תודה רבה לאבי ווקנין , מאיה כץ ואוריין הס על ההשלמות.

31/10/11

ד"ר אורי אהרונסון ori.aronson@biu.ac.il

מבוא

**מטרת הקורס** להכיר סוגיות עיקריות בסד"א ולחשוב עליהן (לא הכנה לבחינות לשכה).

**מבנה הקורס**: 4 פרקים:

1. סוגיות כלליות (2 שיעורים ראשונים : שלב דיוני ומהותי)
2. גישה אל ההליך השיפוטי, סמכות שיפוט
3. הגישה למשפט- יצירת ההליך השיפוטי, סדר דין מקוצר, מהיר, עבודה קצרה בת 6 עמודים.
4. המשפט עצמו, הצדדים השונים במשפט, ערעור וכו'.

**חומרי קריאה**- יש סילבוס באתר. חומרי הקריאה קצרים.

המבחן עם חומר פתוח. שני הטקסטים העיקריים: תקנות סדר דין אזרחי וחוק בתי המשפט (להגיע איתם לשיעורים).

**סדר הדין האזרחי ותכליותיו**

בג"צ "נוער כהלכה" = פרשת עמנואל: הפרדה בבי"ס חרדי בעמנואל בין תלמידות ספרדיות לאשכנזיות.

בג"צ- הזדמנות של האזרח להשפיע , תקדים מחייב, בערכאות נמוכות לא ניתן יהיה לסתור ההחלטה ואין גם איך לערער עליה.

בפרשת עמנואל (ש' אדמונד לוי), בג"צ אוסר את ההפרדה בין התלמידות בטענה שמבוססת על טעמים שאינם לגיטימיים.

אחרי מתן פסה"ד🡨 המצב נשאר כפי שהוא. 🡨מוגשת לבג"צ בקשה לביזיון בימ"ש מאחר ולא צייתו לבג"צ שניתן 🡨 ההחלטה בבקשה (אדמונד לוי)- קובע שאכן היה ביזיון של בג"צ נותן ארכה למילוי פסה"ד ומשתכנע להפעיל סנקציות נגד מפרי הצווים (ההורים).

(!) העתירה לבג"צ לא הוגשה נגד ההורים אבל ביהמ"ש העליון רואה כי ההורים מונעים את מילוי פסה"ד (לא שולחים את הילדים לביה"ס) ולכן משתכנע להטיל סנקציות עליהם למרות שהם לא נתבעים בבג"צ.

ההורים מצדם: אנחנו לא צד בתיק ויש גבול להתערבות השיפוטית.

אבל בנסיבות מסוימות ניתן להפעיל סנקציות של ביזיון ביהמ"ש הגם שלא היה חלק מההליך המקורי.

עולות מספר שאלות:

**היקפו/ תכולתו של פס"ד**- האם ברגע שבימ"ש נותן פס"ד כולם צריכים לחיות על פיו או שמא כשבימ"ש נותן פס"ד ניתן לאמץ אותו וניתן לא?! כלומר, עד לאן אמירה מילולית של בימ"ש יכולות להשפיע על אנשים שהם מחוץ למסגרת המשפטית.

**האם לביהמ"ש כדאי להפעיל סנקציה?** האם בימ"ש מוכן לקחת על עצמו את ההשלכות של מילוי הסנקציות? ההורים ייפרדו מילדיהם ויישלחו לבית הסוהר.

היו ניסיונות לנהל את הסכסוך בבי"ד פרטי.

יחס טיפוסי של המדינה למנגנוני שפיטה פרטיים- היחס העיקרי הוא לראות בהם פורומים של בוררות. נדון בהמשך.

צו המאסר ניתן ליום יוני 2010 ביודעו שתוך שבועיים וחצי בתי הספר יוצאים לחופשת קיץ ארוכה וממילא אין הפרדה בתלמידים, הזמן חלף ההורים שוחררו ומגיע ספטמבר עד אז התיק מיצה את חייו הציבוריים ועל כן הצו לא רלוונטי. כלומר, **הזמן** משחק תפקיד בהליך השיפוטי, התזמון של הסנקציות.

**הליך שיפוטי מודרני- מאפיינים**

**פאסיביות**- בד"כ ביהמ"ש לא יוזם הליכים, ההליך השיפוטי תחום AGENCY "פועלות". אדם שמשפיע על הסביבה מתוך הפנימיות שלו. ההליך אם כן תלוי בפועלות של אזרחים. אפשרות בחירה להפעיל ולנהל ולבחור איפה לנהל הליך שיפוטי. בהרבה מצבים היכולת של יוזם ההליך יכולה להשפיע במובנים מהותיים על התוצאה של ההליך.

**דרכי התמודדות נוספות עם האפליה:**

מישור מנהלי: לפנות למשרד החינוך...

מישור דיוני-משפטי: סעד לפיצויים בגין האפליה.

**סעיף 79א לחוק בתי המשפט- פס"ד על דרך הפשרה-** הסדר המאפשר לבעלי הדין בתוך ההליך עצמו לפסוק על פי שיקו"ד, בלי הנמקה ולא על בסיס טיעונים. הדוקטרינה של ההליך כוללת היתר של ביהמ"ש שלא להכריע עפ"י הדין.

**סדר דין אזרחי- אילו נורמות, רעיונות, ערכים , עקרונות- משקף/ שואף לשקף?**

מערכת שפועלת משני כיוונים הדדיים בו"ז מלמעלה וגם מלמטה- כוונת המרצה שבעצם כל דוקטרינה עושה 2 פעולות במקביל. **האחת**, ארגון המוסדי של הכח המשפטי של המדינה- סדרי הדין **קובעים את התנאים המוסדיים להפעלת הכח של המדינה** ככל שהמדינה יכולה להפעיל אלימות כלפי האנשים הכפופים לה הרי שסדרי הדין המסגרת המייצבת את הפעלת הכח. סד"א עוסק בהפעלת כוחה של המדינה ולא רק סד"פ. **השנייה,** מלמטה כלפי מעלה, סד"א הם **הכללים המסדרים לפרט (לנמען) איך להפעיל את הכח הזה**, איך לגייס אותו לטובתו. סד"א עבורו הוא ארגז הכלים של הפרט המתדיין.

**בג"צ לב-** עיכוב יציאה מהארץ שהוציא בי"ד רבני נגד בת הזוג, הגבר חושש שהיא בוגדת בו עם מאהב בחו"ל ועצם נסיעתה תפגע בסיכוי לשלום בית. האישה עותרת לבג"צ ומבטלים את הצו בטענה שביה"ד לא יכול היה להוציא את הצו בנסיבות אלה. הסיפור מעניין אותנו כי ברק עושה שימוש בפסק דין זה כדי לברר את התנאים להפעלת סדרי דין בבית דין רבניים מאחר ובדין הדתי בישראל אין לנו תקנות סדר דין אזרחי, התקנות של האזרחי אינן חלות בבתי דין דתיים.

ברק לוקח את לב כהזדמנות לקבוע את ההסדר כולו, 2 מהלכים בפס"ד:

1. ברור שהדין הדתי צריך סדרי דין לפעול על פיהם וביה"ד יקבע אותם. **ברק מדבר על מושג "סמכות טבועה" בהקשר שבימ"ש בנסיבות שאין הנחיות ברורות יש לבימ"ש הסמכות לקבוע כיצד ינהג**. ברק מתחיל מהמקום של העצמה מובהקת של בתי הדין הרבניים כלומר בתי הדין הרבניים הם אלו שיקבעו את סדרי הדין של עצמם.
2. זה שביה"ד יכול לקבוע את ההנחיות עדיין לא אומר הרבה על התוכן של ההנחיות, יש להתבסס על עקרונות משפטיים (וכך בעצם מתערב). **הפרוצדורה אינה הולכת על פי הדין הדתי אלא "הסמכות לקבוע סדרי דין נגזרת ממהותו של הגוף כערכאה שיפוטית ולא מתוכנו של הדין המהותי שהוא מחיל"**. ברק מפעיל "יחס מהותני" ומדבר על ביהמ"ש כמשהו שיש לו מהות פנימית שלא ניתן לחרוג ממנה. ואז הוא **מפרט מהם העקרונות: הליך הוגן, כללי הצדק הטבעי, פומביות, חשיפת האמת, יעילות, עקרונות חוקתיים.**

נפרק את המושגים שמזכיר ברק:

**הליך הוגן**: הליך שוויוני כלפי שני הצדדים, **זכות שימוע/טיעון**- שהטיעון ישפיע על התוצאה ואולי גם שהטוען יוכל להבין איך הגיעו לתוצאה, איך הטיעון שלו השפיע על התוצאה. לכן נדרש שביהמ"ש ינמק את ההחלטה שלו- למען ההבנה. המתח הראשון שעולה בהליך ההוגן: אם התנאים שנוצרו כדי לקיים הליך הוגן מפריעים לבירור האמת, להשגת התוצאה הצודקת ביותר? למשל איחור בהגשת סיכומים בשעה שהמאחר בזמן הוא הצודק= **צדק מהותי מול הליך הוגן**. מיעוטים דוברי שפה שאיננה עברית- מתורגמן בבימ"ש, השפה שבה ניתן להגיש כתב תביעה. דוגמא נוספת: מרוץ הסמכויות מנגנון שנתפס כמטיב עם גברים. כלומר שוויון בהליך הספציפי עלול לפגוע בשוויון בשכבות האוכלוסייה ויש מתח. **השאלה הנשאלת האם אנחנו שואפים להליך הוגן או שמא שואפים שבהיבט הניראות המשפט ייתפס כהליך הוגן?**

מתח נוסף בולט בין **אמת לבין סיום /יישוב הסכסוך**- האם תפקיד השופט לתת תוצאה צודקת ביותר האפשרית או לחשוב מה קורה רגע אחרי שהצדדים יעזבו את ביהמ"ש. בפרשת עמנואל חתרו להשגת האמת והיו לכך השלכות.

מתח נוסף, קשור לרעיון של הצדק הדיוני הנחווה יצרנו הליך שיפוטי בין היתר כדי להשמיע את קולם ולא תמיד השמעת הקול של הפרט מקדמת את האמת. הרבה מתדיינים שניצבים בבימ"ש אינם משקפים את האמת בקולם ועדיין קולם יישמע.

**יעילות**- מעסיקה רבות- האם סדרי הדין יעילים? **עלות ההתדיינות**- ככל שנוזיל עלויות כן ייטב. **משך הזמן** שההליך אורך. במובן החברתי יש את ההיבט שרוצים לא לבזבז את משאבי המערכת, גישור, בוררות, רשמים. ניסיון לעצב את המערכת המשפטית באופן שתיצור תמריץ אופטימלי לשימוש במערכת. אחד הפתרונות- תובענה ייצוגית.

**דמוקרטיה-** הרעיון של ההליך השיפוטי האזרחי כפורום שמשמש אידיאל דמוקרטי.

לסיכום, התכליות של הסדר דין אזרחי מתנגשות זו עם זו וההכרעה שנעשית ביניהן היא הכרעה אידיאולוגית עמוקה השואלת מהם אותם עקרונות ומה היחס הראוי של המדינה לאזרחיה בין פרט אחד לשני, שאלות של הקצאת משאבים.

**מגמות עיקריות ועקרונות יסוד בסדרי הדין אזרחי בישראל**

המהפכה החוקתית- חוקי היסוד, כבהו"א וחירותו וחופש העיסוק משפיעים על האכיפה של נורמות מסד"א .שתי מקומות עיקריים בהם רואים זאת- **1.** זכות הגישה לערכאות- התחזקה בעקבות המהפכה החוקתית. פס"ד דירני. **2.** סעדים זמניים – עיכוב יציאה מהארץ, עיכול ח-ן מתבקשים בתחילת ההליך כדי להבטיח את מימוש ההליך. **3.** עקרון תוה"ל- הופך לעקרון כללי במשפט באמצעות מנגנון דוקטרינרי ס' 61ב לחוק החוזים- חלים בזירות משפטיות אחרות. **4.** תפיסת מע' היחסים של בעלי הדין בהליך האזרחי- נק' המוצא אדברסרית- הצדדים נצים זה לזה רואים התגברות של תום לב ודורשים הגינות ואלמנט של שיתוף פעולה ביניהם. **5.** מגמה נוספת מגמת הדיגיטציה של הלגיטימציה- מערכת ממוחשבת בהליך המשפטי, "נט המשפט". **6.** פחות מפותח- מנגנון של פענוח תיקים, גילוי מוקדם ממוחשב של עיון במסמכים.**7.** המודל הבינארי – המשולשים הולכים ומתעמעמים יותר ויותר בעלי דין ויותר ויותר אינטרסים (הודעות צד ג', צירוף בעלי דין וכו'). ההיגיון האדברסרי המקורי הולך ומשתנה.

\*למפגש הבא 1(ד) ו2(א).

07/11/11

**הדין הישראלי**

**.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.

**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.

תקנות 524 ו-526 קובעות כי אם ביהמ"ש רואה כי קיים פגם בהליך, הוא רשאי לתקנו. עם זאת יש לציין, כי יכולת השופט להשפיע על מהלך הדיון בולטת בעיקר במהלך ההתדיינות עצמה. אם כן, ניתן לראות שהדין הישראלי הולך יותר לכיוון של עקרונות, מאשר כללים קשיחים.

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.

528🡨 הארכת מועדים – מועד או זמן שקבע שופט/רשם ...רשאי הוא לפי שיקול דעתו להאריכו מזמן לזמן. בנוסף, אם יש לו טעמים מיוחדים הרי שכל המועדים כפופים לשיקול הדעת של השופט/ הרשם.

**השיקולים עליהם מבוסס הדין הישראלי**:

1. **שיקולים תועלתניים** מדגישים את התוצאה, וכך ניתן למצוא בהקשר זה שתי מערכות שיקולים:
2. תועלת/יעילות – יש לנקוט בדרך הפעולה שתקדם רווחה מצרפית באופן הטוב ביותר. גישה זו עומדת בבסיס דוקטרינות של משפט וכלכלה.
3. צדק חלוקתי – יש לנקוט בדרך הפעולה שתביא לשוויון ותביא לצמצום פערים בחברה בדרך הטובה ביותר (דוגמא: אגרות מופחתות).
4. **שיקולים דאונטולוגים** מדגישים את הפרט ואושרו, ללא קשר לתוצאה. באופן זה, עינויים אינם לגיטימיים שכן הם פוגעים בזכויות אדם, וזאת ללא קשר ליעילות שלהם.

ניתן לראות כי שיקולים אלה באים לידי ביטוי בסוגיית הנגישות תחת תכלית היעילות: מצד אחד, משיקולים דאונטולוגיים נרצה שלכל אדם תהיה האפשרות לפנות לערכאות משפטיות, לטעון את טענותיו וכך לבטא את עצמו כאדם אוטונומי בשלטון דמוקרטי, וזאת ללא תלות בטיב טענתו. מצד שני, אם באמת נאפשר זאת, יעילות המערכת תיפגע, וזאת עקב העומס והסרבול הקשים שייווצרו.

**משפט דיוני ומשפט מהותי**

**ההבחנה שבין השיטה הדיונית האדברסרית לבין האינקוויזטורית**

עד היום רואים שהמקור הישראלי הוא אדברסרי (ההבחנה מעניינת יותר היסטוריונים), ההיגיון הבסיסי חושב על הצדדים כיריבים והוא רואה את העימות כמתכון להצלחת ההליך.

**הצדקת יעילות לשיטה האדברסרית**:

* חסכון לבימ"ש
* לבעלי הדין יש מידע על הסיפור ולכן יתאמצו לחקר גילוי האמת.

אולם כיום המגמה הולכת ומשתנה ונוטים לשיטה האינקויזטורית (ביהמ"ש מתערב):

* דיני הפלת"ד- ברירת המחדל: ביהמ"ש ממנה את המומחה . (אולם הצדדים יכולים לבקש מומחה מטעמם)
* נזיקין קלאסי- ברירת המחדל: הצדדים ממנים מומחה.

בייניש מקווה שהמחאה החברתית תגיע לביהמ"ש במובן שהציבור יבין שההשקעה הציבורית צריכה להיות גם בשפיטה. הליך שיפוטי כהליך ציבורי שעניינו אכיפה של ערכים ציבוריים. לסיכום קיים מתח בין השיטות: נראה כי בישראל מקובל לתאר שחיקה נמשכת באופי האדברסרי של הדיון האזרחי יותר ויותר נורמות המטילות על בעלי הדין נטלים של שיתוף מידע: גילוי מידע, חובה לגלות את האמת, הגשת תצהירים, הסמכה לשופט לנקוט יוזמות מטעמו וכו'.

האבחנה בין דין מהותי לדין דיוני:

במסגרת המשך הפרק המבואי, באופן כללי יודעים במה אמורים לעסוק סדרי הדין אולם נפרוט את הנושאים בהם נעסוק בכללים **דיוניים** ולא מהותיים. מדוע האבחנה חשובה? מה הפער הרעיוני שמצדיק לחשוב עליהם בצורה שונה?

הפסיקה מתחדשת בנושא הזה והנושא מתעורר בהקשרים שונים.

1. **שאלת הסמכות**- מיהו בעל הסמכות לקבוע את הנורמה? מי קבע את תקנות סדר הדין מי התקין אותן? שר המשפטים עפ"י הסמכה של חוק בתי המשפט.
2. **שאלת התחולה בזמן של הנורמה**- אם מדובר בכלל דיוני השינוי יפעל אקטיבית בעוד ששינוי מהותי יפעל פרוספקטיבית (מכאן ולהבא). יש כמה פסקי דין שנותנים ניתוח סדור בהקשר של תחולה בזמן של הדין הדיוני והמהותי. **ההנחה המקובלת במשפטנו החזקה הפרשנית בהעדר לסתור היא ששינוי/חידוש בדין המהותי חל פרוספקטיבית רק על פעולות / מצבים משפטיים שהתרחשו רק לאחר השינוי בדין- מעתה ואילך.** אזי אם השינוי בדין חל אחרי הפעולה הרי שהזכויות שנוצרו על פי הדין הקודם עומדות. ההגיון מאחורי זה: זה לא הוגן לחייב אנשים בתוצאות שלא יכלו לצפות כאשר נכנסו למצב , פגיעה בצפיות וגם עפ"י גישות אחרות יש בזה מעין פגיעה בכבוד- פחד מתמיד מפני שינוי במצב הנורמטיבי. **דין דיוני להבדיל מדין מהותי כן חל למפרע כלומר גם על הליכים שהחלו בעבר.**
3. **שאלת ברירת הדין-** עולה בעיקר בתחום של משפט בינ"ל פרטי, מקרים בהם יותר ממדינה אחת מעורבת. הכלל הוא שכאשר הדיון נערך בישראל והדין המהותי שחל הוא הדין הזר (עבירה פלילית נעשתה בחו"ל, בחוזה אזרחי נקבע שהדין שיחול הוא דין של מדינה זרה , וכו'), הדין הדיוני שיחול הוא הדין הישראלי – תמיד ובאופן גורף. הבעייתיות מתעוררת בסוגיות של התיישנות - האם הוראה הקובעת התיישנות היא כלל דיוני או מהותי? במרבית המקרים מדובר בכלל דיוני שכן לא מדובר בהקניית זכות.

**בחינת תכלית החוק -פס"ד רייך נ' האמר** – בקשה לצו עיכוב יציאה מהארץ. אחת מן המטרות של סעד מן הסוג הזה היא לאפשר את ביצוע פסה"ד. הנורמה קיימת בדין אולם אז ההסדר לא היה קבוע אותו זמן עיכוב יציאה מן הארץ יכול היה להינתן עקב הכבדה על ביצוע פסה"ד. תוך כדי שההליך מתנהל שר המשפטים מתקין תקנה 384 (א) ומרחיב את האפשרות למתן צו עיכוב- גם עקב הכבדה וגם על תחילת פסה"ד . הנורמה פוגעת בזכות ומורגש שהנורמה היא נורמה בעלת משקל ויש לה השפעה על חירות וביהמ"ש נדרש לשאלה: **"האם תקנת השר היא דיונית או מהותית?"** השופט לנדוי, אגרנט וזוסמן: נצטרך לקבוע מהיכן התקנה. **המבחן שמציע:** אם התרופה הניתנת **באה רק לסייע לו במימוש הסעד**(=דיוני) שהדין המהותי היה נותן בידו או האם בעצמה קובעת סעד חדש(=מהותי). **לנדוי טוען כי המקרה הזה אמצעי שהדין יוצר כדי לאפשר לאנשים לממש זכויות שלהם ולכן יש לראות בתקנה צו עיכוב יציאה מן הארץ תקנה דיונית.**

**רעיון האבחנה בין מה? ואיך?**

נובע מכמה תפיסות פילוסופיות שרואות אדם כבעל הרבה זכויות – הוא נושא אותן עמו עוד לפני המשפט ולכן גם אחרי המשפט. לאדם יש עוד סיבות לציית לחוק (לכבד חוזה) ולא רק הזכויות הדיוניות והמחשבה האם הוא יוכל להיתבע בביהמ"ש. יש מגוון תמריצים לבני האדם לומר שיש מה ולהתעלם מה"איך"?

ה"מה" – הדין המהותי. וה"איך" – הדין הדיוני. הדין הדיוני נכנס רק לאחר שהכוח המהותי מתערער, קרי: כוח האכיפה הפנימי של הנורמה נכשל, אז אנו עשויים להיזקק לדין הדיוני ולכוח החיצוני שהמדינה מספקת והיא מכתיבה לפעול לפי הכללים הדיוניים המסוימים. הדין המהותי הוא ה"אמת" והדיוני הוא רק מנגנון טיפול ומכאן נגזר מנגנון הסמכות. בדין הדיוני, הממשלה רק אומרת לנו איך לפעול אם נרצה להעזר בכוח הכופה שלה.

**זוהי החציצה המסורתית של הדין הדיוני והמהותי וניתן לבקרה רבות מכמה נק' מבט.**

**גם בחירות באופן ניהול ההליך יכולות להכיל ערכים אמיתיים,** דוגמאות: ההליך השיפוטי כזירה בעלת ערך דמוקרטי- ייתכן שאנו רוצים ליצור פורום זה כדי לממש את האזרחות שלנו- מסגרת לשוחח על שאלות ערכיות ומהותיות- וההליך השיפוטי הוא כבר מהות כשלעצמה. דוגמא נוספת: סדרי הדין כאמצעי למימוש תוצאות חלוקתיות מהותיות- כאמצעי להשיג שוויון בין קבוצות בחברה. ההליך כאחת מן הדרכים לממש תכליות של החיים החברתיים שלנו. 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- 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:** מעבר לביקורת הדמוקרטית הזו שאומרת כי המערכת השיפוטית נמצאת גם בחלק הדיוני, **יש גם תובנות ריאליסטיות: הולמס**- האיש הרע של הולמס הוא בעל הדין, הנמענים. האיש הרע שמה 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- מהירות הנסיעה לפי המשפט היא 110 (לאחר 10%) ולא 100- כך לפי הולמס. האדם שמחשב את היכולת של המדינה לפעול כלפיו הוא המשפטן לפי הולמס. החוקים הם בסדר ומרשימים לפי הולמס, אבל אם יש להתאמץ לחשוב על ה"איך" כי זה המהות של המשפט. ואם זה כך, אז פס"ד רייך הוא אשליה.

**תחולה בזמן**

יש לנו כמה פסקי דין שנותנים מבנה סדור לשאלת האבחנה בין המהותי לדיוני בהקשר לתחולה 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 רק לאחר השינוי בדין (מעתה ואילך), 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 בכויוון התנהגות בני האדם לפי המשפט ולכן החזקה מובנת בדין המהותי. אנשים יהיו כפופים להפתעה- לא הוגן, פגיעה בכבוד ופחד מתמיד מפני פגיעה במצב הנורמטיבי- לא יכול להיות בטוח במה שעשיתי. בדין העונשי כתוב ברור שאין עבירות למפרע, ובדיני 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- קיבל יחס של חריג נגד החזקה של אי התחולה הרטרוספקטיבית.

**פס"ד ארביב (1992):** ברק מגיע לדון בנושא של סדרי דין ואומר כי כולם רגילים לחשוב שסדרי דין נופלים ברטרואקטיבית אבל למעשה הם נועדו לחול אקטיבית גם על הליכים שכבר התחילו ולא תחולה רטרוספקטיבית- אין מחילים על הליכים שהתחילו ונסתיימו. ברק מוסיף מושג חדש בין 2 הרעיונות של תחולה פרוספקטיבית ורטרוספקטיבית (=תחולה על פעולות מצבים שהיו או הסתיימו). **תחולה האקטיבית** – תחולה על מצבים משפטיים ברגע כניסת הנורמה לתוקפה. המצב המשפטי הוא המצב שיכול להשתנות בין שלושת המצבים. ברק מציג במרכז את רעיון התחולה האקטיבית (עוזר בשאלות המושגיות) כדי לפתור כמה בעיות. הוא אומר בתחולה אקטיבית אין בעיה עקרונית של כבוה"א הבעיות מתחילות במצבים של תחולה רטרוספקטיבית. מבטל את האמירה המקובלת שמשפט דיוני חל בצורה מסויימת. לרוב נראה תחולה אקטיבית. **ברק בארביב מגיע לדון בנושא של סדרי דין וקובע כי באופן טיפוסי סדרי דין הם כללים שהתכלית שלהם היא תחולה אקטיבית על הליכים שכבר החלו ולא תחולה רטרוספקטיבית. כשמשנים נורמה דיונית רוצים ליצור מצב חדש עבור כל התיקים בין שנפתחו ובין שטרם נפתחו ומבלי לגעת בתיקים שכבר נסתיימו.**

דוגמא: שינוי בפרק הזמן להגשת כתב בית דין- אם השינוי יחול אקטיבית – ואז רק על תיקים שנפתחו מעתה ואילך, אחרת, הוא היה מחייב לפתוח לדיון בנושא תיקים שכבר קיימים- התחולה הרטרוספקטיבית מעוררת קשיים מערכתיים וקשיי צדק של בעל הדין שכנגד שהסתמך על ההליך 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.

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

**פס"ד EBI (2006)- חוזר על המבנה ומגייס את הסכמת הנשיאה בייניש והשופט ריבלין והמבנה של ברק הופך להיות הלכה של העליון במסגרת פס"ד זה.** יישום של המבנה. הדין הדיוני החדש- בחוק תובענות ייצוגיות. העובדות: הליך של אישור תובענה ייצוגית- מי שרוצה להגיש תובענה ייצוגית צריך לקבל את אישור ביהמ"ש כדי לנהל אותה. ביהמ"ש לא נותן אישור, ההליך מגיע לערעור בביהמ"ש העליון. ההליך הגיע קודם לפי ההסדר הקודם. תוך כדי שהערעור נדון נכנס לתוקפו הסדר חדש בחוק תובענות ייצוגיות שנותן יותר הזדמנויות לתובענות ייצוגיות להתרחש לכן לא מפתיע שהתובעים רוצים לנצל את החוק לטובתם להשיג מביהמ"ש החלטה שהחוק חל עליהם למרות שההסדר שלטובתם טרם נכנס לתוקף.

יש 3 אפשרויות:

1. פרוספקטיביות- תחולה רק על תובענות ייצוגיות שהוגשו לאחר קבלת התיקון החדש בחוק תובענות ייצוגיות.
2. רטרוספקטיביות- יחול גם על בקשות שכבר ניתנה החלטה לגביהם והם לא אושרו (כלומר פתיחה מחדש של הליכים)
3. תחולה אקטיבית- על כל תביעה פתוחה שעדיין לא נסתיימה.

עפ"י ברק בפסה"ד, ביהמ"ש מחליט **תחולה אקטיבית** אפילו שנמצא בשלב הערעור וכפי שטיפוסי ביחס להוראות שבסדר הדין (ס' 45 ס' תחולה אומר בצורה די בהירה שהתחולה היא אקטיבית). ברק מבסס בפס"ד EBI את הלכת ארביב ולכן מסביר ביתר פירוט מהם הקריטריונים שאפשר להחיל כדי להכריע האם מדובר בנורמה דיונית ומכאן אם יש לה תחולה אקטיבית. **חוק תובענות ייצוגיות עניינו ב"איך עושים תביעות ייצוגיות" איננו יוצר זכויות חדשות ולכן מדובר בהסדר דיוני ולא בעיניינים מהותיים ומכאן שחל אקטיבית**. (ברק מציע מבחן נורמטיבי- האם זה מסוג הנורמות שהיינו רוצים שאנשים יסתמכו עליהם שהם בוחרים את ההתנהגויות שלהם בחיים הרגילים. הוא טוען שבפועל ייתכן שיש פירמות שבוחרות את דרכי הפעולה שלהם בין היתר לפי הסיכוי שיעמדו לתביעה ייצוגית. תובענות ייצוגיות והמנגנון הוא גורם מרתיע לחברות כיום. **ע"פ ברק**- גם אם זה נכון, מבחינה נורמטיבית זה לא ראוי והוא לא יגן על החברות הללו ויאשר את זה. כי הנתבעים הפוטנציאליים יקבלו מסר ולא יחשבו על היתכנות של התובענה הייצוגית במחשבתם על הפרקטיקה הייצוגית- כל שינוי בדין יחול אקטיבית ולא תכובד הסתמכותם על סוג זה של נורמה.) **האבחנה ע"פ ברק היא נורמטיבית- האם ראויה הסתמכות על הוראה מהסוג הזה? ברק בעצם שואל אותנו : מה? או איך? במובן מסוים.**

לסיכום איך נדע ?

נשאל את השאלה **"מה" = המהותי** לעומת ה**"איך"=הדיוני**.

הדין הדיוני נכנס רק כאשר ה"מה" עובר איזשהו ערעור, נפרם, קורס אם כח האכיפה הפנימי של הנורמה נכשל אנחנו עשויים לנסות לגייס כוח כופה קיצוני. מכאן נגזרת התפיסה שכל מה שעוסק באיך הוא הדין הדיוני.

גם בחירות באופן ניהול ההליך המשפטי זיהינו בהם ערכים מהותיים מובהקים. דוגמאות:

הליך השיפוטי כזירה בעלת ערך דמוקרטי- יצירת הפורום הדיוני כדי לממש את הזכויות שלנו ולשוחח על שאלות מהותיות. במובן הזה ההליך השיפוטי הוא יותר מה"איך" מכיוון שהוא אחד המנגנונים המביא לשוחח על שאלות ערכיות.

אמצעי להשגת שוויון בין קבוצות בחברה.

כלומר, ההליך הוא דרך לממש עקרונות.

למפגש הבא :

מערכת מבנה המשפט. עיין בקצרה בפס"ד חברת עובד לוי נ' שושני-. נדבר על זכות הגישה

14/11/11

בשיעור הקודם, הבחנה בין דין דיוני לדין מהותי עשינו שימוש בכמה הקשרים כדי לראות מה סוג השאלות שבתי משפט שואלים עצמם כאשר נדרשים להכריע. עוררנו ספקות לגבי תוקף ההבחנה- עד כמה ישימה ועד כמה רלבנטית.

**פס"ד חברת עובד לוי נ' שושני** (דנצינגר): (נסיים איתו את ההבחנה בין דין דיוני למהותי): סכסוך בהקשר לפירוק של חברת עובד לוי בהליכים מן הסוג הזה יש המון התדיינויות בבימ"ש ומי שממונה להיות מפרק החברה מנסה לשים ידו על כמה שיותר נכסים של החברה. המפרק נמצא בהמון התדיינויות מול נושים שונים של החברה. הפס"ד עוסק באחד הסכסוכים המתעוררים בין המפרק לאחד מנושי החברה. כשרוצים ללכת לבוררות פונים לביהמ"ש, ביהמ"ש מגיש הוראה ללכת לבוררות בד"כ ההליך נקרא "המרצת פתיחה", ביהמ"ש בדרך ככל פוסק "כמבוקש" (מסומן כט'= החלטה טכנית). הנושה לא מרוצה מן ההחלטה, בגלל שהצד השני לא ביקש זאת מלכתחילה ולכן לדעת הנושה לא מגיע כעת לגשת לבוררות מאחר ולא ניצל את ההזדמנות הראשונה. הנושה מגיש בקשת רשות ערעור והוא מוגש באיחור. טענת הנושה: לא ידעתי. אמנם מסתבר כי הומצאה אליו בפקס אבל ביהמ"ש לא בדק טלפונית אם ההחלטה הגיע (בתקופה דאז התקנות אמרו כי יש לוודא טלפונית קבלת ההחלטה). בשנת 2007 497א תקנה שפטרה את מזכירות ביהמ"ש לוודא טלפונית קבלת ההחלטה. **התקנה התקבלה אחרי משלוח הפקס אבל לפני שהתיק נדון בערעור בעליון.** טענת המפרק: התקנה חלה רטרואקטיבית ומכאן שהנושה לא צריך ליהנות מהזכות של וידוא טלפוני מטעם המזכירות. העליון: דנציגר: ייתכן ויש משהו בדברי המפרק אולם **דין דיוני חל למפרע (בדיעבד), מקבל את טענת הנושה שלא ידע ואומר כי בנסיבות הללו שהוא הגיש תצהיר הוא מוכן להחיל את הדין הישן עקב ההסתמכות.**

**השאלה: לפי המונחים של ברק בפס"ד ארביב:**

מהי המשמעות של תחולה רטוספקטיבית בעניין זה- פתיחת תיקים ישנים וערעורים על החלטות- ואז כל הפקסים שנשלחו בעבר, לא היתה חובה למדינה (למזכירות) – להרים טלפון לגביהם ולוודא. מצד שני מוזר לחשוב על תקנה 497(א) כתקנה שתחול פרוספקטיבית- רק על תיקים בעתיד- נקבל שתי קבוצות של תיקים, תיקים שנפתחו לפני ותיקים שנפתחו אחרי התקנה. לא תהיה אחידות והמזכירות תצטרך לסמן כוכביות על כל התיקים שנפתחו קודם לתקנה וכו'. **תחולה אקטיבית- מרגע קבלת התקנה גם בכל התיקים הפתוחים פטורה המזכירות מלהתקשר לוודא קבלת החלטה (זו ההלכה של ברק בפס"ד ארביב).**

**פס"ד עובד לוי רואים את ההבחנה בצורה טובה כי יש פה נורמה דיונית בצורה טהורה ביותר (להרים טלפון לווידוא קבלת החלטה או לא)**.

יש לטעון טענת הסתמכות מאוד מורכבת כדי לטעון שיש אנשים שלגביהם צריכה לחול התקנה הישנה. הרי אין סיכוי גדול שכמגישים תביעה מסתמכים על כך שהמזכירות תרים טלפון לוודא את הפקס- זו הסתמכות על נורמה דיונית שניתן לסתור אותה בקלות וקשה לקבל טענה לגביה.

ברור כי תקנה 497א נמצאת בתקנות סד"א- גם כאלו שניתן לפרשם ככאלו המופנות למדינה ועקרונית לא אמורות לעורר היבטי הסתמכות- הן גלויות בכל זאת. במובן זה, קשה לנו למנוע מאנשים להסתמך אם הם רוצים להסתמך. יש עו"ד פדנטים שיכולים להסתמך גם על נורמות כאלו.

**פס"ד גניס-** מראה שיש תחולות שחלות רטרוספקטיבית אם המחוקק אומר זאת בצורה מפורשת ביהמ"ש אינו יכול לחמוק מכך מאחר וזה היה בבירור זכויות חוקתיות ביהמ"ש היה צריך להתמודד עם התחולה הזאת במקרה שלנו ברוב המצבים אומר ברק שלא נצטרך להתמודד עם התחולה כי זה יהיה תחולה אקטיבית.

בעצם מה שאנו רואים היא שהאבחנה בין מה? לאיך?- הנורמות שיש והצורה שיש לפעול לגביהם- היא במידה רבה אבחנה שעדיין מופיעה בפסיקה. השאלה הנורמטיבית מפריעה- לא תמיד ניתן להבין אם היא עוסקת במה או באיך? יש לשאול את עצמנו- האם ראוי שאנשים יסתמכו על הנורמה הזו בחיים שמחוץ לבתי המשפט או לא. במובן מסוים, ברק באי בי איי אומר שהסתמכות על הוראות דיוניות- היא סיכון על המסתמכים- כי אלו לא מסוג הנורמות שראוי להסתמך עליהם מבחינה נורמטיבית.

בפועל- ראינו שגם הוראות דיוניות מובהקות יכולות לעשות את זה- דוגמאת **עובד לוי-** והשאלה היא עד כמה אנו משקיעים בתכנון ובחישוב הסיכונים והסיכויים שלנו. ניתן לחשוב על המתכנן הרציני ביותר שיכול לקחת בחשבון את כל סדרי הדין שיפעלו עליו לפני שהוא מבצע עסקה כלשהי או פעולה כלשהי. מדובר בשאלה של הערכת המצב שלנו.

אם אנו הולכים עם ברק ואומרים שצריכות להיות נורמות שלא ישפיעו על החיים שלנו – אז אולי לא ליידע על הנורמות הללו- וליצור נורמות חשאיות ואי בהירות של הדין ראויות במקרים אלו. נשמע מאוד מעניין. 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. במצבים בהם אנו חוששים מתכנון יתר אז אולי נכניס אלמנטים של עמימות בדין המהותי. במאמר 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- ולכן אולי נרצה לערפל את דיני המשפחה ונחסוך מאנשים את הצורך להתנהג כאסטרטגיים.

**פרק 2: הגישה לבית המשפט**

פרק החסמים- הדברים שעומדים בין המתדיין לבין היכלות המשפט השונים הפזורים ברחבי מדינת ישראל.

המשפט מאת פרנס קפקא:

נעשה מיפוי של מערכת בתי המשפט שלנו ונחשוב על הצורה המוסדית שהמערכת הזו בנויה.

השלב הראשון:

מיפוי מערכת בתי המשפט ופירוקה ליחידות שבתוכן נצטרך להתנייד:

**מישור ביזור אופקי**- יחידות שיפוט מתמחות : בשלום- בי"ד משפחה, בי"ד לנוער, תביעות קטנות, במחוזי- המחלקה הכלכלית, ערעור בדיון, עניינים מנהליים במסגרת הזו יש לו סדרי דין שונים, העליון – גם ערעורים וגם בג"צ.

**מישר ביזור אנכי-** הערכאות השונות- שלום 🡨מחוזי🡨עליון.

**ציר נוסף: הביזור הגאוגרפי**- 6 בתי משפט מחוזיים, בימ"ש שלום מפוזר גאוגרפית.

ערכאות מקבילות: **בתי דין מנהליים:** חוזים אחידים, ועדות ערר לענייני ארנונה, ועדות ערר לענייני ביטוח לאומי, ועדות ערר לפיצוי נפגעי פעולות איבה, הגבלים עסקיים. יש בתי דין מנהליים- ערעור על בתי הדין המנהליים וגם סמכויות ישירות. בית דין משמעתי (לשכת עורכי הדין יש גם ערכאות ערעור). מפקח על המקרקעין.

**בתי משפט צבאיים:**

* בתי דין צבאיים (עבירות של חיילים)- שתי ערכאות.
* ביהמ"ש הצבאי- שפיטה בשטחים של תושבי האזור- ביהמ"ש הצבאי, ביהמ"ש הצבאי לערעורים.

כפי שרואים המערכת מסועפת ומגוונת. הקורס יתמקד בציר המרכזי של 3 הערכאות. רכיב נוסף שלא דיברנו עליו- בוררות, גישור, פורומים של ADR- יש לשכת בוררות מאוד מפותחת בראשות השופט סטרשנוב.

**היחסים בין היחידות השונות גם כן מורכבים ויכולים לקבל אופי מגוון -** נניח סמכות מקבילה בדין הדתי בין בתי משפט לענייני משפחה ובתי הדין הרבנים. ייתכנו חפיפות והסדרים 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 - ביטוי של התנהגות אסטרטגית של מתדיינים שיש להם חלופות שונות - שוקלים שיקולים שונים לפני שניגשים לערכאות ושוקלים איזה שופט נקבל ומה יהיה. בביהמ"ש עצמו אין אופציה לפורום שופינג כי המערכת מנתבת את השופטים. יש שליטה על זה- העברה. ניתן לכוון תיק ע"פ מועד ההגשה כדי לקבל שופט. בין הערכאות הדבר מובנה במערכת- כי מי שמגיש את התיק מחליט לאן להכווין אותו בסמכות מקבילה.

**מה ההצדקה בלאפשר פורום שופינג?** – מצד אחד- אולי רוצים לומר כי המערכות זהות ושכל אחד יבחר איפה ללכת לפי העדפות אחרות – שקיפות. אולם, אולי מנצלים ידע של בעלי הדין בהקשר לערכאה אופטימלית מבחינת ידע שלה - אולי מדובר בדמוקרטיה כמערכת המאפשרת בחירה ויסוד חירות כלשהו? אנו רוצים לאפשר במשפט יותר מחזון נורמטיבי אחד.

למה יש כ"כ הרבה ביזור והתמחות? ההצדקה הטיפוסית היא של התמחות ומומחיות בליטיגציה ובשפיטה. לטיעון זה ביקורות- חוששים משופטים מומחים שלא רואים עצמם כשופטים כלליים- אולי יש להם הטיות וקרבה תרבותית לאנשים המעורבים בתחום הידע הזה- היתפסויות של אנשים שעוסקים כ"כ הרבה זמן בהגבלים עסקיים ומכירים טוב מדי את המונופולים ואת הממונה על ההגבלים העסקיים לדוגמא. שאלת ההתמחות הייחודית מעלה אף היא שאלות קשות אם כן אבל זו ההצדקה המרכזית.

**זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית**

**פס"ד מוסטפא דיראני**: המקרה של דירני חל לפני התיקון לחוק הנזיקים האזרחיים ולכן יש להכריע בו למרות החוק הנזיקים האזרחיים וגם יש לקבל הלכה על הנושא הזה בעיני פרוקצ'יה. פרוקצ'יה וג'ובראן מכריעים ברוב: דיראני רוצה לתבוע בנזיקין את המדינה על פגיעות שנעשו לו במהלך החקירה שלו. היה מעורב בהחזקה של רון ארד והוחזק בישראל עד שנת 2004. בעקבות העזיבה של דיראני את הארץ הגיע הזמן לדחות /לסלק על הסף את התביעה שלו מכיוון שאין מבררים תביעתו של אויב כפי שמוכר ונהוג במשפט המקובל (באנגליה למשל). פרוקצ'יה מפרקת את הטענה הזו לגורמיה ומדברת על זכות הגישה לערכאות. חלק מדבריה מתווים כיוון חדש לדוקטרינה של זכות הגישה:

כאשר עוסקים בשלילה של זכות הגישה, המשמעות היא בפועל פגיעה בזכויות המהותיות של הנתבעים. היא רומזת לאן היא הולכת בניתוחה ואומרת כי זכות הגישה לערכאות איננה זכות עצמאית אלא צמודה לזכויות מהותיות שלשמן הגישה מתבקשת. חשוב לה 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 עפ"י פרקוצ'יה: 2 הצדקות חשובות:

1. **זכות זו היא תנאי בלעדיו אין למימוש הזכויות המהותיות הניתנות לאדם ערך ממשי-** בלי יכולת האכיפה הזכויות חסרות ערך ממשי.
2. זכות הגישה היא לא רק שיקוף לזכויות פרטיות אישיות של כל אדם אלא היא **מנגנון שמשקף אינטרס ציבורי לחברה בכללותה**- סדר חברתי, בירור האמת, הכוונת התנהגות, שלטון החוק אכיפת החוק. מדובר במנגנון של אכיפה של חוק- הרחבת זכות הגישה הוא אמצעי להרחבה של אכיפת החוק- זה מקדם תהליכים חברתיים חשובים, משפיע על מהלכיה של חברה דמוקרטית.
* זכות הגישה משפיעה על מהלכיה של חברה דמוקרטית. הליטיגציה היא בהחלט הליך שאיננו דמוקרטי, אדרבא אנטי דמוקרטי באופן מובנה. פרוקציה רוצה שגם ביהמ"ש ישחק את המשחק הדמוקרטי. יש פה תפיסה של יוזמת הפרט כפתח/שסתום דרכו ביהמ"ש יכול לשמש שחקן בזירה הפוליטית. לקדם שוויון וצדק חברתי.
* הזכות לגישה יש מעמד חוקתי ואולי אפילו מעמד חוקתי מיוחד ולכל אדם יש זכות גישה.
* כל אדם שנמצא בישראל/בא כוחו יכול להגיש תביעה לבימ"ש.
* **פרוקצ'יה מכניסה את הנתון בעניין של דירני שבעניין של עצירים** - זכות הגישה צריכה להיות רחבה יותר אצל עצירים ואסירים כי הם תחת פגיעה קבועה בזכות שלהם. היא גם אומרת שעצירים הם אנשים תחת המרות הקבועה של המדינה ולכן על המדינה לדאוג להם והם באחריותה. במצבים שבה המדינה מפעילה את מרותה המלאה על אדם, לנו כציבור יש אינטרס מוגבר על פיקוח על ההתנהגות שלה. מימוש שלטון החוק מובע גם באמצעות אפשרות לתביעה אזרחית.

הדוקטרינה "אין מבררין תביעתו של אויב"- יש מחלוקת בין דעת הרוב שאומרת שהדוקטרינה לא אומצה בישראל ודעת המיעוט אומרת שכן. פרוקצ'יה אומרת מנקודת מבטו של ביהמ"ש התביעה צריכה לעניין אותנו במיוחד מאחר והיא עקרונית וקשורה להפרות של המדינה בזכויות אדם יסודיות ורצוי לנו כחברה לדון בה. גם אם טוען הטענה הוא אדם שאיננו אוהבים. כ"כ, גם אם ייפסק כסף, הכסף מתוקף החוק לא יגיע לגבי דיראני כי החוק מגביל את זה שהוא לא יקבל את הכסף כל עוד הוא נחשב אויב. ולכן דבר זה מעט מכווין את פסק הדין, כ"כ אנו מבינים שאין חשש כבד לקבלת הכסף ולכן האינטרס המצדיק את הדוקטרינה המקובלת לא מתקיים.

**שורה תחתונה חשובה ותיאורטית**- אינטרס של הציבור ושל זכות הגישה יכול לגבור על אינטרס כמו בירור תביעת האויב. עולה שאלה – של מי באמת זכות הגישה? של יוזם ההליך או של הציבור והאינטרס הציבורי – נניח במצב שהאויב וויתר על התביעה בחזרתו לארצו. השופט מלצר (דעת מיעוט): הולך עד בג"ץ ירדור וקורא את הדוקטרינה במונחי דמוקרטיה מתגוננת- הוא נשאר בדעת מיעוט.

הדיון בדיראני הוא דוגמא אנחנו נדבר בצורה יותר שיטתית- זכות הגישה כ-2 זכויות מקבילות פרטיות:

* תפיסה פונקציונאלית: זכות הגישה כזכות נגזרת לניהול זכויות מהותיות- אמצעי למימוש הזכויות האחרות. **כבוד במובן של זכותו של אדם להישמע ולטעון ביחס למצב הנורמטיבי שלו. מדובר בזכות הטיעון והשימוע.** אם אדם נמצא באיום של פעולה כוחנית של המדינה נכבד אותו בכך שהאדם יקבל הזדמנות להציג טיעוניו ולנסות להשפיע על פעולה של המדינה. גישה כמשהו שמכבד את האדם.
* תפיסה קונספירטיבית: זכות הגישה כמנגנון השקטה- יש לציבור הזדמנות להישמע ולהביע דעות ורגשות. יש לך זכות לגשת אבל אין לך זכות לקבל תוצאה מסוימת. ההגמוניה בסופו של דבר תישמר.
* ניתן לחשוב על מצבים בהם ביהמ"ש דווקא היה דוחה את הגישה ולא חושב עליה כערך כזה חשוב והיה אומר לעותר בבג"ץ לדוגמא שהוא לא דן בנושא ויש לפנות לזירות הדמוקרטיות ואולי נרוויח שם יותר.

**למי זכות הגישה:** לכל אדם מקומי או זר. זכות הגישה במקורה נתונה לתובע (יוזם ההליך) וגם לנתבע שיוכל להתגונן מפני התביעה. התקנות ובתי המשפט נותנים הזדמנויות לאדם להתגונן כדי שדעתו תישמע בהלך, ומצד שני יש זכות לתובע לא להיגרר בתביעה- ולכן זוהי זכות גם לקבלת תוצאה שיפוטית- התמשכות הליכים ואי מתן תוצאה אף היא פגיעה בזכות הגישה.

זכות הגישה לערכאות - מהן ערכאות? מיהן הערכאות שיש אליהן זכות הגישה? בתי המשפט, בתי דין, דיברנו על הצ"ח בוררות חובה ונגיע לזה שוב- משמעותה היא שבימ"ש שלום יוכל להפנות חלק מהתיקים להכרעה בהליך בוררות. ההליך הזה צפוי להיתקל בעתירות כי הגישה אינה לערכאות שיפוטיות אלא לפחות מכך. ניתן לטעון כי זוהי זכות להליך מסוים בפני גוף שיפוטי מסוים.

הפרק שנדון בו יעסוק בפעילות הדוקטרינרית של צמצום וכרסום בזכות הגישה.

נדבר ממש בקצרה על החלטות :זכות גישה וסמכות שיפוט בינלאומית והפורום הנאות

21/11/11

**המשך- זכות הגישה**

נזכיר כי **השופט ברק** אומר כי גם שאלות של גישה – נניח דוקטרינת השיהוי, יעמדו לאיזון מול עקרון תוה"ל (זה בתשובה לפרוקצ'יה).

**השופט מלצר**- מניעת זכות הגישה עומדת בפסקת ההגבלה. פס"ד איברהים: בקשה להפקדת ערובה ע"מ לצמצם את זכות הגישה מפני תביעות טורדניות ותביעות סרק וכן הבטחת פרעון תשלומים .

**פס"ד נאצר נגד אברהים (השופט גרוניס):**  יש כאן פתח קטן לשיקול 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 ולא מראש.

המדינה חששה שאם היא תנצח בהליך היא לא תוכל לגבות את ההוצאות בסיומו ונוצר דיון נפוץ בערכאות בין זכות הגישה של התובע אל מול זכות הגישה לערכאות. **השופט גרוניס** טוען כי המדינה זכאית להגנה מפני תביעות מהסוג הזה. וגם העלות הזו היא עלות שצריך לקחת בחשבון ולכן יישלם ערבון. **אולם, אם המדינה הנתבעת אז ניתן לחשוב על ערבון מופחת.**

**אריעד** השופט ריבלין: פן נוסף של זכות הגישה. סיטואציה נוספת שבה נתבע לא מתגונן בזמן, במצב כזה נכנסת לפעולה תקנה 97(א)- זכותו של תובע בהעדר הגנה- הזכות היא לקבל פס"ד.

97. (א) נתבע שלא הגיש כתב הגנה תוך המועד שנקבע לכך, יתן בית המשפט או הרשם פסק דין שלא בפניו על יסוד כתב התביעה בלבד; היתה התביעה שלא על סכום כסף קצוב, יהא בית המשפט רשאי, מטעמים מיוחדים שיירשמו, לדרוש מן התובע הוכחה מלאה או חלקית של תביעתו או מקצתה לפני שיינתן פסק הדין; היתה התביעה לפני הרשם והיה הרשם סבור כי אין ליתן פסק דין ללא שמיעת עדות — יעביר את התביעה לבית המשפט.

השאלה: האם ניתן לנתבע להיכנס בשלב מאוחר? ריבלין אומר שנעשה איזון ממקרה למקרה ותלוי בנסיבות ובמקרה הנ"ל קיבל את כתב ההגנה באיחור לאור חשיבות ניהול ההליך במעמד שני הצדדים.

**סמכות שיפוט**

2 דרכים שלובות להתייחס לסמכות שיפוט:

**היבט מהותי**: שואל את השאלה האם לביהמ"ש יש הסמכות/היכולת לחייב את האנשים שנידונים לפניו לפעול עפ"י הוראותיו? ולחייב את גופי האכיפה של המדינה לציית להוראותיו. זוהי שאלה פוליטית חוקתית – מתעורר המושג של "לגיטימציה". אלכסנדר המיטון מאבות החוקה האמריקאית אמירה מפורסמת: "לביהמ"ש לא חרב ולא ארנק אלא שיפוט והוא מתורגם למעשים בהסכמת הכפופים לו בהיעדר לגיטימציה אין סמכות שיפוט ואז מילותיו אויר ואין חובה לציית להם."

**היבט מעשי**: שואל את השאלה האם לביהמ"ש יש את היכולת לדון /לקיים את המשפט שבא לפניו ולפרסם פס"ד- פעולות פיסיות הכרוכות בהפעלת סמכות.

**הפורום הוא זה שמכריע בשאלת הסמכות שלו עצמו**. (מורשת של המקורות ההגמוניים של הרשות השופטת, נגזרת של המלך). נראה הרבה תיקים בהם ביהמ"ש שואל את שאלת הסמכות משיב כן/לא ובמידה וכן ממשיך לדון.

**את הדוק' של סמכות השיפוט נהוג לפצל לשני סוגים עיקריים**:

**סמכות שיפוט על האדם**:האם לביהמ"ש יש סמכות לשפוט את הנתבע שעומד לפניו. (התובע הוא זה שביקש להפעיל את הסמכות ולכן לא תעלה שאלה כזאת לגביו). המאפיין של שני הסוגים הבאים , נתבעים יכולים להסכים לה וניתן להתנות עליה:

* 1. סמכות שיפוט בינלאומית- סמכות של בימ"ש בטריטוריה מסויימת. למשל : כוחה של מדי"י להפעיל כוחה על נתבעים שנמצאים מחוץ לישראל.
	2. סמכות שיפוט מקומית- ישראל מחולקת למחוזות .

**סמכות שיפוט על העניין**:

* 1. סמכות ייחודית- סוג המקרה שהובא לבהמ"ש- פיצולים מהותיים/ענייניים. על סמכות מהסוג הזה לא ניתן להתנות. לדוגמא: לא יכולים להחליט שביה"ד הרבני יכריע בעבירה פלילית כלשהו.
	2. סמכות מקבילה חופפת- כמו בענייני משפחה.

רוצים להגיש תביעה- בשביל שתהיה סמכות שיפוט צריך לקיים סמכות שיפוט מקומית, בינלאומית ועל העניין.

מה המהלך?

* + 1. האם לביהמ"ש אליו רוצים לפנות יש סמכות בינלאומית על התיק? (זו השאלה הראשונה שנשאל משום שבמידה ולפורום הישראלי אין סמכות אזי צריך לעבור בימ"ש).

\*יש סמכות

* + 1. עוברים לשאלת הסמכות העניינית-האם שייך למחוזי/שלום/בי"ד רבני/בי"ד עבודה.

\*הכרעתי! למשל: מחוזי

* + 1. עוברים לשאלת סמכות שיפוט מקומית- איזה מחוזי? פ"ת/ת"א/חיפה וכן הלאה.

כבר עתה מבחינת המדרג רואים ששאלת הסמכות המקומית היא הכי חלשה. היא סמכות בוררת אבל לא משפיעה על שאלת סמכות השיפוט. יש ערכאות בעלות סמכות שיפוט ארצית ולגביהן שאלת המקומיות כלל לא מתעוררת. למשל: בג"צ, מחוזי י-ם (סמכות כלל ארצית בעבירות דין בנאצים ועוזריהם, סמכות על ערעורים בנושא של הגבלים עסקיים, ערעורי לשכת עורכי הדין). מחוזי חיפה – סמכות ארצית לנושאי מים.

בקורס נדון בזאת בסדר קצת אחר- נדון קודם בסמכויות "על האדם "ואח"כ נפנה לסמכות "על העניין".

**סמכות שיפוט בינלאומית**

האם לפורום הישראלי יש סמכות ? (השאלה תעלה רק כאשר הנתבע יעלה אותה במטרה שלא להתדיין בארץ מסיבות שונות כמו: דין נוקשה יותר, אזרח לא ישראלי וכן הלאה)

התפיסה ההיסטורית התבססה על העיקרון הטריטוריאלי הנוקשה- מוחלט- עיקרון שמבוסס על הנתון של טריטוריה- לפורום יש סמכות למי ומה שנמצא בתחומו. יתרון אפקטיביות. תפיסה זו מעוררת גם קשיים: "תפיסת יתר" - סמכות רחבה מדי, לא טוב לגבי אנשים שאין להם זיקה לטריטוריה, מזדמנים, תיירים, "תיירות משפט". הפתרון: מנגנון של "פורום לא נאות".

**(1)"תפיסת יתר" "פורום לא נאות":** גם אם יש סמכות בינלאומית בימ"ש מפעיל שיקו"ד וקובע מוסמך לא נאות.

**(2)"תפיסת חסר"- תקנה 500**. שליחת יד במקרה ספציפי שאומרת יש לי סמכות על האדם שמחוץ לטריטוריה.

לצד שני הקשיים שעקרון הטריטוריאלי הנוקשה נזכיר עוד 2 קשיים אשר סכסוכים בעלי אופי בינלאומי מעוררים:

* **עלות גבוהה** יחסית של היערכות מראש ושל בירור בדיעבד של חלופות שונות של סמכות.
* סכסוכים בשאלת הסמכות- **מקור הסמכות הבינלאומית הוא הריבונות של הפורום-** הוא קבע עקרון טריטוריאלי אך גם עקרון חוזי. הריבונות לא מאפשרת לצדדים לבחור שלא תהיה ריבונות על התיק הזה אם הוא רוצה לבחור אותו. **אנו מגיעים למצב של סמכות חופפת קלאסית ובכך ייתכן גם מירוץ סמכויות.**

לדוגמה: הסכם עם מישהו מאילת יקר יותר מהסכם עם מישהו מר"ג. על אחת כמה וכמה שביחסים בינלאומיים עלות בחירת הפורום וכו' ולכן יש היערכות מראש באמצעות חוזה= **התניית מקום שיפוט.**

**הנטייה של ביהמ"ש באופן מובהק לאכוף תניות הסכמיות. אלא אם מתעוררות שאלות של קיפוח ...המיוחד בתניית שיפוט: יכולות להקנות סמכות שיפוט לבימ"ש שלא הייתה לו סמכות מלכתחילה.** לדוגמה: הסכם עם גורם צרפתי. מניחים שביהמ"ש צרפתי + ישראלי ידונו בתיק. אולם ניתן להסכים שגם ביהמ"ש באנגליה יהא רשאי לדון בתיק. **אולם התניות על מקום השיפוט לא יכולות לגרוע מסמכות.**

**(3) בעיית התאום**- נאמר שיש שני פורומים והתביעות מוגשות בשניהם, כל צד הולך לפורום שחפץ בו. אילו זה היה במד"י היינו יכולים לטפס לערכאה הגבוהה לאחד תיקים בין בתי משפט מקבילים ויש מנגנוני תאום מיוחדים. **במישור הבינלאומי אין גורם מתאם. הפתרון:** דוק' "הליך תלוי ועומד" – למשל: הליך מקביל בערכאה אחרת, יבקשו מביהמ"ש בוא תכבד את העובדה שמתנהל הליך מקביל בפורום אחר ותקפיא את ההליך שלפניך עד שההליך בערכאה השנייה תסתיים. מתאים יותר במצבים שתביעות מוגשות בו זמנית ממש. (במקרים דומים כאשר מדינה תראה לנכון שטוב יותר שתביעה תדון במדינה X ולא Y יעשו שימוש בדוק' של פורום לא נאות . נראה זאת בהמשך).

**מגיש תביעה ורוצה לוודא שלביהמ"ש יש סמכות בינלאומית, כיצד הסמכות הבינלאומית מופעלת/מושגת**?

**שני שלבים**:

* + - 1. שלב פורמאלי- **קניית סמכות**. ביהמ"ש מזהה האם יש לו סמכות לדון בתיק. 2 מנגנונים:
				1. סמכות ע"י חוזה- הצדדים הסכימו ביניהם שיהיה להם סמכות.
				2. מנגנון ההמצאה- הפעולה של המצאת התביעה לבעל הדין שכנגד. נראה שיש הבדל בין המצאה לנתבע שמצוי בארץ (477,482 וכו') לבין המצאה לנתבע שמצוי בחו"ל (500).
			2. שלב **שיקו"ד שיפוטי**- יש סמכות והאם הולך להפעיל- שאלת "הפורום הנאות". שיקו"ד זה בעצם משחק תפקיד במהלך השלב הראשון ההבחנה שיצרנו היא פורמאלית ובפועל שאלות של פורום לא נאות מתעוררות כבר בשלב הראשון של קניית סמכות. אולם מבחינה רעיונית בסיסית את השלב הראשון- יוזם ההליך הוא זה שיידרש לקניית הסמכות, התובע ובשלב השני נכנס לתמונה ביהמ"ש ושואל את שאלת הפורום הנאות.

**נכנס לעומקם של דברים:**

**עקרון ההמצאה:** משמש את הפורום כ"פרוקסי" לרעיון ההמצאות. אמרנו שעקרון טריטוריאלי מבוסס על הנתון ש**הנתבע נמצא בארץ.** איך נבחן זאת? לפי ההמצאה- אם קיבל את כתב התביעה בארץ. עקרון מוגבל ומינימאלי . ביהמ"ש קונה סמכות אם הומצא כתב התביעה לידי הנתבע בארץ. **בעייתיות:** נראה מקרים שהמציאו לתייר ששהה בש"ת בן גוריון והמציאו לידיו את כתב התביעה ונשאלה השאלה האם זו המצאה כדין . תקנה 477:

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.

תקנה נוספת המרחיבה את רעיון התפיסה: לא חייבים להגיש לנתבע גופו אלא **אפשר גם למרשו.**

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 נוספת 482: לא רק העורך דין שלי שמיניתי אותו לקבל כתבי בי-דין יכול לקבל אלא גם ל**מנהל העסקים שלי.** בעייתיות: לעיתים רשתות בינלאומיות מקימות חברות ישראליות למשל HP עולמית וישראלית ואז אם רוצים לתבוע HP עולמית ורוצים להמציא כתבי בי-דין לחברה ישראלית עולה השאלה האם זו הישראלית נחשבת כמנהלת העסקים עפ"י התקנה או שמא היא חברה בפני עצמה ולא ניתן דרכה להגיע לחברה העולמית.

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.

אם שלושת החלופות האלו לא מתקיימות- **לא מינה עורך דין, מורשה מטעמו, אין מנהל עסקים עוברים למסלול של המצאה לנתבע בחו"ל- תקנה 500**: מאפיינים: צריך מעורבות של בימ"ש- אישורו וזה הליך די סבוך, צריך להגיש בקשה מפורטת, עילת תביעה המקיימת את אחת מהתקנות של 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;

תק' תשנ"ט-1999

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;

תק' תשס"ו-2005

מיום 10.11.2005

**תק' תשס"ו-2005**

[ק"ת תשס"ו מס' 6435](http://www.nevo.co.il/Law_word/law06/tak-6435.pdf) מיום 10.11.2005 עמ' 82

**החלפת פסקה 500(9)**

הנוסח הקודם:

~~(9) מגישים בקשה על פי חוק שיפוט בעניני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"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.

דיני ההמצאה לא בכדי תופסים נתח רחב בתקנות אלא מסדירים את כלל ההמצאות לאורך כל ההליך השיפוטי. אלו תקנות מנחות . הן בעלות ערך מוסף בשלב הראשוני משום שיש להן משפיעות על ההיבט הראשוני של קניית סמכות.

**שלב שיקו"ד- שאלת הפורום הנאות**

ביהמ"ש ישאל: האם יש פורום אחר שמתאים יותר? במצבים שבהם ישראל הוא הפורום הרלבנטי היחיד פשיטא שהוא גם הפורום הנאות. אולם בכל מצבים שיש חלופות הוא ישאל- מהי החלופה הראויה ביותר.

בפסיקה: עמדה די ברורה לפיה אם ביהמ"ש קנה סמכות מכח המצאה מקורית בארץ דרך תקנות 477/482 הנטייה כמעט תמיד היא להגיד שהם גם הפורום הנאות. מצד שני, אם הסמכות נקנתה באמצעות תקנה 500 בתי המשפט דורשים רף גבוה יותר כדי לבסס את הטענה שישראל היא הפורום הנאות.

במפגש הבא נפרק יותר את המושגים ונדבר על הבעיות המתעוררות...המפגש הבא יוקדש לסמכות שיפוט בינלאומית 2(ב)(1) ונתקדם ל2(ב)(2).

28/11/11

**סמכות שיפוט בינלאומית**

* + - * 1. קניית סמכות:

מנגנון המצאה בארץ /בחו"ל.

הסכם שיפוט המקנה סמכות לפורום

* + - * 1. פורום נאות

המצאה בחו"ל: הנתבע לא נמצא בארץ. כדי להגיע להמצאה בחו"ל הדין שפותח מציע 2 מסלולים עיקריים:

 **1. המצאה קונסטרוקטיבית**

תקנה 481

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.

תקנה 482

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.

מה שמייחד את תקנה 482 זה מה שהיא אפשרה לתובעים באופן בו הפסיקה פירשה אותה.

דוגמא: רכבת קלה בירושלים, חברה סינית חופרת את המנהרות. החברה בהגדרה גרה בסין באמצעות תקנה 482 ניתן להמציא את הכתב תביעה למנהל העבודה של החברה. הדין יסתפק בכך כהמצאה לחברה והפורום הישראלי קונה בדרך הזאת סמכות שיפוט למרות שהחברה אינה בישראל. **2 תנאים לשימוש בתקנה: (1) קשר בין הנציג לחברה (2) זיקה עניינית- נושא התביעה צריך להיות בגין העבודה שמבוצעת בישראל ע"י המורשה.**

מה הכוונה מנהל או מורשה?

בדוגמא שהצגנו זה די פשוט. אולם, השאלה מתעוררת באותם מצבים בהם הזיקה שבין האדם שעובד בישראל לבין הנתבע היא פחות מובהקת. לא בהכרח עובד-מעביד, שליח-שלוח. כשמדובר באנשים שאין להם כתב הרשאה ויש להפיק מניפולציה פרשנית כדי לקבוע שניתן לתפוס את המרשים שלהם באמצעות הגעה אליהם.

**כמה החלטות בנושא הזה:**

**השופט שלמה לוין בג'נרל אלקטריק:** תביעה של חב' חשמל נגד חברה אמריקאית שמייצגת את האינטרסים של ג'נרל אלקטריק בישראל- היא מייצגת את האינטרסים שלהם בישראל אך היא חברה נפרדת בפועל, בגין הפרת חוזה הפצת המוצר. התביעה הוגשה לידי החברות הישראליות כאמצעי לתבוע את החברה. האם אלו אכן מהוות אורגן שלה, המוסמך לקבל בשמה תביעות? ביהמ"ש (**לוין**) הגדיר את המבחן המרכזי באמצעותו נזהה שהאורגן בארץ הוא באמת המורשה לייצג את החברה בחו"ל, והוא **מבחן "אינטנסיביות היחסים"**: **ככול שמערכת היחסים היא אינטנסיבית יותר, כך ניתן לראות בנתבע כמורשה.**

* ניתן לזהות **יתרון בתק' 482 לעומת תק' 500:** בעוד שקניית סמכות על דרך אחת הזיקות שבתק' 500 מצריכה את אישור ביהמ"ש (כאמור, לפי **פס"ד ראדא** השק"ד לא פוקע), קניית סמכות דרך תק' 482 איננה מצריכה את אישור ביהמ"ש.

**השופט רובינשטיין מפעיל את מבחן "אינטנסיביות הקשר" גם בפס"ד פיליפ מוריס:** ע"מ לתבוע חברת סיגריות בחו"ל הומצאו כתבי תביעה בידי המפיצות של הסיגריה בארץ. גם כאן מדובר בניסיון לקנות סמכות על דרך תק' 482, אך כאן היה מדובר בתביעה ייצוגית. ביהמ"ש קבע, רובינשטיין:

1. הרף הנדרש לעניין תביעות ייצוגיות הגבוה מתבטא באישור ההליך של תביעה ייצוגית, ולא ברף אינטנסיביות היחסים.
2. **לאור המגמה בשנים האחרונות של שיפורים טכנולוגיים, קיצור מרחקים וריבוי יחסים פרטיים בינ"ל, ניתן להניח שלא צפוי קושי כבד במיוחד על בעל דין לנהל את ההליך מחו"ל, ואף מן הראוי שיניח שהוא עלול להיחשף לתביעה בבימ"ש זר במסגרת עסקיו.**
3. ביהמ"ש מציין כי למרות המסלול שנקבע בתק' זו (הרחבה שנעשתה עם השנים בפסיקה), דרך המלך עודנה תק' 500.

**החלטה שהאופן בה מתנסחת מעניינת, הש' סובל במחוזי- גיל קופטש נ' דר שפיגל (עיתון גרמני):** עיתונאי מטעם "דר שפיגל" מפרסם בגרמניה כתבה באתר אינטרנט. הכתבה עושה שימוש במוטיבים נאציים מתרבויות זרות, מצאו כרזת נאצה נ' גיל קופטש שהתפרסמה בישראל ובאתר האינטרנט הגרמני שמו את התמונה של גיל קופטש עליה כתוב "הנאצי הגדול". גיל קופטש מעוניין לתבוע בגין הפרסום הפוגעני מחשש שהמודעה תפגע בו בקרב הקהל הגרמני. סמכות בינלאומית: גרמניה. קופטש מנסה להמציא את התביעה בישראל לעיתונאי מטעם דר שפיגל – ממציא לראש המשרד בירושלים. דר שפיגל מתייצבת במשפט רק לעניין הסמכות ובהתאם לתקנה 482 טוענת כי המשרד בירושלים (אותו עיתונאי) **אינו מנהל מורשה** ולכן תקנה 482 לא עומדת לך. תפנה ל-500. **המחוזי קובע כי משרד דר שפיגל בארץ ייחשב כמורשה לעשיית עסקים ומכאן שתקנה 482 עומדת לו.** אין מדובר רק בפעולות עסקיות אלא במקרה דנן גם פעולות עיתונאיות נחשבות. **המבחן הוא מבחן מרחיב אם אפשר למצוא זיקה מספקת נמצא ונרחיב את פירוש התקנה**. הש' סובל חוסך לקופטש את הגישה ל-500. עדיין מתעוררת שאלת הפורום הנאות, דר שפיגל מעורר את הטענה הזאת שהפורום לא נאות. **הש' סובל** בין היתר טוען כי מרגע שנקבע שהסמכות נקנתה במסלול של המצאה בארץ אפילו אם דרך 482 הנטל על הנתבע להראות שהפורום איננו נאות הוא נטל משמעותי יותר מאשר אילו תפסנו את הנתבע דרך תקנה 500. ביהמ"ש איננו רשאי להתפרק מסמכותו מרגע שהמסכות נקנתה צריך להפעילה וע"מ שלא להפעילה על הנתבע לנמק מדוע והנטל עליו מוגבר.

**פס"ד ארבל** (השופט דנצינגר): תייר שנפגע בתורכיה ורוצה לתבוע את הספקים בתורכיה דרך החברה בישראל- ביהמ"ש מאפשר זאת דרך תקנה 482. חוסך את תקנה 500 + הצגת טיעונים של פורום לא נאות (משום שהנתבע צריך להתאמץ יותר כדי להוכיח שהפורום לא נאות).

כלומר, באמצעות טיעונים ראשוניים מנסים לערום טיעוני סף עוד בשלב הגישה לביהמ"ש וכך מעכבים את האפשרות של התקדמות התביעה.

**החלופות של תקנה 500**- 12 חלופות בהן ביהמ"ש יכול להורות על המצאה לחו"ל. כדי לפסוק המצאה לחו"ל ביהמ"ש צריך לקרוא את תוכן התביעה. לא די בהתקיימות אחת מהחלופות של תקנה 500 כדי להורות על המצאה לחו"ל ביהמ"ש מפעיל שיקול דעת ולוקח בחשבון שאלות מן הסוג של הפורום הלא נאות.

ההליך

* הגשת תצהיר מטעם התובע- בקשת רשות להכניס את הנתבע לתביעה.
* במידה והבקשה מתקבלת- הנתבע יכול לבוא ולהתייצב ולטעון שהסמכות לא הופעלה כראוי.

**דוגמאות מהפסיקה:**

**ש' זוסמן בעניין מזרחי:** עוסק ברמת ההוכחה שהתובע צריך להראות כדי לקבל צו המצאה לחו"ל עפ"י תקנה 500. ביהמ"ש קובע: מי שרוצה להמציא מחוץ לתחום צריך לשכנע את ביהמ"ש כבר בשלב הזה **ראשית ראיה להוכחת העילה.** זה די מסביר למה מנסים להימנע מגישה לתקנה 500 וביהמ"ש מקל עליהם במקרים שראינו לעיל (תקנה 482).

**פס"ד ראדא:** הפעלה של תקנה 500(10)-

(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.

(מחשבות) המערערת הינה חברה המאוגדת בישראל ומניותיה נסחרות בברוסת הנאסד"ק בניו יורק. המשיבה היא חברה הרשומה בהונג קונג. ביום 15.9.99 הגישה המערערת תביעה כנגד המשיבה ושני נתבעים נוספים (בישראל). במסגרת התביעה קיבלה המערערת היתר המצאה מחוץ לתחום, במעמד צד אחד. ההיתר בוטל לבקשת המשיבה לאור קיומה של תניית שיפוט שבין המערערת לבין המשיבה, ולפיה סמכות השיפוט נתונה לבית המשפט בפלורידה. לטענת המערערת, תניית השיפוט אינה נוגעת לסכסוך נשוא התביעה; מדובר בתניית שיפוט מקבילה, וביהמ"ש בישראל הוא הפורום הנאות.

**השאלה המשפטית**: האם היה מקום לתת היתר המצאה מחוץ לתחום לאור תניית השיפוט הקיימת בהסכם בין הצדדים?

**ביהמ"ש העליון פסק (גרוניס):**

1. התנאים למתן היתר המצאה מחוץ לתחום השיפוט

(א) סמכות השיפוט של בימ"ש בישראל קמה מכוחה של המצאת כתב בי דין בתחומה של ישראל לידיו של הנתבע. תקנה 500 לתקסד"א מונה סדרה של נסיבות, אשר קיומה של אחת מהן הוא תנאי למתן היתר על ידי בימ"ש להמצאת כתב בי דין מחוץ לתחום השיפוט. אף אם מתקיים אחד התנאים שבתקנה 500, עדיין מוקנה לביהמ"ש שיקו"ד אם להתיר את ההמצאה. כלומר: דרישות המופיעות בתקנה 500 הן בבחינת תנאים הכרחיים אך לא מספקים למתן היתר.

(ב) במסגרת שיקו"ד המופעל בגדרה של הבקשה להיתר המצאה, ביהמ"ש בוחן את השאלה מהו הפורום הנאות לדון בסכסוך המתעורר לפניו. לעיתים נתוני המקרה כוללים אלמנט נוסף והוא הסכמה בין הצדדים-ה תובע והנתבע הזר על כך שלפורום זר נתונה סמכות שיפוט בלבדית.

2. היתר המצאה מחוץ לתחום מקום בו קיימת תניית שיפוט מוסכמת

(א) תניית שיפוט יכול שתהא מקבילה ויכול שתהא ייחודית. תניית שיפוט ייחודית מעניקה סמכות בלעדית לבימ"ש מסוים, ואין מלבדו. תניית שיפוט מקבילה מקנה סמכות לבימ"ש מסוים, אך אינה שוללת את האפשרות שסכסוך יתברר בבתי משפט אחרים, אין בכך כדי למנוע את המסקנה כי עסקינן בתניית שיפוט ייחודית בהתבסס על מטרת ההוראה, מגמותיה ושאר אמצעי העזר הפרשניים.

**(ב) במקרה דנן, יש לפרש את ההוראה בהסכם כמכוונת לייחודה של הסמכות לביהמ"ש בפלורידה.**

(ג) אמנם ייתכנו נסיבות שבהן יימנע ביהמ"ש מאכיפת תניית השיפוט, אך נדרשות נסיבות מיוחדות. במקרה הנדון אמנם פיצול הליכים הינו תוצאה בלתי נמנעת מסירוב להתיר המצאה, שכן התביעה הוגשה גם נגד נתבעים בישראל, אך הזיקות של הסכסוך לישראל אינן חזקות דיין שביהמ"ש יתיר, למעשה למערערת להתעלם מהחויוב החוזי שנטלה לעצמה בטענה שהפורום הנאות להתדיינות הוא בישראל.

ההחלטה: הערעור נדחה.

למה נרצה לאפשר כזאת הכנסה של נתבע? חשש לפסיקות סותרות- תביעה נפרדת ומקבילה בפורום אחר + שיקול של עלויות.

**בפס"ד ראדא** יש הסכם שיפוט אותו גרוניס מפרש ומכנה כ"ייחודי" הוא אומר כי זהו הפירוש המקובל ובמצב הזה תקנה 500 חלה כי מדובר בבעל דין שראוי היה לנהל את התביעה איתו, אולם בהינתן הסכם כזה יש צורך בסיבה מאוד מיוחדת להתעלם מתניית השיפוט. **גרוניס אומר כי גם בקיומה של עילה מתקנה 500 אינה מספיקה לצורך הפעלת סמכות ויכולים להיות שיקולים אחרים לביהמ"ש לא לאפשר להמציא מתוקף תקנה זו.**

**נטל השכנוע (גרוניס בפס"ד ראדא):** נטל השכנוע להוכיח כי הפורום הישראלי איננו נאות דרך תק' 482 מוטל על הנתבע, בעוד שנטל השכנוע להוכיח כי הפורום הישראלי הוא נאות דרך תק' 500 יהיה על התובע לאחר קיום תנאי התקנה. דומה למה שאמר הש' סובל בפס"ד קופטש. ברק לעומת זאת לא רוצה להכריע בנקודה הזו ואומר כי זוהי נקודה מורכבת.

ראינו אפוא טשטוש ניכר בהיבטים התפעוליים של תקנה 500 לעומת תקנה 482 בשתיהן בשלב כלשהו יכנסו שאלות של מבחן האינטנסיביות ופורום לא נאות. יש נטייה להקל עם תובעים ישראליים במובן של הזמינות. הטשטוש נכון רק למצבים בהם יש מורשה רלבנטי. אם אין מורשה- חייבים ללכת לפי תקנה 500- אם אחד מבני הזוג בחו"ל אין דרך להגיע אליו אלא באמצעות תקנה 500.

**שאלת הפורום הנאות**

מבחני נוחות: איפה יותר נוח להתדיין? איפה יותר זול איפה נמצאים רוב בעלי הדין?

מבחני מהות: עוסקים באינטרסים של הפורום אבל לא רק גם מבחני הוגנות כלליים:

1. מבחן קלאסי "מבחן מירב הזיקות"- לאיזה פורום יש את מירב הזיקות לסכסוך?
2. מבחן הציפייה הסבירה- איפה ציפו שהליטיגציה תתקיים כשהם נכנסו לתוך מערכת היחסים. לעיתים אין צפיות – למשל בנזיקין. אולם אומר השופט דנצינגר שיש לייחס ציפיות סבירה גם בנזיקין- היכן היה חושב אותו צד (המלון/התייר שנפגע) שצריך להישפט..
3. הדדיות- בין המדינות , מה מדינה אחרת תעשה בתביעה מקבילה – מה ההיתכנות של ליטיגציה עוינת בפורום אחר.
4. מבחן האפקטיביות- איפה יהיה הכי קל ופשוט לאכוף את פסה"ד.
5. אינטרס הפורום להסדיר את התחום- האם יש לפורום אינטרס לדון בתיק הזה.
6. ברירת הדין- הדין המהותי שקבעו הצדדים בחוזה. אם למשל קבעו שהדין שיחול הוא הדין היווני זו אינדיקציה לכך שאולי הפורום הנאות שלהם הוא הפורום היווני.
7. היבטים חלוקתיים- אמנם שינוי עתים הטכנולוגיה וכו' אבל לא ניתן להתכחש לעובדה שניהול הליך בפורום זר יותר יקר מניהול הליך הפורום שלי. במצבים לא מעטים שאלת ההיתר לסמכות מחוץ לתחום עלול להכריע את גורלה של התביעה. אם לא יתנו לי להתדיין בארץ ואצטרך ללכת לפורום אחר, אעשה חישוב של האם כדאי לי- תוחלת רווח מול הפסד (ניהול ההליך בחו"ל). גם לנתבע יעמוד שיקול של האם להתגונן או ללכת לכיוון של פשרה.

\*\*ראי נספח תרשים זרימה (מאתר התקשוב)

**סמכות שיפוט מקומית**

**סמכות של בתי המשפט במחוזות השיפוט: 6 מחוזות**: **נצרת, חיפה, תל אביב, ירושלים, מרכז- פתח תקווה, דרום- באר שבע. 1 בתי משפט מחוזיים ובכל תוך מחוז יש לפחות שני בתי משפט שלום.**  מוצאים את עצמנו בתוך סמכות שיפוט מקומית התובע יוזם ההליך יכול לבחור בתוך המחוז היכן להגיש תביעתו.

נשיא השלום מכח סעיף 49 לחוק בתי המשפט בעל סמכות ניוד בתוך השטח המקומי.

הסמכות המקומית מוסדרת בתקנה ולא בחקיקה ראשית- תקנות 3-7 לתקסד"א- מנוסחות במילים "תובענה תוגש ב..." הנחייה לתובע היכן להגיש את תביעתו. הסמכות המקומית נקבעת ברגע הגשת התובענה.

הליכה אחר הנתבע- תקנה 3

סוג של יתרון ראשוני של הנתבע על פני התובע. תקנה 3א1 נותנת יתרון מוגבל לנתבע על פני התובע.

**מקום מגוריו או מקום עסקו של הנתבע=** (1) מקום המגורים אינו חייבת להיות קבוע (למשל תייר, יש צורך שיגיע לארץ לתקופה בלתי מסוימת שלא תסתיים כעבור פרק זמן ידוע מראש או בהתרחש אירוע מסוים). (2) **כאשר המדינה נתבעת🡨** ניתן לתבוע בכל מקום בארץ. **(3) די בניהול עסקים על ידי שליח או סוכן על מנת להקנות סמכות מקומית (פס"ד הסנה)**

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 26.10.1997

**תק' (מס' 2) תשנ"ז-1997**

[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

 (א1) על אף האמור בתקנת משנה (א), היו לעסקו של התובע מספר סניפים, ~~תוגש התובענה לבית המשפט שבתחום שיפוטו מצוי הסניף הקרוב ביותר למקום מגוריו או למקום עסקו של הנתבע~~ והיה אחד מהם בתחום השיפוט שבו מצוי מקום מגוריו או מקום עסקו של הנתבע, תוגש התובענה לבית משפט באותו תחום שיפוט.

