**מחברת קורס – סדר דין אזרחי**

**לכל הנעזרים:** המחברת ברובה הוקלדה על ידי, אולם מספר שיעורים נלקחו והושלמו משחף גלילי ושיר בר גיל. בנוסף: כמובן שאין אחריות לתוכן – בהצלחה!

**מבוא**

הכוח השיפוטי והכוח המתדיין

**פס"ד "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך**– בי"ס לבנות ביישוב החרדי עמנואל פעל תוך הפרדה מוחלטת בין תלמידות אשכנזיות לספרדיות. כמו כן, ביה"ס יצר הפליה בכך שלא איפשר לבנות הספרדיות להיכנס למקומות מסויימים בביה"ס. לאור מצב זה, הוגשה עתירה לבג"ץ, שפסק על איחוד בין התלמידות. למרות ההחלטה, איחוד כזה לא נעשה בפועל, עקב חוסר היענותם של הורי התלמידות. מסיבה זו, הוגשה עתירה נוספת (הדיון בענייננו) בטענה כי ביהמ"ש התבזה לפי פקודת ביזיון ביהמ"ש, בכך שהחלטתו לא נאכפה. לדיון זה ביהמ"ש עצמו מזמן את ההורים והתלמידים, ולמעשה **הופך אותם לצדדים לדיון בעל כורחם** (ע"פ ס' 6(1) לפקודה, ופס"ד מוניות הדר לוד).

נשאלת השאלה: האם ההחלטה לא קוימה?

1. זוהי שאלה פרשנית: אם ההחלטה הייתה לבטל את סממני ההפרדה, ההורים יכולים להביא להקמת בתי ספר נפרדים, ואז אין מדובר באי-ביצוע (וזה מה שבסוף קרה).
2. מסקנה: **לעתים נחתמים הסכמים בין הצדדים לאחר מתן הפס"ד, שאף סותרים אותו.** לפיכך ניתן לראות בפס"ד כמעיין "קלף מיקוח" בין הצדדים, שמאפשר להם להגיע להסדר סופי ומחייב.

**תוצאה:** ביהמ"ש פסק על ההורים קנסות, והם אף נכנסו למאסר למשך שבועיים, אך לבסוף הם שוחררו והתיק נסגר, וזאת משום ששנת הלימודים הגיעה לסיומה, ולכן השארת התלמידות בבית כבר הפכה לא רלוונטית.

**פס"ד זה ממחיש את שתי נקודות המבט לגבי תפקידו של סדר הדין האזרחי:**

1. **הכוח השיפוטי –** מרגע הפנייה לביהמ"ש, השליטה על הסכסוך עוברת לידיו הבלעדיות (ידי המדינה), וכן ניתנת לו הסמכות להפעיל את כוחו לפי ראות עיניו. אם כן, **סד"א עוזר לנו להבין את האופן שבו ביהמ"ש מפעיל את כוחו.**
2. **הכוח המתדיין** – כוחם של הצדדים בא לידי ביטוי בעצם הפנייה לערכאה משפטית, ובעצם רתימת כוחו של המשפט לטובתם. אם כן, **תפקיד הסד"א בהקשר זה הוא להוות את "ארגז הכלים" של המתדיין** לצורך שימוש יעיל בכוחו של המשפט.

**תכליות סדר הדין האזרחי**

**פס"ד לב** – במסגרת הליכי גירושין בביה"ד הרבני, הוציא הבעל נגד אשתו צו עיכוב יציאה מהארץ, כאשר רצתה לצאת לטיול עם בתם המשותפת. בתגובה, האישה עתרה לבג"ץ, שם טענה כי החלטת ביה"ד נוגדת את פסיקת בתי המשפט האזרחיים, ועומדת בסתירה להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הבעייתיות: לביה"ד הרבני אין סדרי דין פורמאליים לצורך ביצוע תפקידו.

**ביהמ"ש**: מפי הש' ברק, קובע **כי בהיעדר סדרי דין חקוקים, לביהמ"ש יש סמכות טבועה, אינהרנטית מהיותו מוסד שיפוטי (ולא מהדין העברי), שנועדה לצורך השגת התכלית - צדק, פיתרון הסכסוך**. ברק מגדיר את הסמכות הזו כסמכות שלטונית (מתיישב עם נקודת המבט המדגישה את הכוח השיפוטי).

מכאן, ניתן לקבוע שראוי לבקר את הפעלת הסמכות הזו- עולה כאן בעייתיות נורמטיבית: ייתכן וביהמ"ש יקבע הסדר שלא מתיישב עם החקיקה, או כוונת המחוקק. במקרה כזה, המחוקק יכול להתגבר על הקביעה בחקיקה משלו.

**ברק מממשיך וקובע את הקריטריונים לקביעת סדרי דין**, וזאת כדי להנחות בתי משפט כפופים ואולי גם את המחוקק. סדרי דין שלא יעמדו בקריטריונים האלה יהיה כפופים לביקורת שיפוטית. הקריטריונים:

1. ההליך הדיוני **נועד להגשים** את ההליך המהותי ע"י חשיפת האמת.
2. סדרי הדין צריכים **להלום את כללי הצדק הטבעי**, קרי: על ההליך להיות **הוגן**: זכות השמיעה - הזכות של כל צד להביע את עמדתו, איסור משוא פנים, חובת הנמקה, נגישות, סופיות הדיון, יציבות וודאות, וכו'.
3. על ההסדר **לעמוד בתנאי המשפט החוקתי** - חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי יסוד נוספים.

ניתן לסכם זאת ל-3 תכליות עיקריות:

1. **צדק**

ישנו מתח בין צדק דיוני (הליך הוגן) לבין צדק מהותי: מקרים אלה מתעוררים כאשר הצד שמחזיק את הטענה המהותית הראויה יותר, לא עומד בתנאי הפרוצדורה הנדרשים ע"י ביהמ"ש. תוצאת עימות כזה יכולה להיות אחת מאלה:

1. הצדק המהותי גובר- כללי הדין הדיוני נועדו לשרת את הדין המהותי, ולכן יש לכופף את הפרוצדורה למען הצדק המהותי. שופטים שדוגלים בגישה זו: ברק, ריבלין.
2. העקרונות הפרוצדוראליים גוברים (פורמאליזם) - גם אם הצדק המהותי אצל צד מסויים, הוא יכול להפסיד. הרציונאלים: 1. מניעת שרירותיות וקידום **יציבות**. 2. **שוויון**: הדין צריך לחול על כולם בצורה שווה, ולא לפי הלך הרוח של השופט. שופטים בגישה זו: זוסמן, גרוניס.

אם כן, מסגרת הדרישה לצדק, עולה גם הדרישה לשוויון בין בעלי הדין שהיא מצדדת בפורמליזם. עם זאת, עולה שדרישה זו מעוררת קושי בהתאם לפרשנות השוויון:

1. **שוויון במשאבי ההתדיינות של הצדדים** (שוויון חלוקתי) 2 פערים מרכזיים:
2. פער במשאבים הכלכליים של הצדדים: משפיע על תוצאת ההליך: ישנם בעלי דין חזקים, כמו חברות ביטוח או המדינה עצמה, לעומת בעלי דין חלשים יותר, כמו האזרח הפשוט.

הפתרונות:מתן סיוע משפטי ופטורים מאגרה למי שזקוק לכך.

1. ניסיון: ל"שחקנים חוזרים" לרוב יש יתרון על פני "שחקנים חד פעמיים", וזאת לאור הניסיון שהראשונים משיגים.

הפתרון: מנגנונים של תביעות קטנות או תביעות ייצוגיות.

1. **צורך בשוויון בין בעלי דין שונים בתיקים דומים**:

הפתרון: סד"א מקדם זאת ע"י "איחוד תיקים" לדוגמא.

1. **שוויון בין בעלי דין שונים בתיקים שונים**:

הפתרון: סד"א מקדם זאת ע"י קביעת משך זמן אחיד להגשת מסמכים שונים לדוגמא.

1. **שוויון חלוקתי בתוצאות ההליך:**

הכוונה כאן היא בזיהוי קבוצות באוכלוסייה הנמצאות בעמדת נחיתות (נשים, מיעוטים, וכו'), וכך להחיל עליהן כללים מסוימים שיקדמו אותן – הרעיון: שינוי חברתי דרך החלטות משפטיות.

פתרונות לדוגמא: ניתן לקבוע בתביעות צרכניות שתקופת ההתיישנות תהיה 10 שנים, ולא 7 שנים. הרציונאל: להביא לשינוי חברתי. השאלה האם כללים כאלה ראויים למעשה תלויה בעימות בין צדק דיוני למהותי, הרי יש בכך כדי למנוע הליך הוגן מהקבוצות שנחשבות חזקות.

**ברק בפס"ד לב** לעיל מתייחס למאטריה החוקתית, וקובע ש**יש תכליות חברתיות אותן יש לממש דרך סדרי הדין, אבל הוא לא מציין אילו ואיך.**

1. **אמת**

אמנם המטרה היא להביא לחשיפת האמת ככול שניתן, אך עולה כי גם בהקשר זה עולים קונפליקטים:

1. ייתכן והתוצאה האמיתית והנכונה ביותר איננה מתיישבת עם **רציונאל הצדק החלוקתי** (כאשר יש לפסוק לטובת הצד החזק, ולא לטובת החלש).
2. במקרים רבים ייתכן ונעדיף לוותר על האמת המלאה והנכונה לטובת **סיום מהיר** של הסכסוך.
3. ישנו עימות בין **השיטה האינקוויזיטורית לאדברסרית** שכן כל אחת מהן גורסת שהיא מקדמת את האמת בצורה הטובה ביותר.
4. **יעילות**

2 נקודות מבט:

1. מנק' מבט פרטית - להוציא את העלות המינימאלית במסגרת ההליך, וכן להשקיע את כמות הזמן המינימאלית. סד"א מאפשר זאת ע"י מתן האפשרות לפנות להליכי בוררות קביעת הליכים מהירים כמו סדר דין מקוצר ועוד.
2. מנקודת מבט חברתית - ע"מ שהמערכת תהיה יעילה, עליה לקיים את הבאים:
3. **צמצום עלויות ההליך מבחינת החברה** - כך, אם הליך מסויים לא דורש רמה מסויימת של מומחיות, ניתן לבצע אותו ע"י כוח אדם זול יותר, או ע"י העברת סמכויות מביהמ"ש המחוזי לשלום, שם השופטים עולים פחות למערכת.
4. **נגישות** - יצירת תמריצים אופטימאליים לפנות לערכאות משפטיות: ניתן לתת אגרות נמוכות במקום שנרצה לעודד פניות (כמו בביה"ד לעבודה), או אגרות גבוהות כדי להרתיע.

**עניין זה מבטא את הקונפליקט בין הצורך לאפשר נגישות לכולם לערכאות משפטיות, לבין הצורך למנוע מהמערכת להיות מסורבלת עד לכדי חוסר אפקטיביות**. מסיבה זו, נרצה שרק מי שיש לו "קייס" יוכל לפנות לערכאה משפטית.

**נפקות התכליות הללו היא בבחירה בין כללים לסטנדרטים:**

כלל – הוראה שאופן יישומה נלמד מתוכנה באופן ישיר ללא צורך בשק"ד. דוגמא: כתב הגנה יוגש תוך 30 יום. הכלל מקדם בעיקר צדק דיוני, שכן הוא קובע פרוצדורה קשיחה.

סטנדרט – הוראה שאופן יישומה מצריך שק"ד. דוגמא: כתב הגנה יוגש תוך **זמן סביר**. ניתן לראות שהסטנדרט מקדם בעיקר צדק מהותי, שכן הוא תלוי בנסיבות כל מקרה ומקרה.

**קיומם של יותר מדי כללים יכול דווקא ליצור מצב של סטנדרט**- משום שיש צורך בשק"ד על מנת לבחור בין הכללים השונים. כמו כן, **נטייה לכיוון כללים בדין הדיוני מחזקת את בעלי הדין ועורכי הדין**, **שכן מי שיודע את הכללים הוא בעל הכוח** (עורכי דין), ואילו נטייה לכיוון סטנדרטים מחזקת את השופט. **דוגמא יפה:**

**פס"ד Bowles vs. Russell (2007)**– בולס הורשע ברצח במדינת אוהיו ארה"ב. הוא ערער בהליך הרגיל, ונדחה. עקב כך, הוא ערער לביהמ"ש הפדראלי, שם טען כי ההליך נגדו לא היה הוגן. גם בביהמ"ש הפדראלי ההחלטה נדחתה, אך עקב כך שישב בכלא באותו הזמן, ההחלטה לא הובאה לידיעתו- והוא החמיץ את מועד הערעור. לפיכך, הוא ביקש ארכה להגשת הערעור, השופט קיבל אותה, אך במקום לתת לו ארכה של 14 יום כמתבקש לפי החוק, ניתנה לו ארכה של 17 יום (השופט טעה בחישוב). הערעור הוגש בתקופת הביניים השנויה במחלוקת. בדיון האם לקבל את הערעור נקבע כי לא ניתן לחרוג מ-14 יום, ולכן סמכותו של השופט לפסוק כך פוקעת. הערעור נדחה.

התפתחויות הקשורות לסד"א

1. המהפכה החוקתית: משפיעה על האכיפה והפרשנות של נורמות מסדר הדין האזרחי. לדוגמא: זכות הגישה שהתחזקה משמעותית, סעדים זמניים – כמו עיכוב יציאה מהארץ- יש הגנה גבוהה יותר על הנתבע כמו ב**בג"צ לב**.
2. התגברות העוצמה של עקרון תום הלב: "מהפכה" ברקית שמעלה את העיקרון במקביל למהפכה החוקתית של הזכויות. תום הלב הופך לעקרון כללי במשפט (סעיף 61.ב).
3. שינויים טכנולוגים:
4. מערכות ממוחשבות מעורבות בהליך המשפטי (למשל מערכת net המשפט).
5. הדיגיטציה של הפעולה העורך-דינית עצמה: אמצעים לקריאת תיקים, בינה מלאכותית. כמובן שגם גישה של אנשים שאינם עורכים דין לערכאות (חומר שזמין באינטרנט ונגיש לציבור המשתמשים הכללי).
6. שבירת המודל הבינארי של ההליך השיפוטי: מודל בינארי = תובע, נתבע (מבקש/משיב). השבירה היא ע"י צירוף צדדים נוספים, תובעות יצוגיות, צירוף בעלי דין, הודעת צד ג' וכו'. חלק מתהליך שבו אדם מסוגל לגרום נזק למספר גבוה של אנשים (אינטראקציה בין פרטים רבים במקביל).
7. ריבוד האורגנים השיפוטיים: פיצול לרבדים. תהליכים מעניינים שמפצלים סמכויות של שופטים באותו מעמד (שלום/מחוזי): השופטים מקבלים סמכות לא רשמית של עיסוק בתיקים מסוימים. **במקביל – קיימת הצעת חוק בוררות חובה** שמחייבת תיקים מסוימים להפנות לבוררות באופן כמעט אוטומטי. **היחידה הכלכלית בבית המשפט התל אביב**. תהליך של התמקצעות.

**הרצאה מס' 2- 7.11.2011**

**המשך המבוא**

ישנה נקיטת עמדה של הדין בשאלת המתח בין הצדק הדיוני והמהותי- בין כללים לעקרונות:

**תקנה 524:**

524. *בית המשפט רשאי בכל עת לתקן כל פגם או טעות בכל הליך, וליתן הוראות בדבר הוצאות או בענינים אחרים ככל שייראה לו צודק, וחובה לעשות כל התיקונים הדרושים כדי לברר מה הן באמת השאלות השנויות במחלוקת בין בעלי הדין; והוא הדין לגבי הרשם לענין פגם או טעות בהליך שלפניו.*

**דהיינו**: שופט רשאי אחרי הכול לתקן את ההליך - כל טעות בהליך.

**תקנה 526** משלימה:

526. *אי קיום תקנות אלה או כל נוהג הקיים אותה שעה* ***אינו פוסל*** *שום הליך, אלא אם כן* ***הורה כך בית המשפט****; אך מותר לבטל הליך, כולו או מקצתו, כהליך שאינו ראוי, או לתקנו, או לנהוג בו בדרך אחרת, כפי שיראה בית המשפט; והוא הדין לגבי הרשם בהליכים שלפניו.*

**התוצאה: גם הפרה ידועה של התקנות אינה פוסלת את ההליך!!** תמיד יכנס שק"ד של השופט לנושא במצב של הפרת תקנה- כך השופט הופך לצומת לווידוא ההגינות באופן בו סדרי הדין מנוהלים.

**תקנה 528** עוסקת בנושא פופולרי: **הארכת מועדים**

528. *מועד או זמן שקבע בית המשפט או הרשם לעשיית דבר שבסדר הדין או שבנוהג,* ***רשאי הוא, לפי שיקול דעתו, ובאין הוראה אחרת בתקנות אלה, להאריכו מזמן לזמן****, אף שנסתיים המועד או הזמן שנקבע מלכתחילה; נקבע המועד או הזמן בחיקוק, רשאי הוא להאריכם מטעמים מיוחדים שיירשמו.*

**תוצאה:** כל המועדים בתקנות נתונים לשק"ד של השופט בכל רגע בהליך ואפילו אחריו.

נסכם: המערכת עשתה בחירה משמעותית ועקרונית שאומרת כי במצבים של ספק **נעדיף את הצדק המהותי** מאשר את הנורמות הפרוצדורליות. יש לזה מחיר של וודאות, וככל שנכניס יותר שק"ד, אנו מותירים לביהמ"ש לעשות אבחנות שאין יכולת לערער עליהם כמעט. האלטרנטיבה הזו בה בעלי הדין יקבעו זה כשלעצמו בעייתי מבחינת השוויון בין אופי בעלי הדין- יש שיכולים לנצל את הדין לטובתם ויש כאלו שקשה להם לעשות זאת.

**האבחנה בין השיטה הדיונית האדברסרית לאינקוויזטורית**

בשיטה אדברסרית אנו מתכוונים בד"כ ל-2 רכיבים עיקריים:

1. **מי היוזמים ביצירת ההליך ובהפעלתו של ההליך פנימה**- היוזמים הם בעלי הדין עצמם שמביאים את התיק והראיות ותוחמים את גדר המחלוקת. היוזמה אצלם לאורך כל התיק.
2. **ההגיון הבסיסי של ההליך**- חושב על הצדדים כיריבים וניצים זה לזה. העימות ביניהם הוא מתכון להצלחת ההליך. העימות: טענה מול טענת נגד, ראיה נגד ראיית נגד, וכן הלאה. מתוך כך, שכל בעל דין יפעל להפרכת הנרטיב של השני וככה תפרוץ האמת החוצה והשופט יוכל לסנן את הנכון.

הצדקות השיטה:

1. רעיון של צדק מהותי – תיזה מול אנטיתזה ושופט יהיה חייב להיות ניזון מ-2 הצדדים לפניו בהכרעה.
2. הצדקת יעילות: השיטה נסמכת על הידע שנמצא אצל בעלי הדין עצמם ולכן היא אמורה להיות יעילה יותר מהאינקוויזטורית.
3. היבט דמוקרטי של סדרי הדין- ביהמ"ש נתפס כזירה בארה"ב להבאת הדמוקרטיה לאזרחים.

ההתנגדות לשיטה:

1. יש שיטענו שהשיטה בזבזנית במהותה- איסוף מקביל וחופר של אותם ראיות, מומחים רבים וכו'.
2. האמת לא באמת מושגת: ראשית כי היא "אמת לעשירים" שיכולים להשיג תוצאות טובות יותר. שנית כי אנשים שיש להם טבע אדברסרי ויריבי מתרגלים לשקר ולכן האמת בעייתית.

**המחשבה שהאמת תצא לאור בעייתית וכך האופי ה"אפיסטמי" של ההליך בעייתי.**

הדברים הללו מובילים לעוד שאלה חשובה: מה תכליתו של ההליך בכלל? האם חשיפת האמת? האם השכנת שלום? מעורר מחשבה לגבי ההליך המשפטי- האם שירות שהמדינה מספקת לאוכלוסייה (במונחי מדינת רווחה). מנק' מבט השנייה- האם זהו הליך ציבורי דווקא של אכיפת ערכים ציבוריים עם תכליות ציבוריות ואולי יש לקחת אותו מבעלי הדין ומיכולתם לעשות בהליך כרצונו. על מה מדברים כשאומרים "סדרי הדין"? איך יודעים שעוסקים בסדרי דין ולא במשהו אחר?

האבחנה בין משפט דיוני למהותי

**הפסיקה מתחבטת בשאלה באופן נמשך.**

כמה נגזרות נורמטיביות – מה נפקות האבחנה- יש כמה הקשרים בולטים:

1. ההקשר החוקתי- מיהו בעל הסמכות מבין הרשויות לקבוע את הנורמה?
2. שאלת התחולה בזמן של הנורמה- כשמדובר בנורמה חדשה. נורמות יכולות לחול מכאן ואילך או גם אחורה- ו**יש נפקות לאבחנה האם זהו דין מהותי או דיוני**.
3. שאלת ברירת הדין- איזה דין יחול במדינה? הכלל המקובל: סדרי הדין שיחולו הם במקום הדיון ואילו **המהותי יכול להיות גם אחר**.

**פס"ד רייך נגד המר (1957)-** **בקשה לצו עיכוב יציאה מהארץ**. אחת המטרות של סעדים זמניים מסוג זה היא לאפשר את ביצוע פסה"ד אם התובע יזכה - כי הנתבע חייב להיות בשטח ישראל ולכן לא יכול לשבש ביציאתו את האפשרות לביצוע פסה"ד. באותו זמן, צו זה יכול היה להינתן רק אם יש חשש להכבדה על ביצוע ההליך עצמו. שר הפנים מתקין תקנה במהלך פסה"ד שאומרת כי צו מסוג זה יכול להינתן **גם במצב של חשש על קיום ההליך וגם בחשש של קיום פסה"ד**. הטענה היתה שיש בתקנה זו משום פגיעה בזכות חוקתית ואין סמכות לשר להתקינה ולפגום בזכות הנידון לצאת מהארץ.

**השופט לנדוי**: יש לקבוע האם התקנה היא בדין הדיוני או המהותי?

**המבחן**: **אם התרופה הנטענת בתקנה באה רק לסייע לו במימוש הסעד שהדין המהותי היה נותן בידו, או האם היא בעצמה קובעת סעד חדש**? אם היא רק באה לסייע לו- אז היא תקנה דיונית, ואילו אם היא יוצרת זכות במשפט אז היא מהותית ואז הסמכות צריכה להיות לכנסת. **במקרה זה, העיכוב הוא כלי שעוזר לאנשים לממש את הזכויות שלהם ולכן התקנה דיונית**, יש סמכות לשר והיא תקפה.

**רעיון האבחנה בין מה? ו-איך?**

"מה" - הדין המהותי.

"איך" – הדין הדיוני.

הרעיון נובע מתפיסות פילוסופיות שרואות אדם כבעל הרבה זכויות הנושא אותן עמו עוד לפני המשפט ולכן גם אחרי המשפט. לפי גישה זו, לאדם יש עוד סיבות לציית לחוק (לכבד חוזה) ולא רק הזכויות הדיוניות והמחשבה האם הוא יוכל להיתבע בביהמ"ש- הנורמה המהותית עצמה היא החשובה. יש מגוון תמריצים לבני האדם לומר שיש "מה" ולהתעלם מה"איך".

**הדין הדיוני נכנס רק לאחר שהכוח המהותי מתערער**: קרי, כוח האכיפה הפנימי של הנורמה נכשל, אז אנו עשויים להיזקק לדין הדיוני ולכוח השיפוטי שהמדינה מספקת ומכתיבה. הדין המהותי הוא ה"אמת" והדיוני הוא **רק מנגנון טיפול** ומכאן נגזר מנגנון הסמכות. **זוהי החציצה המסורתית של הדין הדיוני והמהותי וניתן לבקרה רבות מכמה נק' מבט.**

גם בחירות באופן ניהול ההליך יכולות להכיל ערכים אמיתיים: דוגמאות:

1. ההליך השיפוטי כזירה בעלת ערך דמוקרטי: ייתכן שאנו רוצים ליצור פורום זה כדי לממש את האזרחות שלנו, קרי, מסגרת לשוחח על שאלות ערכיות ומהותיות- **וההליך השיפוטי הוא כבר מהות כשלעצמה**.
2. סדרי הדין כאמצעי למימוש תוצאות חלוקתיות מהותיות- כאמצעי להשיג שוויון בין קבוצות בחברה.

נביא את הטיעון לקצה: אם האבחנה תקפה, לכאורה ניתן לוותר על בתי המשפט כי יש חוקים ראויים שיוצרים חברה מוצלחת ולא צריך בימ"ש כי אנשים יצייתו אולם יש מספיק טענות שאומרות כי זה לא יספק את הצרכים החברתיים וכל דמוקרטיה זקוקה למסגרת פיקוח על הפעלת הכוח של המדינה והיא תיראה כמו בימ"ש.

גם במשפט הפרטי- ביהמ"ש מאפשר לי להשתמש בכוח שהמדינה מעניקה לי בחקיקה ומבקר את הכוח הזה.

**תובנות ריאליסטיות:**

**הולמס**- האיש הרע של הולמס הוא בעל הדין, הנמענים- מה שמעניין אותו הוא מה יקרה לו אם הוא יעשה ככה או ככה. האיש הרע הוא זה שחושב על התנהגות וההשלכות שלה. **כדי ללמוד את המשפט אין ללמוד אותו מאנשים מוסריים-** **המשפט הוא המשפט הדיוני לפיו ולא המהותי**. דוגמא: מהירות הנסיעה המותרת לפי הולמס היא 110 (לאחר 10%) ולא 100. **האדם שמחשב את היכולת של המדינה לפעול כלפיו הוא המשפטן לפי הולמס**.

**תחולה בזמן**

כללי

ההנחה המקובלת במשפטנו: חזקה פרשנית בהעדר ראיה לסתור היא- שחידוש בדין המהותי, **חל פרוספקטיבית**. קרי: רק על פעולות או על מצבים משפטיים שהתרחשו לאחר השינוי בדין (מעתה ואילך). ואילו אם השינוי בדין חל אחרי הפעולה, הרי שהזכויות שנוצרו ע"פ הדין הקודם עומדות.

ההנחה נגד תחולה רטרוספקטיבית מובנת: לא הוגן לחייב אנשים בגין מצבים שהם לא יכלו לצפות- פגיעה בוודאות ובצפיות בכיוון התנהגות בני האדם לפי המשפט שיהיו כפופים להפתעות - הדבר לא הוגן, פוגע בכבוד ומרתיע את האזרחים. **בדין העונשי לדוגמא**, כתוב בבירור שאין עבירות למפרע.

בדיני הפרשנות: ישנה **חזקה נגד התחולה הרטרוספקטיבית**- זוהי רק חזקה פרשנית, ז"א, שניתן לסתור אותה אם המחוקק רוצה ועליו לעשות זאת במפורש. זהו שיח פרי מהפיכה חוקתית. ניתן לטעון שחקיקה רטרוספקטיבית יכולה להיבחן אף אם נאמרה במפורש לאור חוקי היסוד.

**לעומת זאת**, **דין דיוני להבדיל מדין מהותי אכן חל למפרע** ולכן חל גם על הליכים שהחלו בעבר. הדין הדיוני קיבל יחס של חריג נגד החזקה הנ"ל.

**פס"ד ארביב (1992):** ברק מוסיף מושג בין 2 הרעיונות של התחולה הרטרוספקטיבית והפרוספקטיבית בשם- **"תחולה אקטיבית".** פרוספקטיבית תחול על מצבים שייתרחשו לאחר שינוי הנורמה. רטרוספקטיבית חלה על מצבים שהיו והסתיימו לפני היכנסה של הנורמה החדשה לתוקף- בעבר (נניח הליך שנסתיים) ולכןכל נורמה שהייתה ונסתיימה לפני שהנורמה נכנסה לתוקף תצטרך לעבור את חזקת אי הרטרוספקטיביות.

**תחולה אקטיבית:** היא תחולה על מצבים משפטיים **שחלים בהווה** ברגע כניסת הנורמה לתוקפה- אין משמעות לפעולות משפטיות אלא רק למצבים משפטיים. ע"פ ברק, אין לנו בעיות עם התוקף במצבים של תחולה רטרוספקטיבית ו**בעיות ההגינות מתעוררות רק בהקשר של התחולה האקטיבית**.

איך נדע לאן נשייך נורמה חדשה:

1. אפשרות קלה- המחוקק אומר.
2. אפשרות אחרת- נצטרך לעשות פרשנות ונבדוק מהי תכלית הנורמה. האתגר הוא אתגר פרשני.

**בפס"ד ארביב,** ברק מגיע דן בסדרי דין, ואומר כי כולם רגילים לחשוב שסדרי דין נופלים ברטרואקטיבית אבל **למעשה הם נועדו לחול אקטיבית גם על הליכים שכבר התחילו ולא תחולה רטרוספקטיבית**. המטרה היא לשנות את המצב מעכשיו ואילך אבל לכל התיקים הפתוחים, כי אין הגיון לפתוח תיקים שנסתיימו. **ברק אומר כי הכוונה האמיתית בשינוי נורמה דיונית היא ליצור מצב חדש לכל התיקים שנפתחו כבר בעבר בלי לגעת בתיקים שנסתיימו- קרי, תחולה אקטיבית!**

דוגמא: שינוי בפרק הזמן להגשת כתב בית דין. השינוי יחול אקטיבית –רק על תיקים שנפתחו מעתה ואילך, אחרת, הוא היה מחייב לפתוח לדיון בנושא גם תיקים שכבר קיימים- בהם התחולה הרטרוספקטיבית מעוררת קשיים מערכתיים וקשיי צדק של בעל הדין שכנגד שהסתמך על ההליך של הגשת כתבי בי-דין שהושלם כבר. **אולם, בתיקים בהם אותו כתב בית דין עוד לא הוגש, המערכת אומרת לנו להתרגל למצב החדש ויש להתמודד ולא פוגעים בציפיות הצדדים כי המצב עוד חל בהווה.**

**מסקנה:** עקרון התחולה האקטיבית מנסה לצמצמם את חוסר ההגינות ככל שניתן וברק מפתח את המסגרת המושגית הזו בפס"ד ארביב בדעת יחיד כאשר השופטים אילון ובך לא מסכימים ולא מתנגדים לנושא.

**פס"ד אי בי איי (2006):** ברק חוזר על המבנה ומגייס את הסכמת בייניש וריבלין. **מבנה זה הופך להיות הלכה**. ישנו יישום של המבנה בדין דיוני במשפט האזרחי- על חוק תובענות ייצוגיות. העובדות: הליך אישור תובענה ייצוגית. ביהמ"ש לא מאשר, ההליך מגיע לערעור בביהמ"ש העליון לפי ההסדר הקודם. תו"כ שהערעור נדון נכנס לתוקפו הסדר חדש בחוק תובענות ייצוגיות המקל עם תובעים ייצוגיים ונותן יותר הזדמנות לתבוע. התובעים רוצים לנצל את החוק החדש לטובתם ולהשיג החלטה. יש 3 אפשריות:

1. פרוספקטיביות: תחולה רק על תובענות ייצוגיות שהוגשו לאחר קבלתו.
2. רטרוספקטיבית: יחול גם על בקשות שכבר לא אושרו בעבר.
3. תחולה אקטיבית: על כל תביעה פתוחה שעדיין לא נסתיימה.

**ברק**: בוחר בתחולה האקטיבית. למרות שהתיק כבר בשלב ערעור ישנה תחולה אקטיבית ולכן ההסדר החדש יחול. המהלך הפרשני לא קשה ביחס לסעיף החוק החדש.

ברק מפרט את הקריטריונים לפיהם נכריע האם מדובר בנורמה דיונית ולכן תחוולתה תהיה אקטיבית: ע"פ ברק הוא מציע מעין מבחן נורמטיבי: **האם זה מסוג הנורמות שהיינו רוצים שאנשים יסתמכו עליהם שהם בוחרים את ההתנהגויות שלהם בחיים הרגילים**? אמנם ייתכן שיש פירמות שבוחרות את דרכי הפעולה שלהם בין היתר לפי הסיכוי שיעמדו לתביעה ייצוגית, אך גם אם זה נכון, **זה לא ראוי**.

**נסכם: האבחנה ע"פ ברק היא נורמטיבית:** האם ראויה הסתמכות על הוראה מהסוג הזה?

**הרצאה מס' 3 - 14.11.2011**

**פס"ד עובד לוי נגד שושני:** סכסוך בהקשר של פירוק חברה. המפרק בד"כ מנסה לשים עצמו על כמה שיותר נכסים ולפטור את החברה מחובותיה. מתעורר סכסוך בין המפרק לאחד מנושי החברה. ע"פ החוזה, כל סכסוך ביניהם יתברר בבוררות. ביהמ"ש אומר "כמבוקש" -מילה נפוצה בהחלטות של ביהמ"ש ללא הסבר או נימוק. הנושה לא מרוצה מההחלטה ומתקומם ומגיש ערעור על ההחלטה להפנות לבוררות. הבעיה- הערעור מוגש באיחור מעבר לזמן הקבוע בתקנות. המפרק מבקש לדחות על הסף. טענת הנושה: הוא לא ידע על ההחלטה לדחייה, כי ביהמ"ש לא עידכן בטלפון למרות שזו היתה חובת המזכירות ע"פ תקנות סד"א דאז. **תקנה 497א עודכנה באותה עת ופטרה את המזכירות מלהרים טלפון**- נכנסה לתוקף במהלך ההתדיינות ביניהם. התקנה התקבלה בדיוק אחרי משלוח הפקס ולפני התקבלות ההכרעה בערעור ומדובר בדין הכי דיוני שיש.

המפרק טוען: **התקנה חלה רטרואקטיבית-אקטיבית ולכן חלה על הנושה והתביעה צריכהלהידחות על הסף עקב פער הזמנים- לא היתה חובה של ביהמ"ש להרים טלפון.**

**ביהמ"ש העליון**: (דנציגר) אמנם דין דיוני חל למפרע, אבל מקבל את הטענה שהנושה לא ידע ואומר כי בנסיבות הללו שהוא הגיש תצהיר הוא מוכן להחיל את הדין הישן עקב הסתמכות. לכן הוא מקבל את הערעור ועובר לדון בשאלות הדיוניות.

אם נחשוב על זה במונחים של ברק:

* תחולה רטרוספקטיבית - משמעותה פתיחת תיקים ישנים וערעורים על החלטות - וכל הפקסים שנשלחו בעבר, לא היתה חובה להרים טלפון לגביהם ולוודא.
* תחולה פרוספקטיבית בלבד- נקבל 2 קבוצות תיקים בבתי המשפט - אלו שנפתחו קודם לתקנה ואלו שנפתחו אחריה. **לא תהיה אחידות**- המזכירויות יצטרכו להפריד בין תיקים של לפני ואחרי - מסורבל.
* תחולה אקטיבית- החלה על כל פעולה ופקס שיישלחו מעכשיו בכל תיק ותיק, קרי: מרגע קבלת הנורמה החדשה- **גם על תיקים מתנהלים וגם על מה שלא מתנהל ויתנהל בעתיד הקרוב**.

בהתאם לכך: **טענת ההסתמכות צריכה להיות מאוד מורכבת כדי לטעון שיש אנשים שלגביהם צריכה לחול התקנה הישנה**. הרי אין סיכוי גדול שכשמגישים תביעה מסתמכים שהמזכירות תרים טלפון לוודא את הפקס- זו הסתמכות על נורמה דיונית שניתן לסתור אותה בקלות. מצד שני: ברור כי תקנה 497א הרלוונטית נמצאת בתקנות סד"א- גם תקנות שניתן לפרשם ככאלו המופנות למדינה ועקרונית לא אמורות לעורר היבטי הסתמכות הן גלויות בכל זאת. במובן זה, קשה לנו למנוע מעו"ד להסתמך.

**לסיכום:** האבחנה בין מה? לאיך? היא במידה רבה אבחנה שעדיין מופיעה בפסיקה. לא תמיד ניתן להבין האם השאלה הנורמטיבית עוסקת במה או באיך? ויש לשאול - **האם ראוי שאנשים יסתמכו על הנורמה הזו בחיים שמחוץ לבתי המשפט או לא**. **ברק באי בי איי** אומר לנו שהסתמכות על הוראות דיוניות היא סיכון על המסתמכים. אולם בפועל, ראינו שגם הוראות דיוניות מובהקות יכולות ליצור הסתמכות כמו בפס"ד **עובד לוי.**

אם נלך לפי ברק ונאמר שצריכות להיות נורמות שלא ישפיעו על החיים שלנו – אז אולי כדאי לא ליידע על סוג הנורמות הללו וליצור אי בהירות של הדין ראויות במקרים אלו.

יש מצבים בהם אולי ראוי בהתאם לכך לעמעמם את תוצאת הדין כדי שאנשים לא יתכננו כי כך הם פוגעים בערכים מסוימים. נניח: דיני המס- אולי יש ליצור סוג נורמות שלא תאפשר לאנשים לתכנן מס והתנהגות כדי לחסוך במס. מאמר של ליפשיץ ופלדמן – **יש מצבים בהם תכנון פוגע בערכים חברתיים אחרים ואינטרסים של המדינה**, נניח במצבים של יחסים בין בני זוג- היינו רוצים אולי לנטרל את היסודות האסטרטגיים אצל בני זוג ושלא יפעלו לפי מה הם רוצים שיקרה במצב של סכסוך, לכן אולי נרצה לערפל את דיני המשפחה.

**הגישה לבית המשפט**

ניתן לצייר מערכות משפט טיפוסיות כ-2 צירים שניתן להשלים עם ציר שלישי לפירמידה:

**ציר ביזור אנכי**- 3 רמות עיקריות : שלום, מחוזי ועליון+ ביזורים של יחידות מתמחות.

**ציר ביזור אופקי**: בעליון - הביזור האופקי הוא לעליון ובג"ץ. במחוזי- הביזור הוא למחלקה הכלכלית, לביהמ"ש לענינים מינהליים, לערכאת ערעור על השלום, לבימ"ש עם סמכויות שלו. השלום- נוער, תעבורה, תביעות קטנות, משפחה, בימ"ש שלום עם סמכות כללית שלו.

**ציר ביזור גיאוגרפי**: משקף **ביזור גיאוגרפי** (מעין ציר תלת מימדי)- העליון הוא 1, יש 6 מחוזיים (ת"א, דרום, צפון, מרכז, י"ם ומחוז ש"י).

**לצד זאת יש עוד כמה פירמידות:**

1. בתי דין דתיים- רבניים, שרעיים, דרוזיים- יש להם ציר אנכי משלהם: לרבני- ביה"ד האזורי, ביה"ד הרבני הגבוה ומשם בגץ.
2. בתי הדין לעבודה- האזוריים והארצי- ומשם לבג"ץ.
3. בתי הדין המינהליים- לחוזים אחידים, הגבלים עסקיים, וועדות הערר ועוד.
4. בתי הדין למשמעת בשירות המדינה- לא נחשב לבית דין מינהלי, ביניהם לשכת עורכי הדין.
5. בתי דין צבאיים הכוללים 2 ערכאות.
6. בתי משפט צבאיים- אלו שצה"ל מפעיל בשטחים העוסקים בשפיטה של תושבי האיזור- שפיטת מחבלים לדוגמא.
7. המפקח על המקרקעין- סמכות שיפוטית אבל הוא לא שופט שלום- הוא לא בי"ד מינהלי אבל נמצא בערכאות בתוך הרשויות המינהליות.

**מנגנונים נוספים** - בוררות, גישור וכו'..

**היחסים בין היחידות השונות גם כן מורכבים ויכולים לקבל אופי מגוון:**

1. סמכות מקבילה בדין הדתי בין בתי משפט לעניני משפחה ובתי הדין הרבנים.
2. ייתכנו חפיפות ו"הסדרים מוציאים" שמשקפים סמכות ייחודית לאחת מהיחידות בלבד. החפיפות השונות או הסמכויות המוציאות מעצבים דינמיקות מגוונות בין הערכאות- ניתן לראות תחרות, שיתוף, כיבוד, התעלמות ומאבקים בין הערכאות.

**פרופ' רדזינר** - עוסק במירוץ הסמכויות ומראה שבתי הדין הרבנים עוסקים בהרחבת סמכותם ופיתוח דוקטרינות לכך - ביחס לבתי המשפט האזרחיים.

**FORUM SHOPPING**- **התנהגות אסטרטגית של מתדיינים שיש להם חלופות שונות**- שוקלים שיקולים שונים לפני שניגשים לערכאות כמו: איזה שופט נקבל? וכו'. בתוך ביהמ"ש: אין אופציה לפורום שופינג כי המערכת מנתבת את השופטים. אמנם יש שליטה על זה- **העברה**. כ"כ ניתן לכוון תיק ע"פ מועד ההגשה כדי לקבל שופט. בין הערכאות: הפורום מובנה במערכת- היות והמגיש מחליט לאן להכווין אותו כאשר ישנה סמכות מקבילה.

**ההצדקה לפורום שופינג?**

מחד: אולי נאמר כי המערכות זהות ושכל אחד יבחר איפה ללכת לפי העדפות אחרות – ישנה שקיפות. מאידך: אולי מנצלים ידע של בעלי הדין בהקשר לערכאה אופטימלית מבחינת ידע שלה.

אולי רואים זאת כמערכת דמוקרטית המאפשרת בחירה ויסוד חירות כלשהו? רוצים לאפשר במשפט יותר מחזון נורמטיבי אחד ולכן לאפשר לבזר את הדיונים.

