלילי נחקק על ידי המפקד הצבאי, וגם דיני הראיות שלהם הם דינים צבאיים שנחקקו על ידי המפקד הצבאי – לא כפופים לדיני הראיות של בתי הדין הישראליים. ההוראות הצבאיות מתקרבות למה שקורה במשפט הישראלי בישראל, עדיין יש שינויים (כולל עונש מוות) ופערים (מבחינת הפומביות לדוגמא). יש מתח מסוים והנושא תחת ביקורת חוקתית, עולה שאלה האם העיקרון של **42א** חל על ערכאות צבאיות? (אמור לחול)

1. **עד כמה זהות הצדדים הכרחית בהקשר של השתק פלוגתא?** בהשתק עילה זה היה די פשוט – העילה כווקטור של זכות שפונה מאדם אחד לאחר. בהגדרה של השתק פלוגתא אין לנו רכיב זהותי – הפלוגתא היא שאלה שעומדת שם וביהמ"ש מכריע בה. זה מנותק מהשאלה של האנשים שמעלים את השאלה – עד כמה זה חשוב לנו שאלו אותם אנשים ממש? אולי בכלל לא צריך זהות צדדים? האם אפשר לפרק מה שנתפס בעיננו כמשהו מאוד יסודי ברעיון של מעשה בית דין בעניין זהות הצדדים?

**השתק פלוגתא לא הדדי** - **דוגמא** – איש הולך ברחוב, נופל לבור ונפצע. הסיבה שיש שם בור היא בגלל שיש שם קבלן שחפר אותו עבור פרויקט של העירייה. העו"ד מגיש 2 תביעות באופן עוקב (זה שנפל) – תביעה 1 נגד הקבלן, בטענה שהקבלן לא חפר באופן זהיר/לא שם גדר. תביעה שנייה נגד העירייה – יש לנו 2 טענות נפרדות, וכל אחת התרשלה באופן עצמאי כלפי התובע לטענתו. **הוא תובע אותם בנפרד ואין כאן סיפור של השתק עילה**, אבל הוא היה רשאי לחבר את התביעה במקרה של פרשה אחת. אז למה שהוא לא יעשה כך? אולי הוא ידע שלקבלן הולך להיגמר הכסף, ואת התביעה נגד העירייה אחכה לאחר כך.

**השתק פלוגתא לא הדדי התקפי** - **מקרה של אשם תורם** – נגיד שהקבלן והעירייה רוצים לטעון נגד העו"ד אשם תורם, כמו קריאה ב-PADI. מדובר בטענה קלאסית של משהו עובדתי משפטי – התנהגות מסוימת שיכולה להיתפס כהשתק פלוגתא. במשפט הראשון נמצא כי אין אשם תורם. במשפט השני מול העירייה היא תטען כי יש אשם תורם, והתביעה תגיד שנמצא שאין בפסק הדין הקודם. **העירייה תטען כי לא הייתה להם ההזדמנות, היא לא הייתה בתיק**. לא הוגן להשתיק אותי בטענת ההגנה בגלל שהוא ניצח מישהו אחר בתביעה. זה פשוט לא מקיים את התנאי היסודי של *"היה לה את יומה"* **ואין כאן השתק פלוגתא**. יכולות להיות כאן תוצאות סותרות.

**השתק פלוגתא לא הדדי הגנתי (עובד לטובת נתבעים)** - מקרה הבא – סיפור עובדתי זהה, כאשר הקבלן דווקא זכה בטענת האשם התורם ונקבע שהתובע היה אשם תורם. העירייה אומרת שהיא לא רק טוענת אשם תורם – לא צריך להוכיח אותה. עורכת הדין של התובע תגיד את מה שאמרה במקרה הקודם – **אין זהות בצדדים**. אבל העירייה תגיד עכשיו שזה שונה – היית שם. אם הצד המושתק היה בשני ההליכים זה מה שחשוב. זה לא משנה מי מעורר את הטענה כשהאדם כבר העלה את הטענה? השאלה אם היה אשם תורם של אותו אדם.

**ההלכה במקרה הזה – במידה רבה נקבל טענה זו במצבים בהם מתקיים התנאי של "היה לו את יומו"**. מדובר באותו עניין של **פיכטנבאום** – אמור להיות השתק פלוגתה. אפשר עדיין לבקר החלטה זו. **עם זאת**, התובע יכול לטעון כי עדיין יכול להעלות עניין זה – הוא יכול לטעון כי הלך **לעורך דין זול** כי הסכום מול הקבלן לא היה גבוה, ולא התגוננתי באופן מיטבי מפני טענת האשם התורם. עכשיו העירייה נתבעת (כיס עמוק), יש סוללה של עורכי דין – **למה לא לאפשר לי להתגונן מחדש?** אפשר לטעון טענה זו ובמצבים מסוימים **היא תהיה נכונה**. זה קשור ל**גישה לערכאות**. התובע טוען שבהליך הראשון לא היה הוגן להשקיע כל שקל שיש לי אם המרב שאני יכול לקבל זה 100,000 ₪. אין ספק שלהלכת פיכטנבאום יהיו תוצאות.

**מקרה אחר** – אדם נופל לבור, ויום אחרי זה גברת ב' נופלת לבור. שניהם רוצים לתבוע את הקבלן. המשפט הראשון שלנו הוא תביעה של א' נגד הקבלן. אחרי זמן קוראת תביעה 2# של תובעת ב' על הקבלן – אותו מעשה ממש. בתרחיש א' מי שמנצח בשאלת ההתרשלות הוא הקבלן (הנתבע), התובע הפסיד ואין התרשלות. מגיעה התובעת, עו"ד של מכניס בנסו את שם הקבלן, ומגלה שהוא נתבע על אותו בור. הקבלן אומר שנקבע שכבר לא התרשל. מה תגיד תובעת ב'? האם זה בסדר להשתיקה? **זה עוד יותר חמור** – היא לא מכירה את האדם, איך זה הגיוני למנוע את הנזק שלי? **יש לי זכות לתבוע את הנזקים.** **כאן באמת אין השתק פלוגתא**.

**דוגמא רביעית** – שניהם נפלו, תובעים את הקבלן בשני משפטים, אבל הפעם התוצאה הפוכה – התובע ניצח בשאלת ההתרשלות. התובעת אומרת כי היא מצאה את פסק הדין, ניגשת לביהמ"ש ואומר שלא צריך להוכיח את ההתרשלות, וגם **בפיכטנבאום** נאמר שאם אדם היה בהליך קודם, טען בשאלה כזו ניתן להשתיק אותו. האדם היה בהליך, טען, הפסיד. האם זה נכון? **מדובר בהשתק שמופעל לצורכי התקפה על ידי התובעת**.

הנתבע לא בוחר מי יתבע אותו ומתי – לברר מי נפל לבור. יכול להיות שהקבלן לא יודע שהיא נפלה אפילו. אם נחשוב על **הלכת פיכטנבאום** כהלכה שעיקרה הוא **לתמרץ תובעים לרכז** כדי להביא תיק שלם, **לפחות רעיון זה לא ניתן למימוש בציר ההפוך**. **פיכטנבאום לא עובד במקרה ההפוך. ביהמ"ש העליון אומר שהתמריץ לא יעבוד במצבים אלו.**

**לנתבע קשה יותר לדעת מי תובעיו**, ואם היינו מקבלים את הטענה גם בהקשר ההתקפי, איזה מסר היינו משדרים לתובעים? (להיות טרמפיסט על התביעה הקודמת). יש גם **היבט הוגנות** – לא ברור שהתובע עם המשאבים הכי טובים יתבע ראשון. בנוסף, נניח שיש לי 10 ניזוקים, תובעים 1-8 מפסידים, תובע 9 מצליח, ואז תובעת 10 מבקשת להשתמש בתובע 9. זה **נראה מוזר**. נוצר חוסר הגינות חלוקתי בין חברי הקבוצה התובעת. זה לא אומר שאין תשובות לקבוצות תובעים שרוצים לנצל ריבוי זה, אבל זה צריך לבוא לידי ביטוי באמצעות **תובענה ייצוגית**.

27.05.19

**שיעור 18**

אנו ממש בסיום הנושא של מעשה בית דין, נסגור קצוות ונעבור לפשרות ויישוב סכסוכים

סיימנו את השיעור האחרון במצגת של השתקים לא הדדיים:

**השתק פלוגתא לא הדדי הגנתי**:

* תמרוץ התובע במשפט 1# לרכז את נתבעיו.

**השתק פלוגתא לא הדדי התקפי**:

* לנתבע קשה יותר לדעת מי תובעיו, ולרכז אותם.
* תמרוץ לתובעים מאוחרים לחכות – לנהוג כטרמפיסטים.
* היפוך מקרי בסדרה יפלה בין תובעים מוקדמים למאוחרים.
* ביהמ"ש העליון (**אספן**): לא שלילה מוחלטת, אך חריגים נדירים (מתי?).
* **הפתרון העדיף**: **מוסדי** (**תובענה ייצוגית** – הדבר הטוב ביותר שיש לנו, לא כל חברי הקבוצה נמצאים במשפט, אדם אחד פועל ואז האחרים מושתקים. יש כאן מודל מתוחכם, בג"ץ?)

**שאלת היסוד הנורמטיבית: עד כמה חשוב 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.

**מעשה בית דין – סיכום**

* פעולות של הדוקטרינה: **כחסם בפתח משפט 2#.**

- תמריץ לניסוח נכון של כתב תביעה, ולהתנגדות לתביעה בעניינים שהוכרעו.

* בה בעת: **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.

**הגישה לביהמ"ש: חסמים נוספים**

**ההסכמה כחסם לליטיגציה** – היכולת של הצדדים למשפט האזרחי לבחור שלא לנהל ליטיגציה. השאלה היא מהי העמדה של ביהמ"ש לגבי היכולת של השחקנים לבחור בדרך שאינה ליטיגציה?

* **יישוב סכסוכים בדרכים חלופיות - Alternative Dispute Resolution** – כותרת שניתנה למערכות שונות שמאפשרות לצדדים למצוא פתרונות בדרכים שאינן מובילות לפסק דין.
* **המטרה: פשרה/הכרעה מחוץ לביהמ"ש**. הפשרה מוסכמת על ידי שנינו והכרעה יותר קרוב לכאורה לביהמ"ש – מישהו מכריע. כל אחת מהן שוללת בדרכה את האפשרות לניהול ליטיגציה – זה מהווה חסם לערכאות.
* **מקור החסם: הסכמת הצדדים**.
* מראש (לפני הסכסוך) או בדיעבד (אחרי פרוץ הסכסוך/הליטיגציה).
* כמה אבות טיפוס: בוררות, גישור ומו"מ.

**מתי תהיה פשרה?**

**ניתוח התנהגות רציונלית** (יעילות מנקודת המבט הפרטית - אדם שיודע מה הוא רוצה ופועל להשיג את הדבר הזה. לאדם רציונאלי יש העדפות והוא פועל לממש אותם – מבחינת ניתוח כלכלי הוא יפעל לקדם את העדפתו)

* **תוחלת הרווח לתובעת**: כל אדם רציונאלי יחשב את תוחלת הרווח, כמה הוא ירוויח להערכתו אם הוא יצליח, וכמה.

**סכום התביעה (אישיות? הוצאות) X סיכויי התביעה (עובדות? דין? דיין?) – עלויות.** (100,000 X 50% - 10,000 = 40,000)

אם התוצאה שלילית – אדם ילך לליטיגציה.

