בס"ד

29.10.12

**סדר דין אזרחי**

רשימת קריאה מקושרת.

חובה- פסקי דין. רשות- מאמרים.

איך קוראים פסקי דין בסד"א?

להסתכל על הכותרת, מה סוג ההליך, מי בעלי הדין.

חקיקה: חוק בתי המשפט ותקנות סדר הדין האזרחי.

מבחן עם חומר סגור למעט חקיקה. מותר להכניס למבחן רק ספר חקיקה של מחשבות.

ספרות: בתחילת הסילבוס מאוזכרים כמה ספרים. הטקסט הקלאסי זה סדר דין אזרחי, מהדורה שביעית. של השופט זוסמן. זה הספר הכי מקיף שנכתב אך הוא לא עדכני, לא ניתן ללמוד ממנו את הדין. שלמה לוין עידכן את המהדורה השביעית.

אורי גורן- סוגיות סד"א. נמצא בטקסט מלא בנבו, סוקר את פסקי הדין ורק את זה. בחירת הנושאים שלו חלקית. אין בו שום דיון.

דודי שוורץ. דיון מהותי ודן בדין הפוזיטיבי. לא מקיף את כל הסוגיות בהן אנו עוסקים.

דו"ח ועדת אור. עורך דיון מקיף בנושא של סמכויות שיפוט.

מאמרים- מיכאיל קרייני, איסי רוזן צבי, אלון קלמנט. שלושת הכותבים המרכזיים בנושא של סד"א.

עבודה של 15%.

הסיפור של פרשת עבדאללה הוא גבעת האולפנה. העתירה הייתה נגד המדינה לקיים את ההחלטה שלה להוציא לפועל את פינוי או הריסת הבתים.

העתירה מוגשת נגד המדינה, שר הביטחון הגופים שהוציאו את הצווים המקוריים להריסה.

המדינה אומרת שהיא עומדת מאחורי הצו ושייקח לה שנה להוציא אותו לפועל, זו העמדה שהוצגה לבג"ץ. מתעוררת השאלה את מי הפרקליטות מייצגת.

בג"ץ רושם את ההודעה, הופך איזשהו מהלך בשיח הפוליטי או המשפטי של רשות המדינה למילים שכתובות על נייר, אבל זה לא סתם נייר. מדובר על פסק דין. פסק הדין נכתב באולם ביהמ"ש. השופט לפעמים כותב את פסק הדין בידו או מכתיב למתמחה. השופט הפך את המילים לפס"ד, משהו מחייב עם ערך נורמטיבי. ביהמ"ש רושם- ממיר את המילים לנייר.

התיק הגיע לידי מיצוי וההליך הסתיים. לא נאמר אם העתירה התקבלה, נדחתה, התיק הסתיים, ימשיך וכו.

מדובר בהודעה של המדינה, ביהמ"ש רשם אותה וזה מקבל תוקף של פס"ד. האם ביהמ"ש פסק, האם הוכרעה כאן שאלה משפטית?

מתעוררת האפשרות שביהמ"ש לוקח את ההודעה של המדינה ודבק בה. ביהמ"ש אומר שהוא הופך את משך הזמן של שנה לפס"ד. לא נאמר האם הדבר נעשה בניגוד לרצונם של העותרים או לא.

יש כאן סימן לתופעה נפוצה ביותר בליטיגציה המשפטית בה ביהמ"ש אוהב לחפש דרכי מוצא שלא מחייבות אותו להכריע בתיק. מדובר על תופעה המשותפת לליטיגציה אזרחית בכללותה. מדוע זה כך?

הכרעה בתיק זה דבר שלוקח הרבה זמן וכסף, אם ניתן להוציא פס"ד ללא עשיית שימוש בכך זה עדיף.

יכולים להיות מקרים בהם ביהמ"ש רוצה להימנע מלהגיע לתוצאות מסוימות.

בג"ץ הוא משפט אזרחי.

הקטגוריה המרכזית של סד"א: כל סדר דין שאיננו פלילי.

סד"א כולל הליכים מנהליים, בג"צים, משפט חוקתי.

אנו נעסוק בעיקר בליבה של מערכת המשפט הישראלית, אבל זה חל על כל בתי המשפט האזרחיים.

ביהמ"ש נותן את פס"ד בספטמבר 2011. לאחר שנה, חוזרים לאותו תיק, שהוא תיק סגור לפי רישומי ביהמ"ש. הוא "חוזר לחיים" בגלל שהמדינה מנסה להחזיר את הגלגל אחורה, היא בעצם אומרת שפס"ד הוא לא סופי, הם רוצים לדון בעתירה מחדש.

זה איננו מצב טיפוסי בו המשיב, בעל הדין שהובא לביהמ"ש מבקש לחדש את הדיון. בד"כ באופן טיפוסי מטרתו של בעל הדין המשיב היא לסיים את הדיון, לדחות אותו ולא לאפשר לביהמ"ש לדון בשאלות אותם התביעה מעוררת. כאן, המדינה, שהיא המשיבה, מבקשת לדון מחדש.

המדינה אמרה בעצם מה שאמרנו לפני שנה, פס"ד ניתן על בסיס עובדות שהשתנו, והיא מבקשת לבסס פס"ד חדש.

ביהמ"ש העליון מעניק כותרת שונה עכשיו, לא פס"ד, אלא החלטה- מהלך שמתרחש בתוך תיק אחד שכבר ניתן בו פס"ד, עתירה שנפסקה. רוב ההחלטות ניתנות לפני מתן פסק הדין.

החלטות- נושא של סעדים זמניים, תיקון כתבי הטענות, סוגי בקשות שונות. ההליך לא מתחיל מטענות. לעתים יש החלטות המתקבלות לאחר סיום ההליך, וזו ההחלטה בה אנו עוסקים כרגע. המדינה אומרת שהנסיבות השתנו והיא רוצה לחזור בה מההודעה הקודמת, רוצה לגבש דעה חדשה, להציג אותה לביהמ"ש ואז לראות מה קרה.

המדינה מצדיקה את טענותיה בהינתן בכך שיש פס"ד סופי, המדינה אומרת אמרנו מה שאמרנו על גבעת האולפנה שנה לפני כן אבל השיפור מורכב יותר, לא כולו היה בפני ביהמ"ש כאשר התקבל פסק הדין. ישנם אזורים שונים הדומים לגבעת האולפנה, ועכשיו בודקים את השאלה במלואה. לא סביר שתיק אחד יוכרע ובאמצעותו הוא ישפיע על מקומות אחרים מבלי שעניינים יתברר גם כן.

כולנו יכולים להגיע לבג"ץ. לא משנה האם נפסק לטובתי או לא, הצלחנו ליצור תקדים מחייב. יש לנו מערכת המאפשרת למישהו לעשות פעולה במשפט האזרחי וכך להשפיע על אנשים שכלל לא היו מעורבים בהליך, למרות שהעניין שלהם דומה.

למשל, תובענה ייצוגית- מהו עקרון היסוד שלה? מדובר על אדם אחד או קב' קטנה של אנשים המייצגים קב' גדולה מאוד וברוב המקרים אותה קב' גדולה לא מכירה או הסכימה לייצוג של אותו אדם. בג"ץ הוא תובענה ייצוגית להליכים אזרחיים. סדרי הדין מתמודדים עם ההשלכות של זה.

המדינה תובעת מביהמ"ש להסתכל עכשיו על התמונה במלואה ונאמר שיש כאן סיפור רחב יותר.

אחת מהטענות המרכזיות של המתיישבים עצמם היא שיש כאן עניין קנייני של המשפט הפרטי, הנכסים נרכשו ויש בעלות, מרגע שמונחת הבעלות הבסיס לפינוי קורס.

למה המדינה התחילה עם העמדה המקורית לפינוי. פס"ד אלון מורה 79' בודק את נושא ההתיישבות. מדבר על פינוי שטחים בגלל ענייני ביטחון.

המתיישבים טוענים שאין בעיית אלון מורה כי הקרקע פרטית, הם רכשו אותה. השאלה ניתנת לבירור בהליך קנייני טיפוסי בביהמ"ש מחוזי.

יש ביהמ"ש אחר באותה מערכת שעוסק בשאלת ההכרעה בתיק. המדינה מזכירה לבג"ץ

יש כאן בעיה של ביזור ערכאות, לפעמים הן פעולות בתיאום ולפעמים לא. לא אחת זה מוביל לסתירות ובזבוז. אחד מהאתגרים של סדרי הדין הוא לתווך בין הערכאות.

אחת הטענות שהועלו ע"י המדינה בהחלטה של בג"ץ היא טענת **הליך תלוי ועומד**- ביהמ"ש מתבקש לכבד את העובדה שההליך מתנהל בביהמ"ש אחר. טענה זו לא מתקבלת בביהמ"ש בנימוק שאם זה הפריע למדינה זה היה צריך להפריע גם לפני שנה, לפני הדיון בו ניתן פסק הדין.

הבעיה היא שאת התביעה נגד המדינה הגישו המתיישבים על הקרקע, במחוזי. הם לא צד להליך המתנהל בבג"ץ. הם לא מיוצגים בהליך, למרות שהם הגישו בקשה להיות צד בו.

ביהמ"ש אומר שיש שחקן נוסף שהוא לא שר הביטחון, הישיבה שכן מיוצגת שהיא המוסד שמקים את הבתים אבל המתיישבים עצמם לא חלק מהעתירה. זה מעלה את השאלה מי יכול להיות צד להליך?

בג"ץ דוחה על הסף את בקשת המתיישבים להצטרף כצד להליך. נימוקים-

* שיהוי- הייתים יכולים להצטרף להליך מוקדם יותר אך נמנעתם מכך.
* יכול להיות שאתם רשלנים ולא צריך לתגמל רשלנות, אנחנו רוצים לתמרץ אנשים לפעול ביעילות.
* עניין של חוסר תום לב.
* החלטה לא מנומקת.
* ביהמ"ש אומר שהם לא חתמו על תצהיר שהיא עדות כתובה. מסמך שאדם חותם עליו בפני פקיד כלשהו, לרוב עו"ד, מולו הוא נשבע שמה שנאמר בתצהיר הוא אמת. התצהיר נצרך כי יש כלל הקובע שאם לא הוגש תצהיר די בכך על מנת לדחות את העתירה. כל בקשה בהליך האזרחי צריכה להיות מלווה בתצהיר. אנו רואים את העוצמה הנרמזת של כללים דיוניים מאוד טכניים. אם בתצהיר לא נאמר אמת, מדובר על עדות שקר. מאפיין מרכזי של סד"א הוא שיש דברים שעושים אותם כך ולא אחרת.

בעניין פרשת חוק טל, גיוס בחורי הישיבות, השופט גרוניס אמר שזו בעיה של הרשויות הפוליטיות. אותה טענה רלוונטית גם לפרשת עבדאללה, המדינה המציאה לעצמה עיקרון שהיא מפנה את הישובים האלה, היא צריכה למצוא לעצמה פתרון עכשיו אם היא חושבת אחרת.

השופט גרוניס אומר שיש כאן עיקרון משמעותי של ההליך האזרחי, המתייחס לסופיות הדיון, מעשה בית דין. פסק הדין ניתן, טעמים לחריגה מפס"ד כזה הם מצומצמים יותר. למשל, אם נגרמה תרמית, שינוי קיצוני בנסיבות, מעמד של צד אחד. גרוניס מדבר על חשיבות רעיון הסופיות- עניין של וודאות בדין, מניעת הטרדת בעל דין, הפרדת רשויות- מהות הפעולה השיפוטית שמסתיימת ועכשיו הרשויות האחרות צריכות לפעול, צמצום העומס על ביהמ"ש, תמריצים- מדובר על בעל דין, "שחקן חוזר טיפוסי בהליך האזרחי"- גוף שרואה איך ביהמ"ש מתייחס להליך אחד ולומד ממנו לגבי הליכים עתידיים.

מגיע בעל עניין, כל מה שהוא רוצה זה שהשופט ישמע אותו ויקבל אמון מהשופט. יש פער בין המציאות הנורמטיבית לפיזית ולרוב מה שמעניין את בית הדין זה המציאות הפיזית. במקרה שלנו היה משהו משניהם.

ביהמ"ש מדגיש את נושא הסופיות.

איך זה מסתיים? בג"ץ מדבר על סופיות בנחרצות. יש כאן תופעה האופיינית לשופט גרוניס- ?!, העדפה של פרוצדורה על פני הצדק. יש כאן שחקן חוזר והשופט גרוניס מרגיש שהוא צריך לבלום אותה. האופן בו טיפל גרוניס בפרשה הינו צפוי במידת מה.

ביהמ"ש נותן הארכה של 60 יום, מדובר על סמכות טבועה של ביהמ"ש להארכת מועדים, בעיקר כאלו שהוא קבע בעצמו.

חלק מהשאלה היא לא רק מהו הדין ואיך נגיע לתוצאה אלא כמה זמן ההליך לוקח וכמה זמן ניתן לעשות פעולות שונות ואיך הוא משפיע על הליכים שונים.

**סעדים זמניים:** אפשרות לקבלת סעד בטרם זכייה בתביעה.

עצם העובדה שהליך אזרחי לוקח זמן יכולה לגרוע מיעילותו. המשחק עם הזמן הוא מאוד קריטי בניהול ההליך.

\*\*סדרי הדין הייחודיים של בג"ץ כפופים לעקרונות צדק.

ניתן לחשוב על סדר הדין האזרחי כשדה מתווך בין הכוח הכופה של המדינה שפועל דרך המשפט לבין הפועלות- היותו של הפרט היחיד פועל במשפט.

\*\*ביהמ"ש היא אחת מהזירות בה מופעלת האלימות המדינתית, הוא חלק מהפעלת כוח כופה, הוא חלק מאלימות.

האדם שנתון לאלימות ביהמ"ש חווה את ההליך כהפעלת כוח פיזי עליו.

סדרי הדין במובן מסוים פועלים לתיווך בין המדינה לפרט. מצד אחד הם מתווים למדינה כיצד להפעיל את מוסדותיה. הם צריכים להגיד שמצד אחד ביהמ"ש צריך לפעול כך ולא אחרת, איך המדינה תפעיל את כוחה, סדרי הדין קובעים מתי המדינה מפעילה את הכוח הכופה שלה. מצד שני, הם גם ארגזי הכלים בהם אנחנו אוחזים- אזרחים, עורכי דין, כלים למימוש הזכויות האזרחיות שלנו. הם גם המנגנון הכופה אבל גם המנגנון המאפשר, הם אומרים לנו איך להיות אזרחים המממשים את זכויותינו. הידיעה של המשפט לא שווה מבלי לדעת איך להפעיל אותו- באילו תנאים ביהמ"ש יכול לתת צו מסוג כלשהו. מצד שני הם אומרים לנו איך אנו יכולים לגרום למדינה לעשות זאת, הכלי לשינוס כוחה של המדינה לטובתנו. מי שמפעיל את המשפט האזרחי זה הפרטים, בשונה מהפלילי המופעל ע"י המדינה.

כללי סדר הדין פועלים בשני המישורים כל הזמן- מצד אחד קובעים מה צריכה להיות עוצמתו של האורגן המשפטי ומתוך כך עוסקים בשאלות חוקתיות הבוחנות איך ביהמ"ש יכול להפעיל את האלימות המדינתית ומצד שני זו תופעה של הדמוקרטיה, האופן בו האזרחים יכולים להביא למימוש זכויותיהם דרך מוסד ביהמ"ש.

סדר הדין הוא ענף מובהק במשפט הציבורי. ההסתכלות שלנו תהיה תמיד בשני המישורים האלו.

השיקולים המרכזיים שאנו רואים כנדונים בשיח העוסק בסדרי דין:

בג"ץ לב: הגברת לב טוענת שאין שום מקור המסמיך את בי"ד להעניק צו יציאה מהארץ. השופט ברק מכיר בסמכות מסוימת של ביד"ר. נאמר כאן משהו רחב ביותר. בי"ד נראה כמו ביהמ"ש ויש לו סמכות טבועה לקבוע לעצמו את סדרי הדין שלו, אם לא נקבעו בחקיקה. סמכות זו נובעת מעצם היות בי"ד ערכאה שיפוטית. תפיסה מהותית של מהו ביהמ"ש. יש משהו הטבוע במהות אינהרנטית במוסד ביהמ"ש, כדי לעשות את מה שבתי משפט עושים יש צורך בכללים. אין ביהמ"ש ללא סדרי דין, לא יכול להתנהל הליך משפט מבלי שיהיה מובנה, יש משהו הטבוע בתוכו. כאשר אנו מדברים במשפט, בשפה של נורמות אנו מתקשים לחשוב עליה בלי תרגום למודלים מוסדיים מובהקים. אם זה ביהמ"ש חייבים שיהיו לו סדרי דין ואם אין לו, הוא ייתן זאת לעצמו. ואז מתחיל הכרסום, זה שבי"ד מוסמך ליצור לעצמו סדרי דין זה לא אומר שהם ינבעו מהדין המהותי החל. פער בין סדר דין לדין מהותי. זה שאתה בי"ד רבני לא אומר שסדר הדין שלך הוא רבני אלא הוא נובע מעקרונות כלליים. יכול להיות שבי"ד יפעיל סדר דין שלא נובע מהמשפט העברי ואולי אפילו שסותר אותו.

הסמכות הטבועה הזו כפופה לכללי המשפט המנהלי, בי"ד הוא אורגן מדינתי מופעל, כפוף לנורמות המשפט המנהלי כאשר הוא מפעיל את סמכות ולכן הוא צריך לפעול לפי עקרונות של סבירות. העליון אומר שניתן ליצור סמכות להעניק צו עיכוב יציאה מהארץ, סמכות הקיימת בערכאות אזרחיות ורלוונטית בענייני נישואין וגירושין אבל הפעלתה צריכה להיות כפופה לכללי המשפט המנהלי ולכן מוזרם לבי"ד עקרון ההגינות של ביהמ"ש האזרחי.

השופט ברק מפרט מהם עקרונות הסבירות של סדרי הדין בהליך אזרחי ראוי:

* צדק דיוני- הליך הוגן (זכות הטיעון).
* זכויות אדם.
* הרעיון הדמוקרטי- צריך לשקף את העובדה שאנו מדינה דמוקרטית.
* חשיפת האמת (צריך להיות התוצאה של ההליך).
* יעילות.

אנו עוסקים בהיבטים ההליכיים של המשפט האזרחי, אנו רוצים שההליך יהיה הוגן. מושג קרוב להליך הוגן- due process. עיקרון מקביל המופיע בחוקה האמריקאית. שיח זה נמצא אצלנו בהגדרת היסוד של ההליך.

**הליך הוגן דורש** אצלנו למשל את זכות הטיעון, כללי הצדק הטבעי- יש להם כמה פנים איסור על שפיטה מתוך משוא פנים או ניגוד עניינים. זכות טיעון- הזכות של אדם לבוא ולהציג את טענותיו.

זכות טיעון איננה הזכות שטענתו תתקבל.

אנו לא מדברים רק על הזכות לדבר אלא גם על וודאות שישמעו את מה שנאמר. אנו תובעים מהשופטים לנמק את החלטתם- חובת הנמקה, אמצעי להבטחת הרציונליות של ההליך המשפטי.

בג"ץ לב הוא אחד ההחלטות שלא נומקו כאשר הם ניתנו. בג"ץ מאפשר לאישה לנסוע ורק לאחר מכן מעניק לך נימוקים. מעל כל הדרישות הספציפיות האלה מרחף רעיון של הגינות ההליך כיחס שוויוני לבעלי הדין. אנו תובעים שתהיה זכות טיעון, חובת הנמקה וכו. המכנה המשוף הוא הרצון לוודא שהמחליט מתייחס לכל מי שעומד מולו כשווה.

אחד הניסוחים הקלאסיים של הליך הוגן זה יחס שיווני לבעלי דין הניצבים מולך.

איזה קשיים דרישות אלו עשויות לעורר?

1. **המתח בין הדרישה לעמוד על כל תנאי הצדק הטבעי לבין צדק מהותי.** למשל, האם המתיישבים יכולים להצטרף לעתירה בשלב מאוחר? מתח בין צדק דיוני למהותי. ביהמ"ש נוטה לצד של הצדק הדיוני. יש לנו כלל שצריך לצרף תצהיר, לא מגיעים לתוכן השאלה כי היא נפתרת באמצעות עמידה על כללי הדיון.

לפעמים אנו עושים שימוש במונחים של פורמליזם, ניתן לראות זאת כתפיסת צדק מסוימת לפיה עדיף להיות הוגן לאורך זמן מאשר צודק במקרה ספציפי.

צדק דיוני- procedural justice.

הרעיון של צדק דיוני ובעיקר תפיסת השוויון בין בעלי דין מעורר סוג נוסף של מתחים- האמנם כל בעלי הדין שווים זה לזה?

* ניתן לומר כי בעלי דין לא באמת שווים זה לזה למשל בגלל קיומם של שחקנים חוזרים לעומת שחקנים חד פעמיים. כללי סדר הדין מנסים ליישם את השאיפה של שוויון מהותי לעומת שוויון פורמלי.

ברקע יש מתח חלוקתי משמעותי לפעמים סדרי הדין מנסים להתמודד עם זה.

* שוויון הליכי. לפעמים אנו רואים בתוך ההליך האזרחי הפרות מפורשות של עקרון השוויון הפורמלי, מצב בו בעל דין מקבל יותר זכויות מבעל דין אחר. למשל, הנושא של סדר דין מקוצר, סוג של הליך הנותן הממון כוח לתובע ומעט לנתבע. יש מצבים בהם סדר הדין מנסה להפר את עקרון השוויון הפורמלי, למשל במצבים בהם יש סיבה להניח שלתובע יש טענה מאוד חזקה ולנתבע טענה מאוד חלשה. הדין מאפשר להתארגן בצורה מיוחדת, חדשה. ערעורים על עקרון השוויון מתוך הדין עצמו.

מצב בו אנו יודעים שמתנהלים הליכים דומים אבל בנפרד, שאלה דומה המתנהלת בבג"ץ ובמחוזי. איך אנו יכולים להבטיח שמערכת שפועלת באופן מבוזר תתייחס באופן דומה למקרים דומים (פרוצדורות של איחוד תיקים).

מצד שני יש לנו הסדר מאוד מגובש של מרוץ סמכויות. המערכת מתוכה בנתה מבנה שיבטיח שלא יהיה שוויון בין בעלי דין דומים, חלק יצליחו להגיע לזה וחלק לאחר. הכנסת מנגנון שמטרתו להפריד. ישנן שאלות שלא ניתן להכניס לאותה ערכאה.

סתירה פנימית- שואפת ליצור הסדר דומה במקרים דומים אך בעצם יוצרת אי שוויון.

ניתן להתייחס לביזור המוסדי של ערכאות שיפוט שונות כמצב שמאתגר את הנחת היסוד שלנו. מעניין לחשוב למה כאשר אנחנו נמצאים בעימות מול המעסיק אנו צריכים להגיע לביהמ"ש אחד ואילו בעימות מול השכן יש להגיע לביהמ"ש אחר, מערכות שונות ולפעמים גם דין שונה.

* שאלה נוספת היא האם אנו רוצים לעצב את סדרי הדין באופן שיבטיח שוויון בתוצאות?
1. אמת כתכלית ההליך האזרחי. האם מה שאנו רוצים זה אמת? התשובה המיידית שלנו היא בד"כ כן.

הפער בגישת האמת בין המשפט הפלילי לאזרחי מתבטא במידת ההוכחה הנדרשת.

יש לנו שאלות מורכבות של עיצוב ההליך.

הרציונל האדברסרי- כל אחד יביא את הטיעון שלו וכך נוכל לחשוף את הסתירות בטיעונים של האחר.

איזה שירותים אחרים היינו רוצים שביהמ"ש ייתן לנו? יישוב של סכסוכים. יכול להיות שאנו רוצים יותר פשרות. אולי חשוב לנו שהתיק יסתיים ולא התוצאה שלו, התמודדות עם בעיית העומס. השאלה היא עד כמה חשוב שהאמת תצא לאור. אנו רואים שיעורים גדולים של תיקים המסתיימים עוד לפני הניסיון לבדיקת האמת.

שירות נוסף שאנו עשויים לרצות מהפורום השיפוטי שלא הולם את החתירה לאמת, אולי ביהמ"ש הוא המקום שלנו לבטא את דעותינו ואמונותינו. הגעה לביהמ"ש וטעינת טיעונים מביאה להפעלת האזרחות ע"י כך שאנו גורמים למדינה לפעול. אנו רוצים לאפשר לאנשים לדבר למרות שדבריהם שגויים.

אם אנו חושבים על ההליך השיפוטי כמקום אותו יצרנו כדי לאפשר לאנשים להיפגש זה עם זה, לעסוק בהגדרת הזכויות שלהם, תביעת תוכן הזכויות שלהם יכול להיות שנרצה יותר דיונים ופשרות ואולי פחות אמת. אנו יכולים לחשוב על משהו כפחות מתבקש אבל אולי יותר נתון לארגון.

יעילות ההליך המשפטי. הליך משפטי יעיל זה הליך משפטי מהיר וזול עבור הצדדים, חוסך עלויות, הליך פשוט. יש זיקה גם לערכים דאונטולוגיים של הליך הוגן. אם אנו מקבלים את התוצאה מאוחר זה כאילו לא קיבלנו את התוצאה בכלל.

התביעה גם מגלמת תביעה להליך צודק באופן דאונטולוגי, מבטא את התביעות דרך הפרוצדורה.

יש לנו גם נק' מבט של הציבור בכללותו, אנו רוצים שההליכים יהיו כמה שפחות בזבזניים למערכת. ההליך ממומן ע"י שני בעלי הדין והציבור כולו. אנו רואים ניסיון של המערכת ליצור הליכים זולים ככל הניתן על מנת לממש את תכליתם. למשל- יצירת ביהמ"ש מומחה.

אנו רואים גם בסדרי הדין אמצעים שנוצרים כדי להשפיע על בעלי הדין לפעול באופן שיחסוך עלויות לציבור. תשלום אגרות למשל, זה בין היתר סוג של מס, מי שמנהל ליטיגציה רוצים שיישא בעלויות, יצירת מנגנון סינון כדי לוודא שמי שמגיע לביהמ"ש זה מי שאנו רוצים שיגיע. כנ"ל לגבי כללי נשיאה בהוצאות.

רצון להגיע לתוצאה שיפוטית בזמן סביר ובעלות סבירה יכולה להתנגש עם דרישות של צדק דיוני וניסיון להגיע לאמת. סדרי הדין נמצאים בעולם הסתירות זה.

מה שמרחף הוא המתח בין כללים ועקרונות.

המתח הקבוע בין המוחלטות והריבוי של הכללים לבין שיקול הדעת. אין צד אחד שמעדיף כיוון כלשהו.

אם אמרנו שלאורך זמן כללים מבטיחים שוויון אז צדק מהותי יאהב כללים, הרבה מאוד כללים יכולים להפוך באופן מהותי לסטנדרט אחד גדול, אם יש הרבה מאוד כללים זה יכול ליצור אי נגישות, זה יכול להקשות על הפעלת הכללים, אתה צריך מומחה לכללים על מנת להפעלתם, לפעמים עקרונות זה משהו זמין יותר ונוח יותר. גם כאן סדרי הדין חיים במתח קבוע.

שלוש תקנות המשקפות את בחירת סדר הדין בנוגע לתפיסת השוויון.

תקנה 524: מדברת על סמכות כללית לביהמ"ש לתקן פגם בהליך לצורך קידום הצדק. מושג מאוד עמום, השופט יכול להפעיל שק"ד.

תקנה 526: אי קיום התקנות אינו פוסל שום הליך, תמיד עוברים דרך ביהמ"ש בדרך להכרעה מהסוג הזה.

תקנה 528: סמכות כללית להארכת מועדים. בתי המשפט יכולים לסטות מהמועדים שהם קבעו. מועדים שנקבעו בדין ניתן לסטות מטעמים מיוחדים שיירשמו.

מגמות המשפיעות על סדרי הדין.

* ברקע נמצאו הפיתוחים הכללים של בתי המשפט- עקרון תום הלב שהופך לעקרון כללי במשפט האזרחי וזורם לכללי סדרי הדין.
* המהפכה החוקתית.
* זכויות אדם הופכות להיות קריטריון דרכו מסוננות הכללים, יש לפעול לפי סדרי הדין ולקחת את זכויות האדם בחשבון. ביהמ"ש אומר שניתן להפעיל שק"ד גם כאשר הכלל נראה ברור.
* תום הלב כשיח המחלחל לעולם סדרי הדין שלנו, זה משפיע למשל על האיזון בין ההיבטים האדברסריים לאינקוויזיטוריים שלנו. ההליך האדברסרי יכול להיות בניגוד להליך האינקוויזיטורי.
* דיגיטציה, מחשוב ההליך האזרחי. מערכת ניהול תיקים. כניסה גוברת על אמצעים ממוחשבים לניהול ההליך הכללי, משפיע באופן מהותי על התנהלות ההליך. למערכת נט המשפט יש מידע מלא.
* לבתי המשפט יש יותר מידע סטטיסטי על התיקים, מאפשרת ניתוב טוב יותר של תיקים מבעבר. ביהמ"ש זו מערכת מאובטחת מאוד בעיקר בפני עורכי הדין.
* המחשוב מאפשר דברים נוספים-היכולת לעבור דרך הרבה מידע היא מאוד זמינה.
* תופעה נמשכת- ריבוד האורגן השופט. אנו רואים תופעה נמשכת של יותר ערכאות שיפוטית. רשם ורשם בכיר בתוך ביהמ"ש, ביהמ"ש לתביעות קטנות, הצעת חוק בוררות חובה- תיקים שמוגשים לשלום ונמצאים בסמכותו יישלחו לבחירת הצדדים לבורר. מערכת שכל הזמן מעדכנת את עצמה ואחת התופעות זה הרחבת הביזור. עושים זאת מתוך שיקולים של יעילות.
* ריבוי בעלי דין בהליך האזרחי. אם בליטיגציה הקלאסי דיברנו על מבנה בינארי פשוט, צד א' ב' וגורם מכריע אנו רואים יותר התדיינויות בהן מעורבים יותר בעלי דין. אנו באינטראקציה עם יותר אנשים באופן טיפוסי. יותר אנשים נגישים ומגיעים לביהמ"ש.

פרק 1(ד) ופרק 2(א).

5.11.12

מהו התוכן של המסגרת שנקראת סדר דין אזרחי?

האם זה רק עניין תועלתני או שיש גם טעם מוסרי.

הדין הדיוני קיים עבור הדין המהותי.