ההצדקה הטיפוסית לביזור והתמחות?

**התמחות ומומחיות ספציפית בלטיגציה ובשפיטה בכל תחום בנפרד כפקטור ליעילות וצדק**.

ביקורות- חוששים משופטים מומחים שלא רואים עצמם כשופטים כלליים- עקב הטיות וקרבה תרבותית לאנשים המעורבים בתחום הידע הזה. נניח היתפסויות של אנשים שעוסקים כ"כ הרבה זמן בהגבלים עסקיים ומכירים טוב מדי את המונופולים ואת הממונה על ההגבלים העסקיים.

**זכות הגישה לערכאות**

כמובן זכות זו היא זכות חוקתית. מה זה אומר?

**פס"ד מוסטפא דיראני** (פרוקצ'יה): המקרה של דירני חל לפני התיקון לחוק ולכן יש להכריע בו למרות חוק הנזיקים האזרחיים וגם יש לקבל הלכה על הנושא הזה בעיני פרוקצ'יה.

הרקע: דירני רוצה לתבוע בנזיקין על פגיעות במהלך החקירה שלו כשהיה בארץ. הוא עזב את הארץ בעסקת השבויים בשנת 2004. דירני טוען להתעללות בחקירה ומגיש תביעה אזרחית עוד כשהוא בישראל. ידוע שענינו נדון בעת המו"מ לקראת שחרור, ולכן הוא נותן עדות מוקדמת למשפט עוד לפני שהתחיל עקב חשש מאי-זמינותו למשפט כי דיברו על שחרורו. דירני מעיד ולאחר מכן משוחרר, עובר ללבנון ומצטרף לחיזבאללה. טענת המדינה: יש לסלק על הסף את התביעה ולכן ראוי לאמץ הלכה מהמשפט המקובל כי **אין מבררים תביעתו של אויב**.

**השופטת פרוקצ'יה:** מפתחת תיאוריה חדשנית מסוימת: לטענתה, שכשעוסקים בשלילת זכות הגישה, המשמעות היא בפועל פגיעה בזכויות המהותיות של הנתבעים. זכות הגישה לערכאות איננה זכות עצמאית אלא צמודה לזכויות מהותיות שלשמן הגישה מתבקשת. חשוב לה להדגיש את סוג הזכויות הניתנות- חוקתיות, יסודיות ביותר, כבוד האדם, שלמות הגוף וכו'. **היא אומרת כי לא רק הפגיעה הנטענת פוגעת בכבוד האדם שלו, אלא גם השלילה של היכולת לתבוע בגינן פוגעת בכבודו.**

מדוע זכות זו כ"כ חשובה ע"פ פרוקצ'יה: 2 הצדקות חשובות:

1. **זכות זו היא תנאי בלעדיו אין למימוש הזכויות המהותיות הניתנות לאדם:** ללא הגישה, הזכויות חסרות ערך ממשי. אמירה מרחיקת לכת יחסית. פרוקצ'יה אומרת כי הזכויות הן אין ואפס- ניתן לבקר טענה זו כי אנו פועלים לפעמים ללא כל קשר לאכיפה בחיינו ומעניקים זכויות לא רק עקב המשפט.
2. **זכות הגיש**ה **היא גם מנגנון שמשקף אינטרס ציבורי לחברה** **בכללותה**: של סדר חברתי, הכוונת התנהגות, מתן ביטוי למשמעות זכויות, שלטון החוק וכו'. מדובר במנגנון של אכיפה של החוק. **הרחבת זכות הגישה היא אמצעי להרחבת האכיפה של החוק- זה מקדם תהליכים חברתיים חשובים, משפיע על מהלכיה של חברה דמוקרטית.** זכות זו חשובה כדי שביהמ"ש ישחק את המשחק הדמוקרטי, יוכל לקבוע הסדרים חברתיים ויהפוך לשחקן בזירה החברתית. מזכירה קידום עקרונות של צדק חברתי.

אמירה נוספת של פרוקצ'יה: לזכות מעמד חוקתי ואולי אפילו מיוחד (מקבלת יחס מיוחד אבל לא אומר מה המשמעות החוקתית של הזכות והאם ניתן לבטל חוקים עקב פגיעה בה) **בהתאם לכך, אחת הנגזרות של המעמד החוקתי המיוחד היא** **להרחיב את זכות הגישה יותר מלצמצמה מבחינה פרשנית.** יש כאן הגדרה מאוד רחבה של תוכן הזכות בתחילה, לאחר מכן מתחילה הפעילות של זיהוי הצמצומים וההגבלות על תוכן הזכות:

לפי פרוקצ'יה: **זכות הגישה** **צריכה להיות רחבה יותר אצל עצירים ואסירים.** הם תחת פגיעה קבועה בזכות החירות, הם תחת המרות הקבועה של המדינה ולכן עליה כאחראית עליהם לדאוג להם, **שכן במצבים שבה המדינה מפעילה את מרותה המלאה על אדם, לנו כציבור יש אינטרס מוגבר על פיקוח על ההתנהגות שלה**.

**דעת הרוב**: הדוקטרינה של אין מבררים תביעתו של אויב לא אומצה בארץ, ולכן היא לא כופה על ביהמ"ש להתחשב בה. פרוקצ'יה: מיותר לאמץ אותה - בירור תביעות אויב מעלה חשש להעברת כספים ונכסים למדינות אויב, אולם במקרה הזה החשש לא מתעורר ומהות התביעה איננה בפיצוי אלא עקרונית וקשורה להפרות של המדינה בזכויות אדם יסודיות ו**רצוי לנו כחברה לדון בה גם אם טוען הטענה הוא אדם שאיננו אוהבים**.

למה זה לא משנה ביחס לפיצוי: גם אם ייפסק פיצוי, הכסף מתוקף החוק לא יגיע לדירני כי החוק מגביל את קבלת הכסף כל עוד הוא נחשב אויב. עובדה זו מעט מכווינה את פסק הדין.

**שורה תחתונה** - אינטרס של הציבור ושל זכות הגישה יכול לגבור על אינטרס כמו בירור תביעת האויב.

השופט מלצר (מיעוט): קורא את הדוקטרינה במונחי דמוקרטיה מתגוננת לפי בג"ץ ירדור.

זכות הגישה כ-2 זכויות מקבילות פרטיות

תפיסה מקבילה של זכות הגישה יכולה להתיחס אליה כ**ביטוי עצמאי לכבוד** שאנו מייחסים לפרטים: **במובן של זכותו של אדם להישמע ולטעון ביחס למצב הנורמטיבי שלו, קרי: זכות הטיעון והשימוע.** יש כאן תפיסות מקבילות: אחת פונקציונאלית: כמקור למימוש זכויות מהותיות, והשנייה היא עצמאית - הזכות לטעון ולהישמע.

תפיסה מרקסיסטית- יש זכות טיעון רק בכדי שההגמוניה תישמר-שמירה על מצב קיים והשתקת האזרחים.

**למי זכות הגישה?**

לכל אדם- מקומי או זר.

זכות הגישה במקורה נתונה לתובע (יוזם ההליך) וגם לנתבע שיוכל להתגונן מפני התביעה. המערכת נותנת הזדמנות לאדם להתגונן ושדעתו תישמע בהליך, מאידך יש זכות לתובע **לא להיגרר בתביעה** - זוהי זכות לקבלת תוצאה שיפוטית- ואילו **התמשכות הליכים ואי מתן תוצאה אף היא פגיעה בזכות הגישה**.

זכות הגישה היא לערכאות - מהן ערכאות?

בתי המשפט, בתי דין.

הצ"ח בוררות חובה - משמעותה שבימ"ש שלום יוכל להפנות חלק מהתיקים להכרעת בורר. **ההליך צפוי להיתקל בעתירות ע"ב טענות לפגיעה בזכות הגישה, כי הגישה אינה לערכאות שיפוטיות אלא לפחות מכך**.

**הרצאה מס' 3- 21.11.2012**

**המשך- זכות הגישה**

**השופט ברק**: גם שאלות של גישה –יעמדו לאיזון מול עקרון תוה"ל (זה בתשובה לפרוקצ'יה).

**השופט מלצר**- מניעת זכות הגישה עומדת בפסקת ההגבלה במקרה של דיראני.

**פס"ד נאצר נגד אברהים (השופט גרוניס):**  פתח קטן ל**שיקול של העלויות המינהליות של ההליך**. אנו יכולים לחשוב בד"כ על מגוון העלויות של הליך משפטי: עלות ייצוג, עלות זמן, הוצאות במידה ונפסיד, פקדונות וסעדים זמניים- ערבונות. הדרישה לשים כסף מראש- גם היא מעכבת גישה של תביעות רבות שהיו עשויות להיות מוגשות אם היה צריך לשים את הכסף בסוף. העובדות: המדינה חששה שאם היא תנצח בהליך היא לא תוכל לגבות את ההוצאות בסיומו - נוצר דיון נפוץ בערכאות בין זכות הגישה של התובע אל מול זכות הגישה לערכאות.

**השופט גרוניס**: המדינה זכאית להגנה מפני תביעות מהסוג הזה. וגם העלות הזו היא עלות שצריך לקחת בחשבון ולכן יישלם ערבון. אולם, **ניתן לחשוב על ערבון מופחת בנסיבות מסוימות**.

**זכות הגישה של בעל הדין שכנגד**

**פס"ד אריעד:** נתבע לא מגיש כתב הגנה בזמן. תקנה 97(א): מדברת על **זכותו של תובע בהעדר הגנה לקבל פס"ד**; זוהי אינה זכות אוטומטית, ביהמ"ש רשאי לעשות בירור, אך הוא יכול לפסוק בעקרון בהעדר הנתבע. במקרה דנן, מגיע השלב של הסעד לפי תקנה 97, ולאחר מכן הנתבע מבקש להגן על עצמו (התיק עוד לא הסתיים), עד כאן ההלכה היא כי נשללת מנתבע כזה זכות הגישה.

**השופט ריבלין**: גם במקרה הזה זכות הגישה פועלת **והיא זכות הגישה של בעל הדין שכנגד**. השופט ריבלין אומר כי אנו **נעשה איזון ממקרה למקרה**, אך הנטייה היא לאפשר את זכות הגישה ככל שניתן. **ע"פ ביהמ"ש** קשה לראות צידוק במתן אפשרות לתובע לקבל פס"ד לטובתו כאשר ברור לחלוטין כי הנתבע מעוניין להתגונן מפני התביעה.

**סמכות שיפוט- כוח**

סמכות שיפוט באנגלית- **Jurisdiction**- "אמירת המשפט/דיבור"- האפשרות להעביר לשון בכוח אלים.

**Cover**- **Violence and the word**: מאמר תורת משפטי: **החוק זה מקום בו אנשים סובלים כאב ומוות עקב אמירה של מילים**. הביטוי המשפטי מתורגם לדברים פיזיים- שלילת חופש וכו'..

כשמדברים על סמכות שיפוט ניתן לדבר על 2 דרכים להתייחס לרעיון (שלובות):

1. ההיבט המהותי: האם לביהמ"ש יש את הסמכות לחייב את האנשים הנידונים לפניו לפעול ע"פ ההוראות שלו- ובנוסף לחייב את גופי האכיפה של המדינה לציית להוראותיו: **זוהי שאלה פוליטית/חוקתית בעצם כשמושג היסוד סביבה הוא הלגיטימציה**. האם מעשה השופט הוא מסוג המעשים שאנו בקהילה פוליטית מוכנים שהמשפט יתורגם להפעלת כוח במציאות. **המילטון**- לביהמ"ש אין חרב או ארנק - כל מה שיש לו זה **שיפוט**. ולכן ביהמ"ש זקוק ללגיטמציה אחרת מילות השופט הן אוויר. מדובר כאן בסמכות השיפוט כרעיון ריאליסטי כאשר גבולות השיפוט נמצאות בהסכמה שלנו.
2. ההיבט המעשי/טכני**:** האם לביהמ"ש יש את הסמכות והיכולת לקיים את המשפט ולפרסם פס"ד ולעשות את הפעולות הפיזיות הכרוכות בהפעלת סמכות השיפוט. ביהמ"ש שואל כאן **האם הוקנה לו הכוח לחייב את הכפופים לו** ולהעמיד את האנשים לפניו בדיון על עניין מסוים.

ביהמ"ש לעיתים מקנה לעצמו סמכות: שואל האם הוא מוסמך, עונה, וממשיך לדון אם כן.

**את הסמכות אנו מחלקים ל-2 סוגים עיקריים:**

1. סמכות שיפוט על האדם: האם לביהמ"ש יש סמכות לשפוט את הנתבע שעומד לפניו? התובע לא רלוונטי הוא מי שביקש ולכן הוא מונח כמי שמסכים לסמכות. מתפצל ל-2 סוגים:
2. **סמכות שיפוט בינלאומית**: ביחס לטריטוריה מסוימת, למשל בשטחי מ"י מה האפשרות להפעיל את הסמכות על נתבעים שמחוץ לישראל.
3. **סמכות מקומית** - בכל מחוז שיפוט יש סמכות מקומית אחרת.

באופן טיפוסי- **נתבעים יכולים לקבל על עצמם את סמכות השיפוט של הטריטוריה או של המחוז**- סמכות שניתן להתנות עליה בעיקרון.

1. סמכות שיפוט על העניין: השאלה היא לגבי סוג המקרה: האם לביהמ"ש סמכות **ביחס לסוג הטענה שנטענה**? הפיצולים אינם גיאוגרפיים אלא ענייניים מהותיים- יש בתי משפט עם סמכויות ענייניות שונות.

על סמכות מהסוג הזה **לא ניתן להתנות.** יש כמה סוגים של סמכות עניינית:

1. ייחודית.
2. מקבילה/חופפת- בעיקר בעניני רכוש ומשמורת בעניני משפחה.

היישום: אם אנו רוצים להגיש תביעה, **אנו צריכים לקיים את 3 ראשי התביעה**- בינלאומית, מקומית ועניינית- כדי שלביהמ"ש תהיה סמכות לדון בה.

מה השאלות שנשאל?

1. האם לביהמ"ש יש סמכות בינלאומית או לא- אם אין אז צריכים לעבור ארץ ואין להמשיך בשאלות.
2. בהנחה שהתיק יכול להתנהל בישראל- **למי הוא שייך**: בימ"ש מחוזי, השלום, בי"ד רבני וכו'..
3. בהנחה ששייך למחוזי, לאיזה בימ"ש מחוזי? ת"א, מרכז, ירושלים, באר-שבע וכו'...

**הסמכות המקומית הכי חלשה** כי היא רק מנתבת תיקים ולא שוללת. המחוזי הוא המחוזי בכל מקום שלא יהיה ולכן זה לא ממש שולל סמכות אלא מעביר סמכות. **עקרונית יש זהות מוסדית מובהקת בין בתי המשפט השלום/ המחוזי בכל הארץ**.

יש ערכאות עם סמכות שיפוט ארצית**:** בג"ץ לדוגמא. בנוסף: ביהמ"ש המחוזי בירושלים- סמכות בהגבלים עסקיים, בחוק עשיית דין בנאצים. המחוזי בחיפה- ערעורים על הרשעות של לשכת עורכי הדין, שאלות שקשורות למים. למחלקה הכלכלית אין סמכות שיפוט ארצית- **הסמכות היא ענייינית אבל מחוזית**- רק מה שמוגש לתל-אביב.

**סמכות שיפוט בינלאומית**

מתי השאלה עולה? רק כשהנתבע יעלה אותה. השאלה מתעוררת היום יותר מבעבר עקב מציאות עסקית גלובלית המרחיבה את מצבי המורכבות הללו של ההיבטים הביננלאומיים. הדיון הוא לא ממש סדר דין אלא שייך לעולם של משפט בינלאומי פרטי.

התפיסה המקורית במשפט המקובל לגבי סמכות שיפוט בינלאומית התבססה על **עקרון טריטוריאלי נוקשה: לפורום יש סמכות על מי ועל מה שנמצא בטריטוריה שלו.**

**הרעיון:** רעיון פוליטי של ריבונות ואפקטיביות: יכולת הפעלת הכוח מבחינה טכנית ובאופן אפקטיבי על מישהו שנמצא בטריטוריה–בריבונות המדינה. גם אם היינו רוצים לדמיין סמכות שיפוט על אנשים בקפריסין לדוג', היכולת להוציא את ההחלטות מכוח אל הפועל מוגבלת **ופחות אפקטיבית**.

התפיסה הזו עוררה גם קשיים ועדיין מעוררת 2 סוגים של קשיים מהותיים:

1. תפיסת יתר : סמכות רחבה מידי- לפיה ניתן לתפוס תיירים או כאלו שאין להם שום זיקה לטריטוריה – מזדמנים למיניהם, תיירי משפט ולגביהם ה**פורום לא נאות-** מוסמך אך לא נאות, קרי, הפורום לא מתאים אבל מוסמך מבחינה טריטוריאלית- Forum non convenience .
2. תפיסת חסר: אנשים יתחכמו. מצבים בהם יש זיקה חזקה לפורום אבל העיקרון הטריטוריאלי לא יכול לתפוס אותם.

ישנו מנגנון משפטי שנועד להתמודד עם זה: בארה"ב נקרא- "היד הארוכה" שהם כלים לפיהם המדינה שולחת ידה החוצה והפורום אומר שהאדם הספציפי הזה נפעיל עליו את הסמכות למרות הטריטוריה.

בישראל- **תקנה 500** עוסק בהסדר מסוג זה: זוהי **שליחת יד קזואיסטית**- **יש כאן טשטוש, הגבולות של הרעיון הטריטוריאלי מתערבבים.**

עוד 2 אתגרים/קשיים שסכסוכים בעלי אופי בינלאומי מעוררים:

1. העלות הגבוהה יחסית של התכוננות מראש של בעלי הדין ושל בירור בדיעבד של חלופות שונות של סמכות: ברגע שאנו יודעים שיש חשש לתפיסה במסגרת "יד ארוכה", אז מיד קופצת לנו העלות- אנו נשכור ייעוץ משפטי זר, נרכוש ביטוח במקומות אחרים. בנוסף-יש עלויות גדולות מראש ביחסים בינלאומיים. הסיכונים יקרים יותר בהקשר של בחירת הפורום, ולכן אנו רואים תופעה נפוצה של התכוננות - **קביעת תנית מקום שיפוט ופורום המוסמך לדון בהפרות החוזה ע"י הפירמות במישור הבינלאומי.**

הנטייה של בתי המשפט: **לאכוף תניות הסכמיות כאלו** כדי לכבד את רצון הצדדים. אולם: זה עלול להעלות את נושא **תנייה מקפחת**. המיוחד בתניות אלו: הן יכולות להקנות סמכות לבימ"ש שלא היתה לו סמכות.

מצד שני: תניות חוזיות לא יכולות לשלול סמכות בינלאומית בשום אופן!כן ניתן לתת לביהמ"ש טעם חזק מאוד לא לדון עקב התניה אך לא לשלול לגמרי את הסמכות ממנו.

**מירוץ הסמכויות שנוצר**

ישנו עקרון טריטוריאלי אך גם ישנו גם עקרון חוזי. הריבונות לא מאפשרת לצדדים לבחור שלא תהיה ריבונות טריטוריאלית על התיק אם הפורום רוצה לבחור אותו, **וכך יוצא שאנו מגיעים למצב של סמכות חופפת קלאסית ובכך ייתכן גם מירוץ סמכויות בינלאומי.**

**בעיית התיאום- קושי קלאסי**

נאמר שיש 2 פורומים מוסמכים וכל צד הולך לפורום בו הוא רוצה. אם זה היה בתוך מדינה, היה ניתן להכריע בערכאה גבוהה יותר- יש מנגנוני תיאום, לעיתים תחרויות אבל יש גם בג"ץ. במישור הבינלאומי אין גורם מתאם - יש דוקטרינה שנועדה להתמודד עם בעיית התיאום הזו:

דוקטרינת **"הליך תלוי ועומד":** נניח הראו לי כי מתנהל הליך מקביל בערכאה אחרת. בעל הדין יבקש מביהמ"ש לכבד את העובדה שמתנהל הליך מקביל בפורום אחר עד שיושלם (הנתבע בד"כ) ואח"כ יחזור התיק לפורום שלא דן בו עדיין ואולי ניתן יהיה להשתמש בהכרעה - בעובדות, במעשה בית-דין וכו'...

סיטואציה: אני מגיש תביעה ורוצה לוודא סמכות בינלאומית- כיצד היא מושגת?

1. **הקניית הסמכות**: ביהמ"ש מזהה האם ע"פ דיני הסמכות יש לו סמכות לדון בתיק. זה יכול לקרות באמצעות אחד מ-2 מנגנונים עיקריים: 1. תנית שיפוט חוזית, 2. "**מנגנון ההמצאה**": הסעיפים הרלוונטיים: 477 ו-482 (פרק ל"ב המצאת כתבי בית דין) בחו"ל- תקנה 500: בעל הדין הוא שיצטרך להמציא את ההזמנה לדין ולהוכיח לביהמ"ש שהסמכות היא שלו. **ביהמ"ש כבר כאן יכניס שק"ד** בנוגע לשאלת הפורום הנאות, ובהתאם יאפשר או לא להמציא את הכתב תביעה לפי תקנה 500 להלן.
2. **שיקול הדעת השיפוטי**: לביהמ"ש יש סמכות, והשאלה היא האם הוא הולך להפעיל אותה כרגע. האם הוא הפורום ההולם לדון בתיק. כאן מתעוררות שאלות של פורום נאות בד"כ (לעיתים הן כבר מתעוררות קודם ומשתלבות אולם מבחינה רעיונית רק כאן). כאן ביהמ"ש מחליט והוא מבסס את טיעוניו.

**"עקרון ההמצאה"**

עקרון זה משמש את הפורום כמה שמכונה PROXY - קירוב לרעיון הסמכות.

**רעיון הטריטוריה מבוסס על הנתון שהנתבע נמצא בארץ** - איך נבחן זאת?

הדין פיתח לעצמו מנגנון בירור: **הנתבע נמצא בארץ אם קיבל את כתב התביעה בארץ**. ביהמ"ש קונה סמכות לאורך כל התיק וההליך בהתבסס על רגע אחד של ההמצאה בארץ. סיפורים על אדם שנכח בעתירת הביניים בשדה התעופה ותפסו אותו והמציאו לו את כתב התביעה, האדם טס ולא חוזר- אבל הסמכות כבר נקניתה בארץ.

**תקנה 477** קובעת את **"כלל התפיסה"** הנ"ל.

477. *ההמצאה תהא ככל האפשר מבחינה מעשית לנמען גופו, אולם אם יש לו מורשה לקבלת כתבי בי-דין לשם המצאה לפי תקנות אלה – דיה ההמצאה למורשה, ואם יש לו עורך דין, דיה ההמצאה לעורך הדין או למתמחה שלו, או בהנחה במשרדו, והכל אם לא הורה בית המשפט הוראה אחרת.*

478. *(א) כל הגר בתחומה של המדינה יכול שיתמנה מורשה לקבלת כתבי בי-דין.*

*(ב) מינוי כאמור יכול שיהיה מיוחד או כללי וצריך שיהא בכתב חתום ביד המרשה; הכתב, או העתק מאושר ממנו אם היה המינוי כללי, יוגש לבית המשפט.*

**תקנה 482** מרחיבה את המעגל: **גם מורשה להנהלת עסקים** יכול לקבל את כתב התביעה:

482. *(א) היתה התובענה בענין עסק או עבודה נגד אדם שאינו גר באזור השיפוט של בית המשפט המוציא כתב בי-דין,* ***די בהמצאת הכתב למנהל או למורשה, העוסק אותה שעה בעצמו מטעם האדם בהנהלת העסק*** *או העבודה באותו אזור שיפוט.*

*(ב) לענין תקנה זו, רואים קברניט של אניה כמורשהו של בעל האניה או של שוכרה.*

לדוגמא: מנהל פרויקט בארץ זרה מורשה לקבל את כתב בית הדין. **גם אם לא מדובר בעורך הדין של החברה** או המורשה לקבלת כתבי בית-דין. וכך יוצא, **שההמצאה בארץ יכולה להתבצע או ישירות לנתתבע או למורשה שלו**.

כשהנתבע אינו בישראל ואין לו מורשה: נכנסנו למסלול של המצאה לחו"ל- מחוץ לתחום- **תקנה 500:**

500. *רשאי בית המשפט או רשם שהוא שופט, להתיר המצאת כתב בי-דין אל מחוץ לתחום המדינה באחת מאלה:*

*(1) מבקשים סעד נגד אדם שמקום מושבו או מקום מגוריו הרגיל* ***בתחום המדינה****;*

*(2) נושא התובענה הוא כולו מקרקעין המצויים* ***בתחום המדינה****;*

*(3) מבקשים לפרש, לתקן, לבטל או לאכוף פעולה, שטר, צוואה, חוזה, התחייבות או חבות בנוגע למקרקעין המצויים בתחום* ***המדינה****;*

*(4) התובענה היא לאכוף חוזה, לבטלו, להפקיעו או לפסלו או לעשות בו על דרך אחרת, או לקבל דמי נזק או סעד אחר בשל הפרתו, באחד המקרים האלה:*

*(א) החוזה נעשה בתחום המדינה;*

*(ב) החוזה נעשה בידי מורשה העוסק או המתגורר בתחום המדינה, או באמצעותו, מטעם מרשה העוסק או המתגורר מחוץ לתחום המדינה;*

*(ג) על החוזה חלים דיני מדינת ישראל לפי כתבו או מכללא;*

*(5) תובעים על הפרת חוזה בתחום המדינה - ואין נפקא מינה היכן נעשה החוזה - אפילו קדמה לאותה הפרה, או נלוותה אליה, הפרה מחוץ לתחום המדינה אשר שללה את האפשרות לקיים אותו חלק מן החוזה שצריך היה לקיימו בתחום המדינה;*

*(6) מבקשים צו מניעה לגבי דבר הנעשה או עומד להיעשות בתחום המדינה, או מבקשים למנוע או להסיר מטרד בתחום המדינה, בין אם מבקשים גם דמי נזק בקשר לכך ובין אם לאו;*

*(7) התובענה מבוססת על מעשה או על מחדל בתחום המדינה;*

*(8) מבקשים לאכוף פסק-חוץ, כמשמעותו בחוק אכיפת פסקי-חוץ תשי"ח-1958, או פסק-בוררות-חוץ כמשמעותו בחוק הבוררות, תשכ"ח-1968;*

*(8א) מבקשים לבטל פסק בוררות חוץ כמשמעותו בחוק הבוררות, תשכ"ח-1968, שניתן נגד תושב ישראל, אם שוכנע בית המשפט כי אין למבקש אפשרות לזכות בדין צדק בבית המשפט של המדינה שבה, או לפי דיניה, ניתן הפסק;* *מיום 30.3.1999*

***תק' תשנ"ט-1999***

[*ק"ת תשנ"ט מס' 5963*](http://www.nevo.co.il/Law_word/law06/TAK-5963.pdf) *מיום 30.3.1999 עמ' 568*

***הוספת פסקה 500(8א)***

*(9) מגישים תובענה על פי חוק שיפוט בעניני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין-לאומית), התשכ"ט-1969;*

*(10) האדם שמחוץ לתחום המדינה הוא בעל דין דרוש, או בעל דין נכון, בתובענה שהוגשה כהלכה נגד אדם אחר, שהומצאה לו הזמנה כדין בתחום המדינה.*

***החלפת פסקה 500(9)***

*הנוסח הקודם:*

*~~(9) מגישים בקשה על פי חוק שיפוט בעניני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט-1969;~~*

**בתנאים אלו:** ביהמ"ש רשאי להתיר לתובע להמציא כתב תביעה מחוץ לישראל. זה מעט מסובך כי **זה עובר הליך אישור של ביהמ"ש שצריך לומר כי ראוי שהפורום ישלח ידו החוצה**. יש כאן היבט של הפרת ריבונות של מדינה אחרת ומאפשר להפעיל כוח מחוץ למדינה. (לעבור בפרוטרוט על המצבים ההלו). בסדרי הדין אין הוראה חקוקה של סמכות בינלאומית: יש דיני המצאה ואת המשפט המקובל שהפך את דינים אלו למנגנון לקניית סמכות בינלאומית.

**הקניית סמכות בהסכם- תניות מקום שיפוט**

**2 סוגים:**

1. תנית מקום שיפוט **ייחודית**- "אך ורק ב..."
2. תנית מקום שיפוט **מקבילה**- " בנוסף לסמכות... הסכסוכים יכולים להתברר גם ב..."

התניה יכולה להקנות סמכות ולא לשלול סמכות כאמור. **בימ"ש מוסמך ייטה לכבד החלטות הסכמיות אלו**.

**שלב שיקול הדעת- שאלת הפורום הנאות**

השאלה העיקרית: **"האם יש פורום אחר מתאים יותר לדון בזה?"**. במצבים בהם ישראל היא הפורום הרלוונטי היחיד אז היא גם הפורום הנאות, כשיש חלופות, ביהמ"ש ישאל את עצמו שאלה זו.

בפסיקה עמדה נפוצה יחסית: אם ביהמ"ש קנה סמכות מכוח המצאה מקורית בארץ, נטיית ביהמ"ש בישראל היא לומר שהוא גם הפורום הנאות. מאידך, אם הסמכות נקניתה ע"י המצאה לחו"ל, בתי המשפט דורשים רף גבוה יותר מהתובע לבסס את ההכרעה שהוא הפורום הנאות. עולה שאלה- **למה הוא אפשר זאת קודם ונתן רשות להמציא מחוץ לתחום**? אנו נראה מצבם בהם זה נעשה וישנה סמכות לפי תקנה 500 אך הפורום אינה הפורום הנאות.

**הרצאה מס' 4 - 28.11.2011**

**סמכות שיפוט בינלאומית- חזרה**

1. קניית סמכות לפי 2 אופציות:
2. מנגנון ההמצאה- בארץ או בחו"ל (נכנסים פה כבר לעיתים שיקולי פורום נאות).
3. הסכם שיפוט המקנה סמכות לפורום.
4. שאלת הפורום הנאות.

המצאה בחו"ל: הדין שפותח מציע 2 מסלולים עיקריים:

1. המצאה קונסטרוקטיבית**:** אתה לא מציא לאדם עצמו אלא למישהו מטעמו של האדם- **תקנות 481-482:**

481. *באין אפשרות למצוא את הנמען, די בהמצאת הכתב לאחד מבני משפחתו הגרים עמו ושלפי מראית עין מלאו לו שמונה עשרה שנים, ואם היה הנמען תושב קיבוץ, קבוצה, מושב עובדים או מושב שיתופי (להלן בפרק זה – ישוב), די בהמצאת הכתב לידי חבר הועד או המזכיר של הישוב.*

482.  *(א) היתה התובענה בענין עסק או עבודה* **(אופי כלכלי- א.ו)** *נגד אדם שאינו גר באזור השיפוט של בית המשפט המוציא כתב בי-דין,* ***די בהמצאת הכתב למנהל או למורשה****, העוסק אותה שעה בעצמו מטעם האדם בהנהלת* ***העסק או העבודה*** (**זיקה עניינית בין עבודתו לנושא התובענה- א.ו**) *באותו אזור שיפוט.*

*(ב) לענין תקנה זו, רואים קברניט של אניה כמורשהו של בעל האניה או של שוכרה.*

**תקנה זו הופכת את ההסדר למעניין:**

דוגמא: הרכבת הקלה בירושלים: יש חברה סינית החופרת את המנהרות. חברה זו בהגדרה היא נמצאת ורשומה בסין ולא ניתן לתפוס אותה כאן ונניח שהיא לא הסמיכה עו"ד לקבל כתבי תביעה עבורה. **תקנה 482 מאפשרת לנו להגיע למנהל העבודה של החברה הפועל בעבודות החפירה בארץ, וניתן לגשת ולהמציא לו המצאה לחברה.**

ההגבלה המהותית בתקנה- אני יכול לתפוס באמצעותה מורשה את המרשה רק לצורך תביעות שעוסקות בהרשאה. זאת אומרת: **צריכה להיות זיקה עניינית בין נושא התובענה לתפקיד המורשה בעבודה**- **זוהי הגבלה עניינית.**

מה הכוונה ב-"מנהל או מורשה"?

השאלה תתעורר במצבים בהם הזיקה בין האדם שעובד בישראל ובין הנתבע היא פחות חזקה או מובהקת - לא בהכרח עובד/מעביד או שליח/שלוח. **כשמדובר באנשים שאן להם כתב הרשאה ויש להפיק מניפולציה פרשנית כדי לקבוע שניתן לתפוס את המרשים שלהם באמצעות הגעה אליהם.**

**פס"ד ג'נרל אלקטריק:** תביעה של חב' חשמל נגד חברה אמריקאית שמייצגת את האינטרסים של ג'נרל אלקטריק בישראל אך היא חברה נפרדת בפועל. **השופט לוין: מציע את הרעיון של אינטנסיביות הקשר: אם יש זיקה מספיק חזקה**- גם אם אין חוזה שליחות אבל נצליח להראות כי הפעילות העסקית משולבת ומעורבת ויש מבחינה מהותית ייצוג של אינטרסים, זה יכול להספיק לצורך התפיסה של האדם שבארץ כמורשה לעניין תקנה 482. כמו כן, **ככל שיש יותר סימנים לשת"פ יהיה קל יותר לראות בו מורשה** לצורך המצאת כתבי בי-דין.

**השופט לוין מצמצם את זה למשהו כמעט ראייתי:** סמכות בינלאומית יכולה להיתפס במשהו של הגינות בסיסית.מאחורי דבריו ברור לו כי הנציגה תעביר את התביעה לנתבע הזר וזה בעצם מה שאנחנו מחפשים- ואולי אם כך, אז מה שאנו צריכים לחפש זה רק האם הנתבע יודע?

**השופט רובנישטיין** **מפעיל את המבחן של אינטנסיביות הקשר גם במקרה של** **פס"ד פיליפ מוריס:** התביעה היתה מאופקת יותר מג'נרל אלקטריק כי היא חיפשה גם את הכיס העמוק שיכול לספוג. אנו רואים תובעים ספציפיים שמנסים לתפוס פיצוי מנזקי עישון.

**השופט רובינשטיין**: מדגיש את שינוי העיתים הטכנולוגי- יש פקסימיליות/אי מיילים וככל שהתקשורת קלה יותר, הגישה לפורומים רחוקים נוחה יותר, ואז השופטים נמנעים מלפרש את התקנה באופן מצמצם. (**ניתן לטעון זאת גם ביחס לתובע שרוצה להעניק המצאה לפי תקנה 500 או להתדיין שם- האמירה מאחורי זה היא כנראה לטובת תובעים ישראליים)**.

**קופטש נגד העיתון הגרמני דר-שפיגל:** החלטה מעניינת בתקיפות הניסוח (**השופט סובל מהמחוזי)**: העיתון מפרסם כתבה באינטרנט למרות שהוא עיתון גרמני ובודק בכתבה שימוש של מוטיבים נאציים בתרבויות זרות. הם מצאו כרזת נאצה נגד גיל קופטש שפורסה בישראל והיה כתוב עליו "הנאצי הגדול". העיתון שם באתר את התמונה והמודעה נגד קופטש כחלק מהדגמה של הכתבה. **קופטש מרגיש כי הכתבה תפגע בו בקרב הקהל הישראלי גרמני או יהודי גרמניה.** הבעיה- אין סמכות בינלאומית כי דר-שפיגל נמצא בגרמניה.

קופטש מנסה להמציא את התביעה בישראל לראש המשרד של דר-שפיגל בירושלים: דר-שפיגל מתנגדת לסמכות כי **האדם בירושלים הוא רק עיתונאי ולא המורשה** **לניהול עסקים או עבודה** ולכן טוען העיתון כי לא ניתן לקנות סמכות מכוח תקנה 482, והעדר מסירה לפי תקנה 500 מסירה ממנו את האפשרות לקנות סמכות.

**ביהמ"ש המחוזי: המשרד של דר-שפיגל בארץ ייחשב למורשה לעשיית עסקים.** הדרישה אינה רק בפעילויות עיסקיות אלא גם פעילויות עיתונאיות נחשבות. **המבחן הוא מבחן מרחיב לפירוש תקנה 482** **ואם אפשר למצוא זיקה מספקת אז נמצא אותה**.

השופט מעורר את שאלת הפורום הנאות לאחר נושא הסמכות: ביהמ"ש קובע כי מרגע שנקבע כי הסמכות נקנתה במסלול הזה של תקנה 482, **הנטל על הנתבע להראות כי הפורום איננו נאות הוא מוגבר ומשמעותי יותר** מאשר אילו תפסנו את הנתבע דרך תקנה 500. **ההנחה יותר חזקה כי הפורום הוא נאות ברגע שתפסנו סמכות דרך תקנה 482:** אלו דברים מרחיקי לכת. הטענה למעשה: ביהמ"ש לא רשאי להתפרק מסמכותו, ומרגע שהיא נקנתה יש בעיקרון להפעיל אותה וצריך להראות טעם מיוחד כדי שביהמ"ש יקבע כי הפורום איננו נאות למרות שהסמכות נקנתה בארץ! **יש כאן יישום של אמירה של השופט גרוניס מפס"ד ראדה להלן.**

**פס"ד ארבל (השופט דנציגר):** תייר ישראלי נפגע בטורקיה ורוצה לתבוע את הספקים של השירות בטורקיה **דרך סוכן הנסיעות** וביהמ"ש מאפשר זאת דרך תקנה 482 – ישנו גם דיון בנושא הפורום הנאות לאחר מכן.

**דרך המלך** (תקנות 500-503 – 500 מצוטטת לעיל)

501. *(א) לבקשת רשות להמציא כתב בי-דין לנתבע מחוץ לתחום המדינה יצורף תצהיר המציין כי המצהיר מאמין שיש למבקש עילת תביעה טובה והמפרש באיזה מקום או באיזו ארץ נמצא, או ייתכן שנמצא, הנתבע, וכן נימוקי הבקשה.*

*(ב) בית המשפט או הרשם רשאי שלא להיעתר לבקשה לפי תקנת משנה (א) אם ראה מנסיבות הענין שהבקשה הוגשה באיחור בלתי סביר; לא נעתר בית המשפט לבקשה, רשאי הוא למחוק את התביעה נגד בעל הדין שלא הומצא לידו כתב בי-דין.*

502. *(א) בית משפט או רשם המתיר המצאת כתב בי-דין אל מחוץ לתחום המדינה יקבע את המועד להגשת כתבי הטענות, בהתאם לנסיבות, וימסור העתק ההיתר לנמען.*

*(ב) הומצא לבעל דין כתב בי-דין אל מחוץ לתחום המדינה, רשאי הוא לבקש את ביטול הצו המתיר את ההמצאה או לכפור בכתב הטענות בסמכות בית המשפט לדון בתובענה, והכל לא יאוחר מהיום שבו הוא טוען לראשונה לגופה של התובענה.*

503. *(א) התיר בית המשפט או הרשם להמציא אל מחוץ לתחום המדינה כתב בי-דין שבו נפתח הדיון, יחול היתר זה גם על המצאת שאר המסמכים של אותו משפט, לרבות המסמכים בערעור בו, זולת אם הורה בית המשפט או הרשם הוראה אחרת.*

*(ב) רשאי בית המשפט שלערעור או הרשם להתיר את ההמצאה מחוץ לתחום המדינה של כתבי בי-דין בקשר לערעור, כאמור בתקנה 500.*

**סעיף 500 מתווה 12 חלופות בהן ביהמ"ש יכול לאשר המצאה בחו"ל**: ביהמ"ש חייב לצורך כך לקרוא את תוכן התביעה ו**להפעיל שיקול דעת** שכולל שאלות מהסוג של הפורום הנאות. זהו הליך לכאורה במעמד צד אחד כי הנתבע עדיין לא במשחק . אם הבקשה מתקבלת והתביעה מומצאת מחוץ לתחום, רק אז הנתבע יכול להתייצב ולטעון כי התקנה הנ"ל הומצאה שלא כדין ולא כראוי.

**פס"ד מזרחי (השופט זוסמן):** מנחה לגבי נטל ההוכחה שקיים. ביהמ"ש אומר: כי תובע שרוצה לבצע פעולה זו של המצאה לחו"ל, חייב לשכנע את ביהמ"ש כבר בשלב זה שיש לו **ראיה לכאורה** לגבי המשפט.

**הפער בין המצאה מכוח 482 ל- 500**- ב-482 יש צורך רק בכתב תביעה ולא צריך בו שום הוכחות בגדול, אולם לצורך תקנה 500 יש צורך להראות כבר הוכחות.

**פס"ד ראדה(גרוניס):** מראה מגמה טובה לכיצד תופעל תקנה 500 ויש בו רכיבים שונים בדיון בנושא הסמכות הבינלאומית. תקנת המשנה שהופעלה שם היא תקנה 500(10)- תביעה שכבר קיימת בישראל נגד נתבע בישראל ואנו **רוצים להוסיף נתבע נוסף לתביעה שהתחילה כדין**: יש כאן אינטרס שיכולים לחוש בו- אנו רוצים לאפשר הכנסה של הנתבע כי אחרת ניאלץ לפתוח תביעה נוספת מקבילה בפורום אחר ו**יש חשש לפסיקות סותרות ועלויות כפולות לניהול הלטיגציה**. התקנה חוסכת הליכים כפולים.