* **תוחלת ההפסד לנתבעת**: ברגע שהגיע כתב התביעה או שהיא יכולה להתפשר או לשלם את כל הסכום – אין סיכוי שהיא תצא ב-0. יש במידה מסוימת עניין של אי וודאות**.**

**סכום תביעה X סיכויי ההפסד + עלויות** (100,000 X 50% X 10,000 = 60,000).

אם התוצאה תהיה נמוכה מהחישוב, אז יהיה עדיף לה להגיע לפשרה

* **הרווח בין 40,000-60,000 נחשב** **למתחם הפשרה** – יהיה משתלם לשני הצדדים, 50,000 ישתלם ל2 הצדדים ופשרה תושג, זה המודל הכלכלי הבסיסי לפשרות. מדובר ב**כח מיקוח**, והוא הדבר היחיד שיכריע איפה הפשרה תמוקם. בהינתן שעלויות העסקה נמוכות (פחות מ20,000) בטוח תהיה פשרה – זו ההנחה הבסיסית.

**מדוע לא כולם מתפשרים?**

* אם חישוב התובעת יוצא 60,000 וחישוב הנתבעת 50,000, אין היתכנות לפשרה – **מתחם הפשרה שלילי** (10,000-)
* **פתרונות למניעת תביעות. עידוד פשרות** - ייצור מנגנונים שיעזרו לצדדים להגיע לפשרה. עלויות נמוכות יותר יגדילו את הסיכוי לפשרה:
* **דין ברור** – מהותי, דיוני, ראיות - הדין יכול לעשות את הדין ברור יותר (חישוב מדויק יותר).
* **יצירת חובות גילוי** – לחשיפת העובדות - דיני ניסוח כתבי טענות, גילוי מוקדם, עידוד למו"מ
* **ייקור עלויות ההליך** – ככל שההליך יקר יותר כך סיכויי ההצלחה שלי בהליך נמוכים יותר – מינוס גדול בהוצאות מה שיוביל לאנשים לפנות לערכאה.
* **ולכיוון ההפוך לעידוד ליטיגציה – הפשרה לא הכרחית**, גישה לערכאות. אם היינו לוקחים את **פיסס** לקצה – האם היינו רוצים תהליכים שמקשים על אנשים/עושים טשטוש של הדין כדי שהגישה לפשרות תהיה קשה יותר? זה נגזר מעמדתנו הנורמטיבית.
* **בעל דין רציונלי מעדכן כל הזמן את הערכותיו! -> תזמון התמריצים קריטי**.

גילוי מוקדם הוא אחד מהדברים הקריטיים במשפט, ויש כאן מתח – מצד אחד אנו מייצרים מידע שאמור להועיל להערכה מדויקת יותר, ומצד שני אנו מייצרים עלויות רבות. התכנון הוא מאוד מורכב. (מצד אחד נרצה לתת להם לחשב, אבל מצד שני יכול להיות שכך הם לא יתפשרו).

**ADR (Alternative Dispute Resolution)**

1. **בוררות** – **משולש מפורסם (בורר, צד א' וצד ב')**. 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). מה שמייחד את ההליך הוא שקיים **הסכם בוררות** (יכול להיעשות לפני וגם אחרי הסכסוך). התוצאה של הליך הבוררות – **פסק בורר**. המעמד של **פסק הבורר** בביהמ"ש – **קרוב יותר לחוזה**. הוא תוצאה של הסכמת הצדדים להיות כפופים לפסק הבורר, ולקבל את ההכרה של הבורר החיצוני.
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. נעשית **פנייה לגישור** על ידי הצדדים ובסופו של דבר התוצאה הסופית הרצויה היא **חוזה**. יש מגשרים שמגישים הצעות, יש מגשרים שאומרים שאסור לעשות זאת ויש לתת לצדדים להגיע לכך בעצמם. צריך מתישהו לחלץ מהצדדים את הסכמתם (זה כמו חוזה).
3. **מו"מ – אין משולש –** **רק צד' א' מול צד ב'** – **הפנייה למו"מ** נעשית על ידם והתוצר הסופי הוא **חוזה**.

התפיסה של הADR- נמצא בתהליך של הפנמה מובהקת יותר ויותר לתוך המערכת עצמה ולתוך מבנה בתי המשפט עצמם. **ס' 5 לחוק הבוררות**: **עיכוב הליכים** הוא סעיף הסד"א להליך הבוררות:

**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.
* **בנוגע למו"מ** - **בתקנות החדשות, תקנה 34-36** הצדדים מחויבים לעשות **דיון מקדמי**. עוד לפני המהו"ת עליהם לדבר אחד עם השני. אחת ממטרות האינטראקציה הזו היא לבדוק את אפשרות סיום הסכסוך בפשרה. יש כאן הבנייה פורמלית של רעיון המו"מ לתוך התקנות. מדובר בהליך חדש – דיון מקדמי אשר דורש מהצדדים לדבר ביניהם ולבדוק את אפשרות הפשרה.

**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)** – מי שלא משתף פעולה יכול לסבול מסילוק!
* **ס' 79א: פסק דין על דרך הפשרה** (**חברה קדישא נ' קל בניין 2017**). מדובר בהמצאה ישראלית שמכונה "פסק דין על דרך הפשרה". *"בית משפט הדן בעניין אזרחי רשאי, בהסכמת בעלי הדין, לפסוק בעניין שלפניו, כולו או מקצתו, בדרך של פשרה".*
* הרבה פעמים פסקי דין של **79א לא מנומקים** והתוקף הוא ההסכמה של הצדדים. מצד אחד יש הסכמה אבל מצד שני אין בירור מלא של התובענה – ביהמ"ש משמש כמו בורר ונותן לצדדים לעשות מה שהם רוצים, רק שההבדל כאן הוא שזה פסק דין, **וקשה מאוד לערער עליו**.
* **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."* כמו לצאת שנייה לסיגריה כך שהוא מאפשר לצדדים להתפשר. הובלת הצדדים לתוצאה שאינה פסק דין.
* **ביהמ"ש מוסמך גם לתת תוקף של פסק דין לפשרות שהצדדים מביאים אליו** – ואז הפשרה הופכת לפסק דין, וזה משמעותי לצורך אכיפה ולצורך מעשה בית דין – סוגר את הליטיגציה ואי אפשר לחזור. ממש לאחרונה (פברואר) ניתן פס"ד בביהמ"ש העליון (**גרוסקוף**) – נכון שאוהבים פשרות אבל אם רוצים תוקף של פסק דין **כן צריך לקרוא את הפשרה ולראות שלא נסתרת תקנת הציבור** (ביקשו הסדר של האגרה ששולמה כתנאי) – ביהמ"ש העליון אמר שלא ניתן להציב תנאים כאלו, יש שיקול דעת. עדיין, קרוב ל-100% מהפשרות מקבלות תוקף של פסק דין. סוגר את הליטיגציה. כשנגיע לתובענות ייצוגיות נראה שיש יותר חשש מפשרות.

30.05.19

**שיעור 19**

**ADR – שיקולי מדיניות**

* **גישה לערכאות**? מחסום או פתח? "**בית המשפט מרובה הדלתות**" – האורתודוקסיה של ה-ADR אומרת שאנו צריכים לחשוב על ביהמ"ש כמוצר אחד. יש כמה דלתות שמובילות לערוצים שונים, וכל זה נמצא תחת הגג של הרשות השופטת.
* **עומס** – נתיבים מהירים? מדובר בענף שני. יש בעיה עם עומס – משאבים שלא מנוצלים כראוי. יש גם טענה של מה אנו היינו מעדיפים? פס"ד מלא אחרי 5 שנים או פס"ד לפי **79א** (לא מלא) או בגישור תוך שנתיים?
* **חינוך ליישוב סכסוכים לא-אדברסרי** – לומר שזה לא טוב להיות בעד ונגד, לא טוב לאנשים שרוצים לחיות יחדיו
* **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).

**חסמים מבניים**

המסגרת האנליטית שפותחה **במאמר של גאלאנטר (1974): למה אלה שיש להם מצליחים יותר.** מזמין אותנו לחפש חסמים נוספים שגם לא נראים כמו חסם. הוא אומר שברעיון הליטיגציה כולו ובוודאי שבעולם האדברסרי/COMMON LAW, גם בשנות ה-70 ידענו שיש שחקנים חוזרים, פערי כוחות... הוא הצליח לחדד במאמר **שפערי הכוחות טבועים באופן מובנה במערכת** – ניהול בתום לב של ליטיגציה על ידי כל השחקנים, יוביל לתוצאה חלוקתית בעייתית, והמרצה חושב שזה הפלפל במאמרו. בנינו מערכת שאלו התוצרים המכוונים שלה. **למה זה נחשב כחסם? כי מי שמסתכל על כך באופן רציונלי יבין שאולי לא כדאי לו להיכנס להליך.** כנ"ל לגבי **חילוץ פשרה וקביעת תנאיה**.

**תובנה אחרונה – נושא הערעור**. ברגע שניתנת היכולת להחליט האם יהיה ערעור או לא, אנו רואים שבעצם זה נותן אפשרות להחליט ולשנות את ההחלטה. אפשר לבקש משחקן להתפשר בתנאי שלא ניגש לערעור – וכך גאלאנטר אומר שבשיטות שמבוססות על תקדים ניתן לקבוע מה יהיה הדין המהותי – מה יוכרע על ידי ביהמ"ש העליון.

**הגישה למשפט**

**קדם משפט** - שם מתרחשת רוב הפעילות.

* **תק' 61-63 (חדשות)** – הכוונה כללית של התקנות החדשות, אין חידושים מהנוסח הקודם, הלשון עוד יותר בהירה מהעבר – **ביהמ"ש כמנהל הליטיגציה** – מתעסקים לכאורה רק בדרכי הדיון, אבל בפועל רוב הדרמה קוראת כאן במטרה לייעל, לפשט ולהכיל. אז נוספת האמרה הכי אינקוויזיטורית – **מיוזמתו. ביהמ"ש יכול לעורר שאלות בעצמו בנוגע להליך, כולל טענות סף**.
* **צמצום והגדרה של פלוגתאו** – שופטים יכולים להביא את הצדדים ולראות מה קורה כאן, על מה חלוקים.
* **רגולציה של שלב ההכנה** (טענות סף, גילוי מוקדם, סעדים זמניים) – יש סיבה לשלול את הליטיגציה בלי להגיע למשפט.
* **היערכות לשלב ההוכחות** (סדר הדיון, הראיות וסדר הבאתן).
* **בחינת האפשרות לסיום ההליך בלי ההוכחות** (סילוק, פשרה).
* **אין מניעה ששופטת הקדם תדון במשפט**.

**מתי השיח לפשרה מתקיים? בקדם!** יש שם תהליכים שגם ממש מסווגים, כמו תוכן להשגת פשרה במו"מ. אסור בדין הישראלי לחשוף ניסיון כזה אחר כך לביהמ"ש, כי אז זה ימנע מאנשים להגיע לפשרות. (הרבה מהמקרים עם זאת מתרחשים מול השופט)

**גילוי מוקדם**

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

מדובר בסתירה מובהקת להגיון האדברסרי! שיתוף פעולה, מניעת הפתעות...

* משמעות הכניסה להליך -> **אובדן השליטה והפרטיות**!
* לא אחת מדובר בשלב היקר והמורכב בהליך כולו:
* שלב **הכנה** או **משחק אסטרטגי**?
* לעתים: **תכלית ההליך!** לפעמים גילוי מוקדם נעשה לטובת הגילוי! לפעמים אנו רואים שעצם הסיכון בגילוי יכול להוביל את בעל הדין להתפשר כדי שלא להידרש לגילוי.