כמה נפקויות מעשיות נורמטיביות שראינו במשפט

**מדוע זה משנה לנו אם אנו עומדים בפני נורמה דיונית או מהותית?**

* דוקטרינה העוסקת ביוצר/ת הנורמה. אנו עוסקים במהותי, משהו שאמור להיגזר מהעדפות הערכיות שלנו כקהילה פוליטית ולכן מי שאמור לייצר את המשפט המהותי שלשנו הוא המחוקק. לרשויות שונות יכולות להיות סמכויות שונות לצורך הדינים השונים.
* תחולה של נורמה בזמן. מה התחולה של נורמה מהותית בזמן לעומת תחולה של נורמה דיונית בזמן.
* משפט בינלאומי פרטי. השאלה של ברירת הדין. אנו שואלים מה הדין שיחול על מקרה מסוים שידון. דוקטרינה מקובלת בארצות המשפט המקובל: הדין המהותי הולך עם הקייס והדיוני עם הפורום. אם התאונה הייתה בישראל והדין בארה"ב, הדינים הם דיני ארה"ב והפרוצדורה היא של דיני ישראל. בג"ץ לב גם מדבר על הנושא של ברירת הדין.

פס"ד רייך: משנות ה 50. מעורר את השאלה למי הסמכות ליצור נורמה מסוג מסוים. פס"ד נכתב ע"י לנדוי והוא יושב עם אגרנט וזוסמן. שלב יחסית ראשוני בפיתוח סדרי הדין הישראליים.

השאלה הדיונית היא שאלת הסמכות להסדיר משהו בתחום עיכוב יציאה מהארץ. זה לפני בג"ץ לב שמדבר על סמכות טבועה של בי"ד.

ברקע יש מהלך של שר המשפטים שמעדכן את התקנה בנושא של עיכוב יציאה מהארץ. זה סוג של סעד זמני שמאפשר לבעל דין מתחילת התהליך לוודא שבעל הדין שכנגד לא יוצא מהארץ בזמן התנהלות ההליך וע"י זה מסכל אותו.

בעל הדין שנגדו הוצא הצו טוען שהשר עשה פעולה שהוא לא מוסמך לבצע, הוא יצר נורמה השייכת לתחום המשפט המהותי כי זה פוגע בחופש התנועה, משהו שקשור לזכויות האדם הבסיסיות. משהו שנראה חשוב ומרכזי.

ביהמ"ש שומע את הטענה, אבל דוחה את ההנמקה. זה לא ייבחן על סמך חשיבות או לא. לנדוי שואל האם זה שייך לסדר הדין המהותי או של סדר הדין האזרחי, ביהמ"ש מצהיר על קיומה של ההבחנה בין הנורמות.

לנדוי אומר שמילת המבחן היא **סיוע**. האם אנו רק עוסקים בסיוע ועזרה להשיג משהו אחד או שהיא יוצרת סעד חדש.

אנו צריכים לעשות הבחנה בין צו עיכוב היציאה מהארץ לבין הנורמה שבגינה הוגשה התביעה. התביעה הוגשה ליישוב סכסוך ממוני, אין שום קשר בין השאלה האם הנתבע נמצא בארץ או לא לבין העניין לגביו הוגשה התביעה.

תביעה בנושא של עיכוב יציאה מהארץ הוא מקרה קל כי כל הטיעון הוא רק קידום ההליך.

התביעה לא הוגשה כדי לעכב את יציאתו של הנתבע מהארץ אלא כדי לקבל סכום כסף וכו.

איך הייתה נראית תביעה בה ההיבט של עיכוב יציאה מהארץ הוא ההיבט המהותי? ספק אם יש עילה כזו בדין.

לנדוי פותר זאת ואומר שעפ"י הדינים שלנו רשות מנהלית יכולה לנתק נורמות דיוניות.

צו עיכוב יציאה מהארץ זה עניין דיוני מובהק.

אנו יכולים לחשוב על מצבים בהם אנו מגישים תביעה כספית כאשר מה שאנו רוצים

אנו לא עושים היררכיה של פגיעה בזכויות אלא השאלה שלנו היא פונקציונלית האם הנורמה מסייעת לנושא שבגינו הוגשה התביעה או שהיא יוצרת משהו חדש.

מבחן ה"מה" לעומת ה"איך". מה- איזה זכויות יש לי ביד, נורמה מהותית. "איך" לממש את המה- נורמה דיונית.

דבריו של השופט לנדוי מבוססים על התחושה שיש פיצול.

למה המצאנו את הדיון המשפטי, הליטיגציה אם כולם מאמינים בציות לחוק? לפעמים הכוח הפנימי לציית נכשל. בפס"ד רייך אנו רואים את המשניות של ההיבט הדיוני אל מול ההיבט המהותי. הדיוני נכנס במקום בו המהותי נכשל.

ניתן לנסות ולמוטט את הפיצול הזה. ניתן לומר שהפיצול הזה לא עובד בהרבה מאוד מקרים.

לפעמים הדין הדיוני עצמו נועד לממש תכליות מהותיות, אנו יכולים לחשוב על עיצוב התהליך המשפטי בו אנו ממשים תכליות מהותית, למשל השגת צדק חלוקתי. אם זה כך, הרי שגם כאן אנו יוצרים היבטים מהותיים.

מדובר על מקום בו ניתן ליצור זירה דמוקרטית.

יש סוגים של זכויות שאין להם שום קיום בלי הפן הדיוני. הן לא נזקקות לאיך רק כאשר כוח האכיפה כושל אלא שכל קיום של נורמה מהותית חייב לעבור דרך המסלול הדיוני.

דברים שאנו לא יכולים לממש ללא ביהמ"ש, ללא נורמות דיוניות: אימוץ, אשפוז בכפייה, גירושין.

יש גישה הגורסת שהכול דיוני, למעשה אנו חווים את הדין דרך הפן הדיוני כי אנו מדווחים לביהמ"ש הכל, אין בחוק העונשין נורמה האוסרת על רצח אלא רק תרופות.

עולה השאלה האם ניתן לדמיין מדינה ללא ביהמ"ש בכלל, אולי אם היינו משוכנעים פנימית בנורמות ומצייתים להן בעצמנו.

יש אנשים הטוענים שלא ניתן לדמיין מדינה דמוקרטית ללא רכיב מוסדי הנקרא ביהמ"ש.

המשפט הפרטי מאפשרת לנו להגיד למדינה שהיא פעלה שלא כראוי כאשר היא העניקה לאדם מסוים כוח.

סמכות שיפוט עניינית למשל זה מסוג הדינים שבמשפט שלנו רק המחוקק הראשי יכול ליצור. יש נורמות שהן לכאורה דיונית, לא קובעות נורמות מהותית ועדיין זה שייך מבחינה יצירתית למחוקק הראשי ולא למחוקק המשנה. זה מבטא היבט כלשהו של הכוח השיפוטי.

המישור החוקתי- הרבה מבתי המשפט שלנו הוא משהו שהמחוקק עצמו לא יכול לוותר עליו. ח"י השפיטה הוא זה הקובע בתור התחלה איזה בתי משפט יהיו לנו. מה שכן המחוקק מוסמך לקבוע את הסמכות של בתי המשפט האלו.

בג"ץ חירות: אחרי בנק המזרחי. עוסק בתשדיר בחירות. תשדיר בחירות בו דגל ישראל שהופך לדגל פלסטיני והתקווה שהופכת לבילאדי. המדינה טוענת טענת סף דיונית האומרת שלביהמ"ש העליון אסור לדון בזה. הסיבה: ס' מסוים בחוק בחירות הכנסת הקובע שלמעט הוראות ספציפיות שקבועות בחוק לביהמ"ש אסור לבקר את החוק.

ברק אומר שזה לא עובד בביהמ"ש העליון כי הסמכות של בתי המשפט נקבעת בח"י השפיטה ואילו ההוראה שהועלתה מצויה בחוק רגיל ולכן חוק היסוד גובר.

את האיך יכול ליצור פקיד המנהל הציבורי.

חלק מהאיך שלנו קבוע בחוקה, נעשו בחירות משמעותיות עבורנו כבר ברמה החוקתית.

יש גישות המערערות על קיומו של הפער בין ה"מה" לבין ה"איך".

השופט הולמס- ראליזם משפטי אמריקאי. כותב את אחד הטקסטים המפורסמים שלו על ה"איש הרע". זה מושג היסוד של המשפט. האיש הרע הוא האדם שמה שמעניין אותו זה לא הצודק, ההוגן וכו אלא מה שמעניין אותו זה התוצאות החומריות, המעשיות של החוק שהוא יכול לצפות שיקרו לו. נמען הנורמה המשפטית ככזה שעוסק כל הזמן רק בתחזית. מי שחושב על המשפט בערכים של מוסר טועה. הריאליסטים מתארים את המציאות, עוסקים בתצפיות.

התנועה החזקה של משפט וכלכלה נובעת מהולמס. מה שצריך להיות במשפט זה מה שמעניין את מי שמשתמש בו. אנו נשאל את עצמנו מה הסיכוי שיתבעו אותי, כמה יעלה לי אם יתבעו אותי ולחלופין אם אני אפנה לפשרה. חשיבה על תמריצים.

במובן זה להגיד שיש פער זה אמירה שלא קשורה לחיים.

מבחינה ריאליסטית ההבחנה בין המה לאיך היא שגויה, מבחינה נורמטיבית היא מוטעית.

בפועל אנו רואים שבתי המשפט חוזרים להבחנה זו ועושים בה שימוש. אנו צריכים לעשות בה שימוש זהיר ולקחת בחשבון גם לעורר סימני שאלה מעל התקפות המלאה של הבחנה זו.

**תחום התחולה בזמן של שינויים בדין**

חשיבותה העיקרית היא חזרה לדין המהותי.

חזקה פרשנית קלאסית לפיה דין מהותי חדש חל רק פרוספקטיבית, צופה פני קדימה. דין שחל רק על פעולות או על מצבים משפטיים שיתרחשו לאחר השינוי או החידוש בדין. מכאן נובעת חזקה הופכית- נגד תחולה רטרוספקטיבית. ניתן לסתור את החזקה.

החזקה אומרת שניתן לפרש דין בשתי דרכים, ההעדפה היא פירוש של הדין כחל פרוספקטיבי. יש עקרונות של הגינות שיצדיקו את הגישה הזו. אנו מעדיפים להגיע לתוצאה פרוספקטיבית.

מצד שני השיח המקובל במשפט המקובל לאורך שנים ודורות הוא שחידושים בדין הדיוני חלים רטרוספקטיבית להבדיל מהנורמות המהותיות. הסיבה: אנשים לא אמורים לכלכל את התנהגותם עפ"י הוראות ה"איך".

פס"ד ארביב: ברק כותב משהו שהוא סוג של דעת מיעוט שבחלוף כמה שנים הופך להלכה בעליון. אנו צריכים לחשוב על ההבחנה הקלאסית בין פרוספקטיבי לרטרוספקטיבי ובאמצע יש אקטיבי.

פרוספקטיבית- על פעולות ומצבים שיתרחשו בעתיד.

רטרוספקטיבית- על פעולות ומצבים שהתרחשו בעבר והסתיימו.

המחוקק יכול אם הוא רוצה להפעיל נורמות גם על פעולות שהיו והסתיימו אבל הם יצטרכו לעמוד בביקורת תקיפה, כי המעשים לכאורה הסתיימו. אפשרי אך בעייתי.

אקטיבי- תחולה על מצבים שהתחילו בעבר אך הם עדיין נמשכים.

ברק טוען שהקושי המוסרי שיש לנו עם רטרוספקטיביות לא בהכרח מתעורר לגבי תחולה אקטיבית כי היא לא בהכרח פוגעת בהסתמכות.

תחולה אקטיבית לא מעוררת קושי מוסרי כי ברגע שמתרחש השינוי אתה יכול להשתנות.

באופן טיפוסי רוב הדינים הדיוניים נמצאים במישור האקטיבי, אא"כ המחוקק אומר לנו משהו אחר. הפירוש הסביר של חידוש בדין הדיוני, הוא נפרד מהדין המהותי, הנורמות שמסדירות את ההליך השיפוטי הן כאלו שבאופן טיפוסי נועדו לחול באופן אקטיבי. אין בעיה עם שינויים. אין חשש לפעולה רטרוספקטיבית. החידוש חל מעתה ואילך, הוא חל על הליכים פתוחים ולכן אין בעיית תוקף או מוסר. וכך מוצדק שכך יהיה. דינים המסדירים את ההליך המשפטי הם מסוג הדינים שלא ראוי שתהיה עליהם הסתמכות ולכן זה בסדר לקבוע להם תחולה אקטיבית.

ברק רוצה למנוע חישובים של מתי כדי ומתי לא כאשר חושבים על הנורמות הדיוניות.

יש סוג של נורמות שלא ראוי לסמוך עליהם וזה משחרר אנשים מהצורך לסמוך עליהם. זה לא כך בדין המהותי המכווין את ההתנהגות שלנו. יש הבחנה, איך נבחן איפה לשים אותה זו תהיה שאלה מוסרית. מה סוג הדינים שראוי להסתמך עליו ומה לא. יש לשים את הקו- מצד אחד יש נורמות דיונית החלות אקטיבית ומצד שני יש נורמות מהותיות החלות פרוספקטיבית.

השאלה היא האם אנו רוצים שאנשים יסתמכו עליהם ואם לא. אם לא- זה נורמה דיונית.

למשל, הגשת כתב בית דין תוך 5 ימים ומחוקק המשנה החליט להאריך את התק' ל 20 יום. המחוקק יכול להגיד שהכלל החדש חל רטרוספקטיבית. כלל זה יחול גם על כל האנשים שלא הספיקו להגיש תוך 5 ימים. אנו צריכים לקבוע את הגבול של הרטרוספקטיביות. כל בעלי הדין מנגד שהסתמכו על כך שחלפו 5 הימים יכולים להיפגע מזה וכן אנשים שנשאו בעלויות מיוחדות כדי להספיק ולהגיש בתוך 5 הימים האלה.

יש מערכת יחסים דינמית המבוססת על הנחות של משחק סכום אפס, ואז כל הקלה של בעל דין אחד יכולה להתפרש כפגיעה באופן ישיר של בעל דין שכנגד.

תחולה אקטיבית- מי שנמצא בתוך 5 הימים האלה קיבל עוד זמן. גם כאן יש פגיעה והיא בכל מי שהיה בעבר אבל זו פגיעה הרלוונטית לכל שינוי בדין.

הגישה של ברק אומרת שזה לא פוגע בך, אתה בתוך התק'.

תחולה רטרוספקטיבית- כל מי שיצטרך לפעול עפ"י הכלל הזה בעתיד יהיו לו 20 יום.

תחולה פרוספקטיבית הייתה יוצרת מערכת סותרת- היה צריך לבדוק מתי נפתחו התיקים. יש פה הנחת בסיס של יעילות מוסדית.

אם המחוקק מטיב איתנו הוא אומר למה הוא התכוון ואם לא, יש לפעול לפי פרשנות.

פס"ד אי בי איי: ברק חוזר שוב על הדעה שלו, יחד עם בייניש וריבלין ואז זה הלכה. כאן עומד לדיון חוק תובענות ייצוגיות. מדובר על הסדר יחסית חדש אז ולכן התעוררה השאלה של תחולה בזמן. מדובר על הסדר מקיף השונה מההסדר הישן. בחוק יש סעיפים די מפורטים של הסדרי תחולה שאומרים איך להתמודד עם מצבים של תיקים סגורים, פתוחים וכו. אבל ברק עושה לנו גם את המסלול הפרשני כדי לעגן את מה שנאמר בפס"ד ארביב.

אם התובענה מוגשת לאחר החוק הנורמה חלה באופן ברור. הבעיה היא תובענה ייצוגית שהחלה לפני חקיקת החוק. השאלה מתעוררת בערעור, החוק נכנס לתוקף כאשר התיק נמצא בדיון בעליון.

ברק אומר שהחוק הגיוני, התחולה אקטיבית, זו התחולה הטיפוסית להוראות סדר הדין. זה גם נלמד מתכליתו של החוק.

החוק מסדיר מכאן והלאה את היחסים בין תובעים, קובע איחוד תביעות. מכאן מתבקש שהתחולה תהיה אקטיבית.

**משמעות המהלך של ברק:** בגלל שברק מאפיין את ההסדר של תובענות ייצוגיות כסדר דין הוא יכול להחליט שזה אקטיבי ולהפעיל זאת על הדיון הנוכחי. לעומת זאת, אם ביהמ"ש היה רואה את ההסדר כיוצר זכויות מהותיות, ראוי שהצדדים יוכלו לבחון את התנהגותם לאור ההסדר התוצאה הייתה תחולה רטרוספקטיבית כי ההתנהגות הייתה מסתיימת כבר קודם.

יכול להיווצר נתק בין החוויה הממשית של השחקנים בשוק לבין האופן בו ביהמ"ש משדר זאת, לא בודקים האם בעל הדין הסתמך אלא האם ראוי שהוא יסתמך.

לגבי שחקנים פוטנציאליים- אולי הדבר אמור לשדר מסר מסוים לגבי התנהגותם בעתיד.

יש להבחין שקשה מאוד לגרום לבעלי דין רציונליים לא להסתמך, יש פה מעין אוקסימורון, האם ישנן נורמות שלא צריך להסתמך עליהן?

האם יכולות להיות נורמות שאנשים מראש לא ידעו את התוצאה שלהן?

יכול להיות שאם היינו רוצים שאנשים לא יסתמכו על סדרי הדין היינו צריכים לא ללמד מהם, אלא שאנשים יגלו זאת כאשר הם נכנסים לביהמ"ש.

פס"ד ברזני נ' בזק: גישה לפיה דיני תובענות ייצוגיות נתפסו ע"י חלק מהאנשים כחלק מהותי.

בג"ץ כהן: עסק בהסדר שהופיע בחוק התובענות הייצוגיות שנותן למדינה כנתבעת בתובענה כזו שורה של הגנות, שלא ניתנות לנתבעים אחרים. המדינה יודעת שהסיכונים להם היא ניצבת כנתבעת בתובענות ייצוגיות הם שונים מאלה שלהם חשופה נתבעת רגילה.

בפועל אנו רואים שחקנים מסחריים שמחשבים את הסיכוי לפיו הם ייתבעו בתובענה ייצוגית. יותר מזה, יש חברות שמעוצבות באופן שיחסום את האפשרות לכך שהן ייתבעו בתובענה ייצוגית.

פס"ד אי בי איי: מדובר על הסדרת יחסים. בפועל יש כאלו שיטענו שדיני תובענות ייצוגיות הן דינים חשובים לעיצוב התנהגות של שחקנים שונים המשק.

ביהמ"ש העליון נוטש במובנים מסוימים את המה לטובת האיך. ניתוח נורמטיבי- האם זה מסוג הנורמה שראוי להסתמך עליה או לא, כך נראה האם זה נורמה דיונית או מהותית.

בהעדר הוראה אחרת, נורמה דיונית היא עם תחולה אקטיבית. ביהמ"ש אומר שלכאורה זה לא מעורר קשיי הגינות אך יכולים להיות אנשים שיפגעו מכך. בפועל השאלה היא עד כמה אנו משקיעים בחישוב הסיכויים והסיכונים שלנו. ספק אם אנו יכולים לממש את המבחן שפותח באי בי איי, האם ניתן ליצור נורמה שתהיה חסינה מהסתמכות?!

פס"ד מור: הכפשה אינטרנטית העשויה להקים תביעת לשון הרע. הבעיה היא שלא ניתן לאתר את הנתבע. המידע הזה קיים, ניתן להגיע אליו, השאלה היא האם ניתן לחייב את הספק לתת מידע על הנתבע.

דעת רוב: השופט ריבלין אומר שאחד הדברים הראשונים בכתיבת סדרי הדין הוא כתיבת שם הנתבע. אם אין נתבע לא ניתן להגיש את התביעה.

לעניין תביעת הספק- אין עילה לתבוע, חלק פורמליסטי.

ביהמ"ש אומר שזה מסוג הדברים שהמחוקק צריך לטפל בהם.

ביהמ"ש אומר שזה מצב בעייתי כי זכות מהותית יש, יש חוק לשון הרע. הבעיה היא שאין מנגנון ההופך את הזכות הזו למשהו ממשי.

יש פער- מצב בו יש זכות שאין לצידה מנגנון אכיפה.

לשון הרע זה לא רק עוולה אזרחית אלא גם עבירה פלילית, ניתן להגיש תלונה למשטרה. יש גם קובלנה פלילית- אדם בעצמו יכול להגיש תביעה לביהמ"ש.

יש את שדה הביניים שאולי פותר לנו את הנושא.

יש פער בין היכולת של השחקן הפרטי לאכוף לעומת דיני האכיפה המדינתיים. המשטרה יכולה להפעיל את שירותי החקירה שלה כדי לגלות מיהו הנתבע.

רובינשטיין (מיעוט): אין דרך, אנו לא יכולים ליצור הליך חדש יש מאין. אבל אנו כן יכולים להכיר בעילות חדשות בדין למשל של התובע נגד ספק האינטרנט. אם התחלנו עם התחושה שיצירת סדרי דין זה משהו זול יותר, רובינשטיין מגיע לתוצאה הפוכה- יצירת סדרי דין זה משהו שהמחוקק צריך לעשות אבל הכרה בעילה חדשה השופט יכול. יצירת העילה המהותית ואז ההליך יסתדר מעצמו, חקיקת נורמה חדשה בדין המהותי.

בג"ץ לב- אם יש לך עילה שאתה יכול לפעול לפיה, יש לך סמכות טבועה.

אם זיהית את העילה המתאימה בדיני הנזיקין, אתה יכול להיות ביהמ"ש.

אם אתה נמצא בתחום בו אתה מוסמך להפעיל סמכויות מהותיות וחסר לך סמכות דיונית ניתן ליצור אותה.

סדרי הדין הם הכלי למימוש הגישה לערכאות. אם יש עילה ואין סדר דין, אין גישה.

איך הכללים השונים האלה מאפשרים לנו לגשת למימוש הזכויות המהותיות?

**הגישה לבית המשפט**

פס"ד מדינת ישראל נ' דיראני: מחבל שהגיש תביעת נזיקין לביהמ"ש, על נזקים שלטענתו נגרמו לו במהלך הזמן שבו הוא היה במשמורת בישראל. הוא טוען שהוא עונה. כאשר הוא השתחרר, הוא חוזר לפעולות טרור. המדינה מעלה טענת סף לפיה ההליך צריך להסתיים. המדינה מנסה לסיים את ההליך בטרם ניתן פס"ד מנומק.

דעת הרוב, פרוקציה: נק' המוצא היא הגישה לביהמ"ש, על זה הדיון. היא אומרת למה הרעיון של הגישה לערכאות הוא חשוב.

ניתן להבחין בין שני סוגים: הצדקות פרטיות והצדקות ציבוריות.

**הצדקה פרטית:** זו הדרך למימוש הזכויות שלו. כדי שנוכל למנוע עינוי במעצר, צריך שתהיה דרך לאכוף את הזכות הזו. אין זכויות ללא האפשרות לאכוף אותן. פרוקצ'יה אומרת שאם אין גישה אין זכות.

**הצדקה ציבורית:** זכות הגישה נבחנת כאשר דיראני הוא התובע. תפיסה דמוקרטית- בתי המשפט הם מקום שבו מפקחים על השלטון, אנו מבקשים מביהמ"ש לפקח על רשויות השלטון של המדינה. מבקשים מהמדינה לפקח על רשויות האכיפה שלה. כל הליך משפטי יש בו היבט על האופן שבו רשויות המדינה פועלות.

מדובר על השפעה של היבטיה של מדינה דמוקרטית, אך ההליך בביהמ"ש אינו דמוקרטי במובן הקלאסי, אך הוא דמוקרטי במובנים אחרים. זה מקנה לכל אזרח לשטוח את טענותיו.

יש אינטרס ציבורי הממומש דרך זכות פרטית. יש שיח ששם זאת גם במישור החוקתי.

פס"ד חירות: מפעיל ביקורת חוקתית על משהו שקשור לזכות הגישה. תובנה שיש פה ערך חוקתי כן משפיעה על שאלות פרשניות. במקרה של ספק פרשני, נעדיף יותר גישה לערכאות.

את זכות הגישה הענקנו לכל אדם. אפשר לעורר את השאלה האם העיקרון של כל אדם שנהנה מזכות הגישה אומר שבפועל כולם באמת יכולים לגשת.

האם זכות גישה יכולה להיות למי שחיצוני לזירה הפוליטית הרלוונטית, למי שאיננו חלק מהאוכלוסייה ? אפשר לעורר את השאלה האם ניתן להעניק את זכות הגישה לערכאות למי שהוא איננו אזרח כשם שזה ניתן לאזרחים?

כל אדם שנמצא בישראל יכול ליזום דיון, יכולה להיות גם נוכחות קונסטרוקטיבית. ברגע שאתה חלק מההליך אתה לא חייב להיות כאן, העובדה שדיראני מחוץ לישראל לא מונעת ממנו מלהמשיך להיות תובע. יש הגדרה רחבה של זכות הגישה לערכאות. יכולה להיות נוכחות קצרה ביותר.

חשוב להעניק לתביעה זו להמשיך ולהתקיים כי מדובר על פגיעה גופנית, במישהו שמוחזק ע"י השלטון, כל חייהם מנוהלים ע"י המדינה ולכן צריך להיות היבט ביקורתי על כך.

השאלה האם אויב יכול לגבות את כספי הפיצויים? פקודת המסחר עם האויב קובעת שלא ניתן להעביר כספים. פרוקצ'יה מתייחסת לנושא הזה ואומרת שברור שהוא לא יהיה מסוגל לגבות את הכסף ושהוא לא תבע בשביל זה ולכן אם ככה, אולי בכלל לא צריך לנהל את ההליך (מלצר אומר זאת, ברור שזה הליך ציני מבחינתו). פרוקצי'ה אומרת שזה שהוא לא הולך לגבות מעידה על כך שיש פה הליך ציני ולא טהור. פרוק'ציה מאוד מדגישה את ההיבט הציבורי, חשוב שביהמ"ש ישראלי ידון בה ויותר נוח לה לדון דווקא בגלל שהיא יודעת שהוא לא יקבל את הכסף.

מדובר על סוג התביעות שצריכות להתברר.

פס"ד מור: אסור להכפיש למרות שאין הליך.

פס"ד דיראני: פרוקצ'יה לכאורה אומרת שאם לא היה הליך, מותר היה לענות.

בדיראני מתאפשר לתבוע ובמור לא.

יש גישה שאומרת שהגישה עצמה היא זכות מהותית, עצם היכולת לבוא לביהמ"ש ולטעון את הטענה היא הדבר שהאדם רוצה ושזכאי לו.

לאנשים יש זכות, כחלק מכללי הצדק הטבעי, שהיא זכות טיעון. מדובר על זכות הגישה כתכלית כשלעצמה.

**אלון הראל:** המדינה יצרה שער דרכו אנו משוחחים, וזה ביהמ"ש. זה המקום בו המדינה עונה לאזרח.

יש גישה שאומרת שאולי עדיף לצמצם את זכות הגישה לערכאות וזה יגרום לנו להיות אזרחים טובים יותר ועורכי דין פחות טובים. נוותר על הזירה הזו ונחשוב על זירות אחרות בהם אנו יכולים להשפיע, מחוץ לביהמ"ש.

הנהנים מזכות הגישה באופן הבסיסי ביותר- יוזם ההליך. לפעמים גם הנתבע יכול לתבוע את זכות הגישה, כאשר לא ניתנת לו הזכות להתגונן.

הזכות שלא לגשת לערכאות, לפעמים ביהמ"ש מדבר על כך גם כחלק מזכות הגישה. זכותו של התובע לקבל פס"ד? נתבע שמתעכב, האם זה גם נכלל בזכות הגישה לערכאות? אולי זכות הגישה משפיעה גם על שאלות העומס בביהמ"ש?

זכות הגישה כזכות חיובית- תיצרו לי תנאים שאולי הגישה הזו תהיה ממשית. זה יכול להטיל עלויות ולסבך קצת את השיח החוקתי.

עולה גם השאלה מהי ערכאה? מה אם הדיון מתנהל בפני רשם ולא בפני שופט? מה אם התביעה נשלחה לבוררות חובה? האם זכות הגישה מתממשת כאשר אנו מגישים ערר?

יש להעניק הגדרה נורמטיבית לערכאות.

החלטה בעניין תלמוד תורה: השופטת פרקוצי'ה עוסקת בשאלה עיונית הנוגעת לדיני ההתיישנות. יחס בין התיישנות לשיהוי. מדובר על אחד מהחסמים לזכות הגישה. המשפט שלנו רווי במגבלות. שיהוי יכול להגביל את זכות הגישה גם אם אנו לא מתייחסים להתיישנות וזה מכוח עיקרון תום הלב. גם עקרון תום הלב יכול להגביל את זכות הגישה לערכאות.

עניין איברהים: תקנה 519 שמדברת על מקרה בו אנו רוצים להגיש ערעור לביהמ"ש, אחד מהדברים שנדרש זה להפקיד בצד הדיון ערובה מסוימת, הדין כבר לא איתך, יש כלל שחל תמיד, אם אתה הולך להטריח שוב את המערכת ואת בעל הדין שכנגד אתה צריך לתת ערובה מראש לכיסוי ההוצאות. ערבון לכיסוי הוצאות הנתבע. זהו מנגנון שהוא חסם גישה קלאסי. יש פה תביעה של אזרח זר, תושבי הרצועה נגד המדינה. נשאלת השאלה האם לגיטימי שהמדינה תתבע ערובה לפי תקנה 519. למדינה יש אינטרס מופחת כי כולנו משלמים את הוצאותיה ועדיין ביהמ"ש אומר שיש להפקיד את הערובה.

פס"ד אריעד: ריבלין מכיר בחשיבות של עמידה על העיקרון הדיוני, איחור בהגשה של כתב טענות. אבל ביהמ"ש אומר שברור לנו שיש מישהו שרוצה להתגונן ונעשה זאת ע"י זה שנאפשר לו את זכות הגישה.

פס"דים אלו ממחישים לנו כמה איזונים ביהמ"ש צריך לערוך בעת הענקת זכות הגישה.

איזון זכויות- כל הזמן ביהמ"ש מנסה לאזן זכויות באמצעות פיסקת ההגבלה. זה עוד לא נכנס כ"כ לשיח זכות הגישה. מלצר בדיראני כן מפעיל את פסקת ההגבלה ומגיע למסקנה שעם המבחנים האלה הפגיעה בדיראני מותרת.