העובדות: יש הסכם שיפוט אותו גרוניס מפרש ומכנה כ"ייחודי"- אומר כי זהו הפירוש המתבקש, ובמצב זה תקנה 500 חלה כי מדובר בבעל דין שראוי היה לנהל את התביעה איתו, אולם, בהינתן הסכם כזה יש צורך בסיבה מאוד מיוחדת להתעלם מההסכם ומתנית השיפוט ולכן אין לאפשר את ההמצאה. **גרוניס מסכם: קיומה של עילה מתקנה 500 אינה מספיקה** לצורך הפעלת הסמכות ויכולים להיות שיקולים אחרים לביהמ"ש לא לאפשר להמציא מתוקף תקנה זו.

**מחלוקת בין גרוניס וברק**: לגבי ההשלכה של המסלולים הללו:השופט גרוניס: אמר כי אם תפיסת סמכות היא דרך 477 ו482, הנטל הוא **נטל מוגבר על הנתבע** להוכיח שזהו אינו פורום נאות. השופט ברק: לא רוצה להכריע בשאלה כי היא מורכבת לטענתו. **דה-שפיגל הוא דוגמא ליישום של אמירתו של גרוניס קודם לכן.**

**לסיכום**: אנו רואים טשטוש ניכר בהחלטה על הפעלת 482 או 500- בשניהם ייכנסו שאלות של אינטנסיביות הקשר ופורום נאות. ישנה נטיה להקל עם תובעים ישראליים בבירור- במצבים שבם יש מורשה רלוונטי שניתן להגיע אליו.

**שאלת הפורום הנאות**

1. מבחני נוחות: היכן יותר נוח? יעילות כלכלית משפיעה- איפה רוב בעלי הדין/ העדים? איפה יותר פשוט לנהלו?
2. מבחני מהות: עוסקים ב**אינטרס של הפורום** אבל לא רק- יש בהם גם מבחני הוגנות כלליים:
3. **מבחן מירב הזיקות**: לאיזה פורום יש את **מירב הזיקות לסכסוך** (משקף גם היבטים של נוחות אבל לא רק).
4. **מבחן הציפייה הסבירה**:איפה ציפו שהליטיגציה תתקיים כשהם נכנסו לתוך מערכת היחסים. אם יש אינדיקציה ברורה אז זה יכול להשפיע על הבחירה. בקשרי נזיקין לדוגמא אין ציפיות סבירות מראש ולכן המבחן לא רלוונטי לרוב, אולם, אם יש מזיק "טיפוסי"- ספק מסוים, אז גם בנזיקין יש לבחון זאת.
5. **אפקטיביות ההליך (דנצינגר)**: אם נכסי הנתבע אינם במדינה שלנו - אין טעם כי האפקטיביות של הגבייה אינה קיימת כמעט.
6. **הדדיות בין המדינות**- מה מדינה אחרת תעשה בתביעה מקבילה- זו **הוגנות על-פני תיקים רבים**.
7. **אינטרס הפורום להסדיר את התחום**- האם יש לפורום אינטרס לדון בתיק הזה: בגדול זה כולל את כל שאר שקה"ד אך זה ביטוי שמשתמשים בו כמבחן.
8. **ברירת הדין המהותי**- לפעמים אם בעלי הדין ייקבעו בחוזה כי הדין המהותי שיחול על הסכסוך הוא דין אחר- זו אינדיקציה לומר כי פורמלית אולי ביהמ"ש יכול להפעיל את הדין אבל הפורום הנאות יהיה מי שהדין המהותי קשור אליו. כנ"ל להיפך- אם הדין ישראלי כברירה **ו-2 הצדדים זרים**, זוהי אינדיקציה לקיום הדין בישראל.

**ההיבטים החלוקתיים של הדין:**

**ניהול הליך בפורום אחר משלי הוא יקר יותר**- השאלה של האם תינתן אפשרות להמצאה של ההליך יכולה להכריע את גורלה של התביעה זאת עקב מחסור באמצעים או חוסר השתלמות מבחינת מבחני הסתברות לזכייה אל מול ההשקעה לנהל תביעה בפורום אחר. גם מצד שני - הנתבע יחשוב האם מומלץ להתדיין או להגיע למו"מ/פשרה.

**ביקורת רבה ביחס לבחירת הפורום הנאות וקלות הבחירה של ביהמ"ש לפיה הוא מכריע את התיקים מלכתחילה.**

ישנו תרשים זרימה באתר של הקורס לגבי דרך הבחינה הטיפוסית בשאלה של סמכות בינלאומית.

**סמכות שיפוט מקומית**

**סמכות של בתי המשפט במחוזות השיפוט**: חיפה, תל-אביב, מחוז מרכז- בפ"ת, מחוז דרום- ב"ש, מחוז צפון בנצרת. **בכל מחוז נשיא אחד ובית משפט מחוזי אחד ולפחות 2 בתי משפט שלום**.

סעיף 49 לחוק בתי המשפט: מסמיך את **נשיא השלום להעביר תיקים בתוך המערכת שלו**.

49. *(א) נשיא בית משפט השלום רשאי להורות שענין שהובא או שיש להביאו לפני בית משפט שלום במקום פלוני וטרם החל הדיון בו או שענין שהוחלט בו על פסלות שופט, בין שהחל הדיון בו ובין שטרם החל הדיון בו,* ***יהיה נידון בבית משפט אחר הנמצא באזור שיפוט שבו הוא מכהן כנשיא****.*

*(ב) החלטה כאמור בסעיף קטן (א) ניתנת לערעור לפני נשיא בית משפט מחוזי.*

*(ג) בית המשפט שאליו הועבר ענין כאמור, לא יעבירנו עוד.*

הסמכות המקומית גם מוסדרת בתקנות ולא בחקיקה ראשית, וגם מוסדרת במונחים של אופן הגשת התביעה: תקנות 3-7 לתקסד"א מנוסחות במילים- "תובענה תוגש ל..": **הנחייה לתובע להיכן להגיש את תביעתו**. הסמכות המקומית נקבעת **ברגע הגשת התובענה שהוא הרגע הקובע**.

**תקנה 3(א)1:** מעניקה יתרון קל לנתבע:

3. *(א) תובענה שאינה כולה במקרקעין, תוגש לבית המשפט שבאזור שיפוטו מצוי אחד מאלה:*

*(1) מקום מגוריו או מקום עסקו של הנתבע;*

*(2) מקום יצירת ההתחייבות;*

*(3) המקום שנועד, או שהיה מכוון, לקיום ההתחייבות;*

*(4) מקום המסירה של הנכס;*

*(5) מקום המעשה או המחדל שבשלו תובעים.*

*(א1) על אף האמור בתקנת משנה (א), היו לעסקו של התובע מספר סניפים, והיה אחד מהם בתחום השיפוט שבו מצוי מקום מגוריו או מקום עסקו של הנתבע, תוגש התובענה לבית משפט באותו תחום שיפוט.*מיום 26.10.19**תק' (מס' 2) תשנ"ז-1997**

*(ב) היו נתבעים אחדים, יכול שתוגש התובענה לכל בית משפט שבו ניתן להגישה נגד אחד הנתבעים.*

[ק"ת תשנ"ז מס' 5855](http://www.nevo.co.il/Law_word/law06/TAK-5855.pdf) מיום 1.10.1997 עמ' 1262

**הוספת תקנת משנה 3(א1)**

מיום 1.9.1998

**תק' (מס' 2) תשנ"ח-1998**

[ק"ת תשנ"ח מס' 5911](http://www.nevo.co.il/Law_word/law06/TAK-5911.pdf) מיום 16.7.1998 עמ' 1024

*4. תובענה שבמקרקעין תוגש לבית המשפט שבאזור שיפוטו הם מצויים.*

*5. היה קיים הסכם בין בעלי הדין על מקום השיפוט, תוגש התובענה לבית המשפט שבאזור שיפוטו מצוי אותו מקום; לא הוסכם בין בעלי הדין שמקום השיפוט המוסכם יהיה מקום שיפוט ייחודי, יכול שתוגש התובענה לבית המשפט שבאותו מקום או לבית משפט אחר לפי תקנות 3 או 4.*

*6. תובענה שאין מקום שיפוט המתאים לה לפי תקנות אלה או לפי כל דין אחר, תוגש לבית משפט בירושלים שבסמכותו הענינית לדון בה, אולם רשאי בית המשפט בירושלים להורות הוראה אחרת, אם ראה שלפי נסיבות הענין יהיה הדיון בבית משפט אחר נוח יותר לבעלי הדין.*

*6א. בקשה להעברת ענין לבית משפט אחר לפי סעיפים 49 או 78 לחוק בתי המשפט תוגש כמפורט להלן:*

*(1) הבקשה תוגש בכתב; בבקשה יפורטו כל נימוקיה, ויצורף לה תצהיר המאמת את העובדות שעליהן היא נסמכת והעתק של כל מסמך שעליו היא מבוססת; הבקשה תוגש במספר עותקים מספיק לשם המצאה לכל בעלי הדין;*

*(2) החליט בית המשפט שהבקשה מצריכה תשובה, תומצא הבקשה לבעלי הדין האחרים; כל בעל דין רשאי להשיב לבקשה; תשובת בעל הדין תוגש תוך עשרה ימים מיום ההמצאה, במספר עותקים מספיק לבית המשפט ולבעלי הדין האחרים; לתשובה יצורף תצהיר לשם אימות העובדות שעליהן היא נסמכת, והעתק מכל מסמך שעליו היא מבוססת;*

*(3) לא הוגשה תשובה בתוך עשרה ימים, רשאי בית המשפט להחליט בבקשה לאלתר על יסוד הטענות בכתב שבפניו;*

*(4) בית המשפט רשאי, מטעמים מיוחדים שיירשמו, ליתן, לבקשת בעל דין, הזדמנות לטעון טענות נוספות בכתב או בעל-פה.**מיום 29.6.1996*

7. *הוגשו תובענות בנושא אחד לבתי משפט אחדים בעלי אותן סמכויות, יקבע נשיא בית המשפט העליון למי מבתי משפט אלה השיפוט ולאותו בית משפט יהיה לפי זה שיפוט ייחודי והתובענות שבשאר בתי המשפט יועברו לבית המשפט האמור ויידונו בו במאוחד.***תק' (מס' 2) תשנ"ו-1996**

[**ק"ת תשנ"ו מס' 5756**](http://www.nevo.co.il/Law_word/law06/TAK-5756.pdf) **מיום 30.5.1996 עמ' 932**

**הוספת תקנה 6א****תקנה 4:** עניינה נושא התובענה כולה הוא במקרקעין (ביצוע בעין, פירוק שיתוף, תביעת בעלות וכו'): התובענה תוגש למחוז בו המקרקעין נמצאים.

ההסדר הבסיסי של הסדר הסמכותה מקומית :

1. אחר הנתבע- הולכים לאחר הנתבע למקום בו הוא נמצא (3(א)(1)).
2. לפי נושא השיפוט (2-5): יש 5 נושאים אלטרנטיביים: מקום מגוריו או עסקו של הנתבע, מקום יצירת ההתחייבות, המקום שנועד או היה מכוון לקיום ההתחייבות (נניח מקום התשלום שנקבע), מקום המסירה של הנכס, מקום המעשה או המחדל (לנזיקין). **אם מתקיימים מספר חלופות, התובע רשאי להגיש את תביעתו בכל אחד מבתי המשפט**.

חריגים להסדר:

1. תקנה 5: האפשרות להתנות בחוזה בהסכם שיפוט- נאמר בתקנה 5 - כמו במישור הבינלאומי.
2. תקנה 2 לתקנות השיפוט בתביעות קטנות: בתביעה קטנה תניות שיפוט לא חלות.
3. תקנה 6: סמכות שיורית מקומית בביהמ"ש המוסמך בירושלים אם לא מתקיימים התנאים האחרים.

מה המקור הרעיוני לסמכויות מקומיות אלו? גם היבטים מעשיים וגם היבט של "הוגנות": לידון בפני הקהילה שלך (דומה לרעיון המושבעים בארה"ב). זה עוד טרם שאלות היעילות. שיקולים נוספים:

1. **יעילות מערכתית** ומניעת עומס (בהתאם הוקם בית משפט מחוז מרכז וגם מחוז תל אביב כי שם יש עומס).
2. **נוחות המתדיינים ובעיקר נוחותו של הנתבע**.

**פס"ד מפעל הפיס** **(ריבלין)**: שואל האם באמת המדינה היא המפזרת היעילה ביותר של תיקים? ריבלין תוהה אולי התקנות הללו הן דרך עקומה להשיג את התוצאה. **השיטה לדידו צריכה להציע X פורומים ואנשים באופן אוטומטי יכווינו את התיקים שלהם באופן סביר ומאוזן**. לבעלי הדין יש את היכולת הטובה ביותר לדעת מה טוב בשבילם והם ינתבו את המערכת שתהיה יעילה – טיעון שוק חופשי. ריבלין מנמק ע"ב תכליות הסמכות המקומית:

1. יעילות מערכתית ומניעת עומס- ניתוב ופיזור תיקים טבעי.
2. נוחות המתדיינים ובעיקר נוחותו של הנתבע – לאור התקדמות הטכנולוגיה ואמצעי התחבורה, ולאור גודלה הקטן של המדינה **לא ניתן לקבוע חד משמעית כי העברת מקום הדיון אכן פוגעת בנוחות ולכן אין בכל התניה משום התנהגות בלתי הוגנת** (בהקשר של בעלי דין גדולים מול קטנים). עדיין יש לקחת בחשבון פערי כוחות בין הצדדים אך לבדוק את מבחן **"ההרתעה מפני מימוש זכויות"-** מחייב פגיעה מהותית בזכות להתדיינות משפטית.

**ביקורת על ריבלין:** יווצר כשל שוק כשבעלי דין חזקים ינצלו מבנה מסוג זה לטובתם.

**פס"ד נתנאל:** השופטת נאור מדברת על החלופה המרכזית של "שוק" בדמות **מתכנן מרכזי שיפעל באופן קזואיסטי ולא לפי זיקות**- פקיד שמתכנן ויחליט לאן התיק הולך- נחסוך סכסוכים לגבי הסמכות, נחסוך חוסר ההלימה בין מאפייני התיקים לסמכות והוא ינתב את התיקים לחלוקה הוגנת.

**לסיכום:** יש כאן חלופות נוספות למבנה הנוכחי הקיים, שמסתבר שאינו המבנה ההכרחי.

**פס"ד מפעל הפיס**: ייצוגי למגמה של שחיקה בחשיבותה של הסמכות המקומית: בתי המשפט לא מתרגשים מהתקנות ואם התובע יוצר נימוק רציונאלי הסותר את הרציונאלים, בתי המשפט מוכנים לקבל את הטענות.

שאלת המתח החלוקתי בין בעלי דין - סמכות מקומית

**פס"ד הסנה:** חברה שמקום מושבה בת"א. יש לה סוכן ביטוח במחוז צפון בנצרת. השאלה האם ניתן לנהל שם את התביעה? **הש' בן-פורת** מפרשת את סעיף 3(א)(1) באופן בו **מקום עסקו של הנתבע זה גם במקום בו העוסקים והשלוחים שלה נמצאים**- התוצאה נועדה להקל כאן עם הצד החלש ולאו דווקא עם הנתבע. **כתוצאה:** בשורה ארוכה של פסיקות אנו רואים כי **ניתן לתבוע תאגיד במקום בו סניפיו נמצאים** - ולכן הגבולות מטושטשים בין המחוזות.

**פס"ד לוי נגד פולג (השופט ש. לוין):** ההחלטה ש"הרגה" את הסמכות המקומית.

העובדות: מדובר בנכס שנמצא בגבעתיים והתובעת גרה בירושלים. היא רוצה פיצויים ולכן **לא הכול מסווג כתביעה במקרקעין**, ונפתחות חלופות של תקנה 3. התובעת תובעת בירושלים- למרות שאין חלופה של מקום מגוריו של התובע. **השופט לוין בונה קונסטרוקציה ייחודית לקבל את תביעתה:** הוא אומר כי ישנה תביעה לפיצויים לתשלום התחייבות מכוח דיני החוזים (הפרת חוזה). אם התובעת תזכה, הנתבע יצטרך לשלם לה פיצויים. איפה ישולמו פיזית? לפי חוק החוזים, סעיף 44 מורה על מקום קיום ההתחייבות הכתוב בחוזה, ואם לא כתוב, אז ניתן להגישם במקום מגוריו של התובע. כ"כ ניתן להחיל את סעיף 44 לפי סעיף 61 לחוק החוזים גם על חיובים שאינן נובעים מחוזה- ולכן אם יינתן פס"ד, הוא יצטרך להיות מקויים בירושלים, לכן אנו בתקנה 3(א)(3) וניתן ללכת לירושלים.

**התוצאה: השופט לוין הוסיף את מקום מגוריו של התובע במצב בו ישנה תביעה לתשלום כסף:** מטרתו היא פשוט להחליש את נושא סמכות השיפוט המקומית! יש הרבה ביקורת על פסק הדין.

תקנה 3(א1): **נוספה בעקבות פס"ד פולג**:החשש היה שתאגידים גדולים שמקום מושבם בכל מקום בארץ, ינצלו את פסק הדין כדי לבחור את מקום התביעה. מחוקק המשנה מתגבר על קושי זה באמצעות התקנה שאומרת כי **3(א) לא יחול במקרה שמובר בתובע עם מספר סניפים**.

**פס"ד מפעל הפיס** **(ריבלין)**: פסה"ד דן בתופעה של הסכמי שיפוט. מדובר בהסכם עם זכיינים בדרום. מתעוררים דיני החוזים האחידים ביחס לתניה מקפחת בחוזה אחיד. העותרים טוענים לחזקה בסעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים שדיברה על סעיף בחוזה שקובע מקום שיפוט בלתי סביר - ואת זה הם רוצים להוכיח.

**השופט ריבלין:** ישנו רף גבוה נדרש כדי לבסס טענה שבנסיבות הגיאוגרפיות והתחבורתיות של ישראל תניה שכזו תהיה בלתי סבירה. ריבלין מבקש להראות **פער כוחות רציני** **הפוגע ביכולת להתדיין**- דרישה מחמירה.

המחוקק מגיב- חוק החוזים האחידים מתוקן, התיקון העיקרי מוסיף בחזקת הקיפוח 4(9) ביחס לסוג תניות של קביעות מקום שיפוט – **עתה כל תנית מקום שיפוט מוחזקת כמקפחת:** זו החזקה ויש להוכיח אחרת.

4. *חזקה על התנאים הבאים שהם מקפחים:*

*(9) תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט או הבוררות שבהם יתברר סכסוך;*

**הרצאה מספר 5- 5.12.2011**

בעקבות החיקוקים לאחר פס"ד פולג ולאחר פס"ד מפעל הפיס, אנו רואים דינאמיקה של דיאלוג בין בתי המשפט והמחוקק. ביהמ"ש מנסה למסמס את עוצמת הסמכות המקומית והמחוקקים מנסים לתת לה תוקף מחדש.

מדוע יש מתח? דברי ההסבר לחקיקות מראים כי ביהמ"ש לא מפנים את **ההיבטים החלוקתיים** של דיני הסמכות המקומית והמחוקק רואה שאין חלוקה של הדיונים גם מהבחינה של הפגיעה באנשים וגם בגלל צוואר הבקבוק שיווצר במרכז הארץ. המחוקק רוצה לשמר את האפשרות של בעלי דין חלשים להתדיין בסמיכות למקום מגוריהם.

**מאמר של באום וטבקה**: יש **להגן על צדדים חלשים מפני מניפולציה של צדדים חזקים** בהפעלת הסמכות המקומית. על ההגנה להיות לא רק בחוזה אלא בבחירת המקום אליו מגישים את התביעה. המאמר לוקח בחשבון את יכולות שכירת ייצוג משפטי ואת **נושא פסיקת ההוצאות**: לכאורה, יכולנו לחשוב שאם היתה שיטה יעילה של פסיקת הוצאות כשהצד המפסיד נושא בעלות ניהול ההליך, אז ההיבטים החלוקתיים היו צריכים להטריד אותנו פחות היות והעלויות היו משפות את הוצאות ניהול ההליך. הכותבים מבססים מידע של מצב בו ישנה פסיקת חסר של הוצאות לבעלי הדין: נדיר שבתי המשפט מחשבים הוצאות נסיעה, ימי עבודה מחושבים בקושי ואין אבחנה בין מקרה למקרה. **המסקנה:** היות ומנגנון פסיקת ההוצאות לא מבסס שיפוי מלא על ההוצאות, אז לסמכות המקומית יש השפעה חלוקתית גבוהה. כמו כן, ההוצאות נפסקות בסוף ולכן בעלי הדין צריכים לשאת בעלויות הניהול בהווה והדבר מצריך **משאבים פנויים שלא לכולם יש בכלל**.

**תקנה 7**: מסמיכה את נשיא ביהמ"ש העליון במצב בו תובענות בנושא אחד מוגשות במחוזות שונים, לרכז את הדיונים במחוז אחד. הנשיא העליון הוא היחיד מעל המחוזות ללא נטייה למחוז כלשהו ולכן הסמכות היא אצלו.

*7. הוגשו תובענות בנושא אחד לבתי משפט אחדים בעלי אותן סמכויות, יקבע נשיא בית המשפט העליון למי מבתי משפט אלה השיפוט ולאותו בית משפט יהיה לפי זה שיפוט ייחודי והתובענות שבשאר בתי המשפט יועברו לבית המשפט האמור ויידונו בו במאוחד.*

**בדומה כפי שהוזכר, סעיף 49 לחוק** מסמיך את נשיא השלום, לעשות את אותה פעולה בתוך מחוז השיפוט שלו.

**נשיא המחוזי**: יכול לנתב ולאחד תיקים בתוך ביהמ"ש שלו אם הם באותו נושא.

**סעיף 78 לחוק בתי המשפט**- מעניק סמכות לנשיא העליון או למשנה שלו להעביר תיק ממחוז אחד למחוז אחר.

78*. ענין שהובא או שיש להביאו לפני בית משפט מחוזי או בית משפט שלום במקום אחד, רשאי נשיא בית המשפט העליון או המשנה לנשיא להורות שיהיה נידון בבית משפט של אותה דרגה במקום אחר; ובלבד שלא תינתן הוראה לפי סעיף זה לאחר התחלת הדיון אלא בהסכמת השופט שהחל לדון בו.*

**בני סלע נ' שירות בתי הסוהר:** מקרה של **פורום שופינג** ע"י הנתבע. בד"כ התובע היוזם את ההליך ייזום את פורום השופינג. כאן יש מקרה של עתירה על תנאי כליאה – בני סלע עותר סדרתי. בפקודת בתי הסוהר יש הסדר ספציפי בסעיף 62א: הסמכת המקומית היא למחוז של בית הסוהר בו האסיר נמצא. במקרה להלן: אחרי שההליך מוגש, סלע מועבר לבית סוהר במחוז דרום (לפי סמכות מנהלית של השב"ס). השב"ס מודיע על ההעברה, ביהמ"ש מודיע על העברת התיק בהתאם. **החששות**: אם השב"ס לא מרוצה משופט מסוים, אז הוא יעשה פעם הבאה העברה מינהלית למקום אחר ויבחר בית משפט אחר.

**השופט רובינשטיין** הפרקטיקה הזו מעוררת תהיות מבחינת מדיניות- זהו פורום שופינג ע"י הנתבע שמחזיק בתובע, והיא מעוררת חששות של מדיניות וגם קושי מבחינת הדין הפוזיטיבי. **לא ברור ע"ב איזה דין ביהמ"ש מרשה לעצמו להעביר את התיק כי הסמכות נקבעת ברגע יצירת ההליך**.

טענה נוספת: בתי המשפט המחוזיים התרגלו להשתמש בסעיף 79(א) לחוק, המסמיך בית משפט שמוצא שהוא חסר סמכות להעביר את התיק לבית משפט שיש לו סמכות: רובינשטיין אומר כי **סעיף זה** **אינו רלוונטי כי הסמכות עדיין קיימת ואין סיבה להעביר את התיק**. העברת האסיר המינהלית אינה מפקיעה את סמכות ביהמ"ש.

**סעיף 79(א)**: *מצא בית משפט שאין הוא יכול לדון בענין שלפניו מחמת שאינו בסמכותו המקומית או הענינית, והוא בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר, רשאי הוא להעבירו לבית המשפט או לבית הדין האחר, והלה ידון בו כאילו הובא לפניו מלכתחילה, ורשאי הוא לדון בו מן השלב שאליו הגיע בית המשפט הקודם.*

**אולם סעיף 79(ב) קובע כי**: *בית המשפט או בית הדין שאליו הועבר ענין כאמור, לא יעבירנו עוד.*

**עקב כך:** רובינשטיין לא יכול לעשות כלום ולכן לא מקבל את העתירה של סלע בכל מקרה.

**ביהמ"ש העליון אומר בנוסף** כי כדי להעביר תיק יש לקבל את הסכמת האסיר, ורק אם האסיר לא מסכים להעביר תיק, אז השב"ס רשאי לבקש מהנשיא להעביר את התיק.

**מתי מעלים את טענת חוסר הסמכות המקומית?**

את הטענה לחוסר סמכות מקומית יש להעלות **"בהזדמנות הראשונה"**, אחרת ייחשב בעל הדין כמסכים לסמכות. ההזדמנות הראשונה תהיה: **א.** בכתב ההגנה. **ב**. בהתייצבות הראשונה לדין אם קדמה לכתב ההגנה. **ג.** בהזדמנות הראשונה לטעון טענות לגופו של עניין- אם קדמה לכתב ההגנה. (**פס"ד רוט נגד פישר**)

**סמכות שיפוט עניינית- מלכת הסמכויות**

**מדובר בארגון מבנה הכוח של המדינה**- ולא מדובר בארגון הבחירות של בעלי הדין. לא הצדדים בוחרים את הסמכות אלא הדין. מטעם זה, **ענייני הסמכות העניינית קבועים תמיד בחקיקה ראשית** ולא בתקנות.

כמה משמעויות נורמטיביות חשובות מכך:

1. בעלי הדין **לא יכולים להתנות** על הסמכות העניינית- יש אמירות חוזרות של בתי המשפט לעניין זה.
2. **ביהמ"ש יכול מיוזמתו לעורר את השאלה** של סמכות עניינית, בניגוד למקומית שאם לא עלתה הטענה אז בד"כ מקבלים את הסמכות- ביהמ"ש רשאי שם אבל לא חייב.
3. ניתן לעורר טענה של סמכות עניינית **בכל רגע בהליך**.
4. ניתן לעורר את נושא הסמכות העניינית גם ב**תקיפה עקיפה**- נניח וניתן פס"ד המורה על הוצאה לפועל. ניתן לאחר מכן לעורר טענה של חוסר סמכות לשפיטה
5. לא ניתן להקנות סמכות זו לפורום שאין לו אותה.

**למרות אלו,** **הדין חווה שחיקה מתמדת של העקרונות**- הדוקטרינה של סמכות עניינית לא תמיד מקבלת הגנה מלאה ולעיתים נסוגה מפני אינטרסים אחרים בהקשרים מגוונים.

טעמים עקרוניים לחלוקת הסמכות:

1. **טיעון המומחיות**: הטיעון הזה עובד פחות חזק כשמדברים על החלוקה בין בתי המשפט המחוזי והשלום ובין השלום לביהמ"ש לתביעות קטנות לדוג'. אולם שם עולה טענה של **מומחיות פרסונאלית** בין השופטים.
2. אולי פיצול שמטרתו **להציף רק סוג מסוים של תיקים לציבור**- החשובים באמת. ניתן לבקר: אולי ניתן ללמוד יותר דווקא מהתיקים הקטנים - איפה שהמשפט האמיתי נמצא.

**הסמכות הענינית מוסדרת בחקיקה ראשית ב-2 סוגי מקורות:**

1. חוקי סמכות: שעוסקים בהסכמות נקודתיות ויוצרים סמכות: חוק בתי המשפט לעניני משפחה, חוק ביה"ד לעבודה ועוד..
2. חקיקה כללית: חוק בתי המשפט אשר סעיפי הבריח הם **סעיפים 51 ו-40**. והסדר מיוחד ב**חוק יסוד השפיטה** (סעיף 15- סמכות של בג"ץ).

**פס"ד חירות**: עתירה לגבי פסילה של תשדיר בחירות, הטענה היתה כי בחוק הבחירות לכנסת כתוב כי על סוגים מסוימים של החלטות של ועדת הבחירות אין ביקורת שיפוטית. **השופט ברק**: חוק זה נמוך מחוק יסוד השפיטה וככל שהוא סותר את הסמכות של בג"ץ אז הוא **אינו תופס בכלל**. החוק הנ"ל יכול לשלול את סמכות שאר בתי המשפט אבל את של בג"ץ לא ניתן לשלול מבחינת ההיררכייה.

כעת- אם רוצים להגיש תביעה, ואנו שואלים באילו ערכאה- נעשה מהלך:

1. מבחן העילה: **האם התיק רלוונטי לחוק מסמיך ספציפי -** האם העילה היא ביחסי עובד- מעביד, האם עניין אזרחי לפי חוק החברות (כלכלי), האם העילה היא בעניני מעמד אישי ומשפחה וכו'.
2. מבחן הסעד המבוקש: **אם אין חוק ספציפי מתאים מבחינת העילה-** פונים להסדר הכללי לחוק בתי המשפט. החלופה הראשונה: האם התיק שייך לשלום- לפי **סעיף 51**- האם הסעד מפנה אותנו לשלום.

ביהמ"ש השלום מונה 4 ראשים עיקריים של סמכות (באזרחי כמובן):

1. סכום התביעה- עד 2.5 מיליון.
2. תביעה ששוויה הוא עד 2 וחצי מיליון גם **אם לא נתבע בה כסף** אלא נכסים נניח.
3. תביעה בדבר **חזקה או שימוש במקרקעין**: כוונת הביטוי הוא **החזקה או שימוש.**
4. **תביעה שכנגד באותו נושא גם אם היא לא נופלת ב-3 הראשים הללו,** נניח: בעלות במקרקעין ובלבד שעוסקת באותו נושא ונסיבות והיא תביעה שכנגד.הסיבה שהדין מאפשר זאת: אם ניתן להביא לצדדים לסיים את הדברים בהליך אחד, עדיף לעשות זאת כי השופט מכיר את הנושאים.

דוגמא 1: תבעו אותי על נזק לאדם, ותבעו אותי בשלום (אותו אדם) בנושא שאינו קשור ב-2 מיליון שקלים. **התוצאה:** ניתן לתבוע כנגד כי מדובר אמנם לא באותו הליך אבל בסכום שנכנס לגדר הסמכות של ביהמ"ש השלום.

דוגמא 2**:** תבעתי כנגד בסכום שאינו בסמכות (מעל 2.5 מיליון) וגם לא באותו נושא- אין סמכות לביהמ"ש השלום לאחד את התביעה והתביעה שכנגד.

**עקרון הסמכות השיורית**

**אם התביעה לא עומדת באף אחת מהעילות** היא תגיע לביהמ"ש המחוזי. סעיף 40:

40.  *כל עניין אזרחי או פלילי שאיננו בסמכותו של בית משפט שלום;*. (סעיף ארוך...).

**תביעה שכנגד בביהמ"ש המחוזי:**

המחוזי יכול לדון בכל תביעה שכנגד אצלו **גם אם היא בסמכות של השלום או בימ"ש אחר**. דוגמא: תביעה של 6 מיליון במחוזי, ותביעה שכנגד של 2 מיליון **גם אם לא באותו נושא**, תהיה בסמכות ביהמ"ש המחוזי.

**רואים הבדל בין המחוזי לשלום ומעין "הפליה"**- ניתן לחשוב על המחוזי כביהמ"ש שמכללא יכול לעשות כל מה שהשלום יכול לעשות.

כסיכום: **לנושא התביעה שכנגד יש הסדר מיוחד וסמכות רחבה יותר לביהמ"ש המחוזי**.

**אם לא ניתן לשום את התביעה**: גם אז הולכים למחוזי. ניתן לחשוב על ביהמ"ש השלום כמו כל בית משפט אחר –יש לו הגדרות ברורות וכל השאר הולך למחוזי או לשאר המקומות.

**מבחן הסעד המבוקש בעת הגשת התביעה**

**לפי פרשנותו של ביהמ"ש, סמכותו העניינית נקבעת ע"פ הסעד המבוקש בכתב התביעה**.

**פס"ד טובי נגד רפאלי:** עסקת קומבינציה שהסתבכה: השופטים שם מתלבטים ע"פ איזה קריטריון זה נקבע. העובדות: ישנה תביעה שמוגשת נגד קבלן ל**"סילוק יד"** של קבלן מהקרקע להחזרת נכס. הם רוצים שהוא ישלם להם **פיצויים**, הם גם רוצים **לבטל יפוי כוח** שניתן לו לעשות עסקאות בקרקע.

**המחוזי**: התיק שייך לשלום: סילוק יד נוגע להחזקה במקרקעין, הפיצויים מותאמים לשלום. העותר: הסעד של ביטול יפוי הכוח אינו סעד שניתן לשום אותו בשווי כספי אלא הצהרת זכויות ולכן בסמכות השיורית של המחוזי.

**השופט עציוני (מיעוט)**: השאלה החשובה היא **המהות האמיתית של הסכסוך. במקרה הנ"ל מהבעלות בנכס** ייחתכו כל הסעדים האחרים והמחלוקות האחרות, ולכן במקרה הזה התיק צריך להיות במחוזי ולא בשלום.

**דעת הרוב:** סעיף 51ניתן לפירוש בדרך יותר פורמלית ועדיף כך כדי ליצור כלל שנותן וודאות. ולכן היצמדות לסעיף תאמר כי הסמכות נקבעת **ע"פ הסעדים שתובע התובע ולא ע"פ המהות האמיתית** של הסכסוך. **זהו מבחן פורמאלי במכוון**- התביעה לפי איך שנוסחה בכתב התביעה - מקומה של תביעה לסילוק יד זה בשלום.

**התכלית של עציוני:** לא לתת לתובעים להסתיר את מהות הסכסוך ע"י ניסוח של כתב התביעה שינוסח בהתאם לנוחות מבחינת הסמכות.

**לסיכום:** הסמכות העניינית היא דבר שניתן להתפשר עליו תמורת הוודאות.

**מבחן הסעד מעורר בעיות יישומיות:**

1. **בעיית השינוי על פני הזמן בביהמ"ש השלום**: מה קורה אם יש שינוי באופי התביעה תו"כ ההליך? דבר טיפוסי שיכול להשתנות במהלך הזמן הוא עדכון סכום הפיצויים לדוגמא.

**פס"ד ספקטור נ' מגדל**: תביעה נגד מגדל, חב' ביטוח בשביל פיצויים בגין נזקי גוף מכוח הפלת"ד. לפי תקנה 16(ג)- לא חייב לנקוב בסכום הנזק בתחילת ההליך- כי הוא מוערך ע"י מומחים במהלכו. התביעה הוגשה לשלום והיתה הערכה לסכום נמוך מתחת לגבול. תו"כ הבירור התברר כי הסכום עולה מעל לתקרה ששייכת לסמכות השיורית של המחוזי. **ביהמ"ש העליון**: במצב זה, למרות שהסמכות נקבעת ע"פ הסעד המבוקש, השלום יאפשר לתקן את כתב התביעה לפי הליך מסוים, והתיקון עצמו יפקיע את הסמכות של השלום והוא יעביר את הדיון למחוזי באמצעות ההסדר שלסעיף 79(א).

**השופט ריבלין בפס"ד רובין-** זהו הסדר מיוחד שנקבע לעניין זה- סטייה מהעיקרון לפיו הסמכות נקנית בכתב התביעה- כאן השלום **מאבד את סמכותו תו"כ ההליך** ומחויב להעביר אותו.

1. **שינוי על פני זמן בביהמ"ש המחוזי פס"ד רובין נגד אפלבוים:** השאלה לענייננו: אם כתב התביעה מתוקן במהלך ההליך באופן בו הסכום יורד מתחת לגבול של המחוזי לשלום. עלתה טענה כי ניתן להחיל את ספקטור הפוך.

**השופט ריבלין:** ספקטור היה חריג ספציפי להסדר והוא **לא עובד לכיוון ההפוך**: המחוזי קנה את הסמכות והסמכות נשארת גם אם הסכום ירד מתחת לתקרה. **ההצדקה העקרונית**: מחוזי בכל מקרה דן בד"כ בשאלות מהסוג הזה בערעורים ומוסמך לפסוק, יותר מזה, אם אני מגיש תביעה של 5 מיליון במחוזי, נניח וביהמ"ש משתכנע על סכום נמוך יותר – ברור שהוא מוסמך לפסוק 2 מיליון.

1. **שינוי באופן התביעה מבעלות לשימוש והחזקה**: שאלה של מדיניות. ניתן לטעון שיש מומחיות נפרדת שעניינה בעלות במחוזי ויש מומחיות אחרת של נושאי החזקה ושימוש. ואולי במצב כזה המחוזי יצרך להעביר לשלום גם אם יש שינוי באופי התביעה של המקרקעין- **אין לנו תשובה מפורשת לכך בפסיקה.** ע"פ הרציונאל של פס"ד רובין- אולי המחוזי יכול להמשיך לדון **אך שאלה זו עדיין עומדת.**
2. **האתגר של ריבוי הסעדים המבוקשים:** נחזור **לטובי נ' רפאלי**: מה קורה כאשר התביעה כוללת סעדים השייכים לשלום וסעדים השייכים למחוזי?האתגר יכול להתעורר לפי מבחן הסעד.

לפי המבחן המהותי של עציוני ניתן לומר שאפשר לבדוק את המהות של התביעה - האם היא יותר בעלות או יותר החזקה? לפי מבחן הסעד**: יש התנגשות, ובפס"ד טובי ביהמ"ש מורה לפצל את התביעות** בגלל הסעד לביטול יפוי כוח שהסמכות למחוזי מול הסעדים האחרים שהסמכות להם היא לשלום.

**פס"ד לוי נ' עקריש:** פס"ד זה אומר שאין לנו ברירה אלא לפצל את הסעדים ולהגיש 2 תביעות ואין לאפשר לנהל 2 תביעות יחד. כיום יש עידונים שפותחו ללוי נגד עקריש כהלכת בסיס- נדון בהם בהמשך.

**פס"ד הפדרציה הישראלית לתקליטים:** אנו כבולים **לפס"ד לוי נגד עקריש**. העובדות: תביעה בקניין רוחני שבאופן טיפוסי מעוררת את הבעיה כי בד"כ יבקשו פיצויים וצו מניעה. צו מניעה שייך באופן טיפוסי לביהמ"ש המחוזי והסכום שייך לשלום. **השופט אור:** אין ברירה אלא **לפצל את התביעה**.

תיקון סעיף 40 לחוק בתי המשפט: נוסף סעיף 40(4) היוצר חריג לעניין קניין רוחני. **החריג:** במצבים בהם מוגשת בקשה לצו מניעה ופיצוי יחד - גם אם בקשת הפיצוי נמוכה למחוזי, ניתן להגיש אותם למחוזי.

**"הלכת הסעד הטפל"**

דוקטרינה שפותחה כדי להחליש את הצורך לפצל. **המשמעות:** הטפל הולך אחרי העיקר.

**פס"ד קלקודה:** **במצב בו יש כמה סעדים וכשאחד הסעדים הוא "טפל",** קרי: נגזר מהסעד הראשי העיקרי, **אז ביהמ"ש המוסמך לדון בסעד העיקרי קונה גם סמכות לדון ולהכריע בסעד התפל**.

איך נדע אם סעד מסוים הוא הטפל? אם אני מברר את הסעד העיקרי, והסעד הטפל יתברר ממילא. אולם, אם כל סעד מחייב בירור עצמאי אז הם אינם טפלים זה לזה.

דוגמא מתי אין טפלות: **פס"ד הפדרציה** ביקשו צו מניעה ופיצויים. פיצויים ניתנים לנזק בעבר ויש לברר את הנזק, ואילו צו המניעה הוא "תמורת" הפרת החוק ולכן הם אינם טפלים זה לזה. **לצו מניעה יש תנאים מסוימים לתת ולא אוטומטית**: הבירורים הם שונים בין שניהם.

דוגמאות לטפלות- **פס"ד קלקודה:**

1. המקרה הקלאסי - טפלות של חזקה ובעלות: אם יש שאלה מיהו הבעלים של נכס והנתבע מחזיק בנכס. אומר ביהמ"ש כי יש להגיש תביעה לבעלות. אם ביהמ"ש יכריע בבעלות- ממילא הזכאי יהיה זכאי לחזקה. **זה מקרה נפוץ ולכן תביעה כיום לבעלות וחזקה תוגש לביהמ"ש המחוזי** **אוטומטית.**
2. שכירות ארוכת טווח: יש דרישה לרישום. אם אני רוצה להגיש תביעה ל-2 סעדים: אכיפת חוזה שכירות וצו לרישום השכירות. הצו לרישום שייך למחוזי – שיורי ולא ניתן לשום אותו. אכיפת חוזה שכירות- החזקה ולכן שייך לשלום. **ביהמ"ש**: יש להגיש לשלום על אכיפת חוזה שכירות. אם יקבלו את הזכות הזו, ייגזר מזה שחייב לרשום ממילא. בסיס התביעה היא האכיפה של חוזה השכירות ולכן זה יוגש לשלום.

ניתן לראות כי דרך הניסוח של הסעדים יכולה להשפיע על דרך ההתייחסות להלכת העיקר והתפל. ויש כאן כרסום בסמכות הענינית לטובת פתרון הבעייתיות של פיצול הסעדים.