**גילוי מוקדם – שיקולי מדיניות**

* **חסכון בעלויות המשפט** (צמצום יריעת המחלוקת, מניעת הפתעות).
* **מנגד: סרבול ועלויות גבוהות** בשלב מוקדם בהליך.
* **עידוד פשרות** – צמצום פערים בהערכת התוחלות.
* **הגינות דיונית** (קלפים פתוחים).
* **מנגד: הזמנה למניפולציות** (העמסה, הסתרה, תביעה לשלם גילוי).
* וכן: **היפוך** בפועל של כלל "**המוציא מחברו**".
* סיוע **בחשיפת האמת**.
* **מנגד: הזמנה לשיבוש**.
* **איזון פערי כוחות** (ידע).
* **מנגד: הזמנה למניפולציות**.

**גילוי מוקדם – תמריצים אקס אנטה**

* תמריצים **להתנהגות מחוץ לבית המשפט**.
* **ניהול מידע -> השמדת ראיות?** אם אני יודע שאני מסוג השחקנים שעשוי להיתבע ואהיה מחויב בגילוי מוקדם, אולי אשמר מדיניות לשימור מידע/ניהול מידע/השמדת הראיות שתסכל את האפשרות של גילוי מוקדם נגדי.
* **ביצוע תחקירים פנימיים (הדסה נ' גלעד, 1995)**: אדם התאבד ומשפחת המטופל רוצה לתבוע את ביה"ח על כך שלא מנע את ההתאבדות. המשפחה יודעת שבוצע תחקיר פנימי, וביקשה גילוי מוקדם. הדסה טענו שאז לא ירצו לעשות תחקיר פנימי/באופן מלא/לתעד אותו כדי שלא ישמש נגדי. **אהרון ברק** דחה את הטענה ואמר שהוא לא מוכן לקבל את הטענה שכך נוהגים בתי חולים, ואמר שבתי החולים כן רצו למנוע את ההתאבדות. **אין לחשוף את התחקיר הפנימי**.
* **הכנה להליך – חסיונות**!
* **מו"מ פשרה – חסיונות**!

**יש חסיונות מגילוי על מידע שהופק בהליך משפטי/מו"מ לפשרה** – יש לנו העדפה שההליך יהיה איכותי/יגיע לפשרה ולכן אני כן מעדיף שאנשים יתאמצו להגיע לכך. ביהמ"ש נתן להם באמצעות המשפט המקובל **חיסיון**.

**גילוי מוקדם – ההליך**

* **תק' 56-60**.
* **שאלונים (ת' 56), גילוי מסמכים (תק' 57) ועיון בהם (תק' 58)** [הערה מוקדמת] – אני שולח כמה שאלות, כמו כמה אתה עובד ועד האם התאונה התרחשה ביום כלשהו. זה נועד לצמצם מחלוקות ולסגור פערים. התשובה לשאלון היא בתצהיר. הדין מתייחס לכך בעדות בשבועה – אם כתבתי שקר אני חשוף לסנקציות פליליות של עדות שקר. יש כאן מאמץ של הדין לוודא שמה שנעשה כאן רציני. כמובן שהשאלות יהיו צריכות להיות מנוסחות כראוי.
* **תק' 57** – **יחליפו בעלי הדין תצהירי גילוי מסמכים – חובה אוטומטית**. מתנהלת אחרי שלב כתבי הטענות. יש ציפייה שתהיה החלפה של מסמכים בין הצדדים בלי שיקרה כלום.
* **מה יש לגלות? כל מהמסכים הנוגעים לעניינים השונים במחלוקת** (נוגעים בעניינים – מושג שסתום שניתן להתווכח עליו).
* **אי גילוי (מלא, או תקין) –> ניתן לפנות לביהמ"ש לאכיפה** (**תק' 69**)
* **שיקול דעת רחב לביהמ"ש**.
* כולל הסמכות לעיין במסמך שגילויו מבוקש (!)

**גילוי מוקדם – צו גילוי**

* **צו גילוי: מבחן הרלוונטיות + הליך "ראוי והוגן"**.
* **לא לצאת ל"מסעות דייג"** – אני מקווה שיהיה משהו שיכול לעזור לתביעה שלי, תביא משהו. ביהמ"ש אומר שזה לא ראוי והוגן – צריך להסביר למה צריך את זה לתביעה.
* **לא לאפשר שיבוש** – ביהמ"ש יכיר בכך שלא לחשוף כדי למנוע שיבוש מהלך המשפט.
* **לא להכביד על המגלה בהפקת המסמכים** – אם הגילוי מטיל נטל כבד על הצד המגלה, מתישהו ביהמ"ש יעשה שיקול מדיניות ויכול להיות שיעביר את הנטל לצד המבקש.
* **לא לפגוע בזכויות** (תובע/נתבע/צד שלישי) – מה אם הגילוי יחשוף מידע על אנשים אחרים? ביהמ"ש יביא את הצדדים השלישיים הללו כדי לברר.
* **לא להפר חסינות** (חקוקים/פסוקים).
* **הפרת חובת גילוי -> סנקציות** אם לא גילה את מה שהיה צריך לגלות/לא גילה כלל.
* הוצאות.
* איסור על הגשת ראיה שהוסתרה.
* **מחיקת כתב הטענות** (!) – ביהמ"ש יכול להורות על מחיקת כתב הטענות של בעל הדין במקרה הכי קיצוני – פסק דין בהעדר הגנה/סילוק על הסף. בית הדין לוקח זאת ברצינות.

**גילוי מוקדם – העתיד**

* **E-discovery**: שימוש באמצעים טכנולוגיים בביצוע הגילוי, לא רק בייעול הגילוי, אלא שאלה האם הגילוי המוקדם יכול לעבור שינוי מהותי מבחינת הזמינות שלו (כאשר ניתן להשתמש בתוכנות לעבד כמות גדולה של מידע).
* העברה של חומרים **במדיה דיגיטלית**.
* **מצד אחד – כמויות עצומות**.
* **מצד שני: יכולות מתקדמות לניתוח ועיבוד**. מחשב יוכל להצביע על חוקתיות/שיטתיות בעיבוד מידע רב.
* **מהפכת ה"ביג דאטא"** – גם אצלנו! יהיה ניתן לחלץ מידע שהיה בלתי חליץ.

שיעור הבא – סעדים זמניים, יש תקנות, קראו את ההחלטה בעניין יתדות, קשור בדיני בחירות. גם חקיקה רלוונטית

03.16.19

**שיעור 20 – סעדים זמניים**

* **כלי ההתמודדות עם העובדה שליטיגציה לוקחת זמן** (!). מדובר בסעד שהוא זמני.
* חשוב להבין שמרגע הגשת התובענה **מצב היחסים הממשי משתנה, אך מצב היחסים המשפטי לא משתנה.** המוציא מחברו עליו הראיה – במישור המשפטי מתעוררת שאלה ועד שאין פסק דין המישור המשפטי והממשי לא מצטלבים. העולם בינתיים ממשיך לסוב על צירו
* **סיום הליטיגציה: התלכדות מחדש של שני צירי היחסים**.
* **חשש תובע (1): מניפולציות מצב הנתבע שימנעו הגעה לקו הסיום**:
* **שיבוש ראיות** (**ס' 94**) – ביצוע מניפולציה כדי למנוע מהתובעת להוכיח את תביעתה, כמו לגרוס את המסמכים או לטוס לחו"ל.
* **מניעת קיומו של פסק הדין** (אם ייפסק) אוכל לנסות להעביר את הכסף לאנשים אחרים/ (במיוחד במקרה של אפשרות זולה לסכל את סיכויי התביעה).
* **חשש תובע (2): שינוי במציאות שיסכל את תכלית התהליך**: דבר כזה לוקח זמן, לרוב חודשים רבים (שנה-שנתיים, אפילו שלוש). העולם יפתור את הבעיה מעצמו. בפסיקות דחופות בג"ץ יכול לשמוע עתירה בבוקר ולפסוק בגינה בערב.

**בג"ץ 3123/99 Orient** – עתירה של אזרחים נ' השר לביטחון פנים נ' בקשה **לפנות בניין בו פעלו גורמי הרשות (Orient House)**. זה גרר מתח רב והמשטרה עמדה לפרוץ. באותה תקופה גם היו בחירות שניות וההחלטה לפנות את הבית מתקבלת שבועיים לפני הבחירות. אז הוגשה **עתירה לבג"ץ כדי להשיג צו ביניים** (מעין צו זמני) במהלך העתירה. התיק הגיע **לשופטת דורנר** והיא קיבלה החלטה רגילה – צו ביניים כמבוקש כדי שיהיה ניתן לברר את העתירה. ביקשה מהמשיבים להוסיף טיעון תוך 7 ימים ממועד המצאת החלטה זו. החלטה זו מתויגת כ"**החלטה טכנית**". דורנר בהחלטתה הסופר טכנית היא שלא מפנים את הבית עד אחרי הבחירות (נתנה אפשרות להגיב תוך 7 ימים. הוא פירק מוקש ענק למערכת הפוליטית. **העתירה נמחקה בהסכמה אחרי הבחירות** – וכל מטרת העתירה הייתה למעשה להשיג את הסעד הזמני.

**פס"ד יתדות** (מופיע ברשימת הקריאה) – מהבחירות הקודמות (2015). רות עמדה במפלגת נשים חרדיות וביקשה לפרסם **תעמולה בקהל הרלוונטי לה (נאמן)**. רות מגישה תביעה על בסיס **איסור הפליה**, ולפיה חוק ניתן לקבל באמת צו עשה וגם פיצויים. היא דורשת **צו עשה זמני** כבר לממש את רצונה כי הבחירות הן עכשיו! אנו רואים **שביהמ"ש המחוזי כן נתן לה**, ונראה שכן יש בירור ראשוני של הנכונות המשפטית. ביהמ"ש המחוזי משתכנע ודורש עד יום הבחירות לעשות זאת. התביעה הוגשה בשישי בצהריים והצו ניתן לפני כניסת שבת.

**ביום ראשון השופט הנדל הופך את ההחלטה של המחוזי** ואומר **שהדחיפות לא לעניין** –

* אי אפשר לומר שבלי בירור מלא יש עדיפות לתובעת, **זה תיק שצריך לנהל אותו**. (שאלה מורכבת).
* בנוסף, אומר הנדל שבעניין השיפוי, **יש רגע מוקדם יותר שהיא הייתה יכולה לנסות לשלוח את המודעה** (חוסר תום לב?) גם היא שיחקה עם הזמן והפעילה לחץ על ביהמ"ש בכך שהשאירה זאת לרגע האחרון. השופט הנדל לא מוכן לשחק במשחק ולכן לא נותן את הסעד הזמני – המוציא מחברו, כל עוד לא הוכח אחרת.

הוא אומר **שכמובן ניתן להגיש תביעה ולדון בהליך**. גורל התביעה הזו היה להיסגר.

אנו רואים איך **הסעד הזמני** משמש להתמודד עם סוגיות כאלו כמו בחירות וסוגיות דחופות. הוא **יכול להוות כלי אסטרטגי בידי בעלי דין** (בראשון הצליח, בשני לא)

**בסעדים זמניים יש מתח נורמטיבי: איזון** (בתנאי אי-ודאות) – בין אינטרס התובעת בהליך אפקטיבי (גישה לערכאות) וזכות השרירה של הנתבעת (קניין, חירות).