השיח המשפטי עדיין עושה שימוש רחב בעקרון תום הלב.

פרק 2(ב) (1), כמה בתי משפט יש בישראל?

12.11.12

**מערכת בתי המשפט בישראל**

המערכות הבאות בעלות מבנה אנכי (ישנה היררכיה בערכאות): ביהמ"ש השלום, מחוזי ועליון. בתי הדין הרבניים והצבאיים, ביה"ד לעבודה.

בחלק מהערכאות יש ביזור אזורי.

ישנם שישה מחוזות.

לרבני ועבודה יש גישה לבג"ץ.

בתי דין מנהליים- הרבה אינטראקציה עם ביטוח לאומי, רשויות המס.

ערכאת הערעור על בתי הדין המנהליים הוא ביהמ"ש המחוזי בשבתו כביהמ"ש לעניינים מנהליים.

גם השלום עצמו מבוזר מבחינה עניינית: תעבורה, נוער, ביהמ"ש השלום.

ביהמ"ש למשפחה נמצאים באותו יחס כמו ביהמ"ש השלום.

\*\*מדובר על מערכת מורכבת ודינמית. הנושא משתנה בעקבות פעילות פוליטית של קב' שונות. זה חשוב כי זה אומר שהתמונה הזו לא יציבה. מנגד המשמעות היא שיש לנו את הכוח לשנות את המערכת.

הסדרים מוציאים- סמכות של אחת מוציאה סמכות של אחר. הכללים השונים של חפיפה לעומת הוצאה, סמכות ייחודית לעומת מקבילה יכולה ליצור דינמיקה של תחרות, שת"פ, כיבוד פעולה הדדי וכו. לפעמים ביהמ"ש העליון יכול לתווך ביניהם אך לפעמים זה תלוי בבעלי הדין, אנו יכולים להפעיל את המערכת לטובת הצרכים שלנו.

פורום שופינג: בהינתן חלופות בעלי הדין יכולים לעשות את הבחירה האינטרסנטית שלהם לאן ללכת. ככל שהמערכת נותנת לבעלי הדין את הבחירה לאן להגיע אנו קוראים לזה "פורום שופינג".

האם זה טוב או רע? תלוי את מי שואלים. זה טוב למי שיוזם את ההליך, יש לו יתרון על פני הצד השני, אנו נראה התמודדות של הדין להחזרת הכוח לצד השני. יש פער חלוקתי בין יוזמים לבין נגררים.

הצדקות ביחס לפורום שופינג: אנחנו לא באמת יודעים מהי הדרך הכי טובה לבדיקת ליטיגציה, במצב כזה ניתן להקים את שניהם ואז לבחון מה טוב יותר.

פורום שופינג אקס פוסט- אחרי שהוחלט שהליטיגציה מתחילה.

פורום שופינג אקס אנטה- התנהגויות מסחריות, שחקנים במשק שעושים את הפורום שופינג לפני שהסכסוך או הליטיגציה מתחילה.

יש מקרים בהם שחקן מסחרי יכול לעצב את ההתנהגות המסחרית שלו כך שתיק יגיע לערכאה אחת ולא אחרת, מדובר על בחירה היכן להקים את העסק. אולי אפשר ליצור מוקד אחד או יותר כדי שיהיו יותר ערכאות מעורבות.

**סמכות שיפוט-jurisdiction**

סמכות שיפוט ממירה אמירות ומילים לסנקציות, למשפט. פעולת ההמרה הזו מגולמת ברעיון של סמכות שיפוט. במובן המהותי כאשר אנו שואלים האם למישהו יש סמכות שיפוט השאלה היא האם לביהמ"ש יש את היכולת להמיר מילים לפעולה אלימה.

השופט אומר את המילים אבל מי שמפעיל את האלימות זה מי שאוכף- סוהר, שוטר וכו. פיתחנו מערכת בה הוגה המשפט והמבצע שלו הם לא אותה פונקציה.

רוברט קאבר, במאמרו "האלימות והמילה", קאבר יוצא למאבק די נחרץ נגד תרבות השיח לפי דבורקין שאומר שהעשייה המשפטית היא פרשנות, קאבר מתחיל לדאוג שאנשים משתכנעים מכך. הוא רוצה להזכיר לנו שכאשר אנו קוראים מילים במפשט מה שאנו עושים זה אלימות. זה לא סתם שהשופט המודרני הוא לא המוציא לפועל. הוא מספר על ניסוי מילגרם בשנת 1964 שהתרחש בארה"ב, מה שהשפיע על מילגרם זה משפט אייכמן שהתנהל באותו זמן בארץ. טענתו של אייכמן הייתה שהוא רק ביצע הוראות וזה מעורר בעיה מוסרית.

מילגרם הזמין נסיינים והכניס אותם לחדר, אחד נכנס לחדר עם מתגים והשני עם קירות. הניסוי עבד בצורה שמי שישב מעבר לקיר קיבל מספרים ואותיות והוא צריך לשנן אותם וכשהוא טועה השני נותן לו סנקציה, לא ניתנו מכות חשמל בפועל. שיא הניסוי היה כאשר בעל סמכות עמד ליד מפעיל הסנקציה והורה לו להפעיל אותה. הממצאים היו ריבוי בשימוש במכות חשמל כאשר היה בעל סמכות ליד.

הוא ניסה להציג שכאשר יש לצידם אדם בעל סמכות אנשים עושים דברים שהם לא היו עושים אחרת.

קאבר מביא את הניסוי הזה והוא מנסה לשחזר אותו כדי לגרום לנו להבין את פעולת השופט. הוא גורס כי מערכת היחסים בין השופט למוציא לפועל דומה לניסוי מילגרם. אנשים לא יכולים לסבול את כל האלימות שהם מבצעים. השופט אחראי אך לא מפעיל אלימות, ומפעיל האלימות לא נושא באחריות.

למוציא לפועל יש סמכות, כוח שגורמים לו לציית. החברה מעניקה לגיטימציה לאותו שחקן לפעול בפרט ולמערכת המשפט בכלל.

לביהמ"ש אין חרב ואין ארנק- כל מה שיש לו זה רק את הנכונות של האנשים לציית, יש לו רק את ההסכמה לפעול עפ"י הוראותיו. בהיעדר לגיטימציה אין סמכות שיפוט.

יש לכך משמעות מעשית כי אם ניתנה הוראה בהיעדר סמכות שיפוט, מי שכפוף להוראה הזו מבחינה משפטית הוא פטור מלציית.

מעבר לרעיון הפוליטי של סמכות שיפוט, יש לכך היבט פרגמטי- מעשי. אם אני שופט שעומד מולי תיק שאין לי סמכות לדון בו, אני לא רק לא יכול לחייב אנשים לפעול לפי דבריי, אני גם מנוע מלדון בו. אם אעשה זאת אני אבזבז משאבי ציבור. יש לכך השלכות- מתי השופט עוצר את הדיון וכו.

יש לנו דיני סמכות והרבה פעמים יש ספק. במצבים של ספק, נק המוצא היא שהפורום עצמו הוא המכריע בעניין. אם נטענה לגבי ביהמ"ש שאין לו סמכות, ביהמ"ש עצמו מכריע בכך. הסמכויות התלכדו בעיקר מטעמים של יעילות, ניתן היה לומר שאולי עדיף שגורם חיצוני לתיק יבדוק זאת.

יש לנו 2 קטיגוריות של סמכויות.

1. סמכויות על האדם. דגש על זהות האדם. האם מי שעומד לפני ביהמ"ש הוא מישהו שניתן לחייבו. בד"כ על השאלות האלו ניתן להתנות בחוזים. למשל, אדם יכול לקבל על עצמו סמכות של שיפוט של ביהמ"ש שאולי בהיעדר ההסכמה לא הייתה לו סמכות.

המנגנון הטיפוסי הוא של המשפט המקובל, מדובר על הגדרה טריטוריאלית- הסמכות של ביהמ"ש היא רק אם הוא נמצא בגזרת השיפוט.

סמכות בינלאומית: ליטיגציה באותו עניין יכול להיות מוכרעת גם בישראל וגם בחו"ל, השאלה היא למי הסמכות. האם לפורום הישראלי בכללותו יש סמכות על האדם.

סמכות מקומית: בתוך הפורום, נשאלת עדיין השאלה לאיזה מקום בישראל יש סמכות על האדם. במובנים מסוימים אלה שאלות עם חפיפה רעיונית- אחת מסתכלת על כל העולם והשנייה רק על ישראל.

1. סמכויות על העניין. האם ביהמ"ש רשאי לדון בסוג הזה של התביעה.

סמכות עניינית: הבחנה למשל בין שלום למחוזי. יכולה להיות סמכות חופפת או מקבילה.

סמכות ייחודית- רק ערכאה מסוימת יכולה לדון בנושא מסוים. למשל, ביד"ר בענייני נישואין וגירושין.

סמכות מקבילה- ניתן לדון בשתי ערכאות. למשל, ענייני רכוש בביד"ר ובביהמ"ש למשפחה.

סמכות שיורית- מה שלא הוסדר באף אחד מהערכאות האחרות, ניתן לערכאה בעלת הסמכות השיורית.

ביהמ"ש צריך את 2 הסמכויות האלה כדי שתהיה לו סמכות לדון.

**שלבים בהגשת תביעה**

1. השאלה הראשונה שיש לבדוק היא האם בכלל ישראל היא מדינה בה ניתן להגיש את התביעה הזו, שאלת הסמכות הבינלאומית, האם ישראל הוא הפורום המתאים.
2. יש לדעת איזה סוג של ביהמ"ש יכול לדון בעניין שלי, סמכות עניינית.
3. סמכות מקומית.

אנחנו ננהל את הדיון כך- בינלאומית, מקומית ועניינית (אבל זה לא מה שעושים בפועל!).

כדי שתיק יוכל להידון בביהמ"ש צריכים להתקיים כל סוגי הסמכות (בינלאומית, עניינית ומקומית).

**סמכות שיפוט בינלאומית**

השאלה המעשית בה עוסקת סמכות השיפוט הבינלאומית היא שאלת הסמכות הטריטוריאלית של בתי המשפט שלנו, האם פורום ישראלי יכול לדון בתביעה.

התפיסה המקורית של המשפט המקובל היא התפיסה הטריטוריאלית הנוקשה, לביהמ"ש יש סמכות על אנשים או נכסים הנמצאים בתחום השיפוט שלו. נובע מרעיון של ריבונות פוליטית, הריבונות עדיין צמודה לטריטוריה. ככל שמושג הריבונות שלנו עדיין צמוד באופן חזק למושגים טריטוריאליים די נוקשים, כך המשפט עדיין חווה את תפיסת הסמכות הטריטוריאלית. אם האדם או הנכס נמצאים בתוך המדינה יש גישה לאותו אדם לביהמ"ש.

יש לכך משמעות מעשית- אני יכול לתת להעניק שירותים משפטיים רק לאנשים שניתן להגיע אליהם ושיש גישה אליהם.

בעידן המודרני לא תמיד העיקרון הטריטוריאלי הזה פועל לפי התכליות של המשפט.

תפיסת יתר- עפ"י התכליות שיצרנו בבתי המשפט העיקרון הטריטוריאלי תופס סכסוכים שאולי לא היינו רוצים להשקיע בהם את משאבי השפיטה שלנו. למשל, שני בעלי דין שיש להם סכסוך זר לישראל, מגיעים לישראל ולכאורה יכולים לנהל את הליטיגציה. כמובן שמדובר גם ליטיגציות מורכבות יותר שמישהו מגיע באופן מקרי. הפתרון המרכזי הוא הדוקטרינה של הפורום הנאות (או לא נאות. אם מגיע לביהמ"ש תיק, אבל הפורום הישראלי הוא לא המתאים לדון בו, אז המדינה מפעילה מנגנון סינון, אנו מנגנון מוסמך אבל לא המתאים.

תפיסת חסר-עקרון טריטוריאלי לא תופס מספיק. יכול להיות סיבות מגוונות בהן נרצה להפעיל את הסמכות גם מחוץ לישראל, למשל כאשר האירוע התרחש בישראל אך האנשים לא נמצאים בישראל. המדינות מפתחות מגנוני "שליחת יד". התקנה המרכזית היא תקנה 500 לתקנות סד"א. מסדירה את האופן בו ניתן להמציא כתבי בי-דין אל מחוץ לגבולות המדינה. ההסדר הישראלי להפרת גבולות הריבונות.

מתי ניתן להפעיל סמכות גם למישהו שנמצא מחוץ לישראל. מה שמאפיין את תקנה 500 זה שיש לה מבנה קזואיסטי, ממקרה למקרה. אנו צריכים לספק לביהמ"ש הצדקה בגינה ניתן להפר את העיקרון הטריטוריאלי.

שתי תופעות הנלמדות מהנושא:

1. ככל שאנו מרחיבים את מס' הפורומים לתביעה הספקות עולים וגם העלות של ההכרעה מהו הפורום המתאים. יכול להיות שלא ייכנסו לעסקאות מחוץ לגבולות המדינה בגלל העלויות וחוסר הוודאות. השוק מצא לזה פתרון- תניות סמכות שיפוט. המשמעות היא שבאמצעות התניות ניתן להסמיך פורום מסוים. תניית שיפוט חוזית מראש בוחרת עבור הצדדים מהו הפורום שיידון בסכסוך מבין הפורומים המצויים, לעיתים יותר מפורום אחד יהיה מוסמך. תניה זו יכולה גם להסמיך פורום שלישי, ההסכמה כשלעצמה תקנה סמכות לפורום. ניתן להעניק את ההחלטה איפה התיק ידון וגם להעניק סמכות לביהמ"ש שלא הייתה לו סמכות מקורית. תניית סמכות שיפוט לא יכולה לשלול סמכות שיפוט בינלאומית.

לאחר שביהמ"ש קיבל סמכות על העניין, הוא צריך לבדוק האם יש לו סמכות על האדם.

בעל דין שתובע במקום בו הסכימו בתניה כי אין סמכות, ביהמ"ש יכול לקבל את התביעה אך זה מהווה הפרת חוזה מול הצד השני, ולא בטוח שביהמ"ש ייתן לזה יד. ביהמ"ש מחזיק בסמכות אך לא יהיה שותף לדבר עבירה.

אנו מגיעים לסמכות הבינלאומית עם בעיות של סתירה או תיאום.

כאשר יש יותר מביהמ"ש אחד לו יש סמכות, בגלל מבנה הפירמידה, יש ביהמ"ש בעל הסמכות להחליט איפה העניין יידון. אנו רואים שבתי המשפט פיתחו דוקטרינות של עצמם, נקראות דוקטרינות "כיבוד", יש לזה היבט של יעילות גם.

דוקטרינה של הליך תלוי ועומד: ההליך עומד תלוי ועומד במקום אחר ולכן ביהמ"ש המקומי שם מעצור על התביעה, הוא ממתין עד שהפורום האחר יסיים את הדיון ואז יראה מה ההמשך. בד"כ הפורום הראשון "זוכה" אך נראה פורומים שלא יתייחסו לזה.

המנגנונים המרכזיים שמתמודדים עם הסמכות הבינלאומית.

שני שלבים:

1. שלב קניית הסמכות. מצאנו שלביהמ"ש יש סמכות.
2. היבט שיקול הדעת, נושא הפורום הראוי.

איך קונים סמכות?

1. המצאה.
2. תניית שיפוט. חוזה יכול להקנות סמכות.

המנגנון הבסיסי ביותר דרכו אנו מממשים את העיקרון הטריטוריאלי הוא המצאה- מתן כתבי בי דין. מעניקים אותם לבעלי הדין שכנגד. על מנת לרכוש את הסמכות יש לבצע את ההליך הזה בתוך ישראל, מדובר על רגע אחד. זה הפתרון שהמשפט שלנו מצא לתפיסת הנוכחות הכללית. נדע שמישהו נמצא בישראל כך שנתפוס אותו בישראל כאשר הוא מקבל את כתב בי דין.

דיראני זה מקרה פשוט כי הוא התובע, הוא בהכרח מסכים כי הוא בחר להגיש את התביעה לפורום, יש לו את היבט ההסכמה.

אם הוא יצא מהמדינה, יהיה קשה לאכוף את פסק הדין. ההתגבשות של הסמכות היא סביב מועד ההמצאה. לצפות מביהמ"ש שיבדוק מה קורה עם בעל הדין בכל זמן נתון זו דרישה לא ריאלית.

עקרון ההמצאה הבסיסי מופיע בתקנה 477. כל דיני ההמצאה מופיעים בתקנות 475-503. לא כתוב שם סמכות שיפוט בינלאומית. פרק זה עוסק בפרוצדורת ההמצאה של מסמכים במסגרת ההליך המשפטי. החיבור שלהם לעקרון הסמכות הבינלאומית נובע מדיני המשפט הבינלאומי הפרטי שקבע שסמכות נקנית ע"י המצאה.

תקנה 477: "ההמצאה היא לנמען גוף או לנושהו..." טכניקה של איך ממציאים. אנו באמצעות ההנחיות של המשפט הבינלאומי הפרטי מבינים שהמשמעות של הקניית הסמכות הבינלאומית.

את ההמצאה ניתן למסור גם לבא כוחו של התובע.

אין לנו משפט בינלאומי פרטי חקוק, אלא זה משפט מקובל. גם אם אין לו עו"ד בארץ, ניתן למסור את ההמצאה למורשה- תקנה 482. מתייחסים לזה כאילו הנתבע עצמו נמצא בארץ מנק' המבט של המשפט הבינלאומי הפרטי.

המקרה הפשוט יחסית הוא שהנתבע נמצא בארץ. כאשר הנתבע בחו"ל ניתן להמציא לו- תקנה 500 המסבירה איך שולחים כתבי די דין לחו"ל, מהם התנאים להמצאה מחוץ לתחום. ברגע שכתב בי דין מגיע לאותו נתבע בחו"ל, הסמכות נקנתה.

כאשר יש מורשה, מבחינת המשפט הנתבע נמצא בארץ. תקנה 500 מתייחסת למצב בו לא ניתן להגיע לנציג של הנתבע או לנתבע עצמו בארץ.

חוזה לא תמיד רלוונטי ולכן יש צורך בתנאי קניית הסמכות האחרים, בדיני הנזיקין למשל אין את בסיס ההסכמה כי כל מהותם היא מערכת יחסית לא רצונית.

שני סוגים של תניות שיפוט מוסכמות:

בעלי הדין יכולים לבחור ייחודית ומקבילה.

1. ייחודית: רק בפורום מסוים ואין בלתו.
2. מקבילה: תנייה המוסיפה פורומים מעבר לפורומים האחרים.

ההבחנה ביניהם תעשה ע"י פרשנות- ניתן להעניק סמכות אך לא לשלול אותה.

לאחר שנקנתה סמכות אנו מגיעים לשלב שאלת הפורום הנאות. ביהמ"ש ישאל בראש ובראשונה האם יש פורום אחר מתאים יותר. זו שאלה קריטית בשלב שק"ד כדי שלא נתחיל הליך לחינם, אם ביהמ"ש אומר שהוא פורום לא נאות אך הוא לא וידא שיש פורום אחר שידון בתביעה יש פה הפרה של זכות הגישה לערכאות, התביעה לא תוכל להתברר.

אם הסמכות נקנתה באמצעי הטריטוריאלי הקלאסי לפעמים יש לביהמ"ש הנחה שהפורום הוא גם הפורום הנאות, יש חיבור חזק לרעיון הטריטוריאלי. אם לעומת זאת הסמכות הוקנתה באמצעים מלאכותיים (תקנה 500 או תניית שיפוט) אז יש סיבה להניח שביהמ"ש הוא לא הפורום הנאות. זה נאמר בזהירות כי יש שופטים שאומרים שהם לא רוצים להניח שום דבר. הייתה אמירה של אחד מפסקי הדין שיש כאן היבט של נטל ההוכחה.

אם התובע קנתה סמכות דרך המצאה של תקנה 500 או תניית שיפוט עליו הנטל להוכיח שבישראל קיים הפורום הנאות, אם הסמכות נקנתה בהמצאה בארץ, אמצעי טריטוריאלי טבעי, הנטל יהיה על הנתבע.

המצאה בארץ: בסכסוך שכנים יש סמכות שיפוט בינלאומית. זה מתחיל להסתבך כאשר הנתבע נמצא בחו"ל בצורה כזו או אחרת. התקנה המרכזית דרכה נעשתה עבודה בשאלה זו היא תקנה 482 מדברת על המצאה למורשה בעשיית עסקים.

הנתבע האמיתי יהיה סוג של אורגן, תאגיד. עבור אדם אחד יהיה קשה לחשוב שתקנה 482 חלה עליו.

השאלה היא של מדיניות, את מי אנו רוצים לתפוס.

גם תקנה זו לא מנוסחת בלשון בינלאומית, במקור היא עסקה בסמכות שיפוט מקומית. הפרשנות של התקנה הזו החילה אותה גם במישור הבינלאומי, על נתבעים זרים.

ההמצאה למורשה מוגבלת רק לעבודה שמתבצעת בישראל. נדרשת זיקה עניינית בין תוכן התובענה שמוגשת לבין מה שעושה המורשה.

אם מדובר על נוכחות רגילה, ניתן לתבוע אותו על כל דבר שבעולם. כדי לעשות שימוש בתקנה 482 יש תנאים שמגבילים יותר. ניתן לתפוס סמכות רק לגבי עבודות המתבצעות בישראל.

מדובר על מישהו שמנהל עבודה עבור הנתבע אליו אנו רוצים להגיע. השאלה הפרשנית שעולה היא האם מדובר על מורשה. הפסיקה מתחבטת בשאלה מתי התקנה מאפשרת לנו לתפוס נתבע הנמצא מחוץ לישראל באמצעות מורשה.

פס"ד ג'נרל אלקטריק: המבחן שמציע לנו פס"ד הוא אינטנסיביות היחסים בין האדם שנמצא בישראל לבין מישהו שהוא המרשה שלו. עד כמה יש זיקה חזקה בין הנתבע שנמצא בחו"ל לבין המורשה שנמצא בארץ. בסופו של יום מה שמעניין אותנו זה אם המורשה הזה יעביר את כל המידע לנתבע. מדובר על הגעה לרמה מעשית מאוד בסיסית, דילוג על התכליות של העיקרון הטריטוריאלי. אם מי שתפסתי כמורשה מספק את התנאים האלו, די בכך.

פס"ד פיליפ מוריס: השופט רובינשטיין מדבר על הזיקה שבין מי שמצייג את העניינים של פיליפ מוריס, האדם שמפיץ את הסיגריות בישראל, לבין פיליפ מוריס עצמה. למרות שמפיץ הסיגריות הוא לא עובד של פיליפ מוריס ביהמ"ש רואה אותו כמורשה. יש פעילות עסקית שיש קשר ביניהם.

פס"ד קופטש: הפנים של קופטש מופיעות על העיתון "דה שפיגל" שיוצא בגרמניה. הוא תבע פיצויים במסגרת דיני לשון הרע. הוא פונה לעיתונאי של "דה שפיגל" שנמצא בישראל ונותן לו את כתב התביעה. "דה שפיגל" רוצה לטעון שהאדם הזה לא מורשה כדי לעשות עסקים, כדי לעשות לזאת הוא צריך לשלוח נציג לארץ, ניתן לתפוס אותו משפטית ולמסור לו את ההמצאה לפי ס' 477. הפתרון: הנציג מגיע עם ייפוי כוח לפיו הוא בא רק כדי לטעון שאין סמכות בארץ. "דה שפיגל" טוען שהעיתונאי איננו מורשה מטעמו.

המחוזי מדבר על נטייה ליברלית, לא צריך לכתוב את תקנה 482 באופן דווקני, מה שמעניין אותנו זה האם העיתונאי הוא באמת הנציג. עובדתית, העיתונאי אכן הודיע לעיתון על התביעה.

בתי משפט אומרים שהם לא כ"כ מתרגשים מהגבולות, הם לא מתעכבים על הנושא הזה כ"כ הרבה, אם יש נתבע זר שיש לו נציג בארץ, ניתן לעשות בזה שימוש.

ביהמ"ש מעניק כמה נימוקים: התמונה מופיעה באתר האינטרנט של העיתון- נוכחות חוצה גבולות, עדיין צריך שיש מישהו הנוכח פיזית בארץ אך הם מושפעים מהטענה ש"דה שפיגל" פועל בזירה הבינלאומית, התמונה יכולה להגיע גם לקהל ישראלי- לפורום יש אינטרס לדון בתביעה הזו.

ביהמ"ש משלב את שאלת הפורום הנאות- יש נציג שהגדיר את עצמו כמנהל, הוא עושה את עבודתו עבור העיתון, יחד עם שאלת הפורום הנאות מוביל את ביהמ"ש למסקנה שמבחינה פורמלית הנתבע נמצא בישראל.

נטל ההוכחה היה על העיתון אך ביהמ"ש אמר שהוא לא עמד בו.

פס"ד ארבל: הנתבע הוא בית מלון טורקי, עוולה שבוצעה במהלך השהות שם. יש סוכן תיירות ישראלי לגמרי שמשווק בישראל את שירותי התיירות. ביהמ"ש אומר שדי בכך כדי לתפוס את הנתבע דרך מי ששיווק את השירותים של אותו מלון בארץ. בית המלון הטורקי עשה פעולות כדי שישראלים יגיעו אליו ולכן הוא צריך לקחת בחשבון את האפשרות שהוא ייתבע בארץ. ניתן להגיד גם ההיפך, אנו רואים קצת מתח- פורומים ירצו להגן על האינטרסים של האזרחים שלהם. החשוב כאן שאנו לא מתייחסים לכללי ברירת הדין (מהו הדין המהותי שמופעל בדיון).

**תקנה 500**

אם הנתבע בחו"ל ולמרות הגישה הליברלית אין לנו מורשה שניתן לתפוס אותו, דוג' קלאסית- סכסוך בין קרובי משפחה, אין עניין של מורשים. אולי תייר שהיה בישראל, ביצע עוולה וחזר הביתה.

יש הנחיות לשאלה מתי ביהמ"ש יורה על הפעלת תקנה 500, מקרים בהם יש סיבה לפורום לנהל את הליטיגציה כאן, יש לקבל אישור של ביהמ"ש כי מדובר על הפרה רגעית של סמכות המצויה בידי מדינה אחרת.

מדובר על שלב מקדמי בו הנתבע לא נמצא בארץ עדיין, התביעה לא הוגשה ולכן על התובע מוטל נטל מוגבר להוכחה. יש להביא את מגוון הראיות לפיהם יש מספיק זיקות שיצדיקו להפר את הריבונות.

הנתבע יכול לבקש מביהמ"ש לחזור בו ולבקש ביטול, אחרי שהוא שמע זאת. כלומר תקנה 500 הופעלה בצורה לא נכונה ומבטלים אותה לאחר מכן.

סמכות מקומית, 2(ב)(2). סמכות עניינית, נושא 3 פס"דים 1-5.

19.11.12

1. סמכות.
2. המצאה

נתבע בישראל

נתבע בחו"ל

1. הסכם שיפוט.
2. פורום נאות.

אין הבחנה פורמלית מובהקת בין שני השלבים האלה. שאלת הפורום הנאות מוצאת את דרכה גם לעניין שאלת הסמכות.

מקום פיזי- יש סמכות למי שנמצא בטריטוריה, עושים זאת ע"י המצאה.

בתוך תחום ההמצאה יש שני מצבים: 1. נתבע שנמצא בישראל. מתחלק לשניים: א. גופו- הענקת ההמצאה. ב. מורשה. תקנה 482. 2. נתבע בחו"ל- תקנה 500. הסדר מיוחד שמאפשר לתפוש מישהו שאינו בפורום.

אמצעי חלופי לרכישת סמכות זה האמצעי של הסכם שיפוט. שיקולי מדיניות נכנסים לאופן ההפעלה של תקנה 482. תקנה זו צריכה פירוש.

לכאורה תקנה 500 היא טכנית, נזהה מאפיין בתביעה שמוגשת לביהמ"ש, אם הוא מתקיים ביהמ"ש מאפשר להמציא את כתב התביעה לחו"ל.

פס"ד ראדא: השופט גרוניס מדגיש את המילים של תקנה 500- ביהמ"ש רשאי להתיר המצאה של כתבי בי דין מחוץ למדינה, מתוך זה ביהמ"ש לומד שיש לו שק"ד. ביהמ"ש אומר שלא די שיתקיימו התנאים של תקנה 500, יש לבדוק האם ראוי להפעיל את הסמכות. הכנסת שאלות הקשורות לפורום הנאות גם ביחס לתקנה 500.

פס"ד מזרחי: מדבר על תקנה 467, לפני הרפורמה לתקנות סד"א. מדובר כאן באירוע חריג, שליחת ההליך אל מחוץ לתחום וכן צריך לעבור איזשהו סף ראייתי. קובע מבחן יחסית תקיף- השופט זוסמן אומר שנדרשת ראיה לכאורה להוכחת עילת התביעה. האם בשלב המקדמי הזה ביהמ"ש לא מתחיל לגבש דעה לגבי התביעה? בפועל אנו רואים שכן. אם ביהמ"ש רוצה לעשות הפעלה חריגה של הוצאת כתב בי דין מחוץ לתחום התובע צריך להראות שיש לכאורה סיכוי לתביעה. ביהמ"ש כבר סוג של דן בתביעה. כתב תביעה- השלב בו נבדקות כל הבקשות המקדמיות, כולל הכרעה לגבי תקנה 500, האם יש סיכוי טוב לתביעה.

שוב מתעוררת השאלה איך ביהמ"ש מכריע מראש לגבי בעיות שהוא עדיין לא ערך בהם דיון.

תנאים: 1. סיכוי טוב לתביעה. 2. קיום אחד התנאים של תקנה 500. 3. עמידה בדרישת הפורום הנאות, בין אם בשלב המקקדמי ובין אם בשלב מאוחר.

פס"ד ראדא: השופט גרוניס מעלה את האפשרות לפיה אם הסמכות נקנתה מכוח תקנה 500, נטל ההוכחה לעניין הפורום הנאות מוטל על התובע, מי שביקש לחרוג מהעיקרון הטריטוריאלי. הנשיא ברק מציג דעה אחרת בנושא, אין הלכה מפורשת.

התנאים של תקנה 500 מבטאים זיקה של פרשת התביעה לישראל, ממילא אנו מניחים שלנתבע היה איזשהו יחס לישראל ולכן המקרים של תקנה 482 הם קלאסיים לתקנה 500, גרוניס אומר שנחסוך את הוכחת התנאים של תקנה 500 ונפנה לתקנה 482, מדובר על הקלה בנטל הראיה.