**12.12.2011- הרצאה מספר 6**

**דוח ועדת אור** **(1997):** מאז דוח זה, הנטייה במערכת היתה שהוא הולך להיות מאומץ, אולם בפועל החקיקה שלו התעכבה. המהלך העיקרי של הדוח: הפיכת המחוזי לבימ"ש ש**כמעט באופן בלעדי יהפוך לערעורים** **ואז ביהמ"ש השלום יהיה ערכאת הדיון העיקרית**. החלוקה בין השלום למחוזי בדוח, שיקפה את התפיסה שמדברת על פער ענייני ומהותי בין הערכאות וכשירותם. ביהמ"ש העליון גם אמור ליהנות מזה- הוא לא יהיה עוד ערכאת ערעור בזכות, והתיקים שיגיעו לעליון מלבד בג"ץ יהיו תיקים של ערעור בגלגול ברשות - והעליון יוכל לסנן אותם. **הנשיאה בייניש**: הביעה ספקות לגבי התוכנית ומחלוקות וזה לבסוף לא התממש- אולם לדוח יש עדיין משקל והוא משקף עדיין תפיסה רווחת.

**"הסמכות הנגררת"-** ס' 76 לחוק בתי המשפט:

*76. הובא ענין כדין לפני בית משפט והתעוררה בו דרך אגב שאלה שהכרעתה דרושה לבירור הענין, רשאי בית המשפט להכריע בה* ***לצורך אותו ענין*** *אף אם הענין שבשאלה הוא בסמכותו הייחודית של בית משפט אחר או של בית דין אחר.*

**מדובר בהחלטה שתתפוס רק לצורך אותו עניין** – נניח שאלת נישואין במהלך דיון על חלוקת רכוש. החלוקה הרכושית תעמוד לפי קביעת הנישואין, אולם אין בקביעה משום החלטה כללית לגבי נישואיהם בדין ובהלכה.

**לא להתבלבל:** ע"פ סעיף זה כשהשלום מכריע בעניין מסוים הוא נותן **סעד שבתחום סמכותו**, אולם כדי להגיע אליו הוא צריך להכריע בשאלה שמחוץ לסמכותו. זה שונה מהלכת הסעד הטפל- שם ביהמ"ש נותן סעד מחוץ לתחום סמכותו. כאן החריגה היא רק בהכרעה בשאלה הנדרשת לצורך הסעד המבוקש - ביהמ"ש נותן קביעה מסוימת נניח בענין בעלות אבל **הוא לא נותן צו לעניין הבעלות**.

**פס"ד אלטשולר נ' וייל:** נותנים תשובת ביניים לשאלה: מה הנפקות של החלטה אגבית בהליך אחד כשהיא מתעוררת בהליך שני? הסעיף אומר לכאורה כי אין הקביעה מחייבת את הערכאה השנייה. **ביהמ"ש**: הכרעה אגבית בהליך אחד מקימה מעשה בית דין לגבי הכרעות אגביות אחרות.

**ההלכה**: החלטת השלום תחייב אם ביהמ"ש המחוזי יידרש להכרעה אגבית דומה. אולם, אם השאלה תתעורר כשאלה ראשית במחוזי **ההכרעה האגבית לא תחייב**.

**וועדת אור** : הומלץ כי כל עוד לא מעבירים את הכול לשלום, **לפחות יש לקבוע כי הכרעה אגבית של השלום תחייב את המחוזי ולהיפך**- תיצור מעשה בית דין.

טשטוש נוסף בגבולות הסמכות העניינית: **הסמכות ביחס לתביעה שכנגד**

**נזכיר:** המחוזי מוסמך לדון בתביעות שבסמכות השלום בתביעה שכנגד בכל נושא. ולהיפך- השלום גם רשאי ובלבד שמדובר באותו נושא של התביעה הנובע מאותן נסיבות: זהו שוב כי]וף כללי הסמכות לטובת יעילות דיונית.

נוסח סעיף 51: תביעה שכנגד צריכה להיות באותו נושא, אותן נסיבות – **יהא שוויו אשר יהא.**

השאלה- האם מדובר רק בתביעות כספיות ורק בהיבט השווי?

**פס"ד רובנישטיין נגד רון:** **ביהמ"ש**: קנית הסמכות של המחוזי לפי סעיף 51 חלה **גם על תביעות שאינם רק בנושא שווי** אלא כאלו שבסמכות המחוזי בגלל נושא המקרקעין- בעלות נניח.

**פס"ד עזבון נאסר נ' קק"ל:** (**ההלכה הכי עדכנית**- הסבר טוב): ביהמ"ש חוזר על ההלכות ומאמץ שם מבחן קפדן וצר. **ע"פ ביהמ"ש:** צריכה להיות **זיקה חזקה בין 2 התביעות כדי שנקבע שזה אותו נושא**: זו תנועה מעט כנגד הזרם ומחפשים זיקה במובן חזק - **דרישה** **שהתביעות יהיו קשורות בטבורן.**

ס' 79(ב) לחוק - **סעד בשל חוסר סמכות**

79*. (א) מצא בית משפט ש****אין הוא יכול לדון בענין שלפניו מחמת שאינו בסמכותו המקומית או הענינית****, והוא בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר,* ***רשאי הוא להעבירו לבית המשפט או לבית הדין האחר****, והלה ידון בו כאילו הובא לפניו מלכתחילה, ורשאי הוא לדון בו מן השלב שאליו הגיע בית המשפט הקודם.*

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

מה עושה בימ"ש שמגלה שאין לו סמכות לדון**?** איך הוא יכול לגלות:

1. אם צד אחד מעורר את הטענה.
2. השופט יכול לעורר את הטענה בעצמו.

אם ביהמ"ש מוצא את עצמו חסר סמכות - אומרת **תקנה 101(א)(2):**

101. *(א) בית המשפט או רשם שהוא שופט רשאי, בכל עת, לדחות תובענה נגד הנתבעים, כולם או מקצתם, מאחד הנימוקים האלה:*

*(1) מעשה בית דין;*

*(2) חוסר סמכות;*

*(ב) לא ייעתר בית המשפט או הרשם לבקשת דחיה מחוסר סמכות, אם נראה לו שיש להעביר את הענין לבית משפט או לבית-דין מוסמך לפי סעיף 79 לחוק בתי המשפט.*

**מה קורה אם ביהמ"ש שאליו הועבר התיק מתוקף 79(א) מגלה שהוא חסר סמכות**: 79(ב) מונע ממנו להעביר עוד:

1. אם הוא מגלה שהוא **חסר סמכות מקומית** - ביהמ"ש אומר כי העברה ע"פ סעיף 79(א) מקנה סמכות. זה הפירוש שביהמ"ש העליון נותן למילים – "לא יעבירנו עוד.."- יש כאן קנית סמכות.
2. **אם מדובר בעניינית**- **פס"ד שור נגד בן יקר גת**: **ההעברה כלשעצמה מקנה סמכות לפי פס"ד זה לא משנה האם יש לו סמכות או לא והאם חוסר הסמכות לכאורה הוא ענייני או מקומי.** השופט שלמה לוין מצוטט את וועדת אור ואומר כי אין הבדלים משמעותיים בין הערכאות וההעברה כשלעצמה מקנה סמכות.

**פס"ד שור** זו ההלכה היום בהקשר של סעיף 79(ב), ולכן כל העברה לפי סעיף 79(ב) מקנה סמכות לביהמ"ש אליו הועבר התיק.

עקרונית, ניתן לערער על ההחלטה להעביר את הסמכות מלכתחילה עוד בערכאה המעבירה ובכך למנוע את העברת הדיון לבימ"ש אחר - אך זה **רק אם המערער אינו מי שביקש להעביר את ההליך** ואז הוא לא יוכל לערער.

**עקרון תוה"ל**

גם עקרון תוה"ל, כעקרון שחולש על סדרי הדין, משחק תפקיד ממתן לעוצמת הסמכות העניינית. התנהגות אופורטוניסטית של אחד מהצדדים בעניין טענות סמכות, יכולה להיתפס כהתנהגות בחוסר תו"ל.

**פס"ד אלעוברה:השופטת בייניש**: אם בעל דין מעלה את טענת חוסר הסמכות רק בערעור, הנטייה היא לראות בטענה כחוסר תו"ל ולא לתת לה לעלות.

**פס"ד כלפא נגד זהבי: הנטייה הופכת להלכה**. הוגשו סיכומים ערב הפסיקה ואחד הנתבעים נזכר לעורר טענה של חוסר סמכות עניינית. **השופט טירקל**: לאחרונה מתחזקת המגמה לא להיזקק לטענות חוסר סמכות הנטענות באיחור רב - **המתנה עד סוף ההתדיינות היא שיהוי** **וזה מהווה חוסר תו"ל.** מדיניות ראויה מחייבת למנוע התרוצצות בין ערכאות ופיצול הדיון - ונשתמש בעקרון תוה"ל כדי לחסום התרוצצות זו.

**חזקה ושימוש והעברת הסמכות**

**הלכת שמש**: קבעה כי **כשהסעד המבוקש הוא סעד הריסת מקרקעין, זה לא מוגדר כהחזקה ושימוש**- אמנם לא בעלות אבל סמכות המחוזי שיורית ולכן דבר כזה יהיה בחזקת המחוזי.

**פס"ד ג'מיל נגד לוי:** סכסוך בין שכנים בעלי חנויות לגבי פרגולה, אחד רוצה שהשני יהרוס את הפרגולה ו**הסעד המבוקש הוא הריסה**- מהלכת שמש נובע כי המחוזי לכאורה הוא בעל הסמכות העניינית. המחוזי מעביר לשלום, משם התיק עובר לביהמ"ש העליון. **השופט ריבלין**: קובע כי התיק הוא עילה של מטרד ליחיד, והמטרד ליחיד היא עילה קלאסית של שימוש בד"כ- **הבקשה היא אמנם לסעד הריסה של פרגולה, ברור כי באופן טיפוסי בסכומים אלו ומכיוון שמדובר במטרד ליחיד, אז בימ"ש השלום צריך לדון בזה ולא המחוזי** - **יש שינוי של הלכת שמש**.

**עוד אומר ריבלין**: כיום, כשבתי משפט השלום מומחים לדון במיליוני שקלים, אין שום סיבה וקשה לומר שאין להם סמכות עניינית בכשירותם לדון בהריסה של פרגולה אחת. המטרה היחידה של דיני ההחזקה והשימוש זה לשגע את בתי המשפט ללא כל תפקיד אחר ואנו עדיין כבולים בהם- **נראה כי יש כאן היפוך מוחלט של מבחן הסעד. ריבלין מדבר על שאלת התוכן המהותי של הסכסוך- שהוא שימוש.**

**למרות הלכה זו:** טובי נגד רפאלי עדיין ההלכה – מבחן הסעד, ויש אבחנה בין המקרים כי מדובר כאן במצב נקודתי. ההחלטה של ריבלין **ע"פ לשונה עוסקת בנסיבות הספציפיו של מטרד ליחיד בשילוב עם בקשה לצו הריסה** כמקרה ייחודי, **אולם הוא משקף משהו במגמת בתי המשפט יחד עם וועדת אור העומדת ברקע.**

**תיקון 78 לחוק בתי המשפט**

**סע' 78**: עוסק בסמכות שופט בימ"ש עליון להעביר תיק למחוז שיפוט אחר.

(ג) ~~על החלטת שופט בענין פסלות רשאי בעל דין לערער לפני בית המשפט העליון~~ החלטת שופט או בית משפט לפי סעיף זה תהיה מנומקת, ורשאי בעל דין לערער עליה לפני בית המשפט העליון; בערעור ידון נשיא בית המשפט העליון, או מותב של שופטי בית המשפט העליון, או שופט אחד, הכל לפי שיקבע הנשיא.

**78**. *(א) הליך מסוים שהובא או שיש להביאו לפני בית משפט מחוזי או בית משפט שלום במקום אחד,* ***רשאי נשיא בית המשפט העליון*** *או שופט אחר של בית המשפט העליון שהוא הסמיכו לכך* ***להורות שיהיה נידון בבית משפט של אותה דרגה במקום אחר****; ובלבד שלא תינתן הוראה לפי סעיף זה לאחר התחלת הדיון אלא בהסכמת השופט שהחל לדון בו.*

*(ב) בהחלטה לפי סעיף קטן (א)* ***ישקול*** *נשיא בית המשפט העליון או שופט אחר של בית המשפט העליון שהוא הסמיכו לכך, לפי העניין,* ***את מידת הפגיעה הצפויה בבעלי הדין כתוצאה מההעברה****,* ***את המרחק*** *בין בית המשפט שממנו הועבר ההליך לבין בית המשפט שאליו הועבר* ***ואת הבטחת נגישותם*** *של בעלי הדין לבית המשפט.*

*(ג) בית המשפט שאליו הועבר עניין כאמור, לא יעבירנו עוד.*

התוספת העיקרית: **ס' 78א**:

**78א.** *(א) מנהל בתי המשפט רשאי להעביר* ***הליכים אזרחיים והליכים בעבירות תעבורה*** *שהוגשו לבית משפט מסוים וטרם החל הדיון בהם, לבית משפט אחר של אותה דרגה, בין באותו אזור שיפוט ובין באזור שיפוט סמוך, כדי לאזן את חלוקת עומס הדיונים בין בתי המשפט, ו****בלבד שהמרחק בין בתי המשפט אינו עולה על 60 קילומטרים****; החלטת מנהל בתי המשפט להעביר את אותם הליכים טעונה הסמכה של נשיא בית המשפט העליון שאושרה בידי שר המשפטים, ולעניין הליכים בעבירות תעבורה – גם התייעצות עם המפקח הכללי של המשטרה או מי שהוא הסמיכו לכך.*

*(ב) מנהל בתי המשפט יפרסם הודעה ברשומות ובאתר האינטרנט של הנהלת בתי המשפט בדבר העברת הליכים כאמור בסעיף קטן (א).*

*(ג) (1)* ***בעל דין הרואה את עצמו נפגע*** *מהחלטת מנהל בתי המשפט כאמור בסעיף קטן (א),* ***רשאי לבקש ממנו לעיין מחדש בהחלטה****;*

*(2) בהחלטה בבקשה לעיון מחדש לפי פסקה (1),* ***ישקול מנהל בתי המשפט את מידת הפגיעה בצפויה בבעלי הדין*** *כתוצאה מההעברה ואת הבטחת נגישותם של בעלי הדין לבית המשפט;*

*(3) על החלטה כאמור בפסקה (2)* ***ניתן לערער לפני נשיא בית המשפט העליון*** *או שופט אחר של בית המשפט העליון שהוא הסמיכו לכך.*

*(ד) (1) תיק שהועבר לפי סעיפים 49, 78 או 79, מנהל בתי המשפט לא יעבירנו עוד;*

*(2) תיק שהועבר לפי סעיף זה, מנהל בתי המשפט או בית המשפט שאליו הועבר, לא יעבירנו עוד.*

*(ה) בסעיף זה, "התחלת הדיון" ו"הליכים בעבירות תעבורה" – כהגדרתם בסעיף 49(ד).*

**סע' 78א**: מסמיך את מנהל בתי המשפט (שופט בד"כ מחוזי במשרה מנהלית דה פקטו כפוף לנשיא העליון - גשר בין הרשות השופטת למבצעת) להעביר נתחים של תיקים (אזרחיים ותעבורה) מבימ"ש אחד לאחר: בין בתוך אותו מחוז ובין במחוזות שונים, **ובלבד שהמרחק בין בתי המשפט** (מעביר ומועבר) **לא יעלה על 60 ק"מ**.

**סע' 78א(ד)**: קובע כי תיק שהועבר ע"פ סעיפי העברת הסמכות הללו:

1. **סעיף 78:** העברה ע"י נשיא ביהמ"ש העליון.
2. **סעיף 49:** העברה ע"י נשיא בימ"ש שלום מבימ"ש אחד לאחר באותו מחוז.
3. **סעיף 79:** העברה בשל חוסר סמכות.
4. **לפי הסדר זה:** קרי, ע"י מנהל ביהמ"ש.

**לא יועבר שוב** **ע"י מנהל בתי המשפט.** "לא יעבירנו עוד" – פורש בפסיקה כך שגם אם ביהמ"ש הנעבר חסר סמכות במקור, עצם ההעברה מקנה לו סמכות.

**המשמעות: מנהל בתי המשפט יכול ליצור סמכות לבימ"ש שאין לו סמכות**.

החידוש המשמעותי: האפשרות להעביר קבוצות של תיקים מסוג מסוים בבימ"ש מסוים בתקופה מסוימת, מבלי לבחון כל תיק לגופו: המטרה כאן היא מנהלית לחלוטין, ולא החלטה שיפוטית ספציפית.

**דיני הסמכות והפרקטיקה**

**החשיבות של דיני הסמכות העניינית גדולה - היא פרקטית ואסטרטגית עבור עורכי הדין.** דינים אלו נותנים לבעלי הדין הנחיות איך לנהוג בעיקר בשלבים הראשונים של ההליך: על התובע ללמוד לאן להגיש את התביעה כך שהאינטרסים של הלקוח שלו יקבלו את הביטוי הטוב ביותר, תוך צמצום סיכוני הטענה של חוסר סמכות. לנתבע ברוב המקרים יהיה אינטרס לעורר טענה של חוסר סמכות כי כל דחייה בניהול ההליך מיטיבה עימו היות ומוסיפה לו זמן והופכת לכלי במו"מ. הנתבע צריך להכיר את הדינים בכדי לדעת מתי לטעון? האם לטעון בכלל וכו'.

**לבעלי הדין אינטרס לשמר את הכלי ואילו המדינה שוחקת את האבחנות** ופחות מתרשמת מטענות חוסר סמכות- המדינה רואה בעניין זה בעיקר כמנגנון לניתוב תיקים ופחות מתייחסת לאבחנות השונות.

ההיבטים שאפיינו את עוצמתה של הסמכות העניינית בהקשרים נוספים הולכים ונשחקים גם כן, לדוגמא:

**מושג הבטלות היחסית: לא כל פגם מינהלי יוביל לבטלות הפעולה המינהלית**- לביהמ"ש שיקול דעת לקבוע מהי תוצאת הפגם המינהלי, למשל**:** אם ביטול הפעולה יגרור השלכות קשות לאנשים שהסתמכו עליה, אז אולי יבטלו מעתה והלאה ולא אחורה - **ביהמ"ש משלב שיקולי הגינות נוספים ולא רק את שיקולי השאלה שלפניו**.

**נקודה אחרונה: ביקורת השחיקה במעמד הסמכות העניינית:** כמה כותבים מבקרים שחיקה זו לא מטיעון הכשירות אלא מטעמים של **פערים מוסדיים בתרבות המוסדית בכל מקום ומקום**. הטענות הן כי ניתן לראות פערים תרבותיים בין התנהלויות המוסדות בכל מקום ומקום מבחינת הרכיב המקומי - במקומות פחות מרכזיים לדוגמא יש שחקנים חוזרים ותרבות מקומית שונה לחלוטין שאולי שווה לשמור עליהם כתרבות למתדיינים הרלוונטיים. ככל שאנו רוצים לטפח תרבויות מוסדיות, אזי **האבחנות בין מקום למקום ובין שלום למחוזי הם דברים אותם אנו רוצים לטפח**.

**מעשה בית-דין**

2 סוגים של מעשה בית-דין:

1. השתק עילה.
2. השתק פלוגתא.

מדובר בעיקרון שאינו חקוק במפורש בחוק או בתקנות. המקור: המשפט המקובל. המשמעות: הוא פותח מעקרונות צדק ותו"ל ולכן הוא גם כפוף אליהם. **מסקנה:** מעשה בית-דין עשוי רעיונות של צדק והגינות דיונית והם משחקים תפיד רציני בפיתוח הדוקטרינה הזו.

הרעיון הבסיסי: סופיות הדיון. נעסוק כל הזמן ב-2 אירועים- 2 משפטים. **השאלה:** מה ההשלכה של מה שקרה במשפט הראשון על מה שיקרה במשפט השני?

**הגדרה כללית למעשה בית דין:** אם נותן בימ"ש מוסמך פס"ד סופי בהתדיינות כלשהי, פס"ד זה מקים מחסום דיוני אשר מונע התדיינות נוספת בין אותם בעלי דין או חליפיהם בנושא או בשאלה שהוכרעו בפסה"ד.

**עקרון דומה- עקרון המניעות:** Res Judicata / Preclusion/ Estoppel- **מחסום כלשהו על המשפט השני**.

הרציונאל מבחינת המערכת: רוצים לחסוך את הצורך לדון מחדש על אותה שאלה. על כן, מע' המשפט יכולה לסמוך על ההחלטה שניתנה בהליך הקודם- חוסך עלויות, חוסך פסיקות סותרות- שפוגעות בעקביות הדין.

הרציונאל מנק' מבט של בעלי הדין:

1. **צדק והוגנות**- מונע מהצדדים להמשיך בעתירות עד לקבלת תוצאה רצויה.
2. משקף את **עיקרון התקדים המחייב** במקרה הכי בסיסי שלו.
3. מחזק את היבט שלטון החוק והתפיסה של סעד כזכות אמיתית: מי שזכה במשפט וקיבל סעד, הזכות שלו אמיתית והוא יכול להרגיש שהמשפט פעל באמת **רק אם יש לכך היבט של סופיות**. מנגד: אם נהיה תחת חשש של הליך עתידי אזי הזכות של בעל הדין פגומה.

**פס"ד זלסקי**: מדבר על סופיות הדיון ועל החשיבות שלו. **השופט אור:** מדגיש כי **עיקרון מעשה בית דין אינו עיקרון מוחלט**: הוא נועד לקדם טעמי צדק ופותח ע"י הפסיקה, אך **הוא יכול לכוף ראשו מפני טעמי צדק אחרים**. אור מונה חריגים המצדיקים סטייה מהעיקרון הזה:

1. שינוי בדין.
2. גילוי ראיות חדשות.
3. שינוי אקלים המשפטי.

**מסקנה:** הדוקטרינה אינה הרמטית ומטעמים אלו יש סיכוי שהתובע מחדש יישמע.

**מעשה בית-דין** הוא **מחסום דיוני** ולא מהותי. המשמעות: מדובר בעיקרון שהמשפט המהותי לא עומד עליו ועל כן הוא ניתן לוויתור. בהתאם: מנגנון זה צריך להיות מועלה **בהזדמנות הראשונה ויש לטעון טענה כזו כבר בתחילת המשפט השני**- מי שלא עורר אותה, באופן טיפוסי ייתפס בתור מי שוויתר על הטענה.

**מסקנה:** רק אם בעלי הדין יעוררו את הטענה אז ייעשה במנגנון שימוש- הצדדים הם הנהנים מהבחירה האם להפעיל את הכלי או לא.

**ההבדלים בין השתק עילה לפלוגתא:**

**"השתק עילה":** לא ניתן לעורר במשפט השני עילה **שנקבעה ונסתיימה** בפס"ד במשפט הראשון.

**"השתק פלוגתא":** לא עוסקים בעילה אלא בשאלה עובדתית מסוימת (גם עובדתית משפטית- כמו האם נכרת חוזה) שהוכרעה במשפט הראשון. אם הוכרעה שם, אז לא ניתן לפתוח אותה לדיון במשפט השני והמשפט השני יתנהל ע"פ ההנחה שמה שנקבע במשפט הקודם הוא נכון.

לכאורה, השתק עילה רחב יותר כי זה חוסם את הגישה למשפט בכלל, אולם, במובן אחר, השתק פלוגתא יכול להתעורר בתביעות שונות שאין ביניהם זהות כלל ואז ייעשה במנגנון שימוש רחב יותר- **לכן, מדובר בעילות שונות כאשר אין אחת היותר רחבה מהשנייה.**

**המאפיינים המשותפים של 2 העילות:**

1. בית משפט מוסמך: הסמכות העניינית היא הקריטית כי סמכות מקומית היתה צריכה להתעורר כבר שם.
2. פסק-דין סופי: פסק דין שביהמ"ש שנתן אותו לא יכול לשנותו. פס"ד חלוט- אף אחד לא יכול לשנות אותו כי כבר היה עליו ערעור או פקע הזמן להגשת הערעור.
3. זהות הצדדים: נדרש שב-2 ההליכים יהיו אותם בעלי דין.

בבסיס הדרישה עומד **"עקרון ההדדיות":** אנו לא נאפשר לבעל דין אחד לטעון טענת השתק לבעל דין אחר, **אלא אם בעל הדין שטוען את הטענה היה כבול ומוחזק לאותה טענה אילו היה מהצד השני** **והיה ניתן להשתיק אותו**- עקרון של הגינות דיונית.

**תפיסה זו הורחבה גם לצדדים שיש ביניהם קרבה משפטית מובהקת ולא זהות ממשית**: כמו מוריש ויורש, מוכר וקונה. לדוגמא: יש 2 חלקות קרקע ובעלים א' וב' מנהלים סכסוך על הגדר בין החלקות. נניח ש-ב' זוכה בתביעה. עתה ב' מוכר את הקרקע לג'. לכאורה, יכול לטעון א' שהפסיד כי הוא רוצה לנהל את התיק מחדש **אבל זה לא סביר, ולכן זהות הצדדים בין ב' ו-ג' נשמרה** - האינטרס המשפטי נשמר ביניהם ולכן ג' יוכל לטעון למעשה בית-דין. **מסקנה:** מעניינת אותנו הזהות המשפטית העקרונית בין הצדדים ולא שמות הצדדים.

דוגמא נוספת: **פס"ד אריה**: המבוטח, במקום לתבוע את הביטוח שלו שיתבע את הביטוח של המזיק, וויתר למזיק על תביעה מולו **ולביטוח לא נשאר את מי לתבוע** - וזה יכול לפעול כאן לרעת המבטח. כאן, במשפט הראשון **המבוטח וויתר על זכות והמבטח היה כבול לוויתור על הזכות לכאורה**.

**הרצאה מס' 7 - 26.12.2011**

**המשך - מעשה בית דין- השתק עילה**

**התנאי הרלוונטי להשתק עילה:**

עילה לדיון: נדרש כי ב-2 המשפטים עומדת אותה עילה לדיון לגביה טוענים השתק.

**הטוען הטיפוסי:** הנתבע.הרי התובע הוא זה שטוען לעילה ויוצר את ההליך, ולכן **השתק עילה הוא באופן טיפוסי טענת הגנה של נתבעים**.

**הבסיס החוקי להשתק העילה**

1. **דוקטרינה מהמשפט המקובל** אשר ביהמ"ש הישראלי משתמש בה.
2. למרות שאין סעיף מפורש להשתק עילה בחוק או בתקנות- יש הסדר לא מפורש: **תקנה 44(א):** דרישה לכלול את מלוא הסעד בתביעה. **תקנה 44(ב):** תובע שלא כלל בתובענה חלק מהסעד או ויתר עליו, **לא יגיש לאחר מכן תובענה נוספת בגין הסעד אותו הוא לא כלל**; אמנם אין כאן את המילים השתק עילה אבל בעצם זו המשמעות של התקנה הזו.

**תקנה 45 משלימה את התמונה:** "פיצול סעדים":

*45. מי שזכאי לסעדים אחדים בשל עילה אחת, רשאי לתבוע את כולם או מקצתם; אך אם לא תבע את כולם, לא יתבע אחרי כל סעד שלא תבעו, אלא אם כן הרשה לו בית המשפט שלא לתבעו.*

**כלומר**, אם אני צופה במשפט הראשון שאולי אצטרך להגיש מאוחר יותר תביעה בגין אותה עילה בשביל סעד נוסף. אז אני אצטרך **לבקש היתר מביהמ"ש לפצל את הסעדים: התוצאה:** המנגנון של השתק העילה מתמרץ תובעים למצות את המשפט הראשוני עד תום.

**מבחן העילה**

**מבחן מהותי וענייני** - להבדיל ממבחני הסעד. כשבתי משפט במשפט השני מנסים להבין האם העילה שהוגשה אליהם היא זהה, **הם בוחנים את עובדות היסוד של התביעה הראשונה**.

אנו רואים שאלות מהסוג: "האם העובדות, האירוע, העסקה, זהים למה שנאמר במשפט הראשון". או: "האם הזכות הנטענת במשפט השני היא אותה זכות נטענת במשפט הראשון"

דוגמא:תביעה בגין תאונת דרכים. הנפגע ניזוק ותובע ע"ב רשלנות הנתבע. נניח כי במשפט הראשון התובע טוען כי הנתבע נסע במהירות מופרזת וביהמ"ש קובע כי הוא לא נסע במהירות. ואז במשפט השני התובע נזכר לטעון כי התובע נסע גם באור אדום. זהו משפט שעוסק באותה עילה: זכותו של התובע להגנה במסגרת דיני הרשלנות מצד הנתבע. **במצב זה אומר הדין לתובע כי** **אלו נסיבות שהוא יכול היה לברר מראש, ואם הוא פספס והגיש תביעה שניה- אז זה בגין אותה עילה ולכן** **ישנו השתק עילה.**

**פס"ד אריה נגד שכון**: תביעה טיפוסית של רוכשי דירה נגד קבלן על ליקויי בניה. יש כאן דיון בנושא זהות הצדדים ובנושא העילה. התובעים מפצלים את תביעתם בגין נזקי הבניה ל-2 תביעות, למה? ביהמ"ש מנחש כי הם רצו להישאר בתחומי הסכמות הענינית של ביהמ"ש השלום – ולכן הגישו 2 תביעות מתחת לסכום של השלום - אבל בגין אותה עילה ונזקים. **ביהמ"ש לא רואה סיבה לפצל**, אומר כי הנזקים ידועים וזהו אותו סיפור.

מה החלופות כרגע שבפני התובע:

1. לכלול את כל הנזקים והסעדים באותה התביעה- להתחבר יחד.
2. לוותר על התביעה השנייה- זה מה שהם עשו כי היה להם ביטוח ממנו יקבלו את הנזקים.

אחרי שחב' הביטוח משלמת לתובעים, היא תובעת את הקבלן כדי להשתפות. החברה מגישה את התביעה השניה שלא התקיימה נגד המזיק. טענת הקבלן: שהם וויתרו על התביעה קודם (בדמות הדיירים שוויתרו) לכן ויש כאן השתק עילה. חב' אריה: טוענת כי מדובר בגוף אחר ולא באותם תובעים - המבוטח וויתר ו**אין זהות צדדים ביניהם**.

**ביהמ"ש**: מתקיים **"עקרון הדדיות"** וחברת הביטוח נכנסת בנעליהם של התובעים הראשונים ומפסידה בגלל הוויתור של המבוטח הראשון. מה אולי הפתרון? לחזור בתביעה למבוטחים. **ביהמ"ש אומר כי במקרה זה הקבלן מוגן והבעיה של חברת הביטוח היא עם המבוטח** - **יש כאן אפקטיביות של נושא זהות הצדדים.**

**פסק הדין דן בנושא של זהות העילה:** היה נסיון להציג את 2 התביעות כנושאים שונים - אחת מכוח דיני הנזיקין ואחת מכוח דיני החוזים. ביהמ"ש**:** **מדובר באותו סיפור ובסה"כ בהתרשלות של הקבלן** **ובאותם מעשים** - **הזכות המהותית היא אותה זכות ובמובן הזה העילה זהה**.

**מה הדבר שמסיים את העילה**?

האם דחיה על הסף/מחיקה על הסף מקיימים השתק עילה?

**תקנה 527:**

*527.* ***מחיקת תובענה******אינה מעשה בית דין*** *ואין בה, כשהיא לעצמה, כדי למנוע את התובע מהגיש תובענה חדשה בשל אותה עילה.*

**תקנה 100-** **מחיקה על הסף**:

*100. בית המשפט או הרשם רשאי, בכל עת, לצוות על מחיקת כתב תביעה נגד הנתבעים, כולם או מקצתם, על יסוד אחד הנימוקים האלה:*

*(1) אין הכתב מראה עילת תביעה;*

*(2) נראה לבית המשפט או לרשם מתוך הכתב שהתובענה היא טרדנית או קנטרנית;*

*(3) שוויו של נושא התובענה נישום בחסר והתובע לא תיקן את הכתב תוך הזמן שנקבע לכך;*

*(4) שולמה אגרה בלתי מספקת והתובע לא שילם את האגרה הנדרשת תוך הזמן שנקבע לכך.*

**דחיה על הסף**: **מחסום משמעותי יותר ממחיקה על הסף**: מדובר בהעדר עילה, בחוסר סמכות – דברים שביהמ"ש לא יוכל לדון בהם גם אם יוגשו 100 פעמים.

*101. (א) בית המשפט או רשם שהוא שופט רשאי, בכל עת,* ***לדחות תובענה*** *נגד הנתבעים, כולם או מקצתם, מאחד הנימוקים האלה:*

*(1) מעשה בית דין;*

*(2) חוסר סמכות;*

*(3) כל נימוק אחר שעל פיו הוא סבור שניתן לדחות מלכתחילה את התובענה בנוגע לאותו נתבע.*

**מחיקה על הסף** **מול דחיה על הסף**: תקנה 527 עושה אבחנה ואומרת כי מחיקה על הסף אינה מקימה מעשה בית דין, וכך אולי ניתן להבין על דרך השלילה כי דחיה על הסף אכן מקימה מעשה בית דין. אם ביהמ"ש מצא לנכון לדחות על הסף תביעה ולא למחוק אותה, הרי שיש לתת משקל לפעולה זו ומשקל זה יבוא לידי ביטוי בראש ובראשונה באמצעות המנגנון של השתק בית דין.

**"כל נימוק אחר"**: ביהמ"ש יכול לפרש תביעות **קנטרניות וטורדניות** כ-"כל נימוק אחר" וכך לא לאפשר תביעה נוספת ע"פ הדוקטרינה של מעשה בית דין. **באותה צורה ביהמ"ש ירצה לפרש התיישנות** ולהכניסו לסעיף זה כדי לא לאפשר לבעל דין להגיש שוב תביעה על נושא כי נקבע שהוא התיישן.

**חריג לשאלה של דחיה על הסף מטעמי חוסר סמכות:**

האם דחיה כזו מקימה מעשה בית דין? כאשר ביהמ"ש מגלה שהוא חסר סמכות הוא אמור להעביר לבימ"ש מוסמך ולא תמיד לדחות ולכן זוהי תופעה יחסית נדירה. בכל זאת, כאשר זה קורה ישנו **חריג:** **במצבים של חוסר סמכות בינלאומית**: ביהמ"ש לא יכול לעשות שימוש בסמכותו להעביר ונדרש לדחות על הסף. במצבים אלו (גם לפי **זלצמן בספרה**), אם יש סמכות לפורום בינלאומי אח"כ, **אז מחסום מעשה בית דין לא יעמוד וניתן יהיה להגיש את התביעה מחדש**.

**ד"ר זלצמן:** ייתכנו מצבים בהם נאפשר לתבוע למרות חוסר סמכות שהייתה במשפט הקודם. החלופות של התובע כשהוא נתקל במעשה בית דין הן:

1. לכלול את הכול במשפט הראשון.
2. לבקש היתר לפיצול סעדים.

בהתאם- חריגים נוספים לעקרון המחייב פיצול מראש:

1. **חובה לפיצול סעדים**: במצבים בהם פיצול הסעדים מתברר כבר עקב הטלת חובה ע"י ביהמ"ש: **פס"ד עקריש**- גם אם העילה זהה, והמערכת מנתבת סמכות ל-2 פורומים **אז אין השתק עילה**.
2. **תחומים ספציפיים**: בהםנפוץ שבתי המשפט מאפשרים לצדדים לחזור, עקב שינוי בנסיבות: נניח מזונות ילדים. מסקנה: יכולים להיות אינטרסים חיצוניים שייגברו על האינטרס למעשה בית דין.
3. **כאשר התביעה הראשונה היא רק לסעד הצהרתי**, **והתביעה השניה מבקשת סעד אופרטיבי** (מקור מהמשפט המקובל): במצבים אלו ביהמ**"**ש אומר כי ניתן לגשת למשפט שני ולבקש סעדים אופרטיביים על בסיס הסעד ההצהרתי. מה הסיבה? לא תמיד מי שטוען לזכות הצהרתית צופה או רוצה סעדים אופרטיביים וייתכן שהוא באמת רוצה רק סעד הצהרתי בהליך הראשוני בשביל קלף למו"מ נניח או זכות כלפי המדינה. לעיתים, סעד הצהרתי כרוך באגרה נמוכה יותר והתובע צופה כי סעד הצהרתי יספיק לו להשיג אח"כ מחוץ למשפט את הסעדים האמיתיים- וכך הוא רוצה להימנע מהאגרה.

החלטה עדכנית בנושא: **פס"ד הכהן נגד מלונות הים התיכון** **(השופטת ארבל פסקה 18**): מקבלת את הטענה כי ניתן להגיש תביעה ראשונה לסעד הצהרתי ועדיין להגיש תביעה לסעד אופרטיבי בהמשך.

**השתק פלוגתא**

**הכלל:** לא ניתן לעורר במשפט השני מחלוקת עובדתית (או עובדתית משפטית), שהוכרעה בהליך הראשון ואפילו במקרה בו עילת המשפט השני שונה- מדובר בשאלה שניתנה לה כבר תשובה משפטית - שביהמ"ש השקיע את המשאבים לפתור אותה.

**את מי משמשת טענה זו**? את 2 הצדדים תלוי בהקשר.

**התנאים:** שלושת תנאי היסוד למעשה בית דין (בימ"ש מוסמך, פס"ד סופי וזהות הצדדים), והמשפט המקובל פיתח **4 תנאים נוספים**:

1. **זהות הפלוגתא**: יש להראות שמדובר באותה שאלה שעולה במשפט השני – אנו נשווה את פסק הדין הסופי של המשפט הראשון לכתב הטענה או ההגנה של המשפט השני - דבר יחסית קל.
2. **התקיימה התדיינות ביחס לפלוגתא**: "היה לו יומו/ה": לבעל הדין המעלה את הטענה הזו.
3. **דרישת הממצא הפוזיטיבי** (במובן של קיים): ביהמ"ש קבע קביעה חד משמעית לגבי העובדה. לא יהיה השתק פלוגתא ביחס להנחות ביהמ"ש או ביחס למשהו המשתמע בפסק הדין.
4. **ההכרעה החיונית:** נדרש שההכרעה תהיה כזו ש**נדרשה לצורך מתן פסק הדין**. שופטים לעיתים קובעים דברים שאינם נדרשים למתן פסק הדין - דיון באוביטר לא נדרש: **אנו רוצים לוודא שהדיון בטענה היה דיון הכי טוב וממוקד** כי השופט היה חייב להכריע ולכן "התאמץ" להכריע נכון.

איך מזהים הכרעה חיונית: מבחן שנקבע ע"י זלצמן ובפסק דין: **"מבחן האלמלא"**: אם ההכרעה היתה זהה גם בלי הקביעה העובדתית, אנו יודעים שהקביעה לא היתה חיונית. **יכול להתעורר גדר מסוים של מחלוקת לגבי מה הקביעות שביהמ"ש היה חייב בשביל ההכרעה.**

**לשים לב**: יכולה להיות אותה קביעה עובדתית ב-2 הקשרים כאשר בהקשר אחד היא חיונית ובשני פחות ולכן, התשובה האם ההכרעה חיונית או לא **תלוייה בעיקר בנסיבות.**

**מגמה:** אנו רואים מגמה של הגמשה והתפשרות בתנאים – ישנה הפעלה של השתק הפלוגתא גם במצבים מסוימים בהם אחד התנאים לא התקיים - ובתי המשפט עדיין מציבים את המחסום.

**"עקרון ההזדמנות**": בית המשפט מגמיש את התנאי של "התקיימה ההתדיינות": גם אם בעל הדין **לא טען בפועל** טענה בענין הקביעה העובדתית, בתי המשפט מסתפקים בכך **שהיתה לו הזדמנות טובה לעשות זאת**, בכדי להשתיקו מלעורר את הטענה בשנית במשפט הבא.

**הכלל:** אם לבעל הדין **היתה הזדמנות** לטעון את הטענה והוא לא ניצל אותה באשמתו- אנו נסתפק באשם התורם שלו כדי לומר שהתביעה חוסמת אותו מלהגיש את הטענה העובדתית בשנית.

**בנק הפועלים נגד וינשטיין:** מדובר בסדר דין מקוצר, הנותן יתרון לתובע ומחייב את הנתבע לבוא ולבקש רשות להתגונן. ויינשטיין לא באה לטעון למה יש לה רשות להתגונן. ביהמ"ש נותן פס"ד בהעדר הגנה לטובת התובע במשפט הראשון. במשפט השני, ויינשטיין תובעת את בנק הפועלים חזרה, **עולה שאלה עובדתית זהה**, ובנק הפועלים טוען להשתק פלוגתא- טוען כי הוא זכה בתביעה וקיבל פס"ד לטובתו, שחלקו נגע בסוגיה של הבעלות על החשבון. ויינשטיין תנסה לטעון כי לא טופלה המחלוקת העובדתית - היא לא התגוננה בכלל.

**השופטת נאור:** הנתבעת הוזמנה להתייצב ולא באה, **היתה לה הזדמנות מלאה והיא זו שהתרשלה**, לכן, זה עשוי לספק במובן של :היה לה יומה". זהו מצב מיוחד שלא היתה כלל הגנה ועדיין השופטת מקבלת את הטענה להשתק פלוגתא ומציבה נסיבות מיוחדות בהם ההשתק יתקבל תוך הקלה בדרישת קיום ההתדיינות:

1. פלוגתא מרכזית ועיקרית.
2. שהפלוגתא ב-2 המשפטים תהיה אותה פלוגתא שהיא לב העניין של המשפט הראשון.
3. הכרעה שבלעדיה אין- דרישת הכרעה חיונית במשפט באופן מובהק.

