

## מבוא

## פרשת ההופעה בעפולה

- ☑ **הליך ראשון** – שדולת הנשים עותרת לביהמ"ש המחוזי בנצרת בעתירה מנהלית נגד עיריית עפולה. היא מבקשת שההופעה לא תהיה בהפרדה מגדרית. העירייה מסכימה עם העתירה. מי שאומר את זה עבור העירייה הם היועצים המשפטיים, שמציגים עמדה שונה מהעמדה הפוליטית של העירייה (שהרי היא אישרה את האירוע במתכונת של הפרדה). לכן, לכאורה אין מחלוקת בתיק הזה. למצב כזה ביהמ"ש יכול לתת **תוקף של פס"ד להסכמת הצדדים**. ניתן לאכוף אותו ושאסור לסתור אותו. רואים כאן תופעה מעניינת - **שימוש בצו שיפוטי לא כדי להכריע במחלוקת אלא כדי לתת תוקף לפשרות שהצדדים מגיעים אליהן**.
- ☑ **הליך שני** – משה ארבל מגיש עתירה חדשה נגד העירייה. הוא טוען שההחלטה של העירייה להסכים עם העתירה הראשונה היא לא בסמכות. הטענה היא שלא צורפו כל מי שהיה צריך לצרף. בעתירה השנייה המחוזי לא פוסק סופית. בעתירה השנייה המחוזי לא פוסק סופית, הוחלט להחזיר את העירייה לשקול מחדש את העניין ולהחליט אם ההופעה תהיה בהפרדה או לא. השופט כותב בעצמו מה הוא חושב שיש לעשות: עזרת נשים, עזרת גברים ומעורב. הצדדים לא רצו את זה אז הוא פסק לגוף העניין. מזהים פה טקטיקה שיפוטית של **ניסיון להימנע מהצורך בפסיקה**. האינטרס של המערכת היא להביא את הצדדים שלא בדרך של פס"ד מהותי. פס"ד זה ניתן באותו היום של ההופעה. שדולת הנשים מיד אחרי קבלת הפס"ד מגישה ערעור לעליון ומבקשת דיון דחוף.
- ☑ **הליך שלישי** – ההליך בעליון **מתקיים בזמן ההופעה**. לוקח זמן להגיע מעפולה לירושלים. ביהמ"ש כאן נמצא במצב מורכב. יש לו עמדה משפטית אבל ההשלכה שלה בשטח כבר לא מתקיימת. נשאלת השאלה מה מטרתו של פס"ד במצב הזה. העליון אומר שהמחוזי בסיבוב השני לא היה ראוי לעשות את מה שהוא עשה. לא משנה אם הסיבוב הראשון היה נכון או לא, הוא סופי ונעשה. ברגע שהתבצע ההליך הוא סופי וחל **עקרון סופיות הדיון**. זה נכון גם כשהסופיות הזו שוללת גישה לערכאות של צדדים לגיטימיים.

## אנחנו רואים אופציות שונות לאופן הטיפול השיפוטי:

- **פשרות** - מבוסס על הסכמה של הצדדים. אם צדדים יכולים לסיים הליך לפני פס"ד, יש נטייה חזקה של ביהמ"ש לעודד את זה ולאפשר את זה. הפשרה חוסכת משאבים שיפוטיים בהליך ובהכרעה עצמה. נראה את העיסוק האינטנסיבי בהבאת צדדים להסכמות לפני מתן פס"ד.
- **דחיה על הסף** - מזכיר את ההליך השלישי שבאיזשהו מובן הערעור מתקבל על הסף. לא נכנסים לטענות המהותיות אלא עוצרים בכך שלא הייתה סמכות ולכן פס"ד השני מבטל (קבלה על הסף).
- **טיפול לגופו של עניין** - יש בירור משפטי מהותי. בעצם נכנסים לתוך הטענות המשפטיות של הצדדים.
- **הזמן** - משחק תפקיד מפתח בקביעת הגורל של בעלי הדיון. שדולת הנשים עתרה יחסית מאוחר, ח"כ ארבל עותר עוד יותר מאוחר. הכל קרה ברגע האחרון ולא הייתה יכולת למצות זכויות דיוביות.
- **המתח הבסיסי** - סדר דין אזרחי מבטא מתח בין שני מהלכים רעיוניים שמושכים לשני כיוונים שונים: ארגון כוח המדינה וארגון כוח המתדיין.
  - **ארגון כוח המדינה** - סד"א היא מערכת של הוראות שאומרת לרשות השופטת איך היא רשאית לפעול ובאילו תנאים. היא קובעת באילו תנאים המערכת יכולה להפעיל על הפרט כוח (כפיפות). במובן זה מסתכלים על סד"א כמערכת שמסדירה כוח היררכי ואומרת לרשות השופטת באילו תנאים ביהמ"ש יוכל לומר מילים שיהפכו לכוח אכיפתי. השאלה הנורמטיבית העיקרית בהקשר זה היא **השאלה החלוקתית**, איך היא מחלקת משאבים שונים כמו כוח, כסף, זמן, הזדמנויות, קול, מוניטין, מעמד. כל מה שאפשר לקבל או להפסיד כשהמדינה מפעילה את כוחה כלפיו.
  - **ארגון כוח המתדיין** - סד"א היא מערכת של כלים שאומרת לבעל הדיון הפרטי שרוצה לממש את הזכויות המהותיות שלו במשפט איך לעשות זאת. אם מצד אחד סד"א מבטאת כפיפות של הפרט למדינה, מצד שני היא מייצרת Agency או יכולת של פרט להשפיע על העולם. סדרי הדיון מאפשרים לנו לחלץ תוצאות מן המדינה. לכפות מהמדינה לתת החלטות לטובתנו. יש בזה היבט דמוקרטי אזרחי. להיות פועל במשפט, להחזיק את היכולת להשפיע על האופן שבו הרשות השופטת פועלת, זה חלק ממה שהופך אותי לאזרח. בפועל, ההליך האזרחי הוא במובנים רבים דרך נוספת, הרבה יותר ישירה ומיידית, להשפיע על המשפט. אם מתפעלים אותה נכון אפשר לחלץ תוכן משפטי מהמדינה. כאן השאלה המרכזית היא **השאלה האסטרטגית**. נשאל איך אפשר לנצל את הכלים לטובת הפרט, הקבוצה, הכלל.
- **משפט דיובי - משפט מהותי**: מבחינים בין המה (מהותי) לבין האיך (דיובי). ידיעת התנאים המוסדיים חיונית להבנת האופן שבו פועל המשפט.
  - 🔥 **פס"ד זוזרי (2019)** - עוסק בהיעלמות של תינוקות של עולי תימן בעת עלייתם למדינה. המשפחות מבקשות פיצוי בגין הנזק הנפשי שנגרם להן כתוצאה מהיעלמות הילדים. הן מגישות תביעה אחת משותפת. המחוזי אומר שאלו סיפורים נפרדים עם בסיס עובדתי שונה, לכן זו לא תביעה אחת (בהתבסס על תקנה 21 מהישנות, 26א) מהחדשות). אין הצדקה לקיים את המשפט הזה יחד. נושא זה מגיע לעליון ובעליון נקבע שנכון שיש היבטים מבחינים בין הפרשות, אבל קשה להתעלם מכך שיש גם משהו משותף לפרשות. יהיו רכיבים שיהיה ניתן לדון בהם יחד. לכן יש כאן פרשה אחת. **מבנה ההליך מכריע את גורלו. היכולת לספר את הסיפור נקבוצה קריטי לסיכויי הצלחה של ההליך. האיך כאן מכריע באופן משמעותי את המה**. לא לכל משפחה יש סכומים פנויים להשקיע בניהול ההליך. זה מצב של עלות חוסמת. ברגע שמרכזים תובעים זה מאפשר לנהל את ההליך לאנשים שלא היו יכולים לנהל אותו אם היו פונים לבדם.
- **זמינותו של הליך מתאים כתנאי להצלחת הטענה המהותית** - יש מקרים שבתי המשפט לא מצליחים לברר משום שלא קיים הליך מתאים לבירור הטענה.
  - 🔥 **פס"ד מור נ' ברק (2010)** - הייתה טענה של לשון הרע באינטרנט בטוקבק. הוא לא כותב את השם האמיתי שלו אבל רוצים לתבוע אותו בלשון הרע. השאלה היא איך מגיעים לאדם שכתב את הטוקבק. גם האתר לא תמיד יודע מיהם האנשים. מי שיש לו גישה לזהות האמיתית זה רק ספק האינטרנט שיכול לאתר את המקום ממנו בוצעה הגלישה. העליון קבע שהזכות ללשון הרע קיימת אבל אין הליך שמאפשר לכפות על הספק את חשיפת הזהות. **כל עוד לא נחקק הליך כזה אי אפשר לנהל תביעה אזרחית מהותית**.
  - 🔥 **גליק נ' מ"י (2017)** - גליק היה פעיל שנים רבות בעניין עלייה של מתפללים להר הבית. הוא ניסה במקום להגיש את הבג"צים האלו שנדחים פעם אחר פעם להגיש תביעה אזרחית נגד המדינה על כך שהיא מפרה את זכותו לחופש הפולחן. הנושא הזה מגיע לעליון ובעליון נקבע שאולי יש זכות מהותית לפיצוי, אבל נושאים מהסוג הזה מקומם בבג"צ. למעשה נקבע שיש **הליך מתאים אחר**.
- **מאפייני סד"א**
  - ◀ **סמכות החקיקה** - מקובל לומר שאת הדיון המהותי אמורה לחוקק הרשות המחוקקת בחקיקה ראשית, ואילו סדרי דין יכולה לחוקק גם הרשות המבצעת. עדיין רואים סטייה מסוימת מזה, למשל בהקשר של סד"פ שנמצא בחקיקה ראשית.
  - ◀ **ברירת הדיון** - הרבה שיטות משפט אומרות שלא משנה מה הדיון המהותי שחל במקרה של משב"ל פרטי, סדר הדיון שיחול הוא סדר הדיון של הפורום. לכן גם כאן עושים הבחנה בין היחס שנותנים לדיון המהותי לבין היחס לדיון הדיובי.
  - ◀ **תחולה בזמן** - לפעמים יש שינויים בדיון. מקובל לומר ששינוי של כלל בסדר הדיון חל באופן אקטיבי מידי, משמע גם על הליכים פתוחים. זה מתוך תחושה שסדרי דין לא אמורים לכונן התנהגות, ולכן זה בסדר להפר את הציפיות של אנשים ביחס אליהם.

- **התקנות החדשות** - תקנות סדר הדין החדשות נחקקו באוקטובר 2018. התקנה האחרונה בתקנות החדשות אומרת שהתקנות הישנות בטלות. **דברי הסבר** – המעמד המשפטי המחייב של דברי ההסבר לא ברור. הם פורסמו ע"י הגוף שחוקק את התקנות אבל שנתיים אחרי שהתקנות עברו. זה יכול לעזור בהבנת הכוונה הסובייקטיבית של המחוקק. **פסיקה** – התקנות רק נכנסו לכן אין עוד הרבה פסיקה בנושא. המחסור העיקרי הוא בפסיקה של ביהמ"ש העליון. הנעלם הנוסף הוא עד כמה שופטי ערכאות הדין ייקחו את הרגע הזה כמהפכה של ממש.

### חלק א': תכליות הסד"א

- **תכליות סד"א** - **תקנות 1-5א** מציגות את עקרונות היסוד. נראה שמנסים להשיג וודאות, חוסר שרירותיות, חקר אמת, תוצאה נכונה, נגישות, כללי צדק, שוויון, מידתיות, יעילות ועוד. יש פה הרבה תכליות. **סעיפים 3-5** מתחילים לקבוע משימות. **3(א) ו-5** מטילים אחריות ציבורית על ביהמ"ש לקחת על עצמו את הווידוא של ביצוע עקרונות אלו. אם בשיטה האדברסרית זה בד"כ אחריות החלה על הצדדים, כאן מעבירים חלק מהנטל לשופטים. התקנות האלו הן הזמנה לשופטים להיות שחקנים דינמיים שלוקחים את התקנות האלו בחשבון ומקדמים אותן באמצעות ההחלטות שלהם. **בס' 5**, נדרש מביהמ"ש לאזן בין האינטרסים של בעלי הדין ובין האינטרס הציבורי. מצטרפת לכך החובה המוטלת על צדדים לקחת בחשבון את התכליות השונות **בס' 3(ב) ו-4**.

### שלושת תכליות הסד"א:

1. הוגנות
2. יעילות
3. אמת
4. אזרחות – אם אנחנו חושבים על ביהמ"ש כזירה ציבורית שבה אנשים יכולים לבוא ולפגוש את המדינה, לנסות להשפיע עליה, הרי שאפשר לחשוב על ההליך האזרחי כהליך בו אזרחים ממשמים את הפעולה שלהם כלפי המדינה. קריאה כזו של ההליך האזרחי תופסת את ההליך האזרחי כאירוע דמוקרטי חשוב.

### (1) הליך הוגן

#### מובנים שונים של הליך הוגן

- 1 שפיטה בלא ניגוד עניינים ובלא משוא פנים – **התחושה או הידיעה שלשופט יש כבר עמדה נעולה בנושא שלפניו**. במצבים אלו התחושה היא שההליך "מכור" ושהקרקע לא תהיה ישרה. ניתן לשאול האם זה אפשרי במדינה קטנה, ביישובים קטנים, בנושאים שמעסיקים את הכלל.
- 2 **כללי הצדק הטבעי** – **זכות השימוע, חובת ההנמקה**. צריך לתת הזדמנות להציג טיעון. עולה השאלה איך זה בא לידי ביטוי, בע"פ/בכתב/בעצמך/באמצעות עו"ד? מה ההגבלות שניתן להטיל על צד ועדיין להגיד שכללי הצדק הטבעיים נשמרו? **המשמעות היא למעשה הזכות שהטיעון יוכל להשפיע**.
- 3 **שוויון בהליך** – **יחס זהה לכולם**. אחידות, ודאות, הימנעות מהפליה. המדינה, ולכן גם בתי המשפט, צריכה להתייחס לכל מי שבא לפניה באופן זהה. אי אפשר לתת העדפות.
- 4 אופי הקריטריון של הליך הוגן – **דאונטולוגי (כבוד האדם), תוצאתי (החלטות טובות יותר)**. יש סימן שאלה לגבי העניין של החלטות טובות יותר. מצד אחד ההחלטה אולי תהיה מבוססת יותר (שומעים את כל הטיעונים האפשריים) ומצד שני היא יכולה להיות מבוססת על טיעונים לא נכונים או לא טובים (ואז זה מוריד מאיכות ההחלטה).

- **מתח מובנה מס' 1: צדק מהותי** - מצבים בהם מימוש העקרון של שוויון ואחידות בין בעלי הדין יוביל לתוצאה לא ראויה מבחינה מהותית. מה קורה אם עמידה דווקאית על הוגנות מקשה על ביהמ"ש להגיע לתוצאה ראויה מבחינה מהותית? האם עדיין צריך לציית לדרישה הפורמליסטית של הליך הוגן או לסגת ממנה?

- **אפשרות 1: צדק מהותי גובר על הוגנות דינית** – מטרת ההליך היא צדק מהותי, לכן אין להיות דווקנים בסדרי הדין.
- **פס"ר צמח** - מקרה זה מתחיל בפס"ר בהיעדר הגנה. לפי התקנות **(תק' 130)**, אם נתבע לא מתגונן, התובע זכאי לפס"ד לפי התביעה. **הכלל הזה מבטא הוגנות דינית**. לא יודעים שהתביעה נכונה. מבחינה מהותית, יכול להיות שהתביעה שגויה. אם לא היה כלל כזה כל נתבע רציונלי פשוט לא היה מתגונן והליכים לא היו מתקיימים. כהסדר משלים לכלל הזה יש את **תקנה 131**, שאומרת שאם ניתן נגדך פס"ד בהיעדר הגנה אתה יכול לבוא בהמשך ולבקש ביטול בדיעבד ע"מ לקבל זכות טיעון תוך 30 ימים מיום ההמצאה. **כלל זה מבטא צדק מהותי**. עקרון ההמצאה מעדיף את הצד הדינוי. לא בודקים אם אדם ממש יודע מה הוא קיבל, אלא מבחינה חוקית אומרים שהוא קיבל זהה בדיעתו **(תק' 151)**. כלל של 30 ימים מרגע ההמצאה **מעדיף הוגנות דינית**. הוא רוצה ליצור אחידות. **במקרה זה, יודעים על ההחלטה לפני ההמצאה, לכן נשאלת השאלה מתי סופרים את 30 הימים? מרגע ההמצאה או מרגע הידיעה?** השופטת נאור אומרת שראוי לטעון את הטענות, לכן המועד יוארך. נאור בסופו של דבר מעדיפה את הצד המהותי. השופטת נאור לא עוצרת כאן, היא מחייבת את הנתבעת **בהוצאות על כך שאיחרה**.

- **אפשרות 2: צדק מהותי נסוג בפני הוגנות דינית** – הטענה היא שעקרון האחידות מבטא ערך של שוויון, שהוא חלק מהצד המהותי. ניתן לבוא ולטעון שאם שופט בכל תיק מחליט האם להפעיל שיקולים של צדק מהותי על פני הצדק הדינוי זה בסופו של דבר **יסתכם בהפליה פסולה**. יש גם טענה שאומרת שלפעמים **סדרי הדין יכולים לחלץ אותנו מהתמוזדות עם שאלות מהותיות קשות**. **קאס סנסטין** כתב שבפרט כשעוסקים ברשות השופטת, גופים שאינם נבחרים, אולי רצוי שנתבע מהם ככל האפשר להימנע מהכרעות בשאלות נורמטיביות גדולות. רוצים שהם יתמקדו בדברים שהם בקיאים בהם, שזה שאלות של סדר דין ופרוצדורה. מצד שני, אפשר גם להגיד שזה סוג של התחמקות. עמדה מסוג זה מציג **סנדל**, שאומר שהתמקדות בפרוצדורה לא בטוח טובה לחברה. זה טוב שהסוכנים השונים של החברה ישאלו שאלות של הראוי מבחינה מהותית ולא רק של טכנאות שבודקת איך יש לבצע את הדברים.

- **אפשרות 3: הוגנות דינית וצדק מהותי במשחק כוחות מתמיד** – לא ניתן להכריע, אנו חיים במתח מובנה.

### מתח מובנה מס' 2: שוויון ביחס למה/למי?

- **שוויון במשאבי ההדניות (צדק חלוקתי הליכי)** – לא כל בעלי הדין שבאים לביהמ"ש זהים מבחינת המשאבים עמם הם באים **(גלנטר)**. משאבים יכול להיות כסף או משאבים אחרים הרלוונטיים להצלחה במשפט. השאלה היא איך יוצרים הליך שנותן הזדמנויות שוות להצליח בהליך. איך מאזנים הבדלים מבניים בין סוגי מתדיינים. הדין מנסה להתמודד עם הפערים האלו ולאזן את פערי הכוחות, ויש פעמים שהוא בוחר לא לעשות זאת.

- **שוויון בין צדדים בניהול ההליך (צדק הליכי)** – האם רוצים שוויון פורמאלי או שוויון מהותי (יחס שונה לשונים). גם בתוך הליך ספציפי הצדדים הם לא תמיד זהים. יכול להיות שהעמדות של החברה מבוטאות דרך הדין, והיא רוצה להתייחס אחרת לצדדים שונים. למשל בדיני צרכנות אולי נרצה להקל על הצרכן למול הספק. במשפט מנהלי לפעמים דווקא למדינה יש יתרון בהליך, למרות שהיא השחקן החזק. לפעמים נראה דינים שעושים הבחנות בין המתדיינים עצמם. נשאל האם זה מוצדק ובאילו תנאים.

- **שוויון בין מתדיינים דומים בהליכים שונים** – זה יכול להתעורר למשל במקרים בהם יש מזיק שיצר נזק לאנשים שונים. האנשים שונים, הנזקים שונים, והם יגישו תביעות שונות נגד אותו מזיק. מאמר שכתב **ג'רמי וולדרון** מתייחס לזה שבמצבים מסוימים תוצאה שיפוטית נובעת ממזל, אצל איזה שופט נופלים. בתיקים דומים שופטים שונים יכולים להגיע לתוצאות אחרות. זה יכול להיות ברמת הפיצויים שיפסקו אבל גם ברמה של הצלחה או כישלון בתיק. כמה שוויון רוצים להשיג בין תיקים דומים שמתנהלים בהליכים שונים? **האם דוקטרינות כמו ריכוז הדין, איחוד תיקים, מעשה בית דין ותובענה ייצוגית מגשרים על הפער הזה?** קושי מיוחד

מתעורר במצבים בהם הדין עצמו יוצר סמכות חופפת של ערכאות שונות (למשל משפחה). לפעמים מי שיוזם את ההליך יכול לבחור איפה התיק יתנהל. לכן הרבה פעמים זה יוצר יתרון לאחד הצדדים.

שוויון בין מתדיינים שונים בהליכים שונים – יכולה להתעורר טענה מורכבת יותר והיא שגם תיקים שונים ראוי שיקבלו יחס דומה. אם אנחנו מייצרים הליכים שונים לסוגים שונים של מחלוקות או סכסוכים, אנחנו בעצם עשויים לייצר סוג של היררכיה. תיקים שאנחנו חושבים שהם חשובים יותר מקבלים יחס אחד ותיקים אחרים מקבלים יחס אחר. אם הסכסוך שלי הוא כזה שבו מי שהטריד אותי מינית הוא המעסיק שלי אני אתדיין בבית הדין לעבודה, אבל אם הוא מכר שלי אני אלך למחוזי. מה ההצדקה להפנות תיקים לערכאות שונות אם הן מתנהלות אחרת? האם זה מקיים את השוויון? יש שונות טבעה במערכת שניתן לשאול האם היא מוצדקת. למשל בית המשפט הכלכלי- דרך אחת להסתכל על זה היא שבעלי התאגידים הם שחקן מיוחד שמקבל יחס מועדף. מושכים שלושה שופטים מהמחוזי ומייעדים אותם לסוג מסוים של שחקן בשוק. מי שפונה למחוזי נמצא בחסרון בשני היבטים, היבט אחד הוא שלקחו שופטים מהמחוזי ולכן זה מעבא את ההליכים בביהמ"ש והיבט נוסף הוא שבמחוזי אין בהכרח שופטים מומחים.

קידום שוויון חלוקתי בתוצאות ההתדיינות (ההליך כאמצעי) – השאלה היא האם רוצים שסדרי הדין יצרו שוויון בחברה כולה, ולא רק בין מי שמגיע לביהמ"ש. האם יש דרך לעצב את סדרי הדין כך שהם ישנו את פערי החלוקה בחברה? יש טענות ששינויים בדיני המשפחה עשוי לשנות את פערי הכוחות בין גברים ונשים בחברה כולה. דוגמת הצעת החוק לביטול ביה"ד לעבודה- טענה שמהלך דינוי טהור נתפס כמהלך שיסנה את מאזן הכוחות בחברה כולה (במקרה הזה בין עובדים למעסיקים). זה סוג של הודאה גלויה בחוסר הניטרליות של הפרוצדורה ביחס לדין המהותי.

מתח מובנה מס' 3: הוגנות בפועל או הוגנות בחווייה

צדק דיוני – האם דורשים לוודא שאמנם התיק הליך הוגן או שרוצים רק שאנשים שהשתתפו בהליך ירגישו שההליך היה הוגן? השאלה הזו באה מספרות מחקרית עשירה שקיבלה את הכותרת "צדק דיוני" שהראו (טום טיילר) במגוון מחקרים שלאנשים באמת איכפת מההליך. לצד התוצאה, לאנשים איכפת מאוד מאשר איך שהדברים התנהלו. היחס של המפסיד לתוצאה תלוי במידה רבה בהוגנות שבהליך. נחשוב למשל על אדם שהפסיד במשפט אבל מבין ששמעו אותו לעומת מישהו שקיבל את אותה התוצאה אבל מרגיש שהשופט היה נגדו מההתחלה. יש מגוון של דינים שמבטאים את הקשרים אלו (שימוע לפני פיטורין וכדו'). האם לגיטימציה היא תכלית ראויה – יודעים שמערכת המשפט שלנו טרודה מאוד בשאלות של אמון. חושבים שהציבור יאמין אם הציבור יראה שהתוצאות צודקות. המחקרים מראים שזה לא מספיק. התוצאה לא תמיד משכנעת ומה שיכול להעצים את האמון היא להראות שההליך היה ראוי. הקושי- יכולים להיות הליכים שבהם דווקא נרצה לא לקיים את ההליך הוגן. למשל, הליך פוגעני. יש שאלה שמתעוררות לפעמים של האם בהליכי משמורת ראוי שביהמ"ש ינמק את ההחלטות שלו. מצד אחד, הנמקה משפרת את החווייה של בעל הדין. מצד שני, ילדים קוראים את זה ויכול להיות שבעתיד הם יקראו ויראו מי ביהמ"ש חשב שהוא ההורה הראוי. דוגמה נוספת היא מקרים של טיעון חסר סיכוי. יכול להיות טיעון שלא ישנה את התוצאה, ולפעמים אולי הוא אפילו יפגע באיכות הקייס שלהם.

(2) יעילות – ממה מורכבת יעילות?

עלות ההתדיינות – יש ציפיה מההליך האזרחי שהוא יהיה זול או זול ככל האפשר כשהוא עדיין מממש את המטרות שלו. השאלה היא האם זול זה באמת יעיל? (דוגמת הטלת מטבע). צריכים הלימה בין עלות לבין תוצאות שרוצים לחלץ מההליך כולו. הליך זול מדי מוביל לכך שיתקיימו הליכים שהחברה לא רוצה שיתקיימו (יותר מדי גישה לערכאות).

התמשכות ההתדיינות – התחושה היא שהליך יעיל הוא הליך קצר. מתחבר לשיח דאונטולוגי יותר מאשר לשיח תוצאתני. התחושה היא שדברים צריכים לקרות תוך זמן סביר. ההליך האזרחי יכול לקחת שנים רבות. מצד שני אפשר לשאול האם יש כזה דבר הליך מהיר מדי (אם יש סיכוי לפשרה האם צריך לאפשר לצדדים להתבשל על התיק?). לכן גם כאן תהיה תמיד השאלה עד איזו מידה מהיר שווה יעיל.

סופיות וודאות – אם ההליך משאיר ספק הוא לא יעיל, משום שהוא לא מאפשר וודאות והסתמכות. התאוריות העדכניות של כבוד האדם הקנטיאני שמחובר לרעיון האוטונומיה (היכולת של אדם לספר את סיפור חייו) אומרות שכדי שאדם יהיה אוטונומי באמת הוא צריך שתהיה לו יכולת לפעול בעולם. אם אדם מצוי בספק תמיד לגבי מה שייך לו ומה לא הוא לא יכול לפעול. לכן הוצים שהליכים יסתיימו, ושהליכים לא יפתחו שוב. יש כאן גם היבט כלכלי. אם נמצאים במצב של אי-וודאות לגבי מה שלי ומה לא שלי ואני רציונלי, הרי שכל הפעולות של בעתיד יצטרכו להתחשב באפשרויות השונות. זה בא לידי ביטוי בביטוח. מנקודת מבט חברתית זה נחשב בזבז. מצד שני, יש מצבים בהם יותר מדי וודאות יכולה ליצור עלויות לא רצויות. יהיו מצבים בהם נרצה להשהות את השגת התוצאה.

מקסום תועלת חברתית- איך נתכנן את ההתדיינות ואת העלויות שהיא יוצרת כדי לייצר תמריצים אופטימליים לליטיגציה? משמע, לגרום לאנשים להשתמש בהליך באופן שיעלה את התועלת החברתית. דרך אחת לחשוב על זה היא שהמצב הטוב ביותר בעולם הוא מצב בו אין בכלל ליטיגציה (ליטיגציה היא פתולוגיה- לפי הגישה הזו כל העלויות שנוצרות מוויכוח הן עלויות העסקה, אם יכולים ליצור מצב בו אין עלויות עסקה כל סכסוך יגיע לפשרה. משמע הליטיגציה זה הרע במיעוטו). דרך נוספת היא להגיד שרוצים רמה מסוימת של ליטיגציה שתוביל לטוב חברתי (ליטיגציה היא טוב חברתי- ליטיגציה היא דבר רצוי. בתי המשפט עוזרים לנו לכונן התנהגות, לפתח אמירות נורמטיביות וכו'). זקוקים לטובים האלו כדי שהחברה תוכל להתפתח או כדי לחלק משאבים חברתיים. איך מוודאים שהתיקים המתאימים מגיעים לליטיגציה? אלו אותם תיקים שייצרו את ההנאות האלו, לעומת תיקים שלא יקדמו את המטרות האלו שרוצים שהם יסתיימו מחוץ לביהמ"ש). הבחירה בין שתי הגישות היא שאלת מדיניות נורמטיבית. האם תיק טוב הוא תיק שמסתיים בפשרה או תיק שמתנהל טוב בביהמ"ש?

מדוע מנהלות תביעות – למה לא כולם מתפשרים? יש שני סוגים עיקריים של תשובות לשאלה הזו. תשובה אחת קשורה לרעיון של פשרה והיא שיש חסם מפני הגעה לפשרה (עלויות עסקה גבוהות מדי מונעות פשרות). אם נצליח להפחית את עלויות העסקה כל הטובין יעברו למי שמערך אותם יותר. עלויות עסקה יכולות להיות עלויות במובן הטכני של הכסף שזה עולה לנהל מו"מ למשל בסכסוכים חוצי גבולות. היבט נוסף של עלויות עסקה זה למשל בהקשר התא המשפחתי, שם אין מרחק פיזי אבל לעיתים בכל זאת קשה לתקשר. פתרון אפשרי- לכך הוא יצירת מסלולים זולים וזמינים למו"מ (גישור, 79 א עודד). תשובה שנייה היא פער בין חישוב תוחלת הרווח וההפסד של הצדדים- מקור אפשרי אחד הוא פערי מידע ביחס לעובדות, למשפט או לביהמ"ש. מקור אפשרי שני הוא עלויות הליך נמוכות מדי. אולי הגיוני להתפשר אבל מאוד פשוט לנהל את ההליך באמצעות ליטיגציה ולכן יעדיפו כבר לעשות את זה. מקור אפשרי שלישי הוא אי-רציונליות (הטיית האופטימיות וכדו'). אנשים לא תמיד רציונליים, ולכן גם אם עדיפה להם פשרה הם יבחרו בליטיגציה.

ניתוח התנהגות רציונלית: רציונליות משמע, ההנחה שאנשים יודעים את ההעדפות שלהם ופועלים לפיהן. היום מבינים שהרבה פעמים אנשים פועלים באופן לא רציונלי, אבל הנחת הרציונליות עדיין קיימת. בעולם של הליטיגציה האזרחית לא האנשים עצמם מקבלים את ההחלטות, משום שהם מקבלים סיוע של אנשי מקצוע שמחליטים עבורם. בכך מתקרבים יותר למודל ההתנהגות הרציונלית. זה לא שאנשי המקצוע לא כפופים להטיות בעצמם, אבל ההחלטות עדיין מתווכות במידה מסוימת על-ידם. מה אדם לוקח בחשבון לפני שהוא מחליט לתבוע? האם תוחלת הרווח שלו גדולה מאפס, שאז משתלם לו לתבוע:



תמיד יש אי וודאות מסוימת לגבי סיכויי התביעה. התוצאה של המכפלה הזו היא תוחלת הרווח של התובע מהתביעה. בעצם מה שמחשבים בסכום התביעה זה לא רק את המספר ששמים בכתב התביעה, אלא מחשבים את כל התועלות שיצאו מהתביעה. זה כולל את כל התועלות שאדם רציונלי צריך לקחת בחשבון. במקביל, גם סיכויי התביעה כוללים סיכויים שונים. גם הסיכוי לנצח בתביעה, גם הסיכוי הגבייה וכו'. **מתוחלת הרווח יש להחסיר את העלויות.** לכן נכנסות עלויות ייצוג, הפסד של יום עבודה, אגרות, הטרדה, הקושי הנפשי וכו'. **אם התוצאה של כל המשוואה הזו גדולה מאפס, רציונלי לתבוע.** כדי להבין מה סיכויי התביעה יש הרבה גורמים שצריך לקחת בחשבון דוגמת עובדות, הדין, ראיות, השופט. כאן נכנסת החשיבות של עורכי הדין, משום שהם אלו שאמורים לספק את המידע הזה ללקוח. כשמדברים על עלויות יש עלויות אישיות אבל לפעמים צריך לשאת גם הוצאות של הצד שכנגד.

➤ **תוחלת ההפסד של הנתבעת** - האפשרויות שלה הן או לשלם או להתמודד במשפט. גם הנתבעת תראה את הסכום של התביעה ואותו היא תכפיל בסיכוי ההפסד. סיכויי ההפסד כוללים גם הם עובדות, דין דיין וכו'. לכן יש להוסיף את העלויות (אישיות/הוצאות). אם התוצאה קטנה מסכום התביעה עצמה זה אומר שניתן בהשקעה פחותה לצאת מזה ולכן **כדאי להתגונן**. אם התוצאה גדולה מאפס זה אומר שהנתבעת תשלם גם את הסכום שתובעים ממנה וגם הוצאות נוספות ולכן לא כדאי להתגונן.