אם נטל הראיה לא מתחלף, אולי זה באמת לא כ"כ משנה, אבל אם כן אז המדיניות השיפוטית תביא לכך שנטל הראיה יכריע את התביעה.

אנו מתחילים מהטריטוריה, כל מה שחורג מרעיון זה מעורר קשיים, אם אתה פונה לתקנה 500- הנטל הוא עלייך. פנייה ל 482 זה לא חריגה, אתה בתוך הטריטוריה.

פס"ד ראדא משלב גם את הרכיב הנוסף של הסכם שיפוט (יחד עם תקנה 500 ופורום נאות).

חלופה (10)- אם אנו רוצים לגרור לתביעה שהתחילה בישראל נתבע מתאים שנמצא בחו"ל. משמעות: התביעה המקורית מתנהלת בישראל, אם אנו לא מצליחים לגרור את הנתבע יכולה להיות אפשרות שיהיו שתי תביעות מקבילות.

ברקע יש הסכם שיפוט ששולח את הצדדים להתדיינות בת"א. ביהמ"ש אומר שהסכם שיפוט יכול להקנות סמכות אך לא לשלול אותה. הסיכוי לשת"פ עם בעלי הדין כדי להפר את הסכם השיפוט הוא נמוך מאוד. הוא נכנס לפעולה בשאלת הפורום הנאות. ביהמ"ש מנהל את הדיון במישור הפורום הנאות ותקנה 500 יחד. העובדה שביהמ"ש מוסמך לא תגרום לו להפר של חוזה השיפוט שהתנה על קיום הליכים בפורום זר.

**פורום נאות**

יש קריאה מקובלת של דוקטרינת הפורום הנאות. יכולה להתחלק לשני סוגים של מבחנים: מבחני נוחות של ניהול ההליך לעומת מבחני מהות הקשורים לתוכן ההליך.

שאלת הנוחות- איפה הכי פשוט לנהל את ההליך, משהו פרגמטי. השאלה היא איפה בעלי הדין נמצאים, איפה הכי זול לנהל את ההתדיינות, עד שלא יכול ליסוע וכו.

פס"ד חיטיב: תאונת דרכים, מתחיל בצורה אחת ונמשך אחר. תובעת ישראלית בה הנתבעים הם ישראליים ופלסטיניים. השאלה הראשונה היא איזה מהקרניות אחראיות לתשלום על הנזק- הישראלית או הפלסטינית. ביהמ"ש קובע שקרנית הפלסטינית היא אחראית.

נשארו לנו תובע ונתבע שהם שניהם פלסטיניים (הנפגעת וקרנית). מי שפגע בתובעת היה ישראלי, למרות שהוא לא חלק מהתביעה, זוהי תביעה ביטוחית. ישנה אמירה שבגלל שהנתבע הישראלי יצא מהתמונה הפורום איננו הפורום הנאות. לא ניתן להגיד שאין סמכות, הסמכות נקנית ברגע אחד ומאז היא קיימת. גם אם הנתבע הישראלי יצא מהתמונה השאלה עדיין קיימת. נאמר כי כל מה שנשאר זה זיקות לעזה- שם הנפגעת נמצאת, שם משרדי הנתבעת. ביהמ"ש עושה מאמץ בכל זאת להשאיר את הדין בביהמ"ש הישראלי- נוצרה אצל התובעת ציפייה לכך שההליך יתקיים בפורום הישראלי.

דיברנו על כך שסד"א זהו תחום נורמטיבי שלא מעורר כ"כ ציפייה, כאן מדובר על ציפייה שנוצרה לאחר תחילת ההליך, ביהמ"ש המחוזי אומר שהוא יכבד את הציפייה הזו ולכן ההליך צריך להימשך בישראל, הפורום נשאר הפורום הנאות.

ביהמ"ש כן אומר שאין טענה שהתובעת הגיעה לישראל בחוסר תום לב.

ניתן היה להגיע לתוצאה זו בשאלה פשוטה יותר, שאלת הפורום הנאות זה השאלה האם התביעה יכולה להתקיים איפה שהיא הוגשה. בשלב המקדמי, ישראל היה הפורום הנאות. אם הנתבעת הפלסטינית הייתה מזוכה, עדיין היה צריך לאסוף את הראיות לגבי הנזק באותה מידה שבה היה צריך לעשות זאת אם הנתבעת היא פלסטינית.

שיקולי מהות- יכולים לכלול היבט של אינטרס הפורום, האם בא לי לדון בתיק. אם הנתבע הישראלי יצא מההליך ניתן לשחרר את הפורום ולשלוח לפורום מתאים יותר. המחוזי בחיטיב לא הולך לכיוון הזה.

שאלת מירב הזיקות- יש לה היבטי נוחות ומהות יחד (חוסר רצון בבזבוז משאבים).

יש לפורום הישראלי אינטרס לדון בשאלות מסוימות מתוך רצון להגן על האזרחים הישראליים, אפילו אם המקרה מתרחש במקום אחר (קופטש).

יכול להיות שניתן לנהל את ההליך גם אם הנכסים הרלוונטיים נמצאים במקום אחר.

שאלת הציפייה הסבירה, מראש, אם אנשים ניהלו אינטראקציה חוזית תוך ציפייה שהפורום הרלוונטי יהיה זה ולא אחר, מתחשבים בציפייה זו.

פס"ד ארבל: אם פירסמת את שירותייך בישראל אתה צריך לקחת בחשבון שהליכים נגדך יתנהלו גם בישראל. ראוי להטיל עלייך את עלות האפשרות שתמצא את עצמך בפורום ישראלי לאור הפעילות המסחרית שלך.

הדדיות- אני אקח את התיק אם הפורום הזר יקח תיק מקביל. יש היבטים פוליטיים של ניהול ההליך. בפועל אנו רואים גם בתי משפט שלוקחים גם את זה בחשבון.

ארבל- מוגשת תביעה נ' אתר התיירות שרוצה לטעון פורום לא נאות. אחד הדברים שהתובע עשוי לטעון זה שמגיעות תביעות לבתי משט טורקיים נ' אתרי תיירות ישראליים והם דנים בזה, לא מפעילים את שאלת הפורום הנאות. מדובר על הגינות בין מדינות- פעולה כפי שהצד האחר נוהג.

ברירת הדין: כאשר בעלי דין בחרו לעצמם דין מסוים, ייתכן שזה נותן לנו רמז לגבי הפורום בו הם רוצים שהתביעה תתדיין. קשור להיבטי נוחות, מי יתן את השירות הטוב ביותר, זהו שיקול נוסף בהשפעת הפורום הנאות ולא שיקול ישיר בנוגע לסמכות עצמה.

מה קורה כאשר מכריעים בשאלת הסמכות? לא תמיד זה אומר שההליך יתנהל בהליך הרלוונטי האחר, למרות שנקבע שפורום אחד הוא לא הנאות או שאין לו סמכות.

במצב בו ביהמ"ש אחד החליט שההליך לא יכול להתנהל אצלו, התובע יכול להגיש תביעה מחודשת בפורום האחר, הרלוונטי יותר. יש תובעים שהמשמעות של החלטה זו יכולה לחסום אותם מלתבוע.

יכול להיות שעבור נתבע זר, עלות ההתגוננות בישראל תהיה גבוהה מאוד עבורו. זה ידחוף בעלי דין לפשרות. המשחק של תחרות בין הפורומים הוא לא המשחק היחיד, ישנו משחק גם מול התובעים והנתבעים.

הנטייה של ביהמ"ש להרחיב את נכונותו לדון בתביעות מול גורמים זרים מבטאת מעין אדישות של ביהמ"ש לאיפה ייפול התיק, זה לא צריך להיות משנה לצדדים. אך אנו יודעים שבפועל בתי המשפט לא אדישים ממש- אנו רואים היבטים פוליטיים המשפיעים על הכרעתם. משתלם מאוד להשקיע בבחירת הפורום כדי לא להגיע לפורום בו אנו לא מעוניינים.

אם ביהמ"ש יסוג מגישתו ולא יאפשר להרבה תביעות להיכנס, אנו קצת מסכנים תובעים ישראליים. היום בתי המשפט נכונים להכניס לפורום הישראלי תביעות שאולי הזיקה המתבקשת היא הפורום הזר.

כל שינוי במדיניות של ביהמ"ש ישראלי בשאלה הזו ישפיע על האופן שבו בעלי דין ישראליים יפעלו בעניין.

בתחתית פריט 2 בסילבוס יש תרשים זרימה שמסכם את הדיון עד עכשיו.

**סמכות שיפוט מקומית**

בהנחה שצלחנו את שאלת הפורום הנאות והגענו למסקנה שמדובר על ביהמ"ש בישראל, השאלה היא באיזה סוג של ביהמ"ש- רבני, מחוזי וכו.

ישראל מחלוקת ל 6 אזורי שיפוט: צפון (עיר המחוז- נצרת),חיפה, מרכז (עיר המחוז-פ"ת, עוברים ללוד), תל אביב, דרום (עיר המחוז- באר שבע).

בכל אחד מאזורי השיפוט יש ביהמ"ש מחוזי אחד, שנמצא בכל עיר מחוז.

בירושלים מעבר למחוזי יש את העליון, תחולתו היא על כל מדינת ישראל.

מבחינה מנהלתית יש ביהמ"ש שלום לכל אזור, אך מבחינה מבנית הם פזורים בהרבה מאוד יחידות על פני המחוז.

אנו לא עוסקים בשאלה איזה מבין בתי המשפט השלום אנו הולכים אלא יש בחירה חופשית ראשונית להגיש את התביעה באחד מהם בתוך אותו מחוז. כאשר יודעים לאיזה מחוז שייכים, ניתן לבחור בתוכו באיזה מקום להגיש.

**ס' 49 לחוק בתי המשפט** מסמיך את נשיא ביהמ"ש השלום במחוז מסוים להעביר תיק בין היחידות השונות בתוך אזור השיפוט שלו, זה כבר לא שאלה של סמכות מקומית שנפתרת בשאלת אזור השיפוט.

**ס' 78 לחוק בתי המשפט** מסמיך את העליון להעביר תיקים מכל המחוזות, שם נכנסים שיקולים הגוברים על שיקולי הסמכות המקומית.

האתגר אח"כ הוא לבחור את המקום אליו אתה יכול להגיע- אם הגענו לאזור הדרום למשל, יש "פורום שופינג" בכפוף ליכולת של נשיא ביהמ"ש השלום להעביר.

איך אנו יודעים למי יש סמכות מקומית? תקנות סד"א. פרק ב: מקום השיפוט. **תקנות 3-7.** גם כאן לא כתוב את המילים סמכות מקומית. הדין שקובע את הסמכות המקומית לא עושה שימוש במושג הסמכות.

תקנות אלו אומרות לנו איפה להגיש תביעות. הסמכות המקומית פועלת בדרך של הנחיית התובע היכן להגיש את תביעתו, נקנית ברגע הגשת התביעה. הס' הבולט פה היא **תקנה 3(א) (1):** חריג בכך שהוא מפלה לטובת הנתבע. אנו יכולים להבין את הרציונל- אם התובע הולך לגרור את הנתבע להליך לפחות נאפשר לנהל את הליטיגציה במקום בו נמצאים מגוריו או עסקו של הנתבע.

תקנה 4 מבוססת על המאפיינים האובייקטיביים של נושא התובענה.

סטייה מההסדרים של תקנות 3-4 יכולה להתבצע באמצעות הסכמה של הצדדים ותניית שיפוט (תקנה 5).

חריג: דיני החוזים האחידים יש את חזקה 4(9)- תנייה בחוזה אחיד בנוגע לבחירת מקום שיפוט נחשבת כתנאי מקפח.

אם הסכסוך לא נופל לאף אחת מהחלופות של ס' 3, 4 ואין תניית שיפוט- הסמכות השיורית היא לביהמ"ש בירושלים שלו יש את הסמכות העניינית לדון בתביעה, מדובר על ביהמ"ש המחוזי, תקנה 6.

תקנות סד"א בבג"ץ- תקנות סד"א חלות על בג"ץ בשינויים המחויבים.

פס"ד מפעל הפיס: ריבלין- התקנות נכונות אך יש בהן היבט של כפייה על בעלי הדין.

ריבלין מציע ללכת למסלול שוקי של תחרות בין פורומים מכמה סיבות:

* לצדדים יש הרבה מידע, הם יודעים איפה נוח להם לנהל את ההתדיינות.
* זה יכול להוביל לשיפור השירות כי הפורומים "ילחמו" ביניהם על השגת פונים.

חשש מתחרות פורומים כזו- הביקורות החלוקתיות יכולות להתעורר כאן, לבעלי דין מתוחכמים יש ידע רב יותר לגבי מהו הפורום המתאים וגם יכולת ליהנות מפורומים שונים יותר מאשר בעלי דין חלשים.

יכול להיות שעצם הנסיעה תרתיע בעלי דין.

בפסיקה אנו רואים מגמה יחסית עקבית של כמה שנים להפחית מחשיבות הסמכות המקומית ולאפשר מעבר בין המקומות השונים- ישראל היא מדינה קטנה, ניהול הליך הליטיגציה בתוך ישראל לא כרוך בעלות גבוהה. השיטה בנויה עם הטיה חזקה לטובת התובעים.

פסקי הדין ברשימת קריאה כולם מבטאים את המגמה הזו. ההחלטה בעניין הסנה עשתה במהלך חשוב בעניין הזה, היכולת לתבוע בעל דין במחוז שיפוט אחד גם אם יש לנו נציג במחוז אחר. הש' בין פורת אומרת שאם יש כמה חלופות התובע הוא זה שיכול לבחור.

יש פה עקרון בחירה שלא מופיע על פניו בתקנה- התובע בוחר בהינתן חלופות והרחבה שלהם בפס"ד סנה, אם יש סוכן ביטוח שנמצא במקום אחד ניתן לתבוע באותו מקום גם אם המבטחת נמצאת באזור אחר. מאפשר להתמודד עם פריסה ארצית.

המחלוקות המרכזיות ביחס לסמכות שיפוט מקומית מתעוררות בשני מצבים טיפוסיים: 1. סכסוכים בין בעלי דין קטנים. 2. כאשר יש התניה חוזית מראש.

הנתבעת שניתן בהכרח לתבוע בכל מחוז שיפוט היא המדינה. דיני הסמכות כמו שהם פותחו אומרים לנו שאנו יכולים בעצם ללכת לאן שאנו רוצים, יש פה ערך חלוקתי- מקל על בעלי דין שרוצים לתבוע נתבעים גדולים, שיש להם פריסה רחבה.

אפשר לחשוב על מודל אחר לפיו ניתן לתבוע רק במקום בו ההנהלה נמצאת, אך הדין בחר להרחיב זאת וזה עובד טוב לתובעים קטנים.

פס"ד לוי נ' פולג: עסקת מכר של מקרקעין, המקרקעין נמצא בגבעתיים, הנתבע נמצא בגבעתיים אבל התביעה הוגשה בירושלים. התובע גר בירושלים, איך הצלחנו להגיע לשם אם זה מקור מגוריו בלבד? ביהמ"ש העליון מאשר זאת. השופט לוין עושה את המהלך הזה, הוא קורא את **תקנה 3(א)(3)-** המקום שהיה מכוון לקיום ההתחייבות, למרות שהעסקה הייתה בגבעתיים. התביעה כללה רכיב של פיצוי, זה הנתון המשמעותי ולוין אומר שאם התובע יזכה בתביעה הוא יהיה זכאי שישלמו לו כסף, את הכסף ישלמו לו בירושלים, **ס' 61(ב)** לחוק החוזים, ס' כללי שאומר שהוראות חוק החוזים חלות בשינויים המחויבים גם על חיובים שהם לא מכוח החוזה. ס' זה שימש כאחד הדרכים להזרמת עקרון תום הלב למשפט. ס' זה מאפשר לנו להזרים עקרונות מחוק החוזים לתחומים אחרים. גם בסדרי הדין בתי המשפט עושים שימוש בכלי הזה.

**ס' 44 לחוק החוזים** אם לא קבעו הצדדים איפה תקוים ההתחייבות, היא תקוים במקום מגוריו או עסקו של הנושה.

בצירוף עם שני הסעיפים האלו, בתיק הזה יכול שיהיה חיוב, ואם אכן יהיה כזה, הוא יקוים במקום מגוריו של הנושה.

**הכלל שנוצר כאן הוא שניתן להגיש את התביעה במקום מגוריו של התובע, לפחות לגבי תביעות שיש בהן היבט ממוני.**

לוין אומר באוביטר שזה לא באמת משנה באיזה מקום ההתדיינות מתבצעת.

**תקנה 3(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.*

תקנה שנוספה לאחר פס"ד פולג. אם מדובר על תובע גדול והוא רוצה לתבוע לקוח שגר בבאר שבע, האופציה היחידה היא באר שבע. ביהמ"ש מטשטש את גבולות הסמכות אך המחוקק קצת מחזיר אותן בחזרה.

יש פעולה של איזון חקיקתי לטשטוש אליו ביהמ"ש דוחף.

פס"ד מפעל הפיס: הסתמכות על **תניה 4(9) לחוק החוזים האחידים**, ישנו תנאי מקפח ביחס לקביעת מקום שיפוט בלתי סביר. קביעת מקום שיפוט בת"א זה בלתי סביר אם הבסיס בבאר שבע אך העליון לא מקבל זאת, הוא מנסה לצמצם מאוד את אפשרות הקיפוח בדיני החוזים האחידים, הוא דורש פגיעה מהותית בזכות לדיון. נוכל לטעון שתניית שיפוט היא מקפחת רק אם ישנה פגיעה מהותית בזכות לדיון.

כל התניה על מקום שיפוט שמופיעה בחוזה אחיד מוחזקת כמקפחת, זו גישה מאוד מרחיבה מצידו של המחוקק.

אנו רואים מגמה של המחוקק למשוך חזרה אחורה- הוא לא מוכן שמנסחי חוזים אחידים יגררו נתבעים למקומות רחוקים אפילו בישראל הקטנה.

פס"ד יעקובוביץ: הרעיונות הטריטוריאליים מתמוססים כאשר מדובר על האינטרנט. תביעת לשון הרע בעניין פרסומים באינטרנט. השופטת נאור בוחרת גישה מרחיבה- אם שמת זאת באינטרנט, פעלת את הפעולה בכל אזור בישראל. לעניין לשון הרע כאשר מדובר על פעולה אקטיבית של הפצת פרסום כלשהו, כאשר זה מפורסם באינטרנט ההפצה היא בכל הארץ. בתביעות לשון הרע יש היבט תביעות מובהק לפיו אנשים רוצים שהפרסום שלהם יגיע לכל רחבי הארץ.

לגבי עיתון- הוא צריך להיות במערך הפצה משמעותי.

מתעוררת שם גם שאלה של סמכות שיפוט בינלאומית, הטענה הייתה שהוא כתב זאת באנגלית וכיוון לקהל זר. הוא ניסה לטעון שישראל זה לא הפורום הנאות, אלא יש סמכות בינלאומית, הוא פעל בישראל אבל כלפי חוץ, אז אין סמכות בישראל. טענה זו לא התקבלה.

כשל נטורליסטי- דילוג מהמצוי לרצוי. נאור מתחילה מזה- בתי המשפט לא מייחסים חשיבות מופרזת לסמכות המקומית.

יש מערכת שלמה שמתווכת בין מחוזות השיפוט וביהמ"ש העליון שמפקח. סמכות זו עדיין קיימת. יש החלטות של ערכאות שאוכפות גם את השאלות האלה.

המגמה הליברלית של בתי המשפט משפיע על שאלות חלוקתיות. אם התובע זוכה למשל ונפסקים לטובתו הוצאות- יכול להיות שהוא מכסה את ההוצאות שהוציא על נסיעות אולם בארץ יש בעיה של פסיקת חסר בנושא זה.

**דרכים לדילוג על הסמכות המקומית:**

**ס' 78 לחוק בתי המשפט** אנו רואים מצבים בהם יש לפורום סמכות אבל בעל הדין רוצה להעלות טענה שניהול ליטיגציה במקום זה יגרמו לו לעלויות גבוהות מאוד, נשיא ביהמ"ש העליון יכול להעביר תיקים למחוזות שונים, למרות דיני הסמכות המקומית.

מצבים רבים בהם ס' זה ייכנס לפעולה אלו מצבים עליהם שני הצדדים מסכימים. כאשר לא תהיה הסכמה- הנשיא יצטרך להחליט.

ס' זה הוא הסדר אחד של העברה הגוברת על דיני מקום שיפוט.

תקנה 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.*

ס' 49: סמכות נשיא השלום להעברת תיקים בתוך אזור השיפוט.

ס' 78א- יצר הסמכה למנהל בתי המשפט, הוא חלק מהסמכות המנהלתית. הסדר זה מסמיך אותו להעביר קבוצות של תיקים מאזור שיפוט אחד לאחר מטעמים של עומס. בס' יש כל מיני הסדרים ספציפיים.

פס"ד בעניין בני סלע: הוא מנהל הרבה מאוד ליטיגציות. יש הסדר מאוד מפורט הקשור בעתירות אסירים, השייך למשפט אזרחי. אחד ההסדרים שיש שם הוא ס' 62א(א) לפקודת בתי הסוהר, הוא הסדר הסמכות המקומית של האסירים, הסמכות המקומית היא איפה שממוקם בית הסוהר בו הוא נמצא. מצב חריג יחסית של פורום שופינג עבור הנתבע, בית הסוהר יכול להעביר את האסיר למקום אחר ע"מ לעבור פורום. ביהמ"ש משתכנע שיש פרקטיקה כזו ומבקר זאת בצורה משמעותית. בסופו של דבר נדרשת הסכמתו של האסיר למיקום ההליך.

ביהמ"ש אומר שהסמכות נקנית ברגע הגשת התביעה, אם רוצים לסטות ממנה נדרשת הסכמה.

**ס' 79(ב) לחוק בתי המשפט:** מדבר על העברת תיקים ממקום למקום, אם תיק הועבר מביהמ"ש אחד לאחר מטעמי חוסר סמכות, ביהמ"ש שאליו הגיע התיק, לא יעבירנו עוד. רובינשטיין אומר שהתיק כבר הועבר, לא ניתן להעביר אותו עוד אז לא נחזיר אותו. זו הייתה שגיאה כי ההעברה מלכתחילה לא הייתה נכונה. שימוש קצת תמוה בס'.

**ס' 78 לחוק בתי המשפט:** הסכמת הצדדים די בה כדי להעביר תיק מאזור שיפוט אחד לאחר לכאורה בכל שלב בהליך. יש לבקש את הסכמתו של בני סלע, אם הוא מסכים- ניתן לעבור.

הבעיה- יש מערכת שהסכימה לנהל הליך, אם הצדדים הסכימו לכאורה יש רק לעבור.

אצל בני סלע התוצאה היא מוזרה-ס' 79ב לחוק ביהמ"ש- מדבר על העברת תיקים ממקום למקום- אם תיק הועבר מבימ"ש אחד לאחר מטעמי סמכות, ביהמ"ש שאליו הגיע התיק (הנעבר), לא יעבירנו עוד. הוא לא יכול להעביר אותו פעם נוספת. רובינשטיין אומר על בני סלע כי התיק כבר הועבר ולכן לא ניתן להחזיר אותו. המרצה טוען שזה שגיאה כי ההעברה הראשונה הייתה שגיאה וזה ברור שס' 79ב לא צריך לחול על העברות שגויות שלא היו צריכות לקרות בכלל ושביהמ"ש מבטל אותן.

די בהסכמת הצדדים כדי להעביר תיק מאזור שיפוט אחד לאחר וזה יכול להיות בכל שלב בהליך. כלומר רובינשטיין אומר שאם בני סלע מסכים אז אפשר להעביר את התיק.

בעייתיות- מהמבט הציבורי- ההליך כבר התחיל והצדדים מחליטים מכל סיבה שהיא לעבור למקום אחר. למרות שיש הסכמה של הצדדים עצמם הם צריכים לבקש הסכמה של המערכת- ס' 78. זה עוד עקיפה של המערכת. לכאורה ההסכמה של בני סלע מספיקה אבל הוא צריך לקבל את האישור של המערכת לכך והוא לא יכול פשוט להעביר ברגע שהצדדים מסכימים.

**סמכות שיפוט עניינית**

זה השלב השני, שעולה לפני סמכות שיפוט מקומית. השאלה עוסקת באיך המשפט מעצב את היחסים בין תחומי המשפט ואיך הוא קובע את הדברים השונים בדיון- מלכת הסמכויות.

מי שקובע את הסמכות בהתאם הוא הדין, לא בעלי הדין ויש לכך כמה משמעויות מעשיות. צדדים לא יכולים להסכים על סמכות עניינית ולא יכולים להקנות סמכות עניינית לפורום שהדין לא הקנה לו אותה. הם לא יכולים לוותר על הסמכות העניינית ולומר לבימ"ש שאין לו סמכות עניינית אלא המדינה היא שמעצבת את הניהול המוסדי. בנוסף, בימ"ש יכול לעורר את טענת הסמכות או ההיעדר מיוזמתו.

אם שני הצדדים רוצים, ניתן להסכים על סמכות מקומית של ערכאה מסוימת ואם לא אמרו דבר, אז יש גם הסכמה בשתיקה על קיום סמכות.

סמכות בינ"ל ניתן להתנות עליה בהסכמה של הצדדים. אם הוא מגיע לדיון אז הוא נתפס כמסכים והסמכות נקנתה בלי לדון בשאלה. הסמכות נקנית ברגע שהיא נוצרת וברגע שאדם ניצב לדיון, הוא למעשה הסכים ולכן הוא לא יכול עכשיו לטעון שאין סמכות.

ניתן לטעון להיעדר סמכות עניינית בכל שלב בהליך ואם אין סמכות בהתחלה אז אין סמכות בהמשך. אם היה דיון שנגמר ואני מערערת וטוענת לחוסר סמכות זה אפשרי גם בסוף. אך אם לא הייתה סמכות מלכתחילה אז לא תהיה גם בהמשך. אך בסמכות מקומית לא ניתן לטעון לחוסר סמכות אחרי שהיא נקנתה אלא רק בעניינית.

בענייני משפחה הדין נוקשה יותר ולמרות עקרון תוה"ל ביהמ"ש העליון לא משנה לו איפה ההליך ידון.

תקיפה עקיפה- אם ניהלתי הליך והפסדתי ורוצים לאכוף נגדי את פסק הדין, עושים זאת ע"י הוצאה לפועל- רשות האכיפה והגביה- בבקשה לאכוף את פסק הדין. פסק הדין יטען נגדי להיעדר סמכות עניינית. אם אין סמכות עניינית אז פס"ד שניתן מכוח זה הוא לא פס"ד והוא לא תקף.

קביעת הסמכות העניינית נקבעת ע"י המחוקק הראשי. חקיקה ראשית, כי מעצבת את החקיקה במדינה. נשתמש בחוק ביהמ"ש לשם כך.

ההבחנות לסמכות השיפוט העניינית- הסיבות לכך- מומחיות, שוני בשיטה המתבצעת, ערכים שונים שרוצים לתת ביטוי לשניהם וישרתו קהילות שונות, עניין הסברתי וחינוכי בו נותנים טיפול חברתי עצמאי (משפחה או נוער). זה מסתבך כאשר מדברים על ההבחנה בין בימ"ש שלום למחוזי. הם מאוד דומים והשופטים דומים בכל אחד מהם. התרבות המוסדית היא קרובה והדין המהותי חל בשניהם באופן דומה. אז מדוע אין ערכאה אחת? השופטים דומים אך שונים בגלל הותק הנדרש למינוי. ככל שהכהונה מתמשכת האפקט שלו פוחת. לכן עולה השאלה כמה הותק עושה עבודה אמיתית. מצד שני זה נותן כשירות (לא רווחיות כי הם עוסקים בתחומים שונים) כי יש שופטים שלמדו משפטים לפני החידושים האחרונים ועוד. יש פערי התמחות בנושאים שונים שבחלקם רק המחוזי ידון בהם ובחלקם רק השלום.

הסמכות העניינית מוסדרת בחקיקה ראשית. יש הסמכות נקודתיות שמסמיכות באופן נקודתי וספציפי כמו חוקים שמסמיכים בימ"ש מסוים- החוק בימ"ש למשפחה, חוק שיפוט ביד"ר, חוק בימ"ש לעניינים מנהליים. זו חקיקה מסמיכה ספציפית שלצידה יש חקיקה כללית כמו חוק ביהמ"ש שקובע את סמכות בימ"ש שלום- ס' 51, ואת של בימ"ש מחוזי- ס' 40. חו"י השפיטה- קובע את סמכות ביהמ"ש העליון לכל הרכבו. כלומר יש חוקים שקובעים את כל סמכויות השיפוט בישראל. יש גם פקודות צה"ליות צבאיות שקובעות בנוגע לבימ"ש צבאי.

**להיכן התביעה תוגש?**

1. קודם נחפש חוק מסמיך ספציפי, האם התביעה שלי נופלת לאחת ההסמכות הספציפיות בדין הישראלי? עושים שימוש במבחן העילה- האם העילה שלי נופלת לגדר סמכות בימ"ש ספציפיים? ס' 1,2 לחוק בימ"ש למשפחה- יש לבימ"ש למשפחה סמכות עניינית בתובענה שבנוגע ליחסי משפחה וכך גם בפקודה לפשיטת רגל או לגבי עילה של עובד-מעביד.

ס' 40(5), 40(6)- דן בביהמ"ש לעניינים של חוק החברות. כלומר גם בתוך חוקי ביהמ"ש יש הסמכות ספציפיות.

2. אם אין הסמכה ספציפית שאומרת שהעניין שייך לבימ"ש מסוים, נפנה לס' הכללים- 40, 51 לחוק ביהמ"ש שמסמיכים את ביהמ"ש הרלוונטיים.

האם לבימ"ש השלום יש סמכות לתביעה שלי? מבין 2 החלופות, נבחר קודם את ביהמ"ש השלום. כל מה שלא נופל בבימ"ש ספציפי ובבימ"ש שלום, אז הוא יכנס לערכאה של המחוזי.

כלומר השלבים לחיפוש מקום הגשת תביעה-הסמכה ספציפית, אם לא, נפנה לבימ"ש שלום, ואם לא, אז נפנה לבימ"ש מחוזי.

לקרוא 2ב3,4,5

26.11.12

**סמכות עניינית**

הכינוי שלה הוא מלכת הסמכויות- ההבניה הבסיסית ביותר של הכוח השיפוטי, לא ניתן להתנות על סמכות עניינית, ביהמ"ש יכול לעלות שאלה של סמכות כזו בכל שלב ועוד.