**ע"פ השופטת נאור**: **זו וריאציה הכרחית ונחוצה וחייב שתהיה אפשרות לבעל דין להשתיק את הנתבע במצב זה**. בכדי שלסנקציה של פס"ד בהעדר הגנה יהיה כוח.

**פס"ד גורה נגד בנק לאומי**: מהלך דומה (השופטת ארבל): בעל הדין לא עורר טענה שהוא יכול היה לעורר (התייצב). **השופטת ארבל:** אם בעל הדין **יכול היה להעלות טענות מסוימות ולא עשה כן**, הוא יושתק מלעורר את הטענה במשפט השני מכוח העקרון של **השתק פלוגתא** - משקף את היבט תוה"ל ע"פ רובנישטיין בפס"ד ויינשטיין.

ההגמשה של המבחנים להשתק פלוגתא משפיעה גם על הדרישה של זהות הצדדים: **גם מישהו שלא היה מעורב כלל בהליך יכול להפעיל את המנגון**.

**באדר נגד בנק דיסקונט** (השופטת דרורי - מחוזי י"ם): היתה התדיינות בין בעלי הדין. באדר במשפט הראשון ניצח בתוצאה אבל הפסיד בחלק מהקביעות. באדר לא יכול היה לערער על התוצאה ולכן תבע בשנית. הבנק מבקש ליהנות מהקביעה במשפט הראשון. **באדר טוען כי לא התאפשר לו לערער ולכן לא התקיימה התדיינות מלאה**.

**ההלכה של ביהמ"ש**: **גם היבט הערעור נחשב בזכות להתדיין**. השופט דרורי עובר דרך כל 7 התנאים ואומר כי כולם מתקיימים ו**רק חוסר היכולת של באדר לערער מאפשרת לבטל את השתק הפלוגתא**- יש כאן למעשה הוספה של תנאי נוסף- **דיון מלא כולל את היכולת לערער.**

איך ניתן היה להגיע לאותה תוצאה בדרך פשוטה יותר?באדר ספג קביעות נגדו אבל ניצח– לכאורה אין כאן קביעות חיוניות ולכן ביהמ"ש יכול היה להגידשהקביעות לא השפיעו על התוצאה ולכן אינן חיוניות.

**זהות הצדדים בהשתק פלוגתא**

יש מצבים בהם בעלי דין מנסים להשתיק בעלי דין שכנגד גם ללא זהות וללא הדדיות.

דוגמא: קבלן עובד בשביל העירייה וישנו בור שנוצר. ברשלנות שלו הוא לא הציב מחסום ואדם ונופל לבור. כעת **במשפט הראשון האזרח תובע את הקבלן על רשלנות ובמשפט השני את העירייה.**

תרחיש ראשון:במשפט הראשון, הקבלן מתגונן וטוען ל**אשם תורם** של התובע - זוהי טענת הגנה מסוימת. נניח התובע מנצח במחלוקת של האשם תורם. **כעת מוגשת תביעה שניה נגד העירייה** והעירייה רוצה לטעון את אותה הטענה. האם התובע יכול להשתיק את העירייה עם השתק פלוגתא? כביכול יש כאן צד אחר לגמרי. **תחושת ההגינות הבסיסית אומרת שלא נכון לעשות את זה- לא היה לעירייה "יומה"**.

תרחיש שני: התובע הפסיד בשאלת האשם התורם במשפט הראשון ונקבע כי יש אשם תורם: כעת התובע תובע את העירייה, והעירייה תאמר כי יש קביעה במשפט אחר על אשם תורם ולכן זה השתק פלוגתא. גם כאן אין זהות צדדים ואין הדדיות, **ולכאורה אנו בבעיה כי התנאים לא מתקיימים.**

**יש הבדל בין המצבים:** אנו רוצים להשתיק את התובע במקרה השני כאשר כבר "היה לו יומו" בתביעה הראשונה.

**פס"ד פיכטנבאום**: מדבר על "**מבחן ההזדמנות**" בדומה לתרחיש השני: **השופט בך**: בנסיבות הנתונות, כל האינטרסים עליהם עיקרון ההדדיות בא להגן מתקיימות - לתובע "היה את יומו", ולכן ראוי להחיל את הכלל של "השתק הפלוגתא". החלטה זו מנסה לשדר תמריץ לתובע לאחד בכתב תביעה אחד את כל מאמצו והנתבעים יחד.

**ההלכה:** **השתק פלוגתא דפנסיבי** **לא הדדי**: אם העירייה מתגוננת באמצעות השתק פלוגתא היא לא מקיימת את ההדדיות אך פס"ד פיכטנבאום מאפשר מצב זה.

תרחיש שלישי: 2 אנשים נפלו לבור, ויש קבלן שהתרשל- אחד נפל אחרי השני והם לא מכירים אחד את השני. **הסיפור מתהפך-** יש 2 תובעים ונתבע אחד.

כעת: האדם הראשון תובע את הקבלן שטוען טענת התרשלות נגדו. נניח שהתובע הראשון מפסיד בטענה ונקבע כי הוא התרשל. התובע השני תובע גם את הקבלן- האם הקבלן יכול להשתיק? **לא. הם לא מכירים אחד את השני ואין להחזיק את השני באותה טענה כי הם כלל לא מכירים.**

מצב אחר: הנתבע הראשון ניצח בטענת ההתרשלות ונקבע כי הקבלן רשלן - התובע השני תובע וינסה לטעון **להשתק פלוגתא אופנסיבי (התקפי):** ינסה להשתיק את הקבלן במעין תמונת ראי של המקרה השני.

**פס"ד אספן:** שורה של תביעות של פירמות נגד הבניה שהתרחשה בעקבות העליה מברית המועצות- כולן בהקשר של חוזה דומה. תביעה מוקדמת אחת זכתה נגד המדינה. התובעים בתביעות מאוחרות מנסים להשתיק את המדינה על בסיס המשפט הראשון- טוענים להשתק פלוגתא. **השופט דנציגר**: **דוחה כמעט באופן עקרוני את האפשרות ההתקפית** ואומר כי המשפט לא מכיר באפשרות הזו. **הוא אמנם משאיר פתח צר ולא רוצה לקבוע נחרצות- אולי תהיה נסיבה חריגה להתיר זאת, אבל ככלל לא נוהגים כך ויש לאפשר לנתבע להתגונן מחדש בכל תביעה ותביעה.**

מדוע הפער הזה? התמריץ של פיכטנבוים הוא לרכז את הנתבעים ואילו **כאן התמריץ מנוגד לכך:**

1. הנתבע לא יודע לרכז את התובעים שלו - הנתבע אינו יודע מי הניזוקים הנוספים.
2. הדבר יוצר תמריץ הפוך ופגום על כל אותם מספרי 2 ואילך: שירצו לשחק את "משחק הטרמפיסט". הדבר עלול לגרום לסרבול לפיצול **ולתוצאות לא הוגנות**: כל התובעים אח"כ יהנו מהתביעה הראשונה.

**השתק פלוגתא אופנסיבי הוא מעין תובענה ייצוגית לא מסודרת, רנדומלית ולא מוצדקת בהכרח**- דנציגר אומר כי יש מגנון של תביעה ייצוגית לפתור את הבעיה כקבוצה, והמנגנון הרנדומלי של השתק פלוגתא אינו הוגן.

**פס"ד פלילי כ"מעשה בית דין"**

**סעיף 42א לפקודת הראיות**: בהליך אזרחי ניתן להגיש כראיה פס"ד פלילי שהוא מרשיע וחלוט ויש לכך תנאים מיוחדים - למה פס"ד מרשיע ולא מזכה: כי חייבים להרשיע מעל ספק סביר ולכן מדובר בהסתברות גבוהה במיוחד.

הכרעה במשפט אזרחי אינה מספיקה: מדובר במאזן הסתברויות בלבד.

האם פס"ד על דרך הפשרה (**סעיף 79א לחוק**), יכול להקים מעשה בית דין?

**פס"ד לבייב:** השופט רובינשטיין אומר כי זה תלוי בהסכם הפשרה, ומה הם מסכימים שביהמ"ש יעשה ויש כאן שאלה של פירוש חוזה ואין תשובה החלטית. זה דומה לאישור הסכם פשרה- השאלה היא מה הוסכם והאם זה יוצר מעשה בית דין- רצון הצדדים משפיע על התוצאה בהקשר של מעשה בית דין.

לסיכום: הדוקטרינה של "מעשה בית דין" **משפיעה על ההתנהגויות האסטרטגיות של בעלי הדין**. המתדיינים במשפט הראשון יצטרכו לרכז עילות, לתקן כתבי תביעה או לפצל תביעות. במשפט השני צריכים לעורר את הטענה מלכתחילה. היות והדוקטרינה פועלת בכמה רגעים היא הופכת למורכבת ומעוררת קשיים. מכיוון שאנשים יודעים זאת, לעיתים יש העמסה של כל טענה אפשרית. הדוקטרינה כוללת אלמנט של אי ודאות והידיעה לפיה אולי יהיה משפט שני משפיעה על ניהולו של המשפט הראשון מכל הבחינות.

**הרצאה מס' 8 - 2.1.2012**

מספר דוקטרינות חסמיות נוספות:

1. **הליך תלוי ועומד**: LIS ALIBI PENDENS- ניתן לטעון טענת "הליך תלוי ועומד" במצב בו יש הליך מקביל להליך הנדון הרלוונטי מבחינת עילה זהה שנטענת באותו הליך. אנו במצב של 2 משפטים כאשר אחד עוסק בעילה זהה לשני. ניתן לטעון זאת כטענת הגנה שהרציונאל שלה הוא הסיכון של פסיקות סותרות/בזבוז זמן שיפוטי, חשיפה להשתק פלוגתא/עילה ועוד. יש כאן גם היבט של כיבוד ערכאות. הדבר מתעורר בין ערכאות מהארץ לחו"ל בעיקר, אבל **יכול להתתעורר גם מול בתי משפט בארץ** (**פס"ד אלעוקבי**)

**לא מדובר בסוגיה של סמכות אלא במקרים בהם ישנה סמכות מקבילה לערכאות.** אם ביהמ"ש יקבל את הטענה **הוא יעכב את ההליכים** **עד שההליך המקביל יתברר**. עקרון כיבוד ערכאות.

1. **פורום נאות**: האם אני כפורום מוסמך ראוי שידון בתביעה? **שאלה מתעוררת אחרי שהסמכות נקנית** לפי הסמכות הבינלאומית. זו דוקטרינה עצמאית ושונה משאלת הסמכות.
2. **יישוב סכסוכים בדרכים חלופיות (A.D.R**): הליכי יישוב סכסוכים אלטרנטיביים להליך השיפוטי. **אהרונסון מציע לחשוב על זה כסוג של חסם**. הליכים אלו באופן בסיסי מבוססים על הסכמה בין הצדדים וזה שונה מההליך המשפטי הרגיל בו יש בהכרח השתתפות בלתי רצונית של הצד שכנגד. אנו נתחשב בזה כאל חסם היות והדין מייחס הרבה חשיבות להסכמה הזו והוא מוכן לאכוף את ההסכמה

לדוגמא: סעיף 5 לחוק הבוררות: **עיכוב הליכים בבית המשפט**

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

*(ב) בקשה לעיכוב הליכים יכול שתוגש בכתב ההגנה או בדרך אחרת, אך לא יאוחר מהיום שטען המבקש לראשונה לגופו של ענין התובענה.*

*(ג) בית המשפט רשאי שלא לעכב את ההליכים אם ראה טעם מיוחד שהסכסוך לא יידון בבוררות.*

הסעיף אינו מובן מאליו:המחוקק אומר שאם רציתם הסכם בוררות, הוא אוכף **את זה גם אם אחד הצדדים התחרט ובחר ללכת לביהמ"ש**. ביהמ"ש רשאי לעכב ההליכים המשפטיים כאשר ישנו הסכם בוררות וזו הסיבה שניתן **לראות את העולם הזה כעולם של חסמים.**

העדפת מחוקק זו מעוררת מגוון רעיונות:

1. רעיון מערכתי: אם יש הצדקה מסוימת לנתב תיק למנגנון אחר- עדיף כך מאשר להעמיס על ביהמ"ש.
2. העדפה רעיונית: ליותר מפורום אחד לפתור סכסוכים: מעין פלורליזם משפטי.
3. תפיסה עקרונית: יתרונות ליישוב סכסוך לא בדרך כופה של ביהמ"ש: אידיאולוגיה של מערכת הנרתעת מהשירות שהיא בעצמה נותנת- אם יש מנגנון מסוג פחות כופה- המערכת מעודדת אותו.

**בוררות בדומה להליך המשפטי:** הליך משולש: בעל דין – בעל דין- מחליט. הוא יכול להיראות כמו הליך משפטי לחלוטין מבחינת סדרי הדין וכו'- פחות רשמי, אבל תמיד יש מחליט חיצוני שיפסוק.

**גם בהליכים משפטיים רגילים, השופט מציב חסמים**: האמירה: צאו ותתדיינו בחוץ ותבואו עם הסכמה. זהו מעין חסם, הרי הצדדים כבר שם, אבל השופט מפנה אותם להליך ADR מקומי.

**ההבדל בין גישור לבוררות**: מסמכים סופיים שונים בתכלית: **"פסק בורר"** **מול** **"חוזה כמסמך סופי**". גישור הוא הליך רך יותר, אולם יש רמות שונות של רכות בגישורים: יש מגשרים שמנסחים חוזים למעשה, ויש מגשרים שרק עוזרים לשקף את האינטרסים של בעלי הדין ולהביא אותם לכלל הסכמה ביניהם.

**סעיפים 79ב-79ג לחוק בתי המשפט:**

**79ב**. *(א) בית משפט הדן בענין אזרחי רשאי, בהסכמת בעלי הדין, להעביר ענין שלפניו, כולו או מקצתו, לבוררות, וכן רשאי הוא, בהסכמתם, להגדיר תנאי הבוררות.*

*(ב) בעלי הדין, באישור בית המשפט, ימנו את הבורר; לא באו בעלי הדין לידי הסכמה על הבורר, רשאי בית המשפט למנותו מתוך רשימה שהגישו לו בעלי הדין, או לפי בחירתו - באין רשימה כזו.*

*(ג) הוראות חוק הבוררות, התשכ"ח-1968, יחולו על בוררות לפי סעיף זה; אולם "בית המשפט" שבסעיף 1 לחוק האמור יהיה בית המשפט שהעביר את הענין לבוררות.*

מיום 13.2.1992

**תיקון מס' 15**

[ס"ח תשנ"ב מס' 1383](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1383.pdf) מיום 13.2.1992 עמ' 69 ([ה"ח 2070](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2070.pdf))

**הוספת סעיף 79ב**

**79ג.** *(א) בסעיף זה, "גישור" - הליך שבו נועד מגשר עם בעלי הדין, כדי להביאם לידי הסכמה ליישוב הסכסוך, מבלי שיש בידו סמכות להכריע בו.*

***"הסדר גישור"*** *- הסכם בין בעלי הדין על יישוב סכסוך שביניהם שהושג בסיומו של הליך גישור;*

***"מגשר"*** *- מי שתפקידו לסייע בידי בעלי הדין להגיע להסכמה על יישוב סכסוך שביניהם בהליך גישור בדרך של ניהול משא ומתן חופשי.*

*(ב) בית המשפט רשאי, בהסכמת בעלי הדין, להעביר תובענה לגישור.*

*(ג) בהליך הגישור רשאי מגשר להיוועד עם בעלי הדין, יחד או לחוד, ועם כל מי שקשור לסכסוך; ורשאי הוא להיפגש עם בעל דין,  בהסכמתו, בלי עורך דינו.*

*(ד) דברים שנמסרו במסגרת הליך גישור, לא ישמשו ראיה בהליך משפטי אזרחי.*

*(ה) העביר בית המשפט ענין לגישור, יעכב את ההליכים שלפניו לתקופה שיקבע, ורשאי הוא להאריך את התקופה בהסכמת בעלי הדין.*

*(ו) לא הגיעו בעלי הדין להסדר גישור עד תום התקופה האמורה בסעיף קטן (ה), יחודשו ההליכים בבית המשפט; אולם רשאי בית המשפט, על-פי בקשה של המגשר או של בעל דין, לחדשם בכל עת לפני תום התקופה האמורה.*

*(ז) הגיעו בעלי הדין להסדר גישור, יודיע על כך המגשר לבית המשפט, ובית המשפט יהיה רשאי ליתן להסדר תוקף של פסק דין.*

*(ח) הגיעו צדדים לסכסוך להסכמה על יישוב הסכסוך שביניהם בגישור שנערך לפי חוק זה, רשאי בית המשפט המוסמך לדון בתובענה נושא הסכסוך לתת להסדר הגישור שהושג ביניהם תוקף של פסק דין, אף אם לא הוגשה תובענה באותו סכסוך.*

סעיפים אלו משקפים את רפורמת ה: ADR מ-1992, ואת האימוץ המערכתי של הליכי גישור במשפט שלנו **ומסמיכים את ביהמ"ש להעביר תיק שהגיע אליו לגישור או בוררות**.

פגישת מהו"ת: **תקנות 99א-יא לתקסד"א**

**האפשרות להפנות לפגישת מהו"ת שואבת את כוחה מסעיף 79ג המפנה להליך גישור**. מהו"ת= מידע, היכרות ותיאום: זהו מנגנון שהמדינה מאמצת לתוך השפיטה אולם מטרתו בפועל היא אי השלמת ההליך השיפוטי. מצד אחד: יש הרואים במנגנון כמשהו שנועד לייעל את ההליך השיפוטי. מאידך: אחרים (כמו אלברשטיין) חושבים שזהו הליך עם רעיונות מהותיים אחרים לחלוטין מבחינת ההתדיינות.

**הצעת חוק בוררות חובה:** יוצרת הסדר חדש יחידני בעולם. ההצעה מסמיכה את נשיא השלום לקבוע ש**סוגים של תיקים שהופנו אליו יופנו לבוררות חובה** וייצאו מסדר התיקים של ביהמ"ש: יקבעו בורר, וינהלו הליך בוררות רגיל. ההצעה קובעת גם את ההגבלות על ניהול ההליך: כפוף לסדרי הידן הרגילים, כאשר פסק בורר מצריך את אישור בימ"ש השלום. **ההצעה יוצרת מתח מול אנשי ה ADR**: **המשפט כופה על ההליך להתנהל** וההחלטה תחת ביקורת שיפוטית, ולכן **זה לא באמת משקף הסכמה כפי שהליכים הסכמיים אמורים להיות**.

**יש כבר עתירה מוכנה נגד הצעת החוק**: השופטת בייניש התבטאה כי זה נשמע כמו הפרטה של השפיטה. הצעת חוק בוררות חובה נזכרת כאן למרות שאינה משקפת בהכרח את ערכי היסוד של עולם ה-ADR, אולם, **ראוי לכלול אותה בסף החסמים השיפוטיים**.

**חסמים מעשיים/אפקטיביים מובנים במערכת:**

1. **העלויות הכספיות של ניהול ההליך**: אגרות, עלות עו"ד וייצוג (מומחים, ראיות, חוקרים פרטיים), תוחלת העלויות עו"ד של הצד שכנגד, עלויות חיצוניות: ימי עבודה, נסיעות, ערובות להפקדה בעיקר בבקשות לצו זמני.
2. **ההליך כחסם אפקטיבי**:
3. **מאמר של מרק גלנטר**: המשפטי בנוי כך שהוא **מעצים את החזקים ומחליש את החלשים**. 2 סוגים של משתתפים בהליך המשפטי: שחקן חד-פעמי ושחקן החוזר. השחקן החוזר: בנקים, סופרמרקטים, מדינה, חברות סלולר ועוד. השחקן החד פעמי הוא האדם הפשוט. הפער הוא בלתי נשלט וזוהי המציאות - די בנתון זה כדי להעצים את המתדיינים שבקבוצה החוזרת, היות והם יכולים להשקיע השקעה ראשונית בניהול ההליך שיהפוך את הניהול לזול יותר לאחר מכן, כמו כן הם יכולים ליצוראסטרטגיה לאורך תיקים**.** הם משחקים על 100 התיקים הבאים ולא רק על התיק הספציפי-זהו כוחשאין לשחקן חד פעמי. לדוגמא: השחקן החוזר יכול לבחור בפשרה יקרה או לבחור לא לערער רק בכדי להימנע מפסק דין או מתקדים.

שאלת עורכי הדין: אסטרטגיה של עו"ד על פני 100 תיקים לחברה–היא ייצוג טוב של הלקוח. אולם בניית אסטרטגיה לט"א על הלקוח הקטן היא הפרה של כללי המשמעת -כי זהו אינו ייצוג האינטרס האמיתי שלו.

1. **רוזן צבי ופישר בעקבות גלנטר**: גם במשפט הפלילי יש שחקנים חוזרים וחד פעמיים. למרות שלכאורה בפלילי יש היררכיה בין המדינה לאזרח (תביעות פליליות נגד מיקרוסופט לעומת האזרח הפשוט). בנוסף: גם בהליך האזרחי, יש מצבים המשקפים את הפערים במשפט הפלילי ולהיפך- ההנחה כי בפלילי בעל דין זכאי להנחות מיוחדות, היא הנחה לא בהכרח נכונה - **ולכן** **מוצע לשנות את סדרי הדין ודיני הראיות ולהתאימם**.

דוגמא: הליך בזיון בימ"ש נתפס כהליך אזרחי אך עלול להוביל לכליאת אדם **ללא הוכחה של מעל כל ספק סביר**- על כן יש להתאים הליך זה ליחסי הכוחות במשפט.

**חלק 2 – "הגישה למשפט" איך נכנסים להליך ואיך מתנהלים בתוכו**

6 חלקים מבחינה סכמטית ביותר:

1. כתבי טענות גילוי ועיון וקדם משפט – חלק **מההכנה למשפט**.
2. הוכחות, סיכומים ופסק דין - **חלק מהמשפט**.

איך משפט מתחיל: **הגשת כתב תביעה היא היוצרת את ההליך**. זהו אקט של חילופי כתבי טענות, לאחר מכן אנו מגיעים לשלבי ההכנה המעשיים: גילוי ועיון - אותו גם מנהלים הצדדים. וקדם משפט- שמנהל ביהמ"ש.

המעבר בין קדם המשפט למשפט בפועל **הוא רגע נדיר כי רוב התיקים נסגרים בפשרות בתקופת הקדם** (בגלל הפשרה, טענות מקדמיות לחסמים שנכנסים לפעולה בקדם המשפט- סמכות, מעשה בית דין, אגרות וכו'..). **רוב חיי ההליך הם חיי ההכנה.**

**שלב ההוכחות:** הצדדים בוחרים אילו ראיות להביא, מה לשאול את העדים.

**שלב** **הגשת הסיכומים**: מגיע לאחר מכן. הסיכומים הם מסמכים נוספים שתפקידם להוות **הזדמנות לטיעון אחרון מבעלי הדין ולהקל על השופט לקבל תמונה כוללת**. כאן יופיעו כל הראיות, הטיעונים התומכים בעמדה, העמודים מפרוטוקול המשפט- לאחר מכן על השופט לתת את פסק הדין.

לרוב פסק הדין יופיע בשלב ההכנה- פס"ד המוחק את ההליך בגלל פשרה, טענות סף וכו'.

**כתבי הטענות**

**כתב הטענות הבסיסי (**"כתב בית הדין השיורי"**) כתב התביעה**:

מטרה: לתחום את גדר המחלוקת העובדתית. ישנן דרישות שונות בתקנות. הרגע האדברסרי הטהור ביותר בהליך.כתבי הטענות – התביעה וההגנה, קובעים את גדר המחלוקת העובדתית ולכן הצדדים מוחזקים לגדר טענותיהם - ומה שהם לא טענו בכתבי הטענות, הם יהיו מושתקים מלטעון אותו בהמשך.

**דרך המלך: תיקון כתב התביעה**:

הדרך העיקרית שיש למישהו לכלול בדיעבד דברים שלא נכתבו בכתב התביעה. ההליך: יש לבקש היתר לתקן את כתב התביעה. ביהמ"ש**:** בעל שק"דהאם לאפשר את התיקון**.** שק"ד יושפע משיקולים רבים של עיתוי הבקשה והסיבה בגינה הנושא לא היה כלול בכתב התביעה מלכתחילה. ביהמ"ש ישאל את הצד השני אם נראה לו ואם הוא מתיר: אין סיבה שביהמ"ש לא יאפשר זאת.

**תקנות 91-96** קובעות הסדרים בנושא:

91. *(א) בית המשפט או הרשם רשאי, בכל עת, להורות כי יימחק או יתוקן כל ענין בכתב טענות שאין בו צורך או שהוא מביש או עלול להפריע לדיון הוגן בתובענה, לסבכו או להשהותו. כמו כן רשאי בית המשפט או הרשם להודות על מחיקה או על תיקון של כתב טענות שלא קויימו לגביו הוראות תקנות אלה.*

*(ב) בעל דין לא יהא רשאי לבקש מבית המשפט או מהרשם לתת הוראה כאמור בתקנת משנה (א) אלא אם כן פנה לבעל דינו, תוך חמישה עשר ימים מיום המצאת כתב ההגנה האחרון או התשובה, לפי המאוחר, בבקשה למחוק או לתקן את הענין או את כתב הטענות.* *מיום 28.9.1991*

***תק' (מס' 2) תשנ"א-1991***

[*ק"ת תשנ"א מס' 5380*](http://www.nevo.co.il/Law_word/law06/TAK-5380.pdf) *מיום 29.8.1991 עמ' 1228*

*91. (א) בית המשפט או הרשם רשאי, בכל עת, להורות כי יימחק או יתוקן כל ענין בכתב טענות שאין בו צורך או שהוא מביש או עלול להפריע לדיון הוגן בתובענה, לסבכו או להשהותו. כמו כן רשאי בית המשפט או הרשם להודות על מחיקה או על תיקון של כתב טענות שלא קויימו לגביו הוראות תקנות אלה.*

*(ב) בעל דין לא יהא רשאי לבקש מבית המשפט או מהרשם לתת הוראה כאמור בתקנת משנה (א) אלא אם כן פנה לבעל דינו, תוך חמישה עשר ימים מיום המצאת כתב ההגנה האחרון או התשובה, לפי המאוחר, בבקשה למחוק או לתקן את הענין או את כתב הטענות.*

92. *בית המשפט או הרשם רשאי, בכל עת, להתיר לכל אחד מבעלי הדין לשנות או לתקן את כתבי טענותיו בדרך ובתנאים הנראים צודקים, וכל תיקון כזה ייעשה לפי הצורך, כדי שבית המשפט יוכל להכריע בשאלות שהן באמת השאלות השנויות במחלוקת בין בעלי הדין. תיקון של טענה עובדתית או הוספתה, טעונים הגשת תצהיר המאמת את העובדות.* *מיום 28.9.1991*

***תק' (מס' 2) תשנ"א-1991***

[*ק"ת תשנ"א מס' 5380*](http://www.nevo.co.il/Law_word/law06/TAK-5380.pdf) *מיום 29.8.1991 עמ' 1228*

*92. בית המשפט או הרשם רשאי, בכל עת, להתיר לכל אחד מבעלי הדין לשנות או לתקן את כתבי טענותיו בדרך ובתנאים הנראים צודקים, וכל תיקון כזה ייעשה לפי הצורך, כדי שבית המשפט יוכל להכריע בשאלות שהן באמת השאלות השנויות במחלוקת בין בעלי הדין. תיקון של טענה עובדתית או הוספתה, טעונים הגשת תצהיר המאמת את העובדות.*

93. *כתב טענות מתוקן יוגש תוך חמישה עשר ימים, אם לא קבע בית המשפט או הרשם מועד אחר.*

94. *הגיש בעל דין כתב טענות מתוקן,* ***ישיב עליו בעל הדין שכנגד, או יתקן בלי נטילת רשות, את כתב טענותיו הוא****, תוך הזמן העומד לרשותו אותה שעה להגשת כתב טענותיו או תוך חמישה עשר ימים מיום שהומצא לו כתב הטענות המתוקן, הכל לפי התאריך המאוחר יותר, אם לא קבע בית המשפט או הרשם מועד אחר. תיקון של טענה עובדתית או הוספתה, טעונים הגשת תצהיר המאמת את העובדות.* *מיום 28.9.1991*

***תק' (מס' 2) תשנ"א-1991***

[*ק"ת תשנ"א מס' 5380*](http://www.nevo.co.il/Law_word/law06/TAK-5380.pdf) *מיום 29.8.1991 עמ' 1228*

*94. הגיש בעל דין כתב טענות מתוקן, ישיב עליו בעל הדין שכנגד, או יתקן, בלי נטילת רשות, את כתב טענותיו הוא, תוך הזמן העומד לרשותו אותה שעה להגשת כתב טענותיו או תוך חמישה עשר ימים מיום שהומצא לו כתב הטענות המתוקן, הכל לפי התאריך המאוחר יותר, אם לא קבע בית המשפט או הרשם מועד אחר. תיקון של טענה עובדתית או הוספתה, טעונים הגשת תצהיר המאמת את העובדות.*

95. *הגיש בעל הדין שכנגד את כתב טענותיו לפני שהומצא לו התיקון, ואינו משיב לתיקון או אינו מתקן את כתב טענותיו תוך הזמן האמור, רואים אותו כאילו הוא מסתמך על כתב טענותיו המקורי כתשובה לתיקון.*

96. *בעל דין שהשיג צו המתיר תיקון ולא תיקן לפיו תוך המועד שנקבע לכך, לא יתירו לו לתקן לאחר תום המועד האמור אלא אם כן בית המשפט או הרשם האריך את המועד.*

אם התיקון יועיל לחשיפת המחלוקת האמיתית**:** ביהמ"ש יטה לאשר את התיקון.

אם הצד השני יאמר כי התיקון פוגע בו, אולם ביהמ"ש מאמין שהתיקון יקדם את המחלוקת: ביהמ"ש יקח זאת בחשבון בנושא פסיקת ההוצאות ויתחשב בצד שלא מסכים ביחס להוצאותיו הגדלות בניהול ההליך המוארך.

שינוי חזית/ הרחבת חזית

**פעולה מקבילה לתיקון כתב טענות שנעשית בצורה לא פורמלית:** דוג' מובהקת: אחד מבעלי הדין מוסיף עובדה ובעל הדין שכנגד לא מתנגד ולא מעורר טענה שיש חריגה מגדר המחלוקת- **הוא ייתפס כמסכים:** זה מאוד נפוץ, בעיקר באמצעות חקירות בהם מעלים עובדות וענינים חדשים.

**פס"ד ליפץ:** המגמה הפסיקתית היא שביהמ"ש **מציב מידה של גבולות מיכולותיו של בעל דין ליהנות מהרחבת** החזית ללא התנגדות בעל הדין שכנגד. העובדות: מחלוקת לגבי היבטים מסוימים של הלוואה עם בנק. טענה מסוימת לא נטענה בכתב הטענות אלא הופיעה **בבקשה לסעד זמני** נגד הבנק והתובע מנסה לכלול אותה בסיכומים. **ביהמ"ש לא מאשר**: יש הבדל בין סעד זמני לתביעה - התובע היה צריך לטעון זאת או מלכתחילה או לבקש את תיקון כתב התביעה- השופט הנדל מדגיש את חשיבות כתבי הטענות, ויוצר מידה של פורמליות לטובת וודאות.

ישנם רכיבים ספציפיים שהדין קובע חזקה שהם במחלוקת:

1. נזק כללי- נזקים נלוויים לתביעה הכללית כמו ריביות וכו'.
2. נזקי גוף- משהו שניתן לברר בהמשך.

במקרים אלו לא חייב לפרט סכום מדויק בכתב התביעה- מבטא חוסר היכולת להעריך ואת הצורך הקיים לשנות.

**פס"ד מרקט פלייס**: בקשת תיקון מאוד מאוחרת של כתב התביעה (הסכום). **ביהמ"ש**: התיקון **באמת יקדם** את תכלית חשיפת המחלוקת האמיתית, **ולמרות זאת, ביהמ"ש לא מאפשר זאת מטעמי חוסר תו"ל**. בשלב זה הרצון לתקן היא פעולה אופורטוניסטית של בעל הדין שכנגד וכך ביהמ"ש מעדיף את הסנקציה על חוסר תו"ל. השופט שומר על טוהר ההליך למרות שיכול היה לשקף את התיקון בהוצאות ולמרות שהודה שהתיקון מועיל להליך.

**תקנה 94:** תיקון כתב ההגנה כתוצאה מתיקון כתב התביעה (ולהיפך):

אם בעל דין אחד מבקש לתקן כתבי טענות והבקשה מתקבלת: ביהמ"ש פירש את תקנה 94, כמקימה **זכות אוטומטית לתקן את הכתב של הצד השני- הדדיות בתיקון.** זוהי חשיפה להרחבת חזית מהצד השני: משחק תמריצים היוצר אחריות גדולה יותר לעיצוב כתב הטענות הראשון.

**הרצאה מס' 9- 09/01/12**

**שלושה סוגים מיוחדים של הליכים האזרחיים**:

1. סדר דין מקוצר.
2. המרצת פתיחה.
3. סדר דין מהיר.

**מאפיינים משותפים לשלושת סוגי התביעות:**

1. **יתרון לתובע** - רואים כי לתביעה סיכויים טובים ולכן רוב ההתגוננויות בפניה סתם יבזבזו משאבים.
2. **פשטות ההוכחה של התביעה** - קל לתרגם את התביעה לסעד ברור.

**סדר דין מקוצר**

**מוסדר בתקנות 202-214 לתקסד"א**.

הליך חריג אשר במהותו **מבנה פערי כח עם יתרונות משמעותיים לתובע** היות והוא יוצא מתוך הנחה שלתובע יש יתרון בתביעה. היתרון המרכזי: הנתבע צריך לקבל היתר ע"מ להגיש כתב הגנה.

איך נכנסים למסלול של סדר דין מקוצר? זהו כתב תביעה רגיל בבסיסו שההבדל העיקרי בו הוא **הכותרת -** ברגע שהתובע מכניס את ההליך למסלול הזה הנתבע כפוף לתנאים הללו והוא צריך להגיש **בר"ל:** בקשת רשות להתגונן.

**תקנות 204-205**: בקשה להתגונן צריכה להיות מגובה בתצהיר (עדות בכתב): עדות שבועה המתארת את העובדות, זוהי **רמת אמיתות גבוהה יותר הנדרשת מבחינת ביהמ"ש**: כבר בבקשה זו הנתבע נדרש **לחשוף את ההגנה שלו**. אם הבר"ל מאושרת: **תביעה רגילה** כאשר התצהיר שהוגש הופך לכתב ההגנה ועוברים לפסים רגילים של תביעה. אם הבר"ל נדחית: **סדר דין מקוצר**: לנתבע אין הגנה ולא מתחשבים בעובדות של התצהיר (פורמאלית).

**סוגי התביעות שהדין קובע כי ראויות להיכלל בסדר דין מקוצר?**

**תקנה 202**- תקנת "הבריח":

*202. ואלה תביעות שהתובע יכול להגישן לפי סדר דין מקוצר:*

*(1) תביעות על* ***סכום כסף קצוב****, בריבית או בלי ריבית, הבאות –*

*(א)* ***מכוח חוזה*** *או התחייבות מפורשים או מכללא, ובלבד* ***שיש עליהן ראיות*** *שבכתב;*

*(ב) מכוח חיוב לשלם סכום כסף קצוב שעילתו ב****הוראה מפורשת של חיקוק****;*

*(2)* ***תביעות של רשות מקומית לתשלום סכום כסף קצוב*** *המגיע לה בחזקת רשות מקומית על פי כל דין כארנונה, כהיטל, כאגרה או כדמי השתתפות;*

*(3)* ***תביעות לסילוק יד ממקרקעין****, או* ***לפינוי מושכר*** *שאין חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972, חל עליו, ובלבד שיש עליהן ראיות שבכתב.*

4 מקרים בהם התובע יכול לדרוש תביעה בסדר דין מקוצר:

1. סכום קצוב מכח חיקוק.

2. סכום קצוב מכח חוזה + ראיה בכתב.

3. סכום קצוב המגיע לרשות מקומית ע"פ כל דין (למשל ארנונה).

4. סילוק יד ממקרקעין- כיום יש הסדר חדש יותר **תקנות 215ז-יג** שעוסקות בנושא הזה.

סכום קצוב**:** דרישה זו **חוסכת את ההליך של הוכחת נזקים**: מדובר בהליך פשוט מבחינת פסיקת ההוצאות.

תביעות שמקורן בחיקוק: הנחה של הדין **שמדובר בתביעה בעלת סיכוי גבוה**- קבועה בחיקוק.

סכום קצוב+חוזה+ראיה בכתב: קביעה שיחסית יהיה קל לברר אותה כי יש בה ראיות ברורות- לא מצריך עדים.

**מתעוררות שאלות פרשניות, הפסיקה עסקה בהן**:

1. מתי סכום נתבע הוא "סכום קצוב"? המגמה הייתה מרחיבה:

**פס"ד עבדאל נ' כץ:** אם פיצוי מוסכם הוא מפורש הוא יכול להיות פשוט להפעלה וניתן לתבוע אותו בסדר דין מקוצר. ככול שקשה יותר לברר או לזהות את הסכום, נתרחק מסדר דין מקוצר.

**פס"ד רותם:** **סכום קצוב** **לא חייב להיות סכום מפורש, ודי בכך שמדובר בסכום שקל מאוד לחשב אותו.** לדוגמא: תביעה לפיה יש לי זכות לקבל את השכר הממוצע במשק, פיצויים מוסכמים בסגנון של 5% מסכום העסקה: תפיסה תכליתית ולא פורמאליסטית. העובדות: תביעה נגד חברת ביטוח בגין הנזק שנגרם למשאית בתאונת דרכים. המשאית נהרסה לחלוטין. המשמעות: לא היה ניתן להעריך את שוויה. עם זאת, טרם התאונה, נערכה שומה של המשאית. **במקרה זה אותה שומה הייתה מספיקה לחישוב ערכה של המשאית לצורך התביעה בסדר דין מקוצר**. ההרחבה בפס"ד: המבחן הוא מהותי: **האם ביהמ"ש יכול להעריך את שווי התביעה בקלות**. ד"ר אהרונסון: פסקי הדין ישנים יחסית בהם ייתכן שיש נכונות להכניס תיקים למסלול זה. כיום יצמצמו את אפשרות הכניסה למסלול.

1. עד כמה הראיה בכתב צריכה להוכיח את התביעה?

דרישת ביניים: **ראשית ראיה**. המשמעות: אין צורך להוכיח את כל התביעה בשלב הגשת התביעה אלא משהו רק בכדי לוודא שתכליות ההליך מתקיימות.

**פס"ד הילולים**: בדק על מה צריכה להיות הראיה ומה היא צריכה להוכיח. **ראשית הוכחה- למה**? תקנה 202(1)(א) אומרת *"מכוח חוזה או התחייבות מפורשים או מכללא, ובלבד שיש עליהן ראיות שבכתב"*: כלומר, **לא נסתפק בצילום החוזה-הראיה צריכה להיות על ההפרה**. פס"ד זה חשוב - מתייחס לתביעות נפוצות-בנקים כלפי לווים: סכום קצוב+ריבית+ חוזים. שואלים – מהי הראיה בכתב שהבנק צריך לתת? **השופט בך**: מכתב דרישה ללווה לא מספק, פשוט מדי להמציא מכתב דרישה וזהו פתח למניפולציות. **אולם**, **תדפיס החיובים, בו הבנק מראה שהלווה במינוס זוהי ראשית ראיה**: הנטל על הבנקים פשוט לנהל רשומות מסודרות.

\*\*יש לזכור: בשונה מדיני נזיקין או דיני עשיית עושר, שם מדובר בהתחייבויות לא מתוכננות, תביעות מתוקף תקנה 202 מכוונות לסיכונים שאנשים לקחו בחשבון: עצם הניהול של הסדר חוזי חושף אותי לתביעה בהקשר הזה.

**פס"ד אריאל:** עובדות: מוסך נתבע על גרימת נזק לרכב שהיה ברשותו. המבטח קיבל את דמי הביטוח. בדיעבד התברר שהמבוטח לא היה זכאי לפיצוי והמוסך תבע לקבלת החזר (ע"ע) במסגרת סדר דין מקוצר. **השופט טירקל:** רואה בכך התחייבות מכוח תקנה 202 – **הוא פונה לס' 61 לחוה"ח, ומזרים דרכו חובות שמקורם אינן בחוזה אלא מכוח דיני ע"ע לסדר דין מקוצר**. טירקל מדבר על הסדר ההשבה בעקבות ביטול חוזה ואומר כי **מספיקה לו המילה חוזה/חיקוק כדי להזרים לתוך עולמו של סדר דין מקוצר תביעות שאינן מוזכרות בו במפורש בתקנה 202**.

טירקל מאפשר סדר דין מקוצר גם אם המקרה לא נופל לאחת הקטגוריות בתקנה 202- **ההלכה לא החזיקה מעמד**

**פס"ד מנורה (גרוניס)**: **החלטה חדשה.** המקרה: תביעה בסדר דין מקוצר מכח החוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף) שעוסק במצבים בהם גורם כלשהו הטיב מכח פעולה לניזוק וקובע שאותו מטיב זכאי לתבוע את המעוול. הרציונאל: ליצור תמריץ להיטיב.