➤ **מתי תהיה פשרה** - במצב בו תוחלת הרווח של התובעת נמוך מתוחלת ההפסד של הנתבעת מייצר מתחם שבו ניתן להתפשר. אם הצדדים מסכימים על כל סכום שנמצא תוחלת הרווח לתוחלת ההפסד זה יוצא יותר משתלם לכל אחד מהצדדים מאשר מה שהתוחלת מציגה. פה נכנס כוח מיקוח. יש מתחם פשרה, אבל ההתמקמות בתוך מתחם הפשרה קשור להיבטים חישוביים (עד כמה הצדדים טובים בניהול מו"מ). **מדוע לא כולם מתפשרים?** שעה שיוצא זה **מתחם פשרה שלילי**, כאשר כל צד מחשב את סיכוייו במשפט באופן אחר. שני הצדדים אופטימיים, אבל אחד מהצדדים בהכרח טועה. מה שחשוב זה לא עצם הטעות אלא העובדה שיש ביניהם פער. ברגע שכל אחד מעריך את זה אחרת לא תהיה פשרה. יכולים להיות פערים גם בעלויות, למשל אם לצד אחד מאוד זול לנהל את ההליך ולצד השני פחות זול.

➤ **פתרונות למניעת תביעות / עידוד פשרות** - אם רוצים לעודד פשרות צריך לאפשר לאנשים להעריך את סיכויי התביעה באופן מדויק יותר. דרך אחת לאפשר זאת היא **דין ברוח אחיד וודאי**. דרך נוספת היא **חובות גילוי**, מחייבים את הצדדים לחשוף עובדות זה בפני זה. לכן נכנסו דוקטרינות כמו דיני ניסוח כתבי טענות, גילוי מוקדם, עידוד למו"מ. ברגע שמידע עובר בין הצדדים הם יכולים להעריך את הסיכויים שלהם יותר טוב. דרך שלישית היא **לייקר את עלויות ההליך** (אגרות נמוכות למשל יעודדו ליטיגציה). חשוב לשים לב שבעל דין רציונלי מעדכן כל הזמן את הערכותיו, בהתאם לכל מידע חדש שנכנס.

➤ **מדוע ממשיות תביעות נפסדות? נשל העלות השקועה**. מצב של עלות שקועה הוא מצב בו נניח אדם קנה כרטיס לסרט והוא מאוד גרוע, אבל הוא יישאר בסרט כי הוא כבר קנה כרטיס. זה לא רציונלי משום שעדיו לו כבר לצאת ולהשקיע את הזמן במשהו אחר. בהקשר של ליטיגציה, כבר הוצאו כל כך הרבה עלויות שמשתלם להמשיך, משום שרוב העלויות כבר מאחוריי. **מה אפשר לעשות כדי לצמצם תקלות כאלו?** להטיל יותר **חובות גילוי בשלבים יותר מוקדמים**. התקנות החדשות מוסיפות הליך של דיון מקדמי בו הצדדים מדברים ומבינים מה לכל צד יש בתיק שלו, כך שהערכת הסיכויים תשתפר. הקושי בפתרון הזה הוא שגילוי מוקדם הוא **דבר יקר**. זה כרוך באיסוף של אינפורמציה ועיבוד של מידע רב. בסוף זה מתרכז לכך שעובר זמן, נכנס מידע ומבוזבזים משאבים.

○ **נקודת המבט החברתית** - ישנן מספר תובנות נורמטיביות שההליך הכלכלי מספק לנו ביחס להליך האזרחי. ➤ **להליך האזרחי החצנתו שבעלי הדין לא מתחשבים בהן** - למשל תפעול המערכת (שכר שופטים, אכיפה, תחזוק בתי משפט). פעולות אלו הן פעולות ציבוריות שבעלי הדין נהנים מהם כשהם מנהלים ליטיגציה. תובעים כן משלמים אגרות, אבל הם רק צד אחד בהליך, והאגרות לא באמת מספיקות לתחזוקת המערכת. מנגד, בעלי הדין מייצרים גם החצנות חיוביות. לדוגמה, הרתעה, הנהרה, אזרחות וכו', אשר גם אותן הם לא לוקחים בחשבון. העובדה שהחצנות שליליות לא נלקחות בחשבון מעוררת שני חששות:

(1) **חשש אחד הוא שאדם יכול לנהל ליטיגציות עד מחר**.  
 (2) **חשש נוסף הוא שיכולות להיות ליטיגציות שנרצה שיתקיימו, אבל הצדדים יעדיפו את המטרות הפרטיות שלהם ולכן יפנו לפשרה**. לפי **סטיבן שבל** - כל עוד אנחנו נמצאים בפרדיגמה של זכות הגישה לערכאות שבה אנחנו נותנים לאנשים להחליט האם תהיה ליטיגציה, אנחנו למעשה נותנים להם להחליט לגבי משאבים של הציבור. לכן רוצים לתת תמריצים לצדדים להתחשב באינטרסים החברתיים. **תקנה 5** קובעת שעל ביהמ"ש לאזן בין אינטרס הצדדים לבין האינטרס החברתי. האתגר הוא בשאלה איך לייצר תמריצים אפקטיביים לליטיגציה רצויה ולפשרה.

➤ **תכנון המערכת כך שמשאביה יוצלו באופן אופטימלי** - אפשר לחשוב על למקם את התיק אצל השופט "הזול ביותר". מיהו השופט שייתן את התוצאה הזולה ביותר ועדיין יספק את התכליות של המערכת. אפשר גם לחשוב על לנתב תיקים בין בתי משפט כך שלא יוצרו פקקים או רווחים. רוצים שהמערכת תהיה גמישה מספיק כדי שלא יתקעו תיקים. אפשרות נוספת היא ליצור יחידות והרכבים שימצו את יתרונות המומחיות. גם כאן יכולות להיטען טענות מזכות הגישה לערכאות. אם יש גישה לערכאה מגיעה לי גישה למחוזי בהרכב של שלושה שופטים. האם זה מתממש כשנותנים לי גישה לדין יחיד שהוא מומחה?

➤ **תכנון ההליך כך שיווצרו תמריצים אופטימליים להתנהגות מחוץ לביהמ"ש** - האדם הרציונלי אמור לקחת בחשבון לא רק את התוצאות המיידיות אלא גם את התוצאה האפשרית של משפט והתוצאות האפשריות של אותו המשפט. **התובנה היא שאין הפרדה אקוסטית בין מה שקורה בעולם לבין מה שקורה בביהמ"ש**. אם זה כך, כשאנחנו מעצבים את כללי סדר הדין צריך אולי לקחת בחשבון גם את האופן שבו אנשים יתנהלו בעולם החיצוני לאורם. מתעוררת השאלה האם יש דרכים להקשות על אנשים להתחשב בכללי סדר הדין כשהם בוחרים בחיים האישיים והעסקיים שלהם? האם אפשר ליצור הפרדה?

● **(3) אמת** - לא רק שההליך כשלעצמו יהיה ראוי אלא גם שהתוצאות שהוא משיג יהיו נכונות.

○ **האמנם תכלית רצויה**

➤ **מתי תוצאה נכונה** - יש **התלבטויות לגיטימיות לגבי מה הנכון שרוצים לשאוף אליו**. כמה ראיות מביאים כדי להשתכנע מה קרה? מה המשמעות של תשובה נכונה או לא נכונה לשאלה משפטית כמו פרשנות של הוראת דין מסוימת?

➤ **אמת פוגענית או יקרה לחשיפה** - יכולים להיות מקרים בהם **אמת תייצר תוצאות לא רצויות**. יש את ההתלבטות של בית המשפט למשפחה לדון במסוגלות הורית של הורים, משום שהחשיפה של התשובה בהקשר זה יכולה להיות בעייתית ביחס לילדים. יש גם הקשרים של חשאיות, בהם רוצים לא לדון בדבר מה ע"מ להגן על אינטרסים אחרים (פרטיות, בטחון וכדו'). יש פעמים בהם נדרשים משאבים רבים ע"מ להגיע לאמת, ואז נשאלת השאלה באיזה שלב עוצרים.

➤ **הפחתת הטעות או הפחתת עלות הטעות** - **עלות הטעות (Error Cost) הוא מונח שאומר שלא כל הטעויות שוות**. במקום לחשוב שכל טעות היא פגם של המערכת שצריך לאפס אותו, אומרים שמבחינה חברתית לא כל הטעויות יוצרות את אותן עלויות לחברה. אנשים פרטיים שאינם לדין רוצים את התוצאה הטובה ביותר עבורם, אבל מבחינה חברתית אפשר לעשות הבחנות בין טעויות שונות. גישה של אופטימיזציה תנסה להפחית את הטעויות היקרות יותר, וישקיעו פחות בצמצום הטעויות הזולות. הסכום של התביעה הוא בהחלט היבט מסוים ולעיתים משפיע של העלות החברתית, אבל הוא לא ההיבט היחיד ולפעמים יש היבטים

אחרים משמעותיים יותר. אם יש תביעה בסכום גבוה מאוד אבל ההכרעה בו תשפיע רק על הצדדים בו (למשל בנוגע לנכס יקר כלשהו) זה לא אומר שעלות הטעות שם יותר משמעותית מתביעה אחרת בסכום נמוך יותר שההכרעה בה תשפיע על **זכויות אדם**. אפשר גם בדוגמה להסתכל על תיקים של דיני משפחה, שם לרוב לא מדובר על סכומי עתק אבל המשמעות שלהם מבחינה חברתית היא גדולה.

○ **תכליות חלופיות אפשריות** – התלבטות נוספת שראוי להציג אותה ביחס לתכלית של האמת נוגעת לכך שתוצאה נכונה היא אולי לא הדבר החשוב ביותר שההליך האזרחי יכול לייצר.

◀ **סיום/יישוב הסכסוך** – אם מה שמעניין אותנו זה שאנשים יחיו בשלום, אנחנו עשויים לשלם בתוצאות נכונות.

◀ **קול/השתתפות** – פגיעה בזכות להליך הוגן. אנשים רוצים לבוא, להשתתף, לטעון ולהרגיש ששמעו אותם. אם זה מה שאנחנו מנסים להשיג זה לפעמים יוביל אותנו לפגוע באמת. כאמור, הרבה פעמים פוגשים בעלי דין שאינם מיוצגים שהטעון שלהם עשוי לפגוע בהם. אם רוצים להשיג תוצאות נכונות, נגיד לגבי בעלי דין כאלו שעדיף שלא ידברו.

○ **איך מעצבים הליך שמקדם תוצאות נכונות**

◀ **השיטה האדברסרית** – אדברס מלשון יריב, מעצבים את ההליך ממוצא של יריבות בין הצדדים. יש לכך שלוש משמעויות עיקריות: ראשית, הצדדים יוזמים ותוחמים את גדר המחלוקת (לא בהכרח לפי האמת). משמע, לא מתחילים מנקודת מוצא של גילוי האמת, אלא הצדדים הם אלו שמחליטים בנוגע למה ביהמ"ש יכריע. שנית, הצדדים יריבים זה לזה, משמע פועלים להפרכת הנרטיב המתחרה, לא בהכרח באמצעות חשיפת האמת. שלישית, **בית המשפט פאסיבי וניטרלי**.

**השיטה האדברסרית: הצדקות וביקורת**

✓ **חשיפת האמת בתהליך דיאלקטי של תזה ואנטי-תזה** – טענה שאומרת שהשיטה האדברסרית עדיפה ביחס **להשגת תוצאה נכונה**. **הביקורת** על טענה זו היא הקצנה וטשטוש האמת עקב תחרות. השיטה האינקוויזיטורית תגיד שהאנשים האחרונים שצריך לסמוך עליהם הם הצדדים, משום שצד אחד או אפילו שניהם ירצו לסכל את ההגעה לאמת. לכן עדיף לתת לגורם חיצוני להיות אחראי להגעה לאמת.

✓ **נטרול דעות קדומות של השופט** – השיטה האדברסרית תציג את השופט כניטרלי. לא חוששים יותר מדי מהדעות הקדומות שלו. זו טענה הנוגעת **להוגנות** משום שמדברים על צמצום הטיות שיפוטיות. **הביקורת** על טענה זו היא שיהיו יותר אפשרויות להטיית השופט. הצדדים יכולים לבצע פעולות מתוחכמות ע"מ להטות את השופט לטובתם. לכן השיטה האינקוויזיטורית טוענת שהשופטים שלה הם יותר עצמאיים ולא נתונים להשפעה שלהם באותה המידה.

✓ **ניהול ההליך בידי בעלי המידע הרב ביותר** – לשיטה האדברסרית יש יתרון בכך שהצדדים הם בעלי הידע הרבה ביותר על הסכסוך. במובן הזה הפקדת ההליך בידי הצדדים נתפס כבחירה **היעילה יותר**. **הביקורת** – שזה מוביל לבזבז משאבים לצדדים ולמערכת. בהרבה מצבים שופט שרואה את הסוגיה יכול להצביע בדיוק על מה צריך לעשות. צדדים שמנהלים את ההליך יכולים להשקיע משאבים במאמצים לא יעילים ולא תמיד נחוצים.

✓ **מימוש זכות השימוע וההשתתפות** – השיטה האדברסרית מאפשרת לצדדים להתנהל בעצמם בביהמ"ש ולא להיות נתונים לניהול של השופט שיחליט איך ההליך שלהם מתנהל. זו טענה הנוגעת **לאזרחות**. **הביקורת** – תהיה הזדמנות אמיתית רק לבעלי היכולת.

◀ **השיטה האינקוויזיטורית** – **השליטה בהליך היא בידי ביהמ"ש**. הוא לא יזום את ההליך אבל מהרגע שההליך מגיע לביהמ"ש הוא זה שמנהל אותו. זה מטיל מגבלות על חופש הפעולה של הצדדים במובן מסוים.

◀ **בישראל: מודל מעורב** – אם התחלנו ממקום שהזכיר את הגישה האדברסרית ללא מושבעים לאורך הזמן רואים שחיקה של רכיבים אדברסריים שונים לכיוון האינקוויזיטורי. גם באפיונים השוואתיים ישראל נחשבת למודל מעורב. **יש תפיסה הולכת ומתחזקת של השופט כמנהל ההליך וכיוזם פעולות**. יש עלייה של **שלב קדם המשפט**. יש עלייה מובהקת של **עקרון תום הלב ברגולציה שנוגעת לצדדים**. תהליך זה מקבל דחיפה גם בתקנות החדשות, יש ציפייה שהצדדים אפילו כשהם נתפסים כיריבים זה לזה עדיין ינהגו בתו"ל, בהגינות, יגלו אחד לשני מידע מסוים שיש בידיהם. עם זה בא גם **הרבה פחות חופש פעולה לצדדים**, **פחות חירות לכתוב גרסאות לא מבוססות**. לצד כל זאת יש גם את העניין של **עידוד פשרות**. אם ההיגיון האדברסרי מאמץ את היריבות כמשהו חיוני לשיטה המשפטית, כשמעודדים פשרות למעשה שוחקים את עקרון זה. ניתן לראות את העקרונות האלו באים לידי ביטוי **בס' 3 לתקנות החדשות**, לפיו בית המשפט אחראי על ניהול ההליך ושבעלי הדין נדרשים לנהוג בתו"ל ובהגינות דיונית. **תקנה 35** מוסיפה את ההליך של **דין מקדמי** – עוד מפגש של בעלי הדין לפני שהם רואים שופט, בו הם צריכים להעביר מידע זה לזה ולצמצם מחלוקות. זה למעשה שיתוף פעולה כפוי של הצדדים תוך זניחה מפורשת של האידיאולוגיה האדברסרית.

## חלק ב': הגישה לבית המשפט

### • זכות הגישה לערכאות

✚ **ב"ץ עדאלה נ' שרת המשפטים - תקנה 157**, אומרת שביהמ"ש רשאי לצוות על תובע בעת הגשת התביעה להפקיד ערובה לטובת תשלום הוצאות הנתבע. אלו מצבים בהם יש סיבה לחשוד שלא תהיה יכולת פירעון של התובע. **תקנה 116א לתקנות בית הדין לעבודה** שינתה את ברירת המחלוקת וקבעה שבכל מקרה של עובד זר ברירת המחלוקת היא תשלום ערובה, ואם בית הדין יחליט אחרת התובע לא יצטרך להפקיד ערובה. אפשר להבין את הערובה כערובה חוסמת, משום שיכול לקרות מצב שבו התובע לא יכול לשלם את הערובה ולכן לא יגיש תביעה. גם במקרה בו ניתן לשלם את הערובה, זה מעביר משאבים שהתובע היה משקיע בניהול התביעה לערובה. מנגד, אפשר לטעון שיש פה תוצאה ראויה לפיה אנשים יגישו רק תביעות נכונות. עדאלה עותרים לעליון נגד החקיקה הזו. אוכלוסיות העובדים שמושפעות מהחקיקה הזו הם עובדים זרים בישראל (פלסטיניים ואפריקאים). הם טוענים שיש פה **פגיעה בזכות הגישה של אנשים אלו לזכות לערכאות**. טענת הנגד היא שיש יותר מדי תביעות סרק שמנצלות את הגישה הקלה לבית הדין לעבודה. ביהמ"ש מבקש לראות לצד טענות הצדדים נתונים אמפיריים המעידים על הגישה לערכאות. איך מבינים האם הייתה פגיעה. זה תלוי הרבה בהגדרה שלנו לגישה. צריך עמדה נורמטיבית לגבי סוג התביעות שאנחנו רוצים שתתאפשר להם הגישה. **אם זכות הגישה לערכאות היא רק של תביעות טובות אז אולי החקיקה דווקא טובה. מצד שני אולי יש ערך בגישה של תביעות מפסידות או אולי אפילו תביעות סרק לביהמ"ש, בהקשרים של שוויון או קול**. הבעיה היא שרוב התביעות לא מסתיימות בפסק דין שאומר מי צדק, רוב התביעות מסתיימות בפשרה. לכן לגבי הרוב המכריע של התביעות לא יודעים האם הן היו נכונות או לא. בסופו של דבר ביהמ"ש מקבל הכרעה לפי מה שנראה לו הוגן ודוחה את העתירה בהסכמה של שלושת השופטים. ההחלטה הייתה שבהינתן האפשרות לשכנע את ביהמ"ש הפגיעה לא חמורה מדי.

### • מקורות נורמטיביים: למה זה חשוב לאפשר לאנשים לגשת לבית המשפט?

1. **זכות פרטית** – בהיבט של הסתכלות על זכות הגישה לערכאות כזכות פרטית יש שלוש גישות\הצדקות מנקודות מבט שונות:

(א) **הצדקה תוצאתנית** – זכות נגזרת, נספחת, תנאי לקיום הזכויות המהותיות. חייבים שזכות זו תתקיים כדי שהזכויות המהותיות יתקיימו. לכל זכות מהותית נושאת על גבה את זכות הגישה לערכאות. זו הצדקה תוצאתנית (זכות הגישה חשובה כי היא מאפשרת להשיג זכויות מהותיות) הצדקה הזו רלוונטית רק אם באמת יש טיעון מהותי וענייני שיכול להוביל לתוצאה.

(ב) **הצדקה דאונטולוגית** – יש גישה שאומרת שזו זכות מהותית עצמאית, חלק מכבוד האדם (זכות הטיעון). כבוד האדם כרוך בין היתר בכך שנתחשב באדם וניקח אותו בחשבון לפני שנחליט בעניינו.

3. **זכאות במדינת הרווחה המנהלית (שירות שניתן לציבור)** - מאמר שכתב **אלון הראל**, מצדיק את הביקורת השיפוטית בכך צריך שלכל אדם תהיה יכולת לטעון. זכות הגישה מבטאת את היכולת הזו. לפי ההבנה הזו, זכות הגישה לערכאות היא לא ממש זכות במובן החוקתי (משהו שנובע מהאנושיות שלנו וראוי להגנה בשל כך). אלא זכות הגישה לערכאות היא אחד מהדברים שמדינת הרווחה מספקת לנו. המדינה מפתחת מערכים שתפקידם להקל עלינו את החיים. הגישה הזו אומרת שמערכת בתי המשפט היא עוד אחת מאותם המערכים של מדינת הרווחה. זאת בדומה לבתי ספר ציבוריים, בתי חולים ציבוריים, ביטוח לאומי. בית המשפט הוא עוד גוף מדינתי שנותן לנו שירות. **ריצ'רד ססקינד** בספרו מגיע למסקנה שביהמ"ש הוא שירות שהמדינה מספקת.
2. **אינטרס שלטוני** - זכות הגישה לערכאות היא גם אינטרס שלטוני. מדובר בביטוי להפרדת רשויות, תנאי לקיום הרשות השופטת (הפסיבית). חשין ניסח זאת כשהוא אמר שזכות הגישה לביהמ"ש חשובה יותר מזכויות היסוד, הואיל והיא תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות היסוד. שימור זכות הגישה היא אחת הדרכים להגן על הרשות השופטת.
3. **הסברים ביקורתיים** - כל דבר שאנחנו רואים אינו טבעי או ניטרלי, הוא מבטא בחירות של אנשים חזקים בהיסטוריה שעיצבו את הכלי\השיטה באופן שישרת אותם.
- (א) סובלימציה** - רוצים לתעל אלימות למילים\התדיינות. ככל שמקדמים את זכות הגישה להליך אפשר להגיד לאנשים לגשת לביהמ"ש ולא לפנות לפתרונות אלימים.
- (ב) הגמוניה ולגיטימציה** - הצדקה שמגיעה מהגישה של ה-CLS. ככל שמדגישים את זכות הגישה כך עוסקים פחות בשאלות המהותיות של הצדק החברתי. אם יש תלונה צריך ללכת לביהמ"ש ולא לעשות מהפיכה.

• **שאלות נורמטיביות**

- ✓ **האם ראוי שיהיה עיגון בחוקה לזכות הגישה לערכאות?** ברק יגיד שזכות הגישה משתמעת מזכויות היסוד ומחוק יסוד השפיטה. חשין יגיד שמדובר בעקרון יסוד שמרחף מעל החוקה. בתיקון הראשון לחוקה האמריקאית זכות הגישה כלולה באופן מפורש.
- ✓ **זכות הגישה למה?** האם זכות הגישה היא זכות הגישה לכל בית משפט או לערכאה מסוימת? האם זכות גישה כורכת בתוכה גם את הזכות לערעור? מתי מתמצה זכות הגישה? מי הגורם שמחליט? האם מספיק שהתיק יתנהל אצל רשם או שצריכים להגיע לשופט?
- ✓ **זכות הגישה למי?** האם כל אדם, האם רק תושבים, האם רק אזרחים. האם מדובר בזכות או בזכאות? האם מדובר בזכות או בשירות? האם זכות הגישה היא רק להגיש את התביעה או גם למגיב?
- ✓ **מה ההיקף של זכות הגישה?** הגישה בתנאים - מה סוגי התנאים שמתור לדין להטיל על הגישה? סדרי הדין בהגדרה פוגעים בזכות הגישה. האם אפשר להכריח צד להיות מיוצג? האם אפשר להגביל לטענות בכתב או בע"פ? האם זכות הגישה נותנת את הזכות לניהול ההליך או רק זכות לתוצאה.

• **זכות הגישה: מציאות של חסמים**

- **חסמים כלכליים מראש**
  - אגרות - תקנות בית המשפט (אגרות).
  - ערבויות - **תקנה 157**, סעד זמני, ערעור.
- **חסמים כלכליים בדיעבד (מרתיעים מראש)**
  - הוצאות - **תקנות 151-156**. בתקנות הישנות היה שיקול דעת לביהמ"ש אם לפסוק הוצאות. **תקנה 152** קובעת שברירת המחדל היא לפסוק הוצאות, וביהמ"ש צריך להצדיק את החלטה לא לפסוק. **תקנה 151** אומרת שבפסיקת הוצאות צריך לקחת בחשבון את זכות הגישה לערכאות.
- **חסמים דינאמיים**
  - הגבלות על אופן ניהול ההליך (סמכויות, דיני ראיות, מועדים, אורך כתיב בית-דין, ניצול לרעה וכו').
  - עילות סף (מעשה ב"ד, התיישנות, שיהוי, עמידה, שפיטות, בשלות וכו').
- **חסמים מערכתיים**
  - בית משפט מעין-שיפוטיים (בתי דין דתיים, בתי דין מנהליים, ועדות ערר וכו').
  - הפניה לחלופות, ADR (בוררות, גישור, מהו"ת וכו').
- **חסמים מעשיים**
  - עלות (ייצוג, זמן עבודה, עלות נפשית).
  - מרחק.
  - מורכבות.
  - טכנולוגיה.
  - שפה.

**סמכות שיפוט**

- **מהי סמכות שיפוט?** הביטוי באנגלית לסמכות שיפוט הוא **Jurisdiction** שהוא חיבור בין המילים משפט והגיה. דיבור שהופך למשפט, לדבר שאותו אנחנו מבינים כבעל כוח לחייב או להפעיל כוח האלים. הדבר שמחבר בין פעולה מילולית למשפט הוא **אלמנט האכיפה**. מכאן שסמכות שיפוט היא הכוח לומר את החוק. **קאבר** - אומר שהמשפט הוא החיבור של אלימות ומילים. דוורקין, בזמנו, כתב שהמשפט הוא פרשנות, קאבר אומר שצריך להיזהר מלעצור שם. כשנותנים מובן למילה בחוק מישהו בסוף ייחשף להפעלה של אלימות או מוות. היכולת לחבר בין פעולות פרשניות בשפה לבין אקטים אלימים במציאות הוא המשפט לפי קאבר.
- **המשמעות של סמכות שיפוט** - איך הצליחה החברה המודרנית לייצר מערכת משמעותית שכל כולה עניינה הפעלה של אלימות בעוד שאנשים היו מעדיפים להיות לא אלימים? **האלימות מופעלת כלפי מי שלא יזם את הגישה לערכאות**. אם הרשויות האחרות לא ישתפו פעולה עם ביהמ"ש אז למילים שיוצאות משם לא תהיה הרבה משמעות. קאבר רואה שיש מוסדות שלמים שגורמים לאנשים להיות אלימים באופן קבוע בהתבסס על היגדים של אנשים אחרים. **מהו הדבר שמאפשר להשתחרר מהפתולוגיה הזו ולהגיד שזה בסדר לציית לאדם אחר ולבצע את האלימות שהוא מורה עליה?** קאבר אומר שזה לא מקרי שהרשות השופטת צריכה לגורם חיצוני שיפעיל את האלימות. זה למעשה הסוד של המשפט, **הפיצול בין המילה לבין הכוח, שהוא תנאי לשל"פ**. ניסוי של מילגרם - הניסוי עם הזרם החשמלי. היה אדם עם חלוק לבן שנתן את ההוראות וזה הצדיק את העובדה שאנשים חשמלו במכות חשמל קיצוניות אנשים בחדר הסמוך. כדי שהמדינה תוכל לתפקד היא חייבת את הפיצול הזה בין הגורם המדבר לבין הגורם המבצע.
- **לסיכום, המשמעות של סמכות שיפוט:**
  - ☑ **במובן המהותי-חיצוני:** הכוח לחייב פעולה לפי החלטת ביהמ"ש. הכל שאלה של לגיטימציה. המשמעות היא, שאם אין לגיטימציה (אין סמכות שיפוט) המילים נותרות מילים ומכאן שנמנע פטור מקיומן. מה מקור הלגיטימציה של שופטים בישראל? חוק יסוד השפיטה והוועדה לבחירת שופטים.



☑ במובן המעשי-פנימי – האם לבית המשפט הרשות לדון בתיק, לקיים משפט, להגות ציוויים אם לא מונה לכך? אם שופט פעל שלא בסמכות, האם הפעולה בטלה? מה המשמעות אם מישהו פעל מחוץ לסמכות? מה צריך לעשות ביהמ"ש אם הוא מוצא את עצמו בפועל בהיעדר סמכות? **בב"ץ סימה אמיר** (עקרון החוקיות) נקבע שבתי הדין הרבניים לא יכולים לשבת כבוררים בדיון בסכסוכי ממונות משום שחוק שיפוט בתי דין רבניים קובע את גבולות הסמכות של בתי הדין הרבניים.

• **למי הסמכות להחליט על סמכות?** לבית המשפט עצמו סמכות לקבוע האם הוא מוסמך לדון. ניתן למתוח ביקורת על הנהוג הזה. יש פה מתח בין האובייקטיביות של ביהמ"ש לבין האינטרס שלו כרשות.

#### • סוגי הסמכויות

◀ **סמכות על האדם (הנתבע)** – האם ביהמ"ש רשאי להורות דברים ביחס לאדם המופיע בפניו. ככלל, **ניתן להתנות** על רמת סמכות זו. אפשר לכתוב בחוזה למשל שהצדדים מקבלים על עצמם את הסמכות של פורום מסוים. ככלל, לדינים האלו יש **אופי טריטוריאלי**. משמע, לביהמ"ש יש סמכות שיפוט על מי שנמצא באזור שלו.

◀ **סמכות על העניין (התביעה)** – ממוקדים בביהמ"ש עצמו. האם יש סמכות לשפוט בסוג המקרה הנדון? על סמכות עניינית, **ככלל לא ניתן להתנות**. זו שאלה של ארגון כוחה של המדינה, היבטי כשירות, אחריותיות, לגיטימציה. לכן, פה מדובר על שאלה יותר פוליטית.

#### • בדיקת סמכות שיפוט: סדר עניינים

אם רוצים לקיים תביעה צריך שכל הסמכויות תתקיימנה:

1. **סמכות בינ"ל** – במקרה שלנו נשאל האם ניתן לתבוע בישראל? השאלה הזו מתעוררת, באופן לא מפתיע, בסכסוכים שיש להם אופי בינ"ל (בהם אולי יש מדינה שיותר מתאים לנהל בה את הדיון). לא תמיד התשובה היא שאפשר לשפוט בישראל, גם בסכסוכים עם זיקה לישראל.
  2. **סמכות עניינית** – באיזה סוג בימ"ש ניתן לתבוע? בישראל יש חלוקה בין שלום למחוז, יש ערכאות מתמחות כמו עבודה, דתי. יש ערכאה מנהלית, משפחה, צבאי.
  3. **סמכות מקומית** – באיזה מחוז שיפוט (שבו קיים ביהמ"ש מוסמך עניינית) ניתן לתבוע?
- תיתכן חפיפה/הקבלה בכל אחד מהשלבים וכן תיתכן גם התלכדות בין הצירים האלו. ז"א שאם נענתה שאלת הסמכות העניינית נענתה גם שאלת הסמכות המקומית.

#### סמכות שיפוט בינלאומית

- **סמכת טריטוריאלי** – כשמדברים על סמכות בינ"ל מדברים על שאלת הסמכות הטריטוריאלי של הפורום. השאלה היא מי יכול להיות כפוף לערכאות שנמצאות במקום מסוים. בהקשר הבינ"ל, לערכאות שנמצאות בישראל. הביטוי שמשמשים בו בהקשר הזה הוא ה"פורום". השאלה היא על אילו תיקים הפורום הישראלי בכללותו מוסמכים לדון. הדיון הזה רלוונטי לכל סוגי הערכאות בישראל, בית הדין לעבודה, הדתי, שלום, מחוזי ועליון.
- השאלה של הסמכות הטריטוריאלי היא שאלה שנוגעת לתחום של **משפט בינ"ל פרטי**. התחום הזה הוא אגד הדינים שעוסקים בסכסוכים פרטיים שיש להם אופי בינ"ל, ז"א שהם חוצי גבולות. **אנשים ונכסים** הם חוצי גבולות ואז מתעוררות שאלות. שאלה אחת היא **שאלת סמכות השיפוט**. אם יש סכסוך עם אופי בינ"ל מתעוררת השאלה איפה תתנהל הליטיגציה, באיזה מדינה? לאיזה פורום מבין הפורומים הרלוונטיים למערכת היחסים תהיה סמכות לשפוט? שאלה שנייה וסבוכה יותר היא **שאלה של ברידת הדיון**. השאלה היא איזה דין מהותי יחול על הסכסוך? קורה לא מעט שננהל ליטיגציה בבימ"ש ישראלי אבל הדין המהותי יהיה דין זה. השאלה השלישית היא **שאלה של אכיפת פסקים זרים**. אם למשל ניתן פסק דין בספרד נגד נתבע שנכסו בישראל. אנחנו נתמקד בשאלה הראשונה של סמכות שיפוט.
- **הבסיס- תפיסה טריטוריאלי פזיזת: לפרום הישראלי יש סמכות על אנשים ונכסים שנמצאים בתחום השיפוט הטריטוריאלי**. אם האדם נמצא בתוך הטריטוריה, לבתי המשפט יש סמכות על האדם. כך גם עם נכסים. עקרון זה מעלה שאלה משום שאנחנו מאוד ניידיים. עם זאת, זה הגיוני משני היבטים. מהיבט מעשי (אפקטיביות) ומבחינה פוליטית (ריבונות), יש כאן סוג של איזון בו כל מדינה שומרת על הטריטוריה שלה ומתחייבת לא להפר את הטריטוריה של האחר.
- **הבעיה עם עקרון זה היא הסטאטיות שלו**. הגבולות של המדינות די יציבים, ולעומת זאת אנשים ונכסים כן ניידיים. הם יכולים להיכנס ולצאת. כל הדברים שמבחינה פוליטית היינו רוצים שהפורום שלנו יהיה מוסמך לדון בהם העקרון הזה לא יאפשר לנו. מנגד, יהיו גם מקרים שלא נרצה לדון בהם ומכוח עקרון זה נהיה חייבים לדון. הדין מכיר בזה שהעיקרון הטריטוריאלי נוקשה מדי, ולכן נבנו דוקטרינות מגמישות.
- **תפיסת חסר – תקנה 166** שאומרת שבמצבים מסוימים הפורום הישראלי רשאי להפעיל סמכות גם על מי שנמצא מחוץ לישראל. חשוב להבין שזה עדיין לא עוזר מבחינת אכיפה. יכול להיות שיהיה פסק דין תקף נגד אדם שנמצא בחו"ל, אבל זה לא מבטיח שניתן יהיה לאכוף אותו באותה המדינה הזרה. אם האדם יגיע בשלב מסוים לישראל יהיה ניתן לאכוף את זה עליו. **אם רוצים לתבוע מישהו שנמצא בחו"ל אבל נכסיו בישראל יתכן שיהיה יותר נוח לתבוע בישראל**. יש לפעמים דברי חקיקה ספציפיים שעושים מהלכים כאלו של שליחת יד החוצה לצורך מסוים (לדוג': ס' 1ב4 לחוק שיפוט בתי דין רבניים- שיפוט בישראל בגין סרבנות גט).
- **תפיסת יתר – דוקטרינת הפורום הלא נאות**. לפי דוקטרינה זו אומר הפורום שהוא מוסמך אבל הוא בוחר לא להפעיל את סמכותו. יש פורום אחר מתאים יותר. גם כאן רואים לפעמים חקיקה ייעודית ששוללת ענף סמכות מסוים. דוגמה- חוק השאלת נכסי תרבות. כשיצירות שנגנבו בתקופת השואה מיהודים היו מגיעות לארץ משפחות היו מבקשות להטיל עיקול. המוזיאונים התחילו לראות את זה כמגמה ולכן הם אמרו שאם זה יימשך יפסיקו להשאיל להם יצירות. העבירו חוק שמטרתו לאפשר לשר המשפטים להוציא הזדעה שאומרת שהיצירות שמושאלות לתערוכה מסוימת לא תחול עליהן סמכות של ביהמ"ש הישראלי. זה ויתור על סמכות ביחס לנכסים מסוימים. כשהחוק הזה הגיע לכנסת התווסף אליו חריג אחד שהוא חריג היצירות שנגנבו בשואה.