* כזכור: **"המוציא מחברו עליו הראיה"**.
* **ניתוח מידתיות בהליך** - כשביהמ"ש אומר לנתבעת עוד לפני הפסיקה מי בעל הזכות האמיתי, נפגעות זכויות חוקתיות (כמו עיכוב היציאה מן הארץ) כדי לממש זכות אחרת. תנאי המידתיות מאוד נוכחים (חוקי יסוד, מידתיות).
* **האיזון בין האינטרסים** המגולמים הן בהליך והן בתנאים.
* **סעד זמני מהווה הזדמנות אסטרטגית קריטית לתובע**:
* **הבטחת אפקטיביות ההליך, לעיתים זה להיות או לחדול!** - הקבלנים שאנו תובעים, אני פשוט אעקל לו את הטרקטור ואז הוא לא יוכל לספק את המוצר (פשיטת רגל אפילו)
* **הפעלת לחץ על הנתבע לא להתעכב ואף להתפשר** – יכול להיות טוב מאוד כדי לוודא שגם הנתבע מעוניין בהגעה להתפשרות/מניעת התעכבות.
* **אינדיקציה לגבי סיכויי ההצלחה בהליך** – מה הסיכויים? ככל שהסיכויים גבוהים יותר ככה ביהמ"ש יהיה נכון יותר לתת את הסעד הזמני. זה חשוב לחישוב התוחלות – מסר מביהמ"ש לגבי איך הוא רואה את סיכויי התביעה שלי.

**סוגי סעדים זמניים (תקנות חדשות)**:

* **עיקול זמני של כסף/נכס (תקנה 108-102)** – מניעת הניידות של הכסף. העיקול הכי נפוץ הוא עיקול של חשבון בנק. העיקול יכול שיוטל על כל החשבון או על חלק קטן, והכסף נשאר בבנק – לא ניתן להוציאו. ניתן גם להטיל עיקול על נכס מיטלטלין ונכס מקרקעין. (מיטלטלין/מקרקעין – עיקולים של ערך נמוך יותר – עלות המימוש של זה היא גבוהה בהשוואה לעיקול על כסף בבנק).
* **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. מדובר בתביעות שלא עוסקות בכסף – אל תפטר את העובד כל עוד ההליך מתנהל.
* צו עשה זמני כולל **בעיית התלכדות עם הסעד הסופי**.

**פס"ד בעניין שדולת הנשים** - המדינה פתחה קורס הכשרה של צוערים לשירות המדינה המופנה למגזר החרדי. בפועל רק הקורס לגברים נפתח עקב חוסר ברישום של נשים. ברגע הזה למעשה מדינת **ישראל קיבלה רק גברים לתכנית צוערים בשירות המדינה.** שדולת הנשים טענה להפליה ותבעה בביה"ד לעבודה. ובגלל שהקורס עמד להסתיים תוך שלושה חודשים, ביקשו צו עשה זמני להכניס נשים (10 נשים) או לסגור אותה (בלי לברר בכלל האם הטענה המשפטית נכונה). ביה"ד בצעד אקטיביסטי **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**. בכל זאת מדובר בשלב זמני והעניין לא התברר, והוא מעדיף את **הסטטוס קוו** – כל עוד לא הוכח אחרת לא ניתן לעשות התערבות קיצונית. למעשה **נהפכת ההחלטה של ביה"ד האזורי**. כעבור ארבעה חודשים התביעה מסתיימת **בגישור ובפשרה** בין המדינה לשדולת הנשים.

* **כינוס נכסים זמני (תקנה 122-111)** – אנו ממנים אדם (עו"ד) ככונס נכסים, בגלל שאם הנכס היה מנוהל על ידי הנתבעת אנו חוששים שהיא הייתה מנהלת אותו **באופן רשלני**. זה נצרך במצב שבו, למשל, יש תביעה ביחס לפרדס וחוששים שהפרדס ידרדר בגלל שהניהול שלו יפגע (כי לנתבע פחות משתלם להשקיע בניהולו). במצבים של חשש כזה (יש לשכנע שמצב זה קיים) ביהמ"ש עשוי למנות מישהו אחר שינהל את הנכס/החברה בתקופת הליטיגציה.
* **תפיסת ראיות (תקנה 123)** – עוסק במצבים בהם יש לנו חשש שהנתבעת הולכת להעלים ראיה. מאפשר להשיג את המידע בתחילת ההליך.
* **עיכוב יציאה מהארץ – נתבע דרוש גופו (תקנה 128-124)** - סעד זמני שמשמש במשפט האזרחי כאשר יש צורך באדם בגופו למימוש פסק הדין (למשל, אם צריך תביעת אצבע של אדם, או שצריך חתימה של אדם).

**סעדים זמניים: המסגרת הנורמטיבית**

* **ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – פסקת ההגבלה**. מאפשרת למדינה לפגוע בזכויות בתנאי שהיא עומדת בתנאים של פסקת ההגבלה.
* מקובל לחשוב שהמענה לדרישה זו מצוי ב**ס' 75 לחוק בתי המשפט** (סמכות כללית לתת סעד).
* **תק' 94-101**: ההליך לקבלת סעד זמני (הסדר כללי).
* **תק' 102-128**: הסדרים ספציפיים.
* **תקנה 95(ב)** כוללת את **התנאים המהותיים לקבלת סעד זמני**:
1. **קיומה של עילת תביעה על בסיס ראיות מספקות לכאורה** – במקרה של **יתדות** לדוגמא.
2. **הסעד הזמני נחוץ להגשמת המטרה** – חשש מפני פעולה מסכלת של הנתבעת. כלפי המדינה היא לא תעשה פעולה מסכלת, ועדיין ניתן לקבל סעדים זמניים אם הפעולה תהיה מחר.
* **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). השיקול המפורש כאן הוא שקילת השפעה על צדדים שלישיים – יש הנחייה מפורשת לעשות כן.
2. **מידתיות (המבחן השני - האמצעי שפגיעתו פחותה)** (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**). דוגמא לאיך השיהוי משפיע על ביהמ"ש: עצם השיהוי יכול להקים עילה לדחייה שלה.

**סעדים זמניים: ההליך**

* **בקשה בתצהיר** – ביסוס לכאורה של עילת התביעה, הוכחת התנאים למתן הסעד.
* **המועד להגשת בקשה לסעד זמני**: בכל שלב, בד"כ בצמוד לכתב התביעה.
* **אך: מותר גם עד שבוע לפני** (!) – כשהתביעה סופר דחופה ואני חייב להשאיר את האדם בארץ. אנו רוצים לאפשר לאנשים אפילו בהיעדר תביעה במצבים מסוימים (כשאין תביעה – כמו **קליאן**) להוציא סעד זמני בלי להגיש כתב תביעה.
* **חריג נוסף – בנסיבות מסוימות, תיתכן בקשה במעמד צד אחד** (!) – כמו לגרור נתבע למדינה, ואז הזכות הראשונה שניתנת לו זה להתנגד לסמכות.
* **זכות אוטומטית לעיון חוזר במעמד שני הצדדים** (זכות טיעון) - ברגע שהקפאתי את הנכס, אני מיד יכול להתגונן ולטעון מדוע לא היה נכון לעשות כן.
* **החובה שמוטלת על הצד המבקש להפקיד בטוחות** (ת' 96) – ביהמ"ש עשה טעות אבל לא מוכן לקחת על עצמו את האחריות המלאה על הטעות. ביהמ"ש ידרוש להפנים חלק מהסיכון, ולהיות מוכן לשלם את הנזק אם יתברר שהתובע גרם לביהמ"ש לתת סעד זמני בנסיבות שלא היה ראוי לעשות כן.
* **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. **אפשרות לתביעה נזיקית נגד התובע שקיבל את הסעד הזמני** (**פס"ד סחר ושירותי ים (200)** (המרצה לא דיבר עליו)): תובע שניצח ישלם (!) – עיקול מופרז.
* **המסר: ייזהר המבקש**.
* הסרת אחריות מביהמ"ש?

בשיעור ביום חמישי בשבוע הבא לא נפגשים – יש להכיר את הנושא של תובענות ייצוגיות.

06.06.19

**שיעור 21 – הליכים מיוחדים**

המרצה מפנה את תשומת ליבנו לכנס הגדול שיתקיים ביום שלישי ורביעי הבא – בנושא פרשנות חוק הלאום. היום ועד השיעור האחרון נקדיש להליכים מיוחדים. נדבר על תובענות ייצוגיות ועל ערעור בהליך האזרחי.

**ריבוי בעלי דין – רקע**

נדבר על התופעה של ריבוי בעלי דין כרקע לתובענה הייצוגית. גם כשקוראים את תקנות סדר הדין, ניכר כי הן מנוסחות באופן בילטראלי – צד א נגד צד ב'. כמובן יש בכך משהו שמבטא את האופן שבו ההליך המשפטי התפתח ב-1000 שנים האחרונות. אבל יש לנו יותר ויותר תופעות של ליטיגציות שכוללות בעלי דין רבים. למה זה קורה?

* **המציאות הכלכלית, החברתית, הטכנולוגית משתנה** (כמו טוויטר).
* יותר מערכות יחסים ויותר אינטרקציות מרובות משתתפים (ריבוי יצרנים).
* **העומס על בתי המשפט גדל**.
* מאמץ לרכז הליכים דומים על ידי ריכוזם – אם יש עומס צפוי שהמערכת תעשה כך.
* **הרחבת זכות הגישה לערכאות** – המקרה הישראלי.
* מקום ליותר שחקנים בהליך.

**ריבוי בעלי דין – מנגנונים מרכזיים**

1. **צירוף בעלי דין – ע"י התובעת**. תובעת יכולה להוסיף נתבעים, והדין מעדיף ומעודד זאת. **תקנה 26** *- "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."*
2. **הודעה לצד שלישי – ע"י הנתבעת** – **תקנות 22-23** - *"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**. התנאי הוא שהתביעה המקורית תצליח. הודעת צד ג' למבטח היא מאוד נפוצה. זה יכול להיות גם במצבים שבהם שהנתבע אומר שאם הוא יהיה חייב מישהו יצטרך להשתתף בחבות שנחשפתי אליה, בגלל מערכת יחסים חוזית (ביטוח), ערבות...
* **בנוגע לכך שנתבעים לא יכולים לצרף תובעים – יש הליך שנקרא טען ביניים** – אדם שמודה בכך שהוא חב (יודע שצריך לשלם) אבל לא יודע למי (יש כמה אנשים שעשויים להיות תובעים) – רשאי הוא להוסיף גורמים ולתת לביהמ"ש להכריע למי לשלם – הליך דיי נדיר, אחד מהמקרים הבודדים שנתבע יכול להוסיף גורמים להליך.

**תובענה ייצוגית**

נוצרה כדי להתמודד עם שילוב מיוחד של כמה נסיבות. **הנסיבות הפרדיגמטיות**:

* מצב בו יש לי **נתבע אחד**.
* מצד שני יש לי **תובעים רבים** (עד כה, יכול להיפתר על ידי **תקנה 26**).
* **אבל, השווי נמוך לכל תביעה אישית**!

צירוף שלושת הנסיבות הללו מוביל לתוצאה הבאה – **אין תביעה**. תובע אחד יכול כמובן לתבוע על תביעתו, אבל הוא לא יעשה כך בגלל חישוב התוחלת **והעלויות**. גם **לשיתוף פעולה** יש עלויות! אני גם לא יודע מיהם התובעים הנוספים, והשווי הנמוך מקשה על כך (פרסום בעיתון הארץ – 17,000).