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

נושא התובענה- תקנות 2-5

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

**כאשר מדובר בתובענה שכולה במקרקעין, הסמכות המקומית מסורה לביהמ"ש שבתחום שיפוטו נמצאים המקרקעין.**

מהי תובענה שכולה במקרקעין? הכוונה לתביעת בעלות או לביצוע בעין של הסכם במקרקעין.

יש מצבים רבים בהם יותר מחלופה אחת מתקיימת . התובע יכול לבחור באיזה ממחוזות השיפוט להגיש את התובענה שלו. היתרון של הנתבע נשחק מאחר ואין זוהי החלופה היחידה.

החריגים להסדר המבוסס על מקום הנתבע/נושא התובענה:

* הסכם שיפוט הקבוע בחוזה- תקנה 5.
* תקנה 2 לתביעות קטנות- תניות שיפוט לא חלות על תביעות קטנות.
* תקנה 6- סמכות מקומית שיורית. אין הסכם ואף אחת מהתקנות לא מתקיימת- סמכות שיורית לירושלים. למשל: כאשר הנתבע לא גר בארץ אבל יש סמכות שיפוט בינלאומית עליו.

מדוע ראוי שתהיה זיקה בין הסכסוך לבין המקום שבו הוא נדון?

* היבט הוגנותי- ידון בפני הקהילה שלך המקום שבו אתה גר (משקף את רעיון המושבעים).
* היבטים מעשיים- יעילות מערכתית ומניעת עומס- (בהתאם הוקם בית משפט מחוז מרכז וגם מחוז תל אביב).
* נוחות המתדיינים ובעיקר נוחיותו של הנתבע.

**פס"ד מפעל הפיס**- דיון מעניין של ריבלין: הוא מעורר תהייה ושואל האם באמת המדינה היא המפזרת היעילה ביותר של תיקים. אולי התקנות הללו היא דרך עקומה להשיג את התוצאה הזו. השיטה לדידו צריכה להציע X פורומים ואנשים באופן אוטומטי יכווינו את התיקים שלהם באופן סביר ומאוזן. ריבלין אומר כי לבעלי הדין יש את היכולת הטובה ביותר לדעת מה הטוב ביותר בשבילם וזה יחפוף את האינטרסים של בעלי הדין והם ינתבו את המערכת שתהיה יעילה עבורה. ריבלין מנמק את טיעוניו על-בסיס תכליות סמכות השיפוט המקומית:

1. **יעילות מערכתית ומניעת עומס**- ניתוב ופיזור תיקים.
2. **נוחות המתדיינים ובעיקר נוחיותו של הנתבע** – לאור התקדמות הטכנולוגיה ואמצעי התחבורה, ולאור גודלה הקטן של המדינה לא ניתן לקבוע חד משמעית כי העברת מקום הדיון אכן פוגעת בנוחות- עדיין יש לקחת בחשבון פערי כוחות בין הצדדים.

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

**פס"ד נתנאל-** עוסק בהקמה של מחוז מרכז- מעניין מבחינת ארכיאולוגיה מוסדית. השופטת נאור מעוררת דיון ומדברת על החלופה המרכזית של "שוק" בתור המתכנן המרכזי שיפעל באופן קזואיסטי ולא לפי זיקות. והפקיד המתכנן יחליט לאן התיק הולך- נחסוך סכסוכים לגבי הסמכות, נחסוך את 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 בפסיקה של שחיקה נמשכת בחשיבותה של הסמכות המקומית במשפט הישראלי. בתי המשפט לא מתרגשים מהתקנות ואם התובע יוצר נימוק רציונאלי, בתי המשפט מוכנים הרבה לקבל את הטענות ואומרים כי הרציונאלים לא מתקיימים.

כיצד הפסיקה מגיבה לשאלת המתח החלוקתי בין בעלי דין בהקשר של סמכות מקומית?

**פס"ד הסנה:** חברה שמקום מושבה בת"א. יש לה סוכן ביטוח במחוז צפון בנצרת. נשאלת 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. יכולה היתה להיות גישה אחרת אבל בן-פורת אומרת כי לא קריטי הדבר. **התוצאה נועדה להקל כאן עם הצד החלש ולא עם הנתבע.**

בשורה ארוכה של פסיקות נוספות אנו רואים כי **סניפי תאגיד גם מאפשרים לתבוע אותו במקום שלהם**. פס"ד הסנה מודיע לנו את זה כי הוא אומר שהוא לא דורש רק את ההנהלה. ולכן הגבולות מטושטשים בין המחוזות.

**פס"ד לוי נגד פולג (השופט ש. לוין):** ההחלטה ש"הרגה" את הסמכות המקומית. מדובר בנכס שנמצא בגבעתיים אבל התובעת נמצאת בירושלים והיא רוצה פיצויים ולכן לא הכול מסווג כתביעה במקרקעין, ע"כ נפתחות חלופות של תקנה 3 וזה לא נופל רק בתקנה 4. התובעת תובעת בירושלים שם היא גרה, אבל אין חלופה של מקום מגוריו של התובע. אז איך היא דורשת זאת? **השופט לוין בונה קונסטרוקציה ייחודית לקבל את תביעתה:**

יש סכסוך ללא זיקה לירושלים, אין נתבע והוא עדיין הגיע לירושלים. השופט לוין אומר כי ישנה תביעה לפיצויים לתשלום התחייבות מכוח דיני החוזים (הפרת חוזה). עתה, נאמר והתובעת תזכה בתביעה, הנתבע יצטרך לשלם לה פיצויים. איך נדע איפה ישולמו הפיצויים הללו פיזית? נלך לחוק החוזים, סעיף 44 לחוק עוסק במקום קיום ההתחייבות, ואם לא כתוב בחוזה מקום קיום ההתחייבות – אז ניתן להגישם במקום מגוריו של התובע. כרגע, ניתן להחיל את סעיף 44 לפי סעיף 61 לחוק החוזים גם על חיובים שאינם נובעים מחוזה- ולכן אם יינתן פס"ד, הוא יצטרך להיות מקוים בירושלים ולכן אנו **בתקנה 3(א)(3) וניתן ללכת לירושלים.**

**השופט לוין הוסיף את מקום מגוריו של התובע (הנושה) למעשה במצב בו ישנה תביעה לתשלום כסף.** אנו מבינים כי מטרתו היא פשוט להחליש את נושא סמכות השיפוט המקומית! יש הרבה ביקורת על פסק הדין אבל הוא לא חריג במובן של מה שביהמ"ש משדר בנושא הזה והרוח בבתי המשפט.

בתקנה 3 יש תקנת משנה קצת תמוהה - (3א(1)):

**זוהי תקנה שנוספה בעקבות פס"ד לוי נגד פולג**:

*(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.*

החשש לאחר לוי נגד פולג היא שתאגידים גדולים שמקום מושבם בכל מקום בארץ, ינצלו את פסק הדין כדי לבחור את מקום התביעה לפי מקום מושבם ויביאו את כולם לאילת (או ללוד ☺). על כך מחוקק המשנה מתגבר באמצעות התקנה הזו שאומרת כי 3(א) לא יחול במקרה שמדובר בתובע עם מספר סניפים. **זה צמצם את תוצאותיו של לוי נגד פולג אבל לא באופן מלא.**

לקריאה: סמכות מקומית (מה שלא קראתי)- פריטים 2(ב)(2)- 3,4 : מפעל הפיס וסלע. בסמכות עניינית 1-6.

ראינו כי בתי המשפט נוטים להפחית בחשיבות של הסמכות המקומית ונמשיך לראות זאת מפסקי דין הבאים לאחר מכן נעבור לסמכות עניינית.

**פס"ד מפעל הפיס**: הפס"ד דן בהסכמי שיפוט בסכסוכים עתידיים. הזכיינים בדרום אולם הסכם השיפוט אמר שסכסוכים יידונו בבימ"ש בתל אביב. הזכיינים טוענים לתקנה 4(9)= תנייה מקפחת מתוך חוה"ח האחידים. בטענה כי המקום שיפוט "בלתי סביר". ביהמ"ש לא מקבל זאת בטענה כי בנסיבות גיאוגרפיות של ישראל ולפי מבחן ההרתעה מפני מימוש זכויות הש' ריבלין טוען כי אין כאן פגיעה בזכות. בעקבות הפס"ד חוה"ח האחידים מתוקן וב4(9) מופיעה חזקת קיפוח ללא צמד המילים "בלתי סביר". כלומר כל תניית מקום שיפוט מוחזקת כמקפחת – במטרה להחזיר את ההגנה בקונטקסט הספציפי של חוה"ח.

**מסקנה:** עולה כי נטיית הפסיקה היא לצמצם את החשיבות של הסמכות המקומית (לאור גודלה הקטן של המדינה), וכך ביהמ"ש מאפשר שינוי של הסמכות המקומית גם אם אין לעיתים אפשרות ברורה לכך.

**התוצאה:** המחוקק תיקן את החוק ע"מ לחזק את הסמכות המקומית:

1. לאחר **פס"ד לוי נ' פולג** המחוקק מוסיף את **תק' 3 (א1)** שנועדה להתמודד עם פרשנות של **תק' 3(א)(3)**. כיום, ביהמ"ש מפרש את התקנה ככזו שהתובע יכול להגיש את התביעה ממקום מגוריו כל עוד התביעה היא בנוגע לקבלת כספים בלבד.
2. לאחר **פס"ד מפעל הפיס** המחוקק שינה את **ס' 4(9) לחוק החוזים האחידים**. לפני התיקון, היה צורך להראות שהתניה אינה סבירה, ואילו לאחריו עליה לעמוד בתנאי **ס' 4(3)**.

**בעקבות החיקוקים לאחר לוי נגד פולג ולאחר פס"ד מפעל הפיס, רואים דינאמיקה יפה של דיאלוג בין בתי המשפט והמחוקק. ביהמ"ש העליון מנסה למסמס את העוצמה של הסמכות המקומית ואילו המחוקקים מנסים לתת לה תוקף מחדש.**

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

**מאמר של באום וטבקה**- יש להגן על צדדים לשים מפני מניפולציה של צדדים חזקים בהפעלת הסמכות המקומית- ההגנה להיות לא רק בחוזה אלא בבחירת המקום אליו מגישים את התביעה וכו'... בגלל יכולות שכירת ייצוג משפטי. המאמר לוקח בחשבון גם את נושא פסיקת ההוצאות- לכאורה יכולנו לחשוב שאם הייתה שיטה יעילה של פסיקת הוצאות כשהצד המפסיד נושא בעלות ניהול ההליך, אז אם היה מנגנון יעיל וממצה, ההיבטים החלוקתיים אולי היו צריכים להטריד אותנו פחות כי אלו היו משפות את הוצאות ניהול ההליך מרחוק (נסיעות וימי עבודה). הם במאמר מבססים מידע מקובל של מצב בו יש פסיקת חסר של הוצאות לבעלי הדין. הם מצביעים על כך שנדיר שבתי המשפט מחשבים הוצאות נסיעה, הוצאות ימי עבודה מחושבות בקושי ואין אבחנה בין מקרה למקרה. ולכן- היות ומנגנון פסיקת ההוצאות לא מבסס שיפוי מלא על ההוצאות, אז לסמכות המקומית יש השפעה חלוקתית גבוהה. כמו כן, ההוצאות נפסקות רק בסוף ובפרק הזמן עד פסיקת ההוצאות, בעלי הדין צריכים לשאת בעצמם בעלויות הניהול ויש צורך במשאבים פנויים.

**מנגנוני העברת תיקים בין מחוזות**

תקנה 7 לתקסד"א:

*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.*

 מסמיכה את נשיא ביהמ"ש העליון במצב שבו תובענות בנושא אחד מוגשות לבתי משפט במחוזות שונים לרכז את התובענות למקום אחד. מדוע הסמכות היא של נשיא העליון? נשיא העליון הוא היחיד שנמצא מעל המחוזות ולכן הסמכות נמצאת אצלו, ניטראלי כביכול.

סעיף 49 לחוק בתי המשפט:

49. (א) נשיא בית משפט השלום רשאי להורות שהליך מסוים 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 וכן רשאי הוא להורות כאמור לגבי סוג מסוים של הליכים אזרחיים והליכים בעבירות תעבורה.

 (ב) (1) בעל דין הרואה את עצמו נפגע מהחלטת נשיא בית משפט השלום כאמור בסעיף קטן (א), רשאי לבקש ממנו לעיין מחדש בהחלטה;

(תיקון מס' 68) תשע"ב-2012

(2) בהחלטה בבקשה לעיון מחדש לפי פסקה (1), ישקול נשיא בית משפט השלום 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;

(3) על החלטה כאמור בפסקה (2) ניתן לערער לפני נשיא בית משפט מחוזי.

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

 (ד) בסעיף זה –

(תיקון מס' 68) תשע"ב-2012

 "התחלת הדיון" – לרבות קדם משפט;

 "הליכים בעבירות תעבורה" – הליכים ששופט תעבורה מוסמך לדון בהם לפי כל דין, שאינם בטיפולו של פרקליט לפי הוראות סעיף 60 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

 מסמיך נשיא בימ"ש שלום לעשות אותה פעולה בתוך מחוז השיפוט שבו. למשל ת"א: בימ"ש שלום ת"א + הרצליה. מדוע אין סמכות מהסוג הזה לנשיא המחוזי? מאחר ויש בימ"ש מחוזי אחד בכל מחוז.

סעיף 78 לחוק בתי המשפט:

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.

 מסמיך את נשיא העליון להעביר תיק ממחוז אחד למחוז אחר. הסמכות תתעורר מצב שבו דיני הסמכות המקומית מורים על מקום אחד. למשל: תביעת מקרקעין והמקרקעין בחיפה. אולם שני בעלי הדין נוח להם לדון בת"א. הם יכולים להגיש בקשה עפ"י סעיף 78 ולהעביר את התיק למחוז ת"א.

החלטה אחרונה בנושא של סמכות מקומית ביחס לאיך היא יכולה לעבוד בדרכים פחות צפויות:

**פס"ד בני סלע נ' שירות בתי הסוהר: (רובינשטיין):** מקרה של פורום שופינג ע"י הנתבע. בד"כ המקרה הטיפוסי של פורום שופינג יתבצע ע"י יוזם ההליך. במקרה של בני סלע נ' השב"ס , יש מקרה של עתירות אסירים וזו פרוצדורה ספציפית של עתירה על תנאי כליאה- בני סלע עותר סדרתי. ס' 62 א רבתי לפקודת בתי הסוהר קובע כי בענייני עתירות אסירים יידונו בהתאם למקום בית הסוהר שבו האסיר נמצא.

**פסה"ד חשף פרקטיקה נפוצה מסתבר ,** שהתביעה מוגשת ע"פ הוראצת הסעיף למחוז של בית הסוהר ואז תוך כדי התנהלות ההליך, משתמש השב"ס בסמכות המנהלית שנתונה לו ומחליף את מקום האסירים ולכן בתי המשפט הורו גם על העברת הדיונים בהתאם להוראת שב"ס מתוך ציות לסעיף 62 א רבתי (שב"ס היו מגישים הבקשות).

**רובינשטיין טוען כי הפרקטיקה מעוררת בעיות מבחינת מדיניות פורום שופינג ע"י התובע שמחליט לנתבע מה מקום ההתדיינות שלו. מעורר גם קושי מבחינת הדין הפוזיטיבי שהרי הסמכות נקבעת ברגע יצירת ההליך ובמקרה שהנתבע עובר דירה הרי שהסמכות לא פוקעת אז מדוע כשעובר בית סוהר עובר הנתבע מקום התדיינות?! ס' 79 לחוק בתי המשפט המסמיך בית משפט שמוצא שהוא חסר סמכות להעביר את התיק שיש לו סמכות אינו רלוונטי לדעת רובינשטיין משום שביהמ"ש לא חסר סמכות, הוא קנה את הסמכות עם פתיחת ההליך. לכן ההסדר של ס' 79 לא רלבנטי לעניינו.** למרות המסקנה המשפטית ביהמ"ש אינו מקבל את הערעור של סלע וקובע כי התיק יישאר במקום אליו יועבר בהתבסס על סעיף 79 (ב) לחוק בתי המשפט שאומר "ביהמ"ש שאליו הועבר עניין כאמור (בעקבות 79 א) לא יעבירנו עוד". בנוסף, העליון מנחה את השב"ס איך לנהוג מעכשיו: השב"ס צריך להשיג את הסכמת האסיר אם מעוניין להעביר את מקום השיפוט. רק אם האסיר מסרב, השב"ס יכול לבקש מהנשיא להעביר את התיק למרות חוסר ההסכמה מכח ס' 78 לחוק בתי המשפט. קביעה מוזרה כי לא כתוב בדין מפורשות שאם הצדדים מסרבים ניתן עדיין לפנות לשופט ולבקש העברה אלא דיברנו רק על מצב בו הצדדים מסכימים על העברת מקום השיפוט.

**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.***

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

**סמכות שיפוט עניינית**

מדובר בארגון מבנה הכח של המדינה כבר לא מדובר בבחירות של בעלי הדין איפה לדון אלא איפה המדינה בוחרת להפעיל את הכח שלה. הדין בוחר את הסמכות. הסמכות העניינית קבועה תמיד על פי הדין. מהעובדה שהדין הוא שקובע את הסמכות נגזרות מס' עובדות נורמטיביות:

* בעלי דין לא יכולים להתנות/להסכים על הסמכות העניינית.
* מאחר ומדובר בעניין של המדינה, המדינה לרבות ביהמ"ש יכול מיוזמתו לעורר את השאלה של סמכות עניינית. זה בניגוד לסמכות מקומית שאם לא עלתה הטענה אז מקבלים את הסמכות. כאן ביהמ"ש מעורר בעצמו את הטענה.
* בכל רגע של ההליך המשפטי ניתן לעורר שאלה של סמכות עניינית.
* ניתן לעורר את הטענה של סמכות עניינית גם בתקיפה עקיפה. נניח, בהוצל"פ יש פס"ד ואז אחד מבעלי הדין נזכר שלביהמ"ש לא היתה סמכות עניינית ומכאן שפסה"ד חסר סמכות.

בתי המשפט מבטאים עקרונות אלו באופן עקבי אולם, **למרות כל אלו הדין חווה שחיקה מתמדת של העקרונות**. דוקטרינה של סמכות עניינית מתמודדת עם אתגרים רבים ולעיתים נסוגה מפני אינטרסים/ערכים אחרים. החקיקה ובעיקר הפסיקה מוצאת דרכים להגמיש את התוצאות של הסמכות העניינית.

**למה יש סמכות עניינית?** לכאורה יכולנו ליצור בימ"ש אחד ולתת לו את כל סמכויות השיפוט "ביהמ"ש הכוללני". הלכנו על חלוקה של פיצול לפי סמכויות ענייניות מהטעמים הבאים:

* **מומחיות**- רלבנטי בעיקר בהבחנה שבין בתי משפט כלליים לבין הפורומים המתמחים: בימ"ש משפחה, עבודה וכו'. הטיעון הזה עובד פחות חזק כשמדברים על חלוקה בין בתי המשפט המחוזי והשלום לדוגמא.
* **היקף**
* **כשירות**
* **נראות**
* אולי פיצול שמטרתו להציף סוג מסוים של תיקים לציבור בכל מיני מקומות בלבד ולא צריך את שאר התיקים שיצופו. ניתן לבקר: אולי ניתן לדעת יותר דווקא מהתיקים הקטנים ולא מהגדולים- איפה המשפט האמיתי נמצא. אולי לנו כחוקרים קל לחקור את ההלכות של הערכאות הגבוהות. הגישה של כולנו לערכאות הגבוהות היא קלה יותר ויש לקחת בחשבון את הטענה המרכזית כי המשפט שאנו רואים הוא לא בהכרח המשפט האמיתי אלא משפט שהוא משוייף...

ראינו מס' שיקולים שהביאו לכך שיש מערכת מבוזרת גם בציר האנכי של שלום-מחוזי וזה הציר שבו נעסוק בעיקר.

כיצד יודעים היכן למצוא את הסמכות העניינית? **מוסדרת בחקיקה ראשית בשני סוגי מקורות:**

* **חוקים שעוסקים בהסמכות נקודתיות**- חוק בימ"ש לענייני משפחה, חוק לעניינים מנהליים. כלומר, עניינם ביצירת סמכות.
* **חקיקה כללית­** חוק בתי המשפט- סעיף 40 (עוסק במחוזי ) וסעיף 51 לחוק בתי המשפט (עוסק בשלום), חוק יסוד השפיטה, ס' 15 סמכותו של בג"צ.

**פס"ד חירות: הש' ברק:** עתירה לגבי פסילה של תשדיר בחירות. הטענה הייתה: בחוק הבחירות לכנסת כתוב באחת ההוראות שאין ביקורת שיפוטית על ההחלטות. ברק אומר הכל שפיט חוק יסוד השפיטה גובר על חוק הבחירות לכנסת וככל שהוא סותר את הסמכות של בג"ץ אז הוא אינו תופס בכלל ולכן אפשר לבקר החלטה שנלקחה בהתאם לחוק הבחירות לכנסת.

כשנרצה להגיש תביעה נשאל:

* 1. **למי יש סמכות?** נחפש חקיקה ספציפית מסמיכה. המבחן שהחוקים פועלים על פיו מבוסס על העילה או העניין. הפנייה בחוקי הסמכה ספציפיים בוחנים את העילה בגינו התביעה מוגשת.
	2. אם אין חוק ספציפי המפנה – פונים להסדר של בתי המשפט- **מבחן הסעד המבוקש:**
		1. האם התיק שייך לשלום, נפנה ל**סעיף 51 לחוק בתי המשפט**. המבחן איננו מבחן העילה אלא מבחן הסעד המבוקש. בימ"ש שלום מונה 4 ראשים עיקריים של סמכות:
			1. סכום התביעה: עד 2.5 מיליון
			2. שווי התביעה (גם אם לא נתבע בה כסף) עד 2.5 מיליון.
			3. תביעה בדבר חזקה (אחזקה) או שימוש במקרקעין.
			4. תביעה שכנגד באותה תביעה ולא משנה באיזה סכום. הסדר בתקנות שאומר שלאחר שתבעו אותי עליי להגיש כתב הגנה ואני יכול לצרף לתשובה כתב תביעה שכנגד. **חריג**: תביעה שכנגד בנושא אחר- רק אם אינה עולה על 2.5 מיליון. **דוגמא**: מישהו תבע אותי ואני מנצל ההזדמנות ומגיש תביעה שכנגד כאשר בנושא אחר שווי התביעה עולה על 2.5 מיליון **- לא ניתן מאחר ולא מדובר באותן נסיבות.** אולם אם היה מדובר באותו נושא והשווי היה עולה על 2.5 מיליון – ניתן להגיש תביעה שכנגד. לדוגמא: תבעו אותי בת"ד/גרימת נזק יש לי תביעה ביחס לאדם הזה על סך מיליון ₪. ניתן להגיש תביעה שכנגד גם אם לא מדובר באותן נסיבות.
			5. אם כל אלו לא מתקיימים –ממשיכים הלאה:
		2. אם התיק שייך למחוזי, נפנה ל**סעיף 40 לחוק בתי המשפט**- **עקרון הסמכות השיורית:**
			1. כל עניין אזרחי/פלילי שאינו בסמכותו של בימ"ש שלום.
			2. תביעה שכנגד בנושא שונה מהתביעה שבשלום אשר הסכום שלה עולה על 2.5 מיליון ₪.
			3. אם לא ניתן לשום את התביעה- הולכים למחוזי.

לסיכום:

תביעה מקורית 2 מש"ח🡨שלום

1. תביעה שכנגד (נושא אחר) על סך 1.7 מש"ח🡨שלום.
2. תביעה שכנגד (נושא אחר) על סך 3 מש"ח🡨מחוזי.
3. תביעה שכנגד (אותו נושא) על סך 3 מש"ח🡨שלום.

ניתן להגיש תביעה במחוזי בנפרד ואז יהיו 2 התייעצויות בנושאים שונים ולכן מערכת המשפט סטתה ממסלולה במטרה לאחד תובענות באותו נושא גם אם מדובר במעל 2.5 מיליון ₪ כאשר מדובר על אותו נושא.

תביעה מקורית 4 מיליון ₪🡨מחוזי. ס' 40 קובע כי המחוזי רשאי לדון בתביעות שכנגד-שאלת נושא התביעה איננה רלבנטית:

1. תביעה שכנגד 6 מיליון ₪🡨מחוזי
2. תביעה שכנגד בשווי 2 מיליון ₪🡨מחוזי

**הקשיים שמעוררת החזקה ושימוש 51 (3):**

**מבחן הסעד המבוקש**

סמכותו נקבעת עפ"י הסעד המבוקש בעת הגשת התביעה.

**פס"ד טובי נ' רפאלי**: (מחשבות): עובדות: טובי, בעלים של חלקת מקרקעין, חתם על הסכם עם קבלן לפיו הקבלן יבנה על החלקה בנין ובסיום הבניה יקבל טובי שתי דירות בבניין ויעביר את הבעלות בקרקע לקבלן, זאת בתנאי שהבניה תהא לשביעות רצונו (עסקת קומבינציה). להבטחת ביצוע ההסכם חתם טובי על ייפוי כוח נוטריוני בלתי חוזר הנדרש בעסקאות מסוג זה. בפועל נבנה אמנם הבניין האמור, אך טובי לא היה שבע רצון והגיש **לבית המשפט המחוזי** תביעה כנגד הקבלן. בתביעה עתר טובי לקבלת  **3 סעדים**: **1. ביטול ייפוי כח. 2. סילוק יד 3. פיצויים- מתחת לתקרה של המחוזי.**

המחוזי: עורר מיוזמתו את שאלת הסמכות העניינית וקבע **כי עניינה של התביעה הוא שימוש והחזקה מבקרקעין ולכן בית המשפט המחוזי אינו מוסמך לדון בתביעה לסילוק יד ולתשלום הפיצויים. אך מאחר ותביעות אלה שזורות בתביעות לסעד הצהרתי בדבר בטלות ייפוי הכוח, סעד אשר נמצא בסמכותו של המחוזי, אין אפשרות להעביר את התובענה כולה לבית משפט השלום. התוצאה היא מחיקת אותם סעיפים שאינם בסמכות ביהמ"ש המחוזי מן התביעה.**

**על החלטה זו ערער טובי לעליון.**

**השאלה המשפטית:** כיצד תקבע הסמכות העניינית- לפי הסעד הנתבע או לפי מהות הסכסוך?

הש' כהן: **הסמכות העניינית נקבעת על פי התביעה של התובע ולא על פי מהותו של הסכסוך.** אם למשל, בתביעה לשימוש במקרקעין מתגונן הנתבע בטענה שהוא בעל המקרקעין ועל כן הוא זכאי להשתמש בהם, ואילו התובע טוען שהוא בעל המקרקעין ועל כן אין לנתבע זכות להשתמש בהם, הרי על אף העובדה שהסכסוך האמיתי בין בעלי הדין הוא על בעלות במקרקעין, בית משפט השלום יהיה מוסמך לדון בתביעה כזו והיא לא תהיה בסמכותו של בימ"ש מחוזי. לפיכך, משבחר התובע להביא את תביעתו בפני בימ"ש שלום והסעד שאותו הוא מבקש הוא תביעה בעניין שימוש במקרקעין, **אין זה משנה מה הוא הסכסוך האמיתי שבין בעלי הדין והסמכות תיקבע לפי הסעד המבוקש.**

**לו היה התובע מבקש בתביעתו שביהמ"ש יכריז שכתוצאה מהפרת החוזה על ידי הקבלן בוטל החוזה כדין וכסעד טפל היה מבקש צו לסילוק יד, לא היה מקום לספק שהתביעה היא בסמכות המחוזי, אולם התובע בחר בדרך שונה לגבי הסעד שאותו הוא מבקש.**

**הש' בכור**: יכול להיות שבעולם מושלם היינו צריכים לשאול מהו הנושא העיקרי של התביעה אבל סעיף 51 נתון לפירוש אחרת ועדיף שנפנה לדרך שנותן פתרון יחסית חד בשאלת ביהמ"ש המוסמך. **הסמכות נקבעת על פי התביעה של התובע ולא לפי מהות הסכסוך. הולכים למבחן פורמאלי גם אם יודעים שמהותו דורשת התדיינות במחוזי. במקרה דנן, התובע הגיש תביעה לסילוק יד ומכח ס' 51 (3) הסמכות היא של בימ"ש שלום. כלומר שאם רוצה את שלושת הסעדים עליו לפצל.**

**דעת מיעוט (עציוני):** שאלת סמכותו של ביהמ"ש לדון בעניין כלשהו נבחנת ומוכרעת על ידי זיהויה ואיתורה של השאלה המהותית המצויה במחלוקת בין הצדדים. עניין הסעד המבוקש בתביעה אינו יכול לשמש גורם בלעדי ומכריע בשאלת סמכותו העניינית של ביהמ"ש לדון בסכסוך זה או אחר.

במקרה שלפנינו השאלה האמיתית המונחת ביסוד המחלוקת היא שאלה בדבר בעלות הנכס ושאר הסעדים הם טפלים. לפיכך, הסמכות לדון בעניין מסורה לביהמ"ש המחוזי, שיהא מוסמך לדון גם בעניין הפיצויים, כשאלה שבגררה, התעוררות אגב סכסוך הבעלות.

ההחלטה: **הערעור נדחה. הסמכות לדון בתובענה הייתה מסורה לביהמש שלום.**

יש כאן תכלית מסוימת: לא לתת לתובעים להסתיר את מהות הסכסוך ע"י ניסוח עקום של כתב התביעה. יש מצד שני גם פתח לכתוב תביעות איך שנוח מבחינת הסמכות.

לסיכום: אנו רואים כי הסמכות העניינית היא דבר שניתן להתפשר עליו תמורת הוודאות.

**מבחן הסעד המבוקש אומנם אמור לפשט את בחירת הסמכות אולם מעורר בעיות יישומיות:**

**בעיית השינוי על פני הזמן:** סמכות עניינית נקבעת בעת הגשת התביעה. הפסיקה התחבטה בשאלה מה קורה אם יש שינוי באופי התביעה תוך כדי ההליך. ראינו בסמכות מקומית /בינלאומית לא משנה. בהקשר של סמכות עניינית ביהמ"ש העליון יצר חריג שחשוב להכיר: **בסכסוך שנמשך ובו הנתונים העובדתיים לא בהירים ייתכן והסכום יתעדכן:**

**נזק מתמשך/ נזק לא גובש/ פלת"ד- תקנה 16 ג' לתקנות סד"א שאומרת שבתביעות נזקי גוף לא צריך לציין את הסכום משום שיש הסדר מובנה של הערכת מומחים תוך כדי ההליך.**

**הסכום הגיע תוך כדי ניהול ההליך המשפטי (הערכת מומחה) לסכום העולה על 2.5 מש"ח 🡨נעביר מהשלום למחוזי:**

**פס"ד ספקטור:**  תביעה של פיצויים בגין נזקי גוף שהוגשה לשלום ההערכה הייתה שהסכום יהיה מתחת לסכום של 2.5 ותוך כדי בירור המומחים הרפואיים התברר כי הסכום עולה מעל התקרה ואשר שייך לסמכות השיורית של בימ"ש מחוזי. **העליון: למרות שאמרנו שהסמכות נקבעת עפ"י הסעד המבוקש בעת הגשת התביעה, ביהמ"ש יאפשר את תיקון כתב התביעה ויעביר את התביעה למחוזי באמצעות ס' 79 א לחוק בתי המשפט.**

**הסכום תוך כדי ניהול ההליך המשפטי התברר כנמוך מ2.5 מש"ח🡨 נשאיר במחוזי.**

**פס"ד רובי נ' אפלבוים:** התעוררה **שאלה הפוכה.** כתב תביעה מתוקן בעת ההליך באופן שיורד מתחת לתקרה. הש' **ריבלין:** ספקטור היה חריג ספציפי להסדר ואינו עובד בכיוון ההפוך. **מחוזי קנה את הסמכות והסמכות נשארת גם אם הסכום ירד.** ההיגיון מאחורי זה: מגיש במחוזי תביעה של 5 מיליון ובימ"ש משתכנע כי תביעתי נכונה ואני זכאי רק ל2 מיליון ₪ המחוזי וודאי יכול לפסוק מתחת ל2.5 מיליון. כלומר באופן נפוץ המחוזי יימצא את עצמו פוסק מתחת ל2.5 מיליון ₪ ואילו השלום לא ימצא עצמו פוסק מעל 2.5 מיליון.

**תביעת בעלות (מחוזי) אשר שונתה לסעד של החזקה (שלום)🡨אין פסיקה:**

**אולם אם התביעה המקורית הוגשה על בעלות ורוצים לשנות אותה לסעד של החזקה- האם עדיין היו משאירים במחוזי?** לפי הרציונאל של הש' ריבלין בפס"ד רובי ייתכן והתביעה תישאר במחוזי אולם אם נסתכל על נושא המומחיות ייתכן ונעבירה לשלום. אין פסיקה בנושא.

**מה קורה כשהתביעה כוללת גם סעדים השייכים לשלום וגם סעדים השייכים למחוזי? מפצלים:**

למשל: 10 מש"ח + בקשה לסילוק יד מנכס שכור.

* אופציה א': דעת המיעוט של עציוני בפס"ד טובי נ' רפאלי: הולכים לפי המבחן המהותי – זיהויה ואיתורה של השאלה המהותית המצויה במחלוקת בין הצדדים.
* אופציה ב': **המבחן כיום**: הוא "מבחן הסעד המבוקש" ומכאן הסתירה:

**פס"ד לוי נ' עקריש: קובע כי יש לפצל.** ההלכה המקובלת: על התובע להגיש 2 תביעות במקביל. בתי משפט לעיתים ממתינים להכרעה בתיק המקביל ויש פתרונות אפשריים נוספים.

**דוגמא נוספת לפיצול: פס"ד הפדרציה הישראלית נ' שוורץ**: **כבולים ללוי נ' עקריש. בקשה לפיצויים + צו מניעה.** בעקבות פס"ד פדרציה ס' 40(4) לחוק בתי המשפט המחוקק מגיב לפעולת הלובי של חברות התקליטים ויוצר הסדר מיוחד לתביעות קניין רוחני. מצבים של צו מניעה בקניין רוחני גם אם בקשת הפיצוי נמוכה ניתן לצרף את שניהם ולדון במחוזי.

**ההלכה של לוי נ' עקריש מעוררת קושי והפסיקה מנסה להתמודד עם הקושי בהקשרים מסויימים:**

**סעד טפל- דוקטרינה שפותחה כדי להקל על הצורך לפצל "הטפל הולך אחר העיקר". פס"ד קלקודה:** מצב שבו יש מספר סעדים ואחד הסעדים הוא נגזר מן הסעד הראשי/העיקרי . ביהמ"ש אשר מוסמך לדון בסעד העיקרי קונה סמכות להכריע גם בסעד הטפל. כיצד נדע מהו הסעד הטפל? שאם אני נותן את הסעד העיקרי, הסעד הטפל יינתן ממילא ולא יחייב בירור עצמאי. אולם אם כל אחד מהסעדים מברר בירור עצמאי הרי שאינם טפלים ויש לפצל. למשל: בפס"ד פדרציה דרשו פיצויים + צו מניעה. בשביל שאהיה זכאי לפיצויים עליי לברר איזה נזק נגרם לי. וכדי לקבל צו מניעה- יש לבחון אם הופר חוק. שני הסעדים סביר להגיד שאינם טפלים אחד לשני.

דוגמאות לטפלות (מתוך פס"ד קלקודה):

* **טפלות של חזקה בבעלות**- שאלה של מיהו בעלים של נכס מסוים והנתבע הוא זה שמחזיק את הנכס והתובע רוצה שיקבע שהוא הבעלים. אם ביהמ"ש יכריע שהבעלות שלך ממילא את זכאי לחזקה. **הגשת תביעה לבעלות וחזקה תוגש לבימ"ש מחוזי למרות שהחזקה שייכת לשלום.**
* **שכירות ארוכת טווח**- דרישה לרישום בטאבו מעל 10 שנים. אם אני רוצה להגיש תביעה- סעד לאכיפת חוזה שכירות בן 15 שנה + צו לבעלים שירשום את השכירות במרשם. הצו לרשום שייך למחוזי מתוך סמכות שיורית אבל שכירות זה החזקה ושייך לשלום. **יש להגיש לשלום תביעה לאכיפת חוזה השכירות (החזקה) וצו הרישום ייגזר מכך ולכן ילך לשלום.**
* אופן ניסוח התביעה והסעדים ישפיעו על החלת הלכת הסעד הטפל.

במפגש הבא נשלים את סמכות עניינית לקרוא פריטים 2 (ב) מה שנשאר ונתחיל את מעשה בית דין 2 (ג) – 1-4 רסקי, אריה ויינשטין ובדר.

12/12/11

**דוח ועדת אור** (1997): מאז שדוח זה פורסם, הנטייה במערכת הייתה כי הוא הולך להיות מאומץ, אולם בפועל החקיקה המלאה שלו התעכבה. יש התייחסות לזה בחקיקה ובפסיקה.

המהלך העיקרי של דוח ועדת אור: מדבר על הפיכת המחוזי לבימ"ש שכמעט באופן בלעדי יהפוך לערעורים ואז ביהמ"ש השלום יהיה ערכאת הדיון העיקרית. החלוקה בין השלום למחוזי בדוח הנ"ל שיקפה את התפיסה של אז המדברת על פער ענייני ומהותי בין הערכאות הללו וכשירותם. ביהמ"ש העליון גם אמור ליהנות מזה- הוא אינו ערכאת ערעור בזכות, והתיקים שיגיעו לעליון מלבד בג"ץ יהיו תיקים של ערעור בגלגול שני- ברשות והעליון יוכל לסנן את התיקים.

הנשיאה בייניש הייתה עם ספקות לגבי התוכנית והחליטה לשמר את הערכאות אולם דו"ח ועדת אור בעל משקל והוא שיקף תפיסה רווחת לגבי כך שההבחנות בין השלום למחוזי ראוי שתיחלשנה.

דיברנו על מבחן הסעד המבוקש, מנגנונים לפתרון במידה ומדברים על מספר סעדים- העיקר הולך אחר הטפל , ראינו את הקושי וכעת נדבר על מנגנון נוסף:

דוקטרינה שיש בדין המאפשרת לבימ"ש חסר סמכות לדון בשאלה שמחוץ לחוסר סמכותו:

**סמכות נגררת**

מעוגן בסעיף 76 לחוק בתי המשפט:

***"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."***

בד"כ תביעה אזרחית לביהמ"ש למשפחה תגרור את שאלת המעמד האישי- נשואים/לא נשואים. כנ"ל בסכסוכי ירושה, קביעת הורות. ס' 76 מתיר לביהמ"ש להכריע גם בשאלות הנלוות רק לצורך אותו עניין (ההחלטה לא תהווה הכרעה לשאלות אחרות בהמשך אלא רק לעניין הנדון באותו משפט). ההיגיון: לא לעכב הליכים. למנוע הליך אבעיה[[1]](#footnote-1)- פורום אחד שואל פורום אחר שאלה ואז ימשיך בהליך על פי התשובה של הפורום האחר.

יש נטייה להתבלבל בין סמכות נגררת לבין הסעד הטפל: בהלכת הסעד הטפל נותנים תוצאה לתובע וביהמ"ש פוסק בעניינים שמחוץ לתחום סמכותו. **לעומת זאת** בסמכות נגררת כל הסעדים הינם בתחום סמכותו בפסה"ד אנחנו נראה קביעה ולא צו.

**פס"ד אלטשולר נ' וייל:** מה הנפקות בהחלטה אגבית כאשר היא מתעוררת בפס"ד שני. האם הקביעה בהליך אחד יוצרת מעשית בית דין בהליך הבא? נוסח סעיף 76 רומז לנו שאין מדובר במעשה בית דין. בפס"ד חשים במתח בין שלום למחוזי ונותנים תשובת ביניים: נכון שלא ניתן לחמוק מנוסח הסעיף אולם הכרעה אגבית אחת כן תחייב בהחלטה אגבית אחרת. ביהמ"ש אומר כי **הכרעה אגבית בהליך אחד מקימה מעשה בית דין לגבי הכרעות אגביות אחרות**- החלטת השלום תחייב אותו אם הוא יידרש להכרעה אגבית שוב, ואילו אם השאלה תתעורר כשאלה ראשית בבימ"ש מחוזית- ההכרעה האגבית לא תחייב. **וזו ההלכה כרגע.**

**ועדת אור הציעה פתרון ביניים**: כל עוד לא הכל מועבר לשלום לפחות נקבע שהחלטה של השלום מחייבת את המחוזי ולהיפך. ביחסים שבין שלום למחוזי הכרעה אגבית תיצור מעשה בית דין בהחלטה עיקרית בהליך אחר.

* יש לשים לב, כי לא מדובר על היחסים בין בתי משפט כלליים למיוחדים: ביחסים שבין בתי משפט כלליים לבין בתי משפט מיוחדים- החלטה אגבית לא תעמוד.

**טשטוש נוסף בגבולות הסמכות העניינית: סמכות ביחס לתביעה שכנגד** (ראי שיעור קודם).

נוסח סעיף 51 ביחס לסמכות, אומר לגבי ביהמ"ש השלום, כי תביעה שכנגד- באותו נושא, אותן נסיבות – **יהא שוויו אשר יהא..**.עולה השאלה- האם מדובר רק בתביעות כספיות ורק בהיבט השווי?