החשיבות שלה היא בראש ובראשונה ביחס בין בתי המשפט המיוחדים לרגילים. שאלת הסמכות העניינית מתעוררת בעיקר ביחס בין ביהמ"ש השלום למחוזי.

מקורות ההסדרה העיקריים: ח"י השפיטה, הסמכה ספציפית- ערכאות מסוימות.

אם אין הסכמה ספציפית פונים לערכאה עם הסמכויות הכלליות- השלום או המחוזי.

ס' 51 לחוק בתי המשפט קובע את מכלול הסמכויות של ביהמ"ש השלום, בתחום הפלילי והאזרחי.

**ראשי הסמכות:**

הגבלה סכומית. **ס' (א)(2).**

1. תביעות כספיות עד 2.5 מיליון.
2. תביעות ששווין הוא עד 2.5 מיליון- תביעות שניתן לשום את השווי שלהן, אם היינו מכמתים את התביעה זה היה עד 2.5 מיליון.
* החזקה ושימוש במקרקעין ללא הגבלת שווי. **ס' (א)(3).** חכירה לדורות לא נכללת כאן.
* **ס' (א)(4).** תביעה שכנגד- אם אני נתבע, ניתן בצמוד לכתב ההגנה להגיש תביעה שכנגד הנתבע. ההצדקה היא יעילות. מדובר על תביעה לכל דבר ועניין. זה יכול לעזור לביהמ"ש לראות תמונה מלאה יותר של האינטרסים של בעלי הדין. לביהמ"ש השלום יש סמכות גם לתביעה שכנגד. ביהמ"ש השלום יכול לדון בתביעה שכנגד גם אם השווי שלה הוא 4 מיליון ₪ ובלבד שהתביעה המקורית נכנסה והיא צריכה להיות באותו נושא או נובעת מאותן נסיבות. תביעה שכנגד היא תביעה לכל דבר ועניין.

כהשלמה לראשי הסמכות האלו, יש את תקנה 9 לתקנות סדר הדין האזרחי, עוסקת בניסוח תביעות, נאמר בה למשל שבכתב התביעה צריך לפרט את שווי התובענה. אנו בעצם משדרים מסר שזו הסיבה בגינה התביעה הוגשה דווקא לביהמ"ש אליו הגשנו את התביעה.

תקנה 46: יש לסכום את כל ראשי הנזק כדי לדעת לאיזו ערכאה להגיש אותה.

תביעה מסוג אחר, שלא נכללת בראשי הסמכות לעיל, הולכת למחוזי. ס' 40(1) לחוק בתי המשפט קובע את הסמכות השיורית של המחוזי. תביעה מעל 2.5 מיליון, תביעה שהיא לא שימוש והחזקה, תביעות שלא ניתן להעריך את השווי שלהן ובגדול- כל מה שלא נכנס לסמכות השלום.

תביעה שכנגד- המחוזי יכול לדון גם אם זה בסמכות השלום. סמכות יותר רחבה- כל תביעה שכנגד יכולה להיות מוגשת למחוזי לעומת השלום שם הסמכות לדון בתביעה שכנגד תלויה בכך שמדובר על אותו נושא או אותן נסיבות.

כבר בדין עצמו אנו רואים את הטשטוש בין הסמכויות, אם אנו מחפשים פער של מומחיות- לשלום יש ידיעה מיוחדת לגבי סכסוכים ששווים נמוך ולמחוזי יש ידע בסכסוכים ששווים גבוה יותר.

כלומר בתוך הדין עצמו יש פער איכותי (לא בהכרח כמותי) בתביעה בסכומים שונים.

פס"ד רובינשטיין נ' רון: השלום יכול לדון בתביעה שכנגד גם אם היא בסמכות המחוזי. למשל, תביעה שכנגד בנושא של בעלות במקרקעין היא מלכתחילה בסמכות המחוזי.

חלוקת הסמכויות היא ירושה מהמשפט המנדטורי, ועדת אור הציעה רפורמה לבתי המשפט ואחת ההמלצות העיקריות של הוועדה היו לבטל זאת.

**איך אנו יודעים מה שווי התובענה או מהו סכום התביעה?**

היום יש לנו הערכה די מקובעת, נקראת "מבחן הסעד המבוקש", פס"ד טובי. מדובר על עסקת קומבינציה שהסתבכה, היריבות המשפטית היא בד"כ בין בעל הקרקע לקבלן. בעל הקרקע הגיש תביעה ומבוקש שם שלושה סעדים: סילוק יד- החזרת הנכס, פיצויים בסכום שהוא מתחת ל 2.5 מיליון, ובקשה לביטול ייפוי כוח- נותן לקבלן את היכולת לרשום את הקרקע על שמו. הקבלן לקח על עצמו את ניהול כל ההיבטים הקשורים לקרקע כולל העברת בעלות ופיצול הבעלות בדירות לדיירים.

סילוק יד זה בסמכות השלום, מדובר על החזקה קלאסית, גם הפיצויים כי זה פחות מ2.5 מיליון, ביטול ייפוי כוח- אנו לא יודעים מה בדיוק השווי של זה, זה לא סעד שניתן לשים עליו סכום מסוים, יש פה היבט שיורי. ביטול ייפוי הכוח גם מבטא התחלה של הסדרי הבעלות בקרקע. העובדה שלא הצלחנו למקם את הסעד באף אחד מראשי הסמכויות של השלום מספיקה כדי להגיד שזה בסמכות המחוזי.

התביעה היא ע"א- כלומר התביעה התחילה במחוזי כי היא הגיעה בזכות לעליון. המחוזי אומר שמדובר על חזקה ושימוש, פיצויים בסכום נמוך ולכן הוא אומר שאין לו סמכות על התביעה הזו והוא מוחק את התובענה. העניין מגיע לעליון ופה יש לנו מחלוקת בין השופטים.

דעת הרוב: התובע ניסח את התביעה כך- תביעה שהינה סילוק יד וכו. זה המבחן על פיו אנו פועלים. קוראים את כתב התביעה וכך יודעים למי הסמכות, נטל מוטל על התובע. זו תביעה שניתן לנסח אותה בשתי דרכים- זו תביעה לסילוק יד ולכן זה בסמכות השלום או תביעה לייפוי כוח ואז זה בסמכות המחוזי. כאשר הכותרת היא תביעה לסילוק יד, הסמכות היא של השלום. הסמכות נקבעת עפ"י התביעה של התובע, הסעד המבוקש ולא עפ"י מהותו של הסכסוך. זה בניגוד לגישה המהותית של העליון הקיימת היום, מדובר על פס"ד פורמליסטי לחלוטין.

מה שחשוב לנו זה המסר העקרוני, יכול להיות שמה שמעניין את הצדדים זה בעלות אך זה לא משנה, מה שחשוב זה איך שהם ניסחו את התביעה.

דעת המיעוט (העציוני): השאלה האמיתית היא הבעלות על הקרקע, ביהמ"ש צריך לבחון את החוזה ולקבוע האם הייתה הפרת חוזה או לא, הסעד המבוקש הוא בסה"כ אינדיקטור לבדיקה מהו נושא הסכסוך. **שאלת הסמכות נבחנת ומוכרעת על-ידי זיהויה של השאלה האמיתית השנויה במחלוקת בין הצדדים.**

במובן מסוים דעת הרוב מעדיפה עקרון יעילות על פני מהות. השופטים חושבים שאנו צריכים כללים ברורים שאומרים לבעלי הדין מהו ביהמ"ש המוסמך, חיסכון בליטיגציה. בודקים זאת עפ"י כתבה התביעה.

אחד השופטים אומר שיכול להיות שתידרש פיצול התביעה.

השופט בכור אמר שהגיע הזמן שעורכי הדין ינסחו את התביעה שלהם בצורה מתאימה ובלי התחכמויות, עלה פה העניין שניסוח כתב התביעה כאילו מדובר על תביעה לסילוק יד נעשה בגלל חישובי אגרות.

**לפי דעת הרוב המהות לא משנה אלא איך מנסחים את התביעה.**

**איזה קשיים מבחן הסעד מעורר?**

* **בעיית הזמן.** מה קורה אם משהו משתנה תוך כדי ההליך, הסמכות נקבעת תוך כדי התביעה. מה קורה אם במהלך התביעה משתנה משהו שמשפיע על ההליך. זה לא משנה, הסמכות נקנית בעת הגשת התביעה ונמשכת- לגבי סמכות מקומית. השאלה היא האם הסכמות העניינית גם מתפרשת לאורך כל ההליך?

מה קורה אם משהו משתנה תוך כדי ההליך? הסמכות העניינית נגזרת מכתב התביעה לפי דעת הרוב, מה קורה אם משהו בתיק משתנה ומשפיע על ראש הסמכות? זה לא משנה, כי סמכות מקומית נרכשת ברגע הגשת התביעה והיא נשארת. אם אעזוב את הארץ, הסמכות עדיין תישאר בידי ישראל כי היא נקנתה ברגע הגשת התביעה. לפעמים עולה מידע חדש למשל אם סכום התביעה השתנה או דיני הסמכות השתנו או פקעו כמו למשל אם משהו התחיל במחוזי יכול להיות פתאום בסמכות השלום- פס"ד ספקטור עוסק בשאלה הזו. לא חייבים לפרט את מלוא נזק התביעה כבר בשלב התביעה כדי לזרז את התובעים להגיש את התביעה ורק אח"כ עולים עוד ראיות או ממצאים ועושים את הערכת הנזק תוך כדי ההליך. זה עלול לגרום לכך שמגלים שנזק הנתבע גבוה הרבה יותר ממה שחשבו מראש. זה ממריץ אנשים להגיש בשלום.

בפס"ד סקפטור: התביעה הוגשה לשלום וגילו שהנזק הרבה יותר גבוה, עכשיו השאלה היא אם הסמכות נשארת אצל השלום או עולה למחוזי. כדי שהתובע יקבל את הנזק המוגבר, הוא צריך לתקן את כתב התביעה כי מה שלא כתוב בכתב תביעה- לא נכלל. למעשה השלום מחזיק בתביעה שברגע שהוא תיקן אותה הוא מוציא אותה מכלל סמכותו ולכן התביעה עוברת למחוזי. כביכול הוגשה תביעה חדשה מחוץ לסמכותו וכך הוא מעביר אותה למחוזי- ס' 3א.

פס"ד רובין: הפוך מספקטור- התביעה מוגשת למחוזי ובדיעבד התברר לתובע שהוא רוצה לתבוע על פחות. התובע צריך לשנות את כתב התביעה ולא לחכות פשוט לפיצויים פחותים כי למשל הוא מקבל את החזר האגרה אם הוא מוריד את הסכום ומתקן את התביעה. ע"פ פס"ד ספקטור המחוזי כביכול היה צריך להעביר את התביעה לשלום כי זה פקע מסמכותו וזה עונה על העיקרון המהותי של הסמכות העניינית, אולם זה לא כך- המחוזי לא רשאי להעביר את הדיון לשלום, גם לאחר שתוקן סכום התביעה.

1. השלום יודע יותר מהמחוזי לגבי תביעות בשווי נמוך לעומת המחוזי שיודע יותר רק על תביעות גדולות. נקבע שזה בכל זאת יישאר אצל המחוזי כי אנו מניחים שאם מוגשת תביעה גדולה יותר למחוזי, אז הוא יכול לפסוק גם סכומים פחותים מזה- הוא יכול להבין תביעות של מיליון ותביעות של 10,000 באותה צורה.
2. המחוזי הוא גם ערעור על השלום ולכן יש תחושה חזקה שמה שהתחיל במחוזי לא צריך לרדת לשלום ויכול להישאר שם. בנוסף, כמו שיש בתביעה שכנגד שמרחיבים את הסמכות של המחוזי, כך אפשר לעשות זאת פה- אנו בעיקרון סומכים יותר על המחוזי.

עם זאת, בשלב הראשוני עקרונות הסמכות יאבדו, אנו לא נלך ישר לעקיפת הסמכויות.

מבחן הסעד מעורר בעיה של זמן וביהמ"ש נותן תשובות שונות בהקשרים שונים. רובין: רובינשטיין אומר שהכלל הוא שהסמכות נקנתה בעת הגשת התביעה, רובין מראה את ספקטור כחריג.

* **ריבוי סעדים.** בפס"ד טובי ראינו שיש שלושה סעדים, כאשר אחד מהם שייך למחוזי ושניים לשלום. דעת המיעוט דיברה על כך שנלך לפי המהות, מה באמת מעניין אתכם. מבחן הסעד הוא מאוד טכני. פס"ד לוי נ' עקריש קבע את ההלכה שנמצאת איתנו עד היום- במצבים מהסוג הזה יש לפצל את התביעה. בגירושין ניתן לפצל את תביעת הרכוש והגירושין. אם אנו נותנים תוקף לדיני הסמכות העניינית מה שנותר לבעלי הדין הוא לפצל את התביעה.מדובר על מקרה בו לא ניתן לגשר על הפערים בין הסעדים ואז מפצלים את התביעה. אם ביהמ"ש יודע שיש הליך מקביל המתנהל בערכאה אחרת, יכול להיות שהוא ימתין. ולכן אנו נראה מקרים של פיצול אך גם של המתנה. רלוונטי לכאן גם הנושא של מעשה בית דין.

פס"ד בעניין הפדרציה: ביהמ"ש עדיין מיישם את ההלכה של לוי, הוא אומר שאין ברירה אלא לפצל. התביעה הייתה בנושא של קניין רוחני, תביעות של לשון הרע, הטרדה מינית, פגיעה בפרטיות והפלייה במקומות ציבוריים- בחוקים אלו יש אפשרות לקבלת פיצוי ללא הוכחת נזק. כלומר השווי שלהם נמצא פחות מ 2.5 מיליון ₪ והם בתחום השלום. בנוסף, ניתן לקבל צווים כלשהם במסגרת אותם חוקים כמו צווי מניעה. סעד של צווים שייך למחוזי. יש נתח גדול של תביעות שבהכרח מעלות את הקושי הזה. השופט אור אומר שאין ברירה- הפיצויים ילכו לשלום והצו למחוזי.

**תוספת לס' 40(4) לחוק בתי המשפט:** החרגה ספציפית לתביעות בקניין רוחני, היום ניתן להגיש גם את הפיצויים למחוזי, גם אם הם נמוכים.

פס"ד ארז נ' עיריית גבעתיים**:** עוסק בדו"חות חנייה. הוא רוצה לבטל את הדוחות, עושה זאת כאשר הוצל"פ הגיעה אליו. מתעוררת שאלת סמכות וארז מעלה שתי טענות- 1. התיישנות הקנס. 2. התיישנות הדו"ח. הוא רוצה לטעון את שתי הטענות האלו בביהמ"ש אחד. ביהמ"ש לעניינים מנהליים הוא לא הפורום המתאים, אחת הטענות קשורה להליך אזרחי והשנייה לפלילי. ביהמ"ש שולח את ארז להגיש שתי תביעות- אחת לביהמ"ש לעניינים מקומיים(פלילי עירוני) ואחת לביהמ"ש השלום (תביעה נ' העירייה, היה פה עניין של שווי הדו"ח ולכן זה בסמכות השלום).

הסמכות העניינית פועלת את פעולתה ובתי המשפט מוצאים את עצמם ללא מענה. פס"ד לוי נ' עקריש הוא בתוקף ומשקף לנו את האופן שבו המערכת חווה את הבעיות שעולות מכללי הסמכות העניינית.

אחד הפתרונות העיקריים לקושי שלוי נ' עקריש ייצר זה פיתוח של הרעיון של **הלכת הסעד הטפל**, איך היא יכולה לפתור בעיות שלוי נ' עקריש ייצר? בתי המשפט מפתחים דוקטרינה שאומרת את הדבר הבא- לוי נ' עקריש מדבר על פיצול, אנו נמנע מהפיצול במצבים בהם יש יחסי טפלות בין סעד אחד לאחר. אם יש סעד ראשי- ביהמ"ש שלו הסמכות להעניק את הסעד הראשי יכול להעניק גם את הסעד הטפל. יש התנגשות עם העקרונות של הסמכות העניינית אך מקבלים זאת אם יש יחס של טפלות.

אם יש סעד אחד ראשי והשני טפל אז הראשי יוכל להחזיק בסמכות גם של הסעד הטפל אפילו שזה לא בסמכותו המקורית.

סעד הוא טפל כאשר הוא נגזר באופן הכרחי מהסעד הראשי המבוקש, אם קיבלתי את הסעד הראשי ממילא אני זכאי גם לסעד הטפל, אין צורך בבירור נוסף. פס"ד המנסח זאת בצורה הבהירה ביותר הוא פס"ד קלקודה, זוסמן יוצר את לוי נ' עקריש ואז הוא פותר את הבעיות שאותה הלכה יצרה. למשל, תביעת בעלות שממילא מעניקה סעד של סילוק יד.

דיני חוזים- שכירות ארוכת טווח טענת רישום, במקרה כזה יש שני סעדים נדרשים: העברת ההחזקה בסמכות השלום וכן נדרש הסעד של ביטול הרישום שזה בסמכות המחוזי. אם התביעה מוגדרת כאכיפת חוזה, היבט הרישום הוא היבט טפל. אם אני זכאי להחזקה ממילא אני זכאי לביטול הרישום.

מנגנון נוסף שלפעמים הוא קצת נשמע דומה לסעד הטפל הוא מנגנון הסמכות הנגררת. **ס' 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.*

נק' המוצא היא שהייתה סמכות לביהמ"ש. למשל, בדיני משפחה אם מוגשת תביעת מזונות יש לדון בשאלה האם בני הזוג נשואים או גרושים. ביהמ"ש לענייני משפחה מוסמך להכריע בדיני מזונות והוא יכול להכריע בשאלה אגבית האם בני הזוג נשואים או לא, אבל הוא לא כובל את בתי הדין לגבי אותה שאלה, זה חוסך לנו זמן ומשאבים- לגשת לביד"ר. עוד פן קלאסי שזה מתעורר הוא בסכסוך מקרקעין- תביעה לסילוק יד, הסמכות היא לשלום. אבל אם מי שמחזיק בנכס מעלה את הטענה שהתובע הוא לא הבעלים בכלל. זו שאלה שהיא בסמכות המחוזי אך על מנת לדון בתביעה לסילוק יד, ביהמ"ש רשאי להכריע בקביעת הבעלות, **התשובה לשאלה זו היא ספציפית לדיון הנ"ל ולא מחייבת הליכים אחרים.**

פס"ד אלטושלר: אם ביהמ"ש שלום קבע הכרעה אגבית ביחס לבעלות אבל אם בהליך נוסף תעלה אותה שאלה, הכרעה **אגבית כזו כן תהיה רלוונטית להכרעה אגבית אחרת. גם כאן ביהמ"ש מנסה למצוא את היבטי היעילות האלו ככל שזה נוגע ליחסים שבין השלום למחוזי.**

חשוב להבחין בין הסמכות הנגררת לבין הסעד הטפל שהוא סעד.

סעד טפל- יינתן סעד מפורש נגד הנתבע למרות שהוא לא בסמכות ביהמ"ש שנתן אותו. עקרון הסמכות הנגררת מאפשר לביהמ"ש להכריע בשאלה שאילו הייתה מתעוררת כסעד היא הייתה נדונה בביהמ"ש אחר, אבל כאן רק דנים בה ולא נותנים זאת כסעד. ההכרעה האגבית כן תהיה רלוונטית להכרעות אגביות אחרות- אם שוב יתעורר דיון אגבי בנושא, לא ידונו בו שוב כי הוא כבר נקבע אף שזה לא היה בערכאה המתאימה. זאת לעומת סעד טפל שממש ניתן כסעד כאשר הוא מלווה לסעד ראשי שכן בסמכותו של ביהמ"ש. גם כאן בימה"ש מנסה למצוא את היבטי היעילות האלו ככל שזה נוגע ליחסים בין השלום למחוזי.

עניין נוסף ששוחק את ההבחנה בין הערכאות. תביעה שכנגד- ניתן לתבוע תביעה שכנגד ביהמ"ש מחוזי אף אם זה עניין של השלום.

פס"ד עזבון נאסר נ' קק"ל: דן בביטול פס"ד קודם של המחוזי ע"י ביהמ"ש השלום וביהמ"ש השלום נמנע מלעשות זאת. בייניש- מנסה לבחון את גבולות השלום לבטל את התביעה שכנגד שהייתה באותו עניין מקורי. בייניש אומרת שהשלום יכול לדון בתביעה שכנגד באותן נסיבות אפילו שזה בסמכות המחוזי, אך צריכה להיות זיקה משמעותית בין התביעה המקורית לזו שכנגד קשורות בטבורן אחת לשניה. זה מבחן תקיף יחסית בנוגע לפרשנות ס' 51.

* **סעד של חוסר סמכות. תקנות 100, 101** עוסקות במצבים של סילוק על הסף. חסימת הגישה לדיון עוד לפני שהוא מתחיל מטעם כלשהו. אחת הנסיבות בהן יש סילוק על הסף זה מקרים בהם ביהמ"ש אומר שאין לו סמכות, זה לא מקרה של חוסר עילה, יכול להיות שיש עילה אך אין לו סמכות.

**תקנה 101(א) (2):** חוסר סמכות זה עילה לדחייה על הסף. זה נכון לסמכות עניינית, מקומית ועוד.

**תקנה 102(ב):** ביהמ"ש מוסמך לדון בתביעות אך עדיף שהוא ייגש ל **ס' 79(א) לחוק בתי המשפט** ויעביר את התיק לביהמ"ש המוסמך.

ביהמ"ש יהיה חייב לדחות במקרים של חוסר סמכות בינלאומית, לא ניתן להעביר תיקים למדינה זרה. כלל המדיניות הוא להעביר לפי **ס' 79(א) לחוק בתי המשפט:** ביהמ"ש שמצא שהוא נעדר סמכות עניינית מקומית רשאי להעביר את התיק.

הסמכות המקומית שלנו נגזרת מדיני הגשת תביעות. כלומר, הדין עצמו מתייחס למושגים האלה והוא שואב אותם מהמשפט המקובל ומכניס אותם חזרה לדין. הדבר נכון גם לגבי מעשה בית דין.

עד כאן המקרה פשוט. זה מתחיל להסתבך **בס' 79(ב):** קובע את העיקרון של "לא יעבירנו עוד". פס"ד שור נ' בן יקר גת: מסכם רצף של פסקי דין שמתחיל בקלקודה. הוא מפרש את "לא יעבירנו עוד" באופן רחב ביותר. השאלה היא מה קורה אם ההעברה הייתה לביהמ"ש שהוא לא מוסמך? ההעברה הראשונה הייתה מכוח סמכות מקומית ורק לאחר ההעברה מסתבר שהסמכות העניינית היא למחוזי ולא לשלום. ביהמ"ש אומר שההעברה במובן הזה מקנה סמכות, השלום יחזיק בסמכות למרות שהתיק שייך למחוזי.

לעורר טענת סמכות עניינית ניתן בכל שלב. ביהמ"ש אומר שזה נכון אבל... אם הנתבע העלה את הטענה של חוסר סמכות מקומית ובאמצעותה העביר את התיק לביהמ"ש אחר, הוא לא יכול להעביר את התיק שוב. ההעברה הקנתה את הסמכות, גם סמכות עניינית.

ועדת אור עסקה בעיקר בטשטוש ההבחנה בין שתי הערכאות האלה. ההצעה המרכזית הייתה להפוך את ביהמ"ש השלום לערכאת הדיון היחידה ואת המחוזי רק לערכאת ערעור עם עוד כמה רשאי סמכות ספציפיים אותם מומלץ להשאיר במחוזי.

* עקרון תום הלב. מקשה העלאת טענות של חוסר סמכות עניינית ככל שהיא מועלית בשלב מאוחר יותר בהליך. השופטים אומרים שהסיכוי שניתן לך להעלות את הטענה בהליכים מתקדמים הוא נמוך, בוודאי אם זה עולה בערעור. יש החלטות הגוררות זאת גם לשלבים מוקדמים יותר.

פס"ד כלפא נ' זהבי: לאחר 3 שנות התדיינות השופט טירקל אומר שהוא לא מאפשר העלאה של טענת חוסר סמכות עניינית למרות שאנו נמצאים עדיין בתוך ההליך עצמו ולא בערעור. אולי אתה רואה שסיכוייך פוחתים ולכן אתה רוצה להעלות את הטענה.

טירקל אומר שיש עניין של חוסר תום לב סובייקטיבי- שיהוי וגם אובייקטיבי- מניעת התרוצצויות, אין באמת הבדל בין הערכאות השונות ולכן לא מעבירים את הדיון בכל מצב וזה לא יהיה נורא אם הוא יידון במקום בו הוא הוגש מלכתחילה (בניגוד לעקריש ששם אמרו שאפילו אם נפצל את התביעה אם זה לא נדון בערכאה המתאימה). בעקרון הסמכות נקנית בעת הגשת התביעה אבל גם תום הלב משחק פה תפקיד. בפס"ד לוי נ' עקריש אמרו שגם אם אין סמכות עניינית ניתן לבטל. יש לבדוק מהו הרגע המתאים לטעון טענת חוסר סמכות.

תשובה חלקית לשאלת הגבול נמצאת בע"א מחקשווילי נ' רשות המיסים: השאלה היא מהו הליך ההשגה על תשומת מס? מחקשווילי ניסה להגיש תביעה במחוזי לסעד הצהרתי שהוא לא חייב, פס"ד בוחן את השאלה האם זה אפשרי? זה מוגש ביוני למחוזי בחיפה אך הפרקליטות יושבת בת"א. האם ניתן לטעון לחוסר סמכות מקומית? לא ניתן כי הסמכות נמצאת בכל המדינה. אבל כן אפשר לפי ס' 78 להעביר תיקים ממקום למקום ברשות ביהמ"ש העליון. אוקטובר 2009 בייניש מורה על העברת התיק מחיפה לת"א. דצמבר 2009- המדינה מגישה כתב הגנה במחוזי בת"א. אחרי הגשת כתבי טענות מתקיים הליך בביהמ"ש לשמיעתם. ספטמבר 2010 המדינה מגישה בקשה לדחיית סף בטענת חוסר סמכות עניינית. רק בחלוף שנה וחצי המדינה נזכרת שהגשת הליך אזרחי למחוזי זה לא בסמכותה אלא צריך להגיש זאת לרשות המיסים לפורום המנהלי שם. מרץ 2011 המחוזי מקבל את בקשת המדינה וקובע שאין לו סמכות עניינית ושצריך ללכת לרשות המיסים. מחקשווילי מערער לעליון ובאוגוסט 2012 ביהמ"ש העליון דוחה את התיק והוא נדון ברשות המיסים (רק לאחר 3 שנים).

מחקשווילי מנגד ניסה לטעון שתי טענות: 1. הגשת כתב הגנה. 2. היא עשתה כל זאת בעוד שהיא חשבה שיש למחוזי סמכות על התיק.

ברק ארז אומרת שבמקרה זה מחקשווילי מפסיד, כאשר המדינה מבקשת להעביר בין מחוזות זה פעולה מנהלית. ניתן להניח שהשופטים לא הסתכלו על התיק ולא יודעים מה הנושא שלו ולכן ניתן לומר שהטענה של חוסר סמכות עניינית היא בתו"ל. הגשת כתב הגנה- בו הנתבע אמור להעלות את כל הטענות שלו, השופטת ברק ארז אומרת שחלפה שנה אך זה לא מספיק כדי להיכנס להלכה של כלפא, אך ניתן לפצות את מחקשווילי ע"י אי חיובו בהוצאות, הוא רצה להסמיך את המחוזי בנושא בו אין לו סמכות עניינית. ניהול ההליכים המקדימים שלא כראוי הוביל לכך שהעליון אומר שאין צו להוצאות, זה הפיצוי על כך שהמדינה נהגה באופן לא ראוי. ביהמ"ש אומר שיש גבול לנושא של חוסר תו"ל, העובדה שהמדינה משכה קצת את העניין לא אומרת שניתן להעלות טענות של חוסר תו"ל.

פיצוי במקרים דומים- ניתן להעניק סמכות לפורום מסוים או לא לפסוק הוצאות.

פס"ד ג'מיל נ' לוי: עוסק בהלכה מאוד ותיקה בסד"א. הנושא הוא הלכת שמש עוסקת באחת השאלות המתעוררות בהחזקה ושימוש. עסקה בשאלה לאיזה ביהמ"ש תביעה לצו הריסה של מקרקעין שייכת? הלכת שמש אומרת שהריסה זה לא החזקה ושימוש, כדי להשתמש במשהו אנו צריכים שהוא יהיה קיים ולכן זה עניין שיורי הולך למחוזי. לא מדובר על החזקה או בעלות. זה הוביל מצבים בו למשל כאשר יש לנו שני בעלי חנויות ואנו רוצים שאחד מהם יסיר את הפרגולה זה שייך למחוזי כי זה הריסה. רק המחוזי יכול לדון בתביעות הריסה של פרגולות. השופט ריבלין פותר את הבעיה, הוא אומר שניתן להגיע לשלום למרות הלכת שמש. הוא אומר שהולכים לפי העוולה- מדובר על עוולת המטרד היחיד. לריבלין היה חשוב להגיע לאוביטר, הוא מדבר על זה שבעבר הייתה אחיזה במציאות להנחה המדברת על הקשר בין מומחיות השופטים לערכאה ולנושא התביעה. הוא אומר שכללי ההחזקה ושימוש מסרבלים את הדיון וזו ההצדקה היחידה לכללים אלו. ביהמ"ש השלום יכול לעסוק גם בשאלה של בעלות.

אפשר להעלות את השאלה האם לשמר את הפער בין הערכאות או לא? התשובה לכך יכולה להיות מושפעת בין היתר מהתשובה לשאלה האם אנו רוצים לעודד הטרוגניות במערכת המשפט שלנו.

הכרת הדינים של הסמכות העניינית ועמידה עליהם בשלבים המוקדמים של ההליך חשובה לשני הצדדים.

התובע צריך לנסח את כתב התביעה באופן זהיר ונכון שיפעל לטובתו ויוביל לכך שההליך יגיע לפורום הרצוי עבורו. ניתן לעשות מניפולציות- לגרור את התיק המון זמן כך שחסמי תו"ל לא יפעלו לרעתו.

הנתבע צריך לזהות את האסטרטגיה ולעורר את הטענה. יש מעין העברה של האחריות מהמדינה אל בעלי הדין, מי ששולטים בסמכות העניינית הם בעלי הדין והמדינה מצידה, לפחות ביחסים בין השלום והמחוזי מושכת את ידיה. המדינה כלומר ביהמ"ש.