העובדות: עובד אל-על שבחופשת המחלה שלו מקבל דמי שכר מאל-על בידיעה שאח"כ היא יכולה לתבוע את המזיק שגרם לפגיעה של העובד עפי ההסדר של חוק ההטבה. אל-על תובעת את המבטח (מנורה) דרך סדר דין מקוצר בטענה של **סכום שקל לחשבו-הכספים שהעברתי לעובד** בחופשת המחלה.

**השופט גרוניס**: מקבל את טענת המעביד– כי כאן מדובר במצב פשוט,אולם **דוחה את התחכום המוגזם של פס"ד אריאל** ומראה באילו מצבים תהיה גישה לסדר דין מקוצר בתנאים שמקור הסכום בחיקוק גם אם אין סכום מפורש. התוצאה: **היפוך ההלכה** מפס"ד אריאל.

חשוב!! גרוניס מוסיף רכיב נוסף לאישור תביעה בסדר דין מקוצר: **תנאי מהותי עקרוני** לפיו צריך להראות שזו תביעה ש**מתאימה לתכליות המקוריות של ההליך**:יתרון לתובע ופשטות ההוכחה של התביעה.

**גרוניס**: **ראוי לצמצם את הגישה לסדר דין מקוצר. כדי שיהיה הליך פשוט וזמין לא ניתן לתת לכל תביעה להיכנס למסלול**. אהרונסון: גרוניס ניסה להקל "ולקצץ" את אפשרויות הכניסה, אולם במובן מסוים הקשה משום שיש לערוך דיון בהתקיימות התכליות המקוריות בכל מקרה.

**פרקטיקה נפוצה**:

נתבע מקבל את התביעה בסדר דין מקוצר, מעיין בה ומתרשם כי תקנה 202 לא מולאה. מה עושים במצב כזה?

* לסמוך על בדיקה ראויה של ביהמ"ש- אסטרטגיה **מסוכנת**.
* **בקשה למחיקת כותרת לצד בקשה להארכת מועד להגשת בר"ל**: בא כוחו של הנתבע ייגש לביהמ"ש ויבקש להעביר את התביעה לפסים רגילים דרך שינוי הכותרתשהיא הופכת את ההליך למיוחד. עוד יבקש בקשה להארכת מועד להגשת הבר"לבכדי להספיק ולנהל דיון מקדמי לגבי האם ההליך הולם סדר דין מקוצר. התוצאה: אם ייקבע שחוזרים למסלול הרגיל אז נחסכו העלויות הכלכליות, המאמץ בהגשת תצהיר ו**נשמרה האסטרטרגיה להמשך**- שזו אחת המטרות המרכזיות.

**המרצת פתיחה**

**תקנות 248-258** לתקסד"א.

**המרצת פתיחה:** אני מבקש מבימ"ש לתת לי משהו: פעולה שיוזמת /פותחת הליך חדש והאופי הוא של בקשה- פנייה לבימ"ש לקבל סעד ולא תביעה רגילה בה הסעד מופנה כלפי בעל דין שכנגד. לדוגמא: הצהרה, צו עשה, קביעת סטטוס, קביעת היתר ועוד. **אולם, הליך הוא אדברסרי ולכן תמיד יש משיב/מגיב לבקשה.**

גם כאן יש שאיפה להליכים יחסית פשוטים **שלא מחייבים בירור עובדתי מורכב**: המרצת פתיחה הרבה פעמים מבוססת על ראיות כתובות, תצהירים, חוות דעת- בעלי הדין מגישים תצהירים עם פתיחת ההליך.

**המרצת פתיחה תהיה בעלת מבנה בסיסי כמו של תביעה**: אולם זה הליך פשוט הרבה יותר ודורש מהצדדים כבר מהתחלה רקע עובדתי כדי להכריע בעניין ספציפי לגופו של עניין.

תקנות 249-253: עונות על **מגוון סוגי הליכים** אותם ניתן להגיש בהמרצת פתיחה:

249*. ואלה השאלות שבהן ניתן לבקש בהמרצת פתיחה:*

*(1) שאלה הנוגעת בזכות או בטובת הנאה של הטוען שהוא נושה, יורש או נהנה;*

*(2) קביעת סוגם של נושים, של יורשים או של אנשים אחרים;*

*(3) חיובם של מנהלי עזבון או נאמנים להגיש חשבונות מסויימים ואימות חשבונות אלה בשעת הצורך;*

*(4) חיובם של מנהלי עזבון או נאמנים לשלם לקופת בית המשפט כספים שבידיהם;*

*(5) מתן הוראות למנהלי עזבון או לנאמנים לעשות או להימנע מעשות מעשה מסויים בתפקידם כאחד מאלה;*

*(6) הכרעה בכל שאלה הנובעת במישרין מתוך הנהלת העזבון או הנאמנות;*

*(7) הכרעה בכל שאלה הנוגעת לעניני פסול-דין;*

*(8) אישור מכירה, קניה, פשרה או עיסקה אחרת.*

251*. מקום שקיומה של שותפות, או הזכות לשותפות, או העובדה שהשותפות מתפרקת, אינם שנויים במחלוקת, זכאי כל שותף בה או יורשו לבקש בהמרצת פתיחה את פירוק השותפות, עריכת חשבונותיה וחיסולה.*

252*. כל הטוען שהוא מעונין על פי שטר קנין, צוואה או מסמך אחר, זכאי לבקש מבית המשפט, בהמרצת פתיחה, החלטה בשאלה של פירוש הנובעת מתוך המסמך והצהרה על זכויות המעונינים.*

**תקנות 250, 253**- מקרים נפוצים.

250. *מוכר או קונה של מקרקעין זכאי בכל עת לבקש, בהמרצת פתיחה, החלטה בכל שאלה המתעוררת עקב דרישה או התנגדות או תביעת פיצויים, או בכל שאלה אחרת הנובעת מתוך חוזה המכר או הכרוכה בו ו****אינה נוגעת לקיומו או לתקפו של החוזה****.*

סכסוכים בין מוכר/קונה של מקרקעין: הכרעה בשאלת מערכת היחסים החוזית בין הצדדים למעט בשאלת תוקף החוזה. המרצה היא לבקש פירוש על סעיף בחוזה: האם חל על המרפסת? יש ריבית?

253. *תובענה לסעד הצהרתי* ***גרידא*** *מותר להגיש בדרך המרצת פתיחה.* ***–* מדובר בבקשות** להכרזה על זכות ללא בקשה לסעד חיצוני.

**פס"ד חיים נ' אביוב: מה פירוש המילה "גרידא"? קיים מתח בין 2 תקנות 250 ו-253:** 253 מאפשרת לדון בתוקף חוזה מכר מקרקעין באופן הצהרתי ואילו 250 אומרת שאין זה מתאפשר. העובדות: המרצת פתיחה שמבקשת להכריז בסעד הצהרתי על קיומו של חוזה מכר מקרקעין. המשיבה טענה כי הבקשה אינה עומדת בתקנה 250.

**ביהמ"ש**: ניתן להגיש המרצת פתיחה על סעד הצהרתי גם בנסיבות שלכאורה לא מתאימות להמרצת פתיחה. **זוהי הרחבה של תק' 253**- פס"ד פלורליסטי וליברלי שמאפשר זמינות לבעלי דין לנהל הליך באופן שבו חפצים.

**השופט ברק**: מסכים להחלטה, אנו לא עוסקים בשאלות סמכות אלא בהבחנה בין סוג אחד של הליך לסוג אחר ולכן ההחלטה אינה מרעישה- סה"כ הסדר דיוני. **ברקע, מודגשת תקנה 258: שמסמיכה את ביהמ"ש בכל שלב של הדיון להחליט שההליך אינו מתאים להמרצה** **ומפנה לפסים רגילים של תביעה**. ולכן, הבחירה בין ההליכים אינה דרסטית, אין יתרון מובהק של תובע ובסופו של יום בימ"ש יכול להחליט מה המבנה הנכון.

258.***בכל שלב של הדיון******רשאי בית המשפט****, אם נראה לו כי אין זה מן הראוי לטפל בבקשה בדרך המרצת פתיחה,* ***לבטל את המרצת הפתיחה ולהפנות את בעלי הדין לתובענה בדרך הרגילה*** *או לדון בה כאילו היתה תובענה בדרך הרגילה, ולשם כך רשאי הוא להורות על הגשת כתבי טענות.*

**למה בכל זאת נעדיף המרצת פתיחה?**

1. התובע: קדימות בתור לדיון בכותלי ביהמ"ש.
2. התובע וביהמ"ש: מהיר ויעיל יותר - הליך שכבר מתחילתו בעלי הדין מגישים ראיות, טענות ותצהירים ומתקבלת תמונה מלאה של ההליך וחסכון בהליכים מקדמיים.

**פס"ד בובליל:** השופט גרוניס מתייחס לפרקטיקת המשיב בהליכים אלו שמנסה להעביר את התיק לפסים רגילים+בקשה להארכת מועד. אם המשיב מצליח בבקשה: יש לו את התצהיר של התובע והוא צריך להגיש כתב הגנה רגיל- הנתבע זכה מחשיפת היוזם מבלי שיצטרך לחשוף את הגנתו בתצהיר. **גרוניס**: הפרקטיקה של המשיב מותרת ויש לה עלות- **עצם השאלה אם ההליך מתאים להתדיין בהמרצת פתיחה או לא יהיה ניתן להשיב עליה בין היתר עם ידיעת ההגנות של המשיב**. הבעייתיות: מחד מותר לתובע להגיש, מאידך: ביהמ"ש צריך תמונה ראייתית מספקת החושפת צד אחד. פתרון הוגן: בתי המשפט צריכים לדרוש מהמשיבים נימוקים מדוע להעביר את התביעה לפסים רגילים. **גם במצבים בהם ברור שההליך איננו מתאים להמרצה, יש להטיל על המשיב את הנטל לחשיפת ההגנה** - **האיזון צריך ללכת לכיוון של יותר חשיפה וכך לצמצם את הפרקטיקה מהסוג הזה**.

טענות המשיב:

1. התביעה של התובע לא עומדת בתקנות 248-258.
2. טענות מהותיות כמו: עצם קיומו של החוזה.

האינטרס של המשיב לעבור לפסים רגילים? 1. משיכת זמן- לכתב הגנה יותר מבוסס. 2. עלויות.

**פס"ד ספדיה נ' אילן:** פירוש תקנה 256:

*256. משיב בהמרצת פתיחה הרוצה להגיש תשובה להמרצת הפתיחה, יגישה לבית המשפט וימסור עותק ממנה למבקש בתוך ארבעים וחמישה ימים ממועד המצאת המרצת הפתיחה או עד ארבעה עשר ימים לפני מועד הדיון בה, לפי המוקדם, זולת אם הורה בית המשפט הוראה אחרת; בתשובתו יפרט את טיעוניו כולל אסמכתאות, ויצרף לה תצהיר לשם אימות העובדות המשמשות יסוד לתשובה; תצהיר שלא צורף לתשובה בעת הגשתה, לא יצורף לה אלא ברשות בית המשפט.*

מלשון הסעיף עולה בעל דין שכנגד בהמרצת פתיחה **לא חייב** להגיש תשובה. והתובע זכאי לפס"ד בהעדר הגנה.

העובדות: המשיב טען: יש לי ברירה האם להגיש תשובה או לא **ואני בכל מקרה זכאי לדיון** בע"פ.

**ביהמ"ש**: יש לדון בהמרצת פתיחה גם אם המשיב לא הגיש תשובה בכלל- בשונה מסדר דין מקוצר. החלטה זו במובן מסוים מקשה על התועלת שבהליך. מה יכול להצדיק את זה: בהקשרים מסוימים, הידיעה של יוזם ההליך שבכל מקרה הולך להיות דיון בע"פ **עשויה להרתיע אותו מלפנות להליך** **שלא בצדק**- זה יוצר איזון ושיווי משקל.

**ברוח פס"ד בובליל ראוי היה לתקן את התקנה הזאת** אך בפס"ד ספדיה רואים את המגבלה הפרשנית של ביהמ"ש.

יתרון הנתבע בניהול הליך בעל-פה:

* + 1. המשיב לא חושף את קו ההגנה שלו עד הדיון.
    2. התובע בתצהיר חשף את עצמו לחקירה והנתבע יכול לעשות שימוש בתצהיר התובע – לערוך חקירה נגדית בדיון ע"מ להפיל את התביעה מבלי להעלות טענות הגנה משלו.

**סדר דין מהיר**

**תקנות 214א- 214טז: הסדר חדש יחסית (2001)** המשקף תופעה רחבה יותר.

ההסדר בניגוד לקודמים חושב במונחי "גודל תיקים"- **הפשטות נמדדת על בסיס הסכום=75,000 ₪ ולא לפי עילה**.

המחשבה: חלק מהמגמה של "ריבוד" (כמו פגישות מהות שדיברנו עליהם, רשם בכיר, בוררות חובה).

**הרציונאלים:** מזהים אלמנטים של התביעות בסכומים הנמוכים:

* + 1. הנחה לפשטות ראייתית בסדר גודל כזה.
    2. אינטרס מסתברים של בעלי הדין- עלויות הניהול יכולות לגבור על סכום התביעה.
    3. מאפשרים דיון מהיר בד"כ.

ההליך בהתאם: הצדדים מגישים את כל מה שיש להם; חובות גילוי רחבות מאוד שנועדו לחשוף את כל המידע, ישנה שליטה של השופט בכל ההליך, **וגם קביעה ספציפית של הגבלת זמן**- ישיבת הוכחות אחת, הגבלת פרק הזמן למתן פסק דין ועוד. ההליך ידון בביהמ"ש השלום.

**מסקנה:** הליך שמאבד מהמורכבות של תביעה רגילה במטרה לזרזו– בדומה לתביעות קטנות

יש שם הסדר דומה לתקנה 258- אם ביהמ"ש רואה כי מדובר בתביעה מורכבת -יש אפשרות להעביר אותה לתביעה רגילה למרות שעומדת לכאורה בתנאי סדר דין מהיר.

**הסעיפים המרכזיים**

**214א:** הגדרתית בהליך זה שופט הוא של בימ"ש שלום וכן רשם של בימ"ש שלום.

**214ב:** תובענה תהיה על כל סכום הנמוך מ75,000 ₪ (למעט בקשות לתובענות ייצוגיות ותובענות לפי הפלת"ד). תיפתח בכתב תביעה כרגיל, וכן תכלול תביעות שעברו מבית משפט לתביעות קטנות. **בית משפט רשאי להעביר תובענות שלא בסדר דין מהיר לסדר דין מהיר** אם הוא סובר שהיא מתאימה לכך- ניתן לחרוג מהסכום במקרה זה.

**214ב1:** הדרישות למסמכים מ-2 בעלי הדין בתובענה בסדר דין מקוצר שניתנה בה רשות להתגונן.

**214ג:** דרישות מה יש לכלול בכתב טענות בסדר דין מהיר – אסמכתאות, תצהיר מגובה, טיעונים, חוו"דים. אם לא צורף תצהיר לכתב הטענות- רק ביהמ"ש יאשר להגישו אח"כ.

**214ד:** יש להגיש תובענה עם הזמנה לדין, כתב הגנה תוך 45 ימים, ואפשרות לכתב תשובה תוך 15 ימים מההגנה.

**214ה:** ניתן להגיש תביעה שכנגד יחד עם כתב ההגנה: או באותו נושא בכל סכום, או בנושא אחר בתנאי ההסדר.

**214ו:** נתבע רשאי להגיש בקשה לתת הודעה לצד שלישי עם הגשת כתב ההגנה.

**214ח-ט:** חובת גילוי מסמכים מוקדמת עם הגשת התובענה, וכן צירוף תצהיר עדות ראשית מוקדם יחסית.

**214יא:** אפשרות ל**ישיבה מקדמית אחת בלבד**. מי שדן בישיבה המקדמית לא ידון בתובענה עצמה והוא רשאי להעביר את התובענה למסלול דיון רגיל אם רואה שיש צורך. השופט רשאי לבדוק מהן השאלות שבאמת שנויות במחלוקת לערוך רשימת פלוגתות – הסעיף מפרט מה רשאים לעשות במהלך קדם המשפט.

**214יב**: אפשרות להעברה בכל עת של התובענה למסלול דיון רגיל. ע"פ התחשבות במס' נסיבות המפורטות בהליך.

**214יד:** הדיון צריך להסתיים בתובענה תוך יום אחד של דיונים. שופט רשאי לדחות אך עם הגבלות.

**214טז:** ביהמ"ש מוגבל לתת פס"ד ביום הדיון או לכל המאוחר 14 ימים לאחריו.

**הרצאה מספר 10- 16.1.2012**

**קדם משפט- תקנות 140-150**.

**תקנה 143**: תקנת הבריח - קובעת את מגוון סמכויותיו של ביהמ"ש במסגרת אירוע קדם המשפט.

*143. בקדם-משפט או לצורכי קדם-משפט* ***מוסמך שופט*** *—*

*מיום 29.6.1996*

***תק' (מס' 2) תשנ"ו-1996***

[*ק"ת תשנ"ו מס' 5756*](http://www.nevo.co.il/Law_word/law06/TAK-5756.pdf) *מיום 30.5.1996 עמ' 932*

*143. ~~שופט בקדם משפט מוסמך~~ בקדם-משפט או לצורכי קדם-משפט מוסמך שופט —*

*(1) לבדוק אם כתבי הטענות ערוכים כדין, להתיר את תיקונם או להורות על כך, למחוק כל דבר שאינו דרוש לענין, לברר מה הן השאלות שהן באמת שאלות השנויות במחלוקת בין בעלי הדין ולערוך רשימת הפלוגתות; מיום 28.9.1991*

***תק' (מס' 2) תשנ"א-1991***

[*ק"ת תשנ"א מס' 5380*](http://www.nevo.co.il/Law_word/law06/TAK-5380.pdf) *מיום 29.8.1991 עמ' 1228*

*(1) לבדוק אם כתבי הטענות ערוכים כדין, להתיר את תיקונם או להורות על כך, למחוק כל דבר שאינו דרוש לענין, ~~ו~~לברר מה הן השאלות שהן באמת שאלות השנויות במחלוקת בין בעלי הדין ולערוך רשימת הפלוגתות;*

*(2) להחליט בדבר צירוף בעלי דין ומחיקתם, הודעות לצד שלישי ומתן הוראות לבירור תובענה שהוגשה על דרך הודעה לצד שלישי;*

*(3) להחליט בדבר מתן פרטים נוספים, הודיות בעובדות ובמסמכים, הצגת שאלונים, גילוי מסמכים והעיון בהם, עריכת חקירות וחשבונות, בדיקת נכסים ומינוי מומחים;מיום 28.9.1991*

***תק' (מס' 2) תשנ"א-1991***

[*ק"ת תשנ"א מס' 5380*](http://www.nevo.co.il/Law_word/law06/TAK-5380.pdf) *מיום 29.8.1991 עמ' 1228*

*(3) להחליט בדבר מתן פרטים נוספים, הודיות בעובדות ובמסמכים, הצגת שאלונים, גילוי מסמכים והעיון בהם, עריכת חקירות וחשבונות, בדיקת נכסים, ומינוי מומחים ~~ועריכת רשימת הפלוגתות~~;*

*(4) ליתן סעד זמני;*

*(5) להורות לבעל דין כי עד שיובא על ידו יקדים ויגיש תצהיר על עדותו או שעובדה שבמחלוקת תוכח על ידי תצהיר, בין אם הוגשו כבר תצהירים אחרים בענין זה ובין אם לאו וכן רשאי הוא להורות, כי בעלי הדין יגישו תצהירים במועד אחד, על אף האמור בתקנה 158; לא הגיש בעל הדין תצהיר כאמור, יחולו הוראות תקנה 168(ב);מיום 28.9.1991*

***תק' (מס' 2) תשנ"א-1991***

[*ק"ת תשנ"א מס' 5380*](http://www.nevo.co.il/Law_word/law06/TAK-5380.pdf) *מיום 29.8.1991 עמ' 1228*

***החלפת פסקה 143(5)***

*הנוסח הקודם:*

*~~(5) להורות שעובדה שבמחלוקת תוכח על ידי תצהיר כאמור בתקנה 168;~~*

*מיום 29.6.1996*

***תק' (מס' 2) תשנ"ו-1996***

[*ק"ת תשנ"ו מס' 5756*](http://www.nevo.co.il/Law_word/law06/TAK-5756.pdf) *מיום 30.5.1996 עמ' 932*

*(5) להורות לבעל דין כי עד שיובא על ידו יקדים ויגיש תצהיר על עדותו או שעובדה שבמחלוקת תוכח על ידי תצהיר, בין אם הוגשו כבר תצהירים אחרים בענין זה ובין אם לאו וכן רשאי הוא להורות, כי בעלי הדין יגישו תצהירים במועד אחד, על אף האמור בתקנה 158; לא הגיש בעל הדין תצהיר כאמור, יחולו הוראות תקנה 168(ב);*

*(6) לקבוע, אחרי בירור עם בעלי הדין, את דרכי הוכחת הטענות ואת כשרותן של הראיות, לרבות הוראות בדבר מתן עדות בתעודה של עובד הציבור, תעודה ציבורית, חוות דעת של מומחה או תעודת רופא כמשמעותם בפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א–1971, במקום עדות בעל פה וכן להורות על גביית עדות מחוץ לתחום השיפוט של בית המשפט העתיד לדון בענין או מחוץ לתחום המדינה;מיום 1.6.1995*

***תק' (מס' 2) תשנ"ה-1995***

[*ק"ת תשנ"ה מס' 5683*](http://www.nevo.co.il/Law_word/law06/TAK-5683.pdf) *מיום 1.6.1995 עמ' 1495*

*(6) לקבוע, אחרי בירור עם בעלי הדין, את דרכי הוכחת הטענות ואת כשרותן של הראיות, לרבות הוראות בדבר מתן עדות בתעודה של עובד הציבור, תעודה ציבורית, חוות דעת של מומחה או תעודת רופא כמשמעותם בפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, במקום עדות בעל פה וכן להורות על גביית עדות מחוץ לתחום השיפוט של בית המשפט העתיד לדון בענין או מחוץ לתחום המדינה;*

*(7) לקבוע את שלבי הדיון בתובענה ואת הסדר שבו יתבררו שאלות שבעובדה ושבמשפט, וכן את הענינים שיתבררו  בנפרד;*

*(8) לסלק תביעה על הסף על יסוד אחד הנימוקים המנויים בתקנות 100 ו-101;*

*(9) ליתן פסק דין, לרבות פסק דין חלקי בתובענה, במידה שנתברר כי אין לנתבע הגנה בפני התביעה;*

*(10) להורות כל הוראה לסדר הדין שיש בה לפשט את הדיון או להקל עליו.*

זהו הליך שקורה היום כדבר שבשגרה במשפטים אזרחיים–גם בפלילי ורואים את זה בהרבה ערעורים. **הרוב המכריע של ההליכים מוצאים את סיומם בתקופה זו**- בין הגשת כתבי הטענות למשפט. הצדדים יושבים ומנסים להכין את עצמם הכי טוב למשפט או לפטור את עצמם מהמשפט ולסיים את ההליך.

**פס"ד אשורנס ג'נרל**: **השופט גרוניס** מדבר באמרת אגב על התכליות העיקריות של ההליך:

* + - 1. **צמצום גדר המחלוקת**: כיצד? ניתן להביא חלק מהראיות, תצהירים, להסכים על עובדות, לצמצם את טענות, להגיש תיקונים תוך השמטת טענות שאין בהם צורך.
      2. **הכנה ברמה מדויקת יותר:** קביעות כמו: מועדי הישיבות, סדר הבאת הראיות, מועדי ההליך, האם מפצלים את העילות והנזק מבחינת הבירור. ביהמ"ש ידון שם בשאלות של קבילות ראיות וכו.
      3. **קידום סיום הסכסוך** **שלא על דרך של מתן פס"ד (**נגזרת מהתכליות הקודמות):

1. **ע"י פשרה**: כל החלטה משנה את מאזן הכוחות ואת חישובי הצדדים ולכן אולי יגיעו לפשרה.
2. **סילוק על הסף של התביעה:** ע"י דחייה או ע"י מחיקה של הסכסוך. פה מקומה של החלטה שכזו מבחינה קלאסית: שאלות סמכות/מעשה בי-דין/ התיישנות/העדר עילה (כאשר עובדות לא מתאימות לעילה או דין נדרש לא קיים) וכו'. הם בד"כ יהיו בהירים על פני כתב התביעה.

**גרוניס מרחיב מבחינת תפקיד ביהמ"ש**- השופט צריך לאחוז במושכות ההליך, עליו גלות יוזמה בקידום התיק. זהו יותא הגיון אינקווזיטורי של שופט השולט בהליך, יכול לעורר שאלות/בעיות/להזמין התייחסויות מבעלי הדין.

**תקנה 144:** השופט יכול להפעיל את כל הסמכויות מתקנה 143 **ולקבוע,** גם ללא בקשת בעלי הדין:זהו הסדר נדיר בשיטה המגדירה את עצמה אדברסרית.

144*. בענינים האמורים בתקנה 143 יהיו לשופט בקדם-משפט כל הסמכויות הנתונות לבית המשפט לפי כל דין והוא רשאי להחליט בהם ללא צורך בבקשת בעל דין.*

**המסר בתקנה 144 הוא מסר עקרוני** **לפיו זה הרגע בו הצדדים אינם היחידים בהליך.**

*מיום 29.6.1996*

***תק' (מס' 2) תשנ"ו-1996***

[*ק"ת תשנ"ו מס' 5756*](http://www.nevo.co.il/Law_word/law06/TAK-5756.pdf) *מיום 30.5.1996 עמ' 932*

**זליגה של מהלכים שאמורים להתבצע במהלך המשפט לקדם המשפט:** כמו: הגשת תצהירים, חקירה של עדים: דבר המשחק תפקיד הכנתי ומהותי בהכנת התביעה, ואמור להתבצע במשפט עצמו.

**האם קדם משפט נחשב תחילת הדיון**?**(**"החל לדון") - בהקשר להחלפת שופטים:

**פס"ד כהן נ' אושיות**: השופטים מתלבטים בשאלה מה משמעותו של קדם המשפט ומה משמעות הזליגה הזו של הליכים מסוימים. **הכרעת הרוב: קדם המשפט זה שלבים הכנתיים בלבד ולכן יש משהו מובחן בין השלבים הללו**.

**דעת המיעוט של שמגר:** מתקשה לקבל את התפיסה הפורמליסטית וטוען כי קורה הרבה מאוד בקדם המשפט. עוד טוען, כי מהיכרותו של ההתנהגות השיפוטית, גם אם שופט יתחלף לאחר קדם המשפט, השופט הבא **יקבע קדם משפט** כי הוא זקוק לו, ודבר זה מעיד כשלעצמו שזהו שלב מוקדם ולא חלק מהמשפט.

**שמגר:** בנוסף, אין איסור בדין שהשופט שיישב בקדם המשפט יישב גם במשפט עצמו, לעומת זאת, בסדר דין מהיר יש ישיבה מקדמית ונאמר במפורש שהשופט שיושב בה לא יישב בישיבת ההוכחות כי הוא יכול לקדם הרבה עניינים בקדם, ולכן פוסלים אותו. דיני סדר הדין המהיר מעדיפים את הישיבה המקדמית על פני המשפט ו**נותנים לו את כל הסמכויות בישיבה המקדמית כדי שיקדם כמה שיותר** את ההכרעות גם אם דבריו יפגעו בכשירותו לשפוט במשפט עצמו. גם אלו, מעידים על החשיבות של ההליכים מהסוג הזה ומהות ההכרעות וההחלטות המתקבלות בהם.

**תקנה 149 ופס"ד מלר"ן:**

בתקנה 149 אנו רואים **2 היבטים משלימים** היוצרים **מעשה בית-דין פנימי** של קדם המשפט ביחס למשפט:

*149. (א) ענין שהוחלט בו בקדם-משפט* ***אין לפתוח שנית במשפט****,* ***והמשפט יתנהל על פי ההכרעות בקדם-משפט****, זולת אם ראה בית המשפט הדן בתובענה לשנות מהן, מטעמים מיוחדים שיירשמו וכשהדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין.*

*(ב) לא ידון בית המשפט או הרשם בשום בקשה שבעל דין יכול היה להביאה בקדם-משפט, זולת אם ראה לעשות כן מטעמים מיוחדים שיירשמו וכשהדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין.*

**זהו מעין השתק פלוגתא פנימי**- ההופך את ההחלטות לבעלות משמעות.

הוראה 149(ב) מתייחסת לצד השני של המטבע ויוצרת מעין השתק עילה פנימי- למצבים בהם ניתן היה להעלות את הטענות בקדם המשפט אבל הם לא הועלו. **הרעיון: להמריץ את הצדדים לטעון הכול בהליך המקדמי.**

**פס"ד מלר"ן:** הטענה בקשר לסמכות. **ביהמ"ש פוסק**: אם לא טענו מראש חוסר סמכות לא ניתן לטעון בכלל. **ההסדר הנ"ל גובר על ההסדר של תיקון כתבי טענות**.: גם אם ע"פ דיני התיקון (תקנה 92) היינו אמורים לאפשר לתקן, העובדה שלא טענת את הטענה בקדם המשפט חוסמת אותך מלתקן כרגע. **ד"ר אהרונסון:** הלכה די קיצונית אולם גם בתקנה 149(ב) יש "טעמים מיוחדים" בהם ניתן לחרוג מהסעיף ואז סביר להניח שניתן לחרוג מההלכה.

**גילוי מוקדם**

לרוב מתקיים במקביל לקדם המשפט או לפעמים אף לפני כן.

מוסד ההעדה המוקדמת-deposition: בו עדים מעידים בפועל (כמו בסרט "הרשת החברתית") הוא תופעה אמריקאית: **משפט שלם המתרחש לפני המשפט**.

המאפיינים: לפני שמגיעים לשופט, הצדדים עוסקים בפעילות של חשיפה- בקשר לראיות. מבחינת כמות ההשקעה בזמן/משאבים/כ"א– לעיתים זהו השלב היקר ביותר עבור הצדדים הכולל הרבה פעולות ואינטרקציה.

**עוצמת ההליך:** פורמלית אנו בשלב ההכנה, אולם מבחינה משפטית יש לו משמעות אסטרטגית עמוקה **והוא עשוי להביא לתוצאות מובהקות בסכסוך**. הגילוי המוקדם יכול להיות כלי למניפולציות ואיומים בידי הצדדים כנגד צדדים אחרים.

**השלב משולש:** הכנתי/בדיקת סיכויים לתביעה/ מנגנון הפעלת כוח נגד צדדים אחרים - שימוש אסטרטגי בהליך.

**תביעות אסטרטגיות:** יש תביעות שמטרתם היא לא לנצח אלא להוציא מידע בשלב הגילוי המוקדם היות ויש לו היבט של חשיפה, ולכן ברור שמדובר ברגע משמעותי בתוכן ההליך מבחינת הסיכונים שלו. עם הכניסה להליך, מעט מהפרטיות והאוטונומיה שלך מופקע ואתה כפוף למערכת דינים שאתה לא לגמרי שולט בה.

**במובן המעשי**: גילוי מוקדם הוא הליך שמתנהל בין הצדדים עצמם: אופי אדברסרי לכאורה.

**מבחינת התוכן**: (מהות הגילוי המוקדם) **זו** **אחת הסטיות החריפות מההגיון האדברסרי המקורי** - חשיפה של כמעט כל הקלפים לפני העימות - "פחות יריבות" לכאורה.

**תכליות ויתרונות הגילוי המוקדם:**

* + - * 1. **יעילות ההליך**: חשיפת היבט הסכסוך/גדר המחלוקת האמיתית. בעלי הדין יכולים לתכן את האסטרטגיה שלהם ביעילות כי הם יודעים מה הסיכונים והסיכויים ומה הטענות של הצד שכנגד.
        2. **סיכויי הפשרה גדלים**: כאשר הצדדים חשופים יותר אחד לשני ועלולים להיחשף אולי עוד.
        3. **איזון בין בעלי דין** (רכיב חלוקתי): מאפשר לאזן בין בעלי הדין השונים מבחינת הכוח. לצד חזק יש יותר מידע ולכן **ההליך משווה ביניהם עד כמה שניתן**. בד"כ יש אפליה על בסיס קבוצתי במצבי כוח (עובד-מעביד) וכאן נכנסת מדיניות - עד כמה נאפשר תביעות שהעילה חלשה אבל הגילוי יכול לעזור לגלות יותר וכך נאזן בין הכוחות. במקרה של עובד-מעביד אולי יאפשרו את איזון זה.
        4. **שמרה על עקרון של תו"ל בהליך**: מפני הפתעות שאינן עולות בקנה אחד עם עקרון תוה"ל.

**חסרונות של ההליך:**

**התשה של הצדדים**: מאריך את ההליך וניתן לנצל זאת לרעה.

**יעילות**: עלויות גבוהות מאוד בהליך.

**פגיעה בסודיות/פרטיות**: חשיפה של דברים נלווים שלא כל כך רוצים לחשוף (סודות מסחריים שלא ניתן להימנע מחשיפתם), ענינים פרטיים שההליך דורש גילוי שאינו בפני ביהמ"ש.

השפעה על צדדים שלישיים שאינם מעורבים בהליך כלל.

**תקנות 102-122** - מסדירות נושא הגילוי המוקדם.

**תקנות 65-66 ו-170**- מוסיפות מעט בנושא.

**תקנות שבשימוש מועט יחסית**: רכיב הודיות (תקנה 102), מוסד השאלונים- העברת מסמך כתוב לבעל הדין שכנגד.

**גילוי מסמכים ועיון בהם**

**דרך המלך לבצע גילוי מוקדם:** המידע שמועבר הוא ראיות הקיימות מראש וזה גילוי מסמכים הרלוונטיים לתביעה. יכולות המניפולציה על התוכן מוגבלות ולכן הם הכי יעילות.

**גילוי (תקנות 112-113)**

1. גילוי כללי: תקנה 112:הוא העברת רשימה שאומרת מהם כותרות המסמכים שיש בידי הרלוונטיים לתביעה.
2. גילוי ספציפי: בעל דין יכול לשאול את בעל הדין שכנגד האם יש לו מסמך ספציפי: יכול לבוא במקום גילוי כללי או אחרי גילוי כללי **בבקשה מסוימת** האם מסמך מסוים מכיל דבר מסוים וכן הלאה.

**עיון** (**תקנה 114**) רכיב משלים: כל מה שגילית, אתה חייב לאפשר לעיין בו אם אתה מתבקש לכך.

מדובר בפועל ב-2 שלבים נפרדים של הגילוי המוקדם.

**תקנה 120:** קובעת את האינטראקציה העצמאית בין בעלי הדין לפני שבעל דין יכול לפנות לבקש צו מביהמ"ש לגילוי. כן נקבע בסעיף קטן (ב) ההגבלה הטכנית ושיקול הדעת המסור לביהמ"ש ביחס למתן צו גילוי שכזה.

120. *(א) בעל דין לא יהא רשאי לבקש מבית המשפט או מהרשם לתת* ***צו למסירת שאלון או לגילוי מסמכים****, אלא אם כן פנה לבעל דינו, תוך שלושים ימים מיום המצאת כתב ההגנה האחרון או כתב התשובה, לפי המאוחר יותר, בבקשה בכתב להשיב בתצהיר על השאלון או לגלות בתצהיר את המסמכים ובעל הדין לא נענה לבקשה תוך שלושים ימים מהיום שנמסר לו כתב הבקשה.*

*(ב) בית המשפט או הרשם לא יתן צו למסירת שאלון או לגילוי מסמכים או לעיון במסמכים,* ***אלא אם כן היה סבור שיש צורך בכך כדי לאפשר דיון הוגן******או כדי לחסוך הוצאות****, ו****רשאי הוא לסרב לבקשת רשות למסור שאלון או לגלות מסמכים****, אם הבקשה לא הוגשה תוך חמישה עשר ימים לאחר תום המועד לתשובת בעל הדין לפי תקנת משנה (א).*

*(ג) מתן צו לפי תקנה זו אינה עילה לעיכוב הדיון בבית המשפט.*

**תקנה 114א**: *בעל דין שאינו מגלה מסמך שיש לגלותו לפי תקנה 112 או שאינו נענה לדרישה לפי תקנה 114, לא יהא רשאי להגיש את המסמך כראיה מטעמו באותה תובענה, אלא ברשות שנתן בית המשפט לאחר שנוכח כי היה לבעל הדין הצדק סביר למחדלו; הרשה בית המשפט את הגשת המסמך, רשאי הוא להורות בכל הנוגע להוצאות או לענינים אחרים.*

**תוצאה:** בעל דין לא יכול להשתמש כראיה במסמך שהצד השני ביקש שיחשוף והוא לא חשף.

השיקולים העומדים בפני ביהמ"ש בשוקלו לתת צו עיון וגילוי לפי בקשה:

**רלוונטיות** (תקנה 112): גילוי הוא גילוי של **חומרים רלוונטיים.** חובת הגילוי חלה על כל סוגי המסמכים– הרלוונטיות היא לטוב ולרע ולא ניתן לבחור מה לחשוף ומה לא.

**דיון הוגן וחסכון בהוצאות** (תקנה 120): שיקול מסוים של היבט הבזבוז כהיבט שלילי בגילוי המוקדם. דוגמאות לאופן בו התנאים הללו פורשו **בהינתן שרלוונטיות התקיימה** כהנחה בסיסית:

1. **עקרון שיבוש הראיות: פס"ד סויסה:** היה חשש משיבוש ראיות עקב הגילוי המוקדם: זהו סיפור של תובע נזקי גוף מחברת הביטוח, החב' חקרה אותו בעבר ויש ברשותה תמלילים של עדויותיו. הוא מבקש בגילוי מוקדם את תמלילי העדות שלו מולם. הרלוונטיות מתקיימת. החשש של חב' הביטוח- אומרת שהוא ישבש את העדות שלו בהתאם והחברה רוצה לבנות על הפער בין העדויות. **ביהמ"ש (השופט לוין)**: **אומר כי אם יש חשש שהגילוי עצמו יביא לשיבוש ראיות ותפגע בחקר האמת אז הגילוי נסוג**.
2. **עקרון ההכבדה:** אם יש בקשת גילוי רלוונטית אבל פעולת הגילוי תטיל עלויות משמעותיות - בתי המשפט מוכנים להתחשב בזה. יש גבולות מעשיים לסוג העלויות אותם הם מתירים:

**פרשת מחסני ערובה**: חברה המשווקת מוצרים שעוקלו. הטענה הייתה לגבייה לא הוגנת של מע"מ.התובעים ביקשו לחשוף את כל העסקאות שבוצעו כחלק מחובת הגילוי. הם טענו שהחברה יכולה לגבש את המידע מחשבוניות. מחסני ערובה טענה שהיא יכולה לתת רשימה סכום סה"כ בכל עסקה אך היא **לא יכולה להבין מי המקור של כל נכס** (זו היתה בקשה מיסויית)- זהו מידע שלא זמין וקשה להשיגו באופן סביר- הופך אותם לקבלני איסוף מידע של התובע.

**השופט גרוניס: גילוי מוקדם חל באופן עקרוני על מסמכים קיימים שכבר יש בידי בעל הדין או מסמכים שנקל להפיקם** במחשבי החברה הנתבעת. **אמירה חשובה:** אנו עוסקים רק בגילוי מוקדם והתובעים יכולים בהמשך לטעון טענות מהותיות וביניהם שמחסני ערובה היו צריכים לגבש מידע כזה. על כן, **ייתכן שהדין המהותי יטיל עליהם נטלים כאלו** אך לא שלב הגילוי המוקדם.

**פס"ד ידיעות אחרונות נגד לוין:** חובת גילוי עולה הרבה בתביעות לשון הרע עקב אופי העבירה/עוולה. הנתבע יבקש בד"כ בשלב הגילוי המוקדם חשיפה של מידע כי הוא טוען שהוא "אמת דיבר". ידיעות מבקשת גילוי על הטיפולים הרפואיים שעלו כאן בטענה שלה "אמת דיברתי"- לוין טוענת על פגיעה בפרטיות במסגרת שיקול הדעת של הדיון ההוגן וטוענת כי לא ראוי לחשוף את הסודות הרפואיים שלה.

**ביהמ"ש מאזן**: מבקש מידע רק על אותם ימים שנדונו בכתבה- זהו **איזון ע"י גילוי ספציפי**- **הנמקה שמאומצת ע"י ביהמ"ש בהרבה פסקי דין** עקב שק"ד רחב הקיים לו ויכולתו לקבוע תנאים. התוצאה: בעל דין מתוחכם צריך לדעת לבקש דברים סבילים שביהמ"ש יוכל לאשר ולא יתנגד אליהם.

**יצחק עמית: מעלה רכיב חשוב:** טענת ההכבדה מעלה שאלה - **מי מעורר את הטענה?**

אם התובע הוא מי שהתחיל את ההליך וחשף את עצמו במודע לגילוי המוקדם - הוא יכול היה לא לתבוע. ולכן לו **נאפשר פחות מרחב לטעון כי הגילוי המוקדם פוגע בפרטיותו**.

אם הנתבע: הוא נחשף לגילוי המוקדם ללא ברירה, **לכן נתחשב בו קצת יותר**.

בפרקטיקה: ביהמ"ש לרוב מעיינים במסמך ושוקלים האם המידע פוגעני במיוחד או לא וכך מאזנים - **פס"ד ליפניצקי**. ניתן גם להגביל העברת המסמכים רק לעו"ד, לאפשר דלתיים סגורות וכו'.