**פס"ד 289/65 רובינשטיין נ' רון**- התעוררה שאלה בנוגע לפירוש של ס' 51 הוצעה פרשנות: ביהמ"ש השלום מוסמך לדון בתביעה שכנגד רק בהיבט השווי- תביעה מעל 2.5 מיליון/או החזקה במקרקעין. נשאלה השאלה האם יכול לדון גם בתביעות אחרות למשל בעלות במקרקעין? הוחלט שגם בתביעות שבסמכות המחוזי במידה ומדובר בתביעה שכנגד **רשאי ביהמ"ש השלום לדון גם אם לא מדובר בתביעה שבתחום סמכותו.**

**כלומר אם צד מחליט להגיש תביעה שכנגד בבימ"ש שלום אשר כוללת תביעת בעלות 🡨 למרות שתביעת בעלות היא בסמכות שיורית של המחוזי, היות ומדובר בתביעה שכנגד- בימ"ש שלום יהא מוסמך לדון.**

**פס"ד עזבון נאסר נ' קק"ל: בייניש: 22/08/11.** עוסק בנושא של סמכות בימ"ש שלום בתביעה שכנגד דיון בסיסי בנושא הזה. העליון מפרש את "אותו נושא"- **עד כמה התביעות צריכות להיות קרובות זו לזו?** ביהמ"ש מאמץ מבחן צר- צריכה להיות **זיקה חזקה בין שתי התביעות** כדי שתהיה סמכות לשלום לדון בשתי התביעות. רואים פה הליכה מעט נגד הזרם. בייניש טוענת שהתביעות "צריכות להיות קשורות בטבורן...ככל שיש בהן פער גדול יותר ככה ניטה לקבוע שלא מדובר באותו נושא וכך לא נאפשר לשלום לדון בהם."

**מנגנון שהפסיקה פיתחה והוא מכרסם בהפרדה בין המחוזי לשלום: סעד בשל חוסר סמכות**

*7****9. (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.***

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

**פרשנות סעיף 79(ב) עניינו סעד בשל חוסר סמכות** **מה עושה בימ"ש שמגלה שאין לו סמכות לדון בתיק? מי מעורר את הטענה:** הנתבע/ ביהמ"ש עצמו. תקנה 101 (א)(2) לסדר דין האזרחי קובעת עקרון כללי ביהמ"ש שמוצא שהוא חסר סמכות מוסמך לדחות את התביעה על הסף. התקנה אינה עוסקת אך בסמכות עניינית אלא נכון גם לגבי סמכות מקומית ובינלאומית. תקנה 101 (ב) מפנה לסעיף 79 (א) לחוק בתי המשפט ואומרת שיש חלופה לדחייה על הסף והיא: להעביר את ההליך לבימ"ש שיש לו סמכות. התקנה עצמה קובעת שאם יש פורום אחר עדיף להעביר את התביעה מאשר לדחות אותה על הסף.

**מה קורה אם ביהמ"ש אליו הועבר מגלה שגם הוא חסר סמכות?** קורה בד"כ שביהמ"ש הראשון מגלה שאינו בעל סמכות מקומית והוא מעביר אוטומטית ואז ביהמ"ש שאליו הועבר מגלה שהינו חסר סמכות.

ביהמ"ש קבע בפסיקה באופן ברור עצם העברת התביעה מקנה לך סמכות. פס"ד קלקודה, פס"ד שור נ' בן יקר גת: לא יעבירונו עוד כלומר **ביהמ"ש הנעבר קונה סמכות ואין זה משנה**. הש' שלמה לוין מצטט את ועדת אור בפסק דין ואומר שהפער בין השלום למחוזי לא כל כך גדול ומכאן שלא קרה כלום אם תיק מגיע לבית משפט שאינו בסמכותו.

ניתן לערער על ההחלטה ולבקש להעביר.

* הסעיף מדבר גם על בתי דין וגם על בתי משפט אולם המעביר צריך להיות בית משפט והבימ"ש אליו יועבר יכול שיהיה בית דין או בימ"ש.

גם **עקרון תוה"ל** משחק תפקיד הממתן את העוצמה של הסמכות העניינית: לכאורה על פי העקרון הבסיסי ניתן לעורר טענה של חוסר סמכות בכל שלב אבל בתי המשפט חשים שהתנהגות אופורטיוניסטית במצב כזה מעוררת שאלה של חוסר תום לב. אחת האמירות : **הש' בייניש בפס"ד אלעוברה:** מדברת על כך שאם נזכרים להעלות את הטענה אך בערעור – חוסר תום לב ואין לקבל את הטענה. בהחלטה של **השופט טירקל בפס"ד כלפא:** רואים שהנטייה הופכת להלכה. הש' טירקל בפס"ד כלפא: **לאחרונה מתחזקת המגמה לא להיזקק לטענות של חוסר סמכות עניינית הנטענות באיחור רב זה שיהוי וזה חוסר תום לב.** מדיניות ראויה מחייבת למנוע התרוצצות מערכאה לערכאה. ייתכן וטענה מהסוג הזה תתעורר בשלב מאוחר יותר ואז יהא על הטוען להראות שטוען בתום לב וכי הטענה עלתה באמת בשלב מאוחר יותר.

מקרה אחרון להמחשת תפיסת היחס בין הערכאות בנושא ההחזקה והשימוש במקרקעין:

הבחנה בין החזקה ושימוש במקרקעין בין מחוזי לשלום בענייני מקרקעין. **הלכת שמש** מ1959: **שמש נ' מפעל המים**: **כאשר הסעד המבוקש הוא סעד של הריסה של מקרקעין** , היא איננה החזקה ושימוש, אמנם לא בעלות אבל סמכות המחוזי היא שיורית ולכן דבר כזה יהיה בחזקת המחוזי.

**ואולם-**

**פס"ד ג'מיל נ' לוי:** **עובדות** (מחשבות): הצדדים הם בעלים במשותף של מקרקעין שבהם כל אחד מהם מפעיל חנות. לוי בנה פרגולה מול חנותו בלי היתר בנייה כדין ובלי לקבל את הסכמת יתר בעלי המקרקעין וג'מיל הגיש תביעה לביהמ"ש המחוזי בטענה שלוי גורם לו נזק כספי, ומעשיו עולים לכדי **מטרד ליחיד**. ביהמ"ש המחוזי העביר את הדיון לבימ"ש שלום בהיות הסכסוך נוגע לשימוש במקרקעין. לטענת ג'מיל הואיל והסעד המבוקש הוא הריסת הפרגולה, אין מדובר בתובענה בעניין "שימוש במקרקעין" שהסמכות לדון בה היא בבית משפט שלום.

**השאלה המשפטית:** איזה בימ"ש מוסמך לדון בתובענה להריסת הפרגולה? שלום.

**ביהמ"ש העליון (ריבלין):** ביהמ"ש שלום מוסמך לדון בתביעות בדבר חזקה או שימוש במקרקעין או בדבר חלוקתם או חלוקת השימוש בהם, לרבות תביעות הכרוכות בהן שעניינן חזקה או שימוש במיטלטלין, יהיה שוויו של נושא התביעה אשר יהיה. **לעניין הצירוף "שימוש במקרקעין" נפסק כי פירושו תביעה לשימוש תוך שמירה על גוף הנכס. עם זאת, נפסק כי תביעה שעניינה עוולת המטרד ליחיד, עוולה שהאינטרס המוגן על ידיה הוא זכות השימוש הסביר של אדם בנכסו, היא תביעה בדבר שימוש במקרקעין. בית המשפט העליון חזר והבהיר כי הסמכות לדון בתובענה בגין מטרד ליחיד כאשר מתבקש סעד שמטרתו הסרת המטרד נתונה לבימ"ש שלום.** במקרה דנן, תביעתו של ג'מיל מבוססת על עוולת המטרד ליחיד, והוא מבקש שמטרד זה יוסר. זוהי תביעה בדבר השימוש במקרקעין, ועל כן היא בסמכות בית משפט השלום, לפיכך אין חשיבות לעובדה שהסעד המבוקש הוא צו הריסה. **ההחלטה: הערעור נדחה.**

עוד אומר ריבלין: אולי פעם חשבנו כי על שופטי המחוזי לדון בענייני הריסה בגלל מומחיותם. אולם **כיום, כשבתי משפט השלום מומחים לדון במיליוני שקלים, אין שום סיבה וקשה לומר שאין להם סמכות עניינית בכשירותם לדון בהריסה של פרגולה אחת**. ולכן, אם יש דוקטרינה שבגלל הריסת הפרגולה מובילה לדיון במחוזי- אז יש בעיה בדוקטרינה כי אין הגיון בכך. **אומר ריבלין עוד**- כי המטרה היחידה של דיני ההחזקה והשימוש זה לשגע את בתי המשפט ללא כל תפקיד אחר ואנו עדיין כבולים בהם (טובי נ' רפאלי) – מה שאנו יכולים לעשות זה לתת החלטות מהסוג הזה.

הבעיה האמיתית בתיקי מקרקעין היא שתמיד עולות שאלות לעניין הערכאה. ריבלין סבור כי אין חשיבות לכך שהסעד המבוקש הוא הריסה. השאלה היא שאלת התוכן המהותי של הסכסוך ובמקרה הזה הוא שימוש- מטרד ליחיד ולכן עליו לידון בשלום.

**למרות הלכה זו-** טובי נגד רפאלי עדיין ההלכה והאבחנה עדיין קיימת כי מדובר במצב נקודתי. ביהמ"ש עדיין מציית לאבחנה של טובי נגד רפאלי. ההחלטה של ריבלין ע,פ לשונה עוסקת בנסיבות הספציפיו של מטרד ליחיד בשילוב עם בקשה לצו הריסה וזהו מקרה ייחודי. **אולם הוא משקף משהו במגמת בתי המשפט יחד עם וועדת אור העומדת ברקע.**

**דיני הסמכות והפרקטיקה:**

**דיני הסמכות העניינית בעינם עומדים, והחשיבות הגדולה איתם היא פרקטית אסטרטגית עבור עורכי הדין.** דינים אלו נותנים לנו הנחיות איך לנהוג בעיקר בשלבים הראשונים של ההליך:

1. **על התובע** ללמוד לאן להגיש את התביעה בגדרי סדרי הדין כך שהאינטרסים של הלקוח שלו יקבלו את הביטוי הטוב ביותר, תוך צמצום סיכוני הטענה של חוסר סמכות. שהרי לנתבע ברוב המקרים, יהיה לו אינטרס לעורר טענה של חוסר סמכות ןכל דחייה בניהול ההליך מיטיבה עימו ו**מוסיפה לו זמן וכלי במו"מ.**
2. **לנתבעים** חשוב לדעת את הדין כדי לדעת מתי לעורר את הטענה? האם לעורר? מתי מאחור מדי ויש חוסר תו"ך.

לבעלי הדין אינטרס לשמר את הכלי הזה. המדינה לעומת זאת, שוחקת את האבחנות הללו ופחות מתרשמת מהטענות של חוסר סמכות. יש התייחסות של עניין זה בעיקר כמנגנון לניצוב תיקים ופחות מתייחסת לאבחנה בין סוגי כשירות שונים.

**ההיבטים שאפיינו את עוצמתה של חוסר הסמכות נשחקים מאחר וראינו כי צריך לעורר את הטענה כמה שיותר מוקדם שיהוי יכול להיחשב כחוסר תום לב.** אנו רואים זאת גם בהקשרים אחרים במשפט.

לדוגמא: **בטלות יחסית**: לא כל מצב שפעולה מנהלית פסולה עפ"י המשפט המנהלי הדבר יוביל לבטלות של הפעולה המנהלית. גם אחרי שזיהינו פגם לביהמ"ש נתון שיקול הדעת לקבוע מה ההשלכה של אותו פגם. למשל, אם הבטלות יגרום להפסד יכול ביהמ"ש להחליט החל ממתי הוא מבטל את אותו פגם. בהקשר שלנו, כנ"ל, השאלה של היעדר סמכות עניינית אינה בהכרח מפקיעה את סמכותו של ביהמ"ש אלא משאירה לשיקול דעתו של ביהמ"ש.

**נקודה אחרונה בנושא השחיקה במעמד הסמכות העניינית** :יש כאלו המבקרים את השחיקה לא מטיעון של כשירות אלא באמצעות טיעון התרבות המוסדית: אם נבחן שופטי מחוזי ושלום הם אינם שונים וכשירים לדון בשלל התביעות. אולם אם נכנס לדיונים בערכאות השונות, ניתן לראות פערים תרבותיים באופן שבו המוסדות מתנהלים: מחוזי ת"א לעומת שלום עכו. בגלל שהשלום פזור יותר על פני הרבה מקומות הם בד"כ יחידות קטנות מאופיינות בשחקנים חוזרים מכל הצדדים: פרקליטים, עורכי דין ושופטים ויש תרבות מקומית שנראית. ככל שהתרבות המוסדית הוא משהו שאנו רוצים לטפח הרי שההבחנה בין מחוזי לשלום מוצדקת. כך למשל בי"ד עבודה מוצג בצורה מסויימת יש נציגים המסייעים לציבור כלומר הוא עוצב מלכתחילה באופן שונה.

המשך פרק שני בסילבוס, הגישה לבימ"ש: המשך- החסמים שהמשתמש צריך לצלוח כדי להיכנס להליך משפטי. חסם דוקטרינארי נוסף (שני):

**"מעשה בית דין"**

שני סוגים עיקריים:

* + - * 1. השתק עילה
				2. השתק פלוגתא

הוא אינו עקרון חקוק, יש התייחסויות מסוימות בדוקטרינה, התקנות מכירות בקיומה אבל המקור שלה הוא במשפט המקובל. המשמעות המעשית- כפוף לעקרונות של הצדק ותום לב להבדיל מהדוקטרינה הקודמת המעוגנת בסעיף, מעשה בי"ד הוא כולו עשוי מעקרון של תום לב הגינות וצדק.

**הרעיון הבסיסי שבו עוסקת הדוקטרינה**- הרעיון של סופיות הדיון. למנוע הליכים ארוכים ומתמשכים הניתנים לשינוי. נעסוק בשאלה מהי השפעה של משפט 1 על משפט 2. ונשאל עד כמה מה שקרה במשפט 1 יכול לחסום את הגישה למשפט 2?

הגדרה כללית אפשרית: מתוך ספרה של נינה זלצמן על מעשה בית דין: ***"משנתן בימ"ש מוסמך פסק דין סופי בהתדיינות כלשהי פסק הדין הזה מקים מחסום דיוני אשר מונע התדיינות נוספת בין אותם בעלי דין או חליפיהם (הנכנסים בנעליהם) בנושא או בשאלה שהוכרעו בפסק הדין".***

יש מספר מושגים נוספים שנעשה בהם שימוש אשר מדברים על מעשה בית דין: "מניעות", RES JUDICATA (=דבר שכבר נשפט), PRECLUSION (=ביטוי אמריקאי), ESTOPPEL.

הצדקות לדוקטרינה:

* חסכון בעלויות.
* צמצום פסיקות סותרות
* רכישת אמון הציבור.
* הגינות
* חירות- קיבלתי סעד והזכות שקיבלתי אמיתית והמשפט פעל. אם יהיה אפשר לפתוח את השאלה שוב הזכות שלי פגומה ואני לא ארגיש כי המשפט אכן פעל לטובתי. דומה לסיכון כפול במשפט פלילי- תפיסת זכויות שאומרת שאם המשפט הקנה לך משהו אז הוא שלך.

**פס"ד ולסקי:** עוסק במעשה בית דין . אין זה מקרה קלאסי של מעשה בית דין הופנינו לדיון עקרוני ונוח לקרוא ממנו את העקרון. הש' אור מדגיש בדיון: עקרון מעשה בית דין איננו עקרון מוחלט. הוא נועד לקדם טעמי צדק ולכן הוא גם יכול להידחות מטעמי צדק אחרים. **מונה מקרים המצדיקים בסטייה ממעשה בית דין**: שינוי הדין, גילוי ראיות חדשות, שינוי האקלים המשפטי ועוד. כלומר רומז שיש סיכויים לסטות ממעשה בית דין במקרים מסויימים והדוקטרינה אינה הרמטית.

המחסום הינו דיוני ולא מהותי וכמו שדיברנו זהו מנגנון שניתן לוותר עליו. **בשביל שבעל דין יוכל ליהנות ממנו עליו לעורר אותו בהזדמנות הראשונה**. יש לטעון מעשה בית דין באפשרות הראשונה במשפט השני.

**השתק עילה** אומר כי לא ניתן לעורר במשפט השני עילה שנתבעה ונסתיימה במשפט הראשון.

כאשר התביעה נידונה לגופה והוכרעה על ידי בית המשפט המוסמך- אין להיזקק לתביעה נוספת בין אותם צדדים או חליפיהם, כאשר זו מבוססת על עילה זהה. הרעיון העומד מאחורי הכלל מעוגן בשני שיקולים עיקריים (פס"ד וילסקי): 1. הפעלה יציבה של מערכת המשפט ומניעת הכרעות סותרות העלולות לפגוע ביציבות המשפט. 2. שיקול של צדק לפיו אין להטריד בעל דין על ידי התדיינות חוזרת בעניין שכבר נפסק. התנאים לתחולה הכלל של השתק עילה : 1. מדובר בעילה זהה- עילה בהקשר זה היא כל מסכת העובדות שעומדות מאחורי הדיון המשפטי והמבחן הוא האם יכול היה התובע לרכז את העובדות בתביעה אחת. העיקרון של השתק עילה יחול גם אם שתי התביעות מבוססות על עילה שהיא רק זהה ביסודה, אפילו אם בתביעה המאוחרת יותר נכללים פרטים ומרכיבים שלא פורטו בתביעה הקודמת 2. הייתה הכרעה לגופו של עניין בתביעה- מחיקת התביעה אינה יוצרת מעשה בי"ד ואין שום מניעה להגיש תביעה מחדש. דחיית התביעה מהווה מעשה בית דין ויוצרת השתק עילה . 3. יש זהות בין בעלי הדין או חליפיהם.

**השתק פלוגתא** לא עוסקים בעילה שעומדת בבסיס העילה אלא בשאלה עובדתית המעניינת את הצדדים גם במשפט השני. יכולה להיות שאלה של אחריות, קיומו של חוזה- האם נכרת בין הצדדים. המשפט השני יתנהל על בסיס ההנחה שמה שהוכרע במשפט הראשון הוא נכון.

 כאשר במשפט אחד הועמדה במחלוקת שאלה עובדתית או משפטית מסוימת, שהיתה חיונית לתוצאה הסופית, והיא הוכרעה שם במפורש או מכללא, יהיו אותם בעלי הדין וחליפיהם מושתקים מלהתדיין לגביה מחדש במשפט השני, חרף אי הזהות בין העילות. התנאים לקיומו של השתק פלוגתא: 1. מדובר בממצא חיובי להבדיל מממצא של חוסר הוכחה- במחלוקת עובדתית יש צורך בהכרעה פוזיטיבית במפורש או מכללא. במחלוקת משפטית די בממצא שלילי כדי לבסס השתק פלוגתא. 2. ההכרעה הייתה חיונית לתוצאה הסופית- כאשר יש שתי עילות תביעה/הגנה חלופיות- אם השופט פסק ביחס לאחת בלבד- אין השתק פלוגתא לגבי השנייה. אם השופט פסק ביחס לשתי העילות- אם כל אחד מהממצאים היה מספיק לכשעצמו להביא להכרעה- שניהם יוצרים השתק פלוגתא. אמרת אגב של שופט- אינה יוצרת השתק פלוגתא. 3. מדובר באותם בעלי דין או חליפיהם- הפסיקה הרחיבה את תחולת הכלל של השתק פלוגתא גם למקרים בהם אין זהות פורמלית בין הצדדים, אך קיימת זהות אינטרסים: א. עובד ומעביד- כאשר אדם הגיש תביעה נגד עובד בגין מעשה נזיקין ולאחר מכן תביעה נגד המעביד באחריות שילוחית- חל הכלל של השתק פלוגתא, למרות שהמעביד לא היה צד להליך נגד העובד. ב. הצדדים בעלי שני חוזים זהים- כאשר שאלה בעניין פרשנות חוזה הוכרעה בתביעה שבין המדינה לחברה א', ולאחר מכן התעוררה שאלה זהה בתביעה שבין המדינה לחברה ב' (שני החוזים הם זהים)- נקבע שחל הכלל של השתק פלוגתא לגבי המדינה שהיתה צד לשני ההליכים. ג. מבוטח וחברת ביטוח- כאשר ניתנה הכרעה בתביעה שבין חברת הביטוח למזיק ולאחר מכן הוגשה תביעה על ידי המבוטח (הניזוק)- חל הכלל של השתק פלוגתא. ד. שולח ושלוח- טענת השתק פלוגתא יכולה להישמע הן מפי השולח כאשר היתה הכרעה במשפט בו השלוח היה בעל דין והן מפי השלוח כאשר היתה הכרעה במשפט בו השולח היה בעל דין. ה. חייב ומשפה מכח חוזה- משרד הבריאות תבע מאישה חוב. בהסכם בין הבעל לאישה נקבע שהבעל ישלם את החוב, אם יוכיח קיומו. ניתן פסק דין שחייב את האישה בתשלום החוב והבעל עתר לביטולו. נפסק שפסה"ד נגד החייב שניתן בהליך שהמשפה ידע על קיומו והמשפה לא הצטרף להליך, מחייב גם את המשפה והוא לא יוכל לפתוח את הדיון מחדש בשאלת חבותו של החייב. ו. מעביד והמוסד לביטוח לאומי- כאשר נדחתה טענת עובד בתביעה שהוגשה נגד המוסד לביטוח לאומי, נקבע כי מעבידו רשאי, עקרונית לטעון טענת השתק פלוגתא כאשר הוא נתבע על ידי העובד באותו עניין. במקרה זה נדחתה הטענה עקב הודאת בעל דין שמסר המעביד, ובה הודה בטענת העובד אשר נדחתה בהתדיינות עם המוסד לביטוח לאומי.

**מי רחב יותר?** קשה להגיד. במובן מסוים השתק עילה נחשב "מעשה בית דין" רחב יותר אין עילה- המשפט הסתיים. במובן אחר השתק פלוגתא יכול להתעורר בתביעות שאין ביניהן זהות בין העילות. אין רחבה יותר, כל אחת פועלת במישור אחר.

**מה צריך להתקיים כדי שכל אחת מהחלופות תתקיים, 3 תנאים הכרחיים:**

1. **בימ"ש מוסמך**- מתוך דיני הסמכות ניתן להבין כי הסמכות הקריטית היא העניינית. (בבואו לעשות שימוש בהשתק מסוים, ידון ביהמ"ש השני בסמכותו של ביהמ"ש הראשון במשפט הראשון. במידה וביהמ"ש השני יגיע למסקנה שבמשפט הראשון לא היה לביהמ"ש סמכות עניינית לא ניתן יהיה לעשות שימוש בהשתק וזו בעצם תקיפה עקיפה).
2. **פס"ד סופי**- ביהמ"ש שנתן אותו לא יכול לשנות אותו. (חלוט זה פס"ד שאף אחד לא יכול לשנות אותו, למשל פס"ד בערעור).
3. **זהות הצדדים**- עקרון ההדדיות. עקרון של הגינות דיונית. לא נאפשר לבעל דין אחד לטעון טענת השתק נגד בעל דין אחר אלא אם בעל דין הטוען את הטענה היה מוחזק בכלל ההשתק בדיון הקודם. למשל**:** אני יכול להשתיק מישהו רק אם אני מוכן לקבל את זה שאם אני הייתי בצד השני הוא יכול היה להשתיק אותי. התפיסה הורחבה וכיון זהות הצדדים תקפה גם לגבי לצדדים שיש ביניהם זהות אינטרסים מובהקת, קרבה משפטית. מוריש ויורש , מוכר וקונה. למשל: שני חלקות קרקע ובעלים א וב מנהלים סכסוך לגבי מיקום הגדר בין שתי החלקות נניח וב זוכה בתביעה וניתן צו והגדר עומדת במקומה. ב מוכר את הקרקע לג. לכאורה א יכול לטעון זהות הצדדים ולהעלות את שאלת הגדר בשנית אבל זה לא נשמע סביר. במצבים כאלה אם ג' נכנס לנעליו של ב' זהות הצדדים נשמרה והאינטרס המשפטי שבשמו נוהל ההליך עומד על תלו. כנ"ל לגבי מוריש ויורש. **פס"ד אריה נ' סקום:** הפעולה של להיכנס בנעלי יכולה לפעול לרעת הצד השלישי וזה כאשר במשפט הראשון ב הפסיד וג' מוחזק בכשלונות של ב'.

**\*התנאים דלעיל מתייחסים כמובן למשפט ה-1 והתנאי ה-3 למשפט ה-1 וה-2.**

**תנאים נוספים שמייחדים כל אחד מההשתקים**

**26/12/11**

1. **זהות העילה:** העילה מבטלת את הזכות שיש לתובע. השתק עילה היא באופן טיפוסי טענה שמתעוררת ע"י נתבעים.

נסיבה טיפוסית: שינוי נסיבות, ערכאה שונה, פיצול סעדים- לעיתים עילה אחת יכולה להצמיח יותר מסעד אחד.

**הבסיס החוקי להשתק עילה:**

בחקיקה אין סעיף השתק עילה מפורש אולם יש סעיף המבטא את הרעיון והוא במובן מסוים הסדר ההשתק עילה הלא מפורש שקיים. המקור: המשפט המקובל:

44. (א) תובענה תכיל את מלוא הסעד שהתובע זכאי לו בשל עילת התובענה; אך רשאי תובע לוותר על חלק מהסעד כדי להביא את התובענה בתחום שיפוטו של בית המשפט.

 (ב) תובע שלא כלל בתובענה חלק מהסעד או ויתר עליו, לא יגיש אחרי כן תובענה בשל חלק זה.

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 במשפט הראשון צופה שארצה לתבוע מספר סעדים בגין אותה עילה🡨 עליי לבקש היתר מביהמ"ש. דוגמא: סעדים מסוגים שונים צו מניעה + פיצויים, צו מניעה אני רוצה להוציא מיידית ואני עדיין לא יודע אילו נזקים נרגמו לי עדיין. אני אבקש צו מניעה + בקשה לפיצול סעדים (מצורף לכתב התביעה).

המטרה: לכלול ככל הניתן את כל הסעדים כבר במשפט הראשון במטרה לחסוך התדיינויות משפטיות מטעמים של יעילות: א. תחשוב מראש אם אתה רוצה לפצל. ב. תקבל אישור מביהמ"ש.

אם נתבע במשפט שני טוען טענת הגנה של השתק עילה עליו להוכיח את ארבעת התנאים, כאמור לעיל: 1. בימ"ש מוסמך. 2. פס"ד סופי. 3. זהות הצדדים (הדדיות). 4. זהות העילה.

כדי לבחון את טענת ההגנה בתי המשפט בוחנים את עובדות היסוד שעלו במשפט הראשון ומשווים. בחינות עובדתיות של מה הסיפור. שאלה מהותית נוספת: האם הזכות הנטענת במשפט השני היא אותה זכות הנטענת במשפט הראשון.

**מבחן העילה**

**מהו מבחן העילה:** נאמר בפסיקה בצורה עקבית: 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 של : "האם העובדות, האירוע, העסקה, זהים למה שנאמר במשפט הראשון". שאלה נוספת מהותית היא: האם הזכות הנטענת במשפט השני היא אותה זכות נטענת במשפט הראשון.

דוגמא: תביעה בגין תאונה עבודה מסוימת הנפגע (העובד) ניזוק ותובע רשלנות מצד הנתבע (המעביד). במשפט הראשון תובע טוען כי הנתבע עשה X. במשפט השני התובע מוסיף וטוען כי המעביד עשה גם Y. כלומר אותה עילה – זכותו של התובע להגנה במסגרת דיני הבטיחות מצד המעסיק. התובע, יכול היה לברר את הנתונים הללו מראש ומכאן שמדובר בתביעה בגין אותה עילה ולכן הנתבע יטען להשתק עילה.

**דוגמא מהפסיקה אריה נ' שכון**: תביעה טיפוסית רוכשי דירה נגד הקבלן על ליקויי בניה. התובעים מפצלים את תביעתם. למה הם עושים את זה? אולי רצו להישאר בתחומי הסמכות העניינית של השלום (השערה של העליון). התובעים הגישו בקשה עפ"י תקנה 45 לפיצול סעדים. ביהמ"ש לא רואה סיבה לפצל. החלופות שעומדים בפני התובעים: 1. לכלול את כל הנזקים. 2. לוותר על אחת התביעות. הם ויתרו על התביעה השנייה משום שהיה להם ביטוח . **אריה חברת הביטוח- תובעת את המזיק וזה טוען השתק עילה**. **אריה חברת הביטוח תטען שזה לא אותו גוף, צדדים אחרים, חברת הביטוח לא ויתרה אלא המבוטח.** **ביהמ"ש** טוען כי מתקיים **" עקרון ההדדיות**": חברת הביטוח נכנסת בנעלי המבוטחים ומפסידה בגלל הוויתור של המבוטח במשפט הראשון . חברת הביטוח יכולה לחזור למבוטחים ולטעון למשל שהם הציגו מצג שווא, לא אמרו להם שהם ויתרו על תביעה. כאן השתק עילה חל אפילו שאין זהות מלאה בין הצדדים. **יש כאן אפקטיביות של נושא זהות הצדדים.**

**פסק הדין דן בנושא של זהות העילה:** היה ניסיון להציג את 2 התביעות כנושאים שונים - אחת מכוח דיני הנזיקין וחובת הזהירות ואחת מכוח דיני החוזים. **ביהמ"ש אומר** כי מדובר באותו סיפור ובסה"כ מדובר בהתרשלות של הקבלן ובאותם מעשים. הזכות המהותית אותה זכות ובמובן הזה העילה זהה. ביהמ"ש מברר את הסיפור האמיתי של 2 התביעות ומנסה להשוות וזה מה שקורה בפס"ד זה**.**

עלתה השאלה: **האם דחייה על הסף מקיימת השתק עילה?** (לא) האם כדי שההשתק ייווצר צריך שביהמ"ש אכן ידון בעילה הראשונה, מה מפקיע את העילה האם כל פס"ד או כזה שדן בעילה לגופה? לדוגמא: משפט שדן בטענה מקדמית - האם גם פס"ד כזה ממצה את העילה?! שהרי שלושת התנאים הראשונים מתקיימים: בימ"ש מוסמך, פס"ד סופי וזהות הצדדים. **רמז לתשובה בתקנה 527:** **" *מחיקת תובענה אינה מעשה בית דין ואין בה, כשהיא לעצמה, כדי למנוע את התובע מהגיש תובענה חדשה בשל אותה עילה.*".** התקנה עושה הבחנה ואומרת כי מחיקה על הסף אינה מקימה "מעשה בית דין" אבל אולי ניתן להבין כי דחיה על הסף אכן מקימה "מעשה בית דין" על דרך השלילה.

**סילוק על הסף של תביעה: בדרך של מחיקה או דחייה.**

**דחייה**- אלים וכבד משקל.

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.

 (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.

משמעו מחסום משמעותי – היעדר עילה, היעדר סמכות, התיישנות. דחייה מטעם חוסר סמכות- בימ"ש שמגלה שהוא חסר סמכות בד"כ יעביר את המשפט לבימ"ש מוסמך ולכן דחייה על הסף מטעמי חוסר סמכות היא תופעה נדירה יחסית. למשל: במצבים של חוסר סמכות בינלאומית כאשר לא ניתן לעשות שימוש בס' 79 לחוק בתי המשפט (להעביר לבימ"ש אחר). דחייה מטעם "מעשה בית דין"- אם למשל הייתה תביעה שנדחתה על הסף בגלל חוסר סמכות משום שהנתבע לא בארץ ואז במשפט השני נמצא בארץ וינסה לטעון למעשה בית דין שהרי התביעה הקודמת נדחתה על הסף🡨כנראה לא יקבלו את טענתו כי כרגע יש לביהמ"ש סמכות.

**מחיקה**- (ניתן להגיש מחדש) פחות אלים. כאשר התביעה היא טורדנית למשל.

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.

לסיכום, תובע שרוצה לתבוע בנפרד ולהתגבר על הבעיה של השתק עילה החלופות שעומדות לפניו- סעיפים 44-45 לתקסד"א:

1. לכלול את כל הסעדים בתביעה אחת.
2. לבקש היתר לפיצול סעדים.

חריגים לעקרון המחייב לפצל סעדים מראש:

* כאשר פיצול הסעדים מתברר ממילא- מטעמי סמכות עניינית **לוי נ' עקריש** אזי ברור שלא צריך לבקש פיצול סעדים מאחר ומוטלת עליו חובה לפצל (המערכת ניתבה לפורומים שונים).
* תכליות חברתיות קיצוניות- למשל מזונות ילדים ומשמורת. בתי המשפט מאפשרים לצדדים לחזור אליהם עם כל שינוי של נסיבות.
* (מקור במשפט המקובל) כאשר המשפט הראשון מוגבל לסעד הצהרתי והתביעה השנייה מבקשת סעד אופרטיבי: יכול לגשת למשפט השני ולבקש סעדים אופרטיביים על בסיס הסעד שבמשפט הראשון. למשל: תביעה לפירוש חוזה- מבקש מביהמ"ש להגיד מה פירוש הסעיף בחוזה בין צדדים. מה הסיבה לכך? לא תמיד מי שטוען לזכות צופה או רוצה סעדים אופרטיביים וייתכן שהוא באמת רוצה רק סעד הצהרתי בהליך הראשוני בשביל קלף למו"מ נניח או זכות כלפי המדינה ולא כלפי בעל הדין שכנגד. 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 הגבוהה יותר. **פסיקה: 10474/03 הכהן נ' מלונות הים התיכון** (פסקה 18) ארבל מקבלת הסכמתם של נאור וברק להגיד את העיקרון דלעיל- פיצול בין סעד הצהרתי ולסעד אופרטיבי.

**השתק פלוגתא**

**עקרונות בסיסיים:**

להבדיל מהשתק עילה המקים מחסום סעד של כל התביעה, השתק פלוגתא עוסק במצבים ממוקדים יותר. כאמור, לא ניתן לעורר במשפט השני מחלוקת עובדתית או עובדתית משפטית שהוכרעה בהליך הראשון. מדובר בשאלה שניתנה לה כבר תשובה משפטית ולכן ביהמ"ש לא רוצה להידרש אליה שוב. **הטענה של השתק פלוגתא יכולה לשמש את שני הצדדים (להבדיל מהשתק עילה שבד"כ יעלה הנתבע)**. כדי לעורר אותה צריכים להתקיים שלושת תנאי היסוד: 1. **בימ"ש מוסמך**.2 .**פס"ד סופי**. 3. **זהות הצדדים**. המשפט המקובל פיתח 4 תנאים נוספים כדי להשתיק בעל דין שכנגד מלעורר פלוגתא:

* 1. **זהות הפלוגתא**: פס"ד של המשפט הראשון מול כתב הטענות במשפט השני. יחסית פשוט לברר אם טענה עובדתית הובהרה.
	2. **התקיימה התדיינות**: "היה לו יומו/ היה לה יומה".
	3. **ממצא פוזיטיבי:** שלבעלי הדין הזדמן לטעון ושביהמ"ש קבע קביעה.
	4. **ההכרעה חיונית**: הכרעה שנדרשה לצורך מתן פסק הדין. לעיתים שופטים קובעים דברים מסוימים שלא נדרשו לצורך התוצאה. אנו רוצים לוודא שהדיון בטענה היה דיון הכי טוב וממוקד כי היה חייב השופט להכריע ולכן הוא באמת "התאמץ" להכריע נכון בשאלה. איך נדע שההכרעה היא חיונית בפסקה דין: מבחן שנקבע ע"י זלצמן ובעוד פסקי דין: אם ההכרעה היתה זהה גם בלי הקביעה העובדתית, אז אנו יודעים שההכרעה היתה חיונית. **יכול להתעורר גדר מסוים של מחלוקת לגבי מה הקביעות שביהמ"ש היה חייב בשביל ההכרעה.** יש לשים לב שיכולה להיות גם אותה קביעה עובדתית ב-2 הקשרים שבהקשר אחד היא תהיה חיונית ובשני פחות ולכן התשובה האם ההכרעה חיונית או לא **תלוייה בעיקר בנסיבות**.

אנו רואים שביהמ"ש מתגמשים בנוגע לתנאים ה-6 וה-5.כלומר מציבים את המחסום למרות החוסר של ממצא פוזיטיבי או התקיימות התדיינות מכח **עקרון ההזדמנות**. כלומר, הייתה לבעל הדין הזדמנות לטעון. היה לך את יומך היית שם ויכולת לטעון.

החלטה מפורסמת בנושא **בנק הפועלים נ' ויינשטיין**

עניינו בהליך "סדר דין מקוצר" הנותן יתרון לתובע ומחייב את הנתבע להגיש בקשה להתגונן (נדון בנושא בהמשך). ויינשטיין היתה צריכה לבוא ולהסביר למה ראוי לה להתגונן והיא לא עשתה זאת וביהמ"ש פסק פס"ד בהיעדר. וינשטיין כעבור מספר שנים תובעת את בנק הפועלים: עולה שאלה עובדתית זהה ובנק הפועלים טוען להשתק פלוגתא- הוא טוען כי הוא זכה בתביעה וקיבל פס"ד לטובתו, חלקו נגע בסוגיה של הבעלות על החשבון. ויינשטיין תנסה לטעון כי לא טופלה המחלוקת העובדתית כי היא לא התגוננה בכלל. **השופטת נאור** טוענת כי **הנתבעת הוזמנה להתייצב ולא באה, היתה לה הזדמנות מלאה והיא זו שהתרשלה, ולכן זה עשוי לספק במובן של :היה לך יומך".** זהו מן מצב מיוחד שלא היתה כלל הגנה והיא לא הופיע כלל למשפט. עדיין השופטת מקבלת את טענת הבנק להשתק פלוגתא ומציבה תנאים:

* פלוגתא עיקרית
* צריך שהפלוגתא במשפט הראשון היא לב המשפט במשפט השני.
* הכרעה שבלעדיה אין- דרישת הכרעה חיונית במשפט באופן מובהק.

במקרים אלו היא מוכנה להקל בדרישת "התקיימה ההתדיינות" באם הייתה הזדמנות.

למה חייב שתהיה אפשרות לבעל דין שזכה בתביעה הראשונה בהיעדר הגנה להשתיק את הנתבע במשפט השני? אם לסנקציה של פס"ד בהעדר הגנה יש כח אזי כפועל יוצא בעל דין במשפט שני חייב להיות מושתק מכח הטענה.

**פס"ד גורה נ' בנק לאומי** השופטת ארבל באמירה עקרונית: **טענות שבעל הדין היה עליו להעלותם ולא עשה זאת- יושתק מלעורר את הפלוגתא במשפט שני.** משקף את היבט תוה"ל שמעסיק גם את רובינשטיין בפס"ד ויינשטיין.

**באדר נ' בנק דיסקונט (**מחוזי ירושלים ): באדר במשפט הראשון ניצח בתוצאה אבל הפסיד בחלק מהקביעות. נראה שאם בעל דין מנצח בתוצאה באופן כמעט מוחלט הוא לא יכול לערער. בתי משפט לערעור לא מקבלים ערעורים של בעלי דין שניצחו. לעיתים זה יכול לפגוע אע"פ שניצחו מבחינת התוצאה. זה היה המצב כאן. במשפט השני הבנק מבקש ליהנות מהתביעה שהייתה נגדו במשפט הראשון. באדר יטען שהוא לא זכה בהזדמנות לערער בגלל דיני הערעור שחוסמים מנצחים ולכן תבע בשנית. כשבאדר תובע את הבנק במשפט השני , הבנק מבקש ליהנות מהקביעה שפעלה נגדו במשפט הראשון- **באדר טוען כי לא התאפשר לו לערער על ההחלטה הזו ולכן לא התקיימה התדיינות מלאה.** זוהי טענה לא פשוטה שביהמ"ש קונה.

**המחוזי: גם ההיבט של זכות הערעור נכלל בזכות להתדיין. אם נחסמה הדרך מלערער על הקביעה היא לא יכולה להשתיק אותי במשפט השני.** מעניין כי כל 7 התנאים להשתק פלוגתא מתקיימים אך עדיין הוא פוסק שאין השתק בגלל שיש פגם ערעור בתנאי ההתדיינות -5. **יש 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 בהליך – לכאורה אין כאן קביעות חיוניות ולכן ביהמ"ש יכול היה להגיד את זה כי באדר ניצח בגלל בעיה חיצונית לקביעות הללו שלא השפיעו על קביעת התוצאה. חלק מקביעות היו דרושות כדי להכריע בעניין בעל דין אחר וזה לא היה חיוני לבאדר ולכן ניתן היה לומר זאת.

**זהות הצדדים**

יש מקרים בהם מנסים להשתמש בהשתק פלוגתא כנגד בעל דין אחר.

אדם נופל לבור העירייה חפרה באמצעות קבלן. משפט ראשון: תובע את הקבלן בגין הרשלנות בביצוע החפירה- אי הצבת מחסום. במשפט השני תובע את העירייה.

תרחיש 1

משפט 1 נ הקבלן: טענת הקבלן במשפט הראשון: אשם תורם של התובע. טענתו נדחית והתובע מנצח על הפלוגתא " האם לתובע היה אשם תורם.

משפט 2 נ' העירייה: האם התובע יכול להשתיק את העירייה בעניין פלוגתא של אשם תורם. על פניו מאחר וזה לא אותם צדדים אזי התנאים לא מתקיימים. לעירייה לא היה יומה ולמה שהיא תיפגע מזה שהקבלן הפסיד?