#### • אתגרי הסכסוך הבינ"ל

- ◀ **עלויות ברור הסמכות בדיעבד** – ברור הפורום לאחר תחילת הסכסוך זה דבר יקר. זה יכול לייצר קשיים שונים. הרבה פעמים צדדים לא מסכימים זה עם זה לגבי הפורום הנאות. אולי הם גישה במקביל בשני המקומות, ואז ינהלו ליטיגציה מקדמית בשני המקומות. איך ניתן לצמצם מראש את העלויות? **דרך תניות שיפוט חוזיות**. זה מתאים רק למערכות יחסים חוזיות. אם קרתה תאונה אקראית זה כמובן לא עוזר.
- ◀ **קשיי תיאום בין פורומים** – מדינות שונות לא כפופות לריבון מסוים שמסדיר את היחסים ביניהן. יש קושי מבני לתאם במצב של הליכים סותרים. בהקשר זה הפתרון הוא **דוקטרינת הליך תלוי ועומד**, לפיה, אם הוגשה תביעה בישראל ובמקביל כבר מנהלת תביעה בקנדה באותו הסכסוך, ניתן לבקש מביהמ"ש לא להפעיל את הסמכות שלו עדיין. רק אחרי שיסתיים ההליך במדינה הזרה יבדקו האם יש צורך לקיים הליך נוסף בישראל. יש פה היבט של כיבוד של הערכאות הזרות. היבט נוסף שקיים פה הוא עניין של יעילות. מרגישים שזה דבזוז לנהל שני הליכים מקבילים. גם לא רוצים להגיע למצב של הכרעות סותרות.

#### • בישראל רוכשים סמכות בינ"ל במסלול דו-שלבי:

- 1) **רכישת סמכות – קביעה של ישראל יש סמכות על הנתבע**. העקרון הטריטוריאלי מצומצם ברמה המעשית לאותו אירוע של המצאה. ברגע שמבצעים את ההמצאה לנתבע רוכשים עליו את הסמכות. **המצאה צריכה להתבצע בארץ**. יש גם אופציה של המצאה לחו"ל. יש דרך חלופית להקנות סמכות לפורום והיא **תניית שיפוט**. בהקשר של זה יש שני סוגים של תניות שיפוט, **ייחודית ומקבילה**. אם יש המצאה או תניית שיפוט ניתן להגיע לשלב השני של שיקול הדעת.
- 2) **שיקול דעת ביחס להפעלת הסמכות – בהתאם לדוקטרינת הפורום הנאות**. צריך לשכנע את ביהמ"ש להפעיל את סמכותו שנרכשה לו באמצעות אחד משתי הדרכים.

- **המצאה לנתבע בארץ**

**פרוקסי** לרעיון הנוכחות בטריטוריה – כדי לרכוש סמכות על נתבע בארץ צריך להמציא לו את כתב התביעה בארץ. המצאה לוקחת שבריר שניה אבל הליך אזרחי לוקח לפעמים שנים. יש הרבה סיבות לחשוב שהאדם כבר לא יהיה בארץ לאחר ההמצאה. מכאן עולה השאלה, האם הסמכות פוקעת עם יציאת הנתבע מהארץ? לכאורה התשובה צריכה להיות כן, משום שלפי העקרון הטריטוריאלי הסמכות היא על מי שנמצא בארץ. **התשובה המשפטית היא שהסמכות לא פוקעת**. כשרוצים לתרגם את הנוכחות בטריטוריה למשהו מעשי אומרים שמיצינו את עקרון הנוכחות בטריטוריה לאיזשהו פרוקסי. זה קירוב למצב בו האדם בטריטוריה. אם הצלחתי להמציא את כתב התביעה לנתבע בארץ, הרי שמבחינת הדיון הנתבע בארץ ולכן הסמכות נרכשה.

✓ **תקנה 158** – המצאה בדיון הישראלי - מטרתה להביא לידעת הנמען את תוכנו של המסמך. שנית, מטרתה להחיל על הנתבע את מרות בית המשפט. החלק השני לא הופיע בעבר בתקנות והוא היה בבחינת משפט מקובל.

✓ **תקנה 163(א)** – תקנה זו מתחילה מההמצאה האופטימלית, שהיא לבעל הדיון עצמו. יש לכך מספר חלופות שהדין מכיר בהן. אם יש **מורשה לקבלת כתבי בית-דין**. מצב בו אדם לא נמצא בארץ אבל הוא הסמיך מישהו לקבל כתבי בית דין עבורו. מבחינת הדיון זה נחשב כאילו אותו אדם נמצא בארץ. כך גם אם זה עו"ד שמייצג את אותו האדם. זה תלוי באילו הרשאות העו"ד קיבל, אבל אם זה עו"ד כללי זה מספיק. גם בברירת המחלל המובהקת ביותר רואים הרחבה של העקרון הטריטוריאלי. אם יש נציג בארץ רואים במיוצג כנמצא בארץ.

✓ **תקנות 163(ב)-169** – מגוון הסדרים נוספים של דיני המצאות. יש הרבה מאוד מחלוקות **האם המצאה בוצעה כדין** במקרים בהם למשל מישהו מנסה לברוח. יש הרבה דיונים על האם הנתבע לקח את המעטפה או לא, האם הוא פתח אותה או לא וכדו'. ברגע שמנסים להערים על הנתבע שיקבל את ההמצאה עולות שאלות לגבי החוקיות של ההמצאה.

- **המצאה לנתבע בחו"ל: המצאה קונסטרוקטיבית**

יש שני מסלולים עיקריים דרכם ניתן להמציא לנתבע כתב תביעה על אף שהוא בחו"ל:

**1) המצאה קונסטרוקטיבית** - משמע ממציאים למישהו אחד וזה נחשב כאילו המצאתי למישהו אחר. הנתבע בחו"ל, אבל המצאתי למישהו שהדין תופס אותו כזרוע של הנתבע בארץ. זה לא מאותם מקרים בהם זה נקבע מראש (כמו מורשה או עו"ד). לכן נדרשת קונסטרוקציה, צריך מהלך שיוביל לכך שנגיד שההמצאה לגורם בישראל מובילה לנתבע בחו"ל.

✓ **תקנה 163(ב)** – **לאחד מבני משפחתו הגרים עמו**. הרעיון שאם רוצים לתבוע אדם שנמצא בחו"ל מספיק להמציא את כתב התביעה למישהו בגיר שגר אתו בבית. זה אומר שזה מישהו שגר בישראל, אבל מוותרים על הגעה אליו. מסתפקים בהגעה לכן משפחה.

✓ **תקנה 163(ג)** – **המצאה לנציג**. בד"כ זה ישמש כדי לתבוע תאגידים הנמצאים בחו"ל שעובדים באופן קבוע מול ישראל. הדרישות של התקנה הן:

א. הנתבע נמצא מחוץ לישראל;

ב. לנתבע יש "נציג" בישראל;

ג. ייצוג "באופן קבוע בקשר לענייניו בישראל";

ד. התביעה היא "באותו עניין". משמע אפשר להמציא תביעות רק בהקשר לאותם העניינים בהם עוסק הנציג מול הנתבע.

**עולה השאלה מיהו נציג? נבחן לפי מבחן אינטנסיביות הקשר**. מבחינת היישום של המבחן הזה, ניתן לראות שני קולות בפסיקה שלפני התקנות החדשות.

◀ **הגישה המרחיבה** - בשל "שינוי העיתים הטכנולוגיים" לא נדרש קשר אינטנסיבי מאוד כדי להעביר מידע. אדם בארץ יכול בקלות להעביר מידע כזה. זה הקו הדומיננטי בפסיקה של העליון על ההסדר של התקנות הישנות.

◀ **הגישה המצמצמת** - לפיה נדרשת זיקה עניינית של המורשה לנושא התביעה. כתבו את זה בתקנה בדיוק כדי שלא יגיעו לנציגים שונים ולא קשורים.

**מה היחס לתקנה 482 מהתקנות הישנות?** המחוקק לקח את תקנה 482 וכתב אותה מחדש. המצב לכאורה נשאר אותו הדבר מבחינה מהותית, אבל המילים בתקנה החדשה שונות מהמילים בתקנה הישנה ולפי דברי ההסבר, ההסדר לא השתנה. הנוסח המקורי של 482 לא מדבר על חו"ל, הוא נגע ביחס שבין אזורי שיפוט בתוך המדינה. ראו שהנוסח לא מגביל אפשרות לחו"ל, וביהמ"ש אפשר זאת. התקנות החדשות אימצו את ההסדר העקיף של 482, וכיום 163(ג) רלוונטי רק לנתבעים בחו"ל.

**2) המצאה מחוץ לתחום: לפי תקנה 166** – בעל דין "רשאי" להמציא מחוץ לתחום המדינה. בתקנה 166 ההסדר אומר שאם התביעה עומדת בתנאים, אפשר לבצע את ההמצאה בלי רשות מביהמ"ש (להבדיל מהתקנה הישנה). בתי המשפט חושבים שיש פה מסר שצריך להיות יותר ליברליים מאשר בעבר. בפועל, נשאר שיקול דעת לביהמ"ש לא להתיר את ההמצאה. מדובר בהליך מורכב, יקר וחריג – זוהי פריצת הריבונות. לכל מדינה יש סמכות רק על מי שנמצא בטריטוריה. תקנה 166 אומרת שלפעמים מוכנים לפרוץ את העקרון הזה מטעמי מדיניות.

○ הליך ראשוני במעמד צד אחד – כל ההליך לפי **תקנה 167** הוא **הליך במעמד צד אחד** משום שכל הפעולה שמתבצעת פה היא ניסיון לרכוש סמכות על הצד השני. בתי משפט לא אוהבים הליכים במעמד צד אחד משום שזה לא מתיישב עם כללי הצדק הטבעי ולכן יש את הפתרון של **יכולת התנגדות בדיעבד**. הנתבע יכול לבוא לפורום הישראלי ולטעון שביהמ"ש הפעיל שיקול דעת לא נכון. לפי **תקנה 169**, אם הנתבע בא לטעון שלא ראוי להמציא לו, בזמן שהוא בארץ להתנגד להמצאה, אסור להמציא לו. זו פיקציה משום שבפועל האדם נמצא בתחום השיפוט הטריטוריאלי של המדינה אבל אסור להמציא לו.

○ **דרישות להמצאה לפי תקנה 166:**

1. יש להראות **עילת תביעה ראשונית** (דרישה זו לא מופיעה במפורש בסעיף, היא תוצר של משפט מקובל מימי תקנה 500 שנראה שעוד רלוונטית כיום). התפתחה דוקטרינה שאמרה שלא כל תביעה מצדיקה המצאה לחו"ל, צריך לעבור רף ראשוני של איכות התביעה. יש כאן **דרישה מהתובע לעשות מאמץ ראייתי ראשוני שהוא מעבר למה שנדרש בהגשת תביעה רגילה בארץ**.

2. יש להראות כי **קיימת עילת המצאה לפי תקנה 166** - מספיק להראות שמתקיימת עילה אחת מעילות התקנה ע"מ לעמוד בדרישה. בפועל מה שתקנות אלו מבטאות זה זיקה מסוימת לישראל. עילות ההמצאה לפי תקנה 166 הן:

א. סמכות בישראל לפי דין/חוזה.

ב. אכיפה בישראל.

ג. ראיות בישראל.

ד. השפעה על ישראל/ישראלים.

ה. הליך בישראל.

- הבדל אחד בין המצאה לנציג לבין המצאה מחוץ לתחום נוגע לנטל ההוכחה. בהמצאה בארץ, נטל להוכיח פורום לא נאות על הנתבע. משמע ההנחה היא שישראל היא הפורום הנאות. בהמצאה לחו"ל נטל להוכיח פורום נאות על התובע.

- הסכם שיפוט - אם צדדים הסכימו בחוזה שבית המשפט בישראל יהיה הפורום המוסמך, הפורום הישראלי ייקח על עצמו את הסמכות הצדדים בחרו להקנות לו, בלי קשר לשאלה אם מתקיימת זיקה אחרת או לא. סוגים טיפוסיים של תניות (שאלה של פרשנות):



- א. **תניית שיפוט ייחודית** - סמכות רק במדינה X. כדי להגיע למצב של סמכות שיפוט ייחודית צריך לוודא שהתניה בהירה כמה שיותר. כמובן שתמיד ניתן יהיה לפרש את התניה בדרכים שונות, אבל תפקיד מנסח החוזה הוא לדאוג שהלשון מובנת כמה שיותר - למשל: שהשיפוט יהיה אך ורק בישראל, לא במדינות אחרות, ובייחוד לא באיטליה למשל.
- ב. **תניית שיפוט מקבילה** - סמכות גם במדינה X.
- תניית שיפוט לא יכולה לשלול סמכות שנרכשה כדון (המצאה). כלומר, גם אם צדדים במפורש הסכימו לפורום אחד והחריגו אחר, זה לא שולל סמכות כדון. כלומר ייתכן שהתיק יידון גם בפורום אחר מזה שהוסכם. אך ישנה רתיעה מהפעלת סמכות אם הצדדים הסכימו על פורום אחר - בפועל ביהמ"ש שותף בהפרת החוזה.
- **אם ניתן להתנות - ניתן להסכים: השתתפות בהליך כמו בהסכמה. המשמעות היא שיש לעורר טענת חוסר סמכות בינ"ל בהזדמנות הראשונה.**
  - **תניית שיפוט** - תניה בדבר מקום שיפוט נאכפת **במסגרת דיני החוזים**. אם כתוב בחוזה שהצדדים מסכימים על כך שהפורום הישראלי הוא פורום מוסמך, הפורום הישראלי מוכן לקבל על עצמו את הסמכות שהצדדים בחרו להקנות לו, בלי קשר לשאלה האם מתקיימת זיקה אחרת או לא. בה בעת, עם זה באים כל דיני החוזים, כולל דיני הפגמים, תו"ל, תקנת הציבור, חוזים אחידים, כל הדינים שמאפשרים לביהמ"ש לא לאכוף חוזים (לדוגמה חזקות קיפוח). לפי **ס' 9 לחוק חוזים אחידים, כל תניית שיפוט בחוזה אחיד מוחזקת כמקפחת. ס' 5(א)** גם מבטל תנאי בחוזה אחיד ששולל או מגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות. **אם אפשר להראות שתניית שיפוט מסוימת המשמעות שלה היא בפועל שלילת זכות הפניה לערכאות ביהמ"ש יתייחס אליה כבטלה.**

#### • **שיקול דעת: הפורום הנאות**

- צריך לשכנע את ביהמ"ש שישראל היא הפורום המתאים לניהול הליטיגציה. שאלת הפורום הנאות מתעוררת במצבים בהם יש טענה רלוונטית לפיה יש פורום אחר שהוא מתאים יותר לבירור התביעה.
1. **מייב הזיקות** - המשמעות בפועל היא בחינת **הראיות, יכולת האכיפה, והדין(?)**. כמה זיקות אנחנו רוצים שיהיו כדי לומר שהפורום הישראלי מתאים? זה עניין של בחינה ספציפית של כל מקרה לגופו. נתון לשיקולים נורמטיביים: (1) יכולת הוכחת התביעה (2) יכולת קיום פסק הדין. זה רלוונטי לשאלה של הליך הוגן. **תקנה 166** - נשים בסימן שאלה את הנושא של הדין מכיוון שהמשפט הלאומי הפרטי מכיר באפשרויות של פיצול בין כללי ברירת הדין לבין הפורום. אולם, אם הצדדים הסכימו שהדין הישראלי יחול על הליטיגציה, אז הגיוני שינהלו את הדין בישראל. **זהו המבחן המרכזי, רוב העבודה נעשית כאן.**
  2. **ציפיות סבירות של הצדדים** - פה מסתכלים על **הציפיות של הצדדים לפני הסכסוך**. איפה הצדדים היו מצפים שתתנהל ליטיגציה. לדוגמה, אם אתר מתרגם את החומרים שלו לעברית זה יכול להיות אינדיקציה לכך שהוא מצפה לחשיפה מסוימת לפורום הישראלי.
  3. **אינטרס הפורום - עניין ציבורי, שוק מקומי, הדדיות(?)**. פה כבר שואלים האם השופטים חושבים שרצוי שתקום כאלו יתנהלו בישראל. זו שאלה ציבורית טהורה. **עניין עזבון צ'סר** (קריאה רשות), לא הייתה זיקה קלאסית לישראל. מישהו נפגע ע"י מחבלים של אש"ף והזיקה היחידה של הפרשה לישראל הייתה ההיבט האידיאולוגי של הפעולה. הפעולה נועדה לפגוע בישראל אבל לא היו ישראלים על הספינה. השופט לקח את חוק הלאום וניסה לגזור ממנו מסקנות נורמטיביות. האינטרס הוא להבטיח את שלומם של יהודים וישראלים שחשופים למתקפה בשל יהדותם ובשל אזרחותם. ביהמ"ש אומר כאן שלפורום הישראלי יש אינטרס לשפוט תיקים שבהם מטילים אחריות על אנשים במסגרת המאבק בישראל. לכן ישראל הפורום הנאות למרות שאין שום זיקה פיזית טריטוריאלית רלוונטית לישראל ברקע של האירוע.
  4. **שיקול צד: קיומו של פורום חלופי** - ייתכן **שיש פורום נאות יותר לניהול הליטיגציה אבל מסיבה כזו או אחרת הפורום הזה לא נגיש**. ברקע לזה נמצאת זכות הגישה לערכאות, לכן אם ביהמ"ש רואה שהמקום שהוא הפורום הנאות לא זמין אולי ניתן להתגמש ולאפשר לתביעה להתנהל בישראל. מה שעשוי להשפיע על ההחלטה היא שאלת האשם של התובע בכך שהפורום הזר לא נגיש. אם למשל תובע מגיש תביעה לאחר שהיא התיישנה במדינה הזרה כנראה שלא יאפשרו לו לנהל את התביעה בישראל.
- **השאלה החלוקתית/אסטרטגית** - על מי תוטל עלות ההתדיינות בחו"ל. יכול להיות שבעתיד שאלות אלו יהיו פחות רלוונטיות משום שדברים כמו ליטיגציה מקוונת יהיו יותר נפוצים. כיום עדיין יש עלויות משמעותיות לניהול הליכים בחו"ל ולכן שאלות אלו עדיין מעסיקות את בתי המשפט.

#### **סמכות שיפוט מקומית**

- שאלת הסמכות המקומית היא השאלה השלישית בסדר שצריך לשאול. השאלה של סמכות שיפוט מקומית שואלת באיזה מחוז שיפוט תוגש התביעה. בישראל **שישה מחוזות שיפוט: נצרת, חיפה, תל אביב, ירושלים, באר שבע, לוד**. בכל מחוז יש לפחות בית משפט שלום אחד. התובע יכול לבחור באיזה בית משפט שלום בתוך המחוז לנהל את התביעה שלו, ונשיא ביהמ"ש יכול להעביר את התביעה (**ס' 49 לחוק בתי משפט**).
- **דיני הסמכות המקומית - תקנות 7-8: הסמכות נרכשת ברגע שהמצאה כדון + מתקיימת אחת מהזיקות**. היא נרכשת ברגע הגשת התביעה במקום המתאים.
- **תכליות:**
  - ◀ **תכלית מסורתית** - שפיטה בידי הקהילה המקומית (+ריבונות). תביעה שיש לה זיקות מקומיות ראויה שהיא תתנהל באותו המקום. יש ארצות שבהן זה כולל היבטים של ריבונות. אם יש קבוצות לאומיות שונות נבדלות בהקשר הטריטוריאלי. יש מקומות בהם שיטת המושבעים באים בדיוק מהמקום הזה, רוצים שהאדם יישפט ע"י חברי הקהילה שלו. זה אמור גם לשפר את הלגיטימציה של השיפוט. אפשר להתלבט האם זה רלוונטי לישראל, מדינה יחסית קטנה שקל להגיע בה ממקום למקום. בישראל אפשר להצביע על אזורים שבהם יש סוג של הומוגניות תרבותית.
  - ◀ **התכליות המודרניות** - תועלת למערכת (ניתוב תיקים). רוצים לייעל את המערכת ע"י החלוקה למחוזות. תועלת/הוגנות לבעלי הדין (גישה לערכאות).
- **גישות אפשריות**
  - ◀ **מנתב מרכזי** - אפשר להגיד שכל התביעות בישראל יוגשו למשרד בירושלים שיחליט לאן התביעה תוגש. הבעיה העיקרית במנגנון זה היא העלויות.
  - ◀ **שוק (היד הנעלמה)** - אם יהיו כמה חלופות בשדה אנשים מספיק מתוחכמים יתפזרו בצורה טובה בין המחוזות השונים. לא צריך גורם אחד שיחליט מי הולך לאן. הבעיות במנגנון כזה הן כשלי שוק (לא תמיד השוק יגיע לתוצאות הנכונות) והטיות חלוקתיות (אנשים יחשבו שמה שלא נכון להם כן נכון להם).
- **בישראל** - הסדר ביניים. **זיקות + בחירות היוזם**. יש כמה כללים שאומרים אילו תיקים ילכו לאיזה מחוז. במצבים של כמה חלופות נותנים ליוזם הליטיגציה לבחור.
- **יסודות:**
  - ◀ הליכה אחר הנתבע **תקנה 7(א)** - מקום אחד שאפשר לתבוע זה **מקום הימצאות הנתבע**.
  - ◀ נתבע בפריסה ארצית - **ניתן לתבוע בכל מקום**. דוגמה לנתבע כזה היא בנקים, רשתות שיווק, המדינה, ספקים גדולים. זה פותר חלק מפערי הכוח בתביעות כאלו.
  - ◀ **תקנה 7(ב)** - בפרסום/סחר באינטרנט ניתן לנהל את ההליך במקום התובע או הנתבע. אך אם התובע הוא עסק, הליכה אחר הנתבע.
  - ◀ **זיקות התביעה (מקום המעשה/מחלל/מקרקעין (תקנה 7(א) באמצע)** - יש סיבה להניח שאם שם קרה הדבר האנשים הרלוונטיים היו שם וששם יהיו ראיות וכו'.
  - ◀ **תניית שיפוט (תקנה 7(א) סיפא)** - ניתן לקבוע את מקום ניהול ההליך בהסכמה בין הצדדים באמצעות תניית שיפוט בחוזה. **למעט חוזה אחיד**.
  - ◀ **סמכות שיורית - תקנה 8**. אם הסכסוך לא נכנס לאף אחת מהחלופות ניתן לפנות לירושלים מכוח הסמכות השיורית. לרוב עניינים שקורים באי"ש מופנים לירושלים.
  - ◀ **ריבוי נתבעים/זיקות - בחירת התובע**. משמע סמכות שיפוט מקומית זה לא עניין גורלי.

- **מגמות**

- **התלבטות נמשכת** – ביחס למידת החשיבות של הבחנות הסמכות המקומית. יש פקפוק קבוע בשאלה כמה צריך להחמיר בסוגיה. הדין עצמו יחסית מתון בעניין הזה (מאפשרים הרבה פעמים בחירה לתובע). **מצד אחד** – זכות הגישה + שיקולים חלוקתיים. **מצד שני** – שיקולי יעילות מערכתית. מניעת ליטיגציה מקדמית על מקום שיפוט בארצנו הקטנה. עם זאת, את זאת ניתן לעשות ע"י אכיפת הדין, או התעלמות מהפרתו.
- **התקנות החדשות** – קצת יותר פשוטות, קצת פחות דיוק. כללים מעטים ובהירים יחסית. שאיפה לוודאות מוקדמת באשר למקום השיפוט.
- **העלאה מאוחרת של טענת חוסר סמכות מקומית** – ככלל, השתתפות בהליך שקולה להסכמה שמקנה סמכות (בדומה לסמכות בינ"ל). המשמעות היא יזהר הנתבע. יש לעורר טענה זו בהזדמנות הראשונה. **תקנה 29**

- **סמכות שיפוט עניינית**

- נתעסק בהבדל שבין הסמכות האזרחית של ביהמ"ש השלום לבין הסמכות האזרחית של ביהמ"ש המחוזי. הסמכות המקומית מתנהלת באותו האופן, משום שהשלום והמחוזי ממוקמים באותם המחוזות.
- **מבוא עיוני**
  - ◀ **ארגון כוחה הכופה של המדינה** – כשמדברים על סמכות עניינית למעשה מדברים על האופן שבו הסמכויות של המדינה מאורגנות. שואלים מהם הכוחות של היחידות השונות בתוך הרשות השופטת. במקרה זה הדין הוא זה שקובע את הסמכות, ולא הצדדים.
  - ◀ **לא ניתן להסכים או להתנות על סמכות עניינית** – צדדים לא יכולים להחליט שביהמ"ש למשפחה הוא זה שיגרש אותם או שבית הדין הרבני יפסוק בשאלות ממוניות. זה נכון גם ביחס ליחידות השונות של מערכת ביהמ"ש.
  - ◀ **ביהמ"ש יכול לעורר את שאלת הסמכות מיוזמתו** – צריך להימנע מלעשות משהו שלא הוסמכו לעשות אותו בחוק. לכן מצפים מביהמ"ש עצמו לעורר את שאלות הסמכות ולוודא באופן יזום שהוא מוסמך לדון בתביעה.
  - ◀ **ניתן לעורר את שאלת הסמכות בכל שלב בהליך** – אם אין סמכות לאורגן שלטוני לבצע פעולה כלשהי, אין לו סמכות בכל שלב. אם מסיבה כלשהי ביהמ"ש לא עלה על בעיית הסמכות העניינית בשלב מוקדם אבל הוא גילה את זה בשלב מאוחר לכאורה הוא צריך להפסיק לפעול גם בשלב זה. עם זאת, יש כלים למיתון תוצאות כאלו, לא כל דבר מוביל לבטלות.
  - ◀ **ניתן לעורר שאלת הסמכות בתקיפה עקיפה** – לכאורה אפשר לעורר את שאלת הסמכות גם לאחר שההליך הסתיים. כשמדברים על תקיפה ישירה זה אומר שהסעד שמבקשים מביהמ"ש זה ביטול של אקט שלטוני כלשהו. אפשר לעשות זה תוך כדי ההליך לטעון כטענת הגנה שהנורמה שעל בסיסה נשפטים אינה תקפה. תקיפה עקיפה של פסק דין שניתן בחוסר סמכות תהיה מצב בו מתברר שביהמ"ש שנתן את פסק הדין איננו מוסמך. יש שתי אפשרויות: לערער על פסק הדין (תקיפה ישירה) או לא לשלם ואז בתהליך מול הוצאה לפועל להעלות את טענת חוסר הסמכות (תקיפה עקיפה). משמע עצם העובדה שההליך הסתיים לא הופכת אותו להליך תקף. צריך להבין מה היחס של עקרון זה **לתקנה 29** שמחייבת להעלות טענות של חוסר סמכות בשלב מוקדם.
  - ◀ **בפועל: שחיקה בעוצמת הסמכות העניינית** – רואים שחיקה בעקרונות האלו, בעיקר בין השלום לבין המחוזי. כל העקרונות האלו עדיין קיימים בשיח של הסמכות העניינית, אבל שמדובר על ענייני סמכות בין שלום למחוזי נראה הרבה יותר גמישות של המערכת. גמישות זו באה לידי ביטוי בדוקטרינות כמו תום לב, בטלות יחסית, יעילות הדין.

- **תכליות**

- 1) **מומחיות** – חושבים שיש תועלת בכך שבתי משפט מפתחים בקיאות מיוחדת בתחום מסוים של דינים ובמציאות שהדינים האלו מסדירים. נושא זה רלוונטי בעיקר ביחס בין הערכאות הכלליות ומתמחות ופחות בהבחנה בין שלום למחוזי, משום ששתי הערכאות האלו הן כלליות. יש חשש למה שנקרא התמחות יתר, אם רואים משהו דרך חרך צר מדי יש חשש שלא יראו את התמונה הגדולה ואת ההקשר. לכן אולי יש יתרונות לכלליות.
- 2) **כשיחות** – אם יש יכולת להבחין בין ליטיגציות שונות מבחינת עלות הטעות שלהן אזי יכול להיות ערך לייצר מערכת שממקמת תיקים עם עלות טעות גבוהה אצל ערכאות כשירות יותר ותיקים עם עלות טעות נמוכה אצל ערכאות עם כשירות שיפוטית פחותה. הדבר הכי קל זה להגיד שתיקים עם **סכומים** גדולים משקפים עלות טעות גבוהה. צריך להיות זהירים עם הרעיון הזה. אפשר לחשוב על ליטיגציה בין שני אנשים מאוד עשירים שתובעים על ירושה של מיליוני שקלים. מדובר פה בהמון כסף אבל יכול להיות שעבורם ההשפעה של זה תהיה מזערית. מכאן שאולי כדאי לחשוב על מדד אחר כמו **מורכבות**. אפשרות נוספת היא לדבר על **חשיבות**. העלות של טעות הנוגעת לחירות או כבוד תהיה יותר גדולה מהעלות של טעות הנוגעת לקניין. **האם אכן שופטי המחוזי כשירים יותר משופטי השלום?** ככל שאנשים מכהנים בערכאות האלו הפערים מתגמדים. אי אפשר לומר שתנאי הסף הם אלו שמבטיחים ששופטי מחוזי יהיו איכותיים יותר משופטי שלום. מה שכן אפשר להסתכל עליו הוא על גודל הערכאות. המחוזי זו ערכאה קטנה יותר מהשלום. אם רוצים למקם במחוזי טובים יותר מהשלום משתמשים במסננת צפופה יותר. מפעילים יותר מבחני איכות. דורשים יותר משופטים שרוצים להתמנות למחוזי.
- 3) **נראות** – אילו תיקים רוצים שיקבלו נוכחות ציבורית יותר לעומת תיקים שפחות חשוב שיקבלו נוכחות. זה קשור גם לנושא של ודאות, אם רוצים לייצר החצנות טובות של דין איכותי נמקם את זה בערכאות שקל יותר לקבל את המידע בהן. במחוזי פסקי הדין כתובים טוב יותר, הם יותר נגישים וכו'.
- 4) **כוח** – סמכות שיפוט כפוליטיקה. שואלים למי נותנים כוח על מה. יש מלחמת תרבות שבאה לידי ביטוי בהחלטות בנוגע לסמכות.

- **מקורות הסמכות העניינית**

- ◀ **חקיקה** מסמיכה נקודתית – **בד"כ מבחן עילה או נושא**. **בבג"ץ חירות** דנו על כך שבחוק הבחירות לכנסת יש רשימה של דברים שאפשר לפנות אליהם לביהמ"ש, ויש סעיף שאומר שעל יתר החלטות של ועדת הבחירות אי אפשר לעתור. לכן לכאורה לבג"ץ אין סמכות על הנושא. בג"ץ רואה את זה ואומר שהסמכות שלו קבועה בחוק יסוד. אותו סעיף בחוק הבחירות נכון לכל בתי המשפט בישראל חוץ מבג"ץ.
- ◀ **חקיקה** מסמיכה כללית – **שולחת או לשלום או למחוזי בסמכות שיורית**. כל הסכסוכים האזרחיים הקלאסיים ישתמשו בחקיקה כזו.
  - ✓ **סמכות ביהמ"ש השלום**: הולכים **לס' 51 לחוק בתי המשפט** שקובע את הסמכות של השלום. הסעיף קובע כל מני סוגים של תביעות שתלכנה לשלום:
    - ✓ **תביעות כספיות** ("סכום התביעה") – עד 2.5 מיליון ₪.
    - ✓ **תביעות שווי** ("שווי הנושא") – אלו תביעות בנושא שניתן להגיד כמה כסף הוא שווה. גם כאן הרף של אותו השווי יהיה 2.5 מיליון ₪. אפשר לחשוב על דברים שיש להם שוק מתוחכם שקובע שווי, כמו נירות ערך. דוגמה נוספת היא כלי רכב, שלהם יש מחירון עדכני. יש תחומים בהם זה יותר מורכב, ושם מתחילים להתלבט האם ניתן להעריך את השווי או לא.
    - ✓ **החזקה או שימוש במקרקעין, כולל חלוקה** – דוגמאות לזכויות אלו הן שכירות (החזקה) וחזקת הנאה (שימוש). החוק אומר שלא משנה מה שווי המקרקעין במקרה זה. הזכויות שלא נכללות בסעיף הן בעלות, רישום וחכירה לדורות והן יהיו בסמכות המחוזי.