**מה קורה במצב בו הגילוי מעורר פגיעה בצדדים שלישיים שאינם חלק מההליך:**

לדוגמא: נניח מסמכים העוסקים בהתנהלות תאגידים שלא יכולים טעון טענה ביחס למצב- **בתי המשפט מוכנים להתחשב בשאלה זו** וזה ישפיע על נושא הגילוי ההולם.

**פס"ד בוקס:** תביעה שנבעה מהירי בבר-נוער בת"א. התובעים תובעים גופי פיקוח שלא אבטחו כראוי את המקום. התובעים מבקשים מהמשטרה לחשוף את תיקי החקירה של אנשים שנחשדו בעבר בעבירות שנאה מה החשש: הנחקרים אינם חלק מההליך הזה, ובעצם נחשפת גם חקירת משטרה וגם שב"כ **ביהמ"ש:** מקבל חלקית. דוחה את החשיפה של המידע מחקירות מרבית האנשים, ומתיר גילוי ביחס לאדם שהואשם ברציחות שנאה בעבר. ביהמ"ש אומר כי בכ"ז רוצים להבין איך המדינה מתנהלת בטיפול בשונאי הומואים. **שורה תחתונה:** שק"ד רחב לביהמ"ש לבחון את שאלות הדיון ההוגן.

**כעקרון כללי: רעיון המקבילית:** המקבילית היא בין הרלוונטיות במקום אחד לשיקולים האחרים- ככל שרלוונטי יותר נוותר בהיבטים האחרים שהוזכרו- פגיעה בפרטיות/הוצאות גדולות וכו.

**חסיונות**

**תקנה 119**- מדברת על תחולתם של החסיונות בדיני הראיות.

119. *הוגשה בקשה למתן צו למסירת שאלון, או לעיון במסמכים, ונטענה טענת חסיון לגבי שאלה פלונית או מסמך פלוני, רשאי בית המשפט או הרשם שלא להעתר לבקשה לענין אותה שאלה או אותו מסמך, ולשם כך רשאי הוא לעיין במסמך כדי להחליט אם יש ממש בטענה זו; אין האמור בזה בא לגרוע מזכותה של המדינה לסרב להראות מסמך.*

**ניתוח**: אם מבקשים ממני לגלות מידע ואני טוען שחל חסיון- ניתן לטעון זאת בשלב הגילוי המוקדם. דיני החסיונות (הראיות) חלים על השאלה ורוב החסיונות אינם מוחלטים וביהמ"ש יוכל להחליט להתיר את החסיון.

**סנקציות בגין הפרת צו גילוי**: כגון אי מתן מידע/מתן מידע חלקי- ניתן לחשוב שרוצים להטיל סנקציה חריפה יותא דווקא על תובעים שהחלו בהליך ולא עומדים בחובות הגילוי.

תקנה 114: עוסקת רק בראיות מועילות – התקנה אוסרת על המפר להשתמש בראיה כאמור.

תקנה 122: מעניקה אפשרות לביהמ"ש להורות על מחיקת כתב הטענות של בעל הדין המפר. זוהי סנקציה לא שוויונית כי התוצאה שלה ביחס לתובע ולנתבע היא שונה:

אם כתב ההגנה יימחק: התובע מקבל הזדמנות לקבל פס"ד לטובתו במעמד צד אחד והנתבע עלול להיפגע.

אם כתב התביעה יימחק: זהו **אינו מעשה בית דין וניתן להגיש תביעה מחודשת**- וכך נוצר חוסר שוויון.

**פס"ד ג'מבו:** דוגמא של מחיקת כתב הגנה ומתן פס"ד בהעדר הגנה עקב כך.

**סעדים זמניים**

התפתחו עקב רכיב הזמן: פרק הזמן שלוקח להליך האזרחי לעבור מחלק ההגשה ועד מועד פסק הדין זהו זמן זה חריג כי מרגע הגשת התביעה יש מעין **פיצול תודעתי**: המצב המשפטי לא משתנה בין הצדדים אולם משתנה מצב הענינים המציאותי:הוגשה תביעה,הנתבע אולי בעל זכות אבל יש לו ידע חדש בנוגע למערכת היחסים עם בעל הדין שכנגד- זה **פותח פתח למניפולציות מגוונות** שעוררו את הצורך במוסד של סעדים זמניים.

**אינטרס התובע**: הזכות עדיין אצל הנתבע והוא רוצה להבטיח שיוכל לממש את פסה"ד אם יזכה: **אינטרס להליך אפקטיבי**- זיקה לרעיון זכות הגישה לערכאות כי אם נאפשר לנתבעים לברוח מהארץ זכות הגישה ריקה מתוכן.

**אינטרס הנתבע**: הוא עדיין בעל הזכות ו**אנו רוצים להגן על הקניין שלו/חירות שלו וכו' כל עוד הוא** בעל הזכות.

יש כאן מתח אמיתי: בייחוד לאור זה שהחלטות אלו מתקבלות **בשלב מקדמי** וראשוני של ההליך בו יש חוסר וודאות וביהמ"ש צריך בכל זאת לאזן בין 2 הצדדים (לעיתים במעמד צד אחד בכלל).

**תקנה 1** **מגדירה סעד זמני** :

*"סעד זמני" — סעד שניתן להבטחת* ***קיומו התקין של ההליך*** *או* ***ביצועו היעיל******של פסק הדין****, לרבות צו עשה, צו לא תעשה, עיקול, עיכוב יציאה מהארץ, הגבלת שימוש בנכס, תפיסת נכסים, כינוס נכסים זמני, וכל סעד אחר שבית המשפט ייתן, בנסיבות הענין, לפי הוראות פרק כ"ח;*

2 אפשרויות לאישור מתן סעד זמני:

1. הבטחת קיומו התקין של ההליך: נניח צו יציאה מהארץ: אם הנתבע יברח ההליך לא יתקיים באופן תקין. כנ"ל אם יש ראיה מיוחדת שרוצים לתפוס ולוודא שתהיה זמינה להליך- זה גם כן קיומו התיקן של ההליך.
2. הבטחת ביצועו היעיל: אם אני יזכה, שיהיה ממה לפרוע את פסק הדין ולממשו.

בפועל: **כלי אסטרטגי חשוב באופן ניהול תביעות של יוזמי ההליכים**: מחד: יש תנאים בהם ללא סעד זמני התובע יוותר על ההליך. מאידך: יש מצבים בהם אם הבקשה לסעד זמני מתקבלת, די בכך בכדי להביא את הנתבע לוויתור.

**סיכויי התובענה**- **היבט נוסף המשפיע על מתן סעד זמני**: יש להראות שיש עילה עם סיכוי. שלב הבקשה לסעד זמני שזהו שלב מוקדם בהליך הוא שלב בו בעלי הדין מקבלים **אינדיקציה לגבי תפיסת השופט** בנוגע לעוצמת התובענה.

**עיקול זמני:** הנפוץ ביותר. **חל על הנכס** ובעיקר על סכומי כסף- חשבון בנק וכו'. ניתן להטיל עיקול גם על מיטלטלין- לא ניתן לעשות שימוש בנכס כל עוד ההליך המשפטי חל. המקרה הקלאסי: תביעה לסכום כסף, יש חשש שהנתבע יוכל להבריח את הכסף לבנקים זרים בהם לא ניתן לצוות על עיקול. כנ"ל עיקול של מכונית.

**עיכוב יציאה מהארץ:** בעיקר בהקשרים עם היבטים אישיים- הסיבה הנפוצה ביותר: עניני משפחה בהם ביה"ד הרבני משתמש בזה נגד חייבים במזונות שצריכים להישאר בארץ להליך- **הליך זה** **מוטל על בעל הדין ולא על נכס.**

**צו מניעה זמני:** **חל על בעל הדין ולא על נכס** – ע"פ הוראה זו בעל הדין יהיה מנוע מלעשות משהו ולא הנכס. בד"כ: התביעה תבקש צו מניעה קבוע ולצד זה תוגש בקשה גם לצו מניעה זמני כחלופה.

דוגמאות- מתי זה נפוץ: דיני מטרדים, מקרים בהם הולך לקרות משהו תו"כ ההליך, נושאי קניין רוחני.

**התלכדות מלאה בין הסעד הזמני לסעד הסופי**: לדוגמא: הפגנה שעומדת להתרחש ויש טענה לפגיעה בפרטיות. התביעה תהיה לצו מניעה קבוע, בהנחה שהיא לא תתברר תוך שבוע תוגש בקשה לצו מניעה זמני **וזו התלכדות מלאה**. **במצבים אלו הרגישות בדיני הסעד הזמני גבוהה במיוחד כי השופט גוזר את גורל התובענה בכלל.**

**צו עשה זמני:** נדיר יותר מצו מניעה- חדירה לפרטיות גדולה יותר כי מדובר בחובה פוזיטיבית - "**לעשות**" ולא "**להימנע מלעשות**".

החלטה שהטילה צו עשה זמני: **פס"ד דהאן:** **צו עשה לתשלום כסף**: **המקרה החריף ביותר** **כי החפיפה בינו לבין הסעד הסופי היא מוחלטת** והכסף הועבר עוד לפני שהתביעה התחילה. זהו מצב ייחודי. השופט מבקש להעביר את הכסף מראש לפני שתתברר התביעה- ההחלטה מנומקת אבל לא התעסקה בהיבטים של מה יקרה אם התובע יפסיד. **ניכר כי השופט האמין בסיכויי התביעה.** **\*\*פרופ' גרוסקוף** דן במורכבות של הצו מהסוג הזה.

**כונס נכסים:** גורם שלישי שיבטיח עד פסק הדין שהנכס ישמור על ערכו במטרה שהנתבע לא ידלל את שוויו. לדוגמא: מניות, כסף - אם מפקחים על בעלות בחברה נסחרת אז יש להמשיך לנהל את המסחר במניות שלה. כונס הנכסים נמצא תחת פיקוח ביהמ"ש לאורך כל התפקוד והוא צריך לקבל אישור לפעולות מסוימות. זהו נסיון לאזן: בין החשש שהנתבע ידלל או יפקיר את הנכס ובין העברת השליטה בנכס לידי התובע לחלוטין לפני פס"ד.

**תפיסת נכסים (אנטון פילר):** (שם של פס"ד אנגלי משנות ה-70) זהו צו שעוסק העיקר בהיבט של ניהול קיומו התקין של ההליך. אם יש חשש שהנתבע יוציא ראיה מסוימת הנדרשת להליך מחוץ גבולות הארץ- **ביהמ"ש יכול להטיל צו שימנע זאת ויתפוס בראיה עד סופו של ההליך**.

**הגבלת שימוש בנכס (צו מרווה):** אם יש נכס בשליטת הנתבע ו**אנו חוששים שיעשה בו שימוש לרעה** אנו יכולים לעשות שימוש בצו זה ולהגביל את השימוש בנכס.

לפי צו זה- **ביהמ"ש מטיל את האיסור** **לא על הנכס עצמו אלא על הנתבע**: יועיל במצבים בהם הנכס לא נמצא בישראל, ואז לא ניתן לתפוס את הנכס או לעקל, או מצבים בהם תפיסה שלו היא פגיעה גדולה מדי בזכויות.

**צו חוסם:** סוג של צו מניעה. אנו לעיתים רואים תביעות ראשיות לצו חוסם. מדובר **בצו שביהמ"ש מורה לנתבע להימנע מניהול לתביעה אחרת**. מתי זה מתעורר: כשיש חשש מסוים שהנתבע יעשה שימוש בפורום אחר כדי לסכל את תכליות ההליך שהתחיל באותו ביהמ"ש. בעיקר במצבים של תביעה בחו"ל. (לא משתמשים בזה בעניני משפחה בארץ למרות שזה נדרש).

**פס"ד ר.י נ' ע.י (ביהמ"ש למשפחה בי"ם):** מוטל **צו חוסם קבוע** על בעל הדין שכנגד. מדובר בתובע טרדן שכל הזמן מגיש תביעות מתוך הכלא כנקמה במשפחה שלו נגד השכנים, הורים בבי"ס והמשפחה. הוא ניסה כל הזמן להפיץ את הידיעה בנוגע להטרדה המינית שהוא ביצע בביתו כדי לנקום במשפחה- שימוש בפומביות הדיון כדי לחשוף את זהות הבת. **ביהמ"ש: מקבל את טענת המשפחה לצו חוסם, ואומר שמעתה ע"מ להגיש תביעה עליו לקבל את אישור ביהמ"ש**. (דיון בפס"ד על סעדים זמניים - ההחלטה מלמדת על ההיבטים הדוקטרינריים).

**מקור הסמכות לסעד זמני**

**סעיף 75 לחוק בתי המשפט:**

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

**סעיף רחב ביותר**: חייב להיות בחקיקה ראשית כי יש כאן פגיעה בזכויות- הסעד הזמני בהגדרה פוגע בזכות חוקתית של חירות/קנין, על כן, אנו צריכים לעמוד בפסקת ההגבלה ולעגן בחוק, לעיגון זה יש חשיבות חוקתית.

**חוקי היסוד משחקים תפקיד כאן**: מאז 1992 יש הגנה יתרה על הנתבעים מבחינת האפשרות להעניק סעד זמני.

**תיקון מס' 6 משנת 2001**: קודיפיקציה בדיני הסעדים הזמניים –נסיון לשחזר את הדין הקיים בפסיקה.

**ההסדר מעוגן בתקנות 360- 373** , **מבנה ההסדר החדש:**

1. חלק כללי- חל על כל הסעדים הזמניים וקובע מנגנון אחיד על כל הסעדים.
2. חלק ספיציפי: הסדרים לכל סעד וסעד זמני בצורת פרקים ספציפיים. **לא כל הסעדים מופיעים שם**, ולכן נשאר היבט של משפט מקובל שזהו המקור. (אין פרק של צווי מניעה או צו עשה אבל יש לביהמ"ש סמכות לתיתם בכל מקרה - גם בגלל שסעיף 75 מזכיר אותם).

**פרוצדורה**

יש לפרוצ' היבטים מהותיים:

מתי ניתן להגיש בקשה לסעד זמני: בתחילת התביעה (בכתב התביעה) ובכל שלב בהליך. המועד המקובל והמומלץ הוא בהגשת התביעה וזהו הרגע הקריטי כי באותו רגע הנתבע כבר יודע שיש תביעה ומתחיל הפתח למניפולציה.

**תקנה 363** מרחיבה מעט את הגבולות:

363. *(א) בית המשפט רשאי ליתן סעד זמני בטרם הוגשה תובענה, אם שוכנע כי הדבר מוצדק בנסיבות הענין, ובלבד שתוקפו של הצו יהיה מותנה בהגשת התובענה בתוך שבעה ימים ממועד מתן הצו או בתוך מועד אחר, שקבע בית המשפט מטעמים מיוחדים שיירשמו.*

*(ב) בית המשפט רשאי ליתן סעד זמני להבטחת ביצוע פסק הדין בעת מתן פסק הדין או בתכוף לאחריו, ואין צורך, לשם כך, בהמצאת התחייבות או במתן ערובה לפי תקנות 364 ו-365(ב); הבקשה לסעד הזמני יכול שתהיה בעל פה.*

הרחבה משמעותית: הדין מאפשר לתובע להגיש בקשה לצו זמני עוד **לפני הגשת כתב התביעה עצמו**. ככל שנקדים להגיש את הבקשה עוצמת הפגיעה גדולה יותר ולכן הסעיף מגביל את זה לשבוע בלבד- אחרת הסעד הזמני יפקע. מתי זה יקרה? יכול לקרות במצבים בהם אני ישר מגלה את ההפרה ורוצה להגיש בקשה לסעד זמני- ייקח זמן מרגע גילוי ההפרה להגיש תביעה אז אני רוצה להבטיח שלתביעה תהיה הזדמנות.

מהצד השני סעיף קטן (ב): ניתן גם אחרי מתן פס"ד לתת צו מניעה- לשם ביצוע יעיל מחשש שעד המימוש הנתבע יעלים את הנכס או יזיק לו.

**הליך הבקשה לסעד זמני- תקנה 365**

כמו כל בקשה: בכתב המגובה בתצהיר.

365. *(א) בקשה לסעד זמני תוגש והדיון בה יתנהל כאמור בסימן א' של פרק כ', ובכפוף להוראות פרק זה.*

*(ב) לבקשה תצורף התחייבות של המבקש לפיצוי מי שאליו מופנה הצו, בגין כל נזק שייגרם לו על ידי הצו הזמני, אם תיפסק התובענה או יפקע הצו מסיבה אחרת.*

*(ג) בתצהיר המצורף לבקשה יפרט המבקש את כל העובדות הנוגעות לבקשה.*

*(ד) בבקשה למתן צו הנוגע לנכסים שברשות מחזיק, יפורשו גם שמו ומענו של המחזיק.*

*(ה) בבקשה לצו עיכוב יציאה מהארץ יפרש המבקש בבקשתו את שמו ושם משפחתו של המשיב, גם באותיות לטיניות, וכן מענו, מספר הזהות שלו, ואם אינו ידוע למבקש — פרטים אחרים שיש בהם, לדעת בית המשפט או הרשם, כדי לזהותו; בית המשפט רשאי לבקש פרטים נוספים כדי למנוע טעות בזיהוי.*

*(ו) בבקשה לסעד זמני לפי סימן ב'1 יציין המבקש גם את תיאורם ומקום הימצאם של הנכסים, וכן יציע מועמד לשמש תופס נכסים או כונס נכסים זמני, לפי הענין, בכפוף לאמור בתקנה 387ג, ויצרף את הסכמת המועמד בכתב למינוי.*

**מדוע תצהיר כאן כל-כך משמעותי?**  התצהיר מספק מידע. ביהמ"ש במקום בו הוא לא יודע כלום על ההליך –ייתכן ולא הוגש כלל כתב התביעה, וגם אם הוגש יש מידע ראשוני שאיננו בתצהיר. **התצהיר צריך לשכנע את ביהמ"ש כי ראוי לתת את הסעד הזמני**- זוהי בקשה לחשוף מספיק מידע כדי לקבל את היתרון היחסי הזה. התוצאה- כשיוגש כתב תביעה, **יוגש בנפרד גם תצהיר שמן עם ראיות** בנוגע לצו הזמני.

**תקנה 366:** מאפשרת לביהמ"ש לדון בסעד הזמני במעמד צד אחד. (ה) בבקשה לצו עיכוב יציאה מהארץ יפרש המבקש בבקשתו את שמו ושם משפחתו של המשיב, גם באותיות לטיניות, וכן מענו, מספר הזהות שלו, ואם אינו ידוע למבקש – פרטים אחרים שיש בהם, לדעת בית המשפט או הרשם, כדי לזהותו; בית המשפט רשאי לבקש פרטים נוספים כדי למנוע טעות בזיהוי.

*366. (א) בקשה למתן סעד זמני תידון במעמד הצדדים, ואולם* ***רשאי בית המשפט ליתן צו על פי צד אחד****, אם שוכנע, על בסיס ראיות מהימנות לכאורה, כי קיים חשש סביר שההשהיה שבקיום הדיון במעמד הצדדים תסכל את מתן הצו או תגרום למבקש נזק חמור.*

*(ב) על אף האמור בתקנת משנה (א),* ***יידונו בקשות לצו עיקול זמני, צו הגבלת שימוש בנכס וצו תפיסת נכסים במעמד צד אחד****, אלא אם כן שוכנע בית המשפט כי אין בקיום דיון במעמד הצדדים כדי לסכל את מתן הצו.*

*(ג) הוגשה הבקשה לסעד זמני לאחר שהוחל בשמיעת ראיות בתובענה, תידון הבקשה, במידת האפשר, לפני השופט הדן בתובענה.*

ברירת המחדל: במעמד שני הצדדים.

**החריג:** מתן החלטה במעמד צד אחד מתוקף סעיף (ב): התנאים: ע"ב ראיות מהימנות לכאורה, חשש סביר לסיכול מתן הצו או גרימת נזק חמור למבקש.

אם ביהמ"ש נותן החלטה במעמד צד אחד: הוא מיד יודיע לצד השני ויזמין אותו להגיב- **תקנה 367**.

נקודה חשובה: ישנה אי וודאות קיצונית כאשר ניתן סעד זמני במעמד צד אחד טרם ההליך. ביהמ"ש סומך על האינפורמציה שהתובע מספק לו **וזה משפיע על אחריות התובע במקרה שהצו הזמני לא היה ראוי.**

**המצאת בטוחות**

רכיב נוסף שהוא חלק מהליך הבקשה לסעד זמני: ישנה חובה על התובע **להמציא בטוחות להטבת נזקו של הנתבע** בעקבות הסעד הזמני – זהו האיזון המרכזי בין האינטרסים של 2 הצדדים: תקנות 364-365.

*364. (א) בית המשפט לא ייתן סעד זמני אלא* ***בכפוף להמצאת התחייבות עצמית כאמור בתקנה 365(ב), וכן ערבות מספקת, להנחת דעתו, לשם פיצוי בגין כל נזק שייגרם למי שאליו מופנה הצו כתוצאה ממתן הצו, אם תיפסק התובענה או אם יפקע הצו מסיבה אחרת****; בית המשפט רשאי לפטור מהמצאת ערבות, אם ראה שהדבר צודק וראוי, ומטעמים מיוחדים שיירשמו.*

*(ב) בית המשפט רשאי לצוות על הפקדת עירבון בנוסף לאמור בתקנת משנה (א), אם שוכנע כי הדבר צודק וראוי בנסיבות הענין; בית המשפט לא ייתן סעד זמני במעמד צד אחד אלא בכפוף להפקדת עירבון בנוסף לאמור בתקנת משנה (א), זולת אם שוכנע כי בנסיבות הענין צודק וראוי לפטור מהפקדת העירבון.*

*(ג) סכום העירבון לא יעלה על 50,000 שקלים חדשים; בית המשפט רשאי, אם ראה שהדבר מוצדק מטעמים מיוחדים שיירשמו, להגדיל את סכום העירבון מעבר לסכום האמור או להתנות את מתן הצו במתן עירבון אחר.*

*מיום 7.9.2001*

*365. (א) בקשה לסעד זמני תוגש והדיון בה יתנהל כאמור בסימן א' של פרק כ', ובכפוף להוראות פרק זה.*

*(ב) לבקשה* ***תצורף התחייבות*** *של המבקש לפיצוי מי שאליו מופנה הצו, בגין כל נזק שייגרם לו על ידי הצו הזמני, אם תיפסק התובענה או יפקע הצו מסיבה אחרת.*

*(ג) בתצהיר המצורף לבקשה יפרט המבקש את* ***כל העובדות הנוגעות לבקשה****.*

*(ד) בבקשה למתן צו הנוגע לנכסים שברשות מחזיק, יפורשו גם שמו ומענו של המחזיק.*

*(ה) בבקשה לצו עיכוב יציאה מהארץ יפרש המבקש בבקשתו את שמו ושם משפחתו של המשיב, גם באותיות לטיניות, וכן מענו, מספר הזהות שלו, ואם אינו ידוע למבקש — פרטים אחרים שיש בהם, לדעת בית המשפט או הרשם, כדי לזהותו; בית המשפט רשאי לבקש פרטים נוספים כדי למנוע טעות בזיהוי.*

*(ו) בבקשה לסעד זמני לפי סימן ב'1 יציין המבקש גם את תיאורם ומקום הימצאם של הנכסים, וכן יציע מועמד לשמש תופס נכסים או כונס נכסים זמני, לפי הענין, בכפוף לאמור בתקנה 387ג, ויצרף את הסכמת המועמד בכתב למינוי.* ***תק' (מס' 6) תשס"א-2001***

[*ק"ת תשס"א מס' 6119*](http://www.nevo.co.il/Law_word/law06/TAK-6119.pdf) *מיום 8.8.2001 עמ' 976*

***הוספת תקנה 364***

**סוגי הבטוחות**

**התחייבות עצמית חובה**: **פס"ד אריאל**: השופט אנגלרד אומר כי מדובר **ממש במסמך חוזי** של התחייבות כלפי הנתבע לפיה התובע מתחייב לפצות אותו על נזקיו אם תתברר התביעה לטובת הנתבע.

**כתב ערבות** (גיבוי להתחייבות העצמית): מישהו אחר ערב להתחייבות העצמית של התובע. ביהמ"ש רשאי לפטור מכתב ערבות במצבים בו הנתבע הוא עם כיס עמוק ואין סיכוי שלא ייפרע- כמו בנק.

**ערבון:** (אופציונלי - נתון לשק"ד): דורשים בטוחה חפצית מסוימת, נכס: בד"כ סכום כסף. **דרישה זו נוספת כי היא נטל מוגבר על המבקש**. (עד 50,000 ₪ אלא אם יש טעמים לחרוג ממנו).

מתחילים עם התחייבות עצמית, אח"כ ביהמ"ש צריך להתיר שימוש בכתב ערבות, ולאשר בקשה לערבון רק במקרים שהוא רואה לנכון. **הערה חשובה:** בתקנה 1 (הגדרות), "ערבות בנקאית"(סוג של בטוחה) **נכללת בהגדרות גם של ערבות וגם של ערבון**. ז"א, שבטוחה זו יכולה להיחשב או ככתב ערבות או כערבון- **יש כאן אי בהירות**.

המשמעות: הרבה מהבטוחות מתבצעת בצורה של ערבות בנקאית. חשוב שביהמ"ש יגדיר למה הכוונה בערבות בנקאית בדין: האם ערבות או ערבון- כי יש נפקויות באופן הפרעון של שניהם- או אי הפרעון.

**מהו סעד זמני לא ראוי?** סעד שניתן כאשר יתברר בסוף ההליך שהנתבע אינו חייב- אין פס"ד לטובת התובע.

**הפסיקה פירשה הגדרה זו**: "פקיעת התובענה לסעד זמני" הכוונה: סיום התובענה ללא פס"ד לטובת התובע.

**תקנה 371:** ביהמ"ש רשאי להורות על חילוט הערבון אם ראה שנגרם נזק עקב הסעד הזמני, והבקשה לסעד זמני לא היתה סבירה בנסיבות הענין- יש כאן מעין תוספת של **דרישת התרשלות.**

371. *(א) פקע הצו הזמני, יהיה בית המשפט הדן בתובענה רשאי, לאחר שנתן לצדדים הנוגעים בדבר הזדמנות להשמיע את טענותיהם, להורות על חילוט העירבון, כולו או מקצתו, בין לפני מתן פסק הדין ובין לאחריו, לטובת מי שאליו מופנה הצו,* ***אם ראה כי נגרמו לו נזק*** *או הוצאות עקב מתן הצו,* ***וכי הבקשה לא היתה סבירה בנסיבות הענין****; חילוט העירבון אינו מותנה בהוכחת גובה הנזק שנגרם.*

*(ב) חילוט העירבון אינו גורע מזכותו של מי שהעירבון חולט לטובתו להיפרע בשל נזקיו, באמצעות הערובה במסגרת ההליך או בדרך של הגשת תובענה חדשה לפי כל דין, ובלבד שלא ישולם פיצוי יתר.*

*(ג) לא הוגשה לבית המשפט תובענה או בקשה לפיצויים בגין נזק עקב מתן הצו הזמני, בתוך שישה חודשים מהמועד שפקע הצו הזמני, יוחזר למבקש כתב הערבות; בית המשפט רשאי לקבוע מועד אחר אם ראה שהדבר מוצדק, מטעמים מיוחדים שיירשמו.*

*(ד) הופקד עירבון ולא חולט או חולט מקצתו — תוחזר יתרת העירבון למבקש בתוך שישים ימים מהמועד שפקע הצו הזמני; הוגשה בתוך שישים הימים בקשה לחילוט העירבון, רשאי בית המשפט לעכב את החזרת העירבון עד למתן החלטה בבקשה.*

סוגי נזקים טיפוסיים: ריבית, הפסדי רווחים, שכר עבודה וכו'..

**מה קורה עם הבטוחות (נגמר ההליך ללא מתן פס"ד לטובת התובע):**

1. **הבטוחה הזמינה ביותר – הערבון:** תשוחרר רק אם היתה התרשלות של התובע.
2. **הערבות וההתחייבות העצמית:** תנאי זה לא מופיע. זכויות אלו אוטומטית נמצאים למצבים בהם לא ניתן לחלט את הערבון- נזק ללא התרשלות - אבל יידרש הליך דומה להליך לתביעה לפיצויים בגין הפרת חוזה. התוצאה: קשה יותר לממש אבל אין צורך להוכיח התרשלות.

**תקנה 371(ב)** מדגישה כי חילוט הערבון כשלעצמו לא גורע תביעת נזיקין נוספים- הרחבת הסיכון של המבקש סעד זמני- הדין קובע חשיפה לתביעה הן מכוח הבטוחות הללו והן מחוצה להן.

**פס"ד סחר שירותי ים:** (לפני התיקון) התובע חושף את עצמו לתביעת נזיקין ברשלנות על הנזקים שנגרמו לנתבע מהסעד הזמני. העובדות: תביעה להעברת נכס מיובא. התובע מבקש להטיל עיקול על כל הנכס שנמצא במחסן. מסתבר בדיעבד שהזכות שלו היתה לחלק קטן מהנכס והוא ביקש להטיל עיקול על כל המלאי כולו. **התביעה עצמה היתה נכונה** - מצב של תובע שניצח והבטוחות לא אמורות להיכנס לפעולה. **הנתבע בכל מקרה רוצה שיפוי על הקפאת כלל הנכסים שלא לצורך.** הטענה: להתרשלות בבקשה לסעד הזמני.

**נוצר דיון על מידתיות חוקתית:** אדם צריך לבקש סעד זמני ש-"לא יעלה על הנדרש". אם ביקשת ברשלנות ללא בירור היקף התביעה ביחס לנכס המעוקל, הרי שפגעת בנכס המעוקל ולכן התביעה בנזיקין תתקבל. **ביהמ"ש: מתרשם שהתובע עשה את זה בכוונה** וגרם להטלת עיקול על כלל הנכס לשם יצירת לחץ על הנתבע טרם ההליך.

**אילו אמות מידה יפעיל ביהמ"ש בשוקלו האם ליתן סעד זמני:**

**תקנה 362**: קובעת שיקולים רחבים:

362. *(א) הוגשה בקשה למתן סעד זמני במסגרת תובענה, רשאי בית המשפט ליתן את הסעד המבוקש, אם שוכנע,* ***על בסיס ראיות מהימנות לכאורה בקיומה של עילת התובענה*** *ובקיום התנאים המפורטים בהוראות המיוחדות בפרק זה, הנוגעים לסעד הזמני המבוקש.*

*(ב) בהחלטתו בדבר מתן הסעד הזמני, סוג הסעד, היקפו ותנאיו, לרבות לענין הערובה שעל המבקש להמציא, יביא בית המשפט בחשבון, בין השאר, שיקולים אלה:*

*(1)* ***הנזק שייגרם*** *למבקש אם לא יינתן הסעד הזמני לעומת הנזק שייגרם למשיב אם יינתן הסעד הזמני, וכן נזק שעלול להיגרם למחזיק או לאדם אחר;*

*(2) אם הבקשה הוגשה בתום לב ומתן הסעד צודק וראוי בנסיבות הענין, ואינו פוגע במידה העולה על הנדרש.*

2 תנאים הכרחיים:

1. קיומה של עילת תביעה: ביהמ"ש צריך להשתכנע כי לתביעה יש סיכוי כלשהו.
2. "עקרון ההכבדה":על המבקש להראות שאי-מתן הסעד הזמני יגרום להכבדה על קיומו התקין של ההליך- תנאי התכלית הבסיסי של מתן הסעד הזמני.(נגד בנק כנראה זה לא יתקיים). תנאי זה לא מופיע בסעיף אבל הוא **משותף לכל הצווים ומופיע בפרקים הרלוונטיים שלהם** - הרף שלו שונה מאחד לאחד. **זהו תנאי התכלית.**

3 תנאים נוספים **שניתן** לשקול:

1. "מאזן הנוחות":עקרון המידתיות - היחס בין הנזק לתועלת כתוצאה ממתן הצו.

**פס"ד בנק מרכנתיל נגד עמר:** זוג קשישים מגישים תביעה נגד בנק - נגד פינוים מדירת המגורים כאשר יש כבר פעולות מימוש נגדם והם מנסים למנוע אותה בסעד זמני. **ביהמ"ש**: משתכנע שבדירת מגורים **מאזן הנוחות נוטה לטובת התובעים** לא להוציאם מהבית. **פרוקצ'יה**: מדברת על יחס המקבילית בין עוצמת העילה לבין שיקולי מאזן הנוחות. ככל שסיכויי התביעה טובים יותר והעילה חזקה יותר, נדרוש פחות מהתובע במישור מאזן הנוחות. כאן ההתרשמות היא שהסיכוי שהתביעה תתקבל נמוך (יש צו הוצל"פ) והתובעים נמצאים במקום מאוד חלש, **אולם מבחינת מאזן הנוחות הם במקום מאוד חזק: זוג חלש ודירת מגורים**- לכן הצו הזמני אכן מתקבל. בדיקת מאזן הנוחות היא ממש ביחס לתקופת התביעה.

1. שיקולי תו"ל, צדק ומידתיות: **פס"ד שפטר:** השופט בודק האם בבקשת הסעד הזמני המבקש מקיים את דרישות אלו- נניח תובע משקר, שיהוי ארוך, הסתרת מידע ועוד. כלים שהיו זמינים גם ללא התקנה אך בדין הם משקפים את רצון המחוקק לגרום לביהמ"ש לוודא שהוא זהיר מספיק.
2. הרכיב החוקתי: **פס"ד וייסגלס**: ביהמ"ש בוחר **לפרש את הסמכות להוציא צו עיכוב יציאה מהארץ באופן מצמצם שתגלם את המשפט החוקתי בו אנו נמצאים**. מדובר על צו עיכוב יציאה מהארץ של אזרח זר. ביהמ"ש מטיל הגבלות רבות על הצו. עוד רואים שם **גילום של ההיבט החוקתי** **כאשר נושא ההכבדה מנוסח שם באופן קיצוני**: "כשיש חשש שיציאה של הנתבע מהארץ תכביד על ניהול ההליך באופן **ממשי**".זוהי הקצנה של דרישת ההכבדה מאשר בצווים אחרים.

**בפרקטיקה:** ביהמ"ש לפעמים שוכח להפעיל את אחת מהדרישות, שוכח לדרוש הפקדת בטוחה ועוד. תפקיד עו"ד של הנתבעים לוודא שכל הסעדים הללו נתקיימו וכל התנאים התקיימו להפקדות בטוחות התקיימו.

**איחוד עילות וצירוף בעלי דין**

**בתקנות סדר הדין, תקנות 21-24:** מאפשרות לאגד כמה פרטים בכל אחד מהצדדים לתביעה.

21. *מותר לצרף בחזקת תובעים בתובענה אחת את כל הטוענים לזכות סעד — בין ביחד, בין לחוד ובין לחלופין — בשל מעשה אחד או עסקה אחת או סדרה אחת של מעשים או עסקאות או כתוצאה של אחד מאלה, ושאילו הגישו תובענות נפרדות היתה מתעוררת בהן שאלה משותפת,  משפטית או עובדתית.*

**תקנה 21 קובעת תנאים מצטברים לצירוף בעלי דין כתובעים:**

1. תובעים סעד אחד בשל משה אחד/עסקה אחת/ סדרה אחת של מעשים ועסקאות (מע' ענינים דומים המצטרפים לחטיבה אחת- צריך זהות באופי התביעה).
2. לו היו התביעות מוגשות בנפרד- היתה מתעוררת בהן שאלה משפטית או עובדתית **משותפת:**

**פס"ד שושנה:** העובדות: 7 משפחות רכשו דירות בפרויקט אחד. הגישו תביעה במאוחד בעילות נזיקיות וחוזיות בגין ליקויי בניה- הטענה שיש לפצל את התביעה ל-7 תביעות נפרדות נדחתה. **ביהמ"ש:** אמנם כל אחד מהחוזים נערך בנסיבות קצת שונות ולכל דירה ליקוי בניה שונה, אך מדובר בדירות של פרויקט בניה אחד, עם ליקוי חוזים דומים בנוסחיהם וחלק מהליקויים משותפים- ולכן- **התעוררה לפחות שאלה אחת משותפת ודי בזה כדי שהצירוף יוכשר**.

**תקנה 23:** 23. *ראה בית המשפט או הרשם שהצירוף עלול לסבך או להשהות את הדיון, רשאי הוא להורות על הפרדת הדיון או על דרך דיון אחרת.* - **סייג המאפשר לביהמ"ש להורות על הפרדת הדיון** אם הצירוף עלול להשהות או לסבך.

**צירוף נתבעים לתביעה – תקנה 22 לתקסד"א**

22. *(א) מותר לצרף בחזקת נתבעים בתובענה אחת את כל הנתבעים למתן סעד — בין ביחד, בין לחוד ובין לחלופין — בשל מעשה אחד או עסקה אחת או סדרה אחת של מעשים או עיסקאות, או כתוצאה של אחד מאלה, ושאילו הוגשו נגדם תובענות נפרדות היתה מתעוררת בהן שאלה משותפת, משפטית או עובדתית.*

*(ב) היה לתובע ספק ממי הוא זכאי לתבוע, רשאי הוא לצרף נתבעים אחדים כדי ששאלת החבות ומידת החבות של כל אחד מהם תוכרע בין כל בעלי הדין.*

*(ג) אין צורך שכל נתבע יהא לו ענין לגבי כל הסעד שתובעים בתובענה.*

**התנאים לצירוף:** זהים לתנאים של צירוף תובעים. בנוסף: אם יש ספק לתובע ממי הוא זכאי לתבוע מבין כמה, הוא רשאי לצרף מספר נתבעים כדי ששאלת החבות היחסית של כל אחד מהם תוכרע ביניהם. **תקנה 23**: מהווה סייג גם צירוף זה באותה עילה – סיבוך הוא הארכת הדיון.

**צירוף לאחר הגשת כתב תביעה: תקנה 24**

24. *בכל שלב משלבי הדיון רשאי בית המשפט או הרשם, לבקשת אחד מבעלי הדין או בלא בקשה כזאת ובתנאים שייראו לו, לצוות על מחיקת שמו של בעל דין שצורף שלא כהלכה כתובע או כנתבע, או על הוספת שמו של אדם שהיה צריך לצרפו כתובע או כנתבע או שנוכחותו בבית המשפט דרושה כדי לאפשר לבית המשפט לפסוק ולהכריע ביעילות ובשלמות בכל השאלות הכרוכות בתובענה.*

**התנאים- צריך התקיימותו של אחד מהם:**

1. היה צריך לצרף את אותו אדם לכתב התביעה מלכתחילה.
2. נוכחותו דרושה כדי לאפשר לביהמ"ש להכריע ביעילות ובשלמות בכל השאלות הכרוכות בתובענה.

**יש כאן כמה מצבים אפשריים לצירוף במהלך הדיון:**

1. **תובע המבקש לצרף תובע נוסף:**

לדוגמא: נתבע טוען כי הוא לא חייב לתובע אלא לאדם אחר שהזכות הועברה אליו. התובע רוה לצרפו וכך יעשה כדי למנוע את דחיית התביעה מחמת חוסר יריבות. יש 2 מצבים:

1. תובע מוכן להצטרף: צריכים 3 תנאים כדי לצרפו: עילת תביעה לתובע נגד הנתבע, הצירוף היה אפשרי מלכתחילה לפי תקנה 21 – שאלה משותפת וכו' והצירוף דרוש להכרעה יעילה בתובענה. **פס"ד ברנר:** חברה תובעת סילוק יד במקרקעין וביקשה את צירופה של חב' נוספת כתובעת באותו תיק. **ביהמ"ש:** דחה את הבקשה בנימוק שלחברה השנייה אין עילת תביעה כנגד הנתבע לסילוק יד. **מציג את המבחנים**.
2. התובע לא מוכן להצטרף: אין לצרף תובע בעל כורחו.
3. **התובע מבקש לצרף נתבע נוסף:**

לדוגמא: נתבע מקורי מעביר את הנכס נשוא התובענה לאחר. התובע מגלה זאת ורוצה לצרף את המחזיק בנכס לתביעה כדי שיהיה לו ממי להיפרע.

המבחן: זהה לשלושת המבחנים הקודמים במצב של תובע מצרף תובע שנקבעו ב**פס"ד ברנר**.

1. **הנתבע מבקש לצרף תובע נוסף:**

דוגמא: רק אם יש לו אינטרס שיהיה מעשה בית דין כלפיו.

המבחן: האם הצירוף יעזור לביהמ"ש להכריע בשלמות וביעילות בכל השאלות הכרוכות בתובענה. **שיקולים**:

1. מדוע התובע הנוסף לא הגיש תביעה בעצמו? והאם יש לכבד את רצונו?
2. שיקולי יעילות ונוחות הדיון.
3. **נתבע מבקש לצרף נתבע נוסף:**

לדוגמא: טוען שהתחייב יחד עם אחר ומבקש לצרף את שותפו. ביהמ"ש ייעתר בתנאים הבאים:

1. הצירוף היה אפשרי מלכתחילה לפי תקנה 22.
2. ההכרעה עלולה לפגוע בזכויותיו החוקיות של צד ג' כלשהו או כאש נוכחותו דרושה ע"מ להכריע ביעילות ובשלמות בתובענה.