תרחיש 2:

משפט 1 נ הקבלן: נקבע כי יש אשם תורם לעירייה.

משפט 2 נ העירייה: יש אשם תורם. העירייה תרצה להשתמש בו ולהשתיק אותו מלטעון כנגד. אין זהות צדדים, אין הדדיות. לכאורה העירייה לא יכולה לטעון השתק פלוגתא כי אין זהות צדדים.

**ההלכה: השתק פלוגתא דפנסיבי לא הדדי- הגנתי: העירייה מתגוננת באמצעות השתק פלוגתא שלא מקיים את ההדדיות (לא הייתה בהליך הקודם). רוצים להשתיק את התובע משום שהיה לו יומו לטעון טענותיו והפסיד.**

**"מבחן ההזדמנות"- פס"ד פיכטנבוים:** תביעה ביחס לזכויות מקרקעין תובע את המנהל ואח"כ את המדינה כנתבעים נפרדים . בך: בסופו של יום, בנסיבות הנתונות, כל ההצדקות שעליהם בא עקרון ההדדיות להגן מתקיימות: לתובע היה את יומו ולכן ראוי להחיל את הכלל של השתק פלוגתא. **החלטה מסוג זה מנסה לשדר תמריץ לתובעים**- תתאמצו, תעשו עבודה טובה, לרכז את כל הנתבעים יחד ותילחמו בכולם. ביקורת על ההלכה: איך אתה יודע שהתובע השקיע את כל המאמץ במשפט הראשון?

תרחיש שלישי: שני אנשים אחד אחרי השני, הולכים ברחוב ונופלים לאותו בר שחפר הקבלן. 2 תובעים מול נתבע אחד.

משפט של אדם א' נ' הקבלן: טענת התרשלות. נקבע שהקבלן לא התרשל- אדם א' הפסיד.

משפט של אדם ב' נ' הקבלן: האם הקבלן יכול להשתיק את האדם ב'? **לא**. אין סיבה להכיר בהשתק פלוגתא.

תרחיש רביעי:

משפט של אדם א' נ' הקבלן: טענת התרשלות. אדם א' ניצח ונקבע כי הקבלן רשלן.

משפט של אדם ב' נ' הקבלן : במשפט של אדם ב'🡨ינסה לתבוע השתק פלוגתא אופנסיבי- התקפי. לכאורה לקבלן היה את יומו.

**פס"ד אספן**: חברת בנייה שורה של תביעות של פירמות נגד המדינה בהקשר לעלייה מרוסיה בשנות ה-90. רצף של תביעות שעוסקות בחוזה די דומה. התובע זכה נגד המדינה ותובעים מתביעות מאוחרות מנסות לעשות את המהלך של השתק פלוגתא ולנצל זאת למשפטים שלהם. **דנציגר**: דחייה כמעט עקרונית של האפשרות הזאת. **המשפט שלנו לא מכיר באפשרות הזאת ומשאיר פתח צר. אולי יהיו מקרים חריגים בהם נטיל השתק פלוגתא אופנסיבי אולם ככלל לא נוהגים כך ויש לאפשר לנתבע להתגונן מחדש בכל תביעה ותביעה.**

**ההבדל בין המצבים:**

השתק פלוגתא הגנתי- פיכטנבוים: מחיל את השתק הפלוגתא- תמריץ לתובעים להתאמץ, לאחד ולרכז את כל הנתבעים בטענה כי לתובע היה את יומו.

השתק פלוגתא התקפי- אספן: לא מחילים את השתק הפלוגתא. הסיבות:

1. הנתבע לא יודע תמיד לרכז את התובעים שלו- תמריץ היעילות לא רלוונטי לסיפור שלנו- הנתבע אינו יודע מי הניזוקים הנוספים ולכן קביעה כזו לא תוביל אותנו לריכוז התביעות.
2. לא זו אף זו: הדבר יוצר גם תמריץ הפוך ופגום על כל אותם מספרי 2 ואילך: התמריץ הוא לשחק את "משחק הטרמפיסט"- נחכה עד לפס"ד לתובע ונרוויח מההפסד- אנשים ידחו תביעות, לסרבול לפיצול **ולתוצאות לא הוגנות**: כל התובעים אח"כ יהנו מהתביעה הראשונה וזה מעורר אי צדק מסוים מבחינתו של הנתבע שיסתמכו על תביעה שהצליחה אחת במקום שאחרות שלא הצליחו.

יש מנגנון באמצעותו קבוצה יכולה לפתור את הבעיה שלהם כקבוצה- **תובענה ייצוגית**. כדי לאפשר תובענה ייצוגית יש הרבה מאוד תנאים.

**פקודת הראיות 42א רבתי** : אומר שבהליך אזרחי אפשר להגיש כראיה פס"ד פלילי מרשיע וחלוט. יש תנאים מיוחדים: רק פס"ד מרשיע ולא מזכה- הרף הראייתי הרבה יותר גבוה בפלילי ולכן יהווה ראיה טובה עבור המשפט האזרחי שדורש פחות.

התעוררה שאלה **האם פס"ד שניתן על דרך הפשרה ס' 79 א רבתי לחוק בתי המשפט, יכול להקים "מעשה בית דין"?** החלטה בנושא **לבייב (רובינשטיין)**: תלוי בהסכם הפשרה, זוהי שאלה של פירוש חוזה ואין פה תשובה החלטית. כנ"ל לגבי אישור הסכם פשרה שהצדדים הסכימו עליו. רצון הצדדים משפיע על התוצאה מבחינת מעשה בית דין.

למפגש הבא: נקדיש לא הרבה זמן כדי לסיים את פרק 2- הגישה לבימ"ש. פרק 3 (חלקים ראשונים מבסגרת כתיבת העבודה) . ניגש ישירות ל3ב- סדר דין מקוצר, המרצת פתיחה וכו'.

**02/01/12**

כמה דברים כלליים בנושא סמכויות ומעשה בית דין:

2 אלו הדוקטרינות המרכזיות שעומדות בין המבקש לבין ביהמ"ש. ב-2 סוגי חסמים אלו אנו רואים שישנה השפעה על היכולת שלי כאדם להיכנס לביהמ"ש - **משפיע על הגישה לביהמ"ש**. הדוקטרינות האלו קובעות גבולות **אובייקטיביים חיצוניים** לגישה לביהמ"ש - יש להסתכל על מה קרה בעבר ולפי זה נחליט האם לאפשר להיכנס לביהמ"ש או לא- סמכויות, גובה הנזק בעבר, האם נפסק, אופי האירוע, מקום, שווי, תוכן ההתדיינות כאמור וכו'.

כפי שראינו בהיבטים רבים של הדוקטרינות- **יש לבעל הדין השפעה על האופן בו הדוקטרינות יפעלו**, נניח בנושא הסמכות: ניתן לצורך העניין להפחית/להעלות את סכום התביעה. הדין נותן לנו לבחור – לבקש סעד מסוים ולא אחר, לעשות חוזה שיקבע את מקום השיפוט, לפצל סעדים, לתקן כתב תביעה, לרכז סעדים וכו'.. וכן עולה שאלה של בעל הדין שכנגד- האם לעורר בכלל טענה של סמכות מקומית, השתק עילה, פלוגתא: בעל הדין כנגד לא חייב בכלל להעלות את הטענות. ולכן זה יוצר **משחק כפול**: המערכת יוצרת חוקים ודוקטרינות שלה, ואולם ניתן לבעלי הדין מספיק כוח להשפיע על היכולת להפעיל את המערכת בצורות מסוימות.

**סוגיות חסמים כלליות**

מעבר לדיני הסמכויות ומעשה בית דין, יש מספר חסמים נוספים חלקם הליכיים :

**א. הליך תלוי ועומד**  LIS ALIBI PENDENS: עוסקת במצב בו מתקיים הליך ובמקביל רוצים לפתוח הליך בנושא זהה. התוצאה של ההליך הראשון עשויה להשפיע על המשפט השני (מדובר באותה עילה) בד"כ יתעורר בהקשרים בינלאומיים, טענת הגנה מקובלת תהיה: יש הליך מתקיים ואם נקיים 2 הליכים מקביל יש חשש לפסיקות סותרות, בזבוז זמן שיפוטי. מעשה בית דין של המשפט הראשון יחסוך לנו במשפט השני, כיבוד ערכאות. במקרה כזה ביהמ"ש השני עושה עיכוב הליכים עד שיעדכנו הצדדים מה היו תוצאות המשפט הראשון.

**ב.פורום לא נאות:** האם אני כפורום מוסמך וראוי לדון בתביעה. שאלת הפורום הנאות מתעוררת אחרי שהסמכות מוקנית.

**ג.ADR- יישוב סכסוכים בדרכים חלופיות:** כותרת המנסה לתפוס מגוון של הליכי יישוב סכסוכים שהמשותף לכולם שהם אלטרנטיביים להליך השיפוטי. באופן בסיסי, הליך זה מבוסס על הסכמה בין הצדדים לנהל את הסכסוך בדרך שאיננה דרך ביהמ"ש. בהליך משפטי טיפוסי יש הכרח השתתפות בהליך השיפוטי ואילו בהליך זה הצדדים בוחרים להיפגש ולהתדיין. הדין מייחס חשיבות רבה להסכמה הזו והוא מוכן לאכוף את ההסכמה על חשבון הגישה להליך השיפוטי הרגיל.

סעיף 5 לחוק בוררות- **אכיפת הסכם בוררות**. בוררות יכול להיות הליך דומה מאוד להליך בבימ"ש וגם יכול להיות הליך גמיש יותר –תלוי בהחלטת הצדדים, בבוררות יש צד ג'-בורר ויש לכבד את פסק הבוררות.

**פשרה-** כאשר ביהמ"ש מורה לצדדים לצאת מהדיון ולנסות להתפשר. תכלית הגישור להביא הצדדים לחתום על חוזה להבדיל מבוררות שם ניתן פסק דין.

**סעיפים 79 ב וג רבתי לחוק בתי המשפט** משקפים את רפורמת הADR הגדולה- האימוץ המערכתי הראשון של הליכי הגישור גם במשפט שלנו: מסמיכים את ביהמ"ש להעביר תיק שהגיע אליו לגישור או בוררות.

**תקנות 99א-יא לתקסד"א-** ישיבות מהו"ת (=מידע היכרות ותאום)- רוב בעלי הדיו יידרשו לנסות הליך גישור. המדינה מאמצת לתוך השפיטה מנגנון של אי השלמת ההליך השיפוטי.

**העדפת מחוקק זו מעוררת מגוון רעיונות:**

1. **רעיון מערכתי:** אם יש הצדקה מסוימת לנתב תיק למנגנון אחר- עדיף לעשות כך על פני לנהל את ההליך בתוך ביהמ"ש, ובכך להוריד את העומס.
2. **העדפה רעיונית** לכך שיש יותר מפורום אחד לפתור סכסוכים: ייתכן שבוררות היא ההליך המתאים לסכסוך מהסוג הזה. מעין פלורליזם משפטי.
3. תפיסה עקרונית של יתרונות ליישוב סכסוך לא בדרך כופה של ביהמ"ש. נטייה אידיאולוגית של המערכת הנרתעת מהשירות שהיא בעצמה נותנת. אם יש מנגנון אחר- זהו סוג ההליכים שהמערכת מעודדת.

**מה ההבדל בין גישור לבוררות**: לשניהם מסמכים סופיים אחרים בתכלית: החלטה של בורר (פסק בורר), מול חוזה כמסמך סופי בין הצדדים. זהו הליך רך יותר. יש גישורים ברמות שונות של רכות: יש מגשרים המנסחים חוזים, ויש את אלו שרק משקפים אינטרסים ומביאים אותם לכלל הסכמה.

**הליך חקיקה: הצ"ח בוררות חובה:** סיכוי המעבר של הצ"ח זו הם גבוהים, עברה קריאה ראשונה, ההצ"ח יוצרת הסדר חדש (ויחידני בעולם) ומסמיכה את שופט ביהמ"ש לקבוע אילו תיקים ינותבו מחוץ לביהמ"ש לבוררות. מדובר בשעטנז מורכב שלא בהכרח דורש את הסכמת הצדדים אלא כופים אותו במקרים מסוימים. **דהיינו, גם הצ"ח היא סוג של חסם**. יש הטוענים כי הצ"ח היא סוג של ערכאה נוספת בבימ"ש ולא בטוח שהיא דרך חלופית ליישוב סכסוכים. **טענות נגד הצ"ח:** מעין הפרטה של השפיטה, אין פומביות, נגיסה בעצמאות השיפוטית. יש כאן מעין ערכאה נוספת מעין "אאוטסורסינג": המשפט כופה על ההליך להתנהל כך, ההחלטה מקבלת ביקורת שיפוטית של הבורר, ולכן **זה לא באמת משקף הסכמה כפי שהליכים הסכמיים אמורים להיות**. יש המבקרים שטוענים שזו סתם הצעה שדואגת לעבודה לעורכי דין: לא צריכים לשבת בבתי משפט או לקבל מינוי ויש הרבה עבודה לעוד גורמים.

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 מפני הגעה להליך השיפוטי**. יש מתנגדים אבל ניכר שזו תוצאה נלווית של ההליך.

חסמים מעשיים אפקטיביים שנוצרו עקב האופן בו המערכת בנויה:

* **עלויות כספיות של ניהול ההליך**: אגרות, הוצאות שכ"ט, עלויות הייצוג: תשלום למומחים, חוקרים פרטיים, הוצאות בעל דין שכנגד (חל בישראל הכלל האנגלי שאומר שהמפסיד משלם), עלויות חיצוניות: נסיעות, ימי עבודה, ערובות- בהקשרים מסוימים על בעל ההליך להפקיד אותם- בקשה לסעד זמני- אם יתברר שהבקשה שלי לא הייתה בקשה ראויה.
* **ההליך השיפוטי בנוי כך שהוא מחזק את החזקים ומחליש את החלשים**- מאמר של מרק גלנטר . נניח בוררות חובה מוצגת כיצד היא תשפיע על החלשים והחזקים מבחינת התוצאה. גלנטר מאפיין 2 סוגים של משתתפים בהליך המשפטי: השחקן החד-פעמי והשחקן החוזר. השחקן החוזר: בנקים, סופרמרקטים, מדינה, חברות סלולר ועוד. השחקן החד פעמי הוא פחות או יותר אנחנו: האדם הפשוט. גלנטר סבור שלא ניתן לצמצם את הפערים בין סוגי השחקנים. בנתון הזה זה לא שיש הטיה מצד המערכת. הנתון הזה כשלעצמו די בו כדי להעצים את המתדיינים שמשתייכים לקבוצת השחקנים החוזרים: השקעה בתיק אחד שתשתלם להבא, ניהול אסטרטגיות המשקיפות גם למאות תיקים עתידיים. הם מתכננים את ההליך המשפטי כרצונם. הוא יכול לפתח אסטרטגיות שלא זמינות לשחקן חד פעמי. למשל נושא הפשרה: אם השחקן החוזר לא מעוניין בפסק דין כי נניח שלשחקן החלש יש ראיות חזקות או נזקים חזקים הוא פשוט יכול "לקנות אותו" בפשרה. גלנטר אומר שאם נוסיף את רכיב הערעור והתקדים המחייב, נראה שיש לשחקנים החזקים יכולת להחליט.

**דוגמא**: המדינה בד"כ לא מערערת על פסקי דין תחתונים נגדה נניח על הישארות בארץ. היא עושה זאת בדיוק מטעמי האסטרטגיה הזו של להסתפק בהפסד זה ולא להסתכן בפסיקה תקדימית.

**גלנטר עוסק בשאלה של עורכי הדין**- האם הם לא מאזנים את הפער בין 2 הקבוצות הללו. הוא אומר כי אסטרטגיה של עו"ד על פני 100 לחברה - הוא מייצג הכי טוב את הלקוח החזק. אבל אם הוא עושה אסטרטגיה על הלקוח הקטן ובוחר מה לייצג ומתי- יש כאן הפרה של כללי המשמעת. אם הוא יפעל בצורה אסטרטגית מול הלקוחות החלשים נניח על פני 10 תיקים- זהו אינו ייצוג האינטרס האמיתי של הלקוח.

**רוזן צבי ופישר כותבים בעקבות גלנטר ומציעים**: הם אומרים כי גם במשפט הפלילי וגם באזרחי יש שחקנים חוזרים וחד פעמיים. ייתכנו שחקנים חוזרים גם במשפט הפלילי למרות שלכאורה בפלילי יש תמיד היררכיה בין המדינה לאזרח (נניח תביעות פליליות נגד מיקרוסופט). גם בהליך האזרחי, יש מצבים המשקפים את הפערים במשפט הפלילי ולהיפך. ההנחה כי במשפט הפלילי בעל דין זכאי להנחות מיוחדות שלא כמו באזרחי, היא הנחה לא בהכרח נכונה תמיד- ולכן יש הצעה לשנות את עולם סדרי הדין ודיני הראיות במשפט. הליך כמו בזיון בימ"ש נתפס כהליך אזרחי ויכול להוביל לכליאה של אדם ללא הוכחה של מעל כל ספק סביר למרות שהסנקציה היא מובהקת- אז הגיע הזמן לגשר עליו באמצעות שאלות מהותיות של יחסי הכוח בין הצדדים בהליך ותיקון ההסדרים בהתאם.

**עד כאן פרק החסמים .**

**הגישה למשפט**

**גישה למשפט-** איך נכנסים להליך ואיך מתנהלים בתוכו?

הליך השיפוטי ניתן לחלוקה לשישה שלבים:

* + - 1. כתבי טענות

שלב ההכנה למשפט

* + - 1. גילוי ועיון
			2. קדם משפט
			3. הוכחות

המשפט

* + - 1. סיכומים
			2. פסק דין🡨ערעור.

**שלב הראשון- כתבי טענות**: נמצא בשליטתם של בעלי הדין. הפעולה המקורית היא זו שיוצרת את ההליך. לאחר שההליך נוצר באמצעות חלופת כתבי הטענות מתחילים שלבי ההכנה המעשיים: גילוי ועיון וקדם משפט.

**שלב שני ושלישי- גילוי ועיון וקדם משפט:** הרבה פעמים השלב של גילוי ועיון החלפת המידע בין הצדדים מתרחש במקביל לפעילות המתרחשת בבית המשפט-קדם משפט. יש שילוב של גורמים שמנהלים את שלב ההכנה. לאחר פעילויות הקדם, ביהמ"ש קובע שההליך בשל ובו מדלגים לשלב ההוכחות. זהו שלב נדיר מפני שהרבה תיקים נסגרים לאחר שלושת השלבים הראשונים מסיבות שונות: דחייה וסילוק על הסף, פשרה וכו'. רוב חיי ההליך הם חיי ההכנה.

**שלב רביעי הוכחות:** נשלט על ידי הצדדים- בוחרים אילו ראיות ועדים להביא.

**שלב חמישי סיכומים:** הצגת הטיעון לאחר סיום כל הפרשה. הפניות משפטיות, תימוכין לטענות.

**שלב שישי פסה"ד:** פסה"ד יכול להופיע בשלב ההכנה אם יינתן דחייה על הסף מחמת חוסר תשלום אגרה מספקת, חוסר עניין וכו'.

**כתבי הטענות**

האמצעי לקביעת גדר המחלוקת. מה הן העובדות המקימות את העילות. כתב הטענות הראשוני והבסיסי והשיורי (ברירת המחדל בהעדר הליך ספציפי מתאים יותר) ביותר הוא **כתב התביעה** .מה שלא טענתי בכתב הטענות שלי אני אהיה מושתק מלטעון בהמשך. הדרך העיקרית שיש למישהו לכלול בדיעבד משהו חדש:

**(א)היתר לתיקון כתב התביעה.** מדובר הליך אדברסרי- ממתין לתגובת הצד השני ואז 🡨שיקו"ד של ביהמ"ש אשר ישתנה משלב לשלב- עוצמת הטענות של חוסר תשומת לב יפחתו, ביהמ"ש יבחן אם יכולת לדעת ואז יכולה להתעורר טענה של חוסר תום לב. **דיני התיקון: 91-96 לתקס"דא** הרעיון המרכזי הוא עד כמה התיקון יאפשר את חשיפת המחלוקת האמיתית, לרוב הנטיה היא ליברלית במיוחד במקרים שיש הסכמה של הצדדים. במידה וביהמ"ש מעוניין להתיר תיקון אולם יודע כי הדבר יוביל עלויות לצד שכנגד הוא מתיר תיקון ופוסק הוצאות.

**(ב) הרחבת /שינוי חזית:** האופן השני שבו גדר המחלוקת משתנה תוך כדי ההליך, תופעה דיונית- **פעולה מקבילה לפעולה של תיקון הנעשית בצורה לא פורמאלית**. המקרה המובהק- שאחד מבעלי הדין מספר סיפור נוסף ובעל הדין שכנגד לא מתנגד, לא מגיב ומעורר את הטענה שהוא חרג מגדר המחלוקת ואז מניחים שהוא מסכים. יש מידה של ביקורת שיפוטית על ההרחבה הזאת: **פס"ד ליפץ** מ-14 ביולי 2011: מדבר על הרחבת חזית ומציב מידה של גבולות ליכולת של בעל דין ליהנות מאי התנגדות של בעל דין להרחבת חזית. מדבר על כך שדרך המלך היא בקשה לתיקון כתב הטענות. הסיפור העובדתי מעט מסובך ולא חשוב לעניינו: מחלוקת לגבי היבטים מסוימים של הלוואה עם בנק. אחת הטענות האפשריות לא נטענה בכתב הטענות (הטענה ביחס לערבות) אלא הופיע בבקשה לסעד זמני נגד הבנק. באמצעות החדרה זו של הטענה, מנסה התובע לכלול טענה משפטית זו בסיכומים, **ביהמ"ש העליון אומר שלא**: **יש הבדל בין סעד זמני לתביעה**- התובע היה צריך לטעון זאת או מלכתחילה או לבקש את תיקון כתב התביעה- **הנדל מדגיש את חשיבות כתבי הטענות**, ויוצר מידה של פורמליות לטובת וודאות.

רכיבים ספציפיים שהדין פוטר מלפרטם בכתב התביעה- נתפסים כשנויים במחלוקת באופן קבוע. לדוגמא: נזק כללי , נזקי גוף.

נניח: נזק כללי- נזקים נלוויים לתביעה הכללית כמו ריביות וכו', נזקי גוף- משהו שניתן לברר בהמשך. **התקנות אומרות כי במקרים אלו לא חייב לפרט את זה במדויק**- ניתן לבטא את חוסר היכולת להעריך את הנזק או לשנות תוך כדי התביעה.

החלטה בנושא **מרקט פלייס:** בקשה לתיקון מאוחרת. ביהמ"ש אומר תיקון כתבי הטענות יקדם את התכלית של חשיפת המחלוקת האמיתית ולמרות זאת אני לא מאפשר את התיקון מטעמי חוסר תום לב. ביהמ"ש מודה כי התיקון מועיל מבחינת ההליך, אולם בשלב זה הרצון לתקן היא פעולה אופורטוניסטית והוא אינו מאפשר זאת בשלב זה עקב חוסר תו"ל של בעל הדין שכנגד- ביהמ"ש מעדיף את הסנקציה על חוסר תו"ל. השופט רובינשטיין חש שיש משהו אופורטוניסטי ולא נותן לזה להתקדם, למרות שהיה ניתן לשקף את זה בהוצאות. **השופט שומר על טוהר ההליך.**

תיקון כתב הגנה כתוצאה מתיקון כתב התביעה:

אם בעל דין אחד מבקש לתקן כתבי טענות והבקשה מתקבלת האופן שהו ביהמ"ש פרש את תקנה 94 הוא שתיקון ע"י צד אחד מקים זכות אוטומטית לצד השני לתקן ולא דווקא בנוגע לעניינים שתוקנו אלא באופן כללי. בעל דין שמתקן כתבי טענות חשוף להרחבת חזית של הצד השני.

*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.*

בשיעור הבא נדבר על סדר דין מקוצר והמרצת פתיחה (נכנס לשלב הראשון של כתבי טענות).

09/01/12

בתקופה האחרונה היו כמה שינויים בחוק שמעניינים לעניין הקורס. התוספת העיקרית היא סע' 78א לחוק בתי המשפט (נוסף לפני שבוע). :

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, ובלבד 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).

מיום 4.1.2012

**תיקון מס' 68**

[ס"ח תשע"ב מס' 2329](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/law-2329.pdf) מיום 4.1.2012 עמ' 99 ([ה"ח 436](http://www.nevo.co.il/Law_word/law15/memshala-436.pdf))

**הוספת סעיף 78א**

סע' 78 עוסק בסמכות שופט בימ"ש עליון להעביר תיק למחוז שיפוט אחר. **סע' 78א** מקורו באחד ההסדרים משנת 2009 שניסו לחסוך בעלויות, והוא **מסמיך את מנהל בתי המשפט (שהוא שופט, בד"כ מחוזי, אבל מדובר במשרה מנהלית, למרות שדה פקטו כפוף לנשיא ביהמ"ש העליון, מעין גשר בין הרשות השופטת למבצעת) להעביר נתחים של תיקים (הליכים 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.** הליך זה טעון הסמכה של נשיא ביהמ"ש העליון ושר המשפטים.

הרכיב המעניין ביותר בחקיקה החדשה הזו הוא סע' 78א(ד) הקובע כי **תיק שהועבר ע"פ הסע' המקוריים** (ע"י נציב בימ"ש השלום, חוסר סמכות וכו') **לא יועבר שוב ע"י מנהל בתי המשפט**. **בנוסף, תיק שהועבר לפי ההסדר החדש, מנהל ביהמ"ש לא יעבירנו עוד.** זה מעניין בהקשר לדרך בה פירשה הפסיקה את המילים "לא יעבירנו עוד" - **גם אם ביהמ"ש הנעבר חסר סמכות באופן מקורי, עצם ההעברה מקנה לו סמכות.**

אם מחילים את הפירוש הזה על הסע' החדש, המשמעות היא שמנהל בתי המשפט יכול ליצור סמכות לבימ"ש שאין לו סמכות. החידוש המשמעותי בסע' החדש הוא באפשרות להעביר קבוצות של תיקים, בלי לבחון כל תיק לגופו. למשל, כל התיקים שעוסקים בX בבימ"ש Y בתקופה Z. המטרה כאן היא מנהלית לחלוטין, ולא החלטה שיפוטית ספציפית לפי האינטרסים של בעלי הדין.

78 א רבתי (ד) לחוק בתי המשפט: תיק שהועבר ע"י נשיא בימ"ש שלום, מכוח חוסר סמכות 🡨 מנהל בתי המשפט לא יעבירנו עוד.

78 א רבתי (ד)(2)- תיק שהועבר מטעמי עומס 🡨מנהל ביהמ"ש לא יעבירנו עוד. כלומר, גם אם ביהמ"ש הנעבר חסר סמכות באופן מקורי עצם ההעברה מקנה לו סמכות.

בשבוע שעבר התחלנו את פרק הגישה למשפט. דיברנו על הרכיבים העיקריים של ההליך האזרחי. דיברנו על כך שההתחלה בהליך השיפוטי היא ביוזמת בעלי הדין- התובע/העותר/הממריץ הוא זה שיוצר את ההליך בעל הדין שכנגד מגיב וכך נוצר ההליך. היום נשאר בשלב של הגדרת תנאי ההתדיינות שתבוא. נחשף לכמה סוגים עיקריים של הליכים אזרחיים ששווה להכיר אותם, מעבר להליך השיורי- תביעה אזרחית רגילה.

\*לגבי העבודה- הדרישה היא כפי שכתוב- הגשת כתבי טענות אין צורך להוסיף ראיות ונספחים וכו' , יש אפשרות להפנות למקורות אם מוצאים לנכון אבל אין צורך לצרף.

3 סוגים מיוחדים של הליכים האזרחיים (חורגים מהתבנית הרגילה):

* **סדר דין מקוצר**
* **המרצת פתיחה**
* **סדר דין מהיר**

**סדר דין מקוצר, המרצת פתיחה, סדר דין מהיר**

**סדר דין מקוצר**

202-214 לתקסד"א.

הליך חריג המעורר ספק ומאתגר את ההגיונות הבסיסיים של ההליך האזרחי. במהותו מבנה פערי כח עם יתרונות משמעותיים לתובע. הליך שיוצא מתוך הנחה שלתובע יש יתרון בתביעה. היתרון המרכזי: הנתבע צריך לקבל היתר ע"מ להגיש כתב הגנה.

 2 מאפיינים משותפים לסוגים של התביעות מהסוג הזה:

1. **יתרון לתובע** - על פי התביעה עצמה רואים כי יש לה סיכויים טובים ולכן רוב ההתגוננויות בפניה סתם יבזבזו משאבים.
2. **פשטות ההוכחה של התביעה** - קל לתרגם את התביעה לסעד.

מצבים שמשלבים את שני הרכיבים האלה הם היוצרים את ההסדר המיוחד ומקנה יתרון דיוני משמעותי מאוד לתובע.

איך נכנסים למסלול של סדר דין מקוצר?

כתוב בתביעה. 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. (204-205) בקשה זו צריכה להיות **מגובה** בתצהיר (עדות בכתב) – עדות שבועה - תיאור של העובדות – רמת אמיתות גבוהה יותר מבחינת ביהמ"ש. כבר בבקשה הנתבע נדרש לחשוף מה תהיה ההגנה שלו.

אם ניתנת לנתבע **רשות להתגונן**🡨 אז התביעה הופכת ל**תביעה רגילה**. התצהיר שהוגש בסמוך לבקשה הוא שהופך לכתב ההגנה ואז עוברים לפסים רגילים של תביעה.

אם הבקשה של הנתבע להתגונן- **נדחית**🡨חוזרים ל**סדר דין מקוצר**, לנתבע אין הגנה ולא מתחשבים בעובדות של התצהיר (פורמאלית).

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

תקנת "הבריח"- תקנה 202:

**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  בהוראה 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.**

בארבעת המקרים הללו התובע יכול לדרוש תביעה בסדר דין מקוצר:

1. סכום קצוב מכח חיקוק

2. סכום קצוב מכח חוזה + ראיה בכתב-

3. סכום קצוב מכח רשות (למשל ארנונה).

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

**סכום קצוב:** דרישת הסכום הקצוב 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 בגלל שיש בה ראיות- לא דורש אמינות, עדים.

הפסיקה עסקה בפירוש של התנאים דלעיל. מתעוררות שאלות פרשניות, מתי הסכום קצוב, מתי נקבע בחיקוק, אילו ראיות וכו' כפי שנראה להלן:

מתי סכום נתבע הוא "סכום קצוב"?

המגמה הייתה מרחיבה במידה. **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** אמר העליון כי זה לא חייב להיות סכום מפורש לגמרי **די בכך שמדובר בסכום שקל מאוד לחשב אותו**. למשל, תביעה לפיה יש לי זכות לקבל את השכר הממוצע במשק, הוראה מסוג של פיצויים מוסכמים 5% מסכום העסקה. כלומר, **גם מצבים בהם הוכחת הסכום היא פשוטה**. תפיסה תכליתית ולא פורמאליסטית.

**פס"ד רותם**: עובדות: הוגשה תביעה נגד חברת ביטוח בגין הנזק שנגרם למשאית עקב תאונת דרכים. המשאית נהרסה לחלוטין (טוטל לוסט) עקב התאונה. המשמעות היא שהיא הושמדה לחלוטין ולא 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:**עולה כי המבחן הוא מהותי ועניינו: האם ביהמ"ש יכול להעריך את שווי התביעה בקלות?

* לדעת המרצה, פסקי הדין הללו משנות ה60 וה80 וייתכן כי יש נכונות של השפיטה להכניס תיקים למסלול הזה ואילו כיום יצמצמו את אפשרות הכניסה למסלול.

ראיה בכתב- עד כמה צריכה להוכיח את התביעה?

הפסיקה קבעה דרישת ביניים: ראשית ראיה- לא את כל תביעתו כבר בשלב הגשת התביעה אלא משהו ע"מ לוודא שתכליות בסיסיות של ההליך מתקיימות. **פס"ד הילולים**: על מה צריכה להיות הראיה? מה היא צריכה להוכיח? ראשית הוכחה- למה? תקנה **202(1)(א)- מכוח חוזה או התחייבות מפורשים או מכללא, ובלבד שיש עליהן ראיות שבכתב.** כלומר, לא נסתפק בצילום החוזה אלא **הראיה צריכה להיות על התביעה – על ההפרה של החוזה**, על הזכות שיש לה . בפס"ד הילולים- חשוב משום שמתייחס לתביעות מהסוג הנפוץ- תביעות של בנקים כלפי לווים- סכום קצוב + ריבית, חוזים ואז שואלים – מהי הראיה בכתב שהבנק צריך לתת? **לדעת בך: מכתב דרישה ללווה לא מספק, פשוט מדי להמציא ללווה מכתב דרישה ולכן לא מספק ולא ראוי להסתפק בכך כי זה פתח למניפולציות. אולם, תדפיס החיובים, הבנק מראה שהלווה הוא במינוס זוהי בעצם ראשית ראיה.** כלומר, נטל פשוט על הבנקים – לנהל רשומות מסודרות.

\*רוב התביעות במסלול הזה הן תביעות שגם החוזה הוא חוזה כתוב (ולא רק הראיה של ההפרה) אולם זה לא בטוח. אם התובע טוען יש חוזה ולא מצליח לאתר אותו ייתכן ויעבירו להליך רגיל.

* יש לזכור כי מדובר בתביעות מכח חוזה או חיקוק: בשונה מדיני נזיקין, דיני עשיית עושר שם מדובר בהתחייבויות שנוצרות באופן לא מתוכנן. **קרי, תביעות מהסוג של תקנה 202 באופן טיפוסי מכוונים לסיכונים שאנשים לקחו אותם בחשבון עצם העובדה שאני מנהל הסדר חוזי חושף אותי לתביעה בהקשר הזה** .

**פס"ד אריאל (השופט טירקל)**:

עובדות (מחשבות): בעל רכב שנגנב ממוסך הגיש יחד עם מבטחת הרכב תביעה נגד המוסך ומנהלו המנוח. הנתבעים שלחו הודעת צד שלישי לחברת רותם, המבטחת של המוסך. בית משפט השלום קיבל את התביעה, חייב את הנתבעים לשלם לתובעים וחייב את חברת רותם לשפות את הנתבעים. על פסק הדין הוגש ערעור, שהתקבל חלקית, באופן שנפסק כי חיוביו של המוסך כלפי בעל הרכב ומבטחתו הושארו על כנם, **בעוד שחיוביה של החברה ושל המנוח בוטלו**. בעקבות פסה"ד שניתן בערעור הגישה רותם **בתביעה בסדר דין מקוצר**  לביהמ"ש השלום כנגד המנוח והמוסך, להשבת הכספים ששילמה להם מכוח פסק דינו של ביהמ"ש השלום. יורשתו של המנוח ביקשה למחוק את הכותרת "סדר דין מקוצר", בנימוק שהחובה להשיב את הכספים ששולמו עקב פסק הדין שבוטל נובעת מעילה שיסודה בדיני עשיית עושר שלא במשפט, ולכן התביעה אינה עומדת בתנאים להגשת תביעות בסדר דין מקוצר. ביהמ"ש נעתר לבקשה. על החלטתו הוגש ערעור ובו נפסק כי התביעה ראויה להתברר בדרך של סדר דין מקוצר. מכאן הערעור לעליון.

**השאלה המשפטית: האם תביעה להשבת כספים ששילם מבטח למבוטח על פי חוזה ביטוח, לאחר שפסה"ד שמכוחו שולמו בוטל בערעור, ראויה להתברר בסדר דין מקוצר?**

**השופט טירקל: (1) תביעה בעילה של עשיית עושר שלא במשפט- בסיסה נעוץ בחוזה- ראויה להתברר בסדר דין מקוצר:** תביעת השבה של פלוני על יסוד עילה של עשיית עושר שלא במשפט, אשר בסיסה ההסטורי נעוץ בחוזה, ראויה להתברר בסדר דין מקוצר. במקרה דנן, בסיסה של תביעת ההשבה נעוץ בחוזה הביטוח. בית משפט השלום חייב את הנתבעים לשלם לתובעים על פי אותו חוזה וחיוב זה בוטל בערעור. **(2) התביעה ראויה להתברר בסדר דין מקוצר גם מכוח היותה תביעה לתשלום סכום קצוב שעילתו בחיקוק:**  גם אם בסיסה ההסטורי של התביעה הנדונה אינו נעוץ בחוזה הביטוח, אלא בפסק דינו של בית משפט שלום שבוטל, הרי שמדובר **בתביעה מכוח חיוב לשלם סכום כסף קצוב, שעילתו בהוראה מפורשת של חיקוק. הנימוק לכך הוא שסעיף 61(ב) לחוק החוזים מחיל את הוראות חוק החוזים גם על "חיובים שאינם נובעים מחוזה".** אם אכן יש לראות את החיוב כנובע מפסק דין שניתן בערעור ולא מחוזה הביטוח, הרי שניתן להחיל עליו "בשינויים המחוייבים", את הוראת סעיף 21 לחוק החוזים, לפיה משבוטל חוזה חייב כל צד להשיב למשנהו מה שקיבל על פי החוזה. **ההחלטה: הערעור נדחה.**

ניתן לראות בכך מהלך של טירקל לאפשר סדר דין מקוצר גם מקום שהמקרה לא נופל באופן מובהק לאחת הקטגוריות בתקנה 202.

**פס"ד מנורה (גרוניס)** : (הוא הסיבה שפס"ד אריאל עבר בסילבוס לקריאת רשות ☺). )החלטה מלפני פחות משנה. תביעה בסדר דין מקוצר מכח חיקוק- **חוק להטבת נזקי גוף**- החוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף) חוק שעוסק במצבים שבהם גורם כלשהו הטיב מכח פעולה לניזוק. אותו מטיב זכאי לתבוע את המעוול. יש הסדר ספציפי שאמור לפשט את דרכו של המטיב להגיע לפיצוי- הרציונאל: ליצור תמריץ להטיב. מקרה קלאסי: מבטחים, מקומות עבודה. עובדות: עובד אל על שבחופשת המחלה שלו מקבל דמי שכר מאל על ביודעה שאח"כ יכולה לתבוע את המזיק שגרם לפגיעה של העובד עפי ההסדר של חוק ההטבה. אל על תובעת את המבטח של העובד (מנורה) דרך סדר דין מקוצר בטענה של סכום שקל לחשבו - הכספים שהעברתי לעבוד בתקופה ששהה בחופשת מחלה.

**גרוניס - מקבל את טענת המעביד (אל על) – מדובר במצב פשוט. כמו כן, דוחים את התחכום המוגזם של פס"ד אריאל. גרוניס מראה באילו מצבים מתי כן תהיה גישה לסדר דין מקוצר בתנאים שמקור הסכום בחיקוק אפילו שלא כתוב סכום מפורש.**

**מפסה"ד:** ההליך של סדר דין מקוצר נועד לאפשר מסלול מהיר בתביעות מסוימות- תביעות לגביהן קיימת הסתברות ברמה גבוהה יחסית שבסופו של יום יזכה התובע בתביעתו. בהליך של סדר דין מקוצר לא עומדת לנתבע יכולת להתגונן אליו עליו להגיש בר"ל. אם נדחית הבקשה יינתן פס"ד על יסוד האמור בתביעה. רק אם מתקבלת הבר"ל יוכל הנתבע להתגונן מפני התביעה ואז תתברר התביעה בדרך הרגילה (אך עדיין בכפוף למגבלות מסוימות; כך למשל התצהיר התומך בבר"ל הופך בד"כ לכ"ה (תקנה 211)). ההליך מנקודת מבטו של התובע: זכותו של התובע שיזכה לפס"ד תוך זמן סביר. כאשר התובע מחזיק בזכות מוצקה יש לאפשר לו לממשה בהליך מהיר ואפקטיבי שאם לא כן עשויה להיפגע זכותו המהותית. תקנה 202 מנויות הדרישות לתביעה מהסוג של סדר דין מקוצר: 1. סכום קצוב 2. חוזה או חיקוק 3. ראיות בכתב. **השאלה: האם תביעת מיטיב לפי חוק ההטבה עונה לרציונאל ביחס לתביעות המתאימות להתברר בסדר דין מקוצר?**

פירוש סכום קצוב- תקנה 202 (1)(ב)

גישה א': על החיקוק מכוח תקנה 202(1)(ב) לקבוע בצורה מפורשת לא רק את הזכות לתביעה של סכום קצוב **אלא גם את הסכום המפורש.**

גישה ב': מרחיבה: מופיעה בפס"ד אריאל. אין צורך שהסכום הקצוב יופיע באופן מפורש בחיקוק אלא די בכך שהתביעה לסכום קצוב **תבוסס על עילה שמקורה בהוראת חיקוק.**

**גרוניס מצדד בגישה א'. לדידו, גישה ב' מרחיבה יתר על המידה. אולם, ייתכנו מקרים בהם ניתן לקבוע כי הוראת חוק מקנה עילה מפורשת לתבוע סכום קצוב מבלי שהסכום עצמו יהיה מפורט בחוק. סעיף 5 לחוק ההטבה מתאים להיכלל בגדר מקרים אלה. הסעיף קובע באופן מפורש את זכותו של המיטיב שהינו מעביד של ניזוק להיפרע מהמזיק סכום קצוב הוא שכר העבודה או המשכורת שהמעביד המשיך לשלם לעובד בתקופה בה לא עבד בגין נזק גוף.**

האם תביעה כזו מתאימה להנחת יסוד העומדת בבסיס ההליך של סדר דין מקוצר- בעלת סיכויי הצלחה גבוהים?