* העדר **תמריץ** פרטי לתבוע.
* בעיית **פעולה משותפת**.
* **עלויות זיהוי; עלויות תיאום** (תקשורת, החלטה ואכיפה – איך מקבלים החלטות של 100-200 איש?)

כך למעשה יש **נתח גדול של פעילות משקית שחסינה לתביעות ללא התובענה הייצוגית**.

**הבעיות בהעדר תביעות**:

* פגיעה לא מפוצה ב**זכויות מהותיות**.
* פגיעה **בגישה לערכאות**.
* **חוסר שוויון חלוקתי** (בד"כ האנשים הקטנים הם אלו "שגוזרים" עליהם קופון).
* פגיעה **בהרתעה** - נגד מעוולים גדולים שגורמים נזקים קטנים.
* בנסיבות בהן האכיפה המדינתית (פלילית/מנהלית) לא מספקת - תובענה ייצוגית בעצם מודה בכך שאין כלים אפקטיביים אחרים להתמודדות עם ההתנהגות הפסולה של המעוולים במקרים אלו.
* **בג"ץ פרסקי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (2015)** (מרשימת הקריאה): **הפרט כשותף במאמץ האכיפה המדינתי.** ביהמ"ש העליון (**רובינשטיין**) אומר שזה בסדר לחשוב על האנשים הפרטיים כשותפים, וניתן להתעכב עליו. אפשר לחשוב על מונחים של חירות, האם יש על אנשים חובות, האם מוטלת עלינו להיות שותפים במשפט או שאנו רק נהנים מכך? מדובר בדיון תיאורטי בתורה פוליטית, אבל אנו רואים שאכן **הכלי הזה נתפס כמרכזי מאוד לרגולציה של התנהגות עסקית** לרגולציה כלפי שחקנים משמעותיים במשק, וגם רואים זאת מהשחקנים עצמם.

**הפתרון של התובענה הייצוגית:**

* **ריכוז** כל התביעות להליך אחד.
* **תובע-נציג** מייצג את כל התובעים.
* פסק הדין **מחייב** את כולם (נתבע 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."*

סעיף זה למעשה **כופה וכובל את כל הצדדים כולם**, נוצר השתק לא הדדי התקפי, והוא 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 – איזון מורכב**

מצד אחד יש לנו את **חברי הקבוצה**, מצד שני יש לנו את **הנתבע** (נתפס כנתבע חריג) ובתווך יש לנו את **התובע הנציג** – שיש התייחסות מיוחדת אליו בגלל המתחים שהוא מעורר.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| חברי הקבוצה | התובע הנציג | הנתבע |
| **בעיה** - מעשה בית דין בלי יומם בביהמ"ש | **בעיה** – (1) בעיית התמריץ לייצג - למה שאדם פרטי ירצה לקחת על עצמו את ניהול התביעה? | **בעיה** - חשיפה לסיכון חריג – • עלויות הגנה גבוהות• הטלת אחריות בגין מעשים  שאמורים להיות פטורים  מאחריות (de minimis)• חשש מתביעות סחטניות• נטייה להתפשר מוקדם |
| **פתרון 1** – אישור תו"ת (תובענה ייצוגית) – וידוא ייצוג ראוי (ס' 3, 4, 8) | **פתרון 1:** קרן מימון תו"צ (ס' 27) | **פתרון 1:** אישור תו"צ – מניעת ניצול לרעה (ס' 4, 8) |
| **פתרון 2** - יציאה (opt-out) (ס' 11) וכניסה (opt in) (ס' 12) | **פתרון 2:** גמול לתובע (ס' 22) | **פתרון 2:** הסדר של הגבלת עילות (ס' 3) |
| **פתרון 3** - היתר השתתפות בדיונים (ס' 15) | **פתרון 3:** שכ"ט לעו"ד (ס' 23) | **פתרון 3:** הגנה על נתבעים "מיוחסים" (ס' 3(א) סיפא, 8(ב), 9, 21) |
|  | **פתרון 4:** תביעות רשות/ארגון (ס' 4(א)(2), (3)) | **פתרון 4:** שק"ד רחב בקביעת הסעד (ס' 20) |
|  | **בעיה 2** – (2) בעיית נציג - חשש שהנציג "ימכור בזול" את חברי הקבוצה עבור רווח אישי |  |
|  | **פתרון 1:** חוברת נאמנות כשליחות (ס' 17)  |  |
|  | **פתרון 2:** פיקוח על הנציג, החלפתו (ס' 8(ג)  |  |
|  | **פתרון 3:** אישור הסתלקות (ס' 16)  |  |
|  | **פתרון 4**: אישור פשרה (ס' 18-19) |  |

**חברי הקבוצה**:

**בעיה - מעשה בית דין בלי יומם בביהמ"ש.** נוצר הליך שמוותר על קול חברי הקבוצה

**פתרון 1:** לצורך ההליך ויש לוודא שהאינטרסים של חברי הקבוצה לא נפגעים בלי להגן על עצמם. לשם כך, יש לקבל **אישור תו"צ – וידוא ייצוג ראוי** (**ס' 3, 4 ו8**) – אני מגיש בקשה שמבקשת לאשר את התובענה כתובענה ייצוגית בשם כלל חברי הקבוצה התובעת – יש למעשה הליך מקדמי שהוא כמעט כל הסיפור של התובענה הייצוגית, במסגרתו אני צריך לשכנע את ביהמ"ש שראוי לתת לי את העוצמה לייצג את הקבוצה. אישור ביהמ"ש כבר יהווה אינדיקציה חזקה לצדדים לגבי תוצאות הצדדים.

**פתרון 2**: **יציאה (opt-out) (ס' 11) וכניסה (opt in) (ס' 12)** – קיים הסדר כניסה ויציאה מהקבוצה. אפשר לומר לתובעת הנציגה לפרסם בעיתונים שהוגשה בקשה לתובענה ייצוגית, כל מי שרוצה להיות בפנים מוזמן. חלופה אחרת – לבקש שכל מי שלא מעוניין להיות בקבוצה מבקש להודיע על יציאה. ההבדל בין 2 הכללים הללו: **אם נאהב תובענות ייצוגיות – כלל ברירת המחדל של יציאה יהיה מועדף, מותר לכפות על כולם להיכנס!** (זה הכלל שנבחר בישראל – **ס' 11**). יש סעיף חריג שמאפשר לעשות opt in אם מדובר בקבוצות תובעים בשווי גבוה, אבל זה מאוד נדיר. ההסדר נסמך על הטיה קוגניטיבית של status quo bias (הנטייה של אנשים להישאר במצב שבו הם נמצאים, גם אם עלויות הסטייה ממצב זה נמוכות). בישראל יש מצב OPT IN בעניין תרומת איברים, ויש מדינות שהלכו בכיוון ההפוך.

**פתרון 3**: **היתר השתתפות בדיונים** (**ס' 15**) – מאפשר לחברי הקבוצה להשתתף ולהשמיע את כולם בדיון. סעיף זה כמובן מניח שלא כולם יבואו ויבקשו לדבר. מניחים שמדובר באנשים עם מודעות מוגברת

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, מאפשרת נטישה), **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).

**הנתבע**:

**בעיה -**  **חשיפה לסיכון חריג** –

* **עלויות הגנה** גבוהות.
* הטלת אחריות בגין מעשים שאמורים להיות **פטורים מאחריות** (de minimis) – כמו מצבים חדשים.
* **חשש מתביעות סחטניות** – שווי המניות צונח, כי חשיפה זו מורגשת.
* **נטייה להתפשר מוקדם** – הנתבע ינסה להתפשר, ויכול להיות שינסו לגרור אותו לתשלום גבוה יותר למרות שאחריותו לא גבוהה.

החוק תופס את הנתבעים בתובענה ייצוגית כנתבעים שצריכים הגנה – זה לא מקרה רגיל.

**פתרון 1:** **אישור תו"צ – מניעת ניצול לרעה** (**ס' 4, 8** – עוסקים שהנתבע לא מנוצל לרעה להליך התובענה הייצוגית).

**פתרון 2**: **הסדר של הגבלת עילות** (**ס' 3**) – ניתן לתבוע רק לפי העילות, אבל בפועל העילות בתוספת אינן מצומצמות.

**פתרון 3:** **הגנה על נתבעים "מיוחסים"** (**ס' 3(א) סיפא, 8(ב), 9, 21**) - יוצרים הגנה על נתבעים "מיוחסים" כדוגמת המדינה, כדי שתובעים פוטנציאליים לא "ישתו" את תקציב **המדינה.** למשל, המקרה בו ארה"ב ואובמה הזרימו כספים לבנקים. הם לקחו כסף ציבורי והצילו את האנשים הללו למרות שהם גרמו לנזק. יש לנו גם רשימה של אנשים שאם הם יהיו חשופים ויפלו הם יפילו את כולם (מופיע ב**ס' 8 לחוק** – תאגידים שהם too big to fail כמו בנקים, ביטוח, חברות כמו חברת החשמל, מים). הקבוצה השנייה (מעבר לתאגידים) היא המדינה – זה לא החשיבה שהמדינה תסגור את שעריה, אבל המדינה היא גורם חזק, ולא ניתן לחשוף את תקציב המדינה לעוד ועוד סיכונים (תביעות כאלו). **ס' 9** אומר שאם התביעה נגד רשות ציבורית והרשות אמרה כי היא תפסיק את הפעולה המפרה (כמו תביעה נגד עירייה), אי אפשר לנהל תובענה ייצוגית בהקשר הזה. (מעודד שיטת מצליח – תמריץ לעוול). לתקופה מסוימת הפעילו את הכלל לגורמים פרטיים אך ביהמ"ש העליון עצר זאת.

**פתרון 4:** **שק"ד רחב בקביעת הסעד** (**ס' 20**) – אם נקבע שיש לשלם, ביהמ"ש יכול להפעיל שיקולים רחבים לגבי איך לשלם וכמה.

**התובע הנציג**:

**בעיה 1**: **בעיית התמריץ לייצג** - למה שאדם פרטי ירצה לקחת על עצמו את ניהול התביעה?

**פתרון 1:** **קרן מימון תו"צ** (**ס' 27**) - המדינה אומרת שהיא תשים חלק מתקציב המדינה למימון תובענות ייצוגיות, ואנשים יוכלו לפנות לקרן של המדינה לטובת ניהול תובענות אלו (בשנה – 1.5 מיליון ₪ ל64 תיקים - לא הרבה אבל עדיין נותנים, בעיקר בנושאים של הגנת הצרכן. לאפשר לאנשים הקטנים (חברות לא מקבלות)).

**פתרון 2:** **גמול לתובע** (**ס' 22**) – נוציא דלתא מכל הסכום שכל אחד מקבל ואותה נעביר לתובע. זה סוג של תשלום שכר אקס פוסט על ידי חברי הקבוצה לנציג.

**פתרון 3**: **שכ"ט לעו"ד** (**ס' 23**) - הסדר מיוחד לשכר טרחה לעו"ד – נרצה שהשחקנים יהיו אפקטיביים ולכן יש הסדר מיוחד לחישוב שכר הטרחה של עורכי הדין.

**פתרון 4:** **תביעות רשות/ארגון** (**ס' 4(א)(2), (3)**) – **פס"ד קולך** מחומרי הקריאה שמדבר על ייצוג אינטרס של אנשים להישמע ברדיו: 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**. שם זה נעשה, נדבר עליו בהמשך).