✓ **תביעה שכנגד באותו נושא או אותן נסיבות** - הנתבע קיבל כתב תביעה ובמסגרת אותו ההליך הוא מגיש תביעה כנגד התובע שלו. צפוי שזה יקרה משום שהרבה פעמים סכסוכים הם הדדיים. אפשר להגיד שזה טוב למערכת משום שאם כבר יש תביעה שמתנהלת, עדיף שהתביעה שכנגד תתנהל באותו ההליך. זה גם מאפשר לאזן בין הצדדים (להביא לפשרות, לקזז). גם כאן אין הגבלה של סכום. אם התביעה הראשונה היא עד 2.5 מיליון אין הגבלה על הסכום של התביעה שכנגד. רואים ויתור על הסכום בהקשר של עלות הטעות. מעדיפים ניהול מרוכז ויעיל של הליכים. חשוב להבין שאין חובה להגיש תביעה שכנגד. אפשר תמיד להגיש תביעה עצמאית בנפרד.

**סמכות ביהמ"ש המחוזי**: "כל עניין אזרחי או פלילי שאיננו בסמכות של בית משפט השלום" (ס' 40(1)). בפועל זה אומר:

✓ **סכום מעל 2.5 מיליון**;

✓ **תביעות שלא ניתן לשום את שוויין**;

✓ **מקרקעין למעט החזקה ושימוש (משמט, בעלות, חכירה לדורות)**.

✓ **תביעה שכנגד** - דבר אחד שחוק בתי המשפט מוסיף הוא תביעות שכנגד. במחוזי ניתן להגיש כל תביעה שכנגד.

#### • קשיים בסמכות עניינית

◀ **קושי נורמטיבי** - שימוש בכללים (ולא בעקרונות) לקביעת גודל הסמכות. אם רוצים לחלק את הסמכות בין השלום למחוזי באמצעות עקרונות היה אפשר להגיד שבמניינים עם עלות טעות נמוכה ידונו בשלום ובעניינים עם עלות טעות גבוהה ידונו במחוזי. לא עשו את זה משום שמבחינה מעשית זה היה מוביל לליטיגציה בתחילה של כל תיק אזרחי בנוגע לשאלה איפה מנהלים את הליטיגציה. רצו לחסוך עלויות אלו ולכן הלכו עם כלל שרירותי. הבעיות שזה מוביל אליהן הן תפיסת יתר, תפיסת חסר, מניפולציות ומחלוקות במקרי קצה.

◀ **קושי מוסדי** - הרחבה נמשכת בתחום הסמכויות של השלום ובכשירות שופטיו. אנחנו נמצאים היום בעידן שבו הולכת ונשחקת האמונה שהמחוזי יכול לעשות דברים שהשלום לא יכול לעשות. היום בתי משפט שלום הם מאוד מקצועיים. יש גם את עניין העומס, שדוחף הרבה תיקים למטה. התוצאה - שחיקה נמשכת בעוצמת ההבחנה בין שלום ומחוזי (במצבי ספק) שלובה בהעצמת השלום. במקרי ספק שולחים תיקים לשלום.

#### • שאלות מרכזיות ביחס לסמכות עניינית:

#### 1) **המבחן - איך קובעים מה "שווי הנושא", מה "סכום התביעה", או מהי תביעה "בדבר"?**

**הסמכות תיקבע לפי הסעד המבוקש בעת הגשת התובענה (תקנה 910(9))**. יש גם הוראות שדורשות להסביר למה הערכאה אליה הוגשה התביעה היא הערכאה הנכונה **(תקנה 11(4))**. ביהמ"ש אמר במפורש בבר-עוז שמסתמכים על כתב התביעה כדי לחסוך התייגות מקדמית. לא בוחנים מהות, אלא הולכים על מה שהתובע ניסח. מכירים בכך שזה יכול להוביל למניפולציות של התובע (פורום שופינג). יש שיקולים שונים עבור התובע לבצע מניפולציה על הפורום שבו התביעה מוגשת. שיקול אחד הוא העדפה לפורום מסוים מסיבות שונות (קרבה גאוגרפית, הכירות עם בימ"ש מסוים וכדו'). שיקול נוסף הוא האגרה. בתביעות סכום האגרה הוא 2.5% מסכום התביעה שצריך לשלם מראש. תובע יכול להפחית מגובה התביעה כדי להפחית את האגרה. שיקול שלישי יכול להיות חלק מהאינטראקציה בין התובע לנתבע. התובע מעביר רמז לנתבע לגבי סכום המקסימום שהוא עלול לשלם (התובע מגדר את הסיכון).

◦ **חריגים - תביעות לנזקי גוף ופלת"ד**. אפשר לתבוע סכום מסוים אבל אל חייבים. המקרים האלו הם תביעות שרוצים לתמרץ את התובע לברר את הנזקים באמצעות מומחים. לא חייבים לציין את הסכום. כשהתובע בוחר איפה להגיש את התביעה הוא עדיין מבצע גידור (לא ניתן לקבל יותר מ-2.5 מיליון בשלום).

◦ **מה אם הסעד המבוקש אינו משקף את שווי הנושא? לפי ההערכות הוותיקות אם לא כתוב בצורה ברורה מה הסכום זה סעד שלא ניתן לשום את שווי ולכן הוא ילך למחוזי**. בשנים האחרונות יש מספר החלטות בהן התחילו כן לדרוש עבודה מהצדדים ומהערכאות ולומר להסתכל בכתב התביעה ולנסות לבצע הערכה אינטואיטיבית של הנושא. זה מעט נסוג מהמבחן הטכני ומבטא את הרעיון של העצמת בימ"ש השלום (רוצים כן להעריך כדי לא להגיע בקלות רבה מדי למחוזי).

#### 2) **הזמן - מה קורה אם חל שינוי בתביעה אחרי תחילתה?**

התובע יכול לבקש **תיקון של כתב התביעה ולשנות את הסעדים המבוקשים**. יש דברים שלוקח להם זמן להתברר, ולפעמים לא ידוע הסכום המדויק של התביעה בעת ההגשה. רוצים להגיש את התביעה כדי שהעניין לא יתיישן וזו מבינים שהסכום גדול יותר. דבר נוסף שיכול לקרות זה שתוך כדי ההליך יתבררו נזקים נוספים. נכנסים מומחים לתמונה, נחשף מידע ודברים נוספים מתגלים. לפעמים התיקון שמתבצע באמצע הדרך יכול להשפיע על ראש הסמכות (הסכום גדול יותר או קטן יותר מהרף של 2.5 מיליון). כן יש תוספות שלא נספרות בסכום התביעה עצמו (לפי ס' 51(א)(2) **סיפא**, שערך, הצמדה, ריבית, הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד).

❖ **שלום למחוזי** - **מעבירים (הלכת ספקטור נ' מגדל)**. זו הלכה פורמליסטית שאומרת שאם העניין יצא מגדרו של השלום הוא צריך לעצור ולהעביר למחוזי. הדיון כן מכיר באפשרות שלפעמים השלום כן ימשיך לדון (למשל בתביעה שכנגד). כאן העליון לא הלך עם הכיוון הזה. אולי צריך לחשוב מחדש על העניין הזה.

❖ **מחוזי לשלום** - **משאירים (הלכת רובין נ' אפלבוים)**. אם התיק התחיל במחוזי ותנאי הסמכות אמורים להעביר אותו לשלום, ממשיכים לדון במחוזי. הנימוקים לכך הם שהמחוזי מוסמך לפסוק סכומים של השלום ושהמחוזי מוסמך לדון בערעור על השלום.

ההתלבטות - לחסוך העברות או להעצים את השלום?

#### 3) **ריבוי סעדים - מה קורה אם יש ריבוי סעדים שאחד מהם הוא בסמכות השלום והאחר הוא בסמכות המחוזי עקב ריבוי עילות או ריבוי נתבעים?**

התקנות **(תקנה 24+25)** מתמרצות בעלי דין לתבוע כמה שיותר במסגרת אותו ההליך. העליון קבע שאותו העקרון חל גם על מקרה של ריבוי נתבעים (**שושנה נ' חפציבה**). ככל האפשר רוצים לכלול בהליך אחד כמה שיותר. מה קורה אם התביעה כוללת סעדים ששייכים הן לשלום והן למחוזי? **זוגמאות נפוצות** - החזקה ושימוש במקרקעין + פיצויים מעל 2.5 מיליון; בעלות במקרקעין + פיצויים מתחת ל-2.5 מיליון; צו שלא ניתן לשום את שוויין (לא במקרקעין) + פיצויים מתחת ל-2.5 מיליון.

**קביעת ביהמ"ש העליון - לפצל (לוי נ' עקריש ואושר בבר עוז)**. בשל המבנה של דיני הסמכות שלנו אין ברירה אלא לנהל תיקים נפרדים. מה שיכול לקרות זה **סתירה בפסיקות** הנוגעות לאותו הסכסוך. דבר נוסף שקורה זה **בזבוז זמן שיפוטי**, צריך להוכיח את אותו הדבר פעמיים. ביטוי צער של העליון לגבי הלכה זו נראה ב- **סגל נ' רומזו** מ-2014 שם נאמר "למרבה הצער הלכת פיצול הסעדים נותרה עדיין על כנה, על קשייה ובעיותיה". אפשר להגיד שהעליון לא רוצה להתעסק בעצמו בשאלות של סמכות ביהמ"ש משום שהוא חושב שהמחוקק הוא זה שצריך לקבוע את זה. מה שכן רואים זה כל מני מעקפים ותרגילים.

יש חריג אחד בולט להיעדר החקיקה הוא **בתחום של הקניין הרוחני**. בתביעות קניין רוחני נפוץ שיש שני סעדים, צו מניעה ופיצויים. אלא אם כן זה יוצר מאוד חשוב, בד"כ הפיצויים לא מגיעים ל-2.5 מיליון. לעומת זאת צו מניעה בסמכות בד"כ תהיה למחוזי (סעד שלא ניתן לשום את שוויין). ב-99' היה את עניין **הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות נ' שורץ**. העליון אמר שצריך לפצל את הסעדים. הפדרציה בתגובה השיגה לעצמה תיקון בחוק בדמות **ס' 40(4) לחוק בתי המשפט**

**שקובע שבתביעות קניין רוחני, אם הגישו במחוזי תביעה לצו מניעה קבוע אפשר לתבוע באותה התביעה פיצוי נמוך.**

✚ **פס"ד גבריאל נ' אשד** - בית המשפט העליון לראשונה מנחה את בעלי הדין וביהמ"ש להתאמץ לעשות הערכת שווי של עניינים לא בספיים. בית המשפט מבקש להעריך את הערך הכלכלי של סעד כלשהו (למשל צו המניעה) ע"א אומדן או הערכה אפילו באופן גס. במקרים בהם אי אפשר אפילו בהערכה גסה לשים מספר, ניתן לפנות למחוזי לפי 40(4) כבירית מחדל. **השאלה היא איך עושים את ההערכה הגסה של שווי של ערך כלכלי?** גרוסקופף מציע דרך אחת לעשות את זה. אם סכום התביעה נמוך מ-2.5 מיליון, ושווי הסעד הלא-כספי נמוך מ-2.5 מיליון אז **הנטל על התובע להוכיח שהסמכות אינה לשלום**. התוצאה של זה היא שליחה של

כמעט כל תיקי 40(4) מהמחוזי לשלום. גרוסקופף לא אומר האם ההלכה חלה רק במקרים של קניין רוחני או גם בתביעות אחרות. **המשמעות המעשית של פס"ד גביראל- צו מניעה\עשה + פיצוי נמוך ← התביעה תגיע לשלום. אלא אם כן התובע הוכיח אחרת.**

**הלכת הסעד הטפל (קלקודה נ' אגד) -** סעד טפל משמע אם סעד 2 טפל לסעד 1 (כלומר מתבקש ממנו באופן הכרחי, אינו מצריך בירור נוסף) ביהמ"ש מוסמך גם ביחס לסעד 2 (גם אם סעד 2 דורש הגעה לבימ"ש אחר). זה לא עניין של חשיבות, זה עניין שבו מספיק בירור של סעד אחד ואז מיד מגיע הסעד השני. מדובר בקשר לוגי-משפטי בין הסעדים. הדוגמאות הנ"ל מתייחסות בעיקר למקרקעין, אבל כן רואים פסיקה שמפעילה את ההלכה הזו גם בהקשרים שלא דווקא נוגעים למקרקעין.

סעד 1	סעד 2	סעד 2 טפל?
צו מניעה שלא ניתן לשום את שוויי (נדזיקין, פרטיות, לשון הרע) – מחוזי	פיצויים פחות מ-2.5 מיליון – שלום	לא, משום שנדרשת עוד עבודה (הוכחת הנזק)
אכיפת מכר מקרקעין (רישום בעלות) – מחוזי	פיצויים פחות מ-2.5 מיליון – שלום	לא. ב-1 צריך להראות הפרה וב-2 צריך להראות נזק.
אכיפת מכר מקרקעין (רישום בעלות) – מחוזי	סילוק יד (העברת החזקה בנכס) – שלום	<b>במידה רבה כן.</b> מי שמקבל בעלות יכול להחליט לסלק מהנכס. יתנהל במשותף במחוזי.
אכיפת חוזה שכירות ארוך טווח – שלום	רישום השכירות – מחוזי	<b>כן.</b> אם מגיעה השכירות מגיע שהיא תירשם. לא צריך בירור נוסף. יתנהל במשותף בשלום.
ביטול חוזה מכר מקרקעין – מחוזי	השבת הסכום ששולם שהוא פחות מ-2.5 מיליון – שלום	<b>כן.</b> ביטול חוזה מקים זכות אוטומטית להשבה. יתנהל במשותף במחוזי.

**4) הסיוג במקרקעין – מה זה "חזקה או שימוש", מה זה לא "חזקה או שימוש"?**

**ב-ס' 51 לחוק בתי המשפט** מצוין שאחת מסמכויות בימ"ש השלום זה מה שנוגע להחזקה ושימוש במקרקעין. התעוררו מגוון שאלות בנושא הזה. מבחינת העליון יש מעט בלבן בהלכות.

**הלכת מילוא נ' סיני-** הגיעה השאלה לאיזו ערכאה הולכות תביעות **מטרד ליחיד = הפרעה לשימוש במקרקעין (ס' 44א) לפקודת הנדזיקין**. למעשה מדובר בתביעות שכנים. הסעד בתביעת מטרד ליחיד יהיה למשל צו להפסקת המטרד. סוג נוסף של סעד יהיה פיצוי כספי על הנזק שכבר קרה. תביעה נגד מפעל להפסיק לפלוט עשן מזהם, באופן טיפוסי זה לא נתפס באף אחד מראשי הסמכות של השלום. קשה לייחס לתביעה שווי מוגדר, לכן לכאורה זה צריך ללכת למחוזי. **בהלכת מילוא העליון אומר שתביעות כאלו הולכות לשלום.** העליון עושה תרגיל, הוא לוקח את הנוסח של 44א) ורואה שמופיעה המילה "שימוש". לשלום סמכות על ענייני שימוש במקרקעין. זה תרגיל משום שהשימוש ב-44א) הוא של התובע במקרקעין של עצמו. ב-ס' 51 הכוונה היא השימוש של הנתבע. בד"כ תביעות מטרד ליחיד הן של שכנים, לכן העליון מרגיש שהן צריכות להתנהל בשלום.

**הלכת שמש נ' מפעל המים כפ"ס-** פה מדובר על **תביעות הריסה במקרקעין**. לפעמים בתביעה אזרחית מבקשים מהנתבע להרוס משהו שהוא בנה. העליון שואל האם צו הריסה הוא החזקה ושימוש במקרקעין. העליון אומר שאם מבקשים להרוס משהו אז אי אפשר להשתמש בו. לכן לא מדובר בהחזקה ושימוש ועל כן **צווי הריסה ילכו למחוזי**. מאז קביעת ההלכה הזו ועד לאחרונה הלכה זו חלה על כל הריסה באשר היא, כולל שכן שהרס פרגולה. יש פס"ד מ-2003 של עמית במחוזי הנוגע למחלוקת בין שכנים. עמית אמר שהלכת שמש לא באה מהטבע, זה נקבע במהלך פרשני של העליון. השתנו העיתים מאז ומבינים היום שהשלום יכול לטפל בתיקים כאלו. עמית במקרה זה מודיע שההלכה לא תקפה ושתביעה לצו הריסה יכולה ללכת לשלום.

**עניין בר-עוז נ' סטר-** העליון **מבטל את הלכת שמש. נקבע באופן סופי שתביעות להריסה במקרקעין הולכות לשלום.** גרוניס אומר שלא בטוח שביטול הלכת שמש יפתור את כל הבעיות. יהיו תיקים בהם זה יוביל לפיצול. למשל, מקרה בו מבקשים צו הריסה אבל גם פיצוי בשווי גבוה. השופט סולברג שכותב גם הוא חוות דעת אומר שבמקרים של ספק עדיף ללכת לשלום.

**• סמכות עניינית: הגמשות נוספות**

◀ **סמכות נגרות – ס' 76 לחוק בתי המשפט.** לפי ס' 76, אם ביהמ"ש דן בעניין שבסמכותו, ובמסגרת הדיון הזה מתעוררת שאלה שצריך להשיב עליה כדי לדון בעניין שבסמכותו, ביהמ"ש שדן רשאי להשיב עליה. זה לא מכריע את השאלה באופן מוחלט, זה משיב עליה לצורך הסכסוך המסוים. דוגמה לסמכות נגרות היא סמכות השלום להכריע בשאלת בעלות בתביעת סילוק יד. החלופה היקרה למצב זה היא **אבעיה**, שזה מצב בו ערכאה מפנה שאלה לערכאה אחרת. מבקשים מהערכאה המוסמכת לדון בשאלה המסוימת שבסמכותה כדי להמשיך את ההליך. הסיבה שלא מבצעים את הפרקטיקה של האבעיה יותר מדי היא כי רוצים לחסוך עלויות וזמן. חשוב להדגיש שבמקרה של אבעיה הסמכות היא להכריע בשאלה, ולא בסעד. ההכרעה לא מקימה מעשה בית דין.

◀ **תוצאה של חוסר סמכות –** מה קורה אם בימ"ש קובע שהוא לא מוסמך לדון בתביעה? התשובה הפשוטה היא שהוא צריך להפסיק לדון. לכן התוצאה המתבקשת היא סילוק מידי של התביעה על הסף. **תקנה 43** קובעת שביהמ"ש רשאי לדחות על הסף תביעה מכל נימוק שלפיו הוא סבור כי ראוי ונכון לדחות את התביעה. **ס' 79א) לחוק בתי המשפט** אומר שבמצב של חוסר סמכות, **ניתן לבצע העברה. ס' 79ב),** שקובע את **עקרון "לא יעבירו עוד"**. לפי כלל זה, ניתן להעביר תיק פעם אחת בלבד. גם אם התיק עובר מערכאה לא מוסמכת אחת לערכאה לא מוסמכת אחרת, מפסיקים להעביר אותה וזנים בה בערכאה אליה הוא הגיע. **בפס"ד שור נ' בן-יקר גת** לוין אומר שההבחנה בין מחוזי לשלום לא מאוד קריטית. רוצים לחסוך העברות ולטפל בתיקים. לכן גם העברה מטעמי סמכות מקומית תקנה סמכות עניינית. רואים נכונות לדון בתיק שאין בו סמכות עניינית.

◀ **תום לב, מניעות, בטלות יחסית –** מדובר בדוקטרינות של שיקול דעת של צדק. אם מישור שיתף פעולה וכדור מאוחר שהוא רוצה להעלות טענה של חוסר סמכות נהיה יותר קשוחים אתו. זה מבטא את הרעיון שסמכות עניינית היא לא עניין של הסכמת הצדדים. עולות שאלות לגבי מועדים שונים של העלאת הטענה, כמו למשל בסיכומים, בערעור, בתקיפה עקיפה. **ככל שזה יהיה מאוחר יותר בתי המשפט יהיו פחות נכונים להעלות כאלו טענות. תקנה 29 אומרת שצריך להעלות טענת חוסר סמכות בהזדמנות הראשונה.** לא כתוב מה דין העלאה מאוחרת של הטענה בתקנה. הדבר היחיד שכתוב זה שהעלאה מאוחרת יכולה לגרום תשלום הוצאות. רואים פסיקה לפיה ניתן לדחות טענה של חוסר סמכות אם היא עלתה באיחור.

• **סמכות עניינית: סיכום- חשיבותו בעיקר להכוננת התנהגות בעלי הדין בתנאים של ריבוי ערכאות (מה לתבוע ואיפה, האם לעורר טענות נגד הבחירה של התובע).** זה כבר פחות ביטוי של פערי כשירות בין השלום למחוזי בהיבטים של עלויות טעות. **ביהמ"ש העליון –** פקפוק גובר בהצדקה להבחנה בין סמכויות השלום והמחוזי, תפיסתה בעיקר כמנגנון לניתוב התיקים והעצמת השלום. **ביקורת –** בתי משפט מחוזיים יש רק שישה בערי המחוז. בתי משפט שלום יש בערי המחוז, והם מאוד גדולים, אבל יש גם בתי משפט שלום בערים קטנות בישראל. מעניין לזהות את האופי המיוחד של בתי משפט השלום במקומות הללו, בהם למרות שעדיין מדובר בשופטים מקצועיים, אין ספק שהאופי של הליטיגציה הוא שונה מבתי משפט השלום בערי המחוז. המקומות האלו קטנים יותר, פחות פורמאליים, כולם מכירים את כולם. אפשר לטעון שמתעורר שם אופי אחר של שפיטה, שיש לה זיקה יותר מקומית וקהלית. יש פה עניין של שוויון. ככל שמדברים על הערוב בין המחוזי לשלום מאבדים את הגישה הזו של

השלום לקהילות המקומיות. אפשר גם לדבר על הצטמצמות המרחקים במציאות המקוונת, שאולי תוביל לכך שערכאות אלו יחדלו מלהתקיים ואנשים פשוט יזונו בערי המחוז.

### מעשה בית דין

- **הגדרה- פסק דין סופי של בית משפט מוסמך מקים מחסום דינוי בפני התדיינות נוספת בין אותם צדדים בנושא** שהוכרע בפסק דין.
- ככל שעוסקים באנשים רציונליים, גם כשעוסקים במשפט 1, ככל שניקח בחשבון שמתיהו יידרש משפט נוסף, הידיעה כבר במשפט הראשון שעשוי להיות חסם ממשפט 2 אמורה להשפיע על החלטות של הצדדים כבר במשפט 1. לכן מעשה בית דין הוא אירוע של משפט 2, אבל בהרבה מובנים הוא מכונן התנהגות כבר בפתח משפט 1.
- **חסם דינוי** – חסם דינוי לא יכול להפקיע את הזכות המהותית. החסם פה לא טוען טענה ביחס לכבונות של משפט 2, הוא פשוט מונע את הניהול שלו מטעמי מערכת. גם ביחס לחסם זה נדרשת הפעלה ע"י בעלי הדין. הפעלה זו צריכה להתבצע בהזדמנות הראשונה. ברגע שמוצגת במשפט 2 טענה שנטענה כבר במשפט 1, צריך להתייחס לכך באופן מידי.
- **עקרון פסיקתי** – יש מרחב שיקול דעת. אין הסדר חקוק של חוק מעשה בית דין או תקנה שעוסקת בכך. היום זה כל כך מגובש שזה כבר ממש כמו חקיקה. עדיין, משום שזה בפסיקה תמיד יש לה שוליים מטושטשים. יש התייחסות מפורשת/משתמעת למעשה בית דין בתקנות, לצורך הסדרה של היבטים אחרים (41(ב), 25, 28).

### הצדקות

#### מערכת

- ✓ **יעילות השפיטה** – מניעת הליכים כפולים. השפיטה היא מערכת שמשאביה מוגבלים. **תקנה 5** אומרת במפורש שהדין צריך לאזן בין בעל הדין הפרטי לבין יתר בעלי הדין. אחת הדרכים לעשות את זה היא להגיד לכל מי שבא בשערי ביהמ"ש שיש לו הזדמנות אחת.
- ✓ **הגינות השפיטה** – מניעת פסיקות סותרות. המערכת לא אוהבת את המצב הזה שהיא עלולה להגיע אליו בו היא נותנת תשובות שונות באותו העניין.
- ✓ **הגינות בעלי הדין** – מניעת התנהגות נצלנית. המערכת רוצה לייצר לבעלי הדין סביבה שתקל עליהם להיות הוגנים זה לזה. מתעוררת התחושה שאם מישהו ניהל משפט אחד ואז תובע מחדש במשפט 2 את אותו הנושא יכולה להתעורר טענה שזו התנהגות לא נכונה מבחינה מוסרית. זו התנהגות נצלנית, טרדנית. רוצים להקל על אנשים לא להיות כאלו. בתקנות החדשות יש הוראות יותר מפורשות מאשר בעבר, שמטרתן להדגיש את הציפייה הזו מהצדדים (תקנה 4).
- **פרטי**
- ✓ **עקרון הסופיות** – מניעת טרטור הצד שכנגד. סופיות זה לא רק עניין של נוחות או עלויות. נגיד שלאדם יש זכות באופן מהותי זה להגיד שאדם יכול להסתמך על הזכות הזו. הוא לא מסתובב עם חשש לגבי היציבות שלה. זכות ממשית רק אם היא סופית.

### סוגי מעשה בית דין

- **השתק עילה** – לא ניתן לתבוע שבנית בגין עילה שנתבעה ונסתיימה בפסק דין.
- **השתק פלוגתא** – לא ניתן לעורר שבנית מחלוקת עובדתית (עובדתית-משפטית) שהוכרעה בהליך קודם. מחלוקת עובדתית-משפטית למשל השאלה האם החוזה הופך, האם הנתבע התרשל. אלו לא שאלות עובדתיות טהורות, הן כרוכות בהפעלת שיקול דעת נורמטיבי.
- **תנאים משותפים לקיום מעשה בית דין** (השתק עילה + השתק פלוגתא):
  - 1) **בית משפט מוסמך** – **הכוונה היא לבית משפט 1. אם ביהמ"ש פסק בהיעדר סמכות עניינית הוא למעשה לא פסק.** אם התנהל הליך שלם וניתן פסק דין כנראה שהאדם קיבל על עצמו את הסמכות, ולכן אי אפשר כבר להעלות טענה של חוסר סמכות מקומית או בינ"ל.
  - 2) **פסק דין סופי** – פסק דין סופי זה ביטוי משפטי שמתייחס **לפסק דין שהערכאה שנתנה אותו לא יכולה לשנותו** (לא חייב שזה יהיה פס"ד חלוט). כמובן שאם הערעור הופך את החלטתה שהתקבלה בערכאת הדין אז פסק הדין של הערעור יהיה פסק הדין הסופי. יש להבדיל מהחלטות ביניים- במהלך משפט 1 ביהמ"ש יכול לתת מגוון רחב של החלטות שלא מסיימות את ביחור התביעה אלא קובעות דברים שונים שקשורים לניהול התביעה (סעדים זמניים וכדו'). החלטות הללו לא נחשבות לפס"ד שמקיים השתק. רק כשמיגע פס"ד סופי החלטות שהתקבלו בהליך הדרך נבלעות בו והופכות להיגד הסופי של ביהמ"ש.
  - 3) **זהות הצדדים** – **הדרישה היא שאותם הצדדים שהופיעו במשפט הראשון יופיעו במשפט השני.** הבסיס לדרישה הזו הוא עקרון ההדדיות. יהיה הוגן להשתיק מישהו במשפט 2 רק אם הצד המשתיק יכול להיות מושתק גם. מדובר על עקרון של הגינות/יושר. זה עקרון הדדי שפועל באותו האופן על שני הצדדים בהליך. עקרון ההדדיות מוותר במידה מסוימת על היבטים של יעילות. אם היינו מדגישים יעילות זה לא היה משנה לנו מי הצדדים. אם ביהמ"ש פסק, כולם צריכים לחיות עם ההכרעה. **לדרישה זו יש הרחבה לבעלי דין עם קרבה משפטית או זהות משפטית באינטרסים הרלוונטיים.** הדרישה לזהות הצדדים היא לא דרישה פורמלית טהורה. הזהות שדורשים היא זהות בין אגד האינטרסים שכל אחד מהצדדים ייצג במשפט 1, רוצים לדאות שהוא גם מבוטא במשפט 2. יכול להיות שבמשפט 2 יופיע אדם אחר. אלא שיכול להיות שאותו צד ג' זה מבחינת האינטרסים לאדם ב' במשפט 1. לכן ניתן להתייחס לאותו צד ג' כמישהו שמקיים את זהות הצדדים עבור מעשה בית דין מבלי לפגוע בזכויות שלו.
- **תנאי נוסף לקיום השתק עילה: זהות העילה** – לא ניתן לתבוע שבנית בגין אותה עילה. צריך להראות לביהמ"ש שהעילה בתביעה 2 זהה לעילה בתביעה 1. כשמדברים על עילת תביעה מדברים על טענת הזכות נגד הנתבע. יש מקבילה שנקראת **השתק הגנה** (פס"ד air via), שנראה כמו השתק עילה אבל לא עובד באותו הכיוון. השתק הגנה זה מקרה בו צד א' תובע את צד ב' וניצח, ואז צד ב' תובע את צד א' כדי לסכל את ההצלחה של צד א' במשפט 1. משמע יש עילה חדשה של הנתבע במשפט הראשון שהופך לתובע במשפט השני, שמטרתה לעקור את משפט 1. זה מקרה פחות נפוץ.
  - ✓ **תקנה 25(א)** – "תובע יכול בכתב תביעה את מלוא הסעד שלטענתו הוא זכאי לו בשל עילת התביעה ולא יוכל להגיש תביעה בשל החלק שלא תבע."
  - ✓ **תקנה 25(ב)** – "תובע יכול 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; רשות מבית המשפט לא תינתן אלא במסגרת בקשה לפיצול סעדים."
- **עקרון מלוא הסעד** – אם יש עילה נגד נתבע מסוים, צריך במשפט לכלול את כל מה שאפשר לקבל ממנו. אם אני חושב שמגיעים לי 5 מיליון שקלים ותבעתי רק 4 מיליון שקלים, המשמעות היא שוויתרתי על יתרת הסעד. בפועל זה אומר השתק עילה. יש חריג אחד ב-25(ב) **סיפא** לפיו אם אני יודע או צופה שבגין העילה שאני רוצה לתבוע יגיעו לי סעדים נוספים, אבל אני לא רוצה לתבוע אותם עכשיו, אני צריך להגיש בקשה בתחילת משפט 1. הדבר הזה מוביל לפיצול סעדים, שהמערכת לא אוהבת. לכן הכלל הוא ריכוזי והחריג הוא פיצול סעדים. חייבים שיהיו טעמים לסטות מעקרון מעשה בית דין.
- **המבחן לזהות העילה** – מתי נגיד שהעילות זהות ומתי נטען אחרת? **מבחן מהותי- לא מסתפקים בניסוח של כתב התביעה, אלא הדרישה היא להבין לעומק מה המהות של תביעה 1 ולהבין האם זו אותה המהות של משפט 2.** בפסיקה, חלק אומרים שצריך זהות בעובדות / עסקה / אירוע שמעוררות את התביעות. לפעמים יש דיבור יותר פילוסופי ששואל האם זו אותה הזכות שמקימה את התביעה.



○ **השתק עילה בסילוק על הסף** – מעשה בית דין זו עילת סילוק על הסף. מה קורה אם המשפט הראשון הסתיים בסילוק על הסף? האם סילוק על הסף של תביעה 1 מקים השתק עילה? האם במצב כזה ניתן להגיד שהעילה מוצתת? כדי להשיב על השאלה הזו צריך להעמיק קצת בדיני סילוק על הסף. במשפט האזרחי יש שתי דרכים לסלק תביעה על הסף:

1) **מחיקה** – **תקנות 41-42** עוסקות במחיקה. יש רשימה מסודרת של טעמים למחיקה על הסף. גם במחיקה וגם בדחייה המחוקק מוסיף את הנימוק של "כל נימוק אחר". ס' 41(ב) אומר במפורש שמחיקת כתב תביעה לפי תקנות אלו **אינה מהווה מעשה בית דין**.

2) **דחייה** – **תקנה 43** עוסקת בדחייה. האם דחייה מהווה מעשה בית דין? אין תשובה לגבי דחייה. אפשרות אחת היא **הסדר שלילי**, אולי אם טרחו לציין שמחיקה היא לא מעשה בית דין אז המחוקק אומר שדחייה היא כן מעשה בית דין. **תקנה 43** מדברת על דחייה על הסף בעילות סופיות (התיישנות, מעשה בית דין). בפועל, רואים שבתי המשפט בוחרים במה שמתאים להם (אם הם לא רוצים לראות את התובע יותר הם ידחו כדי לחסום מפניו את התביעה).

#### • מתי לא יחול השתק עילה?

✓ **טעמים ציבוריים נגד סופיות** – למשל ליטיגציות הנוגעות לילדים דוגמת מזונות משמורת. רוצים לאפשר ואפילו לעודד את בתי המשפט לחזור ולבדוק את הנכונות של ההחלטות.

✓ **פיצול סעדים** מכוח דיני הסמכות העניינית – דיני הסמכות העניינית לא תמיד מאפשרים לתבוע את כל מה שאפשר לתבוע בגין עילה אחת בהליך אחד. יש פיצול מחויב מכוח הדין. הדוגמה הבולטת ביותר ביחסים בין שלום למחוזי היא **הבלכת לוי נ' עקריש**, אם רוצים להגיש תביעת בעלות וגם פיצוי בסך מיליון שקלים אין ברירה אלא לפצל את ההליך. זה מופיע במפורש ב**תקנה 25(ב)**. זה לא תמיד פשוט באופן מלא. המקרה בו פשוט לחוש בזה הוא לקוח של קבלן שרוצה העברת בעלות ופיצוי בשווי נמוך. מגיעים לאיזשהו רגע בו יש סכסוך עם הקבלן ורוצים לתבוע אותו על הכל. המערכת אומרת לי לפצל את ההליכים שלי. כאן זה נשמע ברור. אפשר קצת להתלבט לגבי האופן שבו זה עובד אם אני יודע על ההלכה של עקריש ואני בונה אסטרטגיה של ליטיגציה (קודם תובע בעלות ורק אח"כ פיצוי). אפשר לחשוב על לבקר במונחים של תו"ל את הפיצול שמחויב מדיני הסמכות העניינית. בהקשר זה חשוב לזכור שעדיין אפשר להגיע למצב בו מפסידים בתביעה אחת ונתקלים בהשתק פלוגתא.