**ההבדלים בין צירוף נתבע נוסף להודעת צד ג' (שתידון בהמשך):**

1. כאן דרוש קשר ישיר בין התובע לבין הנתבע הנוסף. ואילו בהודעת צד ג' הקשר הדרוש הוא בין הנתבעים.
2. הודעת צד ג' כרוכה בתשלום אגרה.
3. סדרי הבאת הראיות הם שונים.
4. אין תלות בתביעה נגד הנתבע המקורי – אם יוכיח התובע את תביעתו נגד הנתבע הנוסף, יוכל לקבל פס"ד גם אם נדחתה התביעה נגד הנתבע המקורי- בהודעת צד ג' לא ניתן לחייב את הנתבע הנוסף ללא הכרעה נגד הנתבע המקורי.

**פס"ד גיל** : **הגנה נגזרת**: מדובר בבעל מניות שטוען שהחברה לא מגינה עליו כמו שצריך ומעוניין לייצג בעצמו את החברה כך עושה שימוש בתקנה 24 של הוספת בעל דין במהלך התובענה.

**דרך המלך לצירוף בעלי דין: הודעה לצד ג**'

**תקנות 216-223**

**המשמעות**: צד מודיע לצד אחר שנגדו לא הועלתה התביעה, כי מנהלת מולו (צד ב') תביעה, ובמידה והוא ימצא אשם הוא יבקש להטיל את האחריות או את העלות עליו (הצד השלישי). לעיתים יש שימוש בביטוי תביעה על תנאי – לב' יש זכות כנגד ג' בתנאי שהוא מפסיד במשפט הראשון.

**מדובר בשרשור של חבות ולא בחבות משותפת**- מרגע שאותו צד ג' מצורף, הוא חלק אינטגרלי מההליך - כבול בתוצאותיו, כחלק מהרציונאל של הגינות הדיון (ברגע שיש לו את יומו בבית המשפט הוא כבול בתוצאות).

תקנת הבריח: **תקנה 216:**

216. *בתובענה שנפתחה במסירת כתב תביעה והוגש בה כתב הגנה, רשאי נתבע ליתן לכל אדם, לרבות אדם שהוא בעל דין בתובענה, הודעה לצד שלישי במקרים אלה:*

*(1) כשהנתבע טוען נגד הצד השלישי שהוא זכאי להשתתפות או לשיפוי ממנו בשל כל סעד שייפסק נגדו בתובענה;*

*(2) כשהנתבע טוען נגד הצד השלישי שהוא זכאי כלפיו לסעד הכרוך בנושא התובענה והוא בעיקרו כסעד שמבקש התובע;*

*(3) כששאלה או פלוגתה בין הנתבע לצד השלישי הכרוכה בנושא התובענה היא בעיקרה כזו השנויה במחלוקת בין התובע לנתבע, ומן הראוי שתיפתר גם ביניהם לבין הצד השלישי.*

**הזכות לשלוח הודעה היא זכות אוטומאטית**: מיוזמתו, ללא קבלת אישור מביהמ"ש להציג את הבקשה. זכות זו דומה לזכות של תובע לתבוע נתבע. יש גם יש מצבים בהם צד ג' יכול לשלוח הודעה לצד ד'.

**חבותו של צד ג': רלוונטית רק אם ב' מפסיד**, אולם לצד ג' בכל זאת זכויות מלאות של נתבע:

1. הגשת כתב הגנה.
2. הבאת ראיות.
3. חקירת עדים.
4. טיעונים בבקשות בכתב שונות.

והכל למרות ששאלת החבות שלו לא מתעוררת טרם שנקבעת חבות לנתבע המקורי- **אם הנתבע מנצח - צד ג' פטור**.

**התנגדות צד ג'**: **תקנה 221**:

*21. רצה צד שלישי לחלוק על התובענה שהוגשה נגד בעל הדין שנתן את ההודעה, או על תוכן ההודעה כלפיו,* ***יגיש כתב הגנה*** *תוך שלושים ימים מהיום שההודעה הומצאה לו, או תוך זמן ארוך יותר שקבע בית המשפט או הרשם ;* ***לא הגיש כתב הגנה, רואים אותו כאילו הודה בתקפו של פסק הדין נגד בעל הדין****, בין שנתקבל בהסכמה ובין באופן אחר, ושל פסק הדין לזכות בעל הדין נגדו.*

**אם צד ג' מתנגד לצירופו:** עליו לכלול זאת בכתב הגנה משלו - ע"ב כתב ההגנה, יחליט בית המשפט האם ניתן לצרף. אם הוא לא הגיש כתב הגנה- כאילו הודה בחיובו במידה וצד ב' יפסיד בתביעה.

**פס"ד בוארון:** תובע שתובע 2 נתבעים (עירייה ומעביד)], טוען שכל אחד מהם חב כלפיו באופן ישיר עבור אותו הנזק. במצב כזה אין משמעות להודעת צד ג': התובע טוען לזכות מלאה ואחריות מלאה של כל אחד מהצדדים כלפיו (סעיף 84 לפקדות הנזיקין)- **בהליך כזה בית המשפט צריך לפסוק בנפרד כנגד כל אחד מהנתבעים.**

**פס"ד מנורה**: העובדות: צד ג' נתבע באופן ישיר על ידי התובע הראשוני (שני נתבעים- א' וב'), בכתב ההגנה של נתבע א' הוא טען כי האחריות היא על נתבע ב'. לאחר מכן טען צד א' כי עצם הטענה בכתב ההגנה היא כמו הודעת צד ג'. **בית המשפט**: **קבע שמשפט כללי בטענות הגנה לא מממש הודעה לצד ג'** **הסיבה: הפרוצדורה משקפת עקרון מהותי שקשור לזכות הטיעון**: הנתבע חייב לדעת מול אילו טענות הוא מתמודד בכדי שיוכל להשיב עליהם.

**תובענה ייצוגית**

מנגנון דיוני שבא להתמודד עם מצב טיפוסי של פערי כוח (**גלנטר**)- מצב של נתבע אחד ותובעים רבים מאד.

**הגדרה:** תובענה המנוהלת בשם קבוצת בני אדם, שלא ייפו את כוחו של התובע המייצג לכך, ושאר מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה.

**בעיית הפעולה המשותפת**: לכל אחד מהצדדים אין סיבה מספיק טובה להתחיל תהליך משפטי. אבל סה"כ הנזק שנגרם הוא גדול מאוד. וכן המנגנון משקף 2 תכליות:

1. תכלית הפיצוי - אנשים שלא היו מגישים תביעות מגישים אותן באמצעות המנגנון.
2. תכלית המניעה - בהעדר אפשרות מעשית לתביעה אישית, התובע ידוע שהוא בפועל חסין מתביעה ולכן יעדיף לפגוע. בד"כ דווקא אלו שחסינים מתביעה הם שמזיקים להרבה יותר אנשים.

**העוצמה של ההליך**: התהליך הוא צירוף של התובעים על בסיס של השתק עילה: סעיף 24 לחוק תובענות ייצוגיות:

24. *פסק דין בתובענה ייצוגית יהווה מעשה בית דין לגבי כל חברי הקבוצה שבשמם נוהלה התובענה הייצוגית, אלא אם כן נקבע במפורש אחרת בחוק זה.*

המשמעות: לא יוכלו לצאת ולתבוע בשנית – זה הכוח האמיתי שעומד מאחורי התובענה.

החוק מודרני מאוד (2006): סעיף 1: מטרת החוק (במסגרת עידן הפרשנות התכליתית):

1. מימוש הזכות (לפיצויים ולגישה).
2. אכיפה והרתעה.
3. מתן סעד הולם לנפגעים.
4. ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות.

**הסטוריה של דיני תובענות יצוגיות:**

1. **החוק ארוך מאוד ביחס למה שהיה לפני** –הסדר משולב של תקנה 29 לסד"א ששימשה כתובענה ייצוגית (כללית מידי ובתי משפט התקשו לבנות מנגנון באמצעותה). במהלך השנים החקיקה הוסיפה הסדרים ספציפיים בתחום ניירות הערך וחוק החברות שכן שם מדובר במצב קלאסי שמתעורר.
2. **יש תובענות יצוגיות שהתחילו בדין שקדם**: **פס"ד EBI** קבע כי חוק תובענות יצוגיות **תקף אקטיבית** ולכן תובענות שתהחילו לפני החוק כפופות להסדר החדש. בית המשפט תוהה האם הדין שפותח לפני עדיין רלוונטי כיום- **הקו הכללי** (לא חד משמעי) **אומר שהעקרונות שגובשו לפני החוק עדיין קיימים**

**לפי בית המשפט ומלומדים** – המטרה של החוק הייתה לבצע ליברליזציה של הכלי ולהפוך אותו לנגיש יותר – ביהמ"ש קובע רשימה של עילות שניתן לתבוע בגינן בתביעה ייצוגית.

**הסדרים הקשורים לתובענה ייצוגית (הקבוצה)**

1. **אישור תובענה**: מטילים על הקבוצה **מעשה בית דין** למרות שלא היה להם יומם בבית המשפט. ההסדר לוקח את הבעיה בחשבון ומוודא שהאינטרס שלהם ייוצג כראוי. הרציונאל: אין פגיעה בזכות הגישה אלא בזכות גישה תאורטית בלבד- לא היו מגישים תביעה. הפתרון הפרוצ': שלב סינון מקדמי שבו תובענה ייצוגית צריכה לקבל אישור. בתובענה שאושרה יש אינטרס חזק של הנתבע להתפשר.
2. **סעיף 11 - Oppt Out**: אדם שהוא חלק מהקבוצה יכול לדרוש בשלב המקדמי לצאת מתחום הקבוצה. הסדר זה חזק יותר מההסדר הבא שכן הוא כולל את כל הקבוצה ו**הנטל על הנציג קטן יותר**. סעיף זה מתגבר על בעיית "הטיית הסטאטוס קוו" - אנשים נמנעים מלבצע פעולות אקטיביות של הצטרפות. שיטה זו היא בררת המחדל.
3. **סעיף 12 - Oppt In**: נציג שפונה להציג תובענה ייצוגית, מבקש **מכל מי שהוא בעל עניין שיצטרף אקטיבי לקבוצה**. הנטל על הנציג גדול יותר: מוסיף אקטיבית גורמים לקבוצה. **בית המשפט יכול לקבוע שנבחר במנגנון זה.**

**ביחס לנתבע:**

1. ברמה העקרונית מדובר בתביעה אזרחית רגילה (יש התלבטות בפסיקה בנוגע לזה).
2. למרות זאת, מדובר בתביעה חריגה בהיקף- סכומים גדולים בהתאם.
3. החשש לא מוגבל רק לסכום, אלא גם מ**פגיעה במוניטין** שקודמת לפסק הדין.
4. בתהליך הגילוי המוקדם יש **נטל גבוה מאוד על הנתבע** (לחשוף את כל האסטרטגיה המסחרית, לחשוף את המשכורות של כלל העובדים, כל ההתנהלות בתחום הסחר במניות וכו').
5. הדין מגביל את העילות בגינן ניתן לתבוע– כדי שתובעים לא יוכלו להטיל מורא על נתבעים.
6. המדינה כנתבע - יש **הגנות מיוחדות.**

**ביחס לנציג:**

1. רצון לתמרץ אנשים לקחת ולייצג את התביעה - שדורשת משאבים רבים.
2. **גמול לתובע** – אם תנהל תביעה תקבל סכום נוסף מעבר לסכום שמגיע לך במסגרת הפיצוי.
3. שכ"ט לעורך הדין- כחלק מהתביעה.
4. התעוררות בעיית הנציג:
5. הנתבע יכול "לקנות" את הנציג: הדין **מציב בהתאם תנאים** לתובע שרוצה לסגת מהתביעה.
6. בפשרה–ביהמ"ש יכול למנות בודק חיצוני שיבדוק את התמריצים שהנציג קיבל + האם הפשרה פוגעת בקבוצה.
7. בפרקטיקה של התובענות הייצוגיות בישראל –פשרות הם מה שקורה בעיקר וביהמ"ש מאשר.
8. האם הנציג חייב **חובת נאמנות לקבוצה ברמה של החוק הפלילי** ? לא ברור.

**ההליך של תובענה ייצוגית- שלב** **האישור**:

3. *(א) לא תוגש תובענה ייצוגית אלא* ***בתביעה*** *כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית; על אף האמור, לא תוגש נגד רשות תובענה ייצוגית לפיצויים בגין נזק שנגרם על ידי צד שלישי, שעילתה הפעלה או אי הפעלה של סמכויות פיקוח, הסדרה או אכיפה של הרשות ביחס לאותו צד שלישי; בסעיף קטן זה ובסעיפים   
5(ב)(2), 9 ו-21 , "רשות" – כהגדרתה בסעיף 2 לחוק בתי משפט לענינים מינהליים.*

*(ב) הגשת תובענה ייצוגית* ***טעונה אישור בית המשפט****, ויחולו על הגשתה וניהולה ההוראות לפי חוק זה.*

התובע מגיש תביעה ואיתה בקשה לאישור כתובענה ייצוגית.

**ההסדר מאוד מפורט לגבי מה בית המשפט צריך לבחון**:

1. **תנאי סף שחייבים להתקיים:**
2. סעיף 3 - הגבלת העילות. התביעה צריכה להיות **מהסוג שמותר בחוק תובענות יצוגיות**. יש הפניה לתוספת השנייה שהיא די רחבה: ביטוחי, בנקאי, מפגעים סביבתיים, גבייה לא חוקית וכו'.
3. סעיף 4 - לנציג צריך שתהיה עילת תביעה אישית- המטרה: **להתמודד עם סיטואציה של נציגים אופורטוניסטים**.

ביקורת: מדובר בסכומים קטנים בד"כ ולכן נציג "לא מעורב" לא מחזק את בעיית הנציג ממש. מנגד, קיימת אפשרות שאף אחד מתוך הקבוצה לא יקום / או יקום אחד פחות מוכשר מאחר שהיה רוצה לנהל אותה. **חריגים**: עותר ציבורי במשפט המנהלי ללא זיקה לעילה הנטענת. **המערכת המשפטית מאפשרת לו לתבוע**: יש מספר ארגונים ציבוריים שמאוזכרים בסעיף שהם חריגים לקביעה של העילה האישית.

1. **שורה מפורטת של תנאים שבית המשפט צריך לבחון (סעיף 8)**:

התנאים מצטברים, אבל הם משאירים מקום לשיקול דעת של ביהמ"ש (בניגוד לתנאי סעיפים 3+4 שהם נוקשים ועניינים שבעובדה): **הדרישות של סעיף 8:**

1. **סעיף 8א1:** דרישה לשאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות: הקבוצה צריכה להראות שהיא קבוצה, כלומר: **שיש סיבה לניהול משותף של ההליך**. **פס"ד רייכרט:** אין צורך בזהות מוחלטת בין חברי הקבוצה, **צריך שהשאלות המהותיות יהיו זהות**. **פס"ד וולמרט**: הרשת הפעילה מדיניות מקומית של שכר. תביעה של נשים על הפלייה לא אושרה - **וולמרט טענו שההפלייה היא תוצאה של החלטות מקומיות ולכן השאלות המהותיות בין התובעות הן שונות**.
2. דרישה מוכרת: **אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה**: כמו בסעדים זמניים בהם ביהמ"ש צריך לבצע הערכה של התביעה כבר בתחילת ההליך.
3. **הדרך היעילה וההוגנת** להכרעה במחלוקת- יפורט בהמשך
4. יש יסוד סביר להניח ש**ענינם של חברי הקבוצה ינוהל וייוצג בצורה הולמת**- יפורט בהמשך.
5. סביר להניח שענינם ינוהל וייוצג **בתו"ל**-יפורט בהמשך.

**הרצאה אחרונה- שיעור השלמה**

**המשך – תובענות ייצוגיות**

**אנו רואים הגמשה של הדין עם השנים**: הגישה לבתי המשפט בתובענות ייצוגיות התרחבה עקב גישת השאלות המהותיות כתנאי לאישור התובענה.

**פס"ד רייקרד**: מפרש את התנאים (טרם הסעיף): **השופטת ש. כהן**: הנטל שמוטל על המבקש בתובענה ייצוגית **כבד יותר מהתובע הרגיל** (קיומה של עילה)- התובע שירצה להוכיח סיכוי צריך להציג ראיות לכאורה **ולשכנע את ביהמ"ש** שישנו סיכוי סביר **בעל משקל כלשהו** שהתביעה תצליח (קשה לכמת- אך יותר מתובע רגיל).

**רגע האישור קריטי עבור התובע:** זהו מחסום קשה בתביעות ייצוגיות: האופי של פערי כוח מובנים בתובענות ייצוגיות (התובעים הקטנים מול הנתבעים הגדולים), ולמרות פערים אלו, התובעים צריכים להמציא את המידע ואת הראיות בעוד הרבה מהראיות יהיו בידי הנתבע – כאן נכנס לידי ביטוי **מנגנון הגילוי המוקדם.**

הנתבעים: בשלב זה יגידו שאין תביעה עדיין אז מדוע שיצטרכו להציג ראיות בכלל - **יש כאן מתח**, האופי בו הוא מטפל נובע משאלות מהותיות של **עד כמה אנו רוצים לאפשר תביעות ייצוגיות**?

**בתי המשפט**: טוענים כי הגילוי המוקדם יוגבל **רק לדברים הרלוונטיים לביסוס התובענה ההתחלתית ולא לכל התביעה** - כאן עקב הצורך בראיות ובסיכוי סביר- **זה די חופף**.

**טענות נתבעים נפוצות:** תובעים ייצוגייים מגישים את ההליך רק בשביל "לשחק איתם" בשלב הגילוי המוקדם כי כך הם יכולים להשיג מידע מהנתבעים. **בתי המשפט בוחנים האם יש ניצול לרעה** של השלב המקדמי או אכן סיכוי כלשהו לתביעה ובקשות אמיתיות לצורך פתיחה בהליך.

**סעיף 8 מדבר על מגוון מושגי שסתום**

**ס' 8(א)(2):** "הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת": ככל שיש יותר שאלות משותפות כנראה שזוהי הדרך הזולה והיעילה ביותר לנהל את ההליך. עוד מאפיין שביהמ"ש בוחן: **גודל הקבוצה**- ככל שהיא גדולה יותר, כך יעיל יותר לנהל את התובענה הייצוגית- אין מספר מדויק אך ישפיע על שק"ד ביהמ"ש.

**תביעות שעוסקות במצגי שווא** **כלפי ציבור צרכנים**: נניח: פרסומת לאבקות כביסה. השאלה: מהו בדיוק הנזק של מצג שווא זה– נניח רכשת משהו שמציג מידת לובן כזו ולא אחרת- קשה להראות קש"ס בין המצג שפורסם לפעולה של רכישת הנכס. **פס"ד שטנדל:** **השופט ריבלין**: התובענה הייצוגית **יכולה לגשר על קושי הקש"ס**. אם לוקחים אוכלוסיה שלמה של צרכנים ורואים תנודת רכישה בעקבות פרסומת או מצג, הבחינה הקבוצתית יכולה לבסס קש"ס שלא יכולנו לבסס בתביעה אינדיבידואלי.

**האם תובענה ייצוגית יכולה להיות הליך שרק באמצעותו ניתן לתבוע בנסיבות מסוימות**? אם חושבים שהתובענה הייצוגית צריכה להיות יעילה והוגנת אולי נחשוב שבמצבים מסוימים היא יכולה להיות הדרך היחידה.

**ס' 8(א)(3):** **דרישת הייצוג ההולם**:

בהתאם לבעית הנציג ולחשש של ניהול תביעה רשלנית וכו'- ביהמ"ש רוצה לוודא שהקבוצה ליוצג כראוי. **בתי המשפט מסתכלים גם על התובע עצמו וגם על מי שמייצג אותו**: האם לקח עו"ד רציני או לא. הנתבע בהקשר זה של ייצוג הולם לא יכול לערער: דבר זה מרמז שהסעיף הקטן הזה עוסק באינטרסים של הקבוצה המיוצגת.

**ענינו של הנתבע מוגן בתנאי ה-5**: דורש שהנציג פועל בתו"ל. **פס"ד רייקרד**: מי שמגיש תובענה רק כדי ליהנות מהנגזרת רווח של התביעה איננו פועל בחוסר תו"ל – קרי: **הוא תם-לב**. הרעיון: יצרנו את הגמול בדיוק כדי לגרום לאנשים לבוא ולהחליט להיות תובעים ייצוגיים- יש כאן עניני מדיניות. **מתי זה חוסר תו"ל**? במצבים שביהמ"ש יוכל לזהות תובענה שכל מטרתה היא חשיפת מידע, הטרדת הנתבע וכו'..

**הגנה על המדינה בחוק תובענות ייצוגיות**

החוק הוא תוצר פשרה בין משרד המשפטים והמדינה כנתבעת לבין רצון המחוקק לקבוע חוק נוקשה. **הפשרה:** **החוק שזור בהגנות מיוחדות למדינה כנתבעת:**

1. **סעיף 3:** לא ניתן לתבוע את המדינה על **נזקים שגרם צד ג' בגין כשלי הפיקוח שלה**. צד ג'- רשויות רגולטוריות שהמדינה מפקחת עליהן–כמו המפקח על הביטוח, בנקים, נירות הערך (דוגמא: תביעה נגד המשטרה שלא מנעה פשע כלשהו). במקרים אלו ניתן לתבוע את המדינה - **אבל לא כקבוצה ייצוגית**.
2. **סעיף 8(ב):** אם התביעה נגד המדינה, על ביהמ"ש לשאול **שאלה של אינטרס הציבור**: נניח והתביעה תגרום לפשיטת רגל של רשות שתפגע באינטרס הציבור הרי שיש לקחת זאת בחשבון. הגנה לארגונים כלכליים שונים: יש ארגונים גדולים מדי בשביל ליפול כי הם יפילו את כל המערכת (הבנקים): הדין משקף את זה: לא חוסמים אפשרות לתבוע אלא אפשרות לתבוע יחד- **לא חסם מוחלט.**
3. **ס' 9**: מגן מפני **תביעת השבת כספים שנגבו שלא כדין ע"י המדינה**: בתביעות השבה (פשוטות - השבת סכום גביה של חשבון מים), סעיף 9 אומר שקודם כל **ניתנת למדינה ארכה**, בתקופה זו המדינה יכולה להראות שהיא תיקנה את דרכיה. אם עשתה זאת - לא מאשרים בקשה לתביעה ייצוגית. התכלית: אכיפת הדין ותיקון אי החוקיות במאקרו. **נדגיש:** זה לא חוסם את הדרך לתביעה אישית לאחר מכן, אם אינטרס התובע מספיק גדול.

**בג"ץ כהן**: הוגש נגד החוקתיות של ההוראות הללו הנותנות הגנה מיוחדת למדינה: הטענות האפשריות:

1. חוסר שוויון: בין הנתבעים שהם לא המדינה למדינה כנתבעת- מטעם הנתבעים.
2. פגיעה בזכויות המהותיות: אם השווי נמוך ולא אתבע את זה באופן אישי, אז יש כאן מניעה של האפשרות להשיב את קנייני.
3. טענה מהמישור הפרוצדורלי: יש כאן פגיעה בזכות הגישה לערכאות.

**השופטת בייניש**:

1. יש זכות גישה לערכאות, **אבל זכות הגישה היא לערכאות ולמבנה המוסדי של המדינה ולא זכות גישה להליך מסוים של תובענות ייצוגיות.**
2. הטענה האמיתית יכולה להיות שבתובענה ייצוגית זה מורכב יותר כי לא אגיש את התביעה בכלל אלמלא תביעה ייצוגית עקב היבטים ארגוניים, כלכליים. אולם **בעצם ההובלה למסלול תביעה אחר אין פגיעה בזכות הגישה**.
3. החוק החדש דווקא מרחיב את זכות הגישה ומוסיף אפשרויות בין היתר נגד המדינה, כאשר לפני החוק היה קשה לתבוע בכלל ובפרט נגד המדינה. **בבג"ץ צמח** )הידוע) טענה מהסוג הזה לא התקבלה ע"י השופט זמיר.

**מוסד הערעור**

כשחושבים על נושא הערעור: אין הלימה בין הרעיון של ביקורת ערכאה אחת את האחרת לבין העקרון של התקדים המחייב: התקדים מחייב כללית את הערכאות התחתונות ולא רק את ביקורת ההחלטה המסוימת לפניו.

**האבחנה בין ערעור לתקדים חשובה**: האם רוצים לבנות את הדין בצורה שתתן הנחיות לשאר המערכת או רק לטובת בעיית תיקון הטעויות הספציפיות- זה משפיע על האופן בו בונים את המערכת: **בדין שלנו יש לו רכיבים המאפיינים קצת מזה וקצת מזה.**

**בבסיס:** ערעור הוא תופעה מוסדית די בזבזנית (נתעלם מהתקדים): כי עניין מסוים יידון יותר מפעם אחת, ואנו נצטרך ראיות די טובות לתוצאות איכותיות בערכאות הגבוהות בכדי להצדיק אותו. רכיב נוסף ששוי להשפיע על ההחלטה האם ההליך הוא בזבוז - כמה ערעורים מתקבלים? **שאלה זו נבחנה**- יש קבלה של 33% מהערעורים - נבחן ע"י 2 חוקרים. לשאלה זו השפעה על השאלה של הצורך בהליך וההצדקות שלו.

**מבנה הערכאות גם הוא אינו מובן מאליו:** ניתן לבקר ולחשוב על האם זהון המבנה הנכון והמתאים אלינו כיום. ועדת אור: הצעות שונות שלא התקבלו ובעינן עומדות- הוספת ערכאת ערעור לפני העליון וכו'.

**דיני הערעור**

עקרון היסוד: **ס' 17 לחוק יסוד השפיטה:** אין זכות חקותית לערעור, אולם המכונן בחר להכניס את עקרון הערעור לחוקה. סעיף זה אומר: *"פס"ד של בימ"ש בערכאה ראשונה, נתון לערעור בזכות"*: **זהו ההסדר החוקתי הנותן מענה לכמה מצבים והזכות החוקתית אינה מלאה אלא רק בנסיבות מסוימות.** הדרישות:

1. פס"ד.
2. ע"י בימ"ש.
3. בימ"ש יפעל בערכאה ראשונה**.**

מסקנה: כל ההחלטות שאינן פס"ד אינן מקימות זכויות ערעור. כל הערכאות שאינן בתי משפט אינן מקימות זכות ערעור- החוקה קובעת זכות שאינה אוטומטית למרות שלעיתים היא קיימת בבתי הדין. ולבסוף: אין זכות חוקתית לערעור נוסף לאחר ערכאה שניה.

**מה עושים במצבים בהם אין זכות ערעור מובהקת זה מרכז ההתעסקות שלנו.**

**סעיפים 41 ו-52 לחוק בתי המשפט**

**סעיף 41:** ערעור מהמחוזי לעליון.

41. *(א) פסק דין של בית משפט מחוזי בערכאה ראשונה ניתן לערעור לפני בית המשפט העליון.*

*(ב) החלטה אחרת של בית משפט מחוזי בענין אזרחי, ופסק דין של בית משפט מחוזי בערעור, ניתנים לערעור לפני בית המשפט העליון,* ***אם ניתנה רשות לכך*** *מאת נשיא בית המשפט העליון או מאת שופט אחר של בית המשפט העליון שנשיאו קבע לכך, או מאת בית המשפט העליון, ובפסק דין - גם אם ניתנה רשות לכך בגוף פסק הדין. רשות כאמור בסעיף קטן זה לגבי החלטה אחרת תינתן אם שוכנע בית המשפט כי אם הערעור על ההחלטה יידון במסגרת הערעור על פסק הדין ולא באופן מיידי, יהיה בכך כדי להשפיע באופן ממשי על זכויות הצדדים או שעלול להיגרם לצד להליך נזק של ממש, או שעלול להתנהל הליך מיותר או בדרך שגויה.*

**יש המשך ארוך לסעיף.....**

**סעיף 52:** ערעור על השלום.

52. *(א) פסק דין של בית משפט שלום ניתן לערעור לפני בית משפט מחוזי.*

*(ב) החלטה אחרת של בית משפט שלום בענין אזרחי ניתנת לערעור לפני בית משפט מחוזי,* ***אם ניתנה רשות לכך*** *מאת שופט של בית המשפט המחוזי. רשות כאמור בסעיף קטן זה לגבי החלטה אחרת תינתן אם שוכנע בית המשפט כי אם הערעור על ההחלטה יידון במסגרת הערעור על פסק הדין ולא באופן מיידי, יהיה בכך כדי להשפיע באופן ממשי על זכויות הצדדים או שעלול להיגרם לצד להליך נזק של ממש, או שעלול להתנהל הליך מיותר או בדרך שגויה.*

**הסעיף מגדיר גם את החלופה – "החלטה אחרת" –**עליהניתן לערעור **ברשות** (לפי הערכאות).

איך מגישים רשות: מגישים בקשת רשות לערער (בר"ע).

האבחנה בין פס"ד להחלטה אחרת: לאחר אינסוף פסיקות יש הגדרה בפסיקה מהו פס"ד ומהי החלטה אחרת:

**"פס"ד"**: החלטה של בימ"ש שבאופיה **מסיימת את הבירור בתובענה או את הבירור של אחד מהסעדים שנתבקשו בתובענה.** כל מה שלא נופל לקטגוריה הזו יהיה **"החלטה אחרת"**- הגדרה שיורית. לשים לב!!! האבחנה מבוססת על עקרון מהותי והיא **אינה טכנית ואינה לפי כותרת ההחלטה. פס"ד ונטורה**: מדגיש את ההיבט המהותי של זכות הערעור להבדיל מהיסודות הפורמליים ומדגיש את ההגדרה לעיל.

**דוגמאות וניתוח**

החלטה על דחיית מועד דיון: החלטה אחרת. החלטה על מינוי מומחה: החלטה אחרת. בקשה לסעד זמני: לכאורה החלטה אחרת, כי זו לא הכרעה בתביעה העיקרית, אולם זה תלוי כמה תוכן נכניס לרעיון של סיום הדיון.

**ביהמ"ש**: פורמלי וקובע כי **החלטה בסעד זמני היא החלטה אחרת** גם היא משפיעה על הזכויות של הצדדים ותייתר את התביעה כולה: יש כאן עניין של עד כמה מהותי אנו הולכים **וזו ההלכה כרגע וזו תהיה החלטה אחרת**.

צו עשה זמני : נניח העברת כספים במסגרת סעד זמני כבר (**פס"ד דהאן**): הנתבעים עירערו לעליון ללא בר"ע בהנחה שמדובר **בערעור בזכות**- חשבו שזו אינה החלטה אחרת.

**הרשם:** מורה למזכירות למחוק את הערעור כי היה צורך להגיש בר"ע ואומר כי **זהו מקרה רגיל בו נדרשת הגשת בר"ע למרות שהעברת הכספים שינתה באופן גורף את יחסי הכוחות**.

**בד"כ**: כשיש דחייה/מחיקה של ערעור על החלטה אחרת: יהיה בצידה הארכה לזמן הגשת בקשת רשות הערעור.

**תוכן הבקשה יכול להשפיע על ההחלטה:**

1. בבקשת **רשות להתגונן**:
2. אם ביהמ"ש מקבל בקשה למתן רשות להתגונן: זוהי החלטה אחרת כי הדין מתחיל והתיק ייפתח.
3. אם נדחית הבקשה: ביהמ"ש עדיין בוחן את התביעה במעמד צד אחד, ולכן זו עדיין החלטה אחרת.
4. אם נדחית הבקשה, ביהמ"ש בוחן את התביעה ומקבל אותה- **יש פס"ד** ועכשיו ניתן להגיש ערעור בזכות.
5. נניח בקשה ל**סילוק על הסף**: מטעמי חוסר סמכות, התיישנות, העדר עילה/יריבות, תביעה טורדנית ועוד. קודם נשאל האם הבקשה התקבלה או נדחתה:
6. אם נדחית: התיק ממשיך ויש לנו **החלטה אחרת**.
7. אם מתקבלת: ב-2 המקרים התיק הסתיים ואינו קיים יותר ולכן **זהו בפועל פס"ד** שניתן לערער עליו.
8. מתן **פס"ד חלקי**: תביעה שפוצלה- נניח תביעה לפיצוי על נזק עם 2 שאלות: חבות משפטית וגובה נזק **כתוצאה מהחבות**. וניתן פס"ד חלקי - על אחד מהדברים: (הרבה פעמים ביהמ"ש יפצל התביעה כזו מסיבות שונות: בעיקר של תועלת לדון בנפרד), האם זהו פס"ד או החלטה אחרת? **זוהי החלטה אחרת**- יש המשך של בירור. עצם הקביעה של החבות, עדיין לא פסקה בסעדים שנתבעו בתביעה.
9. **2 עילות שיש להכריע בהם בנפרד** (כמו בעלות ופיצויים / צו מניעה ובעלות וכו'): כאשר יש להכריע קודם בשאלת הצו - זוהי הכרעה בסעד המבוקש: זהו **פס"ד חלקי שכבר תהיה זכות ערעור**.

**פס"ד מט"ח:** העובדות- ישנה החלטה על הפרת זכויות היוצרים ולא על הסעדים. השאלה: האם הערעור בזכות או ברשות? לא ניתן פס"ד בסעד המבוקש. **השופטת נאור קובעת**: השאלה שמענינת את ביהמ"ש היא האם ניתן פס"ד על הסעד המבוקש וכאן זה לא קרה אלא רק פס"ד על טיב הזכויות.

**החלטות אחרות שבעל הדין אינו מערער עליהם במהלך ההליך:**

**תקנה 411:** הקובעת את **"כלל הבליעה"**:

בעל דין שלא ערער על החלטה אחרת במהלך ההליך, יכול לכלול בערעור בזכות על פסה"ד בסופו, את כל הטענות על ההחלטות האחרות שניתנו בהליך הראשון. יוצא ש**ביהמ"ש שלערעור ידון בכל ההחלטות שניתנו בהליך.**

**רציונאל**: נראה כי מדובר בתמריץ להגיש את הדברים יחד בסוף ולא לערער במהלך ההליך ללא סיבה מוצדקת.

**הבעיה: פס"ד אריה נגד ורדן:** ביהמ"ש פירש את התקנה הזו באופן לא הכרחי (ביקורות) ואמר: גם אם תו"כ ההליך ניתנה החלטה אחרת, הגשתי בר"ע עליה (יש 2 אפשרויות: שתתקבל והערעור יידון על הטענה במיידי או שהבקשה תידחה ולא יתנהל ערעור על זה) וביהמ"ש דחה את הבר"ע, **אז כמוני כמי שלא ערער לענין תקנה 411**, **וזה מאפשר לי לערער שוב**: **התוצאה:** מתייתר היבט התמריץ. כעת התמריץ הוא לערער בכל מקרה במהלך ההליך, כי אוכל ממילא לכלול את הערעור על ההחלטה גם בערעור על פסה"ד בסופו.

**סעיף 5 לחוק הבוררות**

סוטה מכלל הבליעה: **הכלל:** שכשמוגשת תביעה והנתבע טוען שיש בין הצדדים הסכם בוררות, הוא יכול לעכב את ההליכים ולבקש מביהמ"ש להפנות לבוררות. סעיף 5 מחייב את ביהמ"ש לתת עדיפות לבוררות אם יש הסכם תקף. **הסעיף מוסיף**: אם ביהמ"ש מורה על הפניה לבוררות – **זוהי החלטה אחרת**, **ולכן אין ערעור בזכות עקרונית**.

**התוצאה עקב אופי הליך הבוררות:** אם התובע לא מגיש בר"ע על עיכוב ההליכים באותו רגע **–** **הוא לא יוכל לערער על כך בסוף.** **זהו חריג לתקנה 411 שתכליתו**: שהתובע לא יערער על פסה"ד שאמור לאשר את הבוררות בלבד ויטען אחורה עד ההחלטה להפניה לבוררות- אלו החלטות שאם שווה להפוך אותם - זה רק מוקדם **לפני ההליך.**

**החלטות המעוררות את אותו הקושי אבל ללא מענה דומה:**

החלטות על עילות הסף: טענות לסילוק על הסף. תקנה 411 אומרת כי מותר להמתין את כל ההליך ואז לעשות שימוש בה ולהכניס טענות בערעור על כל פסה"ד שנוגעים לטענות הסף. אם יתקבלו- התייתר כל ההליך.

היינו מצפים לראות סעיף דומה לסעיף 5 לחוק הבוררות גם בהקשר של החלטות מהסוג הזה אבל זה לא קיים.

**תיקון מ-2008: מנסה ליצור תמריץ מסוים להגיש בר"ע על החלטות עם היבטי סף:**

**סעיפים 41 (ב) ו52(ב):** מגדירים את השיקולים שביהמ"ש ישקול כאשר מוגשת בפניו בר"ע: אחד מהשיקולים הוא לקבל את הבקשה במצבים בהם דיון בערעור כבר עכשיו ימנע ניהול הליך מיותר: זהו אינו הסדר חזק כמו סעיף 5 לחוק הבוררות אבל הוא מתמרץ יותר להגיש במהלך ההליך את הבר"ע ולא בסופו.

**הסדר משלים נוסף (סעיפים 41(ג1) ו-52(ג1):**

**סעיף (ג1)**: שר המשפטים יכול לקבוע מצבים בהם לא תינתן רשות ערעור בכל מקרה וחייבים להמתין לסוף לפי תקנה 411. ואכן, יש צו בתי המשפט (סוגי החלטות שלא תינתן בהם רשות ערעור): ומדובר שם על החלטות בדברים טכניים יותר בדיון שאנו לא רוצים לעכב את ההליך עקב טענות הקשורות בהם ומעדיפים שבעל הדין ימתין לסוף.

**לסיכום:** 2 הסדרים אלו יחד יוצרים איזון- יש סוגי החלטות שאנו רוצים לקטוע את ההליך ולבררם וסוגי החלטות אחרות שאנו מעדיפים לא לקטוע ולערער רק בסוף הדיון.

יש מגבלות זמן על הבר"ע: אני לא יכול לחכות ולפעול מתי שאני רוצה.

**ערעורים בערכאה שנייה**

כשרוצים לערער על ערעור – גלגול שני של הערעור - שוב צריך **לקבל רשות** כדי לערער.

**פס"ד קניון חיפה: (פס"ד מנחה): השופט שמגר עושה סדר בנושא:** החלטה קצרה בה השופט שמגר מעביר מסר לפיו ערעור בסיבוב שני, יהיה ראוי לתת אותו, במקרים שהמשותף להם הוא **חשיבות כללית וציבורית בהקשר למקרה**, לדוגמא: פסיקות סותרות, חוקתי ועוד. קרי: **באותם מקרים בהם החשיבות המשפטית חורגת מהעניין שיש לצדדים בנושא המחלוקת.** שמגר רומז שאין לתת ר"ע בגלגול שני רק בשביל לתקן טעויות – **אלא רק כשיש בעיות ציבוריות**.

רוזן-צבי ופישר: בדקו מה שיעור הקבלה של ערעורים בגלגול שני: מדובר ב-88% **וזוהי כנראה סטייה מהרעיון של שמגר**- כנראה שהשופטים רוצים לתקן החלטות שגויות ודחף זה כנראה חזק יותר מהרעיון של שמגר.

**פס"ד אלטורי:** תאונת דרכים, תביעה מוגשת לפי חוק פלת"ד לשלום. ההליך מפוצל. ביהמ"ש קובע שמדובר בת"ד וקובע תיק להמשך דיון- אין קביעה לסעד- **זוהי החלטה אחרת ללא ספק**. המבטחת רוצה לחלוק וצריכה להגיש בר"ע- המחוזי מקבל את הבקשה, דן וקובע כי לא מדובר בת"ד ודוחה את התביעה –חוק הפלת"ד לא חל. **התובע מגיש ערעור לעליון בצורה רגילה**- מניח שתביעתו נדחתה רק עכשיו. חב' הביטוח משיגה על אופי ההליך וטוענת כי הוא מצריך רשות- הענין התחיל בשלום. **הרשם בעליון** קובע כי הערעור בזכות, מקבל את עמדת המערער ומפנה את התיק להרכב. ההרכב בעליון מקבל את התיק וקובע כי ערעור זה יכול להיות מוגש **רק ברשות** (לאחר שדחה כי לא ראה את החלטת הרשם ושוב דן ושוב דחה..) **ביהמ"ש אומר**: השאלה היא כמה פעמים השאלה נדונה האם זו ת"ד – **לא משנה מה התוצאה** בכל אחד מהסיבובים ולכן יש למחוק את ההליך כי הכריעו בו פעמיים. **לבסוף:** אלטורי מגיש בר"ע לרשם (לאחר בקשת הארכת מועד) - הרשם מאשר. **השופט ריבלין מקבל את הבקשה ודן בה כבערעור ולבסוף גם מקבל וקובע כי מדובר בת"ד.**

המבחן:

1. **קייס עם אופי של יישום** – להפעיל את הדין על המקרה ולעסוק כל הזמן בעובדות המקרה, כל תיאור כללי של הדין הוא מיותר אם הוא לא מיושם על העובדות במקרה – להקפיד.
2. **שאלות מדיניות/ניתוח והבנה:**
3. הניחו ש.. נניח בוטל סעיף 5 לחוק הבוררות- איך זה ישפיע על הגישה לביהמ"ש/עקרון כזה או אחר וכו'...
4. הצגה של הסדר שלא נלמד ולחשוב איך הוא מתיחס לדברים שלמדנו עליהם.
5. שאלות שיצליבו פרקים שונים שלמדנו בנפרד ומה היחס ביניהם. וכו'..

**לא להיקלע לתיאורים - התשובה חייבת להתייחס לשאלה. לא לשפוך מה שכתוב במחברת אלא לחשוב ולדון בשאלה גופה. האתגר: יישום אינטלגנטי ומדויק לתוכן השאלה. אורך המבחן: שעתיים וחצי.**