המדינה מקרבת את הסמכות המקומית לתחום של הסמכות העניינית והבינ"ל. ככל שאנו דוחים את זה ולא ניתן לטעון לחוסר תו"ל זה מקשה על הפרת הסמכות שנקנתה. אנו בעלי הדין צריכים לדעת שהסמכות היא עלינו למרות נק' המבט הציבורית הנוקשה.

**מעשה בית דין**

מתייחס למה שנעשה בעבר, אבל החוויה הדוקטרינרית שלו קשורה לתחילת ההליך- האם ניתן לטעון טענה בהינתן בכך שההליך הוכרע וכבר הסתיים.

אין לנו סעיפים בחוק אבל יש לנו תקנות הקובעות מעשה בית דין. אנו מדברים על עקרון השייך למשפט המקובל. אנו רואים את המילים האלו בחוקים המגיעות מתוך המשפט המקובל. תקנות 101, 527.

אם זה נובע מהמשפט המקובל ז"א שגבולותיה של הדוקטרינה הם עמומים. מדובר על דוקטרינה שהתפתחה מדיני היושר ולכן היא כל הזמן מופעלת מול איזונים.

מושג היסוד של מעשה בית דין זה הרעיון של סופיות הדיון- אם משהו הוחלט בעבר הוא סופי. המנגנון של מעשה בית דין מוודא שיש סופיות הדיון. בגלל שאין לנו חוק של מעשה בי"ד יש הגדרה כוללת למה זה מעשה בי"ד. היא כוללת הרבה מאוד רכיבים:

**משנתן ביהמ"ש מוסמך פס"ד סופי בהתדיינות כלשהי, מקים פס"ד הזה שניתן מחסום דיוני אשר מונע התדיינות נוספת בין אותם בעלי דין או חליפיהם בנושא או בשאלה שהוכרעו בפס"ד הקודם.**

כולל שני רכיבים, איך מעשה בי"ד פועל? 1. יש צורך בפס"ד סופי. 2. מסיבה כלשהי אותם בעלי דין מגישים תביעה נוספת ומתעוררת אותה שאלה, אחד מבעלי הדין מנסה להציב חסם ואומר שהדיון לא יכול להתקיים, לפחות לא ביחס לאותה שאלה.

מעשה בית דין זה המושג הכללי בדין העברי, יש מושגים נוספים שבהם משתמשים באופן חלופי- השתק, מניעות.

בלטינית:

res judicata- הדבר כבר נשפט.

Estoppel- השתק.

Preclusion- עצירה, חסימה.

שני סוגים למעשה בית דין: 1. השתק עילה. 2. השתק פלוגתא. שניהם נכללים בתוך ההגדרה הכללית אך הם עושים עבודה מאוד שונה.

הרבה מהרציונלים של מעשה בי"ד פועלים בשני המישורים האלו.

הפרק של מעשה בית דין, כל מה שנותר מפרק 2 לסילבוס.

3.12.12

**מעשה בית דין**

פרופ' נינה זלצמן- הספר המרכזי שנכתב בעברית בנושא של מעשה בית דין "מעשה בית דין בהליך האזרחי".

אין לנו הסדרים חקוקים בנושא של מעשה בית דין אלא התייחסויות משתמעות, זהו נושא שפותח ע"י המשפט המקובל. נינה זלצמן נתנה מבט מקיף ביותר בנושא של מעשה בית דין.

האפקט הבסיסי של מעשה בית דין הוא לממש את עקרון סופיות הדיון. ההצדקות לעקרון זה הן ציבוריות ופרטיות.

פרטיות- לא לטרטר את הצד השני. לאדם השני יש ציפייה או זכות לא להיגרר שוב וכן חשיבה מערכתית כי יש גבול לכמה אנו יכולים לנהל הליכים עבור אנשים, ולתת לאנשים לבוא ולהתדיין.

המדינה מספקת שירותים לאזרחים ולכן היא יכולה לתבוע תנאים לגבי השירות הזה כמו שהיא יכולה לקבוע שיהיה רק סבב אחד לדיון.

פס"ד זלסקי: בגלל שהמקור של דוקטרינת מעשה בית דין הוא מהמשפט המקובל היא מבטאת הגינות ואינטרסים כלליים של צדק. עקרון סופיות הדיון נובע מגישות של צדק והוא לא מוחלט, לפעמים נדרש לאיזונים מסוימים בהפעלה שלו. ישנם מקרים בהם נחשוב שהדוקטרינה תחול אך תעלה טענת נגד וכן ההפך במקומות שבהם נהיה בטוחים שאין מקום למעשה בי"ד אך כן מחליטים על סופיות הדיון.

השופט אור- מונה כמה דוגמאות לחריגים להגדרה הכללית של מעשה בית דין, מתי זה לא יחול. למשל, במקרה של ראיות חדשות- משהו שלא ניתן היה להביא בהליך הראשון, הוא מדבר על "שינוי באקלים המשפטי". למשל, הרגע שבו משכב זכר הפסיק להיות עבירה פלילית. זה יכול לאפיין שיניים כאלה ואין זו רשימה סגורה ומדויקת.

יש גבולות מאוד רחבים לדוקטרינה הזו אך זה קצת בעייתי ולכן אנו כבעלי דין צריכים להצביע על שינוי בנסיבות ע"מ לטעון לחוסר תחולה של הדוקטרינה.

ניתן להעלות טענות של צדק, יושר והגינות המוביל להכרה או אי הכרה במעשה בי"ד, בכפוף לנסיבות.

מה שבבירור לא נוכל לטעון זה שהתוצאה של המשפט הראשון לא הייתה צודקת ולא הייתה יכולה להיות צודקת כי יש פגם עמוק בהליך הראשון. הערעור נמצא במובן מסוים בתוך המשפט הראשון ואין מעשה בי"ד לערעור.

ערכאת ערעור מוכנה להתערב בהחלטות הנוגעות לשאלות משפטיות. היבט המומחיות מעניק לערכאות הגבוהות את היתרון, הם נמנעים מלהתערב בשאלות עובדתיות- הן מבוססות כולן על מסמיכים כתובים, מבוסס על עקרון של נוחיות.

ההגדרה למעשה בי"ד באה בין היתר מנינה זלצמן.

הגדרנו מעשה בי"ד כמחסום דיוני.

חסם מהותי פוגע בתוכן של הזכות שלנו. חסם דיוני אומר שהזכות יכולה להיות קיימת אבל חוסמים לנו את האפשרות לטעון אותה בביהמ"ש. הדוג' הקלאסית היא התיישנות- האם לאחר 7 שנים פקעה לנו הזכות (חסם מהותי) או שהזכות שמורה אבל יש חסם של זמן שלא מאפשר לטעון אותה (חסם דיוני). זה יכול להשפיע במצבים בהם ניתן לדחות את 7 השנים לתק' נוספת.

אם מעשה בי"ד הוא חסם מהותי אז אין את הזכות ומנגד אם זה חסם דיוני אז כדי שהוא יפעל יש צורך שבעל הדין יעורר את הטענה.

אם בעל הדין לא מעורר את הטענה של מעשה בי"ד ביהמ"ש לא יעורר זאת בשבילו, זה מזכיר את עניין הסמכות העניינית, טענה שאם בעל דין לא מעורר אותה ביהמ"ש לא מעורר אותה בעצמו.

מדוע קשה לביהמ"ש לעורר טענה זו מעצמו?

אם יש 2 צדדים שכל אחד מהם כבר בערכאות שונות או במקומות שונים, אין ערובה לכך שבעל דין אחד לא ידע על השני ואנו רוצים לתת תמריץ לבעלי הדין שיקחו אחריות על הטענה הזו ולא ניתן ל"הפיל" זאת לביהמ"ש. נק' המוצא הראשונית היא שאפשר לוותר על הטענה ואם לא מעלים אותה בפעם הראשונה אז יש לתת הסבר טוב ללמה היא לא עלתה עד עכשיו.

אם ביהמ"ש רוצה לקבל טענת מעשה בי"ד אך הוא רוצה בכל זאת להטיל סנקציות על בעל הדין שהוא טען אותה מאוחר- הוא יכול להטיל עליו הוצאות.

מעשה בית דין מתחלק לשני סוגים שיש ביניהם זיקה:

1. השתק עילה- לא ניתן לתבוע בשנית במשפט שני בגין עילה שנתבעה כבר במשפט אחד ונסתיימה שם בפס"ד. זו טענת הגנה קלאסית, בשביל הנתבע. עילה זה משהו שהתובע מגיע איתו.
2. השתק פלוגתא- לא ניתן לעורר בשנית מחלוקת עובדתית שהוכרעה בהליך קודם. טענה שרלוונטית לשני הצדדים, תלוי בנסיבות ולטובת מי הוכרעה הפלוגתא במשפט הראשון.

השתק עילה חוסמת את העילה בכללותה, מה שעומד בבסיס כל המשפט. מצד שני פלוגתא יכול לעבוד גם כאשר המשפט הראשון עוסק בעילה אחת והמשפט השני עוסק בעילה אחרת.

לכל אחד מהם יש קריטריונים שצריכים להתקיים, אך גם שלושה משותפים.

**התנאים המשותפים לקיומו של מעשה בית דין כלשהו:**

1. **ביהמ"ש מוסמך.** אנו מסתכלים על האופי של ההחלטה שהולכת להשתיק במשפט השני. מסתכלים על האופי של ההחלטה של ביהמ"ש הראשון. שואלים האם לביהמ"ש סמכות עניינית. בעיקר מה שמעסיק את ביהמ"ש השני שלראשון הייתה סמכות עניינית. מקומית/בינלאומית זה פחות חזק- אם לא עוררתם טענה בנושא עקרונית יש סמכות, אם עכשיו נזכרתם לעורר טענות מסוג זה, בביהמ"ש השני, זה טענה שקשה להעלות אותה. אם זה נדון בביהמ"ש הראשון אז זה נחשב כהסכמה. יש פה רציונל פנימי של מעשה בית דין. אנו רוצים שמה שחוסם יינתן בסמכות. יש פשרה במובנים של סמכות מקומית ובינלאומית כיוון שהיחס אליהם רך יותר. אנו רוצים שחסם גישה יהיה מוצדק.
2. **פס"ד סופי.** מדובר על פס"ד הראשון. הכוונה היא לפס"ד שביהמ"ש שנתן אותו לא יכול לגעת בו יותר. (פס"ד חלוט- מוצתה עליו זכות הערעור/ א"א לא יכול לדון בו יותר). באופן טיפוסי אם הוגש משפט ראשון ואז יש משפט שני, סביר להניח שביהמ"ש יגיד שהוא ממתין עד למתן הערעור.

**לגבי השתק פלוגתא, זה לא יהיה רלוונטי, כי הפלוגתא במשפט השני כלל לא קשורה לערעור שהוגש ואז זה לא יהיה קריטי אם מחכים לערעור או לא.**

מדובר על פס"ד, כלומר זה לא כולל את כל מה שקורה עד למתן פס"ד כולל החלטות ביניים. מתקבלות הרבה החלטות עד למתן פסק הדין והן לא כובלות את הצדדים בתוך אותו הליך וביהמ"ש יכול לסטות מאותה החלטה שהוא נתן בהליך כלשהו וזה אף לא כובל אותם בהליכים אחרים. כלומר לא כל החלטה של ביהמ"ש כובלת את הצדדים וגם זה רק בהחלטות מסג מסוים כמו החלטה שניתנה בפס"ד ולא תוך כדי ההליך.

יש פה מסר לבעלי הדין ולשופטים שעד שלא ניתן פס"ד אז למעשה לא מתחייבים לשום דבר. זה מרחב גמישות ארוך שהדברים לא סופיים בכל המובנים של המילה.

1. **זהות הצדדים. ההנחה היא שבמשפט אחד ובמשפט שניים זה אותם צדדים. זו ההנחה הבסיסית. ה נובע מתוך רעיון ההוגנות שנוסח דרך הביטוי של עקרון ההדדיות- אתה יכול להשתיק אותי רק אילו היינו במצב ההפוך אני הייתי יכול להשתיק אותך. זה הוגן ליצור את החסם הזה רק אם הוא היה עובד לשני הכיוונים באותה צורה.** זוהי נק' המוצא. יש כאן תפיסה של דיני היושר- דוקטרינה העוסקת בראש ובראשונה ביחסים בין הצדדים. היא מעצימה את ההיבט הפרטי של הדוקטרינה מול ההיבט הציבורי שלה שלא לנהל ליטיגציות חוזרות על אותה שאלה. הדרישה לזהות צדדים אומרת שלא תמיד אפשר לדון באותה שאלה אלא אם רק הצדדים יכולים לעשות זאת באופן הדדי. הדרישה הזו מגבירה את היבט היושר ופחות את היבט היעילות הכלכלית.

אחד ממעגלי המשנה שנוספו לדרישה הזו היא **חלופת הקרבה.** בעל דין קרוב הוא מישהו שנכנס בנעליו של בעל דין מההליך הקודם- הרחבה של זהות הצדדים ללא זהות פרסונלית (אחד לאחד) אלא רעיונית (האינטרסים של הצדדים).

דוג' קלאסית היא למשל עזבון- האדם כבר מת ויש מישהו שמנהל את כל ההליכים בשמו. דוג נוספת היא חברת ביטוח (פס"ד אריה נ' סקום) שנכנסת בנעליו של בעל הדין.

שכן תובע את השכן המטריד והוא מנצח, השכן השני צריך להסיר את המטרד. לאחר מכן הוא מוכר את הדירה שלו- הדייר החדש נכנס בנעליו. האם השכן החדש יכול להקים את המטרד שוב? התשובה היא שלא. השכן הוא אישיות משפטית, ניתן לומר שעקרון ההדדיות עובד ולכן אנו מוכנים גם להגמיש את הדרישה לזהות הצדדים, לא ניתן לגרור את השכן להתדיינויות משפטיות כל זמן שמגיע שכן חדש.

ההרחבה של קרבה היא לא הפרה של עקרון ההדדיות. נראה מצבים בהם בתי המשפט מוותרים על עקרון זה.

הדרישות האלו מצטברות צריכות להתקיים בכל טענה של מעשה בי"ד.

השתק עילה.

ההשתק הפשוט יותר מבין השתיים.

* נובע מהגדרת הדוקטרינה. זהות העילה בשני המשפטים. מכך נגזר שהשתק עילה היא טענה מובהקת של הנתבעים, עילה זו הטענה איתה בא התובע לביהמ"ש. זו הזכות שהוא רוצה לממש בביהמ"ש וממילא זו טענת הגנה של נתבעים. למה שאותה עילה תעלה בשני משפטים שונים? ניתן לחשוב על מגוון מצבים בהם עילה אחת תצמיח מס' סעדים. יכול להיות שאותה עילה מצמיחה מס' נזקים. העילה היא אותה עילה אבל התוצאות שלה מגוונות. יכולים להיות גם מצבים של שינוי נסיבות. מזונות זה חריג, לא חל לגביו השתק עילה. כאשר השתק עילה עובדת היא חוסמת מצבים בהם רצית ואולי יש טעם להעלות את העילה שוב. התפיסה היא שהעילה מתגבשת בעת הגשת התובענה ולכן היא צריכה להתייחס לכל מה שקרה עד הגשת התובענה. מה שלא קוראים בתביעה למעשה נעלם והעילה זה מה שמוזכר בתביעה. כל מה שקרה עד לתביעה צריך להתעורר בעת שמגישים את התובענה אם רוצים לתבוע על זה. זו המשמעות של השתק עילה. יכולים לתבוע במשפט הראשון רק עד כל מה שקרה כד אז ואם לא טענו לגבי זה, זה נעלם. זה הרגע שבו חלוקה מתגבשת- בשלב הגשת התובענה. אין הוראה מפורשת של מעשה בי"ד. אך יש את **תקנות 44-45.**

**תקנה 44ב-** תובע שלא קרא בתובענה חלק מהסעד או דיבר עליו לא יגיש עליו אח"כ תובענה בחלק ב'. כלומר אם מישהו לא תבע כאשר הוא יכול לתבוע אז הדין לא יכיר בזה.

**תקנה 44א-** ההנחיה הכללית- יש לתבוע הכול בתובענה. אם רוצים לביהמ"ש שלום והנזק שנגרם לי הוא מיליון 700 ואני רוצה לתבוע בשלום אז אני מורידה את הסעד ותובעת רק על 2 מיליון 500, אני לא יכולה לתבוע אח"כ על היתרה אלא ויתרתי על זה כביכול בעת הגשת התביעה.

**תקנה 45-** אם תבעתי על כמה נזקים בגין אותה עילה- אם לא תבעתי על כולם במשפט הראשון לא ניתן לתבוע על זה אח"כ על משהו , אא"כ ביהמ"ש הרשה לו. כלומר בעל דין יכול לבקש אישור כדי לדון בזה אח"כ. כדי להתגבר על הפעולה של השתק עילה יש לפעול בהתחלה של התביעה הראשונה. אם אני חושבת שיש סעד אותו אני רוצה לתבוע בעתיד, כבר במשפט הראשון יש לבקש פיצול סעדים ולתבוע עליו בנפרד. למעשה בי"ד יש השלכות עוד מהמשפט הראשון וזה מתחיל משם הרבה פעמים.

\*\*בעקרון ניתן לתבוע על כמה נזקים בגין אותה עילה.

**מהי עילה זהה?** יש אמירות די מרחיבות המפעילות מבחן מהותי. שואלים את השאלה המהותית (פס"ד טובי נ' רפאלי) האם בסופו של דבר הן עוסקות באותו דבר- האם הפרשה היא אותה פרשה, אותן עובדות, אותה עסקה (התנהגות בעלת היבט כלכלי, מדובר על משהו רחב), מהי הזכות שנתבעת בתביעה. אם בסופו של יום זה אותה הזכות, העילה היא אותה עילה.

**ניתן לחשוב על מצבים מגוונים או התנהגויות שונים.** למשל, תאונת עבודה כאשר נוהגים על מלגזה- לא הפעיל צפצוף ולא איתת. הזכות היא אחת למרות שיש כמה טענות בנוגע להתרשלות הנתבע, יש להעלות את כולן ואם לא עשית זאת- לא ניתן לטעון זאת בתביעה נוספת, לא ניתן לומר שעכשיו תובעים בגין תביעות אחרות.

**ביהמ"ש-** העילה היא הזכות לשלמות הגוף , האחריות היא עלייך בנוגע להעלאת הטענות.

אנו רואים איך מנגנון השתק עילה נועד ליצור תמריץ לתובעים לרכז ככל הניתן את טענותיהם, הנזקים, הטענות המשפטיות והעובדתיות כדי לחסוך את הצורך בפתיחת ליטיגציה. עושים זאת ע"י מניעת העלאת טענות במשפט נוסף. למעט חריגים של תקנה 45 – פיצול סעדים או טענת צדק במקרים חריגים שתאפשר סיבוב שני. המטרה היא לא רק למנוע טרטור של בעל הדין השני.

הצד השני של זה היא העמסת טענות מעבר לנדרש, אולי טענות שבאופן טיפוסי היה מתאים שיעלו בביהמ"ש אחר.

מבחן זהות העילה- היא צריכה להיות אותו עילה. מדובר על יחס כוללני מהותי.

שאלה שמתעוררת ותהיה רלוונטית גם להשתק פלוגתא זה האם קם השתק עילה במצבים בהם במשפט הראשון לא התקיים דיון מהותי בעילה אותה נטענה?

יכול לקרות במקרים של חוסר התייצבות, מקרים בהם התביעה ישנה דחייה על הסף בגלל מעשה בית דין או חוסר סמכות (דחיה על סף- לא מבררים את העילה לגביה הוגשה התביעה).

מה הקושי בנוגע להשתק עילה? כאן אנו מדברים על מצב בו ביהמ"ש לא דן בכלל בעילה. מתעוררת השאלה האם דחיה על הסף גם מקימה השתק עילה? לכאורה שלושת התנאים מתקיימים. אך מצד שני אנו אומרים שלא היה סיבוב ראשון ולכן לא ברור האם זה הוגן לחסום את התובע מלנסות בכל זאת.

יש דיון על זה אך אין תשובה מובהקת, גם אצל נינה זלצמן.

**תקנה 527-** מחיקת תובענה אינה מעשה בי"ד והיא לא מונעת מהתובע להגיש תובענה נוספת. במצב של חוסר סמכות

יש הבחנה בין מחיקה של תובענה לבין דחייה. אנו שאלנו את השאלה בנוגע לדחייה.

תקנה 101 קובעת מתי ביהמ"ש ידחה תביעה על הסף. תקנה 100 עוסקת במצבים של מחיקה על הסף.

תקנה 527 אומרת שמחיקה אינה מהווה מעשה בי"ד.

ניתן לקרוא את **תקנה 527** שדחייה אולי כן מקימה מעשה בי"ד, אולי יש כאן **"הסדר שלילי".**

התיישנות גם לא מבררת את העילה עצמה.

פס"ד דיראני: "אין מבררים תביעתו של אויב"- כלומר זו עילה לדחייה על הסף של תביעה.

יש מגוון של נסיבות בהן ביהמ"ש יכול לדחות עילה על הסף מבלי לברר את העילה.

**תקנה 101ב.** אומרת שביהמ"ש דוחה תביעה על הסף מחמת חוסר סמכות, מומלץ לו להעביר לביהמ"ש הרצוי. זה עשוי לרמוז לנו שהדין נרתע ממצבים של דחיה על הסף בגין חוסר סמכות, שמדובר על תוצאה חמורה שעדיף להימנע ממנה. אולי זה רמז נוסף לכך שדחייה על הסף זה דבר חמור שמקים מעשה בית דין. במצבים של חוסר סמכות ניתן להציל את התוצאה ע"י העברה לביהמ"ש אחר ואילו במצבים אחרים של דחייה על הסף לא ניתן לעשות זאת.

פס"ד סופי מקים השתק עילה גם אם העילה לא התבררה במשפט הראשון.

אנו רואים התלבטות בעילות מהסוג של דחיה על הסף, נינה זלצמן אומרת שיהיו מצבים של דחיה על הסף מחמת חוסר סמכות אולי לא תמיד מקימה השתק עילה. חריג למגמה שדיברנו עליה. העליון לא בן בזה בצורה ברורה, הוא לא מטריד את עצמו בשאלה איך עילה שנדחתה על הסף בהליך אחד מוגשת שוב בהליך שני.

האם שיקול של תום לב משפיע על תחולתו של מעשה בית דין או לא?

נינה זלצמן עוסקת ספציפית בנושא של חוסר סמכות בינלאומית, מצב בו לא ניתן להעביר ואז נאמר שאם לא נאפשר לתובע לתבוע שוב בישראל, ניתן לתפוס סמכות אם הנתבע מגיע לארץ- שינוי נסיבות ואז נוכל לאפשר לתובע שוב להגיש את התביעה ולא לומר שיש מעשה בי"ד למרות שהתנאים האלו התקיימו.

אנו רואים שהשתק עילה היא דוקטרינה עם גבולות לא מוגדרים. האחריות עלינו היא לטעון את הטענה.

אם התובע התרשל בבחירת הפורום, לפעמים נחסום אותו מלתבוע שוב.

באותם מצבים בהם נעשה שימוש בכלי של דחיה על הסף כדי להטיל סנקציה על התובע- נהג לא כראוי וכו התוכן של הסנקציה הוא שיש מעשה בית דין. אחרת אין אפקט לדחייה על הסף כי התובע היה יכול לתבוע שוב. רוצים למנוע ניצול לרעה של בעל הדין.

יש לראות מה קרה במשפט הראשון, להבין מה הטעמים בגינם דחו על הסף.

אם הצד השני לא מעלה טענת מעשה בי"ד לפעמים ביהמ"ש עצמו לא ידע על המשפט הראשון.

אם אדם רוצה לתבוע כמה סעדים עליו לרכז אותם בהתחלה החלופה השנייה היא בקשה לפיצול סעדים. לוי נ' עקריש: מצבים בהם חלק מהסעדים לגבי אותה עילה שייכים לבימה"ש אחד וחלקם לביהמ"ש אחר, אין בחירה. לא מבקשים היתר לפיצול סעדים, לא צריך היתר לפי תקנה 45. אין אופציה אחרת, התביעה מתפצלת באופן מקורי.

יש דוקטרינות שאומרות שאין השתק עילה בעילות מסוימות.

הקשר נוסף בו לא קם השתק עילה- רואים זאת בפסיקה, בלי דיון מפורש בתכליות, למרות שלכאורה התנאים מתקיימים כאשר התביעה הראשונה היא תביעה לסעד הצהרתי.

מדובר בסעד שאינו אופרטיבי, הוא מצביע על הזכויות והחובות של הצדדים מבלי לתת הוראה, רק מודיע על הזכויות. לפעמים מוגשת תביעה רק לסעד הצהרתי, אחרי כן ניתן להגיש תביעה על סמך אותה זכות כדי לקבל סעד אופרטיבי. עם סעד הצהרתי לא ניתן לגשת להוצל"פ.

לכאורה התביעה השנייה אמורה להיות חסומה, בפסיקה נקבע שפיצול זה מותר ולא יהיה מעשה בית דין.

ע"א 104774/03 הכהן: השופטת ארבל אומרת שמקובל ומוסכם שכאשר התביעה הראשונה היא סעד הצהרתי התביעה השנייה איננה חסומה עקב השתק עילה.

יתרון חברתי לכך שנאפשר פיצול כזה, מדוע שהדין יסכים לפיצול הזה, באופן כללי אנו מעודדים איחוד? יצירת תמריץ לבעלי דין לנסות את האופציה הזו ואז לחסוך למערכת את התביעה השנייה שיכולה להיות יקרה יותר שכרוכה בהוכחה, הערכת נזקים ושיקולים נוספים.

עצם העובדה שיש לנו סעד הצהרתי לא תגרום לצד השני לציית מיד. סעד הצהרתי הוא רכיב נוסף במו"מ. אם הצד השני לא מציית יש לכפות עליו את הציות בתביעה נוספת אך זה מעניק לבעל הדין האחר יתרון במו"מ.

**השתק פלוגתא.**

לא ניתן לעורר בשנית מחלוקת עובדתית שהוכרעה במשפט אחד, ללא קשר לשאלה האם השאלות זהות. לא צריך שתהיה זיקה עניינית בין שני ההליכים אך צריך זהות במחלוקת ובצדדים. דוקטרינה השונה באופן מהותי מהשתק עילה- פועלות בצורה ושנה על מצבים שונים, כאן אנו מדברים על שאלה שכבר יש לה תשובה שיפוטית, התשובה נמצאת ולא תינתן שוב. השתק פלוגתא יכול לשמש את התובע והנתבע, תלוי בסיטואציה ומושפע מנסיבות המקרה.

שלושת התנאים הראשונים צריכים להתקיים. יש עוד ארבעה תנאים נוספים.

* **זהות של הפלוגתאות.** אותה פלוגתא שהוכרעה בפס"ד הראשון צריכה להישאר שוב במשפט השני. בודקים זאת ע"י השוואת פסק הדין לכתב הטענות הרלוונטי (תביעה או הגנה), מסמך סופי של המשפט הראשון עם המסמך ההתחלתי של המשפט השני. יחסית קל לראות זאת, לפעמים יהיה צורך בבדיקה פרשנית.
* **קיום התדיינות.** שהצדדים ניהלו במשפט הראשון התדיינות ביניהם ביחס לפלוגתא. "היה לו יומו בביהמ"ש" משתיקים אותי על משהו שהזדמן לי לדון בו במשפט הראשון. הבחנה מהשתק עילה- דחיה על הסף יכולה להקים השתק עילה בהגדרה דחיה על הסף לא יכולה להקים השתק פלוגתא כי התנאי של ההתדיינות לא מתקיים. דחייה על הסף משמעה שלא הייתה התדיינות.
* **ממצא פוזיטיבי.** לא רק שבעלי הדין טענו לגבי זה אלא שביהמ"ש התייחס וקבע ממצא כפוזיטיבי. יש צורך בהחלטה.
* **הכרעה חיונית.** לא די שביהמ"ש פסק אלא שההכרעה תהיה כזו שנדרשה מביהמ"ש לצורך הגעה לפס"ד. אם נק' המוצא שלנו היא חסם גישה אנו רוצים לוודא שזה אכן נעשה מסיבה טובה. בודקים זאת ע"י ניסיון למחיקה שלה מפס"ד ובדיקה האם פס"ד עדיין עומד.

**בפסיקה ראינו שביהמ"ש מתחיל לעבוד עם הדרישה של קיום התדיינות וממצא פוזיטיבי באופן יותר מהותי-**גם אם בעל דין יכול לטעון ולא ניצל את ההזדמנות לעשות זאת, נשתיק אותו. סוג התמריץ שהגישה הזו נותנת- אם הייתה טענה ולא טענת אותה, אתה לא חסין ממעשה בית דין.

פס"ד בנק הפועלים: החלטה של השופטת נאור. מצב קצת סבוך, עוסק בסדר דין מקוצר- הליך שבו התובע מגיש את התביעה והנתבע לא יכול להתגונן מיידית אלא הוא צריך רשות להתגונן, זה הליך בו יש יתרון משמעותי לתובע. בנק הפועלים מגיש תביעת אכיפה נ' ויינשטיים שמגישה רשות להתגונן אבל לא מתייצבת אליה. אין הגנה ולכן ניתן פס"ד לטובת הבנק. אנו כבר חשים את האשם. לא הייתה התרשלות בהודעה, אלא היא פשוט לא הגיעה. וינשטיין מגישה תביעה נוספת והבנק מעלה את הטענה של מעשה בית דין, הוא זכה בהליך הקודם. היא רוצה לתבוע בנזיקין את הבנק בגין ניהול רשלני של החשבון, הבנק טוען שהוא זכאי לפי החשבון. ויינשטיין טענת לקיום התדיינות- היא לא הייתה בדיון אולם ביהמ"ש אומר שהייתה לה הזדמנות לטעון והיא לא ניצלה אותה. נאור מנסה לתת קריטריונים למצבים בהם ניתן להשתיק בעל דין שלא טען בגלל חוסר התייצבות- הכרעה בפלוגתא העיקרית וכו. זה צריך להיות ממש ההכרעה המרכזית.

**נאור אומרת שחוסמים גישה של מישהי שיכלה לטעון אך עושים זאת באופן זהיר.** יש לוודא שביהמ"ש היה מספיק אחראי להחליט למרות שלא היה מולו את הטענות של הצד השני.