✓ **יחס בין תביעה לסעד הצהרתי ותביעה לסעד אופרטיבי** – מה היחס שלנו לפרקטיקה הזו, שמתנהלות שתי ליטיגציות (אחת לסעד הצהרתי והשנייה לסעד אופרטיבי). יש אולי היגיון בהתנהלות הזו משום שהמסלול הזה יחסוך הרבה פעמים את המשפט השני. ברור שיהיה נתח מסוים של ליטיגציות בהן תביעה לסעד הצהרתי בלבד תיתר את הצורך בסעד אופרטיבי. או שהתובע יפסיד וזו אין צורך לתבוע, או שהתובע ינצח וזה יכול לגרום לנתבע להתפשר ולפתור את המצב מחוץ לביהמ"ש. תביעה לסעד הצהרתי זולה יותר מתביעה לסעד אופרטיבי. יש לתביעות אלו רכיב עובדתי אבל הן רוויות במשפט, פחות ברכיבים הוכחתיים. מצד שני זה עדיין יכול להוביל למצבים בהם מנהלים ליטיגציה כפולה. יש דעות שונות ביחס לפרקטיקה הזו. כנראה עדיף להיזהר להגיש בקשה לפיצול סעדים. אפשר לשאול האם הדגש המסוים בתקנות החדשות על יעילות יוביל להעדפה של הגשת תביעה אחת.

#### • **השתק פלוגתא- תנאים נוספים לקיום השתק פלוגתא (מצטברים)**

◀ **זהות הפלוגתא** – לא ניתן לעורר בשנית מחלוקת עובדתית (משפטית) שהוכרעה בהליך קודם. עושים בדיקה האם יש חפיפה בין מה שהוכרע בפס"ד לבין מה שנתען בכתבי הטענות. אם מישהו מציג טענה בכתב הטענות של משפט 2, והטענה הזו כשלעצמה נבדקה והוכרעה, זו החפיפה. צריך להיות משהו זהה. זה לא צריך להיות הכל.

◀ **התקיימה התדיינות בין הצדדים ביחס לפלוגתא** – צריך לראות שבאמת הייתה התדיינות במשפט 1. זה בעצם שילוב של עקרון הגינות ואיכות הפלוגתא. כדי להשתיק מישהו במשפט 2 צריך להראות שהייתה לו הזדמנות לטעון את טענותיו במשפט 1. זה גם עקרון תוצאתי. אם רוצים לוודא שההכרעה הזו היא הכרעה טובה ושלמה שראוי לקחת אותה למשפט השני צריך להראות שהוצגה היריעה השלמה לביהמ"ש, וזאת ניתן להשיג ע"י הצגת הטענות ע"י שני הצדדים.

✚ **בנק הפועלים נ' וינשטיין** – מקרה זה הוא סיטורציה די נפוצה של נתבע שלא מתגונן. כשתובע לא מתגונן מקבלים פס"ד על פי התביעה. בנק הפועלים ניגש לאכיפת פסה"ד ופתאום וינשטיין מתעוררת ומבינה שיש פס"ד נגדה, לכן היא מגישה תביעה נגד בנק הפועלים. בתביעה היא טוענת טענות שהיה ראוי שהיא תטען במשפט 1 כטענות הגנה. בנק הפועלים אומר שכבר יש הכרעה. וינשטיין אומרת שלא התקיים התנאי של קיום התדיינות. הבעיה עם הטענה של וינשטיין היא שזה פותח את הדלת לכך שכל נתבע לא יתגונן כדי לבדוק מה קורה, ואז להגיש תביעה בהמשך. העליון אומר שנכון שלא הייתה התדיינות, אלא שזה באשמת וינשטיין. לכן צריך לנסח את מבחן ההתדיינות בצורה מדויקת יותר **נמבחן ההזדמנות**. משמע, **די בכך שניתנה לבעל הדין המושתק הזדמנות לטעון במשפט 1**. זה פותר את בעיית ההוגנות אבל זה לא פותר את הבעיה של איכות ההחלטה. הדרישות נועדות להגן על בעלי הדין עצמם אבל גם להבטיח שההחלטה איכותית יותר. לכן ביהמ"ש מצמצם את התחולה של מבחן ההזדמנות. במקרים מסוג זה מאפשרים השתק בהתקיימות קיצונית של התנאים של ממצא פוזיטיבי ושההכרעה חיונית לתוצאה הסופית. רואים פה איך מעשה בית דין פועלת פעולות כדי לתמרץ התנהגות ראוייה של בעלי דין במשפט 1.

◀ **נקבע ממצא פוזיטיבי ביחס לפלוגתא** – ביהמ"ש הוכיח את הפלוגתא וקבע ממצא לגביה.

◀ **ההכרעה בפלוגתא הייתה חיונית לתוצאה הסופית** – צריך שההכרעה בפלוגתא תהיה הכרחית לצורך הגעה לתוצאה בפס"ד. זה מתקשר לחלוקה בין רציו לבין אוביטר. רוצים לוודא שיוצרים את התוצאה החמורה הזו של השתק רק במקרים בהם ביהמ"ש היה מודע והתכוון באופן מלא לפסוק כפי שהוא פסק. באמרות אגב חוששים שביהמ"ש לא השקיע בהם באותה המידה כפי שהשקיע ברציו. הדרך הלוגית לאתר אותן זה באמצעות **מבחן הסיבה בלעדית אין**. ניקח כל הכרעה מהפס"ד הראשון, נוציא אותה, ונראה אם פסה"ד עדיין עומד. אם הוא לא יכול לעמוד בלעדית זה אומר שהיא חיונית.

#### • **הליכים דומים אך לא זהים- מהי מידת הדמיון שרוצים לדרוש בין הפלוגתאות בין שני המשפטים?**

✚ דוגמה לכך היא בפס"ד **איזוטסט נ' דריזין**, של ביהמ"ש העליון שם דובר על מעבדה שלא קיבלה רישיון מהרגולטור לכן היא מגישה עתירה לבג"ץ נגד הרגולטור בטענה שהוא לא פעל באופן סביר. בג"ץ דחה את העתירה לגופה וקובע שהמדינה פעלה בסבירות. אחרי שהעתירה מסתיימת המעבדה מגישה תביעה אזרחית נגד המדינה לביהמ"ש המחוזי לפיצויים על הנזק שנגרם לה כתוצאה מעיכוב במתן הרישיון. הסיבה לתביעות נפרדות היא סמכויות הערכאות. אי אפשר היה להגיש תביעה לפיצויים בבג"ץ. לא הייתה ברירה אלא להגיש הליכים נפרדים. התובעת טוענת במחוזי שהמדינה התרשלה באופן הטיפול שלה בבקשת הרישיון. ברשלנות יודעים שיש את הרכיב של התנהגות סבירה, ולכן ניתן לטעון שזו אותה פלוגתא ממש. מצד שני ניתן לטעון שהרף במשפט 2 שהמדינה צריכה לעבור הוא גבוה יותר. כמו כן ניתן לטעון שהסבירות שבוחנים בכל אחד מהמקרים היא לא אותה הסבירות. סבירות בהקשר המנהלי וסבירות בהקשר הניזקי אלו מונחים דומים אבל לא זהים. הקביעה במקרה זה הייתה שניתן לקבוע שיש השתק פלוגתא כי הענימיקו בשאלת הסבירות מספיק במשפט 1, ולכן קשה לחשוב שאיזוטסט תוכל להוכיח משהו חדש במשפט 2. המשמעות היא שצריך לבחון לעומק את הפס"ד של משפט 1 ולראות מה עלה שם וכמה הדין היה יסודי.

• **בס' 442 לפקודת הראיות** נקבע שפס"ד חלוט מרשיע במשפט פלילי התוכן שלו קביל כראיה במשפט אזרחי, אפשר לקחת את זה כנכונות של עובדות. זה מתעורר בד"כ בהקשר של נפגעו עבירה שמגישים תביעה לפיצוי בהליך אזרחי. זה מוצדק משום שרף ההוכחה במשפט פלילי הוא מעל לכל ספק סביר, בעוד במשפט אזרחי מדברים על מאזן הסתברות. **ס' 442(א)** לפסקי דין של בתי משפט צבאיים. אלו בתי משפט בהם נשפטים בעיקר פלסטיניים ובעיקר בעבירות בטחון. המטרה של הסעיף הזה הייתה לנפגעים של עבירות בטחון לתבוע את המפגעים במשפט אזרחי. זה מעורר שאלה מסוימת משום שבבתי המשפט הצבאיים סדר הדין הפלילי של ההליך שונה. אין שם את כל הזכויות הדיוניות שיש לנאשמים במשפט הפלילי הסטנדרטי. זה יכול לעורר שאלה לגבי האיכות של הפלוגתאות שמובחות שם.



- **השתק פלוגתא לא הדדי** – האם ראוי להכיר בהשתק פלוגתא גם בלי זהות הצדדים? האם זה עניין קדוש שאותם הצדדים יהיו במשפט או שמשפיק שהפלוגתא זהה גם אם אחד הצדדים לא היה במשפט 1? **לפעמים זה אפשרי. זה תלוי בכך שהייתה לצד החדש הזדמנות לטעון במשפט 1.**

#### ○ **השתק פלוגתא לא הדדי הגנתי**

◀ **מקרה 1** – אדם הולך ברחוב ונופל לבור. הוא מצליח להיחלץ מהבור ומגלה שיש באזור קבלן שמבצע עבודות אבל לא גידר את הבור. בהמשך הוא מגלה שהקבלן הזה עובד עבור העירייה. הוא תובע את הקבלן. הוא תובע את העירייה במשפט 2. יש לו טענות עצמאיות ביחס לכל אחד מהנתבעים. משפט 1 הוא נגד הקבלן ומשפט 2 הוא נגד העירייה. התביעות הן בגין אותו הנזק. יכול להיות שהוא לא יצליח לקבל מהקבלן את כל מה שמגיע לו ולכן הוא רוצה לתבוע גם את העירייה. שני הנתבעים טוענים טענה של אשם תורם נגד התובע. זו הפלוגתא, האשם התורם. במשפט 1 התובע זוכה, ונקבע שאין אשם תורם. מגיע משפט 2. העירייה טענה אשם תורם. התובע יטען השתק פלוגתא. במשפט 1 נפסק כבר שלא היה אשם תורם. העירייה טענה שהדרישות לא מתקיימות, אין זהות בין הצדדים. מעבר לזה יש פה גם עניין של צדק. זה לא בסדר לחייב את העירייה בהפסד של הקבלן. העירייה לא יודעת כמה הקבלן השקיע בטענה של האשם התורם, מי ייצג אותו וכו'. כאן מבינים למה זהות הצדדים זו דרישה הגיונית. משמע, אין כאן השתק פלוגתא, לעירייה לא היה את יומה. התובע יצטרך להתגונן מחדש נגד טענת האשם התורם. זה המקרה הפשוט.

◀ **מקרה 2 (השתק פלוגתא לא הדדי הגנתי)** – אותו התובע נפל לבור, תבע את הקבלן והעירייה. הפעם הקבלן במשפט 1 זוכה בהתבסס על טענת האשם התורם. התובע תובע את העירייה במשפט 2. העירייה טענה אשם תורם. התובע יבקש להוכיח את הטענה. העירייה תגיד שלא צריך להוכיח משום שזה הוכח במשפט 1. התובע יטען שאין זהות צדדים ולכן אין השתק פלוגתא. העירייה טענה שאולי אין זהות בצדדים אבל האינטרס הרלוונטי מוגן, האדם שעליו רוצים להגן היה בתיק (התובע). לצד המושטק היה את יומו בביהמ"ש. מניחים שהתובע ניסה להצליח בטענה הזו, הוא טען מה שהוא רוצה והתאמץ. אין פה בעיה של הגנות. לפי **הלכת פיכטנבאום, במצב בו נתבע התחלף ומי שמושתק הוא התובע שנשא, אין הפרה של זכויות דיוביות של התובע ולכן זה בסדר להשתק אותו גם אם התחלף הנתבע.** הלכה זו עדיין יכולה לעורר קושי מסוים. אם, למשל, במשפט 1 מבינים שהישועה לא תבוא אז מתאמצים פחות ואז במשפט 2 רוצים להתנהל באופן יותר מחושב ובהשקעת יותר משאבים, נראה שזה קצת מבטל את ההצדקה של ההלכה הזו. עמדת ההלכה הזו מבטאת מדיניות מסוימת. היא יוצרת תמריץ להמתין עם התביעה ולרכז את הנתבעים. מי שלא תובע את כולם יחד עלול לשאת בעלויות, בין היתר בצורה של השתק פלוגתא.

#### ○ **השתק פלוגתא לא הדדי התקפי**

◀ **מקרה 1** – אדם א' הולך ברחוב ונופל לבור. ביום אחר, בשעה אחרת, בשבוע אחר גברת ב' הולכת ונופלת לבור. א' תובע את הקבלן והתביעה הזו מסתיימת בפס"ד (משפט 1). אחרי שהתביעה הזו מסתיימת ב' תובעת גם היא את הקבלן (משפט 2). אין בין א' ל-ב' שום קשר. הפעם הפלוגתא שנתמקד בה היא השאלה האם הקבלן התרשל. במשפט 1 נקבע שהקבלן לא התרשל, הוא מנצח בשאלה הזו. התובע במשפט 1 הפסיד. הקבלן ניצב מול תביעה במשפט 2, בו התובעת טוענת התרשלות. הקבלן יטען השתק פלוגתא כלומר כבר נקבע שהוא לא רשל ולכן התובעת מושתקת. התובעת טענה שהיא לא הייתה במשפט 1, היא לא יודעת מי זה א' ואיזו עבודת תביעה הוא ביצע. למה שהיא תצטרך להיות מושתקת ביחס לכישלון של אדם זר? לכן נגיד שבמקרה זה **אין השתק פלוגתא**, לתובעת ב' לא היה את יומה.

◀ **מקרה 2 (השתק פלוגתא לא הדדי התקפי)** – אותו הסיפור רק שהפעם א' מצליח בטענת ההתרשלות. תובעת ב' טענה שכבר נקבע שהקבלן התרשל. הקבלן יגיד שאין זהות בין הצדדים. התובעת טענה להלכת פיכטנבאום (הקבלן היה במשפט 1 והייתה לו הזדמנות לטעון, אם הוא לא השקיע מאמץ במשפט 1 זו בעיה שלו). לכאורה המצב זהה למצב של השתק פלוגתא לא הדדי הגנתי. עם זאת, עדיין יש פה בעיה. תובעים פוטנציאליים שידעו שהם יכולים להנות מהישג של תובע קודם זה יוצר להם תמריץ להשהות את התביעה שלהם ולחכות לפס"ד לטובתם. זו התנהלות של טרמפיסט. מהתנהלות כזו עשויות להיווצר עלויות של דחיית עלויות. כולם יחכו כדי שמישהו אחר יתבע במקומנו. תביעות דחויית יכולות לייצר עלויות למערכת. נזקים יכולים לגדול עם הזמן שעובר. המתנה עם תביעות גם יכולה לייצר עלויות של הוכחה (יש פחות ראיות, אנשים שוכחים). זה גם יכול להגיע למצבים מסוכנים בהם צריכים את התביעה כדי להפסיק מפגעים שממשיכים לגרום לנזק, ואם אף אחד לא תובע אז הנזק ממשיך להתקיים. התמריץ המרכזי שבאמצעותו הצדקנו את הלכת פיכטנבאום הוא ריכוז תביעות. האם תמריץ כזה רלוונטי במצב של נתבע מושתק? על תובע אפשר להפעיל תמריץ אפקטיבי לבחור את הנתבעים שלו, אבל עם נתבע זה הרבה יותר קשה. הנתבע במובן של יצירת ההליך הוא הרבה יותר פאסיבי. לכן נשאלת השאלה אילו הצדקות יש להשתק כאן את הנתבע? לא תמיד יודעים מיהם הניזוקים, ולא תמיד הם קיימים בזמן ניהול ההליך הראשון. יש נקודה נוספת שמתעוררת רק בהקשר ההתקפי של הפעלת השתק של התובעת נגד הנתבע. זיהינו שיש בעיה של הגינות ויעילות בכך שאנשים ימתינו להצלחה. יש בזה גם, בוודאי במקרים בהם יש יותר משני תובעים, בעיה של שוויון. נחשוב על מקרה בו יש הרבה אנשים וכל אחד תובע בתורו. נוצרת בעצם אפליה שרירותית בין התובעים המוקדמים לבין המאוחרים, וזה מביא לידי ביטוי את תופעת הטרמפיסט. לנוכח שורת הטענות האלו רואים עמדה הרבה יותר זהירה של הפסיקה בנוגע להשתק פלוגתא לא הדדי התקפי (כשתובע מנסה להשתק נתבע, אפילו נתבע שהיה במשפט הקודם).

✚ **פס"ד בעניין אספן נ' מ"י** – הוא מציג את כל הקשיים הללו. פיכטנבאום לא יכול לעבוד באופן סימטרי, בדיוק בשל כל הקשיים שהזכרנו.

✚ **מגנאג'י נ' בכרי** – במקרה זה במשפט 1 גם המחוזי וגם העליון קבעו שיש לשון הרע ושהגנות לא חלות. למרות זאת, אי אפשר לתת פס"ד לטובת התובעים מאחר שלא קיימת עילה של לשון הרע נגד קבוצה לא מסוימת של אנשים. הבעיה היא שביהמ"ש יכול היה לומר רק שאין לשון הרע נגד קבוצה לא מסוימת, בעוד ששאר ההכרעות לא חיוניות. הייתה דרך פשוטה יחסית לביהמ"ש להגיד שאין השתק פלוגתא למרות שהחלטות מפורטות, משום שהתביעה נדחתה מטעמים משפטיים חיצוניים. במקרה זה ביהמ"ש לא הולך במסלול הזה, אבל זה מקרה מובהק של הכרעה לא חיונית. לכן הוא כן צריך להתמודד עם הטענה של השתק פלוגתא התקפי בהתבסס על אספן. זו הדגמה פשוטה של העמדה של ביהמ"ש העליון מאספן, וזה מעניין כי זה אולי מקרה שבו דווקא היה ראוי לשקול חריג לאספן. מנקודת מבט של הנתבע זה לא אמור לשנות לו, קודם הוא עמד מול כל הלוחמים ועכשיו הוא עומד מול לוחם אחד. היינו חושבים שהוא ישקיע יותר משאבים בתביעה הראשונה. משפט 2 הוא מקרה פרטי של משפט 1 בו הנתבע ניצח. לכן לכאורה זה בסדר להשתק נתבע במקרה הזה. המחוזי לא הולך בכיוון הזה ומבקש מהתובע להוכיח הכל מחדש.

#### • **סיכום**

- השתק פלוגתא לא הדדי הגנתי** – תמרוץ תובעים במשפט 1 לרכז את הנתבעים שלהם (**פיכטנבאום**).
- השתק פלוגתא לא הדדי התקפי** – לנתבע קשה יותר לדעת מי תובעיו, ולרכז אותם. יש קושי עם זה שזה מתמרץ תובעים מאוחרים לחכות ולנהוג כטרמפיסטים. יש את הבעיה של היפוך מקרי בסדרה של תביעות שיויביל לאפליה בין תובעים מוקדמים למאוחרים. העליון בעניין אספן קובע שאין שלילה מוחלטת, אך שהחריגים נדירים. מקרה בו נקבע שחל החריג הוא **פלוגי נ' מרצבך**. מדובר על תביעה נגד עיתון חרדי שהלבין את פניהם של חרדים שמשרתים בצה"ל. תובע אחד ניצח וקיבל פיצוי ואז הגיע תובע אחר שהוזכר באותה הכתבה ממש. הוא רוצה להנות מההצלחה של התובע הקודם. השלום אומר שזה בסדר להשתק את הנתבע במקרה זה. זה מזכיר מאוד את עניין מגנאג'י. המסר העיקרי שנוצר מההחלטה בעניין אספן הוא שבמצבים בהם יש תובעים רבים שלא מכירים זה את זה נוצרת בעיה. לא רוצים לייצר תחרות בין תובעים או רצף של תביעות, אבל אי אפשר להסתפק רק בדוק' של השתק פלוגתא. לכן הפתרון העדיף הוא פתרון מוסדי (תובענה ייצוגית/בג"ץ). בתובענה ייצוגית נראה שיש עניין של מעשה בית דין כפוי. כופים את התוצאה על כל מי שהיה רלוונטי להליך, גם אם הוא לא לקח חלק אקטיבי בהליך. באשר לבג"ץ, במובן מסוים בג"ץ הוא סוג של תובענה ייצוגית חוקתית. לבג"ץ כל אחד יכול להגיע, ואז בג"ץ יטען בעד או נגד. התוצאה כופה על כל חברי הקבוצה הרלוונטית.

• שאלת היסוד הנורמטיבית – עד כמה חשוב ש"יהיה לו יומו"?

- ◀ **האם פשרה יוצרת השתק עילה** – האם כשמשפט אחד מסתיים בפשרה זה יוצר מעשה בית דין ביחס למשפט 2? התשובה תלויה בתוכן הפשרה. פשרה יכולה להוביל לכך שהצדדים מסכימים שביהמ"ש ידחה את התביעה. לחילופין זה יכול להוביל למחיקה. יכולים להיות כתובים כל מני דברים בהסכמי פשרה שביהמ"ש הופך לפס"ד. אפשר לתת תוקף של פס"ד להסכם פשרה שבו כתוב שצד שומר על זכויותיו לתבוע בעתיד. צריך להבין את תוכן ההסכם.
- ◀ **האם פשרה מקימה השתק פלוגתא** – לכאורה לא, משום שאין בירור משפטי. עדיין, תלוי בתוכן הפשרה (ויתור).
- **מעשה בית דין: סיכום** – חסם בפתח משפט 2. תמריץ לניסוח נכון של כתב התביעה, ולהתנגדות לתביעה בעניינים שהוכרעו. בה בעת, מדובר בתמריץ להתנהגות אסטרטגית במשפט 1. מעודדת ריכוז עילות, סעדים וטענות במשפט 1. אפשר גם לצפות שלפעמים היא תמריץ התדיינות יתר במשפט 1. אם חוששים מהשתק במשפט 2 ננסה לנפח את משפט 1 ולדחוס כל טענה אפשרית. זה עלול לייצר עלויות מיותרות. למשל אפשר לחשוב על מקרה בו סעד הצהרתי מספקי אבל תובעים גם סעד אופרטיבי מהחשש שיצטרכו אותו בעתיד. מנגד, עשויה להמריץ הימנעות מהתדיינות חיובית, כדי לא להיתפס בבזבז הזדמנות. לבסוף, ראינו פעמים שונות בהן השתק עילה מעודדת הגשה מאוחרת של תביעות, כדי לאפשר לסעדים להתגבש ולראיות להיאסף. זה דבר שמייצר עלויות כשלעצמו. זו זקוקטרינה שההיגיון שלה מובן אבל היא לא חסרת עלויות למערכת.
- **חסמים נוספים (מערכתיים) בגישה לביהמ"ש**
- ◀ **ADR (יישוב סכסוכים בדרכים חלופיות) – המטרה** – פשרה / הכרעה מחוץ לביהמ"ש. מקור החסם: הסכמת הצדדים. הסכמה כזו שמונעת את הגישה לביהמ"ש יכולה להינתן גם מראש (לפני הסכסוך) בדמות הסכמי גישור או בוררות, וגם בדיעבד (אחרי פרוץ הסכסוך).
- ❖ **בוררות** – הבורר הוא גורם שהצדדים הסכימו עליו מראש. הרבה פעמים הצדדים למחלוקת יפנו למוסד בוררות והמוסד יחליט על בורר שיכריע בין הצדדים. לפעמים הבורר יהיה מומחה שקשור לתחום בו עלול להתעורר סכסוך (רואה חשבון, מומחה לנדל"ן וכדו'). הבורר גם יכול להתמנות ע"י הצדדים בשל מעמדו הקהילתי (דוגמת רב). דיני הבוררות הם מקרה פרטי של דיני החוזים. ההכרעה לא חייבת להיות לפי הדין. הצדדים יכולים לקבוע שההכרעה תתבצע בהתבסס על הדין הישראלי, על הדין היווני או אפילו בהתבסס על שיקול דעתו של הבורר. התוצאה המשפטית של הליך בוררות הוא **פסק בורר** המחייב כמו חוזה. לכן פסק הבורר גם מוגבל בהתאם לדיני החוזים (תקנת הציבור וכדו'). עדיין, אפשרות הפיקוח על פסק בורר היא מוגבלת. לעיתים רחוקות ביהמ"ש יתערב בהחלטה שהתקבלה בפסק בורר. היתרון בהליך הבוררות הוא שלא עומדים בתור, זה מידי. יתרון נוסף הוא חשאיות. לא מחויבים לעקרון פומביות הדין.
- ❖ **גישור** – בשונה מבוררות, לא פונים למגשר כדי שיקבל החלטה. תפקיד המגשר הוא **לעזור לצדדים להגיע להסכמה**. לכן במקרה זה השליטה נמצאת עד הרגע האחרון בידי הצדדים. המגשר לא יכול לכפות על הצדדים. המקור של הגישור הוא בחירה של הצדדים לפנות לגישור. התוצאה של גישור הוא חוזה.
- ❖ **מו"מ** – פה כבר אין צד שלישי. הצדדים בוחרים לפנות למו"מ, ואם הוא מצליח התוצאה היא חוזה. גישור הוא למעשה מו"מ מתווך.
- ◀ **אימוץ המשפט הישראלי את ה-ADR**: בדין הישראלי יש כל מני נקודות בהן מפנים צדדים למסלולים האלו. מערכת המשפט למעשה מפנה צדדים לחלופות שלה.
- ❖ **בוררות – חוק הבוררות** מסדיר את החוזה שבמסגרתו אנשים בוחרים ליישב את הסכסוך שלהם באמצעות בוררות. בחוק הבוררות נותנים תוקף משמעותי לבחירה של הצדדים בבוררות. אנחנו תארנו את הבוררות כחלופה, אבל רואים שהמשפט עצמו לוקח את ההליך הזה ונותן לו משקל. השאיפה של המשפט הישראלי היא לאכופ פסק בורר. **ס' 5 לחוק הבוררות** הוא סעיף דינוי שקובע שאם הוגשה תביעה בין צדדים והנתבע מציג לביהמ"ש הסכם בוררות יש חובה לביהמ"ש לעצור את התביעה. הצדדים צריכים לפנות לבוררות ולחזור רק אם יש עניינים לא פתורים. יש מעט מאוד חריגים לסעיף זה. **ס' 179 לחוק בתי המשפט** מסמיך את ביהמ"ש עצמו להפנות את הצדדים לבוררות. זה יכול להיות רלוונטי אם יש מומחיות מסוימת שרלוונטית לתיק או אם הצדדים מתאימים להליך בוררות.
- ❖ **גישור – ס' 179 לחוק בתי המשפט** מאפשר לביהמ"ש להפנות צדדים לגישור. התקנות החדשות מוסיפות הסדר כולל **בתקנה 37** של **פגישת מהות חובה**. כל הליך אזרחי לביהמ"ש השלום חייב לפגוש את האופציה של גישור. מי שמבצע את הפגישות האלו הם מגשרים. בהרבה מפגישות המהות האלו, שהן פגישות לבדיקת הגישור, מתנהל כבר הגישור עצמו. הכניסו אירוע גישורי כחלק מחובי מכל הליך אזרחי. רואים פה עמדה גורפת של העדפה אוטומטית לסיום כל ליטיגציה בלי ליטיגציה. התוצאה הטובה של הליטיגציה היא סיום ההליך בלי פס"ד. זה מוביל שוב לשאלה לגבי ההגדרה של הגישור כ"אלטרנטיבי".
- ❖ **מו"מ – תק' 34-36**: יש הליך חדש שנקרא **דין מקדמי**. הצדדים חייבים לעשות דין מקדמי. זה ניסיון לפתור את ההליך בלי משפט. מעבר להבניה הפורמלית של המו"מ יש גם את הנטייה הלא פורמלית של שופטים לעודד צדדים לבדוק את הפתרון של פשרה.
- ◀ **בית המשפט כשחקן מרכזי ב-ADR** – ביהמ"ש הפך להיות שחקן מרכזי בניהול מערכת של חלופות. הפניה ליישוב סכסוכים מחוץ לביהמ"ש – 79-79ג לחוק בתי המשפט. חובת בדיקה של אפשרות הגישור (מהות). חובת דין מקדמי.
- ◀ **גיבוי מהתקנות – תק' 38** קובעת סנקציות כלפי צדדים שלא משתפים פעולה עם הדרישות של ביהמ"ש בהקשר הזה. מטילים אשם מוגבר על התובעים והתובעות משום שהם מטילים את העלות על המערכת, לכן דורשים מהם לנסות לפתור את הסוגיה מבלי הצורך בליטיגציה מלאה. זה מבטא גישה מובהקת של התקנות החדשות כל הזמן לחשוב במונחים מערכתיים. אפשר לפסוק הוצאות למי שלא משתף פעולה מיד כשהוא מסרב, גם אם אח"כ הוא מחליט לשתף פעולה.
- ◀ **תמריץ לפשרה** – אפשרות להחזר אגרה (**תקנות בתי המשפט אגרות 6(ב), (ד)**). אם סיימת את התיק בפשרה, כלומר חסכת למערכת עלויות מסוימות, תוכל לקבל החזר של האגרה או חלק ממנה.
- ◀ **פסק דין על דרך פשרה – ס' 179 לחוק בתי המשפט**. הסדר זה מאפשר לביהמ"ש הדין בעניין אזרחי לפסוק בעניין שלפניו בדרך של פשרה. הרבה פעמים ההסכמות האלו פוטרות את ביהמ"ש ממתן הנמקה. זה תלוי בכמות המידע שנמצא בפני ביהמ"ש. מסכימים שביהמ"ש יניח שדברים מסוימים קרו ורק ייתן את התוצאה. פסקי דין לפי סעיף זה הם בד"כ מאוד קצרים. המקרה הנפוץ ביותר הוא זה שבו ביהמ"ש חותך את התוצאה בטווח שהצדדים הסכימו עליו. הוא יכול לפסוק רק בטווח הזה משום שעל זה מתבסס הסעיף. זה חוסך את ניהול המשפט. קשה מאוד לערער על פסקי דין לפי 179א. אם הסכמת ל-179א בד"כ יותר על האפשרות לסיבוב שני. המקרים בהם ערערו על 179א יתקבלו הם מקרים בהם יהיה ניתן להראות שביהמ"ש פעל בניגוד להסכמה, וקשה להראות את זה. זה קצת הופך את ביהמ"ש לבורר מהסוג המינימלי ביותר (אפילו לא צריך לנמק את החלטה). השאלה האם ביהמ"ש פוסק לפי הדין או לא היא שאלה פתוחה. לפי הרישאה של 179א(ב) אין באמור ב-179א(א) לגרוע מסמכות ביהמ"ש להציע לבעלי הדין הסדר פשרה. יש גם את **ס' 63(ב)(17)**, לפיו ביהמ"ש יכול להציע לבעלי הדין הצעת פשרה או לפסוק על דרך הפשרה או מנגנון חילופי אחר. ביהמ"ש למעשה מוריד את כובע של הפוסק וחובש כובע של מפנה לפשרות. כל זה מראה שהדחף השיפוטי היום הוא דחף לפשרה.
- ◀ **מתן תוקף פסק דין לפשרות** – לפי הסיפא של **ס' 179א(ב)**, ביהמ"ש יכול לתת תוקף של פסק דין להסדר פשרה שנעשה בין הצדדים. זה הופך את הפשרה למחייבת, ויוצר מעשה בית דין. אחת השאלות שמתעוררות במצבים אלו היא **שאלת הפומביות**. אחד היתרונות שצדדים רואים ביציאה מביהמ"ש היא שאפשר לנהל את הסכסוך בדלתיים סגורות. אם מגיעים לפשרה ואז מבקשים שביהמ"ש יאשר אותה צריכים לחשוב האם לחשוף את הפשרה. אפשר לבקש אישור פשרה בדלתיים סגורות, שזה הליך נדיר יותר.
- ◀ **ADR – שיקולי מדיניות**

☑ **האם האימוץ האינטנסיבי של רעיון ה-ADR במשפט האזרחי מקדם גישה לערכאות או מצמצם גישה לערכאות? ייתר גישה** – הליכים יקרים וממושכים, ולכן הם מרתיעים בעלי דין מלהיכנס לביהמ"ש. אם רוצים לאפשר להם לקבל משהו חייבים לאמץ את החלופות האלו. הטיעון של חסם – הדחף של המערכת הוא לסלק

תיקים מביהמ"ש אז אין גישה. כשנכנסים לביהמ"ש לא נכנסים לדלת אחת שמובילה לפס"ד, אלא נכנסים למסדרון עם הרבה דלתות. המשימה של ביהמ"ש היא לנתב תיקים לדלת המתאימה להם. המטרה היא לקבל שירות, ולא משנה איך זה קורה.

☑ **עומס** – רוצים להוציא תיקים מהמערכת. מצד שני, גם אם נותנים עוד יציאות מהבניין (חלופות להליך המשפטי), יהיו עוד אנשים שייקחו את הנתב המרכזי. אפשר גם לחשוב על נתב מהיר במשפט, שמנסה לפתור את הסכסוך בתור המערכת אבל באופן שונה.