**בעיה 2**: **בעיית נציג - חשש שהנציג "ימכור בזול" את חברי הקבוצה** עבור רווח אישי.

**פתרון 1:** **חובת נאמנות כשליחות** (**ס' 17**) – דיני השליחות חלים. יש יצירה מכוח הדין בין הנציג לחברי הקבוצה.

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

**פתרון 3**: **אישור הסתלקות** (**ס' 16**) – ס' זה 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:** **אישור פשרה** (**ס' 18-19**) - 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.

**לפי 2 הסעיפים האחרונים - אי אפשר להתפשר בלי שביהמ"ש יבדוק את הפשרה לעומק**, ואף באמצעות בודק חיצוני כדי לבדוק האם פשרה היא ראויה. האם יש חשש לניצול לרעה. יהיה ממש הליך משפטי פנימי שעוסק בעד כמה התהליך ראוי. בפועל, הרבה מהליטיגציה מתנהלת בשלב הראשוני בבירור האם ההליך ראוי או באישור הפשרה.

**אפשר להתמודד עם בעיית הנציג כשאנו יודעים שיש נציג**. הרבה יותר קשה לעשות זאת כאשר הנתבע קונה את התובעים הפוטנציאלים (לפני שיש בכלל תביעה) (צ'רנוביל – מפעל מזהם...) זה לא-לא חוקי לעשות זאת, במיוחד כאשר המפעל הולך לאנשים הפעילים ביותר, והוא יכול למנוע את הסיכון. זה דבר שהדין לא יכול להתמודד איתו, אלא רק באמצעות כניעה בדיעבד.

ביום שני נדבר על הדין. המרצה יכנס לאופן שבו הסכמים אלו עובדים (יום שני אחריו). תעיינו בעיקר בהחלטה של פס"ד קולך (מעט נשים בקול ברמה).

17.06.19

**שיעור 22**

**תובענה ייצוגית – שאלות נוספות**

* **תחרות בין תובעים** – אנו מדברים על קבוצה בלתי מסוימת שיודעים שיש את האופציה של תובענה ייצוגית, יש ציפייה כי יותר מאדם אחד ירצה להגיש תהליך ייצוגי. זה יכול להתקיים בין ערכאות שונות ועלול להיווצר מתח בין קבוצות על אותה עילה – זה לא טוב, יש נטייה כללית לריכוז. איך מתמודדים עם זה? אנו רוצים שיהיה רישום שאנשים יוכלו לראות אם הגישו כבר תובענה ייצוגית
* **מרשם (פנקס התובענות הייצוגיות)** + (**ס' 5(א)(2), 6, 28**) – מי שמגיש בקשה לניהול תובענתו צריך לעשות 2 דברים
1. **להיכנס למרשם**.
2. **לדווח**.

**כלל כל הקודם זוכה** – צריך להכריע מי זוכה בתחרות הזו, זו ברירת המחדל. אם מישהו רוצה להגיש תובענה ייצוגית וכבר הגישו - הוא יכול לנסות את מזלו בלשכנע את ביהמ"ש שהוא מתאים יותר למשימה.

* **יידוע חברי הקבוצה** – אנו רוצים לוודא הגנה על האינטרסים של אנשים אחרים אם הם לא מעוניינים (לסגת), עושים זאת באמצעות **כלי פומבי וגם לכך משמש המרשם**:
* **פרסום** – **אישור תו"צ, פשרה, סעד** (**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!** בדרך כלל הדרישה היא לאמצעי פרסום כלליים (פנקס ועיתונות הכתובה, מאוד נדיר שיחרגו מכך).
* **חלוקת קרן הפיצוי** – **איך מחלקים את הפיצוי** כאשר הפיצוי יכול להיות נמוך בין אדם לאדם, כל שכן אם אנו לא יודעים מיהם התובעים ללא השקעת משאבים רבים?
* **שיקול דעת רחב לביהמ"ש + קרן לניהול תשלומים** (**ס' 20, 27א**)- לביהמ"ש יש שק"ד רחב בקביעת אופן חלוקת הסעד. יש קבוצות שכן יהיה אפשרי לחלק כמו גבייה לא חוקית של עירייה, יהיה אפשר להחזיר בחשבון הבא. בדוגמא הזו הפיצוי לכל חבר בקבוצה יהיה שונה בהתאם לגודל הדירה והזמן ששהיתי שם. אפשר גם לעשות פיצוי לטובת הציבור – אחד האינטרסים של נתבעים להגיע לפשרות זה לחסוך את החישוב, ואז מגיעים לתרומה כזו. לפעמים אנו רואים שזה יקר מידי להחזיר, אז מעכשיו נגבה פחות על כל מילקי. הנכונות להתגמש מחזירה אותנו לשאלת התכלית של התובענה הייצוגית ומדגישה את ההיבט ההרתעתי של הכלי – הפנמת הנזק על ידי הנתבע.

**קרן לניהול תשלומים** – מצבים שבהם אי אפשר להעביר את הכסף לנתבעת ישירות, משתמשים בקרן. אם אין מספיק תובעים הכסף לא יחזור לנתבע.

* **אגרות** – **כשעבר חוק תובענות ייצוגיות**, נקבעה הוראה ששר משפטים יקבע בתקנות הסדר האגרות ותובענות ייצוגיות, **נקודת המוצא הייתה שאין אגרות על תובענות ייצוגיות** – לא משלמים על ניהול תובענה ייצוגית. **א'** – זה משהו חדש שרוצים שיתפוס ומתמרצים, ו**ב'** – אם היינו שומרים על הכלל הרגיל של האגרות, הרבה מהתובענות הם על סכומים אדירים (2.5%) ואז לא יהיו תביעות ייצוגיות). אצל **השרה שקד** התחילו לטעון שהתמריץ עובד טוב מידי ומוגשות יותר מידי תובענות ייצוגיות (30.11.2017 – פייסבוק) – אבל המקרה מורכב יותר. נצטרך להבחין בין מקרים שבו אנו שמחים שהתמריץ עובד ולא נשמח. **השרה מציעה להפריד בין קטגוריות של תאגידים** (גדולים, קטנים, בינוניים). אפשר לפתח עמדה שאנו לא אוהבים אופורטוניסטים, אבל החוק לא מניח זאת. יש כאן דיון פופוליסטי אך מצד שני הוא מעלה שאלה חשובה של ניצול לרעה.
* **תקנות במחלוקת** – היו סכומים לא נמוכים של אגרות שנקבעו על ידי ביהמ"ש:

 16,191 (5,566) ₪ במחוזי, 8,095 (3,036) ₪ בשלום – **מה שהתובע/ת צריכים לשלם היום זה רק הסכום שבסוגריים**. אם אני מפסיד אני משלם את מה שמחוץ לסוגריים, ואם אני מנצח אז הנתבע משלם זאת. חשוב לזכור שלא מדובר בסכום נמוך – משכורת חודשית/חצי חודשים. מדובר בתקנות חדשות וזה קצת צמצם את התביעות הסכומיות הבינוניות, התקבל הרושם שיש פחות, אבל כעניין אמפירי יש לחכות שנתיים שלוש. ברור שהמטרה הייתה לצמצם את תופעת התובענות הייצוגיות. התשלום הוא בלי קשר לסכום התביעה (לא הכלל הרגיל של חישוב אחוזי).

**אישור תובענה ייצוגית – תנאי הסף**

יש לנו פסיקה רבה על הנושא של אישור תובענה ייצוגית. נעשה סקירה מהירה של הדין הזה כדי להכיר את המבנה שלו.

* **ס' 3 – עילה מנויה**

ניתן להגיש תובענה ייצוגית בישראל **רק אם היא עילה מנויה בתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות.** יש כאן גם הליך חדש שיוצרים בשנות ה-2,000. אמרו שלא יפתחו את כל היריעה, אבל התוספת מתחדשת ומתארכת. הרשימה די ממצה: הגנת הצרכן, ביטוח, בנקאות, שירותים פיננסיים, הגבלים עסקיים, ניירות ערך, הפליה בעבודה, נגישות, זכויות עובדים, השבת גבייה שלא כדין (\*), ספאם, פנסיה, דירוג אשראי.... צריך לראות שאני נופל באחד מהם. זה לא 100% מהמקרים אבל נתח משמעותי. לצד תחומים "מובנים מאליהם" יש תחומים חברתיים וחוקתיים כמו הפליה באספקת שירותים לציבור הרחב, מפגעים סביבתיים וכו'.

* **ס' 4(א)(1): עילה אישית** – **התובע צריך להיות חלק מהקבוצה**.

נשמע סביר שהתובע יהיה חבר מהקבוצה, אבל ככל שאנו מסתכלים על הדין הזה הוא פחות ופחות פיצוי אנשים ספציפיים אלא יותר פיתוח מנגנון רגולטורי חדש, אפשר להעלות את השאלה האם יש הצדקה עצמאית לתנאי עצמו? למה שזה לא יהיו יזמים של תובענות ייצוגיות אם מה שהם עושים זה לממש את התכלית של הדין?

* **עוגן אנכרוניסטי, דחיית מודל "התובע הציבורי"** – אצלנו בדין וויתרו על אפשרות זאת, יש להראות זכות עמידה – לראות שיש זכות לתבוע.
* ב**ס' 4(א)(3)**: **חריג** שמאפשר תביעת ארגון בתנאי "שקיים קושי" להגיש בידי בעל העילה – להביא תובע פרטי.

**המרצה** אומר שיש קולות בפסיקה בשנים האחרונות **בעניין התובע הציבורי**. בפעם הראשונה שזה עולה – **בג"ץ רובינשטיין**, טענה שמשרד החינוך צריך לכפות על החרדים לימודי ליבה, **הנשיא גרוניס** אומר שעד כה לא הצליח להבין **מדוע אין בעתירה זו אף חרדי**. השופטים שואלים את עצמם איפה האנשים עצמם? **המרצה** אומר שהוא לא חושב שעילת הסף של עמידה חזרה לחלוטין למשפט הישראלי, אבל אולי זה הולך בכיוון הזה.

* **רדיו קול ברמה נ' קולך (2015):** "**גישה מצמצמת וזהירה**"; נדרשת "**שקידה סבירה**", הכרה ב"**קושי אינהרנטי**" – חסם תרבותי.

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. **ביהמ"ש פוטר את קולך מלעשות סקר**. בעצם סוג הראיות שנסתפק בהם אלו הראיות על האישה החרדית הטיפוסית.

עורכי דין יכולים לחפש נפגע ולשים אותו בכתב התביעה, ועורכי הדין יעשו את שאר העבודה – נוהל מקובל. שקידה סבירה – לעשות מאמץ סביר למצוא תובע בעל עילה אישית. במבחן צריך להתלבט האם השקידה סבירה או לא.

**למה רק ארגון ולא אדם רגיל?** ביהמ"ש לא מעוניין לומר שזה בעצם **כלי רגולטורי**. הדין נזהר מזה (אולי לא רוצים להודות בכישלון רשויות האכיפה).