נראה כי התביעה אינה בעלת סיכויים גבוהים משום שחוק ההטבה מדובר על סכום הטבה שהינו בגדר "הוצאה סבירה". מכאן שעל המיטיב להוכיח קיומו של אירוע נזיקי קש"ס בין האירוע לפגיעה וכן היקף פגיעה. תביעות מסוג זה אינן תביעות לגביהן ניתן לומר שלתובע קיימת עדיפות כלשהי בהוכחת תביעתו.

הליך של סדר דין מקוצר פוגע במידה מסוימת בזכות הגישה לערכאות של הנתבע על ידי הגבלת זכותו להתגונן. פגיעה זו היא מוצדקת במקרים המוגדרים בסעיף 202 . הרחבה יתרה של המקרים עלולה לפגוע יתר על המידה בזכויותיו של הנתבע. **בבואנו לבחון האם תביעה מסוימת ראויה להתברר בסדר דין מקוצר יש לערוך איזון בין זכויותיו של התובע והנתבע.** סדרי הדין נועדו לספק למתדיינים כללים ברורים יחסית באשר לדרך הפעולה בה יש לנקוט בהגשת תביעה. הרחבה של הכניסה לסדר דין מקוצר עלול להביא להתדיינויות רבות בשאלות מקדמיות של סיווג התביעה. בכך יש כדי לסרבל את ההליך ולהגדיל את עלויות ההתדיינות של בעלי הדין ושל בתי המשפט. לצד זאת, ייתכנו מקרים שיכנסו בגדר תביעות סדר דין מקוצר: תביעות של מיטיבים שהינם מעבידים המוגשות לאחר שניתן פסק דין לחובת המזיק בתביעה נזיקית שהגיש נגדו הניזוק. מה לגבי תביעות לאחר הסכמי פשרה? גרוניס חושב שראוי שידונו כתביעה רגילה וזאת כדי לא להרתיע חברות ביטוח מלהגיע לפשרה.

החלק המעניין יותר בפס"ד- גרוניס מוסיף רכיב נוסף לאישור תביעה בסדר דין מקוצר- תנאי מהותי עקרוני: צריך להראות שזו תביעה שמתאימה לתכליות המקוריות של ההליך: **יתרון לתובע ופשטות ההוכחה של התביעה.** גרוניס אומר כי ראוי לצמצם את הגישה לסדר דין מקוצר רוצים שזה יהיה הליך פשוט וזמין ולכן לא ניתן לתת לכל תביעה להיכנס למסלול אלא אם עומדת בתכליות המקוריות. לדעת ארונסון, גרוניס אמנם ניסה להקל "ולקצץ" את אפשרויות הכניסה להליך אולם במובן מסוים הקשה משום שיש לערוך דיון בהתקיימות התכליות המקוריות.

ראינו אפוא כי מוגשת תביעה בסדר דין מקוצר תובע שפועל בדרך זו יודע כי התביעה שלו צריכה לספק את אחת הדרישות שבתקנה 202, הנתבע מגיש רשות להתגונן, ראינו פסיקה על הסף הראייתי שהנתבע צריך לעמוד בו- לא יכול פשוט להגיש תצהיר עם הכחשות אלא ההגנה שלו צריכה להיות יותר מסתם הכחשה. ביהמ"ש יחליט האם לתת רשות להתגונן או לא. ביהמ"ש ידרש לבדוק אם זו תביעה מהסוג שראוי לקבלה בסדר דין מקוצר.

ההיבט המעניין – פרקטיקה נפוצה: נתבע מקבל את התביעה בסדר דין מקוצר מעיין בכתב התביעה ומתרשם כי תקנה 202 לא מולאה- התביעה לא הולמת את התנאים המחייבים . מה עושים במצב כזה?

* לסמוך על בדיקה ראויה של ביהמ"ש- אסטרטגיה מסוכנת.
* עו"ד של הנתבע יוכל לגשת לבימ"ש ולבקש להעביר את התביעה לפסים רגילים. הנתבע לא מעוניין לתת לתובע את היתרון שבכניסה לסדר דין מקוצר ולכן פונה לבימ"ש ומגיש **בקשה למחיקת כותרת**- **שהרי הכותרת עצמה היא שהופכת את ההליך למיוחד.** דבר נפוץ שמוגש בצידה של בקשה למחיקת כותרת: **בקשה להארכת מועד להגשת בקשת רשות להתגונן.** הנתבע יקווה שביהמ"ש ייתן לו להאריך את הזמן. אם יתן- יתנהל דיון מקדמי אם ההליך הולך לסדר דין מקוצר ואם כן יגיש לאחר מכן את הבקשת רשות להתגונן ואם יקבע שחוזרים למסלול רגיל – חסך הנתבע את העלויות הכלכליות וכן את המאמץ בהגשת תצהיר ושמירת האסטרטגיה להמשך (לא לפתוח את הקלפים, טענות ההגנה, בתחילת ההליך ).

**המרצת פתיחה**

הליך אזרחי מיוחד שחורג מהמבנה השיורי של התביעה הרגילה. תקנות 248-258.

בעבר רבות מהבקשות שהיו מוגשות לביהמ"ש נקראו "המרצות" מסיבה היסטורית מהדין האנגלי - כי ממריצים את ביהמ"ש לפעול. כיום אין יותר "המרצות", אלא יש בקשות בכתב. לכל בקשה שהיא יש פרק בתקנות 240-246 המחליף את הסדר ההמרצות שהופיע לפני כן. השריד היחיד שנותר הוא **המרצת פתיחה.**

**המרצת פתיחה-** פעולה של בעל דין שיוזמת /פותחת הליך חדש. התוכן /אופי ההליך משקף את סוג ההמרצות הרגיל שראינו בעבר. אלו הליכים שהאופי שלהם יותר מסוג של בקשה- פנייה לבימ"ש לקבל סעד להבדיל מתביעה רגילה שבה הסעד אמור להיות מופנה כלפי בעל דין שכנגד. **בהמרצת פתיחה אני מבקש מבימ"ש לתת לי משהו**. למשל: הצהרה, הוראה איך לפעול, לקבוע סטטוס , לקבוע אם יש לי היתר לעשות משהו. **זהו הליך המתאים בעיקרו לדון בעניינים שאינם מורכבים מהבחינה העובדתית.**

יחד עם זאת אל לשכוח כי אנחנו עדיין נמצאים בעולם של הליך אדברסרי, בד"כ כשניזום פעולה כזו כי יש מישהו שמתנגד לבקשה שלי ולכן יש משיב/מגיב לבקשה שלי. גם כאן יש תביעה/שאיפה להליכים שהם יחסית פשוטים שלא מחייבים בירור עובדתי מורכב. המרצת פתיחה הרבה פעמים מבוססת על ראיות כתובות, תצהירים, חוות דעת, שניים או יותר מבעלי הדין מגישים תצהירים עם פתיחת ההליך.

המרצת פתיחה באופן טיפוסי תהיה בעלת מבנה בסיסי כמו של תביעה. לכן , המבנה הבסיסי נוכח אבל זה הליך פשוט הרבה יותר ודורש מהצדדים כבר מהתחלה רקע עובדתי כדי להכריע בעניין ספציפי לגופו של עניין.

אופן פתיחת ההליך: 1) הפתיחה היא בדרך של בקשה בכתב. 2) יש להכתיר את הבקשה במילים "המרצת פתיחה" 3) יש להמציא את הבקשה ואת ההזמנה לדיון למשיב. על המבקש לצרף תצהיר לאימות העובדות (אין צורך בהגשת כתבי טענות). תצהיר התומך בהמרצת פתיחה יוכיח רק עובדות שהמצהיר יכול להוכיחן מתוך ידיעתו (521) תצהיר שלא מצורף להמרצת הפתיחה בעת הגשתה לא יצורף לה אלא ברשות בית המשפט.

תקנות 249-253: עונות על מגוון של סוגים של הליכים אותם ניתן להגיש בהמרצת פתיחה.

תקנה 250, 253- מקרים נפוצים.

**250:**

**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 ואינה נוגעת לקיומו או לתקפו של החוזה.**

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

**253:**

**253. תובענה לסעד הצהרתי גרידא מותר להגיש בדרך המרצת פתיחה.**

תובענה לסעד הצהרתי גרידא. לבקש מביהמ"ש הכרזה על זכות ללא סעד חיצוני.

**פס"ד חיים נ' אביוב: מה פירוש המילה "גרידא"- מתאר מתח בין 2 התקנות 250 ו-253:** 253 מאפשרת לדון בתוקף חוזה מכר מקרקעין ואילו 250 אומרת שאין זה מתאפשר. מדובר בהמרצת פתיחה שמבקשת להכריז בסעד הצהרתי על חוזה מכר מקרקעין. המשיבה ניסתה לטעון : כי הבקשה אינה עומדת בתקנה 250. ביהמ"ש: די בכך שהתביעה תנוסח בצורה של סעד הצהרתי. ניתן להגיש המרצת פתיחה על סעד הצהרתי גם בנסיבות שלכאורה לא מתאימות המרצת פתיחה. זוהי למעשה הרחבה של **תק' 253**. היה מדובר בסעד לתיקון מרשם המקרקעין.

כלומר, השאלה היא שאלת מדיניות משפטית- **פס"ד אביוב** הוא ליברלי שאומר אני רוצה לתת זמינות לבעלי דין לנהל את ההליך שלהם באופן שבו חפצים יוזמי ההליך ולכן מאפשר תוצאות תמוהות ביחס לביטוי "גרידא".

**השופט ברק בדעה נוספת באביוב:** מסכים עם פסה"ד ואומר : לא עוסקים בשאלות של סמכות שיפוט אלא מדובר בהבחנה בין סוג אחד של הליך לאחר ולכן ההחלטה אינה מרעישה- סה"כ הסדר דיוני. ברקע, מודגשת תקנה 258 שממילא, מסמיכה את ביהמ"ש בכל שלב של הדיון להחליט שההליך אינו מתאים. הפתרון: להפנות לפסים רגילים של תביעה. ולכן, כאמור הבחירה בין ההליכים אינה דרסטית אין יתרון של תובע על פני נתבע. בסופו של יום בימ"ש יכול להחליט מה המבנה הנכון .

למה בכל זאת יעדיף התובע המרצת פתיחה? (1) **קדימות** בתור לדיון בין כתלי ביהמ"ש, (2)**מהיר ויעיל** יותר לביהמ"ש- הליך שכבר מתחילתו שני בעלי הדין מגישים ראיות , טענות ותצהירים- תמונה מלאה של ההליך וחסכון בהליכים מקדמיים.

**פס"ד בובליל :** השופט גרוניס: מתייחס לפרקטיקה של המשיב בהמרצת פתיחה להעביר את התיק לפסים רגילים + בקשה להארכת מועד להגשת תגובה. אם יצליח בבקשתו: יש לו את התצהיר של הבעל דין שכנגד והוא צריך להגיש כתב הגנה רגיל- הנתבע זכה מעצם החשיפה של היוזם (התביעה בהמרצת פתיחה) מבלי שיצטרך לחשוף את הגנתו בתצהיר. גרוניס אומר שהפרקטיקה של המשיב היא מותרת וכמובן שיש לה עלות- עצם השאלה אם ההליך מתאים להתדיין בהמרצת פתיחה או לא יהיה ניתן להשיב עליה בין היתר עם ידיעת ההגנות של המשיב. כלומר, יש פה בעייתיות מחד מותר למשיב להגיש מאידך ביהמ"ש צריך לשם כך תמונה ראייתית מספקת ולכן בתי המשפט צריכים להעלות את הסף ולצמצם את האפשרויות של הנתבעים /המשיבים בהגשת בקשה מהסוג הזה- ע"י נימוקים , טעמים מדוע להעביר את התביעה לפסים רגילים. מצבים שבהם ברור על פני הדברים שההליך איננו הליך מתאים להמרצת פתיחה, להטיל על המשיב את הנטל לחשיפת ההגנה. כלומר, האיזון צריך ללכת לכיוון של יותר חשיפה וכך לצמצם את הפרקטיקה מהסוג הזה ע"י המשיבים.

טענות המשיב ע"מ לעבור מהמרצת פתיחה לתביעה רגילה:

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

מה האינטרס של המשיב להעביר את התביעה לפסים רגילים?

* זמן
* עלויות

**פס"ד ספדיה נ' אילן:** עוסק בפירוש 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.**

המשיב רשאי (אינו חייב) להגיש תשובה להמרצת פתיחה. את התשובה יש להגיש בתוך 45 יום ממועד המצאת המרצת הפתיחה **או** עד 14 יום לפני המועד אשר נקבע לדיון, לפי המוקדם.

המשיב טען מכח התקנה: יש לי ברירה אם להגיש תשובה או לא ואני בכל מקרה זכאי לדיון בע"פ. ביהמ"ש: **צריך לדון בהמרצת פתיחה גם אם המשיב לא הגיש תשובה בכלל. זכותו לדיון בע"פ אפילו אם לא הגיש תשובה.**

**ספדיה אומר יכול להתנהל דיון בע"פ בגוף הטענות בלי שהמשיב כתב שום דבר ובמובן מסוים מקשה על התועלת שבהליך. אולם התקנה מנוסחת בצורה כזאת וייתכן ויש משהו בהסדר שאולי יכול להסדיר את המבנה הזה: בהקשרים מסוימים הידיעה של יוזם ההליך שבכל מקרה הולך להיות דיון בע"פ עשויה להרתיע אותו מלפנות להליך הזה. אם אני מגיש המרצת פתיחה ואני הולך להיחקר על התצהיר שהגשתי נראה שזה הליך שיוצר איזון ושיווי משקל. אולם ברוח פס"ד בובליל ראוי היה לתקן את התקנה הזאת. בפס"ד ספדיה רואים את המגבלה הפרשנית של ביהמ"ש.**

**יתרון הנתבע בניהול הליך בע"פ**: א. המשיב לא צריך לחשוף את קו ההגנה שלו עד לרגע הדיון. ב. התובע הגיש תצהיר, חשף את עצמו לחקירה, הנתבע יכול לעשות שימוש בתצהיר התובע – לערוך חקירה נגדית במהלך הדיון ע"מ להפיל את התביעה מבלי להעלות טענות הגנה משלו.

**סדר דין מהיר**

תקנות 214 א- 214 טז:

היסטורית, **יחסית הסדר חדש- תיקון מס' 4- תשס"א- 2001.** אולם משקף תופעה רחבה יותר . להבדיל מסדר דין מקוצר או המרצת פתיחה שנועדה להליכים ספציפיים **בסדר דין מהיר שאלת המשחק היא "כסף" חושב במונחים של גודל של תיקים.** כלומר הפשטות לא נמדדת על בסיס העילה אלא על בסיס הסכום= 75,000 ₪. **המחשבה** : חלק מהמגמה של "ריבוד" (כמו פגישות מהות שדיברנו עליהם, רשם בכיר, בוררות חובה)- המערכת מזהה את התביעות בסכומים נמוכים : יש הרבה כאלה, יש הנחה שיש בהם פשטות ראייתית, אינטרס של בעלי הדין- עלויות הניהול יכולות לגבור על סכום התביעה, מבנה שנועד לאפשר דיון מהיר ביותר. הצדדים מגישים את כל מה שיש להם , חובות גילוי רחבות- לחשוף את כל המידע שאפשר, שליטה של השופט בכל ההליך , וגם קביעה ספציפית של הגבלת זמן- דרישה לישיבת הוכחות אחת בלבד, הגבלת פרק הזמן לפסק דין. כלומר, הליך שמאבד מהמורכבות של התביעה הרגילה כדי לזרז את ההליך. תביעות קטנות דומה לזה.

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

במפגש הבא: נעבור להליכים מקדמיים, נרחיב על נושא הגילוי המוקדם. פריטים: 3 (ג).

16/01/12

היום נעבור לשלב השני: **שלב ההכנה למשפט**

נפצל ל- 2 רכיבים:

* + - 1. קד"מ- ביהמ"ש, שופט
			2. גילוי מוקדם- צדדים

**קדם משפט**

משמעות המוסד מתבררת מתוכן הכותרת- מה שמתרחש לפני המשפט. המסגרת הניהולית לביצוע הפעולות ההכנתיות לפני שמגיעים לשלב המשפט המובהק. תקנות 140 – 150 מסדירות זאת כאשר תקנה **143 היא תקנת הבריח** הקובעת את מגוון סמכויותיו של ביהמ"ש באירוע קדם המשפט. זהו הליך נפוץ משום שכפי שהזכרנו רוב ההליכים המשפטיים מגיעים לסיומם בשלב הקדם משפט, בתקופה זו מתגבש הפתרון- הפשרה/הגישור/הסדר ולמעשה לנסות ולפתור את עצמנו משלב המשפט.

**פס"ד אשורנס ג'נרל:** לא עוסק בקדם לגופו אולם יש הערת אגב מסודרת של גרוניס לגבי התכליות של קדם משפט:

**התכליות של קדם משפט:**

* **צמצום הגדרה של היבטי המחלוקת-** תצהירים, חקירות עדים, להסכים על עובדות, לצמצם את כתבי הטענות וכו'
* **יעילות**
* **הכנה מובהקת-** השופט יקבע את מועדי הישיבות, סדר הבאת הראיות, יקבע אם מפצלים את הדיון לחבות ולנזק, ביהמ"ש ידון בשאלת של קבילות
* מצמצום גדר המחלוקת והכנה מובהקת נגזרת תכלית נוספת: **קידום סיום הסכסוך-**שלא דרך מתן פס"ד **הסיבות שהרבה הליכי משפט מסתיימים בקדם משפט היא משום שבקדם משפט קורים הרבה תהליכים שמשפיעים על הסיכויים והסיכונים של הצדדים**:

א. פשרה.

ב. סילוק התביעה על הסף ע"י דחיה או מחיקה של הסכסוך. זהו היבט מקדמי ופה מקומה של החלטה כזו מבחינה קלאסית: שאלות של סמכות/ מעשה בי-דין/התיישנות/היעדר עילה וכו'. ראינו סיבות בגינם ביהמ"ש יכול להורות על דחייה /מחיקה( מחיקה איננה מעשה בית דין תקנה 527 לתקסד"א)

**היבט על הסף הוא היבט מקדמי מובהק**- אם יש עילת סף, מקומה בקדם. אם יש משהו בהיר עליי לטעון את הטענה בשלב המוקדם (פס"ד כלפא) כנ"ל לגבי התיישנות, היעדר עילה, סמכות עניינית/מקומית. אלו דברים שברוב המקרים יהיו בהירים בתחילת ההליך .

**השופט גרוניס** אומר מפורשות ב**פס"ד אנשורנס:** מבטא מגמה שמשמעותית בתפיסת ההליך האזרחי- תפקידו ומרכזיותו של ביהמ"ש בפרק הזה של הליך הקדם. גרוניס מרחיב את התפקיד- מתאר את השלב הקדם כשולט בהליך, "אוחז במושכות" , ההליך עובר המרה מהיגיון אדברסרי להיוגיון אינקוויזטורי השופט שולט בהליך , יכול לעורר בעיות, יכול להזמין התייחסויות מבעלי הדין- תקנה 144 לתקסד"א:

**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.**

הפרקטיקה השיפוטית של שופטים בקד"מים: תלוי במדיניות שיפוטית, במידת הריכוז ובאומץ שלהם. יש שופטים שימתינו ליוזמת בעלי הדין ואנו כעורכי דין לא צריכים לחכות ליוזמה של שופטים.

**חקירת עדים בקדם המשפט**- זליגה של מהלכים שאמורים להתבצע במהלך המשפט לקדם המשפט: כמו הגשת תצהירים וחקירה של עדים כבר בשלב הקדם: דבר המשחק תפקיד הכנתי ומהותי בהכנת התביעה, ואמור להתבצע במשפט עצמו.

אפשרות לגבות עדות של בעלי דין כבר בתוך שלב קד"מ המשפט להבדיל מעדות של עד חיצוני- נעשה באמצעות הגשת תצהיר/עדות בע"פ באופן מלא. רוב התצהירים בפועל בפסיקה, הם מסוג תצהיר עדות ראשית. חקירה כזו כמוה כחקירת עד בשלב המשפט. חקירת בעל דין יכולה לעזור להבהרת עניין המחלוקת ויכולה להביא לסיומו של ההליך.

האם קדם משפט נחשב ל- **"החל לדון" כמשמעו בתקנות מסוימות בהקשר של החלפת שופטים:**

**ד"נ כהן נ' אושיות:** השאלה אינה קריטית עבורנו ויש המרימים גבה מדוע ניתן ד"נ בשאלה הזו. האם בפרק הזמן שאחרי סיום הכהונה השופט עדיין יכול להיחשב כמי שהחל לדון בתיק? **שאלה פרשנית לעניין הביטוי: "החל לדון"**. פסה"ד מאפשר לשופטים לנהל שיח בעל היבטים דיוניים. פסה"ד ברוב של 3/2 קבע ש**קדם משפט באופן טיפוסי לא יחשב כהחל לדון.** אולם לא כ"כ קריטי לעניינו. רואים את התדיינות השופטים לעניין מהותו של קדם המשפט ומשמעות הזליגה. דעת הרוב: זה הליך מקדמי ולכן יש משהו מובחן לבין הליך העיקרי. **דעת המיעוט (שמגר)**: מתקשה לקבל את הגישה הפורמליסטית וטוען כי מבחינה מהותית גם אם השופט יורד מתיק מסוים השופט שיבוא אחריו יקבע קדם משפט. כלומר, בשל העומס התוכני של ההליך, הליך הקדם הכרחי עבורם . שמגר מציין הערה חשובה שלמרות ששופט נכח בהליכי הקדם -אין איסור עליו שישב גם במשפט עצמו. בפרקטיקה שופטים יושבים גם בקדם וגם במשפט העיקרי (אין תקנה ספציפית לכך) ומכיוון שהמקצועיות אינה שונה הרי שההליך המקדמי הוא גם בעל תוכן מהותי .

**\*\*\*בסדר דין מהיר** נאמר ספציפית שכדאי שלא ישב השופט שנמצא בשלב הקדם בשלב ההוכחות. מדוע? ההסמכה של השופט בישיבה מקדמית היא הסמכה רחבה יותר ובסדר דין מהיר הדין מנסה להמריץ שופטים לעשות ככל הניתן כדי להימנע מן הצורך בהגעה למשפט ואם שופט ידע שהולך לשבת גם בהוכחות ימנע מלהציע פשרות וזה לא יעודד אותו לנסות ולחסוך את העלות השיפוטית. בדרך של הפרדת השופטים – אומרים לשופט בהליך המקדמי "תרגיש חופשי לנצל את ההליך המקדמי".

214יא. (א) בית המשפט רשאי לקיים ישיבה מקדמית אחת, אם ראה שיש צורך בכך כדי לייעל את הדיון, לפשטו ולהחישו וכדי לברר את הדרך המתאימה ביותר לבירור התובענה.

 (ב) מועד הישיבה המקדמית יהיה, ככל הניתן, לא מאוחר משלושים ימים ממועד הגשת כתב ההגנה האחרון.

 **(ג) השופט או הרשם הדן בישיבה המקדמית לא יהיה, במידת האפשר, השופט או הרשם הדן בתובענה.**

כאמור, בקד"מ משפט יכול להינתן פסק דין. יכול להכריע את התובענה מטעמי סף, יכול להעיד עדים ולכן ההבחנה היא הבחנה מלאכותית .

**תקנה 149- פס"ד מלרן**

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.

בעצם "מעשה בית דין פנימי של קדם המשפט" למשפט. דהיינו, החלטות שנתקבלו בקד"מ מחייבות בהליך העיקרי. מעין "השתק פלוגתא"- מקנה תוקף להחלטות שמתקבלות בקד"מ- קבילות, תיקון כתבי טענות. כלומר, יש דברים שכבר נסגרו. הוראה משלימה מעניינת 149(ב)- יוצרת השתק בפני טענות שניתן היה לעלות בקדם המשפט ולא הועלו. אם יכולת לטעון משהו בקדם משפט – למשל התיישנות, קבילות וכו' לא תוכל לעורר את הטענה בשלב מאוחר. **מטרת הסעיף:** להעצים את שלב קדם המשפט ולהמריץ את הצצדים לטעון כל מה שביכולתם כבר בשלב הקדם. **חריג:** ניתן לחרוג מטעמים מיוחדים/שאלות שליוו את הדין ואין מדובר בעיקרון נוקשה.

**מלרן:** הסדר של 149(ב) גובר על הסדר של תיקון כתבי טענות. כשדיברנו על תיקון כתבי טענות אמרנו כי יש מדיניות שיפוטית מובהקת של ליברליות לתקן כתבי טענות אם זה יקדם את זיהוי המחלוקת . פס"ד מלרן אומר כי תקנה 149(ב) גוברת על תקנה 92- גם אם לכאורה היינו צריכים לאפשר לה לתקן העובדה שלא עוררת את הטענה בשלב קדם המשפט, לא נאפשר לך לתקן. **המסר: היו זהירים בשלב קדם המשפט ומתן יתרון לבעל דין עירני.**

**גילוי מוקדם**

מבחינה כרונולוגית יכולים (ובפועל) מתקיימים במקביל. לעיתים ההליכים המקדמיים מסתיימים טרם ישיבת הקד"מ. הרשת החברתית הסרט על פייסבוק- לא מתרחשת בבימ"ש, הסיטואציה בהווה- מתרחשת בכותלי האוניברסיטה בין הצדדים. **באופן המובהק ביותר רואים שם משפט שלם המתרחש לפני המשפט**. בשיטה הישראלית המוסד שנקרא ההעדה המוקדמת DEPOSITION מביאים את העדים הם מעידים, שני בעלי הדין נמצאים בחדר, יש קלדן שהופך את הפרוטוקול למחייב וכשיש התנגדויות גם זה מתרחש רק שההתנגדויות נרשמות בפרוטוקול ולא ניתן להם מענה אד הוק. כלומר, באופן המובהק יותר (אצלינו לא קיים) משפט שלם שמתנהל לפני המשפט. **הליכים של גילוי מוקדם הנפוצים בישראל:** העברת מסמכים ועיון. שלב הגילוי המוקדם הוא השלב היקר ביותר לניהול ההליך עבור הצדדים- ממושך, הרבה אינטראקציה, חשיפה של מידע. מבחינה פורמאלית נחשב לשלב ההכנה. המטרה שלו להעביר מידע בין הצדדים. אולם **מבחינה מעשית יש לו משמעות אסטרטגית עמוקה**- הוא יכול להשפיע על הסכסוך עצמו. הצדדים עושים שימוש בחשיפה שלו כדי לאמוד בצורה טובה יותר את סיכויי התביעה שלהם ולכן שלב הגילוי יכול להשפיע על ההליך כולו- מאפשר לאמוד את סיכויי התביעה ועצם הגילוי מוקדם מהווה כלי בידי הצדדים לפעול נגד צדדים אחרים. למשל: פגיעה בפרטיות, היכולת שלי לאיים על הצד שכנגד.

יתרה מזאת, לעיתים היכולת לקיים גילוי מוקדם היא התכלית של מגיש ההליך. מטרת התביעה היא להוציא מידע. למשל: בעלי דין שרוצים אך להוציא את המידע ולכן זה רגע משמעותי בתוכנו של ההליך ומכאן חשיבותו לאור הסיכונים אליהם חושף את הצדדים.

בגלל האופי החשיפתי שלו, הגילוי מוקדם משקף את הטענה שעצם כניסתך להליך האזרחי- משהו מן האוטונומיות שלך מופקע ואתה כפוף למערכת דינים שאתה לא לגמרי שולט בה. במובן המעשי, זהו הליך בעל אופי אדברסרי כי הצדדים הם אלה שמנהלים אותו. ההיבט של החשיפה מחד , יביא לגילוי האמת באמצעות העימות מאידך רעיון הגילוי המוקדם- מנגנון של שיתוף פעולה- עליכם לחשוף מידע כלומר יש כיוונים נוגדים שמשחקים תפקיד בפרק הזה של ההליך.

**התכליות של גילוי מוקדם:**

* **יעילות- חשיפת סכסוך, חישוב סיכונים, אסטרטגיות מדויקות יותר לשם ניהול ההליך (אני יודע מה יש לצד השני), צמצום גדר המחלוקת (ייתכן גם הרחבת גדר המחלוקת מחשיפת נתונים נוספים).**
* **פשרות-** כשאני יודע טוב יותר מהם הסיכונים והסיכויים סיכויי ההגעה לפשרה גדלים.
* **רכיב חלוקתי-** גילוי מוקדם משמש להשיג איזון בין בעלי דין שאין שקילות בכוחות היחסיים. למשל: תביעת עובד נ' מעביד. מעביד באופן טיפוסי בעל ידע נרחב יותר- שלב הגילוי המוקדם יקטין את פער הידע.
* אמצעי לוודא אם יש לי טענה מובהקת- לבחון פרקטיקה נפוצה. הגשת תביעה שהבסיס שלה חלש והגילוי המוקדם יכול לאשר או להפריך אותה.

**עלויות/חסרונות ההליך:**

* **ניצול לרעה למשל: התשת הצד שכנגד: היכולת להשתמש בגילוי מוקדם ככלי אסטרטגי במטרה להאט את ההליך .**
* יעילות
* סודיות /פרטיות**-** למשל חשיפת סודות מסחריים.
* **השפעה על צדדים שלישיים- יכול להשפיע על צדדים שאינם מעורבים בהליך עצמו.**

**בפועל המגמה היא תומכת בהליך גילוי המוקדם ויש העדפה לכך שיתקיים כאשר הסיבה העיקרית לסיים כמה שיותר תיקים לפני המשפט.**

**ההסדר העיקרי של גילוי מוקדם בתקנות- 102-122 , 65-66 ו-170 לתקסד"א**

סעיף 66 לתקסד"א- מיד לאחר חילופי הטענות ניתן לבקש **"פרטים נוספים"** על כתבי הטענות.

ההסדר העיקרי אחרי שלב כתבי הטענות :

* הודיות – 102 לתקסד"א- פחות נפוץ
* שאלונים- 105 לתקסד"א- צדדים יכולים להתחכם ולהגיד לא רלבנטי. ביהמ"ש יכול להטיל סנקציות על צדדים שכאלו. נפרט בהמשך.
* **גילוי מסמכים ועיון במסמכים- 112-118 לתקסד"א: המידע שמועבר הוא מידע שבעל הדין שכנגד מייצר במסגרת ההליך ולכן אין יותר מדי מקום להתחכם ומכאן משקלו הרב.**

גילוי כללי (112): העברת רשימה של כותרות המסמכים שיש בידי אשר רלבנטיים לתביעה.

גילוי ספציפי: האם המסמכים האלו והאלו מצויים בידך.

עיון (114)- כל מה שתיארת שיש לך אתה חייב לאפשר עיון במסמכים אלו במידה ותתבקש.

אחת המשימות של בעל הדין המבקש- לדעת מה הוא מבקש.

**תקנה 120- תקנה כללית :**

* **הגיע הזמן לגילוי מוקדם אלו הדברים שאני צריך ורוצה.**
* **כאשר מנסים לגייס את ביהמ"ש לגילוי המוקדם: אם הגילוי המוקדם לא מתקיים באופן רצוני ע"י הצדדים ביהמ"ש יכול לתת צו שיפוטי לביצוע הגילוי המוקדם.**

אם אני פונה לביהמ"ש וביהמ"ש נותן צו לביהמ"ש התקנות מגדירות את השיקולים שישקול ובדרך זו מנהיגים את האינטראקציה בין הצדדים כשהתנאי הבסיסי הראשון במעלה (112) מסמכים הנוגעים לעניין.

112. בית המשפט או הרשם רשאי, לפי בקשת בעל דין, ליתן צו לפי טופס 10, המורה לבעל דין אחר לגלות בתצהיר ערוך לפי טופס 11, מה הם המסמכים הנוגעים לענין הנדון המצויים, או שהיו מצויים ברשותו או בשליטתו ושאותרו על ידו לאחר חקירה ודרישה; בית המשפט או הרשם רשאי לסרב לבקשה או לדחותה לזמן אחר, או ליתן כל צו אחר שייראה לו מתאים, בין דרך כלל ובין לסוגים של מסמכים.

**תקנה 112 קובעת את העיקרון הכללי- גילוי של חומרים רלבנטיים.**

הנחת המוצא שנובעת מעיקרון הרלבנטיות- החובה חלה על כל סוגי המסמכים הן המזיקים והן היעילים ולא ניתן לעשות סינון. (כולל קלטות מדיה וכו'. מבחן משנה שנכנס- קלות ההפקה של המידע. פסיקה בנושא.)

חריגים- מצבים בהם לא יחייבו בגילוי על אף הרלבנטיות:

* שיבוש ראיות
* עקרון ההכבדה- נטל הפקה גבוה, שיהוי.
* עקרון הכבדה- פרטיות.
* פגיעה בצדדים שלישיים

תקנה 120- סוגי השיקולים שצריך כדי לתת צו גילוי מסמכים. יינתן צו אם הצו יקיים **דיון הוגן וחיסכון בהוצאות** .

**פס"ד סויסה:** מצב בו עולה חשש שהגילוי מוקדם יוביל לשיבוש ראיות. תובע נזקי גוף שתובע את חברת הביטוח. חברת הביטוח חקרה אותו בעבר ויש ברשותה תמלילי עדויות של התובע והתובע מבקש את התמלילים של העדות, פשיטא שהרלבנטיות מתעוררת. חברת הביטוח טוענת כי התובע ינסה להתאים את עצמו בהתאם לעדויות הקודמות. ביהמ"ש העליון (לויו) נותן נאום ארוך על חשיבות הגילוי המוקדם אבל **אם יש חשש מבוסס שהגילוי יביא לשיבוש ראיות הרי שהגילוי נסוג. העיקרון הגובר הוא עיקרון חשיפת האמת.**

**מצב נוסף שמתעורר בהקשר של קלות הפקת המידע:**

**עיקרון ההכבדה:** ביהמ"ש רוצה למנוע שהגילוי לא יכביד. אם יש בקשת גילוי רלבנטית אבל בעיית הגילוי תטיל על המגלה טענות משמעותיות יהיו גבולות מעשיים לסוגי גילוי שאנחנו נטיל. **פרשת מחסני עבודה**: (זוהי בקשר לתובענה ייצוגית) עלתה טענה בשם הלקוחות כי הייתה גבייה לא הוגנת של מע"מ ומכאן שרוצים להראות מקור כל נכס ונכס . זהו מידע שהנתבעת לכאורה יכולה לגבש, להשיג את המידע. מחסני ערובה מנגד: 1. הרבה עבודה. 2. מכריח אותה לייצר סוג של מסמך שאין לה, יש לה סכמה של העסקאות שלה והסכום שהיא קיבלה אולם מהבקשה היא צריכה לעשות רישום המקורות של כל נכס ונכס- מידע שלא ברשותה. השופט גרוניס מקבל טענה זאת ואומר **גילוי מוקדם חל באופן עקרוני על מסמכים קיימים, מסמכים שכבר יש בידי בעל הדין / מסמכים שקל להפיקם.** גרוניס רומז להשלכה על ההליך המהותי ואומר כי עוסקים בגילוי מוקדם ואין זה בהכרח סוף הסיפור התובעים יכולים לטעון במהלך המשפט שמחסני ערובה צריכים היו לגבש מידע כזה (נזק ראייתי/הפח"ח) ייתכן כי הדין המהותי יטיל נטלים על העובדה שהמידע היה חסר אבל זו כבר שאלה מהותית. שלב הגילוי המוקדם הוא כשלעצמו לא נועד ליצור חבויות חדשות.

בהקשר לנושא ההכבדה יש פסקי דין שעוסקים בנושא בהקשרים כלליים:

**פס"ד ידיעות אחרונות נ' לוין:** נושא של הכבדה עולה הרבה בתביעות לשון הרע. תביעות לשון הרע בעלות היבט הכבדה משום שאופייה הטיפוסי להציג פרסומים שיש בהם כדי לפגוע/ חושף עלי משהו שלילי. הנתבע ירצה להציג דבריו "אמת דיברתי". היו פרסומים לגבי הבריאות הנפשית של התובעת. ידיעות מבקשת חומרים רפואיים אודות התובעת ומצבה הבריאותי. התובעת טוענת לפרטיות.

שיקול הדעת של ביהמ"ש לעניין הגילוי הרחב- הוא יכול לקבוע את הגילוי ותנאיו. בעל דין מתוחכם צריך לבקש מביהמ"ש צו גילוי שהוא יוכל לסבול.

**פס"ד לפיניצקי:** השופט יצחק עמית (כיום בעליון): טענת ההכבדה- פרטיות, מעלים רכיב נוסף שראוי לשקול בבחינה – מי מעורר את השאלה התובע או הנתבע. **הבחנה בין העלאת טענת פרטיות מצד התובע לבין מצד הנתבע. חזקה כי התובע שניגש להליך השיפוטי ידע/היה עליו לדעת כי יצטרך לחשוף פרטים מהסוג אותו חושש לחשוף כרגע.** תובע הוא זה שיזם את ההליך וחשף את עצמו באופן מודע הבחירה היתה בפניו להחליט לא לתבוע. מי שניגש צריך לדעת שההליך כולל היבט משמעותי של גילוי מוקדם ו**לכן לתובע נאפשר פחות מקום לעלות טענה ביחס לפגיעה בפרטיות שלך שכן היית צריכה לקחת זאת בחשבון.**

הש' עמית מציג פתרונות לבעיות הללו: יוצר רגולציה, ניתן לערוך את הדיון בדלתיים סגורות, ניתן להעביר את המסמכים אך לעו"ד מבלי שמרשו יראה אותה.

מצב שבו הגילוי עשוי להיות רלבנטי, לא מעורר פגיעה בבעלי הדין אולם יוצר **קושי לבעלי צדדים שלישיים.** למשל: מסמכים העוסקים בהתנהלות תאגידים . בתי המשפט מוכנים להתחשב בשאלה הזו וגם זה ישפיע על הליכי הדיון ההוגן. **פס"ד בוקס** (מחוזי חיפה): עוסקת בתביעה שנבעה מהירי בבר נוער. התובעים תובעים גופי פיקוח למיניהם על כך שלא מנעו את הפיגוע והם מבקשים בין היתר, לחשוף את תיקי החקירה של כמה אנשים שהואשמו בעבר בדקירה על רקע הומוסקסואלי. החשש: האנשים שנחקרו באותם עבירות הם אינם המזיקים ומתבקשת חשיפה של חקירות משטרתיות ביחס לאנשים שאינם חלק מההליך בכלל. ביהמ"ש קשוב לטענה הזו ודוחה את החשיפה של המידע ועושה הבחנה בין 3 חשודים : 2 שלא נכשלו בעבירה והוא מתיר גילוי ביחס לאותו ז'ק טייטל הוחלט שהוא זכאי ואינו חשוד עוד. (מעצם הגילוי התובעים ילמדו על התנהגותה של המשטרה בפשעים הומוסקסואליים.)

שיקול דעת רחב לביהמ"ש לבחון את שאלות הדיון ההוגן.

\*טענת שיהוי- הגשת תביעה על סף תקופת ההתיישנות יש פחות גישה למידע וזה נכנס להיבט עקרון ההכבדה.

לסיכום, המקבילית הטיפוסית בשיקול הדעת של הליך גילוי המוקדם היא בין רלבנטיות לדיון הוגן.

**חסיונות וסנקציות**

**תקנה 119** מדברת על תכולתם של חסיונות 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.

בית המשפט במסגרת שיקולים יכול להחליט אילו חסיונות ניתן להתיר. אם יש שיקול שמציק להסיר אותם .

**סנקציות בגין הפרת צו גילוי- תקנה 122+114**

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.

**לא יוכל לעשות שימוש**

122. בעל דין שאינו מקיים צו להשיב על שאלון, צו לגילוי מסמכים, צו לעיון במסמכים או צו למתן פרטים נוספים לפי תקנה 65, הרי אם הוא התובע ימחק בית המשפט או הרשם את תובענתו, ואם הוא הנתבע ימחק בית המשפט או הרשם את כתב הגנתו ודינו כדין מי שלא הגיש כתב הגנה, אלא שרשאי בית המשפט או הרשם להאריך את המועד לקיום הצו

**להורות על מחיקת כתב הטענות של בעל הדין המפר. זוהי אינה סנקציה שוויונית מכיוון שהתוצאה שלה על התובע ועל הנתבע היא שונה. משמעות של מחיקת כתב הגנה: פס"ד בהיעדר הגנה. מחיקת כתב הגנה מקנה לתובע הזדמנות לפסק דין לטובתו ואילו מחיקת כתב תביעה: מוחקת את כתב הטענה ויש בה עלויות אולם היא לא נותנת פס"ד שכנגדך בנפקות מעשה בית דין ולמעשה תוכל להגיש תביעתך בשנית.**

**פס"ד גמבו: עוסק במחיקה של כתב הגנה ומתן פס"ד בהיעדר. סנקציה תקיפה ולכאורה היינו אמורים להטיל סנקציה חריפה יותר על התובעים ולא הנתבעים כי הם אלה שיצרו את התביעה ותקנה 122 תוצאתה הפוכה.**

23/01/12

היבט מקדמי נוסף-**סעדים זמניים**

עיקול זמני, עיכוב יציאה מהארץ, צו מניעה זמני, צו עשה, כינוס נכסים, תפיסת נכסים , הגבלת שימוש בנכס, צו חוסם.