☑ **חינוך ליישוב סכסוכים לא-אדברסרי-הטיעון** המהותי ביותר של תנועת ה-ADR. ADR זה לא רק פתרון לבעיות של מערכת הליטיגציה, זו **אידיאולוגיה חברתית**. יש תקווה שאם יותר אנשים ייחשפו למערכות שהסכמה היא חלק מהן, אז גם לאט-לאט נשנה את החברה. יהיו פחות סכסוכים או שאנשים יפתחו כלים לפתור סכסוכים בצורה לא כוחנית.

☑ **און פיס** – מציג טיעונים מדוע פשרה לא טובה. פיס אומר שלא כל הליך אזרחי הוא הליך פרטי בין הצדדים (ואולי אף הליך אזרחי אינו כזה). בהרבה מקרים בהם הצדדים לא מצליחים לפתור את הסכסוך שלהם זה יהיה בגלל תנאי רקע ציבוריים. פיס תופס את התפקיד של מערכת המשפט **כתפקיד ציבורי**. ההליך האזרחי הוא לא רק אירוע של תיקון, הוא גם הזדמנות לטפל בבעיה הקיימת בחברה. פשרות לא עובדות באותה הצורה לכל בעלי הדין, זה **האופי החלוקתי של הפשרה**. אם למערכת יש דחף אחיד ומוחלט, בכל ליטיגציה באשר היא, לסיים בפשרה ולא בפס"ד, דחף זה יפעל טוב יותר לצדדים חזקים על פני צדדים חלשים. באולם ביהמ"ש יש זכויות מובנות ע"י הדין, וביהמ"ש צריך לוודא שלכל צד יש את האפשרות לטעון טענות ולהביא ראיות. כל הדברים האלו נשללים ברגע ששולחים צדדים למסלולים החלופיים של יישוב סכסוכים. **זה מכיר בכך שלפעמים יישוב סכסוכים הוא דבר רצוי, אלא שאם זה תמיד קורה נפספס מקרים בהם רק ביהמ"ש יכול להגן על אינטרסים של צדדים.**

☑ **חסמים מבניים-מארק גלאנטר (1974): למה אלה שיש להם מצליחים יותר?** גלאנטר אומר שאפשר במידה מסוימת של הפשטה לעשות חלוקה בינארית בין כל סוגי בעלי הדין במערכת המשפט. בצורה קצת גסה, אפשר לשים כל בעל דין כמשתתף לאחת משתי קבוצות: אלו שיש להם (השחקנים החוזרים) ואלו שאין להם (השחקנים החד-פעמיים). השחקן החד-פעמי הוא כל בעל דין שמגיע בממוצע לביהמ"ש פעם אחת בחיים. זה רוב האנשים הפרטיים. השחקן החוזר הם כל אותם שחקנים (לרוב תאגידים) שנמצאים בביהמ"ש הרבה פעמים. המערכת בנויה כך שהיא מעדיפה את השחקנים החוזרים על פני השחקנים החד-פעמיים. זה ניתוח מבני. גלאנטר לא טוען שהמערכת מוטה מבחינה אידיאולוגית. בפועל היא בנויה כך שהשחקנים החוזרים ינצחו.

○ שחקן חד פעמי נגד שחקן חוזר – לדוגמה פרט נ' המדינה.

○ שחקן חוזר נגד שחקן חד פעמי – מדינה נ' הפרט (משמע רוב המשפט הפילי). תביעות גבייה.

**יתרונות מובנים של השחקן החוזר** – במקרים בהם יש א-סימטריה באופי הצדדים, גם מערכת שמחויבת באופן מוחלט לשוויון, הגינות דיונית וכו', היא תצא באופן מוטה לטובת השחקנים החוזרים: מבחינת **ידע; משאבים; אסטרטגיה למול תיקים אחרים** – השחקן החוזר, אם הוא רציונלי, חושב על כל המשחקים. הוא לא מסתכל על כל ליטיגציה כעולם ומלואו. זה מאפשר לשחקן החוזר הרבה יותר אפשרויות בכל תיק ותיק. השחקן החד-פעמי שבעל הדין האסטרטגי שמולו מציע לו פשרה צריך לשים את סכום הפשרה מול האפס שהוא יקבל, בעוד שהשחקן החוזר שם את זה מול המשחקים האחרים שהוא מנהל. לכן שחקנים חד פעמיים פחות ילכו בכל הכוח מחשש שיפסידו את הכל; **מוניטין; עומס** – השחקן החוזר לא מרגיש את העומס, משום שהוא תמיד בליטיגציה; **השפעה על תוכן הדין** – אם השחקן החוזר הפסיד במחוזי הוא יכול לערער או לשלם. מה שיכריע עבורו את ההחלטה הזו זה אינטרסים אישיים, ולא הנכונות שלו לדין. הוא יערער אם הוא צופה שבערעור הוא יקבל הלכה לטובתו. אם יש לו סיבה לחשוב שהערעור לא ילך לכיוונו הוא יכול פשוט לשלם. את האופציה הזו לבחור אם לשלם או לערער אין לשחקן הפרטי. אם השחקן הפרטי הפסיד ורוצה לערער, השחקן החוזר יכול לכתוב לו צ'ק על סך כל סכום שהוא פחות משווי התקדים נגד השחקן החוזר; **תפקיד עורך הדין**.

## חלק ג': הגישה למשפט

### • מבנה ההליך:

#### 1. הכנה למשפט

☑ **כתבי הטענות** – יצירת ההליך. אחרי שמוגשים כתבי הטענות אפשר להגיד שיש הליך.

☑ **גילוי מוקדם** – שלב של העברת מידע בין הצדדים מתוך מטרה להגיע לרגע המשפט עם כמה שיותר מידע והכנה.

☑ **קדם משפט** – שם כולל לתקופת ההכנה וגם מתכנס לשיחות שמתנהלות בביהמ"ש, בד"כ בפני השופט שינהל את המשפט עצמו. בשלב זה אפשר לקבל החלטות שונות, כולל החלטות של נושאי סף וגם החלטות שנוגעות להליך הקדם עצמו (רגולציה בנוגע לגילוי מוקדם, קבילות ראיות וכדו'). **בתקנות החדשות** – תחנה אחת שנוספה היא **הדין המקדמי**. תחנה נוספת היא ניסיון להבנות בצורה יותר מסודרת את כל נושא **הגשת הבקשות לביהמ"ש בשלב הקדם**. תקופת ההכנה עמוסה בבקשות מסוגים שונים (תיקון כתב טענות, סעד זמני, הוצאות ביחס לקביעה מקדמית וכו'). התקנות החדשות במסגרת הניסיון שלהן "לייעל" את ההליך האזרחי ניסו להבנות מנגנון שבמסגרתו את כל הבקשות שיש לכל צד בהליך הוא צריך לכתוב במסמך אחד, ויש דד-ליין להגשת המסמך לפני ישיבת הקדם.

#### 2. המשפט

☑ **הבאת ראיות** – בעבר כמעט כל משפט אזרחי היה מתחיל בהגשת תצהירי עדות ראשית ע"י בעלי הדין, ושלב הבאת הראיות הייתה מתחילה בחקירה נגדית בהתבסס על התצהיר. זה נחשב למשהו שהוזיל או פישט את ההליך משום שזה חסך את הצורך בחקירה ראשית. התחושה שהובילה את התקנות החדשות שמה שנוסח בתצהיר לא היה הקול של העדים עצמם אלא מה שהתאים לעורכי הדין מבחינה משפטית. לכן **תקנה 67** היום אומרת שיש **עדיפות לשמיעת עדויות בע"פ**. המגמה הזו של העדפת דיון בע"פ לכאורה הולכת בניגוד למטרה שראינו כל הזמן של יעילות. המערכת מוכנה לקחת על עצמה עלות נוספת במחשבה שזה האופן הנכון יותר לנהל את ההליך.

☑ **סיכומים** – כאן בעל דין טוען שמגיע לו לזכות במשפט ע"פ הדין. כאן מצינים את הדין במפורש. **תק' 74** – גם כאן ההעדפה היא לסיכומים בע"פ. גם כאן זו לא חובה מוחלטת אלא היפוך של ברירת המחדל. זה שיקוף של אינטואיציה לפיה הסיכומים בכתב עיכבו את ההליך עוד. זה מבטא גם איזושהי עמדה לפיה השופטים אמורים לדעת את הדין בעצמם. לכן התפקיד של בעלי הדין בהוראת המשפט לשופטים נתפס כפחות.

☑ **פסק דין**.

• **ראים חלוקת אחריות דומה בשלבים השונים** – בכתבי הטענות וגילוי מוקדם נמצאים באחריות הצדדים, בעוד שקדם המשפט הוא באחריות ביהמ"ש. כך גם במהלך המשפט, הבאת הראיות והסיכומים הם באחריות הצדדים, ופסק הדין באחריות ביהמ"ש. **באופן כללי, החלטות שניתנות בשלב קדם המשפט הן החלטות שצריך רשות ערעור עליהן, בעוד שעל פסק הדין יש זכות ערעור.**

### כתבי טענות

### • מהות כתבי הטענות

○ תחילת תהליך של העברת מידע בין הצדדים להליך.

- חשיפת סיכויים וסיכונים, גישושים ואיומים – מתחיל כאן גם משחק בו הצדדים מעבירים מסרים זה לזה. זה סוג של מ"מ סמוי בין הצדדים. מצד שני אפשר גם לאיים באופן מסוים על הצד השני באמצעות כתבי הטענות.
- **מה מידת הפירוט והדיוק שתובעים מבעלי הדין לעמוד בה כשהם מנסחים כתבי טענות?** כמה מאפשרים להם להיות יריבים זה לזה, ולהשתמש בכתב טענות כדי להקשות על הצד שכנגד, לעומת כמה דורשים מהם לשחק בקלפים פתוחים. **בשיטה האדברסרית** – נראה דרישות מינימליות יותר מבעלי הדין מבחינת הפירוט שהדין ידרוש מהם בכתבי הטענות. **בשיטה אינקוויזיטורית** – למערכת עם מונחים כמו תו"ל, שרוצה להימנע מעומס, כנראה יותר ציפיה לפירוט בכתבי הטענות ולמחויבות למה שכתוב שם. **תק' 14(א) ו-41(א)1):** תקנה 14 אומרת מה צריכים בעלי דין לעשות. היא לא קובעת רף ברור או סנקציה. תק' 41 קובעת את העילה של כתב תביעה שלא מגלה עילה בבסיס למחיקה על הסף של תביעה. כתב תביעה צריך להיות מספיק מפורט לפחות כדי שאם התביעה תוכח באופן מלא, הרי שהתובע יהיה זכאי לסעד אותו הוא ביקש. כדי להגיע לראיות הנדרשות לצורך הגשת התביעה צריך לצלוח בהגשת התביעה כדי להגיע לשלב של הגילוי המוקדם. זה מילכוד של התובע. לכן נדרש שיקול דעת זהיר של ביהמ"ש שיגיד שנראה שהתובע עשה מספיק כדי להיכנס למשפט, לעומת מצבים אחרים בהם לא יתנו את האפשרות להגיע למידע הזה בתוך ההליך. בסופו של דבר זו שאלת מדיניות טהורה, אין רף אובייקטיבי שיכול לספק מענה.
- **מבנה כתבי הטענות** – כתב תביעה, כתב הגנה, כתב תשובה. הנתבע יכול להגיש במסגרת ההליך תביעה שכנגד, ואז יש מסלול מקביל שמתנהל.
- **חידושי התקנות החדשות** – החידוש המרכזי הוא הבנייה מפורשת של כתבי הטענות (הסדר של שלושת החלקים, כותרת תמצית ופירוט). דבר נוסף שהתקנות החדשות מדברות עליו זה **אנרץ**. מגבילים את מספר העמודים של כל כתב טענות. התקנות הן **24-33, 9-21**. יש שאלה פתוחה שהיא כמה מהתקנות שנמחקו מבטאות הסדר שלילי.
- **כתב תביעה- מאפייני כתב התביעה**
  - ◀ **פתיחת ההליך** – כתב התביעה הוא אמצעי שיוזר לפתיחת ההליך אזרחי (באין הליך מיוחד).
  - ◀ **תכולת כתב התביעה** – **תקנה 13(3), 14(א)**. תפקידו העיקרי של כתב התביעה הוא להרצות עובדות. להגיד שקרו דברים מסוימים, ולכן התובע זכאי לסעד מסוים. **תקנה 15** קובעת חובת ציוף מסמכים וחז"ד רפואית. משמע יש ציפיה שכבר כן יופיעו ראיות מסוימות. למשל אם יש תביעה להפרת חוזה נצפה שיהיה חוזה מצורף לתביעה. יש עמימות מסוימת לגבי כמות התוכן המשפטי שיכול להופיע בכתב התביעה. התקנה החדשה חזרה לניסוח שבוטל בעבר של "**מסמך מהותי**". הבעיה עם הביטוי הזה היא שאפשר להתוכח מהו מסמך מהותי ומה לא.
  - ◀ **קביעת גדר המחלוקת** – זה מתבצע ביחס לשני היבטים קריטיים – **הסעד המבוקש + המחלוקת העובדתית**. אם למשל תובעים על רשלנות ולא כוללים בתיאור העובדותי רכיב כלשהו שהוא קריטי לעוולה, לא ניתן להוכיח את הרכיב הזה.
  - ◀ **חירות גדולה לתובע** – יש חירות גדולה לתובע לכתוב מה שהוא רוצה ולהרבות בטענות. מצד שני יש כללים שמטרתם למתן את הדחף הזה (יזהר המנסח). לצד זאת, חשוב לזכור את הסוגיות של תיקון כתבי טענות והרחבת חזית (**תק' 46-47**). הרחבת חזית היא מקרה שבו בעל דין אחד מנסה להרחיב את הדיון לרכיבים עובדתיים נוספים שלא נכללו בכתבי הטענות. אסור לעשות זאת והצד השני צריך לסרב לכך שיעלו פרטים אלו. תיקון כתבי טענות זה למעשה הדרך הלגיטימית להוסיף מידע לתביעה, בעוד שהרחבת חזית זו הדרך הלא לגיטימית.
  - ◀ **יזהר המנסח לא להרחיב מדי**
  - **חסמים מראש: סילוק על הסף**. **תק' 41** שאומרת שכתב תביעה שאינו מגלה עילת תביעה ימחק. עילה נוספת היא כתב תביעה שעולה ממנו שהתביעה היא טרדנית או קנטרנית. **תק' 42** מאפשרת למחוק כתב טענות של כל בעל דין אם ביהמ"ש מתרשם שנעשה שימוש לרעה בהליכי משפט. אם מוחקים תביעה אפשר להגיש מחדש, בעוד שאם מוחקים הגנה יש תביעה בהיעדר הגנה. לכן שואלים מה ייחשב ניצול לרעה של הליכי משפט.
  - **חסמים בדיעבד: הוצאות**. יכול להיות שתובע יזכה אבל ביהמ"ש יטיל עליו הוצאות בשל התנהלותו (**פס"ד מורגנשטרן**).
  - ◀ **יזהר המנסח: לא לצמצם מדי**
  - ✚ **פס"ד מגדל** – שאלה שמגיע לביהמ"ש העליון לגבי האם תובע יכול להוכיח במשפט יותר נזקים ממה שהוא תבע. למשל אם תובעים מיליון שקל אבל מעידים עדים מומחים שמובילים למסקנה שהנזק הוא מיליון וחצי. טענו שזו סוג של הרחבת חזית. העליון אומר שזה מותר. המיליון הוא התקרה של סכום הפיצוי. הנתבע יודע שהוא מוגן מבחינת סכום המקסימום שהוא יצטרך לשלם. מבחינת התובע הוא יכול להוכיח כמה שהוא רוצה כדי להגיע למקסימום אותו הוא קבע.
  - **תיקון כתבי טענות – בתקנות הישנות**, הייתה גישה מאוד ליברלית ביחס לתיקון כתבי טענות (תק' 92 הישנה) חשבו שאם לא יאפשרו לתקן את כתב הטענות הליטיגציה תסתים אבל תישאר חלק מהמחלוקת. **בתקנות החדשות, תקנה 46(א) מאפשר תיקון בכל עת, אבל מונה מספר שיקולים** (הליך שיפוטי ראוי והוגן, התנהלות מבקש התיקון, השלב הדיוני, המטרה שהתיקון צפוי להשיג). הליך שיפוטי ראוי והוגן מוגדר ב**ס' 2**. מצפים מביהמ"ש לבצע שיקול של כלל השיקולים כדי להגיע להחלטה האם לאפשר את התיקון. השופטים הבינו את התיקון כמסר של צמצום. השיקול המרכזי הוא להיות יותר תקיף כלפי ניצול לרעה של תיקון כתב טענות (למשל מקרה בו מוכיחים שקרה נזק לפי סכום מסוים והנתבע אחראי אליו ואז התובע מבקש לתקן ולהגדיל את הסכום). אם הנתבע השקיע משאבים בהתגוננות מטענת האחריות, הוא לקח בחשבון את הסכום שהיה ידוע באותה העת. הוא כנראה היה משקיע משאבים גדולים יותר אם הסכום מראש היה גדול יותר כפי שהתובע רוצה שיהיה בתיקון. שיקול נוסף הוא **התחשבות בעלויות שקועות**. יש לקחת בחשבון את התנהלות המבקש ואת השלב הדיוני בו נמצא ההליך. הבעיה עם זה היא שזה יכול לשלוח אנשים לנהל תביעה חדשה. העניין הוא לשדר מסר מרתיע לתובעים שלא יתנהלו ככה בעתיד, ושלא ישכחו לכלול דברים כאלו בכתב התביעה.
  - **הליכים מיוחדים** – שני מסלולים כאלו שכבר לא קיימים הם סדר דין מקוצר והמרכת פתיחה. שניהם בוטלו בתקנות החדשות. במסגרת הפילוסופיה של הפישוט של ההליך במסגרת התקנות החדשות החליטו ללכת עם אלו שהעריכו שזה רק מייצר עלויות ולכן ביטלו את המסלולים האלו. השאיפה או ההבטחה של התקנות החדשות היא שכל ההליך אמור להיות קצר יותר.
  - ◀ **דיון מהיר** – מוסדר ב**תק' 78-82**. דיון מהיר רלוונטי לתביעות כספיות בשווי נמוך (פחות מ-75,000 ולא פל"ד) וכן תביעה לפינוי מושבר (שזה רכיב שנכלל בעבר בסדר דין מקוצר). מכלול העלויות של ניהול ההליך הרבה פעמים יעלו מעל 75 אלף שקלים. אם צריכים להיכנס למסלול הרגיל תיק ממוצע יכול לקחת שנה וחצי או שנתיים. אם מישוהו חייב 7,000 שקלים לא נרצה לנהל הליך של שנה וחצי. אי אפשר בדיוק לחשב את העלויות המדויקות של הרף, אבל ניסו לתת הערכה גסה לתקרה. **רכיבים: (1)** חובות גילוי מקדמי רחבות, בצמוד לכתבי הטענות; (2) קיצור זמנים – קד"מ תוך 90 ימים; דיון תוך 6 חודשים; דיון ביום אחד; (3) חיסכון שיפוטי – פס"ד תמציתי תוך 14 ימים. יש שיקול **דעת לביהמ"ש להעביר בין מסלולים**. גם אם התיק בשווי נמוך ביהמ"ש יכול להעביר אותו למסלול הרגיל, וכן להיפך.
  - ✚ **עריית ירושלים כ' מחמד** – השופטת מיכל אגמון כונן כותבת פס"ד שאומר שסדר דין מהיר לא יכול לעמוד בעידן של חז"ל כבוד האדם. הוא שולל יותר מדי חירות דיונית מבעלי הדין. הוא פוגע בהליך ההוגן, הוא מצמצם גישה לערכאות והוא פוגע בעצמאות השיפוטית. תיק זה מגיע למחוזי שם נקבע שההליך חוקתי. בעולם שבו יודעים שלמערכת יש דחף לסגור את כל התיקים בפשרה, זה מצחיק להגיד שהליך שמנסה לקיים תיקים פוגע בגישה לערכאות. אחת הטענות היו שהרעיון של דיון מהיר הוא לאפשר גישה לערכאות, בניגוד למצב שבו אנשים נסוגים מהדיון בשל העלויות שלו ולכן פונים לפשרה. רוצים לאפשר תביעות באופן נמוך. מצד שני, כדי לאפשר אותן מצמצמים את החירות הדיונית של הצדדים ואת מרחב הפעולה של השופטים.

### קדם משפט

- בערך 8-10 אחוז מהתיקים מגיעים לשלב המשפט עצמו. אלו מפגשים שמתנהלים בביהמ"ש לפני שופט כדי לעשות רגולציה של תהליכי ההכנה למשפט (תק' 61-61). קובעת ששייבת קדם משפט תיקבע **לאחר שהוגש כתב הטענות האחרון**. אין הליך אזרחי שאין בו ישיבת קדם (בתקנות הישנות זה היה בגדר אופציה). לא כתוב מתי צריך להתקיים הקדם, ולכן יש שיקול דעת לביהמ"ש לקבוע מתי זה אמור לקרות. זה תלוי כמובן במורכבות של התיק ובסוגי ההכנה שצריכים להתקיים. מהרגע שנקבע זמן לישיבת הקדם זה קובע הרבה דברים אחרים (דברים שצריכים לקרות 30 ימים או שבוע לפני הקדם). **אם ההליך התנהל בשלום** - מקסימום שתי ישיבות קדם **ואם ההליך מתנהל במחוזי** מקסימום שלוש. **תק' 63(ב)** קובעת שמטרת ישיבת הקדם היא **לייעל את ההליך, לפשט אותו ולרזר אותו**. התקנות החדשות הן יותר קיצוניות באופן שבו הן מנסחות את זה, מדברות על הקדם כהליך שכל מטרתו לקצר את ההליך.
- **שופטים מנהלים – לפי פרופ' רוניק**: פחות יכולות אנליטיות יותר כישורים ניהוליים, היכולת לתפעל מערכת מורכבת שנתונה למגבלות משאבים. **יותר ויותר ממדלים את המשימה השיפוטית ככזו שמבוססת על ניהול ההליך ולא על שיפוט במחלוקת**. זו מערכת של דחפים מוסדיים שהולכת ומצמצמת את הצורך או הציפייה מהשופטים לבטא את הבקאות המקצועיות המשפטיות שלהם ולפתח בקיאות מקצועית מסוג אחר. רוניק כותבת את זה ממקום ביקורתי ואלי קצת מבכה על המציאות החדשה. אנשים באים לביהמ"ש בציפייה לפגוש את המשפט ובפועל מקבלים אנשי מנהלה. זה משהו שצריך לטענתה להטריד אותנו אם יש לנו עמדה על ביהמ"ש כמקום שמתרחש בו דבר בעל חשיבות דמוקרטית. ישיבת הקדם מבטאת את המגמה הזו באופן מוצהר באמצעות תקנה 63(ב). רואים את זה גם במקומות אחרים בתקנות (דוגמת **תק' 177** שעוסקת בעוזר משפטי, שבעבר סייע בשאלות משפטיות וכיום הוא הופך לאורגן בניהול ההליך או **תק' 6** שעוסקת במזכיר משפטי שמטרתו להפעיל חלק מהתקנות הטכניות החדשות).
- **משימות ישיבות הקדם** - המשימה היא שיישאר כמה שפחות למשפט עצמו, ובשאיפה אפס.
  - ✓ **צמצום והגדרה של פלוגתאות** – הצדדים באים לישיבת הקדם ומבינים מה על הפרק, מה הדברים שדורשים הוכחה, לגבי מה צריך להביא ראיות ולגבי מה לא.
  - ✓ **רגולציה של שלב ההכנה** – החלטה בטענות סף, גילוי מוקדם, סעדים זמניים.
  - ✓ **היערכות לשלב ההוכחות** – ככל שיידרש משפט, ישיבות הקדם מנוצלות כדי לארגן את המשפט שיגיע. מה יהיה סדר הדיון וכדו'.
  - ✓ **בחינת האפשרות לסיום ההליך בלי הוכחות** – סילוק, פשרה.
- **התקנות החדשות הוסיפו אפשרות לקיים את הקדם אופן מקוון (תקנה 61(ג))**. יש שאלה פתוחה לגבי "כל אמצעי טכנולוגי אחר" (האם ניתן בוואטסאפ?). זה מדגיש את השאיפה לצמצם את העלויות של ההליך הזה.
- **סמכויות בקדם משפט תק' 63(ב)** – תקנה זו קובעת רשימת מכולת ארוכה של סמכויות בקדם משפט. הניסוח מאוד מכליל. יש את הניסוח של "בכלל זה", מה שאומר שזו לא רשימה סגורה. מעבר לזה יש ניסוח של סעיף של מסוים בס"ק (5) המאפשר "כל הוראה דיונית". דגש נוסף הוא שביהמ"ש מוסמך לעשות את כל מה שמופיע ברשימה **בין לבקשת בעלי הדיון או מיוזמתו**. רואים פה פעולה יזומה של ביהמ"ש, הוא זה שמזזה את הצרכים וקובע לגביהם מה יקרה (ביטוי אינקוויזיטורי). במונחים של הסמכה יש תקנה שלמעשה אומרת שכל בעיה ביהמ"ש יכול לעורר ולדרוש מהצדדים להתייחס אליה.
- **שופט הקדם** – אין מניעה ששופט הקדם ידון במשפט גופו. היה בעבר ניסיון בחלק מבתי המשפט לעשות הפרדה, שיהיו שופטי קדם ויהיו שופטי משפט. מניע אחד הוא שבישיבת הקדם היו צריכים לקבוע קביעות של קבילות. מניע נוסף נוגע לפשרה (ששופט ידחוף צד אחד להתפשר). הדיון זנח את האפשרות הזו היום. הסיבה המרכזית היא שאם הקדם הוא כל כך משמעותי יהיה שגוי להגיד ששופט אחד ילווה את הקדם ואז שופט אחר יכנס ויצטרך ללמוד את התיק.
- **רשימת הבקשות – תקנה 49**. **יש מאמץ לרכז את כל הבקשות לשלב הקדם**. הרעיון הוא שלפני הקדם הצדדים צריכים לרכז את כל הבקשות שיהיו להם ולהודיע לבעל הדיון שכנגד לביהמ"ש. כשמגיעים לישיבת הקדם כולם יודעים על מה מדברים ואין הפתעות. אם זה יעבוד, הרעיון הוא שאם משהו לא נכלל ברשימת הבקשות לא ניתן יהיה לבקש אותו אלא אם כן יהיה טעם מיוחד.

### גילוי מוקדם

- **מאפייני הגילוי המוקדם**
  - ✓ **טיב השלב בהליך** – חובה כללית על בעלי הדיון לחשוף זה לזה בתצהיר את המסמכים שברשותם (גילוי ועיון) ולהשיב לשאלות שאלונים.
  - ✓ **סטייה מן ההיגיון האדברסרי** – הגילוי המוקדם תובע מהצדדים בשלב מאוד מוקדם בהליך לספק הרבה מאוד מידע לצד שכנגד. יש כאן מערכת מאוד מוקדמת של שיתוף פעולה בין הצדדים וצמצום הפוטנציאל להפתעות בשלב ההוכחה. התקנות החדשות אומרות במפורש שיש נטל על הצדדים לפעול עם ביהמ"ש להגיע לתוצאה הנכונה ביותר. חשוב לזכור שהגילוי המוקדם מגיע אחרי עוד שני הליכים מקדמיים (דיון מקדמי ומהו"ת).
  - ✓ **אובדן הפרטיות – פרטיות במונח האישי וגם במונח המסחרי**. זה בולט כשמדברים על נתבעים, משום שלא הם אלו שבחרו להיכנס להליך. ביחס לנתבעים, מוסיפים עלות שמוטלת על תובעים שרוצים לממש את זכות הגישה לערכאות.
  - ✓ **לא אחת השלב היקר והמורכב בהליך כולו** – הוא יכול להיות הליך מאוד מרכזי, יקר ומשמעותי. בפרט אם מדברים על עלויות שמושקעות בשלב מוקדם בהליך שיוצרות עלות שקוועה. היבט זה גם מוביל לכך שהצדדים יכולים לתפוס את השלב הזה בהליך כמשחק אסטרטגי, יותר מאשר כשלב הכנה בהליך. יש נסיבות שבהן חשיפת המידע גורלי להצלחת ההליך (אם מידע מסוים נדרש מהנתבע כדי שהתובע בכלל יוכל להוכיח את הטענות שלו). **לגילוי המוקדם יש תפקיד אסטרטגי וגורלי עבור התובע**. יש אפילו נסיבות שבהן חשיפת המידע היא תכלית כל ההליך. לפעמים מה שאנשים רוצים זה להוציא מידע כלשהו מהצד שכנגד ולא כל כך חשוב להם להגיע לסעד בסוף ההליך. דבר נוסף שהגילוי המוקדם יכול לספק למי שיוזם אותו זה שאולי הוא לא יצליח לחשוף את המידע אבל הוא כן יצליח להשיג פשרה ממישהו שממש לא רוצה לחשוף את המידע.
- **שיקולי מדיניות**
  - ✓ **חסכון בעלויות המשפט** – צופים שאם יהיה גילוי מוקדם איכותי בסופו של דבר ההליכים יעלו פחות. מצמצמים את יריעת המחלוקת ומונעים הפתעות של הצדדים. **מנגד** ההליך עצמו של הגילוי המוקדם הוא הליך שיש לו עלויות. ההליך הזה מייצר סרבול ועלויות גבוהות בשלב מוקדם בהליך. כאמור, עלויות מוקדמות יקרות יותר מעלויות מאוחרות (עלות שקוועה).
  - ✓ **עידוד פשרות** – ברגע שמקבלים תמונה מלאה יותר ביחס למידע שנמצא אצל הצד השני, הגיוני שהצדדים יתקרבו בהערכת הסיכונים והסיכויים שלהם.
  - ✓ **הגינות דיונית** – רוצים הליך אזרחי שהוא פחות אדברסרי. רוצים להרגיל בעלי דין להיות הגונים זה כלפי זה. רוצים להרגיל את הצדדים לשחק בקלפים פתוחים ולא לשחק באסטרטגיה של הסתרה. **מנגד**, הגילוי המוקדם בשימוש אסטרטגי יכול להיות מנגנון לחילוף יתרונות על פני הצד השני. אפשר לדמיין מקרים של העמסה מכוונת, הסתרה של מידע בתוך מערכת של חומרים או תביעה שהיא כולה לשם גילוי המידע. מעבר לזה, בפועל רואים בגילוי המוקדם **היפוך של כלל המוציא מחברו**.
  - ✓ **סיוע בחשיפת האמת** – אם מצמצמים הפתעות וגורמים לצדדים לספר פחות סיפורי שקר מקווים שזה יאפשר לביהמ"ש להגיע לדיוק רב יותר. **מנגד**, אם זה מקדם פשרות לא ברור שזה מחלף אמת, משום שברגע שלא מגיעים לביהמ"ש לא בוחנים את אמיתות הדברים. בנוסף, יש נסיבות בהן עצם הגילוי יכול לאפשר לצד שגילו לא את המידע לשבש ראיות או להקל עליו בשקר.