נאור אומרת שבעצם המסקנה שלה

אם היינו אומרים שכל פעם שנתבע שלא מתייצב לא חסוף להשתק פלוגתא הסנקציה של מתן פס"ד בהעדר הגנה הייתה ריקה מתוכן כי הנתבע תמיד יכול לטעון את אותה טענה בהליך אחר. אם מדובר על סנקציה אמיתית היא אמורה לגרום לכך שהנתבע יפ]סיד ולא שהוא יוכל להתחיל את ההליך מחדש כתובע וזאת נעשה ע"י השתקה שלו.

פס"ד גורה: השופטת ארבל מדברת על הרעיון של בעל הדין שהייתה לו הזדמנות לטעון טענות- בעל דין שהייתה לו הזדמנות לעורר טענה מסוימת ולא עשה זאת הוא מושתק. התמריץ הוא לגרום לבעלי הדין לעורר את כל הטענות שהוא יכול לעורר.

במובנים מסוימים אנו רואים הדגשה הולכת וגוברת של רעיון ההזדמנות אל מול ההדדיות. ביהמ"ש בוחן האם הייתה לו הזדמנות לעורר טענות, זה הופך להיות המבחן המרכזי ולפעמים בא על חשבון עקרון ההדדיות. התגברות של שיח הוגנות יותר פרגמטי שמבוסס על העמדה שהיית שם, יכולת לטעון ואם לא עשית זאת זה בעיה שלך.

החלטה בעניין בדר: פס"ד של השופט דרורי ומנסה לשים גדרים לעקרון ההזדמנות, מתי לא נאמר שהייתה לבעל הדין הזדמנות. אנו מדברים על בעל דין שניצח בתביעה במובן מסוים אבל פס"ד כולל הכרעה עובדתית נגדו. זה קשור לדיני ערעור כי מי שניצח לא יכול לערער. יש לנו בעל דין עם פסיקה נגדו שהוא לא יכול לערער עליה. מדובר על מצב שאפשר להגיד שהוא לא הוגן. השופט דרורי אומר אמירה קצת קיצונית שאם לא הייתה לו הזדמנות לערער על הכרעה נגדו אז הוא לא יכול לומר שהייתה לו הזדמנות מלאה לקיים התדיינות. לא ברור שקיום התדיינות כולל רכיב של התדיינות בשתי ערכאות.

תוצאה חריגה- ביהמ"ש אומר שכל תנאי השתק הפלוגתא מתקיימים אך השופט דרורי מכניס כביכול תנאי משנה נוסף והיא ההזדמנות לערער. אם כל מה שהוא רצה זה לחסוך מבדר את ההשתק היה לו פתרון פשוט מאשר הוספת תנאי משנה.

ישנה דרך נוסף- לכאורה ההכרעה היא לא חיונית לדין.

מה אם ביהמ"ש אומר שהוא לא מכריע אך גם מבלי זאת הוא יכול להכריע שהוא זוכה, אם היינו מסיימים בקביעה זו אז לכאורה פס"ד היה עומד.

הרבדים הנוספים שהוספו- מצד אחד מבחן ההזדמנות ומצד שני ביהמ"ש המחוזי אומר לנו בהלכה מנחה שההזדמנות לפעול צריכה להיות גם ההזדמנות לערער. בבדר יש דרישה נוקשה של ההזדמנות לטעון היא בשתי הערכאות.

אנו רואים שבתי המשפט מפתחים דבר נוסף ביחס לאופן ההפעלה של קריטריון זהות הצדדים. אנו רואים שעקרון ההדדיות נסוג קצת מפני מבחן ההזדמנות.

במקרה בו אדם נופל לבור, הוא מגיש תביעה אחת נגד הקבלן והשנייה נגד העירייה, ניתן לעשות זאת כלומר לתבוע כל אחד בנפרד. אנו לא ניגשים לבעיה של השתק עילה כי אין זהות בין הצדדים ואין זהות עילה (הזכויות חלות ביחס לאנשים מסוימים ולכן יש לי זכות לקבלן וזכות לעירייה, בנפרד).

הקבלן טוען טענת הגנה מהסוג הזה- אשם תורם. נניח שהתובע מנצח ושנקבע כקביעה עובדתית שלא היה אשם תורם שלו והקבלן מפסיד (נניח שהוא קיבל רק חלק מהפיצוי, לא ניתן לקבל כפל פיצוי).

גם העירייה תטען לאשם תורם. התובע יכול לטעון להשתק פלוגתא- ביהמ"ש כבר הכריע בזה בהליך הקודם. יש בעיית הוגנות ממשית מזה כי אם הקבלן הפר את חובת הזהירות שלו, זה לא אומר שזה צריך להשליך על העירייה ולכן אין השתק פלוגתא.

במקרה והתוצאה הפוכה- בהנחה והקבלן ניצח בטענה של אשם תורם והתובע הפסיד. עכשיו הוא תובע את העירייה והיא תטען שיש גם אשם תורם. העירייה תטען שכבר נקבע שיש לו אשם תורם בהליך הקודם ולכן היא רוצה לטעון שזה כמו שקרה עם הקבלן אבל זה לא יעבוד כי אין פה זהות בין הצדדים ואין פה הדדיות- לא הוגן לתפוס את העירייה בהפסד של הקבלן בסיבוב ההפוך וגם לא הוכן לתפוס את התובע בהפסד שלו מול הקבלן כשהוא עומד מול העירייה- היא למעשה רוצה ליהנות מהניצחון של הקבלן. אם השאלה שמעסיקה אותנו היא הזדמנות, אז התובע כבר טען את כל הטענות שלו לגבי אשם תורם כי זה אותו תובע ואותו מקרה ולכן למה להעמיד את העירייה בליטיגציה נוספת?

השאלה היא מה יותר חשוב לנו ההדיות בין הצדדים או ההזדמנות לטעון?

פס"ד פיכטנבוים: ביהמ"ש מתחיל להפר את עקרון זהות הצדדים- בודקים האם הייתה לו הזדמנות לטעון ולא את עקרון ההדדיות. אנו מוכנים להניח שהתובע במשפט הראשון ניהל את התיק הכי טוב שהוא יכול. ההנחה המובלעת שהנתבע השקיע את כל המשאבים היא הנחה אמפירית שניתן לערער עליה. אם יש שמועה שהקבלן עומד לפשוט את הרגל למשל ואנו נגיש תביעה מהירה מול הקבלן ואת התביעה הכבדה יותר מול העירייה אח"כ פס"ד אומר שהעירייה תוכל לטעון שהוא הפסיד במשפט הראשון והיה לו יומו כי הוא הציג את הטענה במשפט הראשון בצורה אופטימאלית. ניתן לפעמים לערער על כך וזו לא טענה שתעמוד תמיד. זה נותן תמריץ לבעלי הדין לתת את כל הטענות בהזדמנות הראשונה כדי שלא יהיו חשופים לטענות ההשתק.

מקרה כזה נקרא השתק פלוגתא דפנסיבי, לא הדדי- טענה שיכולה להיטען ע"י הנתבע. השתק פלוגתא רק מצד התובע כי כשהעירייה רצתה לטעון להשתק פלוגתא כנתבעת היא לא הייתה יכולה ליהנות מהניצחון של הקבלן וזה דפנסיבי כי זה כשהעירייה היא הנתבעת ולא הדדי כי במקרה ההפוך כאשר התובע ניצח ההשתק לא יעבוד כי זה לא יהיה הוגן. זה עובד רק בכיוון הדפנסיבי שהנתבע רוצה להשתיק את התובע במקרה בו התובע כבר טען את טענותיו ולא במקרה בו מישהו אחר זכה במקרה כזה מול אותו תובע באותו מקרה.

מקרה אחר: 2 אנשים שלא מכירים זה את זה נופלים לבור אחד אחרי השני וכל אחד מהם תובע את הקבלן בנפרד. נניח שהראשון תובע ומפסיד- נקבע שהקבלן לא התרשל והוא ניצח. במשפט של השני הקבלן יכול להעלות טענה לפיה נקבע כבר שאין התרשלות ולכן זה השתק פלוגתא. אך אין פה הצדקה להפיל את התובע השני בגלל שהתביעה הראשונה נכשלה.

המקרה ההפוך: מה קורה אם במשפט הראשון הקבלן מפסיד בטענת ההתרשלות, נקבע שהוא התרשל. התובעת השנייה תובעת את הקבלן ומנסה לטעון להשתק פלוגתא- נקבע שהקבלן התרשל במשפט בו היא לא הייתה צד לו והיה לקבלן את יומו בביהמ"ש. היא רוצה ליהנות מהמשפט הראשון. לכאורה אם פיכטנבאום פועל גם בכיוון ההפוך הטענה נכונה.

פס"ד אספן: דנציגר אומר שלכאורה פיכטנבאום חל גם בכיוון ההפוך אך צריך להיות זהירים עם זה. חל כאן השתק פלוגתא אופנסיבי, לא הדדי. זה אופנסיבי כי התובע מעורר זאת נגד הנתבע- טענת התקפה. היא לא הדדית כי אם הקבלן היה מנצח התובעת לא יכלה ליהנות מזה. אך יש שיקולי מדיוניות שאומרים שיש להיזהר מלהכיר בהשתק פלוגתא מסוג זה. מדוע?

אנו חושבים על תמריצים שהכלל האופנסיבי יוצר, ומדובר על תמריצים שליליים- לחכות שמישהו אחר יישא בעלות התביעה, במקום להקדים ולתבוע אנשים יחכו והמתנה מייקרת עלויות למערכת. השתק פלוגתא דפנסיבי יוצר תמריץ לריכוז הנתבעים וכאן לכאורה זה אמור להיות ההיפך- אנו לא יכולים לתמרץ את הנתבע לרכז את כל התובעים שלו. באופן לא מאורגן הכלל לא מצליח להפעיל את התמריץ שלכאורה אנו רוצים שהוא יפעל- נתבעים לא יודעים מי התובעים הפוטנציאליים שלהם ובאופן כללי הם לא יכולים לצרף תובעים. התמריץ בעצם לא יכול לעבוד במסלול ההפוך. מצד אחד יש תמריץ לקוי ל"טרמפיסטים" וגם לא ניתן לרכז את התובעים.

אם יש הרבה אנשים שנפלו ברחוב, הפער בין התובע הראשון לתובע העשירי, לעשירי יש את הידע על הנעשה בתביעות הקודמות, הוא יכול לטעון טענת השתק בנוגע לתביעות המצליחות- את זה מאפשר האופנסיבי. יש חוסר הגינות בין התובעים.

יש גם חוסר הגינות בין התובעים לנתבע. אם עשרה ראשונים מפסידים בתביעה, התובע התשיעי מנצח. אם היינו מכירים בהשתק אופנסיבי העשירי נהנה מהניצחון של התשיעי וכן כל מי שבא אחריו.

שיקולי ההגינות פועלים בצורה שונה. ,לפיכך דנציגר אומר שהוא דוחה כמעט לגמרי את ההשתק האופנסיבי. רתיעה מובהקת מהפעלת הכלל הזה, אך פותחים פתח להפעלתו במקרים חריגים, הוא לא אומר איזה.

בפועל הפתרון האמיתי למצבים אלו צריך להיות מובנה. ניתן לאחד תביעות או לחלופין להגיש תובענה ייצוגית כאשר יש תובעים רבים לא מזוהים. תובענה ייצוגית ניתן להעמיד תובעים ללא כל המכשולים האלה.

אפשרות נוספת היא הגשת בג"ץ, וזה כובל את כל בעלי הדין האחרים, יצירת תקדים.

בפיכטנבאום ואספן מדובר על תביעות נ' המדינה- השאלה היא האם בתי המשפט מגוננים על המדינה יותר מאשר על אנשים פרטיים. אולי דווקא בגלל שמדובר על המדינה זה מצדיק להגיע לתוצאה הפוכה. מה שיוצא זה שהמדינה יכולה לנהל שתי ליטיגציות שונות מול אנשים שונים ולקבל תוצאה שונה. עולה שאלת עקרון שלטון החוק.

פרק 2, 3 (ב).

10.12.12

השתק פלוגתא כדוקטרינה המונעת העלאה מחדש של שאלה עובדתית שהוכרעה במשםט הקודם. האופן בו בתי המשפט מפעילים את הדוקטרינה הזו מתחיל לסבך את נק' המוצא שלנו.

ראינו מצבים בהם גם אם זהות הצדדים לא מתקיימת במלוא מובן המילה וגם תנאי הקרבה עדיין בתי המשפט יפעילו השתק פלוגתא.

פס"ד פיכטנבאום: השתק פלוגתא דפנסיבי, טענת הגנה של הנתבע. בגלל שהנתבע בהליך הקודם ניצח את התובע הוא יכול ליהנות מאותו ניצחון אולם בכיוון ההפוך זה לא עובד אם הנתבע במשפט הראשון היה מפסיד זה לא היה הוגן לתפוס את הנתבע השני.

מה ההצדקה לכך שלמרות שאין זהות בין הצדדים הנתבע השני יכול ליהנות מהנתבע הראשון?

אם התובע הפסיד אנו לא חושבים שנפגע בו אם הוא

הטענה לפיה התובע השקיע את מירב המשאבים שלו במשפט הראשון והפסיד היא לא לגמרי מדויקת.

פס"ד אספל: השתק פלוגתא אופנסיבי, התובע מנסה ליהנות מהשתק מהסוג הזה. הנתבע הוא אותו נתבע, מזדמן לו לטעון את הטענה במשפט הראשון, לכאורה מבחן ההזדמנויות מתקיים ויש להשתיקו במשפט השני. ראינו שביהמ"ש נרתע מההחלה ההפוכה של פיכטנבאום.

יכול להיות נתבע שיש לו קב' סגורה ולפחות באופן טיפוסי ביהמ"ש נרתע מלומר שהמצב הוא דומה. ביהמ"ש העליון מזהה גם עלויות, עלולות להיות עלויות שליליות בהפעלת השתק פלוגתא מסוג זה, ניתן לזהות מגוון של דינמיקות טרמפיסטיות שתובעים יתפסו את הנתבע בהשתק שהם יכולים ליהנות ממנו מבלי לבסס את הטענה.

השופט דנציגר אומר שבעיקרון לא נפעיל השתק פלוגתא אופנסיבי אבל יש מצבים בהם שיקולי המדיניות שפעלו נגד ההשתק לא חזקים.

שני פסקי הדין המרכזיים בסוגיה הזו, הצדדים הנהנים היו רשויות של המדינה.

בפיכטנבאום הנתבעים היו טאבו וממ"י וביהמ"ש יכול להגיד שאולי לא יכולה להיות בעיה כי מדובר על אותו נתבע, אבל ביהמ"ש מוכן להכיר שבכך שמדובר על שני נתבעים שונים ובכל זאת להפעיל את השתק הפלוגתא הדפנסיבי.

אספן מדובר על נתבעת אחת שהיא המדינה, ומדובר על שני קבלנים שונים. המדינה יוצאת עם חוזי בנייה עתירי שווי עם קבלנים ע"מ שיבנו בתים רבים בעקבות גלי העלייה. במקרה כזה, ביהמ"ש אומר עד כאן.

אולי ניתן לומר שדווקא כלפי רשויות המדינה יש לתת זכות גישה רחבה יותר. ככל שהיינו רוצים אולי לגבש עמדה של זכות גישה נרחבת מול המדינה היינו מאפשרים זאת. מצד שני, התוצאה של אספן היא שאם קבלן אחד לא יכול ליהנות מהתוצאה של קבלן אחר, המדינה יכולה לבחור את הסיכונים שלה.

אם נחשוב על המדינה, בד"כ אנו כן תובעים ממנה להיות עקבית במדיניות שלה, אפילו שהיא פועלת במישור המשפט הפרטי. בחוזים מול הקבלנים היא לא ממש קבלן פרטי היא מפעילה הרבה סמכויות שלטוניות, אולי השתק הפלוגתא האופנסיבי יכול להיות מופעל מטעמים של מדיניות.

כאשר המדינה מפסידה במקרים של דיני הגירה, היא יכולה לערער אך יש לה סיכוי לקבל הלכה נגדה.

**פסק דין על דרך הפשרה**

**ס' 79א לחוק בתי המשפט:** מסמיכים את השופט להכריע בתיק על דרך הפשרה, משחררים אותו מהכבלים של המשפט הפורמלי או הדין המהותי. הצדדים בוחרים מה הם מציגים לשופט ועל בסיסו השופט מקבל החלטה. זה מתקיים בביהמ"ש כי יש פס"ד.

מצבים אלה נוצרים לרוב במהלך המשפט, זה נדיר שצדדים יקבלו החלטה כזו בטרם החלה ההתדיינות.

מדברים על מצב בו מהות הפשרה של הצדדים היא להסמיך את ביהמ"ש לפסוק, שלא בדרך ההליך הרגיל. הם יכולים לקבוע תנאים מסוימים להפעלת הס' (נגיש רק תצהירים, לא נגיש ראיות וכו). בד"כ פסקי דין אלו יהיו הרבה פחות מנומקים כי הצדדים רוצים פס"ד מיידי. היקף הביקורת על פסקי דין אלו היא מצומצמת מאוד כי הרבה מהצדדים פוטרים את ביהמ"ש מלנמק.

האם פס"ד שניתן על דרך הפשרה מקים מעשה בית דין?

החלטה של השופט רובנישטיין בעניין לבייב. איך נדע האם הוא מקים מעשה בית דין להליך אחר או לא? הבסיס של 79א הוא ההסכמה של הצדדים, יש לעשות פעולה פרשנית איך הם ראו את ההליך עפ"י 79א- מה הם הסכימו שיוכרע עפ"י ראיות לעומת מה שהוכרע בדרך אחרת.

מעשה בית דין קם כאשר ביהמ"ש דן באופן מהותי.

ההשפעה של החלטה בהליך פלילי על הליך אזרחי?

עילה זה לא מושג רלונטי למשפט הפלילי כי אנו עוסקים בהחלטה שהתקבלה במשפט פ]לילי ויכולה להיות רלוונטית למשפט אזרחי. אנו יודעים באופן בסיסי שאין זהות צדדים, למעט מקרים חריגים של קובלנה או הנתבע שתובע את המדינה.

אין מעשה בית דין בין הליך פלילי לאזרחי. חריג: ס' 42א לפקודת הראיות - פס"ד מרשיע חלוט (לא ניתן לערער) יכול לשמש ראיה לאמיתות התוכן שלו גם בהליך אזרחי. זהו המקרה היחיד.

למה זיכוי לא? נטל ההוכחה לביסוס זיכוי הוא הרבה יותר נמוך מנטל ההוכחה במשפט האזרחי.

הרגע בו הדוקטרינה הזו נכנסת לפעולה היא בין בתחילת המשפט השני, בשלב הגשת התביעה השנייה. במובן זה היא מהווה חסם. היא מטילה נטלים אסטרטגיים על שני הצדדים בתחילת המשפט השני. אנו צריכים להיות זהירים בתביעה שלנו כדי לזהות משהו שהוחלט במשפט הקודם או לנסות לזהות.

בהיבטים מגוונים העובדה שחסם זה עשוי להתעורר במשפט השני משפיעה על התנהגות הצדדים במשפט הראשון- האם לבקש פיצול סעדים כדי להתמודד עם השתק עילה או לבסס עם מיטב המשאבים לביסוס טענה כלשהי?

החסם מופיע אך יוצר מגוון תמריצים גם לגבי המשפט הראשון.

השאלה של האם לפצל או לרכז רלוונטית להשתק עילה, יש טענה שזה עשוי לעורר באופן כללי הגשה מאוחרת של תביעות. לפעמים נראה שחקנים שיזהרו כ"כ מהשתק שיזהרו מלעלות טענה כלשהי.

באותן מערכות יחסים מגוונות בהם עשויה להתעורר טענה של מעשה בית דין יש לזהות זאת.

סמכויות ומעשה בית דין.

יש משהו מן המשותף בין שני תחומי הפרוצדורה הגדולים האלו. ניתן לשים לב שהחומר שנוגע לשניהם, משהו שקרה בעבר, נותן אובייקטיבי מחוץ לשליטתנו משפיע על היכולת שלנו בהווה לנהל את התביעה. אנו נמצאים בפתח ההליך שאנו רוצים לקיים ועכשיו החסמים קיימים, דברים שנוצרו בעבר קובעים את היכולת שלי לנהל תביעה בהווה או בעתיד.

כל דיני סמכויות השיפוט שייכים לרקע שבו המקרה התקיים- סוג הסכסוך שהתרחש, מה גובהו ועוד.

לכאורקה דוקטרינות אלו מבוססות על תנאי רקע אובייקטיביים אבל זה לא כל הסיפור, אמנם יש משהו מאוד אובייקטיבי ובלתי שנפשט בחסמים האלו אבל באופן עמוק יש הרב היבטים שמאפשרים לבעל הדין להשפיע על אופן הפעולה של החסמים האלו. גם לצדדים יש כוח בהשפעה על אופן פעולה זו- החלטה איפה להגיש את התביעה וכו. החסם יכול להיות מעוצב בין היתר על ההעדפות של בעל החסם עצמו- זה מזמין את הצדדים לעצב את החסמים לעצמם. מעשה בית דין- אסטרטגיות של צד אחד במשפט הראשון יכול להשפיע על האופן בו הוא יופעל.

השאלה האם לעורר טענה של חוסר סמכות או מעשה בית דין גם משפיעה על ההתנהלות של בעל הדין.

שני הסיפורים האלו מדגישים לנו את השניות הפונקציונלית של עולם החסמים כלומר- הפעולה הכפולה שלהם במובן מסוים סותרת. מצד אחד היא כופה- כוחות חיצוניים המופעלים ע"י המדינה. מצד שני הן מובנות באופן עמוק כמזמינות פעילות אסטרטגית של הצדדים עצמם, מעצימות במובן מסוים.

כוח כופה מצד אחד- קובע את התנאים לאופן ההפעלה של הזכויות הדיוניות שלנו ומצד שני לחשוב על סדרי הדין למקור של פועלות אזרחית במובן עמוק, איך אנו פועלים במסגרת אותם חסמים.

חסמים הליכיים פרוצדורליים נוספים:

הליך תלוי ועומד. מתעוררת כאשר אותו בעל דין מגיש תביעה נוספת בפורום אחר או שמתנהלת תביעה אחת והלי

מצב בו הוגשה תביעה, הנתבע טוען טענת סף שיש תביעה אחרת המתנהלת בפורום אחר שכבר עוסקת בשאלות הנדונות באותו הליך. הטענה היא שביהמ"ש לא צריך לדון. התביעה לא נדחית על הסף אלא ישנו עיכוב הליכים- ביהמ"ש מעכב את ההליך הזה עד שההליך האחר מסתיים. לא מדובר על מצב שאין סמכות, שני הפורומים מוסמכים. יש היבט של יעילות- לא רוצים פסיקות סותרות וכו. פורום אחד יסיים את עבודתו ומשם נמשיך הלאה.

המצבים הקלאסיים הם מצבים בהם יש סמכות מקבילה, הכלל כאן הוא "כל הקודם זוכה"- אם זה כבר התחיל קרה כאן משהו שיכול להשפיע עלינו.

המקרה הקלאסי הוא כיבוד.

פס"ד אלעוקבי- שני פורומים עם סמכויות ייחודיות. פס"ד הזה עוסק בהבחנה בין החזקה ושימוש מצד אחד לבין תביעה שיש בה היבט ש בעלות. ביהמ"ש העליון אומר שלמרות שהשאלות הן שונות לכאורה, אין כאן חפיפה משפטית העליון עדיין אומר למחוזי לחכות לשלום, נסיים את שאלת ההחזקה ואז המחוזי ידון בהיבטים הנוספים.

יש פה משהו קצת סותר- כדי שהשלום יכריע בשאלה של החזקה הוא חייב לבדוק מה קורה עם הבעלות, זה לא יוצר מעשה בית דין כי מדובר על הכרעה אגבית.

מעין גישה פרגמטית, השלום כבר עשה את מירב העבודה.

מדובר על סמכות שבשיקול דעת, ביהמ"ש לא חייב לעשות זאת אבל עדיף שיעשה. יכול להיות שההליך השני גם יחסך מהצדדים- ההליך הראשון יצור להם תמריצים וכו.

אלעוקבי זה אחד המצבים שהצדדים התהפכו. בשלום המדינה תובעת את המחזיק ובמחוזי ההיפך. אין כאן מבחן של זהות העילה אלא המבחן מהותי.

אם מדובר על אותה עילה הגיוני שיופעל החסם הזה של הליך תלוי ועומד.

הדוקטרינה הזו רלוונטית גם לפורומים בתוך ישראל ולא רק בהקשרים בינלאומיים.

תחום שלם נוסף של חסמים לגישה הוא הנושא של ADR-יישוב סכסוכים בדרכים חלופיות.

ניתן לחשוב על תחום זה כמחסום לגישה למרות שיש אנשים שיגידו שזה הפתרון. הטענה היא שזה מה שמונע מאנשים לממש את זכותם בערכאות.

אנו נחפש כמעט תמיד הסכמה בין הצדדים וכבר אנו רואים את הפער בין העולם של ההליך המשפטי המבוסס על הסכסוך לבין ההליך האלטרנטיבי. הצדדים מסכימים בראש ובראשונה על אופי ההליך והתוכן שלו. זה דבר שלא נדרש בהליך המשפטי מתחילתו ועד סופו.

סוגים קלאסיים:

1. גישור. צד א צד ב ומגשר- הם מנסים לעודד את הצדדים להגיע לחוזה. מאפיין הוא שצדדים לא הצליחו לבד להגיע לחוזה זה, גישור הוא בעצם מו"מ מסוגנן.
2. בוררות. צד א צד ב ובורר. התוצר הוא פסק בורר. התוצר הזה עדיין נמצא במישור המשפט הפרטי, עדיין לא נכנסו לתחום בתי המשפט.

מה הוביל אותנו לבוררות? ברקע היה חוזה- יכול להיות שהייתה בו תניית בוררות או חוזה בוררות שאומר שאנו ניצור הליך כזה ותוצאתו תחייב אותנו מכוח חוק החוזים. החיובים שלנו כלפיו הוא החיוב שלנו לפעול בהתאם לפסק הבוררות.

1. מו"מ. הצדדים בינם לבין עצמם מדברים ויוצאים עם חוזה. הוא אלטרנטיבי במובן שהוא לא בביהמ"ש ומשפטי במובן של החוזה.

הבדל בין בוררות לגישור. החיוב בשניהם הוא באותה רמה אך הפעילות של הצד השלישי היא שונה. המגשר מנסה להוביל את הצדדים להסכמה ביניהם ואילו הבורר מחליט עבורם.

בוררות זה הליך אלטרנטיבי כי זה לא הליך משפטי אך זה יכול להזכיר מאוד הליך משפטי. ישנם הליכי בוררות שהם יותר פורמליים וכו.

באיזה מובן אנו תופסים את המערכת הזו כחסם לגישה לביהמ"ש?

קודם כל יש נק' מבט של הדין. ס' 5 לחוק הבוררות שאומר שביהמ"ש יעכב את ההליך המשפטי אם יש ברקע של היחסים בין הצדדים הסכם בוררות, צריך טעם מיוחד כדי שביהמ"ש ימשיך לדון.

במובן אחד זה פשוט- יש פה היבט של אכיפת חוזה אך מצד שני ברקע נמצאת זכות הגישה לביהמ"ש. הצדדים ויתרו על הגישה, ביהמ"ש יכול להגיד שזה נוגד את תקנת הציבור וכו.

מדוע אנו עשויים להירתע מההסכמה הזו? ניתן לחשוד שאין הסכמה אמיתית.

מה אנו עשויים להפסיד כאשר צדדים בוחרים הליך של בוררות? תקדים, חשיפה של מערכת יחסים שהדין צריך להכיר, התקדמות של הדין.

יש תחומים שלמים של התנהגות עסקית שלא תיכנס לבתי המשפט בגלל ס' 5 לחוק הבוררות. למשל- הבורסה ליהלומים.

השאלה היא האם יש לנו רצון לחדור לתוך תחומים עסקיים מסוימים או לא.

זו שאלה מעניינת האם בתי המשפט רוצים להיות חלק מהמערכת העסקית הזו או לא.

מאמר של אורן פיס , בסוף שנות ה 70 שהיווה את הפריצה של הא.ד.ר בארץ. כותרת המאמר היא "נגד הפשרה". הטענה העיקרית שלו נגד הפשרה היא צריך להיות לנו אינטרס בהתקדמות של נורמות ציבוריות בתחומים מרכזיים, האופן העיקרי לעשות זאת היא להתמודד איתן בביהמ"ש. ההעצמה של בתי המשפט מונעת מאיתנו לעשות זאת.

כניסה של הא.ד.ר למשפט הישראלי- תוספת של סעיפים 79ב ו79ג לחוק בתי המשפט. הם בעצם אומרים למערכת המשפט שהמחוקק בחר בגישור. אם יש תיק שביהמ"ש רואה שהוא יכול לעבור לגישור, ביהמ"ש צריך להעביר אותו להליך כזה. הסמכה כללית של ביהמ"ש להעביר לגישור או בוררות.

ביהמ"ש לא יכול לחייב את הצדדים לעשות זאת, עדיין יש היבט של הסכמה אך הוא כן יכול לחייב אותם לבדוק את האפשרות, אם הם ניסו והחליטו שזה לא בשבילם הם רשאים לומר זאת.

תקנות 99 ו99י"א- תקנות מהו"ת. מסדירות הליך מפגש ותיאום. עוד לפני שרואים שופט בסוג מסוים של הליכים הצדדים פונים להליך גישור. זה נמצא בהליך של פיילוט.

ככל שעקרון הגישה הוא קריטי לנו וההנהרה של ההיבטים הציבוריים חשובים לנו, המערכת עצמה בחרה את ההעדפה לנטישה של המערכת. אנו רואים וויתור על ההיבטים האלו, בתמורה להדגשת היבטי היישוב האלטרנטיבי.

איך מו"מ יכול להפוך לחסם בגישה?

מדוע ביהמ"ש לא מקבל ראיות ביחס לניסיונות פשרה בין הצדדים? יש פה איזה תמריץ להתפשר- ביהמ"ש לא יקבל ראיות מסוג זה, הוא יעודד את הצדדים להיות פתוחים ככל הניתן בשלבי הניסיון להגיע לפשרה, ניתן לעשות שם כל מה שרוצים וזה חסוי בפני ביהמ"ש.

הדין בחר לעצמו מנגנון שיוצר תמריץ לצדדים להתפשר.