ננסה להמחיש את חשיבות והמרכזיות של הרכיב הזה בכל הליך אזרחי. מדברים על אמצעי שפותח עם התפתחות של ההליך האזרחי. הבעיה שהזמן יוצר לנו בהליך האזרחי- פרק הזמן שלוקח להליך האזרחי מרגע הגשת התביעה ועד סגירת התיק. הזמן הזה הוא זמן מיוחד- המצב המשפטי שבין הצדדים לא משתנה עם הגשת התביעה אבל השתנה מצב העניינים המציאותי שמחוץ להליך המשפטי. הנתבע שהוא בעל הזכות מבחינת המשפט יש לו ידע חדש לגבי מערכת היחסים עם יוזם ההליך (התובע). הפער הזה שנוצר הוא נוצר בגלל קיומו של ציר הזמן עד שיש השתלבות של מצב העניינים העובדתי משפטי. תחילת הדיון הפער בין נורמות דיוניות למהותיות כבר שם רמזנו על הפער שההליך הזה יוצר.

המתח העיקרי: ניסיון לאזן באיזון לא פשוט בגלל הפיצול של הזמן – בין האינטרסים המיוחדים של 2 הצדדים.

**האינטרס של התובע (יוזם ההליך):** אינטרס להליך אפקטיבי כדי שיהיה טעם לנהל את ההליך כדי שהסעד שאקבל באמת יוכל להתממש במציאות. זיקה לרעיון זכות הגישה- דיני הסעדים הזמניים חושבים גם על מתן תוכן לרעיון הערטילאי של זכות הגישה.

**האינטרס של הנתבע (**בעל הדין שכנגד): פגיעה בחירות, פגיעה בזכויות בסיסיות. הנתבע הוא עדיין בעל הזכות על פי הדין הוא עדיין זכאי במובן של המשפט האזרחי. החלטות בענייני סעדים זמניים בד"כ מתקבלות בשלב מקדמי של ההליך של אי וודאות ועדיין ביהמ"ש צריך לערוך איזון. סעדים זמנים אף יכולים להינתן במעמד צד אחד.

זה דין מורכב אינטרסים חזקים של שני הצדדים + חוסר וודאות של ביהמ"ש .

ס' 1 לתקסד"א- **מהו 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;

**"קיומו התקין של ההליך"**- למשל אם בעל דין שכנגד נדרש לצורך ניהול ההליך נוציא לך צו עיכוב יציאה מהארץ. או אם יש ראייה נדרשת ויש חשש שהיא תעלם /תוברח מהארץ. להבטיח את הידיעה שאם אזכה יהיה לי ממי/ממה לפרוע את פסה"ד.

* סעד זמני ככלי אסטרטגי בידי תובעים- אפשרות להפקיע מהנתבע זכויות בטרם נמצא חייב. לעיתים, בהיעדר סעד זמני לעיתים אין טעם להמשך ההליך. נראה מצבים שכאשר לא ניתן סעד זמני התובע מוותר משום שאין טעם בניהול ההליך.
* מצד שני, מצבים בהם תובע מגיש בקשה לסעד זמני הבקשה מתקבלת ודי בכך כדי להביא את הנתבע לויתור. כלומר להכריע את גורל התובענה לטובתו של התובע למשל: הקפאת עסקים, עיכוב יציאה מהארץ וכו'.
* מתן סעד זמני כתמריץ להמשך ניהול ההליך- שלב סיכויי התובענה, צריך להראות עילה עם סיכוי. שלב הבקשה לסעד זמני היא שלב שבו בעלי הדין מקבלים איזושהי אינדיקציה לגבי תפיסתו של השופט את עוצמתה של התביעה ולכן זהו שלב מאוד משמעותי.

הסעד הזמני כאמור בעל מקור היסטורי ותיק מהמשפט המקובל התפתח בפסיקה האנגלית ומשם עבר למשפט הישראלי. כאשר המשפט מזהה צרכים ספציפיים הוא מייצר סעדים זמניים לאותם נסיבות. הפיתוח של הסעדים הוא פסיקתי עם גיבוי חקיקתי מעת לעת. הסוגים העיקריים (בסדר פופולריות):

1. **עיקול זמני**- נפוץ ביותר. העיקול חל על נכס חפצי/חשבון בנק. לא ניתן לעשות שימוש בנכס הזה כל עוד ההליך המשפטי חל. הנתבע בהיעדר סעד זמני יכול להבריח את הכסף.
2. **עיכוב יציאה מהארץ**- הסיבה הנפוצה היא דיני משפחה. אם האדם נדרש לנכוח בישראל לצורך המשך ניהול ההליך.
3. **צו מניעה זמני**- סעד המוטל על בעל הדין נותנים לו הוראה מסוימת. דיני איכות סביבה. משהו שהולך לקרות במהלך ההליך אתה חייב לבקש צו מניעה זמני. יש מצבים שיש התלכדות מלאה בין הסעד הזמני לסופי וזה מעורר מורכבות מיוחדות. למשל התרחשות שאומרת לקרות מחרתיים- הפגנה, ויש לי טענה של פגיעה בפרטיות אני רוצה להגיש תביעה לצו מניעה קבוע אבל בהנחה שהתביעה לא תתברר תוך שבוע אני אגיש גם צו מניעה זמני ואז זהו מצב של התלכדות מלאה בין הסעד הזמני לקבוע. ביהמ"ש ייקח זאת בחשבון שהוא גוזר באותו רגע את גורל התובענה כולה. בנושא של קניין רוחני- מצב של הפרה של זכויות יוצרים- כל אותם מצבים שיש דחיפות. בעצם מתן צו המניעה לעניין הפרת זכויות יוצרים לא אומרת שאותו נתבע אכן העתיק שירים מהנתבע השאלה הזו תידון בהליך העיקרי.
4. **צו עשה זמני**- לא תמנע מעשות אלא "פעל". נתפס כצו חריף יותר. דוגמה להחלטה שהטילה צו עשה זמני פס"ד דהאן (מחוזי): השופט גוסקו, דן במורכבות הסעד. צו עשה לתשלום כסף שזה מקרה חריף משום שהחפיפה בין הסעד הזמני למלא היא מוחלטת. המצב שם היה מצב ייחודי באופן יחסי נטענה שם טענה שהנתבעים ניסו לסחוט את התובעים שלא להגיש תביעה בתמורה לכך שהם יעבירו את הכסף. השופט מפרק את התכסיס בכך שמורה לנתבעים להעביר את הכסף בעת ניהול ההליך . צווי עשה זמניים נוספים: אכיפת חוזה,
5. **כינוס נכסים**- גורם שלישי שיבטיח עד פסק הדין שהנכס ישמור על ערכו- במטרה שהנתבע לא ידלל את שווי הנכס. לדוגמא: מניות, כסף וכו'... לדוגמא: אם מפקחים על בעלות בחברה למשל והיא נסחרת אז יש להמשיך לנהל את המסחר במניות שלה. כונס הנכסים נמצא תחת פיקוח של ביהמ"ש לאורך כל התפקוד והוא צריך לקבל אישור לפעולות מסוימות. יש כאן נסיון לאזן אל מול החשש הנתבע ידלל או יפקיר את הנכס ואנו מצד שני לא רוצים להעביר את השליטה בנכס לידי התובע לחלוטין כי עדיין לא ניתן פס"ד.
6. **תפיסת נכסים** - פס"ד אנגלי משנות ה-70 אנטון קילר, הסעד עוסק בניהול קיומו התקין של ההליך. למשל: ראייה חפצית לאתר את הראיה ולהחזיק אותה אצל נאמן . ממש כמו לתפוס נכס פיסית.
7. **הגבלת שימוש בנכס (צו מרווה)-** במה הוא שונה מעיקול? מאפשר להטיל את צו האיסור לא על הנכס אלא על האדם/הנתבע. מתי יהיה מועיל? פגיעה בזכויות של צדדים שלישיים, נכס לא נמצא בישראל- שני בעלי הדין במחלוקת לגבי נכס שמחוץ לגבולות המדינה.
8. **צו חוסם**- סוג של צו מניעה. קטגורית משנה מצבים שביהמ"ש מורה לנתבע להימנע מניהול תביעה אחרת. סעד במהותו שפוגע בזכות הגישה לערכאות. הסיטואציה הרגילה- כשיש חשש שהנתבע יעשה שימוש בפורום אחר כדי לסכל את תכליות ההליך שהחל בישראל . התובע חושש שהנתבע כדי לסכל את עניינה של התביעה יגיש תביעה בפורום אחר .

פס"ד מעניין שעוסק בסעד חוסם מטיל **צו חוסם קבוע** (לא זמני) על בעל דין קבוע השופט בבית משפט לענייני משפחה בירושלים: תובע טרדן שכל הזמן מגיש תביעות ללא הפסקה. זה אדם שהורשע בהתעללות מינית בבתו. בתוך הכלא הוא היה מגיש תביעות נגד כל השכנים של אשתו ובתו ובכל תביעה כזו היה מספר את סיפור התקיפה המינית ובדרך זו היה מפיץ את הידיעה כדי לפגוע במשפחתו. הבת ניסתה להשיג סעד שלא יאפשר לתביעה להתחיל כדי לא להפיץ את הסיפור . ביהמ"ש מקבל טענתה ומטיל צו חוסם על התובע.

**\*\*\*סעד זמני הוא מנגנון לטובת התובע. נתבע לא יכול להגיש בקשה לסעד זמני.** הבטחת ערובות לצורך פסיקת הוצאות במידה והתובע יפסיד במשפטו זו פרוצדורה אחרת.

עשינו היכרות כללית עם סוגי הסעדים הזמניים, כעת נדבר על הדין באופן משמעותי ונראה כיצד הוא חל.

**מקור הסמכות ליתן סעד 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, יש שאומרים רחב מדי אבל ההסמכה נגזרת מסעיף זה ולא מהוראה כלשהי בתקנות. הסמכות ליתן סעדים זמניים נגזרת מסעיף זה. חשוב להוציא את הסמכות מחוק זה כדי שתהיה סמכות מתוך חקיקה ראשית. מדוע? סעד זמני בהגדרתו פוגע בזכות חוקתית. הסעדים הזמניים מקבלים תוקף מכח פסקת ההגבלה.

2 עולמות החקיקה הנוספים הרלבנטיים:

* + - 1. **חוקי היסוד** מאז 92 דיני הסעדים הזמניים שינו נתיב מעט לכיוון של הגנה יתרה על הנתבעים.
			2. **תיקון מס' 6 לתקסד"א מ- 200**1: עשה רפורמה קודיפיקטיבית בדיני הסעדים הזמניים בישראל. רפורמה וניסיון לשחזר את הדין הקיים בפסיקה- כולל עידונים והבהרות. ויש גם הסדרים ספציפיים: פרק לעיקול וכו'. לא לכל הסעדים יש פרק ספציפי .

מבנה ההסדר החדש

חלק כללי- החל על כל הסעדים הזמניים הקובע מנגנון אחיד על כל הסעדים.

חלק ספציפי: הסדרים לכל סעד וסעד זמני שהוא בצורת פרקים ספציפיים. לא כל הסעדים מופיעים שם – לא לכל סעד יש פרק ספציפי ולכן נשאר היבט של משפט מקובל (אין פרק של צווי מניעה או צו עשה אבל יש לביהמ"ש סמכות לתיתם בכל מקרה (גם בגלל שסעיף 75 מזכיר אותם).

**הדיון יתרכז בפרק הכללי: תקנות 360- 373:**

חשוב להכיר את הפרקים הספציפיים בין היתר כי הם כוללים גם היבטים כלליים. נדון בפרוצדורה- האופן שבו הסעד הזמני מושג ואח"כ בטעמים ובשיקולים שאותם ביהמ"ש יבחן כדי לתת סעד זמני.

**פרוצדורה**

. 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.

לפרוצדורה יש היבטים מהותיים. **מתי ניתן להגיש בקשה לסעד זמני**? ניתן להגיש בקשה בכל רגע במהלך התביעה. המועד המקובל /המומלץ- בעת הגשת התביעה. כי מאותו רגע הנתבע יודע שיש כבר תביעה ונפתח הפתח למניפולציה מצידו. תקנה **363** מרחיבה את הגבולות ומאפשרת להגיש בקשה **בכל עת ובנסיבות מוגבלות אפילו לפני הגשת התביעה**. יכול להתעורר באופן טיפוסי במצבים בהם אני מגלה שהזכות שלי מופרת ברגע זה ומיד אני רוצה להגיש את התביעה. עריכת התביעה תיקח זמן ועד פרק הזמן הזה אני רוצה לבטח את עצמי. ההרחבה מהכיוון השני **363 (ב)** התובע יכול לבקש את הסעד הזמני **אחרי מתן פסה"ד.** מחשש שעד המימוש של פסה"ד הנתבע יעשה משהו כדי לא לממש את פסה"ד.

**הליך לבקשה לסעד זמני** בקשה בכתב המגובה בתצהיר. תקנה 365. משמעות התצהיר: כדי שתגיד אמת כי אתה הולך לגרום לביהמ"ש לפגוע בזכות ממשית. שנית, זהו שלב מקדמי והתצהיר מספק מידע אודות ההליך .

הרבה פעמים שמגישים תביעה שלצידה סעד הזמני הבקשה לסעד זמני תהיה מנומקת יותר ומלאה בראיות.

**כיצד תידון הבקשה?** במעמד שני הצדדים, יקבל את תגובת הצד שכנגד (כמו בכל בקשה) ואז יחליט. תקנה 366: **מתירה לביהמ"ש לדון בסעד זמני במעמד צד אחד.** אם ביהמ"ש נותן החלטה במעמד צד אחד הוא מיד יודיע לצד השני ויזמין אותו להגיב ויכול להיות שביהמ"ש תוך יום יגיע למסקנה שצריך לבטל את הסעד הזמני.

**הרכיב הנוסף שהוא חלק אינהרנטי- חובת התובע להמציא בטוחות להטבת נזקו של הנתבע** כאן מופיע איזון מרכזי בין האינטרסים של שני הצדדים. דורשים מהתובע לשאת על עצמו את הסיכון אם הוא יפסיד במשפט. התובע צריך לעשות חישוב של סיכונים וסיכויים לפני הגשת התביעה. בסעד זמני זוהי חובה (תקנות 364-365).

3 סוגי בטוחות: 1) **התחייבות עצמית** (חובה)- מסמך שבו התובע אומר "אני מתחייב לשאת ..אם מתברר שאני מפסיד בתביעה". פס"ד אריאל (אנגלרד) לפני תיקון 2001- מתאר את ההתחייבות כמסמך חוזי בו התובע מתחייב לפצות את הנתבע על נזקיו. 2)**מגובה בכתב ערבות** (ביהמ"ש יכול לפטור בעל דין מהוצאת כתב ערבות)- מישהו שאומר אני ערב להתחייבות העצמית של התובע (גיבוי מתאגיד/בנק/קרוב משפחה). 3)אופציונלי- **ערבון**- בטוחה חפצית. אתה מפקיד בביהמ"ש נכס/סכום כסף. מטילה נטל מוגבר על המבקש. ברירת המחדל היא 50,000 ₪ .

מתחילים עם התחייבות עצמית ביהמ"ש צריך להתיר כתב ערבות ולאשר בקשה לערבון רק במקרים שהוא רואה לנכון.

הערה חשובה: בתקנת ההגדרות סעיף 1 לתקסד"א: "ערבות" ו"ערבון" כוללות את המילים "ערבות בנקאית". כלומר, ערבות בנקאית יכולה להיחשב כערבות או עירבון ויש כאן אי בהירות וביהמ"ש מטיל על בעל הדין להגיד למה התכוון מאחר שאופן הפירעון הוא שונה.

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

**הפסיקה נתנה להגדרה זו מעט פרשנות**: כשמדברים על פקיעת התובענה לסעד זמני הכוונה לסיומה ללא פס"ד לטובת התובע.

ע"פ תקנה 371: ביהמ"ש רשאי להורות על חילוט הערבון אם ראה שנגרם נזק עקב הסעד הזמני, והבקשה לסעד זמני לא היתה סבירה בנסיבות הענין. ולכן בענין הערבון יש מעין תוספת של **דרישת התרשלות שכזו.** בוחנים האם הבקשה היתה ראויה או לא בתחילת התביעה.

*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'..

**הבטוחה הזמינה ביותר תשוחרר רק אם היתה התרשלות של התובע**. תנאי זה לא מופיע בענין של מימוש ההתחייבות העצמית שהוא אוטומטית ונמצאת למצבים בהם לא ניתן לחלט את הערבון כי היה נזק ללא התרשלות אבל כאן יידרש הליך שהוא כמו הליך לתביעה לפיצויים בגין הפרת חוזה.

לכל בטוחה יש את הליך המימוש שמאזן את העוצמה שלה- קשה לממש את הערבות העצמית אבל היא לא כוללת תנאי של התרשלות.

תקנה 371(ב) היא ההוראה המדגישה את זה ואומרת כי חילוט הערבון כשלעצמו לא גורע מזכותו של הנתבע לתבוע נזקים נוספים. המשמעות היא בעצם מרחיבים את תמונת הסיכון של התובע שמבקש סעד זמני- אני חושף את עצמי לתביעה .

**פס"ד סחד שירותי ים** (קודם לתיקון 2001) התובע חושף את עצמו לתביעת נזיקין, תביעה ברשלנות על נזקים שנגרמו לנתבע מן הסעד הזמני.

**למה אצטרך תביעה בנזיקין כאשר יש לי את ההתחייבות החוזית הבטוחה?** התשובה בפסיקה היא כי דרך המלך היא תביעה על בסיס חוזי. תביעה בנזיקין תהיה רלבנטית כאשר התובע זכה במשפט ולכאורה התנאים למימוש הבטוחות לא חלים. תביעה לתשלום סכום ביחס להערת נכס מיובא התובע מבקש להטיל עיקול על כל הנכס שמצוי במחסן מסתבר בדיעבד שהזכות שלו הייתה לחלק קטן מן הנכס. תובע זהיר יכול היה לבקשת הטלת עיקול על חלק מהמלאי והוא ביקש להגביל את השימוש בכל המלאי כולו. התביעה הייתה נכונה והוא היה זכאי, **כלומר התובע ניצח אבל הנתבע רוצה לתבוע על אותם נכסים שלא היה צורך לעקל אותם.** מאחר והתרשל בבקשת סעד זמני לא ראוי- עיקול רחב מכפי שהיה צריך. סוג דיון של מידתיות חוקתית- **סעד זמני שלא יעלה על הנדרש ואם ביקשת ברשלנות ולא ביררת את היקף התביעה שלך ביחס לנכס המעוקל (הסעד הזמני) הרי שפגעת בזכות ותהיה חייב בנזיקין**. התובע לא סתם התרשל אלא עשה זאת במכוון- האינטרס להטיל עיקול מלא היא דרך לסחוט את הצד השני- לסיים את ההליך לטובתו של התובע בשלב מוקדם.

**שיקולים טעמים ואמות מידה שמפעיל ביהמ"ש בהחלטה ליתן סעד זמני:**

**השיקולים מוגדרים מפורשות בתקנת הבריח 362**

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.

**משקפת שיקול דעת רחב**: התקנה ועוד כמה הסדרים בתוך הפרק מנסים להטוות זאת במידה מסוימת.

רואים בהסדר 5 רכיבים: 2 תנאים הכרחיים למתן סעד זמני (חייבים להתקיים), מעליהם מרחפים 2 שיקולים שביהמ"ש צריך לקחת בחשבון ומעל כל זה מרחף עקרון חוקתי.

2 התנאים בלעדיהם אין: 362(א) : **1) קיומה של עילת תביעה 2) עקרון ההכבדה**- המבקש צריך להראות שללא מתן הסעד הזמני עלול להיגרם נזק להליך. (לא מופיע בתקנה מפורשות אולם כל סעד דורש את התנאי הזה וכל אחד מציב רף טיפה שונה). בהינתן שיש עילה ויש חשש להכבדה עוברים ל2 השיקולים:

1. **מאזן הנוחות**- עושים איזון של עלות מול תועלת . כמו מבחן המידתיות השלישי בחוקתי- יחס נזק מול תועלת. **פס"ד מרכנתיל נ' אמר**: מצב שבו זוג זקנים שמגישים תביעה נגד הבנק מגישים צו מניעה זמני נגד פינוי המגורים. ביהמ"ש מתרשם מפער הכוחות ומחליט לא לתת סעד זמני בנוגע לדירת המגורים משום שמאזן הנוחות נוטה לטובת הקשישים- לא להוציאם מביתם. **ככל שהעילה חזקה יותר נדרוש פחות במישור מאזן הנוחות ולהיפך.**
2. **תו"ל, צדק, מידתיות:**  362(ב)(2). **פס"ד שפר**: האם בבקשה לסעד זמני המבקש מקיים דרישות אלו? תובע שמגיש בקשה בלי לחשוף את מלוא המידע, פועל בשיהוי לא סביר.

**השיקולים הללו משקפים את אחריות ביהמ"ש- את הרצון של הדין לגרום לביהמ"ש להיות זהיר בהחלטותיו.**

**העקרון החוקתי-** עד כמה העובדה שאנו חיים בעידן של זכויות חוקתיות משפיע על השיקולים של ביהמ"ש. **פס"ד ויסגלס:** התחום הקלאסי שבו נושא זכויות האדם נכנס לסעדים הזמניים- עיכוב יציאה מהארץ. ביהמ"ש בוחר לפרש את הסמכות להוציא עיכוב יציאה מהארץ באופן מצומצם כך שתגלם את השמירה על הזכויות החוקתיות. עיכוב יציאה מהארץ של אזרח זר. במצב כזה נטיל מגבלות בגלל המשטר החוקתי שבו אנו חיים. אחרי התיקון הגישה הזו עוגנה בתקנות בנוגע לעיכוב יציאה לארץ לתושב זר. גילום נוסף של ההיבט החוקתי: בהקשר לצו עיכוב יציאה מן הארץ (384) נושא ההכבדה מנוסח שם באופן קיצוני יש חשש שיציאת הנתבע מהארץ תכביד באופן ממשי. רק אז יוצדק מתן סעד כזה.

**בתי המשפט לפעמים שוכחים להפעיל את אחת מהדרישות, לעיתים שוכחים לדרוש הפקדת בטוחה וכו. כמובן שתפקיד עו"ד של הנתבעים לוודא שכל הסעדים הללו נתבעו וכל התנאים התקיימו.**

**למפגש הבא: פריטים 4(ג)-(ד):** להתמקד בפסקי דין 1-2 ב-ג' ובד' נרחיב על התובענה הייצוגית (אנו מדלגים על פריטים א' ו-ב)

2 דברים קטנים לפני שנסיים: נותרו 2 מפגשים: בשיעור הבא: פריט 4 : המשפט- הליכים מרובי משתתפים נדבר על נושא התובענה הייצוגית. הודעת צד ג'.

המשמעות : מדלגים באופן פורמאלי על איחוד עילות, צירוף בעלי דין (יזכיר זאת), פיצול עילות סעדים .

30/01/12

במפגש הקודם דנו בסעדים זמניים. ארונסון נשאל על הקורלציה בין סעדים זמניים להחלטות סופיות? השאלה היא מעניינת. לא מכיר מחקרים בנושא. אולם, נגענו בכך כשדיברנו על כך שהסעדים הזמניים עשויים ליצור תמריצים לפשרה.

היום נעבור לפרק האחרון של הסילבוס

**המשפט**

נעסוק בהיבט מסוים של הליך המשפט הוא **היבט הצדדים**- תופעת ההתרחבות וההתרבות של הצדדים. לא עוד המבנה הסכמטי הבסיסי ביותר של הליך משפטי- א' מול ב' שדרכו ניתחנו את ההיבטים השונים בקורס. **נדבר על עידן הליטיגציה מרובת המשתתפים.**

**דוקטרינות בסיסיות**

**מודל רב משתתפים של הליך אזרחי:**

* שיקוף של החיים האזרחיים-הכלכליים המודרניים- יותר חוזים בהם מעורבים יותר משני משתתפים, עולם חוזים אחידים מפותח, עולם הנזיקין – יותר מזיקים שמזיקים ליותר אנשים, ייצור המוני של מוצרים- השפעה על קהילות שלמות.
* ככל שיש יותר משתתפים יש יותר ליטיגציה ואז גם למערכת יש אינטרסים לפתח כלים מוסדיים שיאפשרו להחיל ככל שניתן כמה שיותר מעורבים בהליך אחד משותף.
* הרצון להימנע מבזבוז ומהליכים חוזרים- דיברנו על מעשה בית דין ככלי לחיסכון ההתדיינות ונראה כי גם מודל זה משרת את המטרה.
* המשפט הוא זה שמרבה את הצדדים המשתתפים- העידן החוקתי כעידן שמעצים את זכות הגישה- ביהמ"ש אמור לקבל פניות ולאפשר ליותר אנשים להגיע לבימ"ש ולכלול צדדים שלא תמיד היו מגיעים להליך.
* תופעה של "ידיד בימ"ש"- המצאה של המשפט המקובל שמאפשרת לאדם שאין לו חלק בסכסוך עצמו לבוא ולהתייצב כדי לספק תשומה נוספת: חוות דעת. בישראל, פחות נפוץ. אולם, יש ערכאות נמוכות שכן מאמצות זאת.

Amicus curiae: פסה"ד איחוד המשפחות- 2 עתירות: 2006 ו- 2011 ב2006 התייצבה בבג"צ עמותה כידיד בימ"ש כדי להציג את הטיעון הדמוגרפי. ההליך התנהל על בסיס החלטה של המדינה על פי התכלית הביטחונית- מניעת הסתננות של עברייני ביטחון והייתה קבוצה (העמותה) שרצתה להגיד רגע יש תכלית נוספת שהצדדים לא הציגו אותה.

לסיכום כל אלה, ממחישים את הצורך בפיתוח הכלים לעריכת דיונים רבי משתתפים.

נזכיר את ההליכים העיקריים : **תקנות 21-24 לתקסד"א- צירוף בעלי דין**

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.

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.

**הדרישות: זיקה עניינית בין בעלי הדין (מעשה אחד, שאלה משותפת, דמיון עובדתי/משפטי), מפרשים את התקנה באופן ליברלי: "אם יש סיבה..." ביהמ"ש יאפשר את הצירוף של בעלי דין נוספים.**

23. ראה בית המשפט או הרשם שהצירוף עלול לסבך או להשהות את הדיון, רשאי הוא להורות על הפרדת הדיון או על דרך דיון אחרת.

**תקנה 23: ביהמ"ש יכול להחליט לפצל אם יחליט כי מדובר בצירוף מלאכותי שמסרבל את ההליך.**

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.

**תקנה 24: צירוף נדיר יותר, אחרי קביעת גדר המחלוקת. מצבים לדוגמא:**

1. **תובע ירצה לצרף תובע נוסף** לאחר שהחל את ההליך כשיראה שהעלויות גבוהות ורוצה שמישהו יישא איתו את עלויות ניהול ההליך או לצורך חיזוק טענה משפטית.
2. תובע שרוצה לצרף נתבע בגלל שהוא "כיס עמוק".
3. **נתבע עשוי לצרף תובע נוסף-** נתבע שיודע שיש עוד כמה תובעים בסיפור ויש לו אינטרס לסיים את העניין במסגרת הליך אחד. הידע העודף שיש לנתבע לגבי התובעים שלו. נתבע שהזיק עשוי לבקש לצרף תובע כדי לסכם את הסכסוכים במסגרת הליך אחד אם הוא יודע כי צפויה לו תביעה כזו בעתיד. אולם אי אפשר לכפות מאדם להיות תובע. יש לבקש את הסכמתו ואת הסכמת ביהמ"ש.
4. **נתבע שירצה להכניס נתבע נוסף:** דרך המלך היא הודעת צד ג' . אותם מצבים בהם נתבע אחד יכול לגרור נתבע נוסף להליך.
5. **צירוף מישהו חיצוני-** אדם שיודע על ההליך ומבקש להתייצב בין כתובע או בין כנתבע זה לא ידיד בימ"ש משום שלידיד אין אינטרס בתביעה. במקרה הזה, יש אינטרס. התקנה מתירה זאת וראינו מצבים בהם נעשה בזה שימוש. **פס"ד גיל נ' בנק דיסקנט:** שימוש במנגנון זה כדי להתיר הליך של הגנה נגזרת: לייצג את האינטרסים של החברה למרות שהוא לא החברה עצמו. אדם חיצוני שלא התובע ולא הנתבע זימן אותו מעוניין להיכנס להליך כי הוא בעל מניות שטוען שהחברה לא מתגוננת כראוי.

**(במאמר מוסגר)"טען ביניים"-** הליך שבו אדם/ גוף יודע שיש לכמה אנשים תביעות כלפיו ואיננו כופר באחריות אבל הוא רוצה לדעת למי חייב, הוא יכול ליזום הליך בעצמו. הנתבע יכול להזמין תובעים פוטנציאליים ולבקש מביהמ"ש לקבוע כלפי מי הוא חב. הסדר שיפתור בעיותיו כלפי נתבעים פוטנציאליים. **באותם מצבים שהוא יודע כי ממילא חייב לשלם. זה כמו תביעה לכל דבר.**

**פס"ד שושנה נ' חפציבה**: מדובר בכמה רוכשים של דירות, כולם תבעו את חפציבה ונשאל האם ראוי שיקיימו את ההליך יחד למרות שיש הבדלים מסוימים בתביעות שלהם. הטענה הזו מתעוררת באופן חזק מאוד בתובענה ייצוגית. במקרה זה ביהמ"ש דוחה את טענת הנתבעת וקובע כי התביעות דומות מספיק כדי שידונו בה ביחד, אבל אנחנו רואים שזו דוגמא לטענה אפשרית. פיצול עשוי להחליש את העמדות של חלק מהתובעים (מבחינת חשיפה למידע, למשל, או יכולת כלכלית לניהול הליכים) ולכן יש לנתבע אינטרס למנוע איחוד. השיקול העיקרי של ביהמ"ש הוא שיקול של יעילות מנהלית.

זה הבסיס של צירוף בעלי דין ממנה נצא לדוקטרינות המורכבות יותר:

**הודעת צד ג'**

**המנגנון הראשי (לא היחיד) שבמסגרתו נתבע יכול להוסיף נתבעים נוספים להליך.**

**מצב קלאסי:** מצב שבו הנתבע המקורי טוען שאם יפסיד וימצא חב, יש מישהו אחר שצריך לשאת בחבות תחתיו.

**העיקרון:** מרגע שצד ג' מצורף להליך, הוא חלק מן ההליך והוא כבול לתוצאות ההליך. **העיקרון הבסיסי:** הגינות הדיון. אם הוטלה חבות על אותו צד ב' שהכניס אותך להליך אתה כבול לתוצאות. ניתן לכנות זאת "תביעה על תנאי" (זוסמן): "תובע את ב' שמזמן את צד ג'. לב' יש זכות כלפי ג' בתנאי שמפסיד במשפט הראשון. "

**מסירת הודעת צד ג:** בד"כ הודעת צד ג תוגש בסמוך להגשת כתב הגנה. במקרים בהם לא יגישו הודעת צד ג' צמודה לכתב הגנה, זה יהיה מסובך יותר.

**תקנות 216-223:** מתייחסים לצד ג' כנתבע לכל דבר, מן ההתחלה יש לו זכויות דיוניות כמו לכל נתבע- מלוא הזכויות, הגשת כתבי טענות, הליכים מקדמיים, הבאת ראיות, חקירת עדים וכו'.

**אם צד ג' מתנגד לצירופו לתביעה:** יטען זאת בכתב ההגנה במסגרת הטענות המקדמיות.

תקנה 216: תקנה המרכזית בהסדר: המצבים הקלאסיים בהם הודעת צד ג' תישלח. הזכות להודעת צד ג כנקודת מוצא היא אוטומטית.

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.

**ישנם גם מצבים בהם צדי ג' יגישו הודעה לצד ד'. לעיתים אפילו צד ה'.**

**"לכל אדם"** -מצב בו נתבעים שולחים הודעות צד ג' לנתבעים שהם כבר צד להליך. נתבע 1 שולח הודעת צד ג' לנתבע 2 ונתבע 2 שולח הודעת צד ג' לנתבע 1.

ביהמ"ש מקבל הסמכה לקבוע את האופן שבו ההליך ינוהל. המבנה הטיפוסי- שאלת החבות של צד ג' תמתין עד להכרעה הסופית. אולם לא תמיד לעיתים ידונו בשאלת החבות של צד ג' מראש כדי להקל על ההליך.

**נראה מדוע לנתבע יש אינטרס להגיש כנגד נתבע אחר הודעת צד ג:**

**פס"ד בוהרון:** תובע התובע 2 נתבעים. עובד שנפגע בתאונת עבודה ותובע מעסיק ישיר ועירייה. לטענת התובע, כל אחד מהנתבעים חב כלפיו באופן ישיר עבור אותו נזק גוף שנגרם לו. העליון: אין תפקיד להודעת צד ג' התובע תובע לזכות מלאה כלפי כל אחד מהנתבעים לכל אחד אחריות עצמאית כלפיו. ס' 84 לפקנ"ז עוסק בכך ומסמיך את ביהמ"ש לחלק את האחריות ביניהם (שהרי אין כפל פיצוי בגין אותו נזק בנזיקין). בהליך כזה ביהמ"ש צריך לפסוק נגד כל אחד מהנתבעים.

**פס"ד מנורה נ' איילון:** מסובך יותר ולכן הוביל את המחוזי לכלל שגיאה כפי שקובע העליון. סכסוך בנוגע לתוקפו של חוזה ביטוח. תובעת- חברה שמבוטחת ע"י חברת ביטוח , חוזה הביטוח נעשה באמצעות סוכן ביטוח. פועלים מול סוכן ביטוח באופן נפוץ אינו עובד של החברה המבטחת אלא מקשר בינינו לבין חברת הביטוח. לתובעת נגרם נזק והוא מבקשת את הפיצוי על פי חוזה הביטוח, המבטחת (מנורה) טוענת שיש אי סדירות בחוזה והיא מסרבת לשפות את התובעת בטענה שמקרה הנזק אינו נופל בגדרי הכיסוי הביטוחי. התובעת שכועסת על הבעיות הניסוחיות בחוזה תובעת את הסוכן (נתבע 2). היא טוענת כי הציג לה מצגים שונים במסגרת המו"מ. לכאורה, 2 נתבעים כמו בבוהרון חברת הביטוח וסוכן הביטוח. במסגרת ההתגוננות של המבטחת מן התביעה הזאת היא כוללת בהגנה את הטענה: סוכן הביטוח הפר חובות נאמנות שהיו לו כלפי המבטחת. כלומר טענה שנטענת כלפי הסוכן ביהמ"ש המחוזי מכריע ואומר הטענה נכונה באמת הייתה הפרה של חובת הנאמנות ולכן אני מוצא אחריות ומחלק חצי חצי לכאורה מקרה בוהרון. **העליון: החבות שהוטלה על הסוכן לא נבעה מן הזכות שנתבעה כלפיו, היא נבעה מהפרה שנבעה ממערכת היחסים בין הסוכן למבטחת (2 הנתבעים בהליך). כדי להטיל חבות על אותו סוכן יש צורך בהודעת צד ג' כדי שאותו נתבע (הסוכן) יוכל להתגונן. ביהמ"ש העליון מדגיש את הזיקה בין ההיבטים הפרוצדוראליים למהותיים. לא די בלטעון את הטענה של הפרת חובת הנאמנות אלא יש להכניס את הטענה למסלול הראוי. בהתגוננות של הסוכן היה צריך לדעת שמתגונן מפני טענות מהסוג הזה וזאת ידע רק אילו היתה מוגשת נגדו הטענה בהודעת צד ג'.**

חלופה להודעת צד ג': תביעה כלפי אותו נתבע. למשל: החברה המבטחת תתבע את הסוכן בדיעבד.

 **תובענה ייצוגית- מקרה מובהק של צירוף תובעים רבים**

מאפיינים:

* נתבע אחד גדול יותר או פחות ומולו תובעים רבים. פער המתבטא בכח/יכולת כלכלית/ נובע מסוג ההתנהלות העסקית. למשל: תובענה ייצוגית נגד חנות מכולת לא מוסד גדול אולם בעל הרבה לקוחות.
* הזכות של התובעים יחסית מצומצמת בהיקף השווי. אנשים רבים בעלי זכויות גדולות . קטנות מדי. כאשר ניהול התביעה לא משתלם.

הסיבות/ המקור לפיתוח מנגנון כזה:

* + 1. בעיית הפעולה המשותפת- ככל שהקבוצה גדולה ושווי התביעות קטן קשה יותר להתנהל במשותף. ככל שיש יותר אנשים קשה יותר להחליט.
		2. השווי של ניהול ההליך
		3. תכלית הפיצוי - אנשים שלא היו מגישים תביעות מגישים אותן באמצעות המנגנון.
		4. תכלית המניעה - בהעדר אפשרות מעשית לתביעה אישית, התובע יודע שהוא בפועל חסין מתביעה ולכן יעדיף לפגוע. בד"כ דווקא אלו שחסינים מתביעה הם שמזיקים להרבה יותר אנשים.

הכלי הדיוני- העוצמה של ההליך:

איך הפעולה של הנציג תצליח לחייב את כל חברי הקבוצה?

מאחדים את כולם ויוצרים "השתק עילה". סעיף נסתר בחוק תובענות ייצוגיות. ס' 24 לחוק תובענות ייצוגיות- פס"ד בתובענה ייצוגית יהווה "מעשה בית דין". המשמעות היא שלא יוכלו לצאת ולתבוע בשנית – זה הכוח האמיתי שעומד מאחורי התובענה.

**התכליות (ס' 1 לחוק):**

1. **תמריץ למימוש זכות הגישה-** היבט של הפעלת תמריצים על נתבעים- בהיעדר התובענה הייצוגית, הנתבעים הפוטנציאליים יעדיפו לא לתבוע. מצב הוא אירוני דווקא החסינים מתביעה הם המזיקים ליותר אנשים (נזקים קטנים יותר).
2. **הרתעת מזיקים-** אותם מזיקים גדולים: יצרני מוצרים בתפוצה המונית, ספקי תוכן ושירותים שבד"כ עובדים מול הלקוח הקטן. המדינה שפועלת כל הזמן מול אוכלוסייה עצומה היו הכי חסינים מתביעה בהיעדר המנגנון של תובענה ייצוגית.
3. **אכיפה-** תובענה ייצוגית ככלי אכיפה- כלי לאכיפת הדין אצל גורמים בכירים במשק.
4. **כלי למימוש זכות הגישה**- הבנה שאם הזכות שלי היא קטנה מדי לגשת לבימ"ש הרי שנפגעת הזכות לפנות לערכאות. החוק יוצר את המסלול דרכו האדם יוכל לממש את זכות הגישה שלו.
5. **ניהול הוגן יעיל וממצה של תביעות**.

**בבסיסו רעיון הפיצוי מחד אל מול רעיון האכיפה וההרתעה מצד שני.**

**חוק תובענות ייצוגיות**: חוק מודרני מ-2006 . 2 אינדיקציות לכך:

1. אורך החוק, חוק פרוצדוראלי מאוד ארוך. החקיקה עוברת תהליך מודרניזציה של יותר ויותר פירוט.
2. סעיף 1 שלא היינו רואים בחוקים בעבר- סעיף מטרת החוק.

**היסטורית החוק:**

1. סבוכה. לפני 2006 הייתה תקנה 29 לתקסד"א (עדיין קיימת) מעת לעת היו ניסיונות לעשות בה שימוש לצורך הגשת תובענה ייצוגית. יש שם 3 משפטים לעומת החוק החדש הארוך. לאורך השנים החקיקה הוסיפה הסדרים ספציפיים: ני"ע, חברות היוצרים הסדרים ספציפיים.
2. יש תובענות ייצוגיות שהתחילו בדין שקדם, אבל לפי פסק דין EBI ראינו שהעליון אומר שהחוק תובענות ייצוגיות הוא דיוני ותקף אקטיבית ולכן תובענות שהתחילו לפני החוק כפופות להסדר החדש. בית המשפט העליון תוהה האם הדין שפותח לפני עדיין רלוונטי כיום לאור ההסדר החקיקתי החדש. הקו הכללי (שאיננו חד משמעי) אומר שהעקרונות שגובשו לפני החוק עדיין קיימים.
3. לפי בית המשפט ורוב המלומדים – המטרה העיקרית של החוק הייתה לבצע ליברליזציה של הכלי ולהפוך אותו לנגיש יותר – בין היתר שכן הוא קובע רשימה של עילות שניתן לתבוע בגינן בתביעה ייצוגית. מדובר בשאלה אמפירית שיש להוכיח אותה.

**העליון תוהה לפעמים עד כמה הדין שפותח קודם לכן עדיין רלבנטי היום לפירוש הסטטוטורי החדש הנטייה היא להגיד שמה שנאמר לפני החוק לא בטל לגמרי והתכליות עדייו תקפות ולכן רואים פסיקה שנסמכת על פרשנות שניתנה בעבר.**

לפני שנכנס להסדר בצורה מובנת, נעיין ברכיבים העיקריים שלו דרך הסתכלות / מחשבה על שלושת בעלי העניין בפרשה הזאת – בתובענה הייצוגית. זהו כלי מורכב הנוגע באינטרסים מגוונים של השחקנים העיקריים בפרשה. תובענה ייצוגית, במהותה, סוטה מהמבנה הרגיל של שני אינטרסים עיקריים הפוגשים זה את זה.