- ✓ **איזון פערי הכוחות (ידע)** – גילוי מוקדם מיטבי יכול לאזן פערי כוח בין צדדים. זה יכול לבוא לידי ביטוי בעיקר בתביעות של שחקנים קטנים מול תאגידים גדולים. **מנגד**, גם כאן יש פתח למניפולציה. שחקנים יכולים לשפוך על התובעים מידע וכו'.
- **תמריצים אקס-אנטה**
  - ✓ **תמריצים להתנהגות מחוץ לבית המשפט** – הידיעה שבליטיגציה יש גילוי מוקדם יכול להשפיע על ההתנהגות עוד לפני שיש תביעה.
  - ✓ **תמריצים לניהול מידע** – שימור מידע יכול להועיל לתועלת העסקית של התאגיד, אבל מצד שני זה יכול להזיק כשתובעים זורשים גילוי מידע. ייתכנו מקרים בהם השמדת המידע תהווה עבירה פלילית, בעיקר אם כבר קיימת תביעה. יש גם שאלה של תמריץ לעבור מרישומי נייר לרישומים דיגיטליים. מצד אחד קל יותר לתובע לחפש במידע דיגיטלי, אבל גם קל יותר להעמיס על התובע כשמדובר במידע דיגיטלי.
  - ✓ **ביצוע תחקירים פנימיים** – פס"ד **הדסה נ' גלעד**: מטופל פסיכיאטרי שהתאבד בעודו מאושפז. ביה"ח נתבע ע"י השארים. במסגרת ההליך האזרחי המשפחה מבקשת גילוי של התחקיר שביה"ח ביצע. ביה"ח מבקש לא להעביר את המידע הזה. הטענה היא שהתחקירים האלו זה המקום שבו כולם אומרים הכל, וחשיפה של זה בהליך תוביל לכך שלא ירצו לבצע תחקירים. **העליון דוחה את הטענה** ואומר שלפחות בהקשר של בתי חולים העניין הוא להציל חיי אדם, לכן לא מקבלים את הטענה שיפעלו לפי תמריצים כאלו. לכן יש הוראה לחשוף את התחקיר.
  - ✓ **הכנה להליך ומו"מ לפשרה** – בניגוד להלכת הדסה, יש שורה של הלכות שכן קובעות חסיונות בפני גילוי של מסמכים. ביה"מ בשורה של החלטות פיתח **חיסיון בפני גילוי של מסמכים שהוכנו לצורך ההליך (כל המסמכים הנוגעים להכנה להליך עצמו או להכנה למו"מ לפשרה)**. העליון אומר שהוא רוצה שהצדדים ישקיעו ככל האפשר בהכנה להליך, ואחת הדרכים לתמרץ אותם זה להגיד להם שהמידע הזה פנימי.
- **ההליך**
  - **תקנות 56-60** – ישנם שני מסלולים עיקריים של גילוי מוקדם. האחד הוא שאלונים והשני הוא גילוי מסמכים ועיון בהם.
    - ✓ **שאלונים** – כיום יש הגבלה על מספר השאלות שניתן לשאול - 25 שאלות סה"כ.
    - ✓ **גילוי מסמכים** – בשלב הראשון צד אומר לצד שכנגד אילו מסמכים נמצאים ברשותו. בשלב השני הצד שכנגד יכול לבקש לעיין במסמכים מסוימים מתוך הרשימה שנמסרה אליו. לפי **תק' 57**, יש שלב חובה של החלפת תצהירי גילוי.
    - ✓ **אי-גילוי** – אם צד אחד לא מגלה באופן מלא או לא גילה באופן תקין אפשר להכניס את ביה"מ לש' לתמונה לטובת אכיפה. ביה"מ"ש יכול להורות על גילוי או להטיל סנקציות. יש לביה"מ"ש שיקול דעת רחב **בהקשר להחלטה אילו מסמכים יש לגלות**. זה כולל את האפשרות לעיין במסמך עצמו כדי להחליט האם ראוי לגלות מסמך מסוים או לא. זה מוביל לכך שביה"מ"ש עלול להיחשף למסמכים שאסור יהיה להציג אותם ושאסור להתחשב בהם בהמשך.
  - **צו גילוי (מתי ביה"מ"ש יורה שהגילוי לא מלא)?**
    - ◀ **מבחן הרלוונטיות** – **תק' 57**, "כל המסמכים הנוגעים לעניינים השנויים במחלוקת". זה מושג שסתום מובהק. זו הזמנה למידה של מניפולציה בין הצדדים (כל אחד יגיד על משהו אחר שהוא רלוונטי או לא).
    - ◀ **הליך ראוי והוגן** – **תק' 60א**, "הליכי גילוי ועיון נאותים מהווים תנאי בסיסי לקיומו של הליך שיפוטי ראוי והוגן". יש מצבים בהם מסמכים הם רלוונטיים, אבל מאחר שהגילוי שלהם יפגע בהליך ראוי והוגן נתייר לגלות.
    - **דוגמה אחת היא שהגילוי לא צריך לאפשר לצאת ל"מסעות דיג"**. מקרים בהם לתובע אין כל כך קייס, והוא מקווה שמשוה ממה שהוא יקבל מהצד שכנגד יאפשר לו את הקייס. למשל, כשהתובע מבקש בקשה כללית וכוללת מאוד (למשל כל תוכניות הבנייה מהשנה האחרונה). ככל שנהיה קפדניים יותר מהבחינה הזו נבקש מבעלי הדין להשקיע עלויות גבוהות יותר מראש. הם יצטרכו לחקור יותר מראש כדי לדעת מה לבקש.
    - **דוגמה שנייה היא לא לאפשר שיבוש**.
    - **דוגמה שלישית היא שלא רוצים להכביד על המגלה בהפקת המסמכים**. יכול להיות מקרה שבו המידע רלוונטי והוא בידי בעל הדין, אבל אם הוא יצטרך לסדר את המידע באופן נכון זה ייקח הרבה זמן ועבודה.
    - **דוגמה רביעית היא שלא רוצים לפגוע באופן לא מידתי בזכויות של בעל דין (תובע, נתבע או צד שלישי)**. בהגדרה יש ויתור מסוים על פרטיות בכניסה להליך ובגילוי מוקדם. בהרבה מצבים יגיד בעל דין **שלא ראוי לחשוף מידע משום שהפגיעה לא מידתית**. זה עשוי לשנות מי טוען את הטענה. אם התובע טוען שהוא לא רוצה לגלות, זה כנראה יקבל פחות נכונות מביה"מ"ש מאשר אם הנתבע טוען טענה כזו. התובע יזם את ההליך לכן יש מידה של אשם עליו לכך שקיים הליך. לגבי צדדים שלישיים, גילוי בין שני צדדים עלול לחשוף מידע על צד שלישי. זה גורם חיצוני שאינו בהליך ושלא תמיד ישמע. **יש מערכת שלמה של דינים הנוגעים לחסיונות (חוקים / פסקים)** (למשל במקרים של יחסים מסוימים כמו רופא-מטופל או עו"ד-לקוח).
    - 🔴 **בגי"ץ פלונת נ' ביה"ד הארצי (2019)** – במקרה זה יש תובעת שהמעסיק ביקש לגלות מידע מטיפולים פסיכיאטריים שהיא עברה. ההחלטה הייתה פה אחד לא לאפשר חשיפה של מידע מאותו הטעם של הגנה על פרטיות של התובעת. הייתה מחלוקת מסוימת בין השופטים משום שהיה שופט מיעוט (שטיין) שרצה להציע כלל לפיו התובע צריך לגלות הכל (תבעת-גילית). לכלל זה היו חריגים מסוימים כמו למשל טיפולים פסיכיאטריים שלא יצטרכו לגלות. דעת הרוב הלכה על גישה יותר מתונה של שק"ד שיפוטי. בוחנים את הרלוונטיות למול חומרת הנזק בגילוי.
    - **סנקציות על הפרת חובת גילוי** – אם ביה"מ"ש מבין שיש מידע רלוונטי ושגילוי יקדם הליך ראוי והוגן, הצד שלא גילה חשוף למערכת של סנקציות (**תק' 60**). הסנקציות שניתן להטיל הן **הוצאות מיידיות** (בלי קשר לתוצאת ההליך), **איסור על הגשת ראיה שהוסתרה** (למשל במקרה בו צד הסתיר משהו כדי להשתמש בו בהמשך) ו**מחיקת כתב הטענות**.
    - **העניד של הגילוי המוקדם** – גילוי אלקטרוני – זה **מפחית את עלויות ההליך** הזה. הרבה מהחומר היום כבר נשמר מראש במדיה דיגיטלית, וקל הרבה יותר להעביר אותו במדיה דיגיטלית. ככל שזול יותר להעביר מידע זה מאפשר העברה של יותר מידע, מה שבתורו יכול להוביל ל**נטלים חדשים (יש יותר מידע לעבור עליו)**. מצד שני, יש **יכולות מתקדמות יותר לניתוח ועיבוד**. מהפכת ה"ביג דאטא" באה לידי ביטוי בהקשר זה של יכולות עיבוד מידע באופן מתוחכם. ברגע שיש תוכנות שיכולות לעבד כמויות של מידע ברמה הטקסטואלית, זה כמובן ישנה את הפנים של העברת המידע. בשל כך יש התפתחות מאוד מואצת של הענף שנקרא "Legal Tech", טכנולוגיה שמטרתה לאפשר התנהלות בהליכים אלו שכוללים מידע דיגיטלי בנפחים גבוהים.

## סעדים זמניים

- סעד זמני הוא כלי דיוני שבא להתמודד עם העובדה שליטיגציה לוקחת זמן. מרגע תחילת המשפט, אפשר להגיד שנוצר סוג של פיצול בפרק הזמן הזה בין מצב היחסים האמיתי שבין בעלי הדין לבין מצב היחסים המשפטי שבין בעלי הדין. הפיצול נוצר משום שמבחינה משפטית המצב של הצדדים לא משתנה. מצד שני, בעולם האמיתי יש שינוי משום שיש כבר תביעה, יש איום על המצב המשפטי הקיים.
- **חששות של התובע** – מניפולציות מצד הנתבע שימנעו הגעה לקו הסיום – התובע חושש שהנתבע ישבש **ראיות** שנמצאות אצל הנתבע. החשש מהסוג השני הוא שאם וכאשר ינתן פסק דין כבר לא ניתן לממש אותו. הנתבע יכול למשל להבריח נכסים כדי למנוע מימוש של פס"ד. **תקנה 94** אומרת שמטרת הסעד הזמני היא להבטיח



זכות לכאורה במהלך ההליך המשפטי (הזכות אליה התובע טוען) ואת קיומו התקין והיעיל של ההליך (להימנע משיבוש ראיות) או את ביצועו הראוי של פסק הדין. חשש השני הוא שינוי במציאות שישל את תכלית ההליך- מפחדים שיהיה שינוי במציאות שיוביל לכך שפסק הדין כבר לא יעזור.

➤ **רות קוליאן נ' עיתון יתד נאמן** - במקרה זה ההליך נוהל בלחץ זמנים קיצוני משום שרצו לפרסם מודעה בעיתון לפני הבחירות והעיתון לא איפשר. המחוזי נתן צו לפיו צריך לפרסם את המודעה, אבל העליון כעבור יומיים (ויומיים לפני הבחירות) מבטל את החלטת המחוזי בטענה שלחץ הזמנים הקיצוני לא מאפשר לתת סעד זמני. אחרי הבחירות התיק נסגר, מה שמראה **שכל ההליך נוהל על מנת לקבל את הסעד הזמני**. קוליאן לא רצתה לקבל החלטה עקרונית, היא רצתה לקבל סעד זמני.

• **המתח הנורמטיבי** - מצד אחד יש את התובע שיש לו אינטרס לגיטימי בהליך אפקטיבי (גישה לערכאות). מהצד השני יש את הזכויות של הנתבע ששייכות לו, זכויות מהותיות (בעיקר זכויות קניין או אפילו חירות). במקרה הזה אין החלטה של סעד זמני שלא כרוכה באיזון בין זכויות מהותיות ובהגדרה בפגיעה בזכות חוקתית של אחד הצדדים. מתבקש פה ניתוח מידתיות קלאסי. **ביהמ"ש צריך להצדיק את הפגיעה בזכות**.

• **הזדמנות אסטרטגית קריטית לתובע** - המטרה היא להבטיח את האפקטיביות של ההליך, לעיתים ברמה קריטית של להיות או לחדול. בנוסף, נראה שסעד זמני יכול להפעיל לחץ זמני על הנתבע במובן שלא יתעכב ואף יתפטר. הסעד הזמני יכול למנוע זכות של הנתבע או לייצר לו עלויות, מה שיוביל אותו לרצות לסיים עם ההליך בזמן הקצר ביותר. מעבר לזה, נראה שאחת הדרישות לקבלת סעד זמני היא לשכנע את ביהמ"ש שלתביעה יש סיכוי. לכן קבלה של סעד זמני היא אינדיקציה מוקדמת לגבי עמדת ביהמ"ש ביחס לסיכויי התביעה.

#### • סוגי סעדים זמניים

◀ **עיקול זמני - של כסף או נכס**. **תקנה 103-108**. עיקול מונע את הסחירות או הניידות של הנכס. עיקול על סכום כסף הוא בד"כ בצורה של עיכול על חשבון הבנק. אם הכסף לא נמצא בבנק צריך ממש לבוא ולקחת את השטרות ולשים אותם איפשהו. עיקול על נכס **יפוע בטאבו**. עיקולים על מיטלטלין הם פיזיים, צריך לקחת ולשים אותם איפשהו.

◀ **צו מניעה זמני / צו עשה זמני** - **תקנות 109-110**. המשמעות של צו זמני הוא שביהמ"ש אומר לנתבע שהוא **חייב לעשות או להימנע ממשוה**. זה מתעורר במקרים שהחשש נובע ממעשה שהנתבע יסכל את סיכויי התביעה או מימוש פסק הדין. הרבה פעמים צו זמני מעורר את בעיית ההתלכדות עם הסעד הסופי. לכן בתי המשפט יותר זהירים במתן צווי עשה או מניעה זמניים, כדי לא ליתר את ההליך באמצעות מסלול מוקצר. זה לא תמיד המצב, יכולה להיות תביעה עיקרית שעוסקת בנושא אחד וצריך צו זמני רק כדי לוודא שהסעד העיקרי לא יסוכל ע"י הנתבע.

◀ **עיכוב יציאה מהארץ** - במקרה בו יש **נתבע דרוש גופו**. **תקנות 124-128**. אם צריך את הנתבע עצמו בארץ אפשר לקבל לצורך מימוש ההליך צו שלא יאפשר לו לצאת מהארץ (למשל סרבנות גט). זה סעד זמני חריג במיוחד שפוגע בחירות יסוד משמעותית.

◀ **כינוס נכסים זמני** - **תקנות 111-122**. עוסק באותם **מצבים בהם התביעה נוגעת לנכס מניב**. אם נושא התביעה הוא פרדס והנתבע חושש שהוא יפסיד בתביעה הוא יכול להשאיר אחריו שדה שומם. כיום אפשר לחשוב על כל חברה שאפשר לנהל אותה באופן רשלני, אפשר להפחית את הפיקוח על העובדים. כל מה שירוקן מהנכס את השווי שלו. לכן אפשר לבקש מביהמ"ש למנות אדם אחר שינהל את החברה עד סיום ההליך.

◀ **תפיסת ראיות ("אנטון פילר")** - **תקנה 123**. אם יש ראיה בידי הצד שכנגד **וחוששים שיקרה משהו לראיה** אפשר לבקש פעולה פיזית של "כניסה לחצרים" לטובת תפיסת הראיה ומיקומה בביהמ"ש.

◀ **הגבלת שימוש בנכס ("מרווה")** - פעם היה צו מניעה אישי נגד נתבע לא לפעול בנכס כלשהו. היום כבר אין הוראה כזו בתקנות משום שזה נכנס תחת צו מניעה זמני.

• **המסגרת הנורמטיבית- ההסדר של התקנות החדשות בנושא הזה הוא לא שונה באופן קריטי מההסדר של התקנות הישנות**. בבסיסו של דבר המבנה נותר כך שיש שני רכיבים להוכחת הסעד הזמני. ראשית יש תנאים שצריך להראות שהם מתקיימים. אם הם מתקיימים צריך לשכנע את ביהמ"ש לתת סעד זמני, זה שלב שיקול הדעת. כדי להגיע לכל זה צריך לעבור מסלול משפטי מורכב יותר מהלימוד הרגיל שלנו ולדבר ראשית על סוגיית הפגיעה בזכויות.

◀ **פגיעה בזכויות** - שמדברים על פגיעה בזכויות מדברים על **פסקת ההגבלה**. חלק מהדרישות של פסקת ההגבלה היא שהפגיעה תהיה בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו. **ס' 75 לחוק בתי המשפט** אומר שבית המשפט הן בעניין אזרחי יכול לעשות הכל. יש טענות שאומרות שצריך חוק יותר ספציפי, לא ברור שס' 75 מספק לצורך הזה אבל זה מה שיש כעת וזה מה שביהמ"ש משתמש בו. בס' 75 לא כתוב סעד זמני, כתוב "כל סעד אחר... בנסיבות שלפניו". מתחת לחקיקה הראשית יש את ההסדר בתקנות, שיש לו שני רכיבים. יש חלק כללי וחקיקה ספציפית. החלק הכללי הוא **תק' 94-101 (ההליך לקבלת סעד זמני)**, והחקיקה הספציפית **בתק' 103-128 (הסדרים ספציפיים לסעדים הזמניים השונים)**. **חשוב לזכור שכל בית משפט מוסמך לתת כל סעד זמני, ללא קשר לסמכות עניינית**.

**הסעד הזמני הוא לא הסעד העיקרי. הסעד הזמני מטרתו לאפשר את מתן הסעד העיקרי. ביהמ"ש שלום למשל יכול לתת צו עשה זמני בדיוק כמו המחוזי.**

#### • התנאים המהותיים לקבלת סעד זמני (תק' 95(ב)+)

1) **קיומה של עלילת תביעה** - צריך להראות לביהמ"ש זה שיש **ראיות מספקות לכאורה**. משמע צריך כבר לעשות עבודה ראייתית ראשונית ולהראות סיכוי מסוים לתביעה. מצד אחד לא צריך להוכיח את כל התביעה, מצד שני לא מספיק לעבור את הרף של כתב התביעה מראה עילה. לפעמים השלב הזה יכול לכלול ממש שלב הוכחות מקדמי. בודקים האם הראיות מתיישבות, האם יש דרך שבה התובע יכול לנצח בתביעה אם היא תנוהל עד הסוף. לא ברור מלשון התקנה האם ראיות מספקות לכאורה מתייחס רק לתנאי הראשון או לכל שלושת התנאים. כנראה שהוא מתייחס רק לעילת תביעה, ושאת שני התנאים האחרים **צריך להוכיח בוודאות**.

2) **קיום התנאים למתן הסעד הזמני** - לכל סעד זמני יש תנאים משל עצמו. אם אנחנו רוצים עיקול זמני נלך **לתקנה 103** כדי לראות את התנאים לכך. אם רוצים צו עיכוב יציאה מהארץ נלך **לתקנה 124(א)**. אם רוצים צו תפיסת ראיות נלך **לתקנה 123(א)**.

3) **נחיצות הסעד הזמני לצורך הגשמת המטרה** - לכל סעד זמני יש דרישות נחיצות משל עצמו. המטרה של העיקול הזמני היא **למנוע הכבדה ממשית** על ביצוע פסה"ד.

4) **השיקולים למתן סעד זמני תק' 95(ד)** - גם אם מתקיימים התנאים למתן סעד זמני, עדיין יש שיקול דעת לביהמ"ש להחליט האם להעניק סעד זמני או לא:

(א) **מאזן הנוחות - ס"ק (1)**. הנוק שיגרם למבקש אם לא יינתן הסעד הזמני לעומת הנוק שעלול להיגרם למשיב אם יינתן הסעד הזמני, וכן נוק העלול להיגרם לאדם אחר או לעניין ציבורי. התקנה כיום מכניסה באופן מובהק אינטרסים של צדדים שלישיים. מה שרואים בכל ההחלטות זה תפיסה שאומרת שיש יחס של מקביליות בין העוצמה של ביסוס עילת התביעה לבין החומרה של מאזן הנוחות. **ככל שביסוס עילת תביעה חזקה יותר בשלב הראשוני, כך המבקש של הסעד הזמני יצטרך להראות פחות במונחים של מאזן הנוחות**. מצד שני, אם הובאו רק ראיות ראשוניות ולא מספקות במיוחד, ידרשו מהנתבע בצורה משכנעת יותר שאם לא יינתן הסעד הזמני יגרם נזק קיצוני. המקרה הנפוץ הוא שמאזן הנוחות הוא לטובת הנתבע (למשל במקרה בו רוצים לעקל את הנכס המניב היחיד של הנתבע).

(ב) **אמצעי שפגיעתו פחותה - ס"ק (2)**. אם אין סעד אחר שפגיעתו במשיב קלה יותר, המשיג את התכלית שלשמה נועד הסעד הזמני. התובע צריך להראות שהוא מבקש את המינימום ההכרחי. מבחן הקשר הרציונלי מופיע בס' **95(ב) בדרישת הנחיצות**. בס' **95(ד)(2)** מופיע **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה**. מידתיות במובן הצר בא לידי ביטוי **במאזן הנוחות**. התחום של סעדים זמניים הוא בעצם פרק במשפט חוקתי, מכיוון שהוא עוסק במצבים בהם המדינה מבקשת לפגוע בזכות.

(ג) **תום לב - ס"ק (3)**. תום לב של בעלי הדין, הן בקשר לגוף העניין והן בקשר להגשת התביעה ובקשת הסעד הזמני, והאם המבקש לא השתהה יתר על המידה בנסיבות העניין בהגשת כתב התביעה או בהגשת הבקשה לסעד זמני.

- **ההליך של סעדים זמניים**

- **המסגרת – תקנות 95-101**
- **בקשה בתצהיר** – ביסוס לכאורה של עילת התביעה, הוכחת התקיימות התנאים. בקשה לסעד זמני יכולה להיות מוגשת בכל שלב, גם שנה אחרי תחילת ההליך. טיפוסית, מנסים להגיע לסעד הזמני בשלב מוקדם ככל האפשר. זה גם מאפשר להפעיל לחץ על הנתבע וגם מאפשר לתובע להגן על האינטרסים שלו. פרקטית זה אומר שצריך לעשות עבודה משמעותית להכנת התביעה. במונחים של עלויות זה מקדים עלויות משמעותיות.
- **המועד** – בכל שלב, בד"כ בצמוד לכתב התביעה. עם זאת, **תק' 95(ג)** מאפשרת לבקש סעד זמני גם לפני הגשת התביעה (כאשר מתחייבים שאם מקבלים את הסעד הזמני התביעה תוגש כעבור שבוע). בקשת סעד זמני לפני התביעה רלוונטית בד"כ כאשר יש חשש כבר לפני תחילת ההליך שהנתבע יפעל לסכל את היכולת של התובע.
- **הדין – תק' 97** מאפשרת **דין במעמד צד אחד**. זו סתירה מובהקת של זכות הטיעון. פוגעים בזכות של אדם מבלי לתת לו לטעון ביחס אליה. לא רק זה, כשעוסקים בעיקול זמני או בתפיסת ראיות ברירת המחל היא **דין במעמד צד אחד**. יש בזה היגיון, משום שאם יש חשש להברחת נכסים או משהו דומה, שליחת זימון לדין בוודאי יכול להוביל למימוש של זה. ביחס ליתר הסעדים הזמניים **מדובר בחריג**. כאשר מתן הסעד הזמני מתבצע במעמד צד אחד יש זכות אוטומטית לעיון חוזר במעמד שני הצדדים, במהלכו ביהמ"ש יחליט האם להתמיד עם הסעד הזמני או לבטל אותו.
- **בטוחות** – חובה על המבקש להפקיד בטוחות לפי **תק' 96**. מטרת הבטוחה להיטיב את הנזקים שייגרמו לנתבע אם בדיעבד יתברר שהתביעה לא הייתה נכונה (קרי, אם התובע הפסיד). מניחים כמעט בהגדרה שאם התובע מפסיד בתביעה הסעד הזמני לא היה צריך להינתן. ביהמ"ש לא ידע את זה, הוא השתכנע לתת סעד זמני, אבל בדיעבד מתברר שזו הייתה טעות. לכן התובע מתבקש מראש להפנים את הנזקים שעלולים להיגרם כתוצאה מהסעד הזמני לנתבע. מטילים חובת זהירות על המבקשים שיש בצידה עלות. החובה הזו בנויה **משני רכיבים עיקריים** (ביהמ"ש רשאי לפטור את המבקש מהרכיב השני, הרכיב הראשון הוא חובה):
  1. **התחייבות עצמית**: מסמך מילולי להבטחת כל נזקי הנתבע (בטוחה חלשה, גבייה קלה); הרכיב הראשון הוא מעין חוזה. לא צריך להוכיח התרשלות כלשהי, ניתן לגבות את זה מיד. עם זאת, זו נחשבת בטוחה חלשה משום שבסופו זה שווה את המילים של התובע.
  2. **ערובה (אחת או יותר)**: בטוחה קצובה מצד שלישי (בטוחה חזקה, גבייה קשה משום שנדרשת תביעה).
- **אם מתברר בדיעבד שהסעד הזמני לא היה ראוי**
  - ✓ **חילוט הבטוחות במסגרת ההליך**
  - ✓ **תביעה עצמאית לפי הבטוחות**
  - ✓ **אפשרות תביעה נזיקית. הטענה היא שהבקשה לסעד הזמני הייתה רשלנית**. בפס"ד **סחר ושירותי ים נ' חברת שלום וינשטיין**. הוטל עיקול זמני על מלאי של חומר גלם שהוחזק במחסן בנמל. הסעד הזמני הוטל על כל המלאי שהוחזק במחסן הזה. התביעה התנהלה ובסוף התביעה התובע שלטובתו הוטל העיקול ניצח. אלא שהתברר שהזכות של התובע קטנה בהרבה מהשווי של כל המלאי עליו הוטל העיקול. הנתבע אומר שהתובע היה צריך לבדוק מה השווי של כל המלאי, מה שוויו התביעה ולבקש עיקול רק על אותו נתח מהמלאי שמגבה את הסיכון שלו. הטענה הייתה שהתובע גרם לנתבע נזק משמעותי (דמי שכירות על המחסן, חוסר יכול למכור את החומרים). התובע אמר שלא ידע. עלתה שאלה לקבוע האם יש חובת זהירות? **העליון אומר שכן**. יש ציפייה מהמבקש לבדוק לפי סטנדרט הבדיקה הסבירה. מי שלא יעשה זאת יהיה חשוף לתביעת נזיקין. הסיבה שבמקרה זה לא השתמשו בבטוחות- התובע זכה בתביעה, ועל כן אי אפשר היה להשתמש בבטוחות. **המסר – ייזהר המבקש**. הנטל הוא על המבקשים.

### חלק ד: הליכים מיוחדים

- **כיום, יש פחות ופחות מערכות יחסים משפטיות בהן יש רק שני צדדים שמנהלים משחק סגור של מערכת יחסים בי-לטראלית. המשפט האזרחי מובנה היום במודל אחר ומרובה משתתפים. סיבה אחת לשינוי היא עצם העובדה שכולנו נמצאים בהרבה יותר אינטראקציות בהרבה יותר אנשים. המציאות הכלכלית, החברתית והטכנולוגית משתנה. ככל שיש יותר מערכות יחסים מרובות משתתפים כך גם נראה יותר ליטיגציות באותו האופי. סיבה נוספת היא העומס על בתי המשפט. ככל שהעומס גדל כך המערכת מפתחת דחף גדול יותר לריכוז הליכים. זכות גישה לערכאות – נתון נוסף שמשפיע הוא שככל שחיים יותר בחברת זכויות, רואים יותר אנשים שהיו מבחינה משפטית בלתי נראים לפני כמה דורות. לדוגמה הילד בסכסוך בין הורים.**
- **מנגנונים**
  - 1) **צירוף בעלי דין – תקנה 26: תובע** שמנסח כתב תביעה יכול לצרף בכתב התביעה יותר מאדם אחד, בין מצד התובעים או מצד הנתבעים. ההצדקה לכך היא די מרחיבה. כל מי שדרוש לקידום היעילות ובשלמות התובענה, ובלבד שהתובענה מעוררת שאלה עובדתית או משפטית משותפת לכל בעלי הדין. הגישה כאן היא גישה יחסית ליברלית, בה בעת זה בגדר מותר, ולא חובה. אי אפשר לכפות על תובע או תובעת לתבוע אנשים שהם לא מעוניינים לתבוע. לכן לפעמים יהיו תביעות מקבילות באותו הנושא, ויש כלים מסוימים לטפל בזה.
  - 2) **הודעה לצד שלישי – תקנות 22-23**. מקרים בהם לא התובע אלא הנתבע רוצה להוסיף גורם לליטיגציה. אותם המקרים בהם הנתבע בהליך חושב שיש אדם שלישי, גורם חיצוני כלשהו, שהנתבע טוען שהוא זכאי להשתתפות, שיפוי וכו' ממנו כתוצאה מהחבות של הנתבע לתובע. בפשטות, אם הנתבע יהיה חייב לתובע, צד ג' יהיה חייב לנתבע. מקרה קלאסי שעולה בהקשר זה הוא תביעות ביטוח. ביטוח זה חוזה שאומר שאם המבוטח יצטרך לשלם, הביטוח ישלם. זה בדיוק שיפוי. ההודעה לצד שלישי היא למעשה סוג של תביעה על תנאי. זו תביעה על תנאי מכיוון שמערכת היחסים בין הנתבע לבין הצד השלישי נכנסת לפעולה רק אם נמצא שהנתבע חייב לתובע. לא חייבים לשלוח הודעה לצד שלישי, אפשר במקום זאת לנהל תביעה מולו ישירות. הנתבע יכול לסיים את הליטיגציה עם התובע ואז לנהל תביעה נפרדת. מה שהודעה לצד שלישי מאפשרת היא להכניס את אותו צד שלישי כבר להליך המקורי. הוא הופך להיות צד בזה שהוא מקבל זכויות דינויות לכל אורך ההליך. לפעמים הצד השלישי הזה יוכל להיות שמיש גם בבדיקה של ראיות התובע. יהיה לו גם אינטרס שהנתבע ינצח כדי שלא תהיה חבות לתובע. צד שלישי יכול לשלוח הודעה גם לצד רביעי. הודעת צד ג' מודיעה לבעל הדין שהוא חשוף לסיכון של תביעה על תנאי מצד אחר (אחד הנתבעים).

3) **תובענה ייצוגית.**

### תובענה ייצוגית

- **הנסיבות הפרדיגמטיות:**

- ✓ נתבע אחד.
- ✓ תובעים רבים.
- ✓ שוויו נמוך לכל תביעה אישית.

**התוצאה** – השילוב של שלושת הנסיבות הללו מוביל לתוצאה שלא תהיה תביעה. האדם הפרטי לא יתבע (היעדר תמריץ פרטי לתבוע). אם שוויו הזכות כל כך נמוך, תמיד העלות תהיה יותר גבוהה מזה. חסם נוסף הוא **בבעיית הפעולה המשותפת** בשל עלויות זיהוי ועלויות תיאום (תקשורת, החלטה ואכיפה).

- **הבעיות בהיעדר תביעות**

- ◀ **פגיעה לא מפוצה בזכויות מהותיות** – גם ה-200-20 שקים האלו שייכים לתובע הפוטנציאלי.
- ◀ **פגיעה בגישה לערכאות** – מזהים שיש נתח עצום של עוולות והפרות שאין גישה לערכאות בהקשר שלהן, משום שהעלות עולה בהרבה על התועלת.
- ◀ **חוסר שוויון חלוקתי** – אותם מצבים שתיארנו כמצבים פרדיגמטיים של תובענה ייצוגית הם מצבים שהם בהגדרה של אחד חזק והרבה חלשים.
- ◀ **פגיעה בהרתעה** – רוצים בעזרת התביעה הייצוגית לשמר את ההרתעה נגד מעוולים גדולים שגורמים הרבה נזקים קטנים במקרים שבהם האכיפה המדינית לא מספקת.

- **חוק תובענות ייצוגיות**

- **מאפייני החוק: ריבון** – החוק מרכז את כל התביעות להליך אחד. **תובע** – יש רק אדם אחד שמדבר בשם כל בעלי הזכות שנקרא תובע-נציג. חבר אחד מנהל את התביעה בשם הקבוצה. **פסק דין** – פסק הדין שיינתן בסוף ההליך **יחייב את כולם**, למעשה כופים על חברי הקבוצה כולה את התוצאה של ההליך באמצעות מעשה בית דין (ס' 24 לחוק). הדין עצמו מקנה להליך הזה כוח עצום. הבחירות שעושה התובע הנציג בתביעה מחייבות את כל חברי הקבוצה, וזאת מבלי שחברי הקבוצה הסמיכו אותו באופן מודע לעשות את זה. החוק **מעורר קשיים שונים**. למשל, מיד כשרואים את המילה נציג עולה החשש של בעיית נציג.
- **איזון מורכב** – החוק מחלק את העולם לשלושה סוגים של בעלי עניין, ולגבי כל אחד מהם הוא קובע הסדרים שונים ע"מ לטפל בבעיות הפוטנציאליות שעלולות לעלות בהקשר שלהם:

1. **חברי הקבוצה** – אנשים שמנהל הליך בשם מבלי שהם מעורבים בו, והתוצאה שלהם כפוייה עליהם באמצעות מעשה בית דין. **הבעיה** – יוצרים מעשה בית דין **לאנשים מבלי לתת להם את יומם בביהמ"ש**. **הפתרונות**:

☑ **אישור תובענה כייצוגית** – כדי להיות נציג בתובענה ייצוגית צריך לעבור מסלול של סינון. יש הליך מקדמי שנקרא **אישור תובענה ייצוגית (ס' 3,4,8)**. צריך להגיש לצד כתב התביעה מסמך נוסף שהוא בקשה לאשר את התביעה שהוגשה כתובענה ייצוגית. ליבת התנאים לאישור ניהול תובענה כייצוגית היא שביהמ"ש יבדוק האם האדם שמבקש לייצג את הקבוצה צפוי להיות זה שסיפק לקבוצה ייצוג ראוי. אם בקשה לנהל תביעה כתובענה ייצוגית מאושרת זה נותן תמריץ חזק מאוד לנתבעים להתפשר.

☑ **מנגנון יציאה** – מופיע **בס' 11-12** והוא מתיר לחבר קבוצה שלא מעוניין להיות מיוצג בתביעה הזו לעשות **פעולה אקטיבית של יציאה מהקבוצה (opt-out)**. הוא מעוניין לשמר את העילה לעצמו ולכן הוא מוציא את עצמו. יש גם **הסדר חלופי של כניסה (opt-in)**, תובענה ייצוגית שהוגשה ומוציאים הודעה לפיה מי שרוצה להצטרף צריך להודיע. ברגע שקובעים שברירת המחדל היא מנגנון היציאה, יש פה בחירת מדיניות מובהקת של העצמת הכלי הזה של התובענה הייצוגית. כדי לעבור למסלול של כניסה צריך החלטה של ביהמ"ש בה הוא משנה את ברירת המחדל.

☑ **היתר השתתפות בדיונים** – לפי **ס' 15**, היתר למי שהוא לא הנציג בכל זאת לבוא לביהמ"ש ולהשתתף בהליך. גם מנגנון זה היה יכול למוטט את הכלי של תובענה ייצוגית. עם זאת, יודעים בפועל שרוב האנשים לא יעשו את זה.

בספר של **אלברט הירשמן** על ניהול נכון של ארגונים הוא מדבר על שלושה מנגנונים שמאפשרים לנהל ארגון באופן טוב יותר. האחד הוא לאפשר לאנשים לצאת מהארגון מתי שהם רוצים. השני הוא לתת להם קול, לאפשר להם להשמיע את דעתם. השלישי הוא להראות להם נאמנות לארגון. לפי הירשמן ברגע שמיישמים את שלושת המנגנונים האלו ניתן לנהל את הארגון באופן טוב יותר. המשטר של חוק תובענות ייצוגיות עושה את שלושת הדברים האלו. הוא מדבר על יציאה בכך שברירת המחדל היא מנגנון יציאה. יש קול בצורה של היתר השתתפות. יש נאמנות בכך שיש נציג שחושב על האינטרסים של התובעים כולם.