**אישור תובענה ייצוגית – תנאיים מהותיים**

קיימים **חמישה תנאים בסעיף ס' 8(א)**

1. **ס' 8(א)(1) רישא: שאלות משותפות**. יש להסתכל על כתב התביעה ולוודא שלכל קבוצת התביעה יש אותה עילה של הנתבע (אחרת זו לא תובענה ייצוגית אלא אוסף תביעות פרטיות).
* **השאלה הנורמטיבית: מהי מידת השיתוף הנדרשת?** בעבר העליון קבע ש-100% מהתביעה צריך להיות משותפת (זהות עילות מוחלטת - אותה עילה, אותו נזק וכו'). כיום הגישה מתונה יותר (ליברלית) ומבקשת דמיון בסביבות 80% - משהו שיועיל בניהול הקיבוצי (יהיו מצבים שבהם די ב-50% עם בירור פרטני בתוך הקבוצה).
* **פס"ד רדיו קול ברמה** – מיהם הנפגעים? בשביל מי אנו תובעים? כל הקבוצה? כל מי שרצה לדבר ברדיו ולא יכלה? מי שלא יכלה לשמוע אנשים ברדיו? מי שרצה (ולא רק רצתה?) – אלו שאלות שישפיעו על **גודל הפיצוי**. אלו שאמרו להם שהם לא יכולים להשתתף, יש תחושב שמגיע להם פיצוי גדול יותר. ביהמ"ש מכיר בכל. ברגע שביהמ"ש אומר שהוא מסתפק בשאלה הבסיסית האם המדיניות הזו אסורה, פתאום קול ברמה חשוף לפיצוי של 110 מיליון ₪ - קולך לא בדקה את המספר, וביהמ"ש מאפשר להתקדם עם הפיצוי הזה. כמובן שמיד ניגשו לפשרה, שילמו קצת ובעיקר קיבלו על עצמם את שינוי המדיניות
1. **ס' 8(א)(1) סיפא: אפשרות סבירה להכרעה לטובת הקבוצה** – ביהמ"ש בודק מהם סיכויי התביעה, הוא עושה בירור הוכחתי ראשוני לתביעה. **ראיות לכאורה**. 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. זו הסיבה שיש לנו 99% (שהרבה מסתיימים בפשרה).
* **הגנה על נתבעים**! מדובר בתנאי שמגן על הנתבעים.

**השאלה הנורמטיבית: מה רמת ההוכחה הנדרשת?** [**פירסק נ' קצא"א (2016)**]

ככל שמטילים רף הוכחה גבוה יותר יש עלויות גבוהות יותר. הראיות נמצאות גם אצל הנתבע, מי שמבצע את המדיניות. אני צריך להגיע למידע איכשהו – אז איך פותרים זאת?

* **אפשרי גילוי מוקדם** - יש הליך מסוים של גילוי מוקדם בתובענה ייצוגית כדי לתמוך בהליך אישור התביעה לשני הצדדים – הנתבע והתובע יכולים לחלץ נתונים שיסייעו להם. הגילוי מוקדם אינו יכול להיות רגיל, אלא רק מצומצם ותחום.
1. **ס' 8(א)(2): האם תובענה ייצוגית הינה הדרך היעילה וההוגנת לניהול ההליך?** - 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; מורכבות הבירור של זכויות אישיות (חלוקת הקרן).
1. **ס' 8(א)(3): ייצוג הולם**
* **הגנה על הקבוצה**! 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** –
* **הגנה על הקבוצה/הנתבע?** 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.
* **ניהול 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. מדובר בשאלה.
* **כניסה מכוונת לקבוצת התובעים** – מצב בו אנשים יודעים שהם לא חלק מהקבוצה אבל הם מנסים להצטרף באותו הרגע שזה קורה במכוון? או מישהו שגובה שלא כדין ואני נכנס כדי לתבוע? (כניסה יזומה לקבוצה) האם היחשפות מכוונת לנזק היא דבר שמפריע לנו?
* **פורום שופינג** - לכאורה לא היינו רוצים שיהיו אנשים כאלו ברחוב, אבל מצד שני אנו צריכים לומר תודה רבה מבחינה רגולטורית – תודה לאדם שלקח על עצמו את הנזק הזה. טענות אלו יכולות להיטען בעניין אידיאלים התנהגותיים שונים של אנשים בחברה.
* **פס"ד 3698/11 שלמה תחבורה:** אדם שכר הרבה רכבים ביודעו שהחברה גובה יותר כסף ממה שצריך (מעגלים) (2-5 תובענות ייצוגיות שהוגשו בבתי משפט שונים ברחבי הארץ). במקרה שמישהו עשה פעולה מכוונת **כדי להפוך לתובע**, ועשה **בשיטת מצליח** – זה מחמם את ביהמ"ש העליון (ונפל על **רובינשטיין**) – והאמירה יותר קיצונית ממה שביהמ"ש היה רוצה לומר לדעת המרצה. **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"*. אבל איך אתה יודע שהנזק דל? יצאה אמירה מעוגנת מבחינה משפטית (**ס' 8(א)(4)**) אבל לא ברור האם הוא נכון.
* **הגשת תו"צ למטרות סחיטה, הטרדה, השתקה, חשיפה?** 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.
* **הגשת 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.

עד כאן תובענה ייצוגית, נשאר עוד מפגש אחד. נדבר קצת על דיני ערעור, נגיד כמה דברים על הדין, הסתכלות בחקיקה בסילבוס, נתחבק, נגיד להתראות.

20.06.19

**שיעור 23 - ערעור**

**2 מילים על המבחן** – יהיה מבחן. הפורמט יהיה דומה למבחנים של סמסטרים קודמים, קייס ושאלת מדיניות. שאלת הקייס במבחן הזה – כאן הפורמט שבו הקייס מוצג זה לקוח או לקוחה שנכנסים למשרד עורכי דין, מספרים את סיפורם ומבקשים עצה. זה דבר חשוב – **הם לא רוצים רק ניתוח מושכל של הדין אלא גם לדעת איך לנצל את הדין** – תפיסת תחום סדר הדין האזרחי כדין, וגם הדין איך שאנו יודעים. אם צריך לבדוק את הסיכויים – צריך גם להכריע מה העצה הטובה ביותר שאנו יכולים להציע ללקוח. כשקוראים את המקרה יש לקרוא גם את המילים של הלקוח, מהי מדגישה, מה הוא אומר, מה הם רוצים. במקומות שבהם יש עניין משפטי – להדגים את הבקיאות שלנו בניתוח הדין, הדוקטרינות השונות, השיקולים השונים. **המבחן הוא חומר סגור ואפשר להכניס חקיקה** – מה שהשתמשנו בו – חוק יסוד השפיטה חוק בתי המשפט תקנות החדשות וחוק תובענות ייצוגיות (הקייס יניח שחלות התקנות החדשות). מי שמדפיס את זה – אי אפשר לערוך את זה עם כותרות – מוציאים מנבו ומדפיסים, לא מוסיפים דבר, הדין הוא ככה. לא צריך כלכך להשתמש בחקיקה (בתקנות) אלא אם רוצים להיזכר מהם 5 התנאים של תובענה ייצוגית או 3 השלבים של הסעד הייצוגי. לא למדנו פסיקה רבה שחייבים לצטט אותה (לא תיבחנו על כך) אלא על הבנה וידיעה של הדין. זו מבחינת **השאלה הראשונה** – 65%.

**שאלה שנייה** – יותר מוכרת ממבחנים אחרים, שאלת מדיניות. יש בדרך כלל אנסין, הצעת חוק, פסקה ממאמר, אנו מתבקשים לחוות על משהו מסדרי הדין דעה. תמיד המרצה כולל גם שאלת משנה בו אנו מתבקשים להציע הסדר משלכם – פתרון משלנו לנושא. כמובן שאין תשובות נכונות, אלא תשובות מנומקות ולא מנומקות. זה בערך שליש מהתשובה. יש מגבלת מקום שאוכפים אותה וההמלצה היא לחלק את התשובות שני שליש-שליש באורך, יש לכתוב בכתב יד ברור, בודקים מטילים סנקציה לא מודעת על כתב יד לא ברור. **זמן המבחן הוא 3 שעות, 5 עמודים**.

בזמן שנותר לנו המרצה רוצה לומר כמה מילים על הליך הערעור – ברוח הקורס כולו נדבר רק על **העקרונות הכלליים ביותר**, בקושי נגיע למה שקרה בתקנות החדשות. הערעור בעתיד אולי יראה אחרת מהערעור כפי שהוא נראה כיום, ואנו נדבר על העקרונות שלא השתנו. אתמול היו בחירות לראשות הלשכה ואבי חימי רצה לבטל את התקנות, נראה מה יעשה...

**ערעור – תכליות**

המוסד עצמו מוכר לנו ויש דיון מעניין של מאיפה בא לנו נושא הערעור ולמה זה נתפס כדבר נכון מוסרית... מהן ההצדקות לערעור?

1. **תיקון טעויות** – כולל 2 הנחות, **שיש נכונות במשפט**, **ושיש מנגנון לזיהוי הנכונות במשפט** – אולי הערעור יוכל לשפר את רמת הדיוק הכוללת של המערכת – **המרצה** מטיל בכך ספק בנוגע לרעיון הנכונות, בוודאי שמתחילים לחשוב מיהם שופטי הערעור ומיהו הערכאה הראשונה – המרצה אומר שזו שאלה פתוחה שאפשר להתלבט ביחס אליה. אנו אומרים בבירור ששופטי הערעור יודעים פחות – לא נחשפים באופן ישיר לראיות, דבר שהולך להחמיר בתקנות החדשות – עוצמה נוספת לערכאות הנמוכות. האם שופטי הערעור יודעים את השאלות המשפטיות יותר טוב? גם שאלה... האם אפשר לבדוק את זה?
2. **תמריצים לערכאות הדיון – לדייק, לנמק, לציית** – אם אני יודע שמישהו יבקר את ההחלטה שלי זה יכול ליצור אצלי תמריצים לנמק את ההחלטה, להתאמץ ולוודא שלא תתוקן. צריך לדעת האם שופטי ערכאות דיון אכפתיים לגבי מה שקורה עם ההחלטות שלהם – זה משתנה בין שופטים שונים – כאלה ששוכחים וכאלה שבודקים אחרי 45 יום לראות אם ערערו. האם השופטים מושפעים מכך שיש ערעור? ואם יש ערעור צריך לנמק ולהסביר.
3. **תחושת הוגנות אצל בעל הדין המפסיד** – מקרב אותנו לשיח לגיטימציה. אנו רוצים אנשים שאוהבים את המערכת גם אם הם מפסידים בה. גם כאן זו הזמנה לשיח אמפירי שאומר כמה ערעורים באמת מתקבלים? מהי עלות מימוש התיקון? רוב הערעורים לא מצליחים. אבל במסירת מסר של צדק דיוני, זה גם יוצר את התחושה הזו שלא הכל אבוד.
4. **הגמוניה?** אולי זה רק נועד להשתיק את האזרחים? אחוזי ההצלחה של רוב הערעורים נמוכים.
5. **לגיטימציה?**
* **הדגשת רעיון הנכונות** - אומרים שיש דבר כזה של נכונות, כמו שיש כלים אמפיריים לזהות את הדבר הנכון והלא נכון – אנחנו מומחים בזיהוי התשובה.
* **הכרה באפשרות לטעות** - בה בעת, אנו מכירים ששופטים טועים, **"האם שופטים הם בני אדם?": מאמר של ג'רום פרנק** – מדובר בשאלה צינית שבאה מהתחושה של הציבור אחרי שהשופטים אומרים ש"גם אנחנו בני אדם", יש את הרעיון של להציג אותנו כיכולים לטעות מחזק את הלגיטימציה של המערכת – הכנסת מנגנון ערעור כדי להתמודד עם הטעויות.
* **החצנה של מחלוקות/פלורליזם** – להציג יותר מעמדה אחת יכולה להעמיד את מערכת המשפט כמערכת שבה יש יותר מתפיסה אחת נכונה ביחס לסוגיות שונות. זה בולט בערעור ובמיוחד בהרכב – המערכת מוותרת על כך שיהיה קול אחד (**בג"ץ הבוגדת** – תשעה שופטים דנו בנושא). שימוש בכלל הכרעה שיפוטי של הכרעת רוב מכיר בכך שהמשפט הוא מקום פלורליסטי. זה כולל מעין סתירה פנימית – נכונות, ומצד שני פלורליזם. דווקא בערכאות הערעור שמטרתו לתת תשובה סופית אחת (בערעור) דווקא שם אנו מבזרים את השופטים – סתירה מובנית שההליך מקיים.