המבנה: שמים משני הצדדים את בעלי הדין הקלאסיים: סך התובעים VS הנתבע. **ויש שחקן נוסף**- אותו תובע **הנציג,** המעורר הרבה עניין ואתגרים.

**הקבוצה המיוצגת**: מצויים במצב מורכב, יכולים להיות המון אנשים, לא ינהלו את ההליך ולמרות זאת יהיו כבולים בתוצאת ההליך. כלומר, מטילים תוצאה שייתכן ותהיה נגדם (ההליך עלול להסתיים בהפסד) מבלי לזכות ב"יומם בבית משפט". ההסדר לוקח זאת בחשבון וכולל שורה של מנגנוני הגנה כדי לוודא שהאינטרס שלהם יוצג בוודאות.

**ההגנות העומדות לקבוצת הנתבעים**:

* **אישור תובענה:** בחינה האם האינטרסים של הקבוצה כלולים בתובענה🡨 תובענה ייצוגית צריכה אישור להבדיל מתביעה רגילה. הנתבע יפעיל את מירב משאביו כדי להתנגד לקבלת האישור.
* **סעיף 11 לחוק:** OPT OUT- חברי קבוצה ספציפיים יכולים להגיד "אינני מעוניין" בשלב במקדמי של האישור. ההסדר מניח שהתובענה חלה על כח חברי הקבוצה ויש לעשות פעולה אקטיבית של יציאה מהקבוצה. **ס' 11 לחוק קובע הסדר זה כברירת מחדל.** העקרון העומד מאחורי זה: לאנשים יש נטייה פסיכולוגית לטובת הסטטוס קוו ביאס. לאנשים קשה לבצע פעולות אקטיביות וכשנותנים להם בחירה מעדיפים להישאר במקום בו הם נמצאים. מניחים שרוב האנשים לא יעשו את המאמץ מלצאת מהקבוצה. ההנחה היא שהתביעות הטיפוסיות שיכנסו להגדרה הזאת אילו תביעות שאילולא התובענה הייצוגית לא היו מוגשות ולכן אנו מרשים לעצמנו לכלול את אותם אנשים בתביעה מבלי שידעו על כך.
* **סעיף 12 לחוק:** OPT IN- הנציג המעוניין להגיש תובענה ייצוגית שואל מי שרוצה צריך להגיד שהוא מעוניין להצטרף אליו. נקודת המוצא- הנציג לבד ומי שרוצה להיכנס צריך לעשות פעולה אקטיבית של כניסה.
* הזכות של חבר קבוצה לבוא ולהתייצב- ס' 15 לחוק.

**הנתבע**: גם עבור הנתבע מדובר בתביעה מיוחדת בהיבט הכמותי. באופן עקרוני זוהי תביעה אזרחית רגילה. החשש של הנתבעים הוא בד"כ הגודל. נתבע נמצא בפני תביעה בעלת סדר גודל חריג הנותנת אופציות חריגות לתובעים בניהול שלה. זוהי תביעה שנבנתה כך שהמערכת בנתה אותה בצורה כזו. הנתבע מרגיש מאוים יותר מאשר בתביעה משפטית רגילה והדין לוקח בחשבון גם את האינטרסים המיוחדים של הנתבע בתובענה ייצוגית. **הנתבע חושש לא רק מהאפשרות שיידרש לשלם את הסכום הגדול במידה ויפסיד הוא גם חושש מן ההיבטים שקודמים לפסה"ד שאולי יפסקו נגדו**: פגעת בהרבה מאוד אנשים, היבטים מעשיים חשובים שקשורים להליכי המשפט- שלב הגילוי המוקדם- הליך המעורר קשיים עבור הנתבע, **נדרש לחשוף הרבה מאוד פרטים**- כל המשכורות ששילמת לכל התובעים, חשיפת אסטרטגיה מסחרית, חשיפת התנהלות הסחר במניות וכו'. חשש מניצול לרעה של ההליך. לכן, נראה הרבה תובענות ייצוגיות שמטרתם היא השלב של הגילוי המוקדם. הנתבע חשוף לתביעות שעבורו יכולות להיות סחטניות- איום להוציא מידע אפילו אם אין סיכוי לנצח.

**ההגנות העומדות לנתבע:**

* הליך האישור של הגשת התובענה הייצוגית.
* הגבלת סוגי העילות בגינן ניתן לתבוע.
* \*\*מדינה כנתבעת וגם ארגונים משקיים גדולים: המדינה כנתבעת יש לה הגנות מיוחדות. לא בכדי. היא שילבה בחוק הגנות נוספות המבטאות חשש מיוחד לניצול המנגנון נגד התנהלות המדינה. נדבר על כך מאוחר יותר.

**הנציג:** מתח אינטרסים מורכב לגבי אותו חבר קבוצה שמנהל את התביעה עבור הקבוצה. מחד, רוצים לעודד אנשים לקחת את משימת הייצוג וניהול התביעה, רוצים ליצור תמריצים לאנשים כדי לנהל כזה סוג של הליך. הדין קובע הסדרי עידוד כאלו-

**תמריצים חיוביים**, ס' 22-23 לחוק התובענות הייצוגיות:

* **תמריץ כלכלי**- גמול התובע, תקבל סכום נוסף מעבר לזכות הראשונית שלך כחבר קבוצה, תהיה מועדף. הגמול יכול להשתלם גם במצבים בהם התביעה לא הצליחה או למשל כשהבקשה לאישור התובענה נדחתה. מצבים שתובענה ייצוגית מתחילה וגורמת לנתבע להפסיק את הפעולה האסורה/ להציע פשרה/ לעשות פעולה חוץ משפטית להטבת מצב התובעים. די בכך שהוגשה בתו"ל והיה חוסר ראייתי שלא להצליח בתביעה- כלומר, אפילו במצבים כאלו הגמול עשוי להשתלם.
* **שכ"ט מיוחד לעורך הדין**

מנגד, **התעוררות בעיית הנציג:**

1. הנתבע יכול "לקנות" את הנציג. הדין קובע שתובע רוצה לסגת מהתביעה צריך לעמוד בתנאים ולקבל אישור בית המשפט.
2. במקרה של פשרה- החוק קובע הסדרים לאישור של פשרות: בהליך אזרחי מביאים את הפשרה לבימ"ש ובימ"ש כמעט תמיד יאשר זאת. לעומת זאת בתובענה ייצוגית הליך הפשרה הוא הליך מורכב. ביהמ"ש ממנה גורם חיצוני שיבדוק את התמריצים של הנציג לסיים ההליך בפשרה. כיום, לרוב התובענות הייצוגיות מסתיימות בהליכי פשרה.
3. האם הנציג חייב נאמנות לקבוצה ברמה של החוק הפלילי? לא ברור.

**תובענה ייצוגית הוא עולם מורכב של אסטרטגיות ואם נוסיף את האסטרטגיות אקס אנטה- היכולת לסכל את התובענה הייצוגית מראש**. מבחינת המערכת מידת המעורבות של ביהמ"ש היא מאוד גבוהה. אם חושבים על הציר האדברסרי של ניהול ההליך, כאן מדברים על הליך שלביהמ"ש יש משקל רב בעצם פתיחת ההליך ואופן סיומו.

באופן חריג ביחס למשפט אזרחי רגיל תובענה ייצוגית מורכבת משני שלבים: 1 שלב האישור 2 שלב המשפט. אם צולחים את השלב הראשון, השלב השני הוא שלב משפטי אזרחי רגיל ותקסד"א יחולו עליו.

תובע המבקש להיות תובע נציג מגיש 2 מסמכים כשיוזם את ההליך:

* **התובע מגיש תביעה**
* **התובע מגיש מסמך בקשה לאישור תביעה ייצוגית** החוק קובע הסדר מפורש מה צריך להתקיים כדי שהתובענה הייצוגית תאושר:

**שני תנאי סף** שחייבים להתקיים כדי שנכנס לדיון: סעיפים 3 ו-4 לחוק תובענות ייצוגיות:

* 1. **סעיף 3 הגבלת העילות:** תביעה צריכה להיות מהסוג שמותר בחוק תובענות ייצוגיות (**בגדר העילות המוגבלות**). יש הפניה לתוספת השנייה שהיא די רחבה: ביטוחי, בנקאי, מפגעים סביבתיים, גבייה לא חוקית וכו'.
	2. **סעיף 4**- לתובע הנציג צריך שתהיה **עילת תביעה אישית**. מצב שבו מתברר שאין לנציג עילה אישית אין זה מבטל את התביעה אלא הנציג יוחלף בתובע אחר ע"י ביהמ"ש. המטרה להתמודד עם סיטואציה של נציגים אופורטוניסטים. יש שמבקרים את הדרישה הזו שכן מדובר בסכומים קטנים בד"כ ולכן נציג "לא מעורב" לא מחזק בפועל את בעיית הנציג. מנגד קיימת אפשרות שאף אחד מתוך הקבוצה לא יקום / יקום אחד מהקבוצה, אבל הוא פחות מוכשר מאדם אחר שהיה רוצה לנהל אותה. דוגמא אחרת - עותר ציבורי במשפט המנהלי - אין לו זיכה לעילה הנטענת אבל המערכת המשפטית מאפשרת לו לתבוע. יש מספר ארגונים ציבוריים שמאוזכרים בסעיף שהם חריגים לקביעה של העילה האישית.
* **ס' 8(א): התנאים שצריכים להתקיים**: (הפס"ד שעוסק בפירוש הדרישות הללו **רייכרט נ' שמש**), התנאים מצטברים , אבל הם משאירים לביהמ"ש מקום לשיקו"ד בנוגע לקביעה האם מתקיימים או לא (בניגוד לתנאי הסף הנוקשים):
	1. דרישת השאלות המהותיות המשותפות- הקבוצה צריכה להראות שהיא קבוצה. שיש סיבה לנהל את ההליך הזה במשותף. **פס"ד רייכרט** - אין צורך בזהות מוחלטת בין חברי הקבוצה, צריך שהשאלות המהותיות יהיו זהות עבור כלל החברים. **פס"ד וולמרט** – הרשת הפעילה מדיניות מקומית של שכר. תביעה של נשים על הפלייה לא אושרה שכן וולמרט טענו שההפלייה היא תוצאה של החלטות מקומיות ולכן השאלות המהותיות בין התובעות הן שונות.
	2. סיכוי לתביעה- יש אפשרות סבירה שאותן שאלות תוכרענה בתובענה לטובת חברי הקבוצה. דרישה קשיחה נקבע בפסיקה כי יש להציג ראשית ראיה.
	3. יעילות- תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת. ככל שיש יותר שאלות ברור שזהו המנגנון המתאים. (בעבר היו מסתכלים על גודל הקבוצה היום לא רלבנטי)
	4. אפיון הנציג, ייצוג הולם- יסוד סביר להניח שעניינם של חברי הקבוצה ייוצג באופן הולם. **פס"ד רייכרט** – מספיק שיש עו"ד מוכשר, אין צורך במומחיות ספציפית.
	5. ייצוג בתו"ל- מטרת התביעה אינה לפגוע בנתבע או לחשוף מידע חסוי. **פס"ד רייכרט-** לא משנה אם התובע עושה זאת מאלרטרואיזם טהור או ממניע כספי, זה עדייו ייחשב בתו"ל.

שיעור השלמה- מאבי

המשך – תובענות ייצוגיות

הדיון בתובענה הייצוגית התחלק ל-2 עד כה – היבטים תיאורטים והיבטים דוקטרינריים של הדרישות והתנאים המצטברים לתובענה ייצוגית (ס' 8). דיברנו למה הליך האישור קריטי. דיברנו על תנאי השאלות המהותיות המשותפות: שצריך שתהיה קבוצה עם מספיק מהמשותף ביניהם.

אנו רואים הגמשה של הדין עם השנים – הגישה לבתי המשפט בתובענות ייצוגיות התרחבה עקב גישת השאלות המהותיות.

סעיף 8(א)(1) סיפא: מוסיף דרישה נוספת שתהיה יחסית מוכרת לנו: **אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה**. אנו מכירים את זה וראינו הקשרים בהם ביהמ"ש צריך לבצע הערכה של התביעה כבר בתחילת ההליך (כמו בסעדים זמניים).

**פס"ד רייכרט**: מפרש את התנאים (למרות שהוא טרם הסעיף): השופטת ש. כהן אומרת כי הנטל שמוטל על המבקש בתובענה ייצוגית הוא כבד יותר מהתובע הרגיל (קיומה של עילה)- התובע שירצה להוכיח שיש סיכוי לתובענה צריך להציג ראיות לכאורה ולשכנע את ביהמ"ש (קשה לכמת), שישנו סיכוי סביר ולא סתם סיכוי, אלא יש כאן תביעה שאילו תתברר יש סיכוי בעל משקל כלשהו שהתביעה תצליח.

רגע זה הוא קריטי עבור התובע ויש משהו שמייחד את התביעות הייצוגיות שמעורר מחסום קשה כאן: האופי הטיפוסי של פערי כוח מובנים בין התובעים בתובענות ייצוגיות (התובעים הקטנים מול הנתבעים הגדולים), ואילו כאן למרות פערי המידע 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 והאופי בו הוא מטפל נובע מתפיסת המשפט ומשאלות הותיות של עד כמה אנו רוצים לאפשר תביעות ייצוגיות או להגן על תובעים קטנים מפני נתבעים פוט' גדולים ולהיפך.

מבחינת הדוקטרינה- בתי המשפט אומרים כי הגילוי המוקדם יוגבל רק לדברים הרלוונטיים לביסוס התובענה ההתחלתית ולא לכל התביעה אבל כאן עקב הצורך בראיות ובסיכוי סביר- זה די חופף. **יהיו נתבעים שיטענו שתובעים ייצוגייים מגישים את ההליך רק בשביל "לשחק איתם" בשלב הגילוי המוקדם**- למרות שהם בטוח יודעים שלא יצליחו לבסס תביעה אולם 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 מתחיל לזרות מגוון של 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.

מאפיין נוסף שביהמ"ש בוחן עוסק בגדול הקבוצה- ככל שהיא גדולה יותר, כך יעיל יותר לנהל את התובענה הייצוגית- אין מספר מדויק אך נתון זה עשוי להשפיע על שק"ד ביהמ"ש.

במצבים מסוימים (**פס"ד שטנדל, פס"ד ברזני** ועוד): בהקשר לנושא הדרך היעילה וההוגנת לניהול התביעה, **ביהמ"ש מתעסק עם שאלות מענינות על גבול הדין המהותי**:

זה מתעורר בהרבה תביעות שעוסקות במצגי שווא- רשלנים או מכוונים של תאגידים כלפי ציבור צרכנים. כמו נניח אבקות הכביסה. עולות שאלות של מהו בדיוק הנזק של מצג שווא שכזה שרכשת משהו שמציג מידת לובן כזו ולא אחרת. תביעות ישירות קל להפיל על בסיס זה – קשה להראות קש"ס בין המצג שפורסם כלפי כולם לפעולה האישית של רכישת הנכס.

**פס"ד שטנדל:** ריבלין קובע כי התובענה הייצוגית יכולה לגשר על קושי הקש"ס. אם נקח אוכלוסיה שלמה של צרכנים ורואים תנודת רכישה בעקבות פרסומת או מצג כלשהו, אז הבחינה הקבוצתית יכולה לבסס קש"ס שכזה שלא יכולנו לבסס בתביעה אינדיבידואלית.

עולה השאלה: **האם תובענה ייצוגית יכולה להיות הליך שרק באמצעותו ניתן לתבוע בנסיבות מסוימות**?

זה אחד הפיתוחים שניתן לחשוב עליהם אם חושבים שהתובענה הייצוגית צריכה להיות יעילה והוגנת אם במצבים מסוימים היא יכולה להיות הדרך היחידה.

ס' 8(א)(3): דרישת הייצוג ההולם: דיברנו על בעית הנציג ועל החשש של ניהול תביעה רשלנית ועוד.. כאשר ביהמ"ש רוצה לוודא שהקבוצה ליוצג כראוי.

בתי המשפט מסתכלים גם על התובע עצמו וגם על מי שמייצג אותו- האם הוא לקח עו"ד רציני או לא. הנתבע בהקשר זה של ייצוג הולם לא יכול לערער. **זה מרמז שהסעיף הקטן הזה עוסק באינטרסים של הקבוצה המיוצגת** שתוגן על ידי נציג לא יוצלח.

ענינו של הנתבע מוגן בתנאי ה-5 (ס' 8(א)(4)) **שהנציג פועל בתו"ל:** מזמין אותנו לשאול שאלות של מדיניות.

פס"ד רייכרט אומר שמי שמגיש תובענה רק כדי ליהנות מהנגזרת רווח של התביעה הזו איננו פועל בחוסר תו"ל- הוא תם-לב: הרי יצרנו את הגמול כדי לגרום לאנשים לבוא ולהחליט להיות תובעים ייצוגיים.

**אז מתי זה ייחשב באמת חוסר תו"ל**? כנראה באותם מצבים שנידונו לעיל בהם ביהמ"ש יוכל לזהות תובענה שכל מטרתה היא חשיפת מידע והטרדת הנתבע וכו'...

מאפיין דוקטרינרי נוסף שמופיע בחוק תובענות ייצוגיות: **הגנה על המדינה**

משרד המשפטים מנסח את החוק בצורה של פשרה בינו בתור המגונן על כיס המדינה ועליה כנתבעת משפטית לבין רצון המחוקק שרוצה לקבוע חוק נוקשה. **כך יוצא שהחוק שזור בהגנות מיוחדות למדינה כנתבעת**- ניתן לתבוע את המדינה ורשויותיה אבל יש מגוון של הגנות החוסמות הרבה מהגישות של התובענה הייצוגית מול המדינה כנתבעת:

סעיף 3: **לא ניתן לתבוע את המדינה על נזקים שגרם צד ג' בגין כשלי הפיקוח שלה**: כל מיני רשויות רגולטוריות של המדינה שהמדינה חבה להם בפיקוח – המפקח על הביטוח, הבנקים, נירות הערך עוד...(נניח תביעה נגד המשטרה שלא מנעה פשע כלשהו).

החוק אומר שהוא שם את הגבול בפני תביעות ייצוגיות מהסוג הזה- ניתן לתבוע אבל לא כקבוצה – המדינה לא מוגנת מפני התביעות של יחידים אבל כן מפני תובענות ייצוגיות בתחומים אלה.

סעיף 8(ב) מדבר ומוסיף מבחן נוסף מעבר לתנאים הרגילים: אם התביעה נגד המדינה- ביהמ"ש צריך לשאול שאלה של אינטס הציבור: נניח והתביעה תגרום לפשיטת רגל של רשות שתפגע באינטרס הציבור הרי שיש לקחת זאת בחשבון.

החוק כולל הגנה לארגונים כלכליים שונים: יש ארגונים גדולים מדי בשביל להיכשל כי הם יפילו את כל המערכת (נניח הבנקים): הדין משקף משהו מהסוג הזה: לא חוסמים אפשרות לתבוע אלא אפשרות לתבוע במסה יחד- **זהו אינו חסם מוחלט.**

ס' 9 מוסיף הגנה נוספת מסוג מעניין שהיא ל**תביעת השבת כספים שנגבו שלא כדין ע"י המדינה**: במצבים של תביעות השבה (פשוטות משפטית- השבת סכום גביה של חשבון מים- אין הוכחה בעייתית אלא מכוח דיני ע"ע). **סעיף 9 אומר שקודם כל ניתנת למדינה ארכה, בתקופה זו המדינה יכולה להראות שהיא תיקנה את דרכיה, ואם היא עשתה זו אז לא מאשרים את הבקשה** ותביעה ייצוגית לא יכולה להמשיך - אנו רואים כאן בבירור תכלית של אכיפת הדין ותיקון אי החוקיות במאקרו, אבל זה לא חוסם את הדרך לתביעה אישית במיקרו לאחר מכן, אם האינטרס של התובע היחיד מספיק גדול.

פס"ד מרשימת הקריאה: החלטה של העליון בעתירה חוקתית – **בג"ץ כהן**: הוגשה נגד החוקתיות של ההוראות הללו הנותנות הגנה מיוחדת למדינה: מה ניתן לטעון נגד זה?

1. אולי חוסר שוויון: בין הנתבעים שהם לא המדינה למדינה כנתבעת- מטעם הנתבעים.
2. ניתן ללכת לכיוון של הפגיעה בזכויות המהותיות: אם השווי של התביעה נמוך ולכן לא אתבע את זה באופן אישי אז מונעים ממני את האפשרות לתבוע את המדינה ולהשיב את קנייני.
3. הטענה השנייה היא מהמישור הפרוצדורלי: אם יש הגנה על הגישה לערכאות, היא צריכה לכלול את היכולת האפקטיבית לתבוע – יש כאן פגיעה בזכות הגישה לערכאות.

**השופטת בייניש**: דנה בנושא זכת הגישה, והיא אומרת כאמירה כללית שיש זכות גישה לערכאות ולא צריך לדון כיצד היא קיימת, **אבל זכות הגישה היא לערכאות ולמבנה המוסדי של המדינה ולא זכות גישה להליך מסוים** מסוג התובענות הייצוגיות. זה קשור לשאלה האם אני יכול לתבוע בסדר דין מקוצר, מהיר וכו'..: הרי בד"כ אנו מקבלים את מה שאומרים לנו בעולם מע' המשפט- מנתבים אותנו. ואת הרעיון הזה משקפת השופטת בייניש.

הטענה היא כי בתובענה ייצוגית זה מורכב יותר כי לא אגיש את התביעה בכלל אלמלא בתביעה ייצוגית בגלל היבטים ארגוניים, כלכליים- תלוי בסכום וכו'.. – אז כאן נמצא המסלול של הטענה החוקתית אולי, אבל בעצם ההובלה ממסלול אחד לאחר, אין פגיעה בזכות הגישה.

בייניש מוסיפה: אולי כדי להמתיק את הגלולה, היא מזכירה את חוק תובענות ייצוגיות, מסתכלת על הדין שקדם לחוק, ואומרת שהחוק **מרחיב את הגישה ומוסיף אפשרויות בין היתר נגד המדינה** – לפני החוק היה קשה לתבוע בכלל ובפרט נגד המדדינה – בייניש אומרת כי החוק בכללותו מקדם את הגישה של תובענה ייצוגית.

**באופן דומה בפס"ד צמח טענה מהסוג הזה לא התקבלה ע"י זמיר** בהקשר של אורך המעצר וההפחתה שלו. כאן ביניש מוסיפה את הטיעון בהקשר ההפוך.

**השאלה העמוקה יותר שבה התחלנו היא מה אומרת זכות הגישה לערכאות בהינתן שהגישה היא דבר שיש לו עלות- יש לקרוא את פס"ד כהן כהקשר החוקתי- ביהמ"ש נזהר מלפסול חוקים.**

**מוסד הערעור**

כמה מילים על היחס בין הערכאות: תופעת הביקורת של הערכאות אחת על השניה, היא נפוצה היום ומופיעה כמעט בכל שיטות המשפט בעולם. במשפט המקובל, קיבל מוסד הערעור רכיב דוקטרינרי מוסדי נוסף – עקרון התקדים. כשחושבים על נושא הערעור, אין הלימה הכרחית בין הרעיון של ביקורת ערכאה אחת את האחרת לבין העקרון של התקדים המחייב. הרי העקרון הנ"ל מחייב כללית את הערכאות התחתונות ולא רק את ביקורת ההחלטה המסוימת שמובאת לפניו. עקרון התקדים בנוי אצלנו בצורה מורכבת: בתי הדין הרבנים הם מקרה בלתי פתור – הם פועלים ע"פ העקרונות של הדין העברי שלא מכיר בד"כ בתפיסה של ערעור כהנחייה של דין. בדין העברי אפילו רעיון הערעור אינו בהכרח מוכר.

האבחנה בין ערעור לתקדים חשובה באופן בו נרצה לבחון את התיקים הללו- האם רוצים לבחון בצורה שתתן הנחיות שלאור המערכת או רק לטובת בעיית תיקון הטעויות הספציפיות- וזה משפיע על האופן בו בונים את המערכת. **הדין שלנו לא ממש נותן מענה לאבחנה הזו- יש לו רכיבים המאפיינים קצת מזה וקצת מזה.**

**בבסיסו של דבר-** ערעור הוא תופעה מוסדית די בזבזנית (ללא מוסד התקדים): כי עניין מסוים יידון יותר מפעם אחת, ואנו נצטרך ראיות די טובות לתוצאות טובות בערכאות הגבוהות מהנמוכות בכדי להצדיק מוסד זה- קשה להשיג ראיות אלו וזוהי שאלה פתוחה.

רכיב נוסף ששוי להשפיע על ההחלטה האם ההליך הוא בזבוז זו השאלה- כמה ערעורים מתקבלים? שאלה זו נבחנה- יש קבלה של 33% מהערעורים- נבחן ע"י 2 חוקרים (מופיע מאמר בסילבוס). לשאלה זו השפעה גם כן על השאלה של הצורך בהליך וההצדקות שלו.

מבנה הערכאות גם הוא אינו מובן מאליו: (להשלים מה שמוצא) המבנה של בתי המשפט- שלום-מחוזי-עליון: כולל הרבה ניואנסים בתוכו – מוסדיים או תרבותיים וכו'.. ניתן לבקר ולחשוב על האם זהו המבנה הנכון והמתאים אלינו כיום. ועדת אור: הצעות שונות שלא התקבלו ובעינן עומדות- הוספת ערכאת ערעור לפני העליון וכו'..

מבחינת 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**.**

**מכאן**: כל ההחלטות שאינם פס"ד אינן מקימות זכויות ערעור, כל הערכאות הדיוניות שאינן בתי משפט אינן מקימות זכות ערעור- החוקה לא קובעת זכות שכזו אוטומטית למרות שלעיתים היא קיימת בבתי הדין ולבסוף: אם המחוזי שיושב בערעור נותן החלטה- אין זכות חוקתית לערעור נוסף.

**בעצם הדוקטרינה העיקרית שיש להכיר היא מה עושים במצבים בהם אין זכות ערעור מובהקת.**

ההסדרים המפורטים מופיעים בחוק בתי המשפט : סעיפים 41 ו-52 לחוק:

**סעיף 41:** ערעור מהמחוזי לעליון. **52:** ערעור על השלום. **מדובר בפסקי דין שבערכאה ראשונה בשלום או במחוזי.**

**הסעיף מגדיר גם את החלופה שהיא החלטה אחרת –** החלטה אחרת ניתן לערעור **ברשות.** (לפי הערכאות). איך מגישים רשות: מגישים בקשה- בקשת רשות לערער (בר"ע).

האבחנה בין פס"ד להחלטה אחרת

אינסוף החלטות בנושא. וכיום יש הגדרה מובהקת מהו פס"ד ומהי החלטה אחרת.

בתי המשפט מפרשים את **הביטוי "פס"ד"**: בתור החלטה של בימ"ש שאופיה היא שהיא **מסיימת את הבירור בתובענה או את הבירור של אחד מהסעדים שנתבקשו בתובענה.** כל מה שלא נופל לקטגוריה הזו כהגדרה סופית הוא יהיה החלטה אחרת- החלטה אחרת היא הגדרה שיורית- וערעור עליו יהיה ברשות וצריך לקבל רשות עליו.

לשים לב!!! האבחנה מבוססת על עקרון מהותי והיא **אינה טכנית ולא מבוססת על כותרת ההחלטה – פס"ד או החלטה שכתובים בראש.**

**פס"ד ונטורה**: אומר את זה בצורה מפורשת ומדגיש את ההיבט המהותי של זכות הערעור להבדיל מהיסודות הפורמליים שניתן היה לחשוב עליהם כמו כותרת פסה"ד.

נניח 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 מעורר שאלה של כמה תוכן אנו מכניסים לרעיון של החלטה המסיימת את הדיון.

ביהמ"ש – בהקשר זה פורמלי ואומר כי החלטה בסעד זמני היא טיפוסית החלטה אחרת גם אם 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.

דיברנו על צו עשה זמני- **במצבים בהם צו ישנה את מצב הענינים ע"פ התביעה העיקרית-** נניח העברת כספים במסגרת סעד זמני כבר(פס"ד מחוזי מחלק הסעדים הזמניים- אולי **פס"ד בדש**): מעניין שעל ההחלטה הזו הנתבעים עירערו לביהמ"ש העליון ללא בקשת רשות בהנחה שמדובר בערעור בזכות, הרשם של ביהמ"ש העליון מורה למזכירות למחוק את הערעור כי היה צורך להגיש בקשת רשות ערעור. התביעה לא הוכרעה והרשמת אמרה כי זהו מקרה רגיל בו נדרשת הגשת בקשת רשות לערער למרות שהעברת הכספים שינתה באופן גורף את יחסי הכוחות.

בד"כ: כשיש דחייה או מחיקה של ערעור על החלטה אחרת: יהיה בצידה הארכה לזמן הגשת בקשת רשות הערעור.

תוכן ההחלטה יכול להשפיע על ההחלטה:

נניח בבקשת רשות להתגונן:

1. אם ביהמ"ש מקבל בקשה למתן רשות להתגונן: זוהי החלטה אחרת כי עכשיו הדין מתחיל והתיק ייפתח.
2. אם ביהמ"ש דוחה את הבקשת רשות להתגונן: הוא עדיין בוחן את התביעה ולכן זו עדיין החלטה אחרת.
3. אם נדחית הבקשה, ביהמ"ש בוחן את התביעה ומקבל אותה- יש פס"ד ועכשיו ניתן להגיש ערעור בזכות.

נניח בקשה לסילוק על הסף – מטעמים של חוסר סמכות, התיישנות, העדר עילה, העדר יריבות, תביעה טורדנית ועוד..:

קודם נשאל האם הבקשה התקבלה או נדחתה:

1. אם נדחית: התיק ממשיך ויש לנו החלטה אחרת.
2. אם מתקבלת: ב-2 המקרים התיק הסתיים ואינו קיים יותר ולכן זהו בפועל פס"ד שניתן לערער עליו.

מתן פס"ד חלקי: תביעה שפוצלה- נניח תביעה לפיצוי על נזק- יש 2 שאלות: חבות משפטית ונזק. אם ניתן פס"ד חלקי בהקשר הזה רק על אחד מהדברים. הרבה פעמים ביהמ"ש יפצל את התביעה בהקשר זה מסיבות שונות: אם הוא יכול להכריע על חלקה בתחילה וישנה תועלת לדון בנפרד.

האם זהו פס"ד או החלטה אחרת?

זוהי החלטה אחרת- כי יש המשך של בירור, עצם הקביעה של החבות, עדיין לא פסקה בסעדים שנתבעו בתביעה.

אולם, **במקרה של 2 עילות שיש להכריע בהם בנפרד** – נניח בעלות ופיצויים או צו מניעה ופיצוי וכו'. יש להכריע קודם בשאלת הצו וזוהי הכרעה בסעד שהתבקש בתובענה- וזהו פס"ד חלקי שכבר תהיה זכות ערעור.

**פס"ד מט"ח**- השופטת נאור מדברת על זה: יש החלטה על הפרת זכויות היוצרים ולא על הסעדים- עולה השאלה האם הערעור הוא בזכות או ברשות? לא ניתן פס"ד אמנם בסעד המבוקש למרות שאולי לקביעה הראשונית יש משמעויוית, עדיין השאלה שמענינת את ביהמ"ש שלערעור, היא האם ניתן פס"ד על הסעד המבוקש וכאן זה לא קרה אלא רק פס"ד על הזכויות.

התשובה אם כן אינה פשוטה בהקשרים אלו והשאלה היא מה ביהמ"ש עשה עם הבקשה.

מה עם כל ההחלטות האחרות שבעל הדין אינו מערער עליהם במהלך ההליך:

תקנה 411 הידועה: הקובעת את **"כלל הבליעה"**: בעל דין שלא ערער על החלטה אחרת במהלך ההליך, יכול לכלול בערעור בזכות על פסה"ד בסופו, אחרי פסה"ד את כל הטענות על ההחלטות האחרות שניתנו בהליך הראשון. **ביהמ"ש יכול אם כן לדון בכל אותן החלטות חוקתיות שניתנו במהלך ההליך ובעל הדין לא ערער עליהן במהלכו.**

עקרונית נראה כי מדובר כאן בתמריץ להגיש את הדברים יחד כבר בסוף לאחר קבלת פס"ד ולא לערער במהלך ההליך ללא סיבה מספיק מוצדקת.

אולם, **יש קצת בעיה עם התפיסה הזו** עקב החלטה של ביהמ"ש העליון **בפס"ד אריה נגד ורדן:** ביהמ"ש פירש את התקנה הזו באופן שלא הכרחי (יש ביקורות) ואמר: גם אם תו"כ ההליך ניתנה החלטה אחרת, הגשתי בר"ע עליה (הרי יש 2 אפשרויות: היא אולי תתקבל והערעור יידון ויתבצע הערעור על הטענה 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 היוצאת מהלכה זו של ביהמ"ש היא שמתייתר היבט התמריץ, כי כעת זה דווקא מתמרץ אותי לערער בכל מקרה במהלך ההליך כי בכל מקרה אוכל לכלול את הערעור על ההחלטה גם בערעור על פסה"ד** ואין לי כל הגבלה לעשות זאת.

**סעיף 5 לחוק הבוררות:**

הוא סוטה מכלל הבליעה בהקשר של בוררות, נאמר בו שכשמוגשת תביעה והנתבע טוען שיש בין הצדדים הסכם בוררות, מה הוא יכול לבקש מביהמ"ש? לעכב את ההליכים ולהפנות לבוררות, וסעיף 5 מחייב את ביהמ"ש לתת עדיפות לבוררות על פני הליך משפטי אם יש הסכם בוררות תקף. סעיף זה מוסיף שאם ביהמ"ש מורה על הפניה לבוררות – זוהי החלטה אחרת כי זה עיכוב של ההליך ולכן אין ערעור בזכות עקרונית.

סעיף 5:אומר כי אם התובע לא מגיש בקשת רשות לערער על עיכוב ההליכים באותו רגע שניתנה **–** **הוא לא יוכל לערער על כך בסוף.** זהו חריג לתקנה 411 ותכליתו היא שהתובע לא יערער על פסה"ד שאמור לאשר את הבוררות בלבד ויטען שם שוב אחורה על ההחלטה להפניה לבוררות בכלל. **אלו סוג של החלטות שאם שווה להפוך אותם- שווה לעשות את זה מוקדם ולפני שעוברים את כל הליך הבוררות.** סעיף 5 למעשה אומר לתובע שאם הוא מתכוון מתישהו לערער על ההחלטה הזו, כדאי שיעשה את זה כבר מרגע קבלת ההחלטה ולא אח"כ.

החלטות אחרות המעוררות את אותו הקושי אבל לא מענה כמו בחוק הבוררות:

החלטות על עילות הסף – טענות לסילוק על הסף- תקנה 411 אומרת כי מותר להמתין את כל ההליך ואז לעשות שימוש בתקנה ולהכניס טענות בערעור על כל פסה"ד שנוגעים לטענות הללו, בהתאם לחוק הבוררות היינו מצפים לראות סעיף דומה לסעיף 5 גם בהקשר של החלטות מהסוג הזה- **אבל אין הסדר כזה היום!! אלא רק בחוק הבוררות.**

**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 בקשת רשות ערעור לערעריש לאפשר את זה במצבים מסוימים ואחד מהשיקולים שהחוק מנחה את ביהמ"ש לקבלת בר"ע: מצבים בהם דיון בערעור כבר עכשיו **ימנע ניהול הליך מיותר**. (לקרוא את כל הסעיף).

**זהו אינו הסדר חזק כמו סעיף 5 לחוק הבוררות אבל הוא אכן מתמרץ יותר להגיש במהלך ההליך את הבר"ע ולא בסופו.**

**הסדר משלים שנוסף לענין זה (41(ג1) ו-52(ג1):**

סעיף (ג1) אומר ששר 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): ואלו בדיוק החלטות קלות יותר שבית המשפט לא יאפשר לערער במהלך ההליך אלא רק בסופו. דברים טכניים יותר בדיון שאנו אומרים לבעל הדין להמתין ואם בסוף הדיון יראה בעל הדין שזה מה שהפריע לו בדיון אז שיערער אבל אנו לא רוצים לעכב את ההליך עקב טענות הקשורות לרמה הטכנית ביותר.

**2 הסדרים אלו יוצרים מעין איזון**- יש סוגי החלטות שאנו רוצים לקטוע את ההליך ולבררם וסוגי החלטות אחרות שאנו מעדיפים לא לקטוע ולערער רק בסוף הדיון.

יש 2 שאלות שעד עתה עסקנו בהם : הסיווג של ההחלטה והתזמון של ההחלטה.

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 על פס"ד מהסוג הזה. כאן בניגוד לעומס של ההחלטות והדיונים יש פס"ד מנחה אחד מפורסם (המצוטט ביותר בכתבי טענות):

**פס"ד קניון חיפה:**

**השופט שמגר עושה סדר בנושא:**

שמגר, בהחלטה קצרה מעביר מסר מרכזי שערעור בסיבוב שני, יהיה ראוי לתת אותו, בסוגים של מקרים שהמשותף להם הוא **חשיבות כללית וציבורית** בהקשר למקרה: פסיקות סותרות, חוקתי ועוד.. באותם מקרים בהם החשיבות המשפטית חורגת מהעניין שיש רק לצדדים בנושא המחלוקת.

שמגר רומז שאין לתת ר"ע בגלגול שני רק בשביל לתקן טעויות – **אלא רק כשיש בעיות ציבוריות**.

רוזן-צבי ופישר שבדקו וחקרו את אחוזי קבלת הערעורים, בדקו מה שיעור הקבלה של ערעורים בגלגול שני: השיעור הוא 88% ויש כאן **כנראה סטייה של הרעיון מקניון חיפה**, כי כנראה השופטים רוצים לתקן את ההחלטות השגויות (האחוזים מעידים), ולכן לא בטוח שהעליון נותן רק במצבים הרצויים אלא בעיקר בכדי להפוך החלטות. הדחף של ביהמ"ש לתקן טעויות כנראה חזק יותר מהרעיון של החשיבות של התיקים.

**סיפור מעניין**

**פס"ד אלטורי:**

סיפור המתחיל ביולי 2000, תאונת דרכים, תביעה מוגשת לפי חוק פלת"ד לביהמ"ש השלום, שווי הנזק בגוף אינו גבוה מאוד, ההליך מפוצל ובאוגוסט 2002, ביהמ"ש קובע שמדובר בתאונת דרכים וקובע את התיק להמשך דיון. אין קביעה לסעד ולכן זוהי החלטה אחרת ללא ספק. המבטחת רוצה לחלוק על הקביעה ולכן היא צריכה להגיש בקשת רשות לערער, ביהמש המחוזי מקבל את הבקשה, דן בזה וקובע כי לא מדובר בת"ד ולכן דוחה את התביעה – כי חוק הפלת"ד לא חל.

התובע מגיש ערעור לעליון בצורה רגילה כי הוא מניח שהתביעה שלו נדחתה עכשיו- תחושתו היא שהחלטת המחוזי היא ההחלטה הערכאה הראשונה, והוא מגיש גם בקשה לפטור מערבון להבטחת נזקי המשיב בערעור, במסגרת הבקשה הנ"ל שנדונה אצל הרשם.

חב' הביטוח הנתבעת משיגה על אופי ההליך וטוענת כי הוא מצריך רשות- כי הענין התחיל בשלום.

הרשם כותב החלטה מנומקת ב2004, וקובע כי הערעור הוא בזכות ומקבל את עמדת המערער ומפנה את התיק להרכב. **ההרכב בעליון מקבל את התיק וקובע מיוזמתו עקב הסיבוב השני, כי ערעור זה יכול להיות מוגש רק ברשות ומורה על מחיקתו – אנו 5 שנים בהליך.** התובע במצב מעצבן: מצד אחד הערעור שלו בזכות, ואילו ההרכב אומר ברשות ומוחק. הוא מגיש ערעור ואומר שיש החלטה של הרשם ומסתבר שביהמ"ש לא ראה את החלטת הרשם. מתגלה כי ההרכב לא ידע שהרשם קבע כי הערעור בזכות – הוא אומר שהוא ידון בענין שוב. באוגוסט 2005, לאחר יותר מ-5 שנים. **ביהמ"ש העליון מסכים עם עצמו וקובע כי הערעור צריך להיות ברשות ואומר כי 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 ולא הוגשה בקשה.**

ביהמ"ש לא מביע עמדה בשאלה האם ראוי לתת למערער הארכת מועד להגשת רשות לערער. אלטורי מגיש בקשת הארכה לרשם - הרשם מאשר והוא מגיש בקשת רשות ערעור. **ריבלין מקבל את הבקשה ודן בה כבערעור ולבסוף גם מקבל וקובע כי מדובר בת"ד.**

המבחן:

**2-3 סוגי שאלות:**

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 בשאלות אלו – התשובה חייבת להתייחס לשאלה- תמיד יש רכיב חדש ולכן לא לשפוך מה שכתוב במחברת אלא לחשוב ולדון בשאלה גופה. האתגר: יישום אינטלגנטי ומדויק לתוכן השאלה.**

הגבלת מקום/זמן קיימת כמובן.

**אורך המבחן: שעתיים וחצי.**

**מותר להכניס ספרי חקיקה של מחשבות אבל לא לימוד.**

1. אבעיה= פניה לבימש לשם מתן חוו"ד בשאלה משפטית, אשר התעוררה במשפט או בהליך. [↑](#footnote-ref-1)