2. **הנתבע** – **הבעיה**: חוששים שנתבעים במקרה הנוכחי **חשופים לסיכונים חריגים**. סיבה אחת היא **עלויות הגנה גבוהות**. סיבה נוספת היא **אחריות למעשים פטורים**. אם נגרם נזק קטן מאוד אז יש הגנה מפני תביעה. סיבה שלישית היא **חשש מתביעות סחטניות**. תובענה ייצוגית יכולה להיות כלי לסחטנות. תובעים יכולים לנצל את הכלי הזה כדי להטיל איום משמעותי. זה מה שמוביל לכך שלנתבעים בתובענות ייצוגיות יש תמריץ לפשרה מוקדמת. השילוב של שלושת התובנות האלו מוביל את הדין להתחשב באופן מיוחד בנתבעים ולכלול הגנות על האינטרסים שלהם:

☑ **אישור תובענה ייצוגית** – אם דיברנו על המנגנון הזה כמנגנון שנועד בעיקרו להגן על חברי הקבוצה, נראה שחלק מהדרישות של זה נועד להגן על אינטרסים של נתבעים (**ס' 4,8**). רוצים למנוע ניצול לרעה.

☑ **הגבלת עילות** – **סעיף 3**. אפשר לתבוע בתובענה ייצוגית רק בעילות המפורשות שיש בחוק. זו הגנה מצומצמת על נתבעים משום שהרשימה היא די ארוכה.

☑ **הגנה על נתבעים "מיוחסים"** – **ס' 3(א) סיפא, 8(ב), 9, 21**. זה סוג של אפליית נתבעים. מבחינים בין "סתם" נתבעים בתובענה ייצוגית, לבין מה שאפשר לכנות נתבעים "מיוחסים". הדרך הצינית להגדיר אותם זה נתבעים שהמדינה אוהבת או נתבעים שהייתה להם השפעה על חקיקה. הדרך של החוק להסתכל על זה היא שנתבעים מיוחדים הם נתבעים שהצלחה בתביעה נגדם עלולה לגרום עלויות לחברה כולה. הנתבע המיוחס הבולט במיוחד הוא **המדינה**. אפשר לתבוע את המדינה בתביעה ייצוגית אבל יש שלל הגנות עליה. דוגמה נוספת היא **חברת החשמל**. החוק מאפשר ארבעה כלים בהקשר זה:

◀ כלי אחד הוא שאפשר לתבוע את המדינה בתובענה ייצוגית, אבל אי אפשר לתבוע אותה בתובענה ייצוגית על **עניין של פיקוח**.

◀ כלי נוסף הוא **TBTF (Too Big To Fail)**. יש גופים מסוימים שהם פשוט גדולים מדי בשביל ששרשה להם לקרוס. כלי זה רלוונטי לגורמים כמו חברת החשמל, בנקים וכדו'. הם יצטרכו לשכנע את ביהמ"ש שאם ינוהל ההליך זה יגרום נזק חמור לחברה.

◀ כלי שלישו הוא **הודעת חדילה**. אם תובעים רשות למשל על גביית יתר ומגישים תביעה ייצוגית, הרשות יכולה להודות ולהגיד שהייתה גביית יתר ושהיא מפסיקה. היא מודיעה שהתובענה הייצוגית השיגה את המטרה של הפסקת ההפרה. בכך הרשות תהיה מוגנת מתובענה ייצוגית בנושא. שוללים מהקבוצה לקבל את סכומי גביית היתר (אפשר תמיד לנהל תביעה עצמאית בהמשך משום שלא מקבלים את התביעה ולכן אין מעשה בית דין).

◀ הכלי הרביעי הוא **בתיבות להשבה**. אם יש תביעה לגביית יתר נגד רשות יש הגבלה על סכום ההשבה שצריך להשיב. החוק מגביל את זה לשנתיים אחורה. כל גביית יתר שנעשתה מוקדם יותר לא תצטרך להיות מושבת.

☑ **שק"ד רחב בקביעת הסעד** – **סעיף 20**. ניתן שיקול דעת משמעותי לביהמ"ש לוודא שהסעד עצמו לא מזיק לנתבעים מעבר למה שהנתבע צריך לשלם.

3. **התובע הנציג** – יש מנגנונים בחוק שמנסים לוודא שהנציג יצא את עבודתו נאמנה. ביחס לתובע הנציג יש שני אתגרים, מכיוונים סותרים במובן מסוים.

**בעיה 1**: **בעיית התמריץ לייצג** – התובע הנציג הוא חבר בקבוצת התובעים. כלומר, שווי התביעה הפרטית של התובע הנציג הוא בד"כ נמוך (כמו שאר התובעים). למול זאת, כדי לנהל את התביעה צריך להשקיע הרבה מאוד משאבים. לכן יש שאלה איך מייצרים תמריץ לחברי הקבוצה לקחת על עצמם את המשימה הזו.

☑ **קרי מימון תביעות ייצוגיות** – **ס' 27**. יש קרן למימון תובענות ייצוגיות. משמע לא כל הכסף הוא כסף פרטי. המדינה עצמה יכולה לזהות תביעות שהיא חושבת שהן ראויים אבל אין מספיק משאבים לתובע הנציג, אז היא מממנת אותו באמצעות הקרן.

☑ **גמול לתובע** – **ס' 22**. אם תביעה ייצוגית הצליחה (פסק דין או פשרה ראויה), התובע הנציג יהיה זכאי לנתח גדול יותר מתוך קרן הפיצוי יחסית לשאר חברי הקבוצה. זה סוג של שכר כפוי.

☑ **שכ"ט לעו"ד** – **ס' 23**. קרן הפיצוי שמקצים מהכסף שמגיע מחברי הקבוצה מתחלקת למעשה בין התובע הנציג לבין העו"ד המייצג את הקבוצה.

- ☑ **תביעת רשות/ארגון – ס' 4(א)(2),(3).** זה מאפשר ניהול תובענה ייצוגית בלי נציג פרטי. הרשות להגנת הצרכן וגם ארגונים שמייצגים אינטרסים קבוצתיים יכולים לבקש אישור לנהל תובענה ייצוגית בהיעדר תובע נציג.
- בעה 2: בעיית הנציג –** מהצד השני, החשש המרכזי הוא שבדרך כזו או אחרת הנציג שמחזיק בכוח ההחלטה עבור הקבוצה יחליט באופן שרירותי את אלו ואלו לשיא הקבוצה. הוא יציג לביהמ"ש הסכמה על סיום התיק, כשמתחלת לשולחן משלמים לו סכום כסף מסוים. זה יכול להשתלם מאוד לתובע הנציג ולנתבע.
- ☑ **חובת נאמנות כבשליחות – ס' 17.** זה סעיף הצהרתי שאומר כי מהרגע שהנציג הוסמך כנציג, חלות עליו כל חובות הנאמנות כשליח. אם נציג פוגע באינטרסים של הקבוצה כנראה שדיני השליחות לא מאוד חשובים לו, ולכן הכלי היותר משמעותי הוא הפיקוח של ביהמ"ש.
- ☑ **פיקוח על הנציג, החלפתו – ס' 8(ג).** אם ביהמ"ש מתרשם שהנציג לא פועל כשורה הוא יכול להחליף את הנציג.
- ☑ **אישור הסתלקות + אישור פשרה – ס' 16, ס' 18-19.** אם מובא לביהמ"ש מקרה של פשרה או הסתלקות, מיד מתעורר החשש של בעיית הנציג. בשל כך כדי להגיע למצב של הסתלקות או פשרה צריכים לקבל אישור של ביהמ"ש. ביהמ"ש צריך לוודא שהפשרה יוצרת הסדר "ראוי, הוגן וסביר" לכל חברי הקבוצה. ביהמ"ש יכול גם למנות בודק מומחה שמתכנן על הפשרה ומעריך את האיכות שלה. הבעיה היא שיש מהלכים עסקיים, שהם הרבה פעמים לגיטימיים, שיכולים למנוע את ההגעה לתובענה ייצוגית מראש. למשל עסק שאמור להקים מפעל בעיר מסוימת יכול ללכת לכל הבתים שממוקמים הכי קרוב למקום שבו עתיד להיות מוקם המפעל ולשלם להם על-מנת שיוותרו על זכות התביעה שלהם. בכך למעשה מי שגר קרוב למפעל מוכר את זכות התביעה של מי שגר רחוק מהמפעל (לרוב מבלי לדעת שהוא עושה זאת). מהלכים אלו הם מהלכים שנתבע פוטנציאלי יכול ליישם מראש כדי למנוע את התביעה שיכולה להיווצר בדיעבד. מקרים מסוג זה מציגים כיצד האפקטיביות של הכלים של אישור הסתלקות ואישור פשרה מועילים בעירובן מוגבל (רק מהרגע שנוצר ההליך).

○ **שאלות נוספות**

- ☞ **תחרות בין תובעים – מה קורה אם יותר מאדם אחד מעוניין להיות תובע נציג בתביעה ייצוגית מסוימת?** התשובה- כל הקודם זוכה. יש **מרשם של תובענות ייצוגיות**. מי שמגיח בקשה לתובענה ייצוגית צריך לעדכן אותה בפנקס התובענות הייצוגיות. הסעיפים הרלוונטיים הם **ס' 5(א)(2), 6-7, 28**. לצד המרשם יש גם הסדרי ייזוע מפורטים. בתחנות שונות בתהליך התובענה הייצוגית צריך הנציג לפרסם מודעות שיהיו נגישות לציבור.
- ☞ **תקשורת עם חברי הקבוצה – לפי ס' 25-** הכלל המקובל הוא **פרסום מודעות בעיתונים בתחנות שונות (אישור תובע נציג, פשרה, סעד).**
- ☞ **חלוקת קרן הפיצוי – ס' 20 ו-27א-** מקרים בהם לא ניתן לזכות את כל הניזוקים. הסעיפים מאפשרים לנתבע לקחת את הכסף ולתת אותו לניזוקים על דרך של הזלת עלויות ללקוחות או העברת הכסף לארגון ללא מטרת רווח. שמים את הכסף במקום שהוא קרוב מספיק לקבוצה, גם אם הוא לא מגיע באופן ממשי לכל ניזוק. כעניין מוסדי יש בחוק גם קרן לניהול וחלוקה של כספי תובענה ייצוגית שלא הגיעו לתובעים. זה גוף מדינתי שמנהל חשבון שאליו זורמים כל הכספים שנתבעים בתובענות ייצוגיות היו צריכים לשלם אבל לא הצליחו לשלם לתובעים (כי לא יודעים מי הם או כי לא נגבו).
- ☞ **אגרות –** החוק אומר שיהיה הסדר אגרות נפרד והוא דורש חקיקת משנה של שר המשפטים שיקבע את הסדר האגרה לתובענות ייצוגיות. מאז החוק נחקק ועד לפני שנתיים אף אחד משרי המשפטים לא חוקקו את התקנות האלו. לכן במשך כמעט 15 שנים לא היו אגרות על תובענות ייצוגיות. זה נתפס כמעין עידוד של השימוש בכלי הזה. עם השנים זה התחיל לעורר ביקורת. כפי שאמרנו, אפשר להסתכל על הכלי הזה ככלי סחטנות של שחקנים קטנים את העסקים הגדולים. כיום, מטילים אגרה על הגשת בקשה לניהול תובענה ייצוגית. יש **סכומים קבועים** שלא קשורים לסכום התביעה. במחוזי צריך לשלם 16,128 שקלים, מהם צריך לשים 5,544 מראש. בשלום צריך לשלם 8,064 שקלים, מתוכם 3,024 מראש. התחושה שזה סינן מעט תביעות, אבל לא ברור האם מה שסווג זה דווקא התביעות הסחטניות. הרף הוא לא גבוה, אבל הוא בכל זה ישנו בניגוד למצב שהיה בעבר.

○ **תנאי סף לאישור תובענה ייצוגית**

1. **עילה מנויה – ס' 3.** צריך להראות שהתביעה היא בעילה מאחת העלויות שמנויות בחוק תובענות ייצוגיות. העילות מצויות בתוספת השנייה. העילות בחוק יכולות לאפשר עילות בהקשרים של חוזים, קניין, זיקין וכדו'.
2. **עילה אישית – ס' 4(א)(1).** כדי להיות נציג צריך להראות שהנציג בעצמו הוא גם חבר בקבוצה. אפשר לעורר שאלה למה התנאי הזה בכלל קיים? אולי זה מהיבט תועלתני, אם הנציג הוא גם חבר בקבוצה לא צריכים להביא עוד אדם נוסף שיוכיח את קיום העילה. אפשר גם לחשוב על מקרים בהם עסק מתחרה יגיש תביעה נגד עסק מסוים וזה הוא ילך וימצא מישהו שנפגע ויחליט לייצג אותו. בסוף אלו השיקולים שניצחו, משום שבפועל יש דרישה לעילה אישית בחוק. טיעוני נגד-טענה אחת היא שתביעה ייצוגית היא מאוד מפוקחת, ולא צריכים דרישה כזו בחוק. הנציג נדרש לתו"ל וכו' ולכן גם ככה זה יעלה בביהמ"ש. טענה נוספת היא מה יקרה במקרים בהם אין מי שייצג את הקבוצה? אפשר להסתכל למשל על מוסד העותר הציבורי ועל ההצדקות שלו. ההצדקה הקלאסית למוסד הזה היא מקרים בהם קשה לזהות נתבע. העותר הציבורי הקלאסי הוא תיקים שעוסקים בשאלה האם אדם יכול לכהן בתפקיד מסוים. אלו מקרים בהם יש טענה לאי חוקיות שלטונית, שאין בצדה נפגע אינדיבידואלי. לכן בשורה התחתונה הדרישה לעילה אישית היא עוגן אנכרוניסטי, שדוחה במובן מסוים את מודל התובע הציבורי. כזכור, לפי **ס' 4(א)(3)** יש חלופה של תביעת ארגון במצבים בהם קיים קושי להגיש בידי בעל עילה. יש סיבה שבגינה חברי הקבוצה לא מביאים את התביעה. **רדיו קול ברמה נ' קולק- ארגון קולק** לא הביא ראיות שהוא הלך וניסה להביא נשים לתובע. ההצבעה הייתה על הקושי בקהילה החרדית. ביהמ"ש אומר שצריכים להיות מאוד זהירים בזה, הארגון צריך להראות שקידה סבירה, שהוא באמת חיפש. עם זאת, הוא מכיר בסוף בקושי האינהרנטי של החברה החרדית כחסם תרבותי. אם שני התנאים התקיימו, עוברים לשלב הבא והמורכב יותר של **התנאים המהותיים** שביהמ"ש דרש לשקול.
3. **שאלות משותפות (סעיף 8(א)(1) רישא) –** צריכות להיות שאלות משותפות בין כל חברי הקבוצה. לאחר שחוק תובענות ייצוגיות עבר ביהמ"ש מפרש אותו כמכוון לליברליזציה של הכלי הזה. לכן מנמיכים את הרף ואומרים שלא צריכים שיתוף מוחלט. מספיק שיש איזושהי ליבה שמצדיקה את ניהול ההליך, צריך להראות שנרוויח מניהול ההליך כתובענה ייצוגית. בעניין **קול ברמה** רואים תביעה על מדיניות. קשה לזהות מיהם חברי הקבוצה, האם רק אנשים שרצו להישמע בתחנה? האם כל הנשים שרצו לשמוע קולות של נשים? האם זה רק חרדים? ביהמ"ש מבין שאלו שאלות מורכבות. די בכך שכולן מדברות על מדיניות אחת כדי להצדיק ניהול הליך בתובענה ייצוגית ובהמשך לזהות אותן.
4. **אפשרות סבירה להכרעה לטובת הקבוצה (סעיף 8(א)(1) סיפא) –** צריך להוכיח לכאורה ראיות ראשוניות לביסוס הרכיבים השונים של התביעה. אם ביהמ"ש משתכנע שאין סיכוי לתביעה הוא דוחה את הבקשה. אם ביהמ"ש מאשר את ניהול ההליך כתובענה ייצוגית זו אינדיקציה טובה לנתבע ללכת לכיוון של פשרה. שאלת המדיניות פה היא כמה דורשים מהתובע להביא כדי לבסס את סיכויי התביעה? ביהמ"ש אמר כבר מספר פעמים שלא צריך לנהל את כל התביעה בשלב המקדמי. מצד שני רוצים להגן על נתבעים. לכן בפועל רואים הליכים מקדמיים משמעותיים. בין היתר החוק מכיר **באפשרות של גילוי מוקדם בשלב המקדמי**. זה שלב שעוד אין תביעה, אבל כבר אפשר לנהל גילוי מוקדם ביחס לתנאי התובענה הייצוגית.
5. **תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת לנהל את התביעה (סעיף 8(א)(2)) –** זה מסוג המקרים שיהיה נכון לנהל כתביעה ייצוגית ולא כתביעות נפרדות. כדי להוכיח את זה צריך קודם כל להיכנס לפרדיגמה, להראות שכל תביעה היא בשוויון נמוך, שיש הרבה תובעים, שיעור השאלות המשותפות, קלות זיהוי חברי הקבוצה, מורכבות הברור של זכויות אישיות (חלוקת הקרן). בסוף צריך להסתמך על המטרות של החוק ולהראות שזה מסוג המקרים שבו החוק בא לטפל.

6. **ייצוג הולם (סעיף 8(א)(3))** – כאן נכנסים ללב הנושא של פיקוח על איכות הייצוג. צריך לשכנע את ביהמ"ש שהתובע הנציג מתאים לנהל את התביעה בשם הקבוצה. חלק מזה יהיה היבט כלכלי, ניסיון, סוג הייצוג שהנציג מביא אתו. הנציג צריך להביא ראיות לכך שהוא יוכל לנהל את ההליך בצורה סבירה.
7. **ייצוג בתום לב (סעיף 8(א)(4))** – לכאן נכנסים כל אותם חששות או איומים שהזכרנו לאורך הדיון בהקשר של בעיית הנציג. למה זה כל כך חשוב לנו אם התובע הנציג פועל בתו"ל או לא? נניח שהנציג פועל כדי לפגוע בנתבע, האם זה צריך לשנות אם מי שתובע עושה את זה מטעמים של אכיפת הדין או מטעמים של להוציא אותו מהתחרות? בתביעה אזרחית רגילה לא שואלים את התובע מה המניע שלו. דווקא בתובענה ייצוגית אומרים שרוצים אנשים טהורים יותר. **זה בא להגן על הקבוצה, המחשש שבסופו של דבר זה יוביל לייצוג לא הולם.** בנוסף, לא אחת נשאלת השאלה מה קורה עם נציג שמנהל את התביעה בשביל הגמול? האם זה צריך להפריע לנו שאנשים עושים את זה בשביל הכסף? **העליון אומר שעצם זה שהוא פועל כדי להשיג את הרווח זה לא שולל תו"ל.** מה לגבי אדם שנכנס באופן מכוון לקבוצת התובעים? למעשה, הם מייצרים את העילה האישית. בעקרון יש מחלוקת בנושא, אבל כיום **יש יותר נטייה להכיר באופי החומרי של התמריצים שהשדה הזה רווי בהם.** לכן זה פחות מפריע לביהמ"ש אם מישהו מבצע מהלך כזה. זה מאוד תלוי בנסיבות, ובשאלה עד כמה הפעולה שהכניסה את הנציג לקבוצה מרגישה מאולצת. **בפס"ד ש.א.מ.ג.ר.** השופט רובינשטיין מציג עמדה לפיה הוא מתקשה להכיר בתו"ל של תובעים כאלו. הוא אומר שביהמ"ש צריך להשיג פן תפתח תעשיית תובענות ייצוגיות, כמעין ענף ייצור במשק, שכל מטרתן העשרת התובעים ובעיקר באי כוחם, ואילו האינטרס הציבורי בהן דל. איך מגדירים תובענות שהאינטרס הציבורי בהן דל? לכאורה אפשר להגיד שבהגדרה האינטרס הציבורי דל יחסית, משום שעבור כל אדם זה מסתכם בכמה מאות שקלים. עדיין רוצים לנהל את התביעות האלו, ולכן קיים כל הכלי הזה של תובענות ייצוגיות. **המקרים שהכי קל לדחות אותם בהקשר של תו"ל הם מקרים בהם ניתן להוכיח שהגושה תובענה ייצוגית למטרות סחיטה או הטרה של הנתבע.** לבסוף, האם צריכה להעסיק אותנו השאלה מה מקור המימון של התובע הנציג? לפעמים רואים שבתי משפט מתעניינים בשאלה מיהו הגב הכלכלי של התובע הנציג. מה אם החנות המתחרה לא תגיש תובענה ייצוגית אבל תממן את התביעה עבור מישהו שכן נכלל בקבוצה? האם המטרה של המימון שהיא מטרה אחרת משפיעה על תו"ל של הנציג? בארה"ב יש יותר דיון בשאלה הזו משום שיש קרנות שמפזרות כסף על תובעים על-מנת שינהלו תביעות ייצוגיות.

## ערעור

### • תכליות

- ✓ **תיקון טעויות** – מערכת שיש בה מנגנון לתיקון טעויות היא מערכת שיש בה היתכנות של נכונות (יש תשובה נכונה לשאלה משפטית ואפשר לטעות בה). גם העמדה לפיה לשאלות משפטיות יש תשובה נכונה היא לא מובנת מאליה. אחת הסיבות שחושבים על הערעור כמשהו שנמצא מעל הערכאה המבררת היא תקווה ששופטי הערעור מחליטים טוב יותר משופטי הדיון. ערעורים בד"כ מתבצעים ע"י שופטים ותיקים יותר ורבים יותר.
- ✓ **תמריצים לערכאת הדיון** – מוסד הערעור עניינו מערכת ליצירת תמריצים לשיפור איכות ההחלטות של ערכאות הדיון. מתמריצים אותן לדייק, לנמק ולציית. מניחים שלשופטי ערכאות הדיון משנה אם ההחלטות שלהם שורדות או מתהפכות. לגבי תמריץ הציות, אם רוצים מידה של האחדה בין ושההחלטות בערכאות הגבוהות תהיינה מודל להחלטות בערכאות הדיון אומרים לשופטי הדיון שם הם יפסקו באופן סותר יהפכו את ההחלטות שלהם. משמע יש אפקט ממשטר במוסד הערעור. כל האפקטים הללו לא קשורים דווקא לעניין של תיקון טעות. זה יותר קשור לתפקוד של המערכת.
- ✓ **תחושת הוגנות אצל בעל הדין המפסיד** – אנשים שידועים שיש להם זכות לסיבוב שני מרגישים טוב יותר עם ההפסדים שלהם. זה מעצים את תחושת ההוגנות שלהם ביחס להליך. רואים כאן נגזרות של התכליות של סדרי הדיון: אמת (תיקון טעות), יעילות (תמריצים) והוגנות (תחושת הוגנות).
- ✓ **הגמוניה** – יצירת הגמוניה במערכת- המבנה מזמין ניתוח ביקורתי של משטר הגמוני. אם ערכאות הדיון יסוו באופן חמור מדי ערכאות הערעור יזהו את זה ויקבעו את מה שנכון מלמעלה.
- ✓ **לגיטימציה?** – הערעור כמנגנון להקניית לגיטימציה למערכת המשפטית בכלל. מערכת שיש בה תיקון טעויות, זה מעצים את המסר שיש נכונות במשפט. מהצד השני, מערכת שמכירה באפשרות הטעות ולכן בונה מנגנון לתיקון הטעות היא מערכת שמכירה גם באנושיות שלה. הערעור הוא אחד המקומות בו המשפט מראה שהוא מסוגל לשמוע כמה קולות. יש החצנה של מחלוקות ופולריזם (בין הצדדים ובין השופטים). זה בסדר שתהיה התלבטות ביחס לסוגיות השונות המגיעות לביהמ"ש. גם רעיון ההרכב מבטא את הדבר הזה.

### • עקרונות בערעור

- **הליך אוניברסלי** – האפשרות לסיבוב ביקורת ע"י גורם נוסף קיימת. הוא לא אוניברסלי לגמרי. דוגמה קלאסית בישראל היא בג"ץ, שאין עליו ערעור.
- **מי יזום את הערעור** – ברגע שמפקדים את ההחלטה בידי הצדדים מיד מזמינים את אותו הפיצול בין האינטרס הפרטי של בעל הדין לבין האינטרס החברתי בקיום ההליך הזה. בעל הדין עושה הערכת סיכויים מחדש, מחשב את העלויות, מסתכל על המשאבים הזמינים לו. אם בהערכה שלו בעל הדין מגיע למסקנה שלא משתלם להגיש ערעור הוא פשוט לא יגיש ערעור. מכך ברור שזה לא הליך שכל התכלית שלו היא תיקון טעויות. השיטה האדברסרית בסופו של דבר מסתמכת על הנכונות של הצדדים. שואפים שבסופו של דבר יהיה מתאם בין התיקים עליהם מוגש ערעור לבין אלו שהייתה בהם טעות. יש גם בעיה מהכיוון השני, מקרים בהם בעל דין הפסיד בצדק ועדיין הוא יגיש ערעור מאינטרסים אישיים (להביא את הצד השני לפשרה, לנסות לשכנע את השופטים, לנסות לייצר לעצמו תדמית של מי שתמיד מערער.
- **רמות שונות של ביקורת/התערבות** – בעקרון ערכאת הערעור צריכה **לצמצם ביקורת על הכרעות עובדתיות** (בעיקר אלו המסתמכות על עדים חיים או על מסמכים). כדי להתערב בעובדות, ערכאת הערעור צריכה לזהות **פגם חמור**.
- **ערעור אינו בהכרח תקדים** – אין חפיפה בין ערעור לבין תקדים. פס"ד של המחוזי הוא מנחה לשלום, בעוד שהעליון הוא מחייב לערכאות מתחת.

### • הדין

- **סעיף 17 לחוק יסוד: השפיטה** זה הסעיף שקובע את מוסד הערעור כרכיב מובנה במשטר המשפטי הישראלי. הסעיף מקים שלושה תנאים ותוצאה: 1. **פסק דין**; 2. **של בית משפט**; 3. **בערכאה ראשונה**. זה מוביל לתוצאה של **זכות ערעור**. מה שלא מקים זכות ערעור זה הניגוד של שלושת התנאים הללו: 1. החלטה שאינה פסק דין ("החלטה אחרת"); 2. פס"ד של ערכאה שאינה "בית משפט"; 3. פס"ד של בית משפט בערכאה שנייה ("גלגול שלישי"). התנאים לקיום זכות ערעור הם מצטברים, אז מספיק שמתקיים אחד מהתנאים הנגדיים ע"מ שלא תהיה זכות ערעור.
- **סעיפים 41, 52 לחוק בתי המשפט** – קובעים את דיני הערעור מהשלום למחוזי ומהמחוזי לעליון. **פסק דין בערכאה ראשונה** – יש ערעור בזכות (מהשלום למחוזי או מהמחוזי לעליון). **החלטה אחרת (שאיננה פס"ד)** – המחוקק קבע הסדר של ערעור ברשות. **פסק דין בערעור** – ערעור ברשות.
- **פסק דין או החלטה אחרת** – איך מבחינים בין החלטה אחרת לפסק דין? **תק' 149(4)** קובעת שמי שהגיש לא נכון ביהמ"ש יכול להעביר אותו למסלול הנכון. עשו גם האחדה של הזמנים, כל ההליכים יהיו תוך 60 יום (**תק' 137**). אז זה קצת פחות גורלי מבחינת הרשלנות המקצועית, אבל זה עדיין קריטי.
- **פסק דין** – החלטה שעושה אחד משני דברים: 1. **מסיימת את הביורור בתובענה**; 2. **מכריעה באופן סופי ביחס לאחד הסעדים שנתבעו בה**. למשל, כשבין המשפט דן בטענות כנגד נתבע אחד ואחר"כ בטענות כנגד נתבע אחר, או מצב בו נתבעו כמה סעדים וביהמ"ש בוחר לדון בכל אחד מהסעדים בנפרד. הוא יפסוק ביחס לסעד אחד וימשיך הלאה לברר את הסעד אחר. בכך זכות הערעור נוצרת. מה שלא מופיע כאן הוא מבחן צורני. אם כתובות המילים "פסק דין" בראש ההחלטה זה לא מה שמכריע. מסתכלים על זה באופן מהותי. בלבול נפוץ הוא **תביעה שבה מפצלים את בירור האחריות והנזק**. ביהמ"ש קודם מברר את נושא האחריות ודן בשאלה. הוא

מגיע למסקנה שיש אחריות. הוא מכתיר את ההחלטה במילים "פסק דין חלקי". זה לא מקים זכות ערעור משום שעוד לא מגיע הסעד. כל עוד לא השלמנו את המהלך של אחריות+סעד, לא סיימנו את הבירור. לכן ההחלטה הזו תיחשב החלטה אחרת.

○ **החלטה אחרת** – כל היתר (קטגוריה שירית). יש הרבה יותר החלטות אחרות מאשר פסקי דין, משום שמדובר על כל החלטה שביהמ"ש מקבל תוך כדי ההליך (החלטות ביניים). החלטה אחרת זה גם דחיית בקשה לשינוי מועד הדיון. על כל החלטה אחרת צריך לבקש **רשות לערער**. בקשה לסילוק על הסף למשל יכולה להיחתך לפני כיוונים. אם הבקשה מתקבלת, התיק מסולק על הסף והתיק מסתיים, ועל כן יש זכות ערעור. אם הבקשה נדחית, זה כמו כל בקשה אחרת ואז זו החלטה אחרת ולכן צריך רשות כדי לערער.

✓ **תקנה 150** – אומרת שהחלטה אחרת שלא ערערתי עליה במסגרת מסלול הרשות, עדיין יכול לערער עליה במסגרת **ערעור בזכות על פסק הדין כולו**. משמע בסופו של יום יש שתי אפשרויות לערער על החלטות ביניים, או מיד לאחר מתן ההחלטה בקבלת רשות, או במסגרת ערעור בזכות על פסק הדין כולו. כמובן שאם לא מערעים על ההחלטה של ביהמ"ש לדחות את הבקשה לשינוי זמן הדיון והתיק מתנהל עוד שלוש שנים ואז בערעור טוענים נגד דחיית הבקשה, כנראה שסיכויי הערעור לא קיימים. דיונית הזכות קיימת, אבל צריך לקחת בחשבון את הסיכוי של טענה כלשהי להתקבל. בתק' 150 יש סיומת לפיה בהחלטות מסוימות חייבים להגיש בקשת רשות ערעור, ואי אפשר יהיה לערער על זה בהמשך (ס' 5,6 לחוק הבוררות והחלטה בעניין סמכות מקומית).

- **שיקולים במתן רשות ערעור על החלטה אחרת** – כדי לקבל רשות ערעור על החלטה אחרת צריך לעבור את רף השכנוע של ביהמ"ש. **ס' 41(ב) סיפא וס' 52(ב) סיפא לחוק בתי המשפט** – צריך לשכנע שאם יגרמו לי לחכות עד לקבלת פסק הדין תהיה השפעה באופן ממשי על זכויות הצדדים, נזק של ממש לצד להליך, ניהול של הליך מיותר או בדרך שגויה. שני השיקולים הראשונים הם שיקולים מהותיים הנוגעים לצדדים, בעוד שהשיקולים האחרונים נוגעים ליעילות ההליך (לדוגמה בהקשר של התיישנות או סמכות עניינית). ישנה הסמכה לשר המשפטים לקבוע בצו סוגי החלטות שלא תינתן בהן רשות ערעור (**בס' 41(ג) וס' 52(ג) לחוק בתי המשפט**). מדובר בד"כ על **החלטות מאוד טכניות או ניהוליות** (למשל דחיית מועד הדיון, היקף כתבי טענות, הוצאות משפט ועוד). אלו סוגים של החלטות שיש הנחה א-פרוירית שהן לא גורליות או שמוכנים לחיות עם טעויות בהקשרן. **ס' 2** לצו אומר שזה לא שולל את תקנה 150, עדיין אפשר לערער על מקרים כאלו בערעור על פסה"ד.
- **שיקולים במתן רשות ערעור בגלגול שני** (רלוונטי רק לעליון) – **פס"ד חניון חיפה** – ייתן רשות ערעור רק ב- "מקרים בהם החשיבות המשפטית חורגת מן העניין שיש לצדדים הישירים בהכרעה במחלוקת". **תק' 148א**, מנסה לנסח את ההלכה של חניון חיפה בתקנות
- **אלטורי נ' אריה (2005)**: השאלה הראשונה היא האם מדובר בתאונת דרכים ע"פ הפלת"ד. בית משפט שלום קבע שמדובר בתאונה, ובהינתן זאת מתקדמים לעבר המשך דיון. **מדובר בהחלטה אחרת משום שלא הסתיים בירור התביעה**. ביוני 2003 במחוזי ניתנת **רשות ערעור** והערעור מתקבל, לא מדובר בתאונת דרכים לפי הפלת"ד והתביעה נדחית (פס"ד). **השאלה המשפטית מכאן- האם יש ערעור בזכות או ברשות?** במרץ 2003 אלטורי מערער לעליון ומבקש לפטור מערבון, אריה חברת לביטוח מתנגדת להליך ואומרת שהוא לא הגיש בר"ע, מבחינתה היו כבר שני סיבובים וזה הסיבוב השלישי. רשם העליון קובע **שהערעור הוגש בזכות כדון**, כי בית המשפט הראשון שדחה את התביעה היה המחוזי ולכן פסק הדין הראשון ניתן במחוזי ומכאן יש יכולת ערעור לעליון. התיק עובר להרכב בעליון. בפברואר 2005 **העליון קובע שההליך יימחק על הסף כי העליון הוא בית המשפט השלישי שדן בשאלת תאונת הדרכים, היה צריך להיות בר"ע, לא היה ולכן הדיון נמחק**. העניין הוא כמה פעמים התבררה שאלה, ושאלת תאונת הדרכים התבררה כבר פעמיים. זה שהמחוזי אמר שהתביעה נדחית זה טכני, **העניין הוא בסוגיית השאלה שהתבררה וכמות הפעמים שהיא התבררה**.