**ערעור – עיקרים**

* **הליך אוניברסלי – כמעט** – הרעיון שאורגן אחד יבקר את הנכונות של אורגן אחר זה דבר מאוד נפוץ, ומחזיר אותנו לדיון הקודם של תכליות. הרכב כלשהו עם כל התמריצים ופלורליסטי הוא מאוד מאוד עמוק במודל השיפוטי של המדינה המודרני, וגם בישראל אין ערעור על כך החלטה של ערכאה ראשונה. בג"ץ זה ערכאה ראשונה שעליה אין ערעור. דיון נוסף זה החריג שבחריג.
* **לדוגמא: בג"ץ ורוא ארגו'ב נ' מפרד כוחות צה"ל 1988** – החלטה מפורסמת שמוציא **שמגר** בעניין ארג'וב, נטענה הטענה שבתי המשפט בשטחים צריכים לקיים ערעור ולא היה.

טענה שזה פוגע בזכויות התושבים הפלסטיניים, שמגר אומר שזו באמת פגיעה חמורה וזה לא בסדר שאין ערכאת ערעור, אבל לא מצא מקום שמחייב שבכל הליך יהיה ערעור. זה מאוד רצוי אבל לא מצא חובה. **שנתיים אחרי זה צה"ל הקים ערכאת ערעור** – המגמה היא כן לשם. מי שמכיר את ההיסטוריה של בתי הדין הרבניים – בהתחלה במסגרת אמרו הבריטים שצריך לאמץ את תפיסת המשפט של ה-Common Law, ועשו את זה – הקימו את בית הדין הרבני הגבוה, והוא שרד גם במדינת ישראל.

* **מי יוזם את הערעור** – מי קובע שיהיה ערעור על החלטת ביהמ"ש? **הצד המפסיד**. אבל האם זה הגיוני? האם זה ממש את תכליות הדיון הקודם שלנו? האם מה שמעסיק אותו אם ביהמ"ש טעה או לא? **רק אם הוא טעה נגדו**. **אם זה לטובתו אז הוא לא מערער!** עד כמה הערעור שלו נכון? יש אנשים שיערערו למרות שלא היינו רוצים שהם יערערו – אולי כדי להיתמר בצד שכנגד... ברגע שמפקידים כוח זה בידי אדם פרטי שהאינטרסים שלו אינם חופפים את האינטרסים של החברה שיצרה את תהליך הערעור, אנו מצפים שההליך הזה יאפשר גם לצד המנצח לערער. אבל רק הצד המפסיד מערער. אפשר לדמיין שיטות אחרות אבל הם נדירות – ערכאות דיון שעושות סקירה של תיקים, אבל בישראל יש לנו עוצמה חזקה מאוד לצד האינטרסנטי.

**מה כן יכול להיות בעד הגישה הישראלית?** מעצים את **האינטרס של ביהמ"ש לדייק ולא לטעות** כי הצד המפסיד יבדוק את ההחלטה ביסודיות. אולי גם כי זה מאפשר לדחות מעט את פסק הדין: עלול לכלול משמעות כספית על הצד המנצח, לכן יש זהירות רבה עם מתן דחייה כזו.

* **רמות שונות של ביקורת/התערבות**:
* **הכרעות משפטיות (מהות/פרוצדורה)** - הערכאה המבקרת יכולה לדון מחדש בהכרעות ה**משפטיות** 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.
* **הכרעות עובדתיות (עדים חיים/מסמכים)** - מקובל שערכאות ערעור יירתעו מלהתערב בהחלטות עובדתיות משום שעדים חיים (=מקור משמעותי להבנת העובדות) מעידים רק בערכאה הראשונה.
* **ערעור De Novo** - מצב חריג שבו ערכאת הערעור תנהל את כל ההליך מחדש. קורה בעיקר בחו"ל במדינות שבהן יש שופטים לא משפטנים. יכולים לעשות זאת כדי לגבות ראיה נוספת. בתי המשפט לא אוהבים את זה מהטעם של הסרבול והעומס שזה יוצר, ולכן רוצים להימנע מכך.
* **ערעור = תקדים**! – מוסד התקדים מוצמד לערכאות הערעור, אנו חושבים שטוב לשמוע מערכאות הערעור מהו הדין המשפטי, אבל אלו שני מוסדות נפרדים. אפשר היה לומר שסמכות הערעור זה לתקן טעויות, והעובדה שעשתה זאת בהליך אחד לא מייצר הדים בהליך שעסק באותו נושא.
* **לדוגמא: בתי הדין הרבניים** – בית הדין הרבני הגדול יכול להפוך החלטה של בית הדין האזורי והחלטתו תהיה מחייבת, אבל זה כשלעצמו לא ישמש עבורם טעם לפסוק כך בתיק הבא. אבל אם משנה לשופטים שהופכים את החלטותיהם, אם עומדת מעלי ערכאה שחושבת שזה לא נכון יכול להוות טעם לפסוק שונה. במשפט הישראלי זה שונה – **ס' 20 לחוק יסוד השפיטה** קובע שהלכה של בית משפט מחוזי מנחה את בית משפט השלום, וכך גם בית המשפט העליון מול המחוזי והשלום.

**הערעור – הדין**

**ס' 17 לחוק יסוד השפיטה** – קובע את מוסד הערעור (בלי זה – **בג"ץ ארג'וב**, רואים שחשוב שיהיה חוק לכך).

*"****פסק דין*** *של* ***בית משפט*** *ב****ערכאה ראשונה*** *ניתן לערעור בזכות"* – כולל את הרכיבים הבסיסיים מתי יש לנו יכולת לדרוש מהמערכת ערעור: פסק דין + של בית משפט + בערכאה ראשונה - אם יש לי את שלושת התנאים הללו יש לי זכות. **מה לא מחייב (חוקתית) ערעור בזכות?**

* **החלטות שאינן פסקי דין ("החלטה אחרת")** – יש רבות מאוד כאלה במשפט האזרחי, על החלטות כאלה אין זכות ערעור.
* **פס"ד של ערכאה שאינה "בית משפט" (בתי דין למשל, ועדות)** – גופים מגוונים שנותנים החלטות בסמכות שיפוטית אבל אינם בית משפט לפי חוק יסוד (אין זכות לפי חוק יסוד, אבל אפשר להוסיף בחוקים אחרים...)
* **פס"ד של בית משפט בערכאה שנייה ("גלגול שלישי", ערעור שני על החלטת הערכאה המבקרת)** – החוק לא מחייב לאפשר לערער ערעור נוסף.

**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) – צריך לבקש מביהמ"ש אישור לערער.
* **וכן על פסק דין בערעור** יש ערעור ברשות (בונוס) – אפשר להגיע מהשלום לביהמ"ש העליון (נקרא גם גלגול שלישי וגם גלגול שני).

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

ההסדר הזה יוצר בלבול – איך אנו יודעים מהו פסק דין ומהי החלטה אחרת? זה עניין שעשוי להיות קריטי. אם לא הגשתי את ההליך הנכון הוא עשוי להיפסל ולהיות מסולק על הסף.

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**!).אם אחד הדברים הקודמים לא קרה אני כבר בהחלטה אחרת. **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.
* **יש לבצע מבחן מהותי – כותרת ההחלטה עשויה להטעות!** **לדוגמא** – הליכים אזרחיים נזיקיים שמחלקים בין האחריות לנזק. מה ההיגיון בזה? כי יכול להיות שההליך יסתיים בשלב האחריות, ולכן נחכה עם זה. קודם נקבע שהנתבע אחראי ואז נחשב את הנזק (העלות של החישוב יכולה להיות יקרה).
* **קיים הסדר השלמה – תקנה 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...".* אם בעל דין בחר לערער/ניסה לערער והבקשה נדחתה, החלטות אלו יכולות להיות חשופות לביקורת בדיוק כמו בדין הפלילי. אם חודש לתוך פס"ד ביהמ"ש לא נתן לי הארכה של יומיים לדוגמא...

**דוגמאות: החלטה בבקשה למתן סעד זמני – פס"ד או החלטה אחרת?** **החלטה אחרת** כי היא לא מסיימת את הבירור בתביעה (התביעה היא לא לעיכוב יציאת האדם מהאר) ולא מסיימת את הבירור בתובענה – סעד זמני הוא בהכרח החלטה אחרת. מנגד – המרצה יכול לחשוב על שאלה במבחן בה סעד זמני מתלכד.

**החלטה בבקשה לסילוק על הסף מחמת חוסר סמכות בינלאומית – זה תלוי מה החליטו בבקשה**. אם הבקשה נדחתה, וממשיכים עם הדין מדובר בהחלטה אחרת. קבלה של בקשה לסילוק על הסף – התיק הסתיים, פסק דין, להתראות. לא הבקשה היא זו שקובעת אלא מה ביהמ"ש עשה. על ההחלטה האחרת אפשר לנסות לערער באמצעות קבלת רשות ערעור.

**שיקולים במתן רשות ערעור על החלטה אחרת**

* **ס' 41(ב) סיפא, 52(ב) סיפא לחוק בתי המשפט** – אם זה השפעה ממשית על הצדדים, גורם נזק של ממש, או יגרום לניהול הליך שגוי. אם יתברר שהחלטת הדין שגתה יהיה לנו שיבוש דין מוחלט. זה למה כדאי שבית משפט ייתן רשות ערעור באופן מידיי. אם הוא לא מוסמך נסלק את ההליך ואם כן אז נדון.
* **ס' 41(ג)(1), 52(ג)(1): צו בתי המשפט** (סוגי החלטת שלא ניתנת בהן רשות ערעור) – יש כמה סוגי החלטות שאני יכול להודיע שאני לא רוצה שיעכבו הליכים בגללם, כמו החלטות הפוכות מאלו – החלטות טכניות שגם אם ביהמ"ש של הערכאה הראשונה טעה – לא נורא. החלטות שעוסקות בזמנים, אורכים, והחלטות שמוסיפות גישה לערכאות – מצבים שבהם ביהמ"ש שוגה בעניין מתן גישה, זה יהיה סוג של מקרים שנהיה מוכנים שהתיק ימשיך עד מתן פסק הדין, בציפייה שהסיכוי שיהפכו את ההחלטות הוא נמוך.

**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.
	+ **אנלוגיה** – דיון נוסף.
	+ **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.

**ערעור: 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 על ידי **השופט ארבל**, והתביעה נדחית לפי חוק הפלת"ד (לא תאונת דרכים). האם הערעור על הדבר הזה הוא בזכות או ברשות? עטורי חושב שהמחוזי שגה.
* ספטמבר 2003: הנהג **מערער בזכות** לעליון (רואה בהחלטת המחוזי פס"ד) ומגיש בקשה לפטור **מערבון**. (כבר נקבע שהפסדתי, הצד השני מנצח, ואני שם בטוחה. אבל אם אני בעל דין עני אפשר לקבל פטור מערבון). המבטחת מתנגדת לבקשה לפטור מערבון ואומרת שעל הנהג להגיש בר"ע כי מדובר בגלגול שלישי. – צריך לבקש רשות ערור.
* 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"** (סליחה, טעינו, לא ראינו את החלטת הרשם) 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 דרכים 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.

בהצלחה רבה!