שופטים עשויים לנסות לשלוח את הצדדים לגישור או בוררות אבל השופט יכול גם להגיד שהוא צריך הפסקה- הוא משדר לצדדים שייקחו 5 דק' להגיע לפשרה.

ככל ששופטים יותר אסרטיביים השופטים חשופים לפסלות שלהם וכו..

הם מנסים לנתב את התיק לפשרה מבלי לומר מה לדעתם התוצאה. אם השופטים מעודדים זאת, ולא להגיע לפס"ד זה מהווה חסם מסוים מפני קבלת פס"ד. ככל שהם מעוניינים לבדוק את הפשרה, הם בעצם חוסמים את הגישה לערכאות.

בבתי המשפט אנו רואים עומס עצום, חוסר יכולת להתייחס באופן זהה להליכים ולכן יש ניסיון לסיים הליכים בפשרה.

הצעת חוק בעניין בוררות חובה, קצת משבשת את רעיון ההסכמה. רצה כבר שנה וחצי, עברה קריאה ראשונה ותקועה בוועדת חוקה חוק ומשפט.

בוררות חובה זה סוג לש אוקסימורון כי מהותה היא הסכמה בין הצדדים.

לפי הצעה זו תיקים מסוימים של השלום יופנו אוטומטית לבורר- עו"ד שיפסוק לפי המשפט המהותי, פטור מדיני הראיות וסדרי הדין. כפייה של ביהמ"ש. יש צורך באישור של ביהמ"ש השלום- יש מסננת שיפוטית. זה קורה במשרדי עורכי דין, אין פומביות. אין דיון והיבטי שפיטה במובן הקלאסי.

בייניש וגרוניס הביעו התנגדות להצעת חוק זו.

יש הצדקה או רתיעה מצו שיפוטי שירחף מעל מערכות היחסים בין הצדדים. יש את החלופות של הא.ד.ר וברקע נמצא היבט היעילות והעומס והניסיון לעשות הפליית תיקים- יש תיקים שטוב להם שיידונו בהליך שיפוטי וכאלה שעדיף שיעברו להליכים אחרים.

עולם החסמים המעשיים, המוסדיים לגישה.

כסף-

סוג אחד של חסם הוא ההיבט המעשי שיש לו היבטים כלכליים גם כן. כדי לנהל תביעה יש לשלם לפחות לשני גורמים- אגרה לביהמ"ש ועו"ד.

מערכת משפטית היא סוג של שירות לציבור לכן הדרישה לשלם כסף יכולה לבטא משהו מההיבט השירותי.

בראשי האגרות שנמדדים כשיעור מזכות התביעה מראים מה אנו רוצים לקבל כטיפול משפטי וכמה אנו מוכנים לשלם על כך.

אנו בד"כ צריכים עו"ד כדי לנהל ליטיגציה. אנשים יכולים לייצג את עצמם אך הסיכויים להצליח פוחתים.

חוסר היכולת של אנשים לייצג את עצמם או לרכוש סיוע משפטי מהווים חסם אולם ישנם פתרונות שונים כמו פנייה לסיוע משפטי וכו.

שפה-

בביהמ"ש ניתן לדבר ערבית או עברית. הרוב המוחלט של הליטיגציה בישראל מתנהלות בעברית. הדבר מהווה חסם עבור אוכלוסיות שהעברית היא לא שפה ראשונה שלהם.

מאמר של מרק גלנטר-

גלנטר כדי להבין משהו על המשפט אנו לא יכולים להסתכל רק על הדוקטרינות המשפטיות אלא לבחון את המבנה המוסדי.

יש במשפט באופן כללי שתי קטגוריות של שחקנים

הדיון יכול להיות טוב, ראוי נכון וצודק ועדיין התיאור הטהור של המבנה המוסדי מאפשר לסוג מסוים של שחקנים להצליח ושל סוג מסוים לא.

הוא מדבר על שחקן חד פעמי ושחקן חוזר.

המדינה הוא שחקן חוזר טיפוסי במשפט פלילי, אכיפה מנהלית. תאגידים מסוג מסוים שיש להם אינטראקציה עם הרבה אנשים, מעסיקים גדולים.

שחקנים חד פעמיים קלאסיים הוא האזרח הפשוט, רוב האנשים לא מגיעים לביהמ"ש אף פעם.

מה שמעניין את גלנטר זה המקרים בהם שחקן חוזר פוגש שחקן חד פעמי.

שחקנים חוזרים בעצם לא משחקים על ליטיגציה אחת אלא לאורך שורה של ליטיגציות ולכן הוא יכול לבחור מתי הוא מנצח ומתי הוא מפסיד או מתפשר. הוא יכול לבחור האם לייצר הלכה או לא לפי האינטרסים שלו. שחקן חד פעמי לא יכול לבחור, הוא מחשב את הסיכונים שלו.

בממוצע שחקן חד פעמי תמיד יקבל פחות מסכומי התביעה המקוריים שלהם מכיוון שלשחקנים חוזרים שווה לשלם במצבים מסוימים.

ניתן להפעיל אסטרטגיות מאוד מגוונות ברגע שמשחקים על פני מס' ליטיגציות, המקרה הקונקרטי פחות משנה.

שחקן חוזר פוגש שחקן חוזר אחר- שני תאגידים.

שחקן חד פעמים מול שחקן חד פעמי- סכסוכי שכנים, תביעת נזיקין קלאסית, דיני משפחה.

יש היבט משמעותי מבחינת התפקוד של עורכי הדין.

עורך הדין של השחקן החוזר, אם הוא לא יפעל באופן אסטרטגי בתיקים רבים הוא יהיה חשוף לתביעת רשלנות. עו"ד של השחקן החד פעמי, אם הוא יפעל באופן אסטרטגי הוא יהיה חשוף להליכים בגין הפרה של כללי האתיקה של לשכת עו"ד, אסור לו לעשות זאת, עליו לפעול למען טובת הלקוח.

יש פער מקצועי שמחייב את עורכי הדין לפעול בהתאם לזהות השחקנים.

עומס המערכת מיטיב עם השחקנים החוזרים- השחקן החד פעמי חייב את הכסף עכשיו, הוא נמצא כל הזמן בהליך. השחקנים המזדמנים לא סופרים כל תיק ותיק. יש לו קיום לאורך כל ההליך העסקי.

העיצוב של המערכת כפאסיבית- לא יוצרת הליכים וברוב המקרים לא יוזמת טענות פועלת לטובת השחקנים החוזרים. מי שמתכנן טוב ומכיר את המערכת יש לו מידע טוב יותר לגבי אופן הפעולה, מי השופטים, מי מזכיר ביהמ"ש וכו.

אנו רואים לפעמים שחקנים חד פעמיים שמתנהלים כמו שחקנים חוזרים, או כאלה שאומרים שהם הולכים עד הסוף וכו.

איך אפשר להתמודד עם כל זה?

ניתן לנסות לחשוב על מנגנונים שיהפכו שחקנים מזדמנים לשחקנים חוזרים כמו למשל בתביעה ייצוגית.

ארגונים המתנהגים קצת כמו שחקנים חוזרים- עותרים ציבוריים שניזונים מהגמשת זכות העמידה, הגמשה זו חוסכת מעורכי הדין של אותה העתירה מלהיפגע בעצמם. אם הם לא צריכים לייצר את האינטרסים של לקוח בודד הם פטורים מהצורך להשיג תוצאה מסוימת עבור לקוח כזה.

עתירות בנושא חוק החרם ובנוגע לוועדות קבלה. גרוניס בשניהם עורר את השאלה למה הם צריכים לדון בשאלה כללית במקום שיעתור עותר ספציפי?

מאמר של חוקרים נוספים- לגלנטר אין במאמר נתונים אמפיריים. רוזן צבי ופישר מציעים הצעה חדשה לתיקון, הם אומרים שהגיע הזמן שנשתחרר מהאבחנה המסורתית בין המשפט האזרחי לפלילי ובעיקר בנוגע לדיני הראיות. מדוע?

אנו יודעים שיש הליכים פליליים שמאוד דומים לשחקן חוזר מול שחקן חוזר, במצבים כאלה זה הליך פלילי אך אין פה את ההיבטים של החשש של האדם הקטן מול המדינה.

הליך של אשפוז כפוי, בישראל זה הליך אזרחי בו הפסיכיאטר המחוזי קובע וביהמ"ש מאשר לשים אדם בסוג של מאסר אולם יש בו דמיון רב להליך פלילי.

הם טוענים שיכול להיות שהקטגוריות שהתרגלנו אליהם לא רלוונטיות אם מה שאנו רוצים להשיג זה הגינות בין השחקנים השונים.

זו דוג' לפיתוח מאוחר יחסית וישראלי למהלכים של גלנטר.

**הגישה למשפט**

אנו כל הזמן עוסקים במה שקורה ברוב ההליך, גביית העדויות הוא חלק פחות ניכר מההליך, גם מבחינת הזמן.

נק' המוצא היא שצלחנו את החסמים עליהם דיברנו לעיל. כרגע נדבר על הפרוצדורות שביהמ"ש והצדדים צריכים לעשות כדי לאפשר קיומו של פס"ד.

יש לחלק את ההליך המשפטי לשני חלקים:

1. הכנה למשפט.
2. שלב הגשת כתבי הטענות. יוצר את ההליך. האחריות היא לבעלי הדין.
3. גילוי מוקדם. מוחלף מידע בין הצדדים לבין עצמם. נמצא בשליטת בעלי הדין.
4. קדם משפט. ישיבה שמתנהלת בפני השופט במסגרתה השופט מחליט כל מיני החלטות שרלוונטיות למשפט. יכולות להיות כמה ישיבות קדם, תלוי במורכבות התיק. ביהמ"ש שולט בהליך באופן מהותי.

הליכים ב וג יכולים להתרחש בו זמנית. גילוי מוקדם יכול להתרחש זמן רב ולכן במקביל יכול שיהיה קדם המשפט.

רשות ערעור יכול להתעורר גם בשלבים אלו.

1. המשפט עצמו.
2. הבאת הראיות. בעלי הדין אחרים על זה, שיטה אדברסרית.
3. סיכומים. אחרי שהראיות מוצגות לשופט יש הזדמנות לבעלי הדין לנתח את הראיות שהוצגו ולומר לשופט איך הוא צריך לפסוק בהתאם להם. בכתבי הטענות באופן טיפוסי כמעט לא כותבים טענות משפטיות, הן עוסקות בעיקר בעובדות. סיכומים זה המקום המובהק בו יש לעשות חיפושים. נאמר כי לאור העובדות כך יש להכריע.
4. פס"ד (מכאן יכול להתפתח ערעור). בשליטת ביהמ"ש.

ההליך מתחיל באופן טיפוסי מהגשת כתב תביעה, אנו מכנים זאת כאמצעי השיורי לפתיחת הליך אזרחי- כלומר יכול להיות שיש הליך מסוג מסוים בו הדין מגדיר לנו איך צריך להתחילו. אם אין הסדר ספציפי האפשרות שנותרה לנו היא הגשת כתב תביעה. לאחר מכן הנתבע מקבל הזדמנות להציג את הגנתו- כתב תביעה ולכן מדובר על התחלה של הליכים אזרחיים טיפוסיים.

התכלית הבסיסית שלהם היא לספר לביהמ"ש מהי המחלוקת אך הם לא רק מעבירים אינפורמציה אלא גם מבצעים פעילות נורמטיבית- מגדירים מהי העילה ומה הטענות נגדה. הם תוחמים את הסכסוך.

המקובל הוא שכותבים בעיקר עובדות, טענות עובדתיות לגבי הסיפור. לראשונה אנו רואים את ההתנגשות של שני הנרטיבים. גדר המחלוקת היא עובדתית ובזה ביהמ"ש יצטרך להכריע. לפחות ברגע זה השיטה שלנו היא עדיין אדברסרית קלאסית- כל אחד מעלה את טענותיו.

עדיין רואים כאן פרסומים מסוימים של ההיגיון האדברסרי. יש כבר כאן דרישות מסוימות של הגינות דיונית, יעילות דיונית הגוברות על החירות לספר את הנרטיב שלך- למשל בקשה לצירוף מסמכים מסוימים, חלק מהראיות.

זה מתחיל לבטא מגמה חזקה של גישת הליטיגציה בקלפים פתוחים- יותר ויותר זיקה לדוקטרינות הדורשות מהצדדים לחשוף מידע זה מזה, להימנע מהפתעה. כתבי הטענות מוגשים ללא עדות, בניגוד לכל מסמך אחר שצריך להיות מגובה בתצהיר ולכן אנו רואים פה שחרור מסוים מהחירות לספר את האמת במלואה, אך דרישה זו הולכת ומתחזקת לבעלי הדין לספר את האמת ולשתף פעולה.

בכתבי הטענות יש קביעה של המחלוקת כפי שהיא תעמוד מול ביהמ"ש.

יש משמעות נורמטיבית משמעותית לכתבי הטענות- אם לא כללנו משהו בכתבי הטענות אנו מושתקים מלעורר טענות נוספות שלא הועלו שם. האחריות על ניסוח זהיר של כתבי טענות היא מאוד כבדה, הם תוחמים את ההליך.

בעל הדין שכנגד יכול להתנגד להעלאה של טענה חדשה בהליך.

שינוי חזית- מצב בו מעלים טענה חדשה בהליך.

תקנות 91-96: עוסקות בנושא של תיקון כתבי טענות. יש שם הסדר די שפוט- אם בהמשך ההליך יש לי טעם כלשהו לעדכן את החזית, ישלבקש אישור של ביהמ"ש. ניתן להניח שהגישה של ביהמ"ש לכך תהיה ליברלית- נטייה לאפשר מיצוי הליך ולוודא שהדברים העומדים ביסוד הסכסוך ייחשפו. בעל דין שכנגד יכול להתלונן על תיקון כתבי הטענות- הוא יוכל לומר שלא התכונן וכו', ניתן לתת לו עוד זמן וכן לפסוק הוצאות לטובתו.

תקנה 94- מאפשרת לבעל הדין שכנגד לתקן תיקון חוזר. בעל הדין שכנגד רשאי לתקן גם הוא, בלי קשר לפולגתא שתוקנה.

פס"ד שיכון ופיתוח: התיקון הנגדי לא חייב להיות תואם לתיקון המקורי.

זה יכול לייצר תמריץ שלילי לבעל הדין לא לשנות את התיקון כי הוא חשוף לתיקון של הצד השני.

תקנה 136- ברגע שמוגשת חוות דעת מומחה יש זכות אוטומטית לתיקון.

אפשרות אחרת היא להרחיב חזית ולהשיג את הסכמת בעל הדין שכנגד. תיקון למעשה של כתבי הטענות. למשל, זה יכול לקרות בחקירה של עד- הוספה של רכיב עובדתי ובעל הדין שכנגד מוסיף לשאול את העד בנוגע לאותו רכיב, מדובר פה על הרחבת חזית שנעשית מתוך הסכמה מכללא. לפעמים זה יכול להשפיע על גורל התביעה- הפסד או ניצחון.

יכול להיות שבעל הדין שכנגד יתנגד לכך.

פס"ד אורון: נוגע למצבים האלו.

האחריות הבסיסית היא שהשחקן יזהר. אם הצד השני שכנגד פספס זאת האחריות היא עליו.

פס"ד מרקט פלייס: השופט רובינשטיין. מתייחס לפרקטיקה נפוצה. תובעים המגישים תביעה על סכום מסוים ומציינים בתחתית כי הוא נבחר מטעמי אגרה בלבד. אגרה בתביעות קצובות היא שיעור מסכום התביעה ולא תמיד יש כסף לממן תביעה, מכוח מעשה בית דין אם התיק נגמר זה כל מה שנוכל לקבל.

תובעים יכולים לכתוב מטעמי אגרה בלבד ולאחר מכן לעדכן את הסכום ע"י תיקון כתב התביעה אם יש להם הכנסה נוספת בהמשך.

מדובר על הליך נזיקי, נעשה פיצול שלבי המשפט לשלב בירור האחריות ושלב בירור הנזק. ההצדקה היא יעילות, אם אין אחריות נחסך הצורך להוכיח את הנזק.

ביהמ"ש קבע שיש אחריות ואז התובע ביקש להגדיל את הסכום. אנו יכולים לחשוב שבעל הדין שכנגד צריך להיאבק של שאלת האחריות וכאן הוא לוקח את תוחלת הסיכון שהוא יפסיד וזה משפיע על האופן שבו הוא יפעל כשהוא יאבק על האחריות, אם התביעה הייתה בסכום גבוה יותר הוא היה נאבק יותר.

חשיפת הפלוגתא האמיתית מצדיק תיקון אך ביהמ"ש לא מאפשר זאת בגלל חוסר ההגינות של התובע. הנתבע לא יכול לחזור מחדש ולהתגונן כמו שצריך. מצד שני זה מעודד את הנתבע להתגונן בצורה הכי טובה שהוא יכול אך לפעמים זה לא יעיל.

השלב הראשון שבעל דין צריך לעשות כאשר הוא יוזם הליך הוא לזהות את סוג ההליך המתאים לו. יש סוגים שונים של הליכים אזרחיים. התביעה האזרחית הרגילה היא רק אחד מהם.

למשל, איך נדע שאנו נמצאים בסדר דין מקוצר? זה יהיה כתוב בכותרת.

סדר דין מקוצר

**תקנות 202-214.**

**מדובר על מנגנון דיוני מיוחד כי במהותו הוא בעצם מבנה פערי כוח בין בעלי הדין. זהו הליך שמניח ביסודו יתרון לתובע, זה בא לידי ביטוי בכך שלנתבע אין זכות להתגונן אלא הוא צריך לבקש רשות לכך.**

**בגלל חריגות המצב הזה יש מגוון של תנאים שנקבעו.**

**זה רלוונטי למצבים בהם יש רצון לתת כוח לתובע אולם, דווקא התובע בסדר דין מקוצר בהרבה מאוד מהמקרים הוא צד חזק יותר.**

**ההצדקה- ההליך שניתן לצפות יחסית בקלות מה תהיה תוצאתו והיא תהיה לטובת התובע. את היתרון לתובע יהיה קל מאוד לתרגם לפס"ד.**

**מדובר על מצבים המשלבים את שני התנאים האלה.**

**בהיעדר סיבה מיוחדת הנתבע לא יהיה יכול להתגונן.**

**איך אנו יודעים שנכנסו להליך של סדר דין מקוצר? התובע חושב שהתביעה שלו מתאימה לסוג ההליך הזה ולכן הוא כותב בכותרת התביעה שלו – סדר דין מקוצר. הוא לוקח על עצמו את הסיכון שיקבע שזה לא מתאים. בד"כ יעבירו את זה לסדר דין רגיל. נתבע שרוצה להתגונן צריך לבקש רשות- זה מכונה** "בקשת רשות להתגונן"**. הנתבע לפני שהוא יכול להגיש כתב הגנה הוא צריך לפנות לביהמ"ש ולבקש אפשרות להתגונן. מעניין שבקשה זו מגובה בתצהיר- התובע הגיש כתב תביעה רגיל שהדבר היחיד ששונה בו זה הכותרת, הנתבע צריך לעשות משהו מוגבר יותר- להסביר באמצעות תצהיר למה הוא יכול להתגונן.**

**אם ביהמ"ש משתכנע מהבקשה אז תקנה 205 אומרת שהתצהיר הופך להיות כתב הגנה. סדר הדין המקוצר הופך להליך רגיל.**

**אם הבקשה נדחית אנו בתביעה שאין בה הגנה.**

**תקנה 97 אומרת שתביעה שלא הוגש לה כתב הגנה, התובע זכאי לפס"ד.**

**ההנחה היא שהרבה מהתיקים האלו יגמר ללא הגנה ולכן שולחים את התובע לתור מהיר יותר שיאפשר לסיים את ההליך מהר יותר וזה תמריץ לעשות שימוש בכלי זה, ככל שזה מתאים לתובעים.**

**בתחתית פריט ב' יש שתי החלטות נוספות אותן צריך לקרוא.**

**24.12.12**

**סדר דין מקוצר**

**יתרון כללי- חריג מהמבנה הרגיל שלסדר הדין הרגיל כי הוא מובנה פערי כוחות אינהרנטיים בין בעלי הדין, היתרון הוא לתובע. התובע יבחר במסלול זה כאשר די ברור לו שהוא יזכה בתביעה, תביעה עם סיכוי גבוה ויש סיבה להניח שיהיה לו קל לבסס את הניצחון הזה.**

תקנה 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 (הסדר מיוחד).**

**שלושה תנאים שצריכים להתקיים:**

1. **סכום קצוב.**
2. **מקור החיוב.**
3. **בלבד שיש עליהן ראיות בכתב. זה החריג מתביעה אזרחית רגילה, שם לא נדרש הצגת ראיות בכתב התביעה.**

202(2): **יתרון מובנה שניתן לרשות מקומית בניהול הליכים נגד אזרחים, מחזק לנו את ההיבטים החלוקתיים של ההליך הזה, נותן הרבה כוח לתובעים שהמאפיין הטיפוסי שלהם הוא שהם שחקנים חוזרים, חזקים יותר. ראיות בכתב יהיו בד"כ לגופים שמחזיקים רשויות מוסדיות וכו'. יש איזשהו ערוץ שמטה את עצמו יחסית בקלות לסוג התובעים של שחקנים חוזרים.**

**ההטיה של ההסדר הזה היא להקל על תובעים שיש להם באופן טבעי יתרון בהליך. גם פינוי מושכר זה הליך שמעצים חזקים.**

**פסיקה: אמורה לרחף שאלה כללית מה סוג התיקים להם אנו רוצים לתת את הטיפול המיוחד הזה, לא תמיד הפסיקה שואלת את שאלת המדיניות המובהקת הזה. אנו רואים לפעמים החלטות נקודתיות שמתייחסות להיבטים כלליים.**

**תביעה לסכום קצוב: תביעה לסכום מוגדר מראש ע"י התובע. למשל, הוא תובע 1,000 ₪. הפסיקה אומרת שגם אם מפנים אותה להליך חישוב פחות די בכך כדי לענות על הדרישה של סכום קצוב.**

**פס"ד רותם נ' כוכב: מצב שבו הרכב נהרס לגמרי. יש מצב שבו הביטוח מאפשר למבוטח לרכוש רכב חדש, הוא מקבל את שווי השוק. אין סכום קצוב במובן זה שלא כתוב בביטוח מה הסכום שתקבל אבל כאן כתוב שהוא מקבל את שוויו של רכב חדש שמחשבים זאת ע"י הסתכלות במחירון של לוי יצחק.**

**תביעה שקל להוכיחה, גם אם הוא לא מפורש.**

**מה לא יהיה סכום קצוב? נזקי גוף זה דבר שמתברר תוך כדי התביעה. וכן תביעות שאינן לפיצויים, לא מבקשים כסף- צווי מניעה וכו.**

**פס"ד הילולים: ביהמ"ש מגמיש קצת את דרישת הראיה, נדרשת ראשית ראיה ולא על התביעה כולה.**

**עושה סדר ביחס למה הראיה צריכה להוכיח, מה היא צריכה לשקף.**

**הראיה צריכה להראות שיש בסיס להצלחת התביעה.**

**חשבון שלא נפרע- יש להוכיח את קיומו של החשבון. הבנק ניסה לקרוא לתוך התקנה ואמר שהמסמך מעיד על החשבון מהווה ראיה בכתב על חוזה בין הצדדים, אך זה לא מספיק יש להצביע על הפרה של החוזה. ניתן לראות זאת מנוסח הס'- תביעות על סכום קצוב שיש עליהן ראיות בכתב, ראיות בכתב מוסבות על התביעות. הראיה צריכה לבסס את התביעה. יש להציג ראיה לכך שיש הפרה של החוזה לביסוס התביעה. אם זה בנק הוא צריך להראות למשל חשבון שנמצא במינוס.**

**הבנק שלח דרישת תשלום שלא יכולה לספק ראיה בכתב, כי הבנק יכול לייצר אותה לשם התביעה ולמחרת היא לא תהיה רלוונטית. יש לבקש דף חשבון, לא משהו מסובך עבור בנק בתביעה רגילה.**

**חיוב מכוח חוזה או התחייבות- מוציא בהכרח תביעות נזיקין, עשיית עושר (חיובים שנוצרים באופן לא רצוני).**

**הליכים שכן יתקיימו בעיקר קשורים לדיני החוזים וקניין.**

**פירוש מאוד מרחיב להוראה זו- החלטה של השופט טירקל בעניין אריאל. מנסה לפרש את הביטוי התחייבות באופן מרחיב ביותר באמצעות ס' 61(ב) לחוק החוזים- מחיל את חוק החוזים לתחומים אחרים. הוא מכניס כמעט את כל דיני עשיית העושר לסדר דין מקוצר, הוא מכניס גם את ס' 21 חוק החוזים תרופות השבה.**

**השופט גרוניס בפס"ד מנורה נ' אלעל עושה סדר ואומר שבתי המשפט שכחו לשאול את שאלת הדיון העקרונית- איזה הליכים נכנסים לסדר דין מקוצר, הוא מתרשם שטירקל מתייחס לסדר דין מקוצר כמשהו שהוא כמעט זכות של התובע- אם יש סיכוי להיכנס לסדר דין מקוצר אנו צריכים לאפשר לך לעשות זאת. אפילו באמצעות מניפולציה מהסוג של ס' 61(ב) לחוק החוזים. מי שלא מצליח להיכנס לסדר דין מקוצר יכול להגיש תביעה רגילה, הגישה לערכאות מקוימת יותר אפילו מסדר דין מקוצר כי גם לנתבע יש גישה מלאה ולכן הוא מנסה לתחם את הגישה לסוג התביעות המתאימות לשמן ההליך הזה נוצר ולכן הוא מנסה לקבוע גבולות קצת יותר מצומצמים ורלוונטיים לתכלית ההסדר.**

**גרוניס שואל את השאלה ביחס לחוק הטבת נזקי גוף. חוק שנועד להמריץ פיצוי מהיר של נזקי גוף. המצב הקלאסי הוא מהסוג שנוצר כאן- עובד שניזוק בעבודה ומבוטח, עד שהביטוח יפצה את העובד על אובדן השכר הדין רוצה לתמרץ את המעסיק להמשיך לשלם לו שכר. החוק יוצר זכות תביעה אישית, סוג של המחאה מכוח הדין, אל על לא צריכה לקבל את האישור של העובד, יש לה זכות אישית מול חברת הביטוח לתבוע חזרה את השכר. הכסף יחזור אליהם מכוח דיני הביטוח. אל על רצתה לקבל ממנורה חזרה את השכר ששילמה.**

**מכוח חיקוק- חוק הטבת נזקי גוף, אבל החוק הזה לא קובע כמה כסף אלא השכר שהיא שילמה. לא מדובר על סכום קצוב אבל סכום שקל מאוד לחשב אותו, ניתן לפתוח את תלושי השכר ולכן התביעה של אל על יכולה להיכנס לכאן.**

**ראיות בכתב- אחריות חוזית מוחלטת. יש לנו חוזה, תשלום השכר. גרוניס אומר שזה מסוג הדברים שיכולים להיכנס באופן טיפוסי לסדר דין מקוצר.**

**גרוניס אומר ששלושת התנאים לכאורה מתקיימים השופטים צריכים לשאול את עצמם שאלה כללית של מדיניות, גרוניס בעצם מוסיך יש מאין תנאי רביעי לכל הנושא של סדר דין מקוצר- עדיין אנו צריכים לשאול את עצמנו האם זה מסוג התביעות שראויות להתנהל בסדר דין מקוצר. תנאי התקנה מתקיימים אבל התכלית לא כי מנורה טוענת לרשלנות תורמת, יש בעיה בחישובה הזכאות- מה בדיוק האחריות של מנורה שתיגזר מהתנהגות העובד האם הוא היה רשלן בנזק שנגרם. גרוניס אומר שאם התביעה צריכה לעבור גם דרך בירור אופי ההתנהגות של העובד שאת נזקיו הטבנו אז זה מסוג התביעות שהולך להיות מסובך לנהל אותן, התביעה נראית כמו תביעה רגילה.**

**יש ראיה בכתב אבל מאחוריה מסתתרת שאלת החבות בין חברת הביטוח לעובד וכן כלפי המעביד ולכן התקיימות תקנה 202 לא מספיקה. גרוניס אומר שראוי לצמצם את תחולת התקנה כדי שההליך יתאים לתכליות שלו.**

**הוא מוסיף מבחן רביעי של שיקול דעת, מסבך קצת את הליך הבירור, בתי המשפט צריכים לשאול את עצמם את שאלת התכלית.**

**גרוניס אומר שכל המשחקים של הכנסת עשיית עושר וכו זה מוגזם, הסעיפים של חוק עשיית עושר לא מכוונים לסכום קצוב כלשהו.**

**קצת מכביד על ההליך כי בשלב המקדמי הצדדים יתחילו להתווכח אם זה מתאים או לא לדון בסדר דין מקוצר.**

**נתבע שקיבל תביעה בסדר דין מקוצר צריך להגיש בקשת רשות להתגונן, תקנה 204. פס"ד הילולים, הנתבע חייב להיכנס לפרטי ההגנה. הנטל הוא ממשי, יש לו היבט תוכני הוא צריך לפרט בצורה משכנעת למה התביעה לא תצליח.**

**בקשת רשות להתגונן לא יכולה להיות הכול מוכחש (כפי שנעשה בכתב הגנה רגיל), זה צריך להיות יותר מפורט מכתב הגנה רגיל. את הבקשה הזו יש לגבות בתצהיר, שזו ראיה. מטילים על הנתבע נטל יותר משמעותי מהתובע, התובע צריך להביא ראשית ראיה ואילו הנתבע צריך להישבע בכתב ההגנה שלו באמצעות התצהיר. אפשר לחקור את הנתבע על הראיה הזו.**

**אם הצגתי הגנה שיש לה סיכוי, ביהמ"ש צריך לקבל את הבקשה וסדר הדין המקוצר נגמר, חוזרים למסלול הרגיל.**

**הבדל אחד בין תביעה רגילה לסדר דין רגיל, הנתבע נמצא עדיין באיזשהו חיסרון כי הוא חשף את כתב ההגנה שלו בתצהיר. אם ביהמ"ש לא משתכנע מהבקשה, אנו נמצאים בסדר דין מקוצר, תביעה בהעדר הגנה.**

**תקנה 97: תביעה שמוגשת ללא הגנה, התובע זכאי לקבל פס"ד עפ"י התביעה.**

**מה קורה אם הנתבע לפני בקשת הרשות להתגונן על התביעה רוצה לטעון טענת סף?**

**פרקטיקה אזרחית פיתחה את הבקשה למחיקת כותרת-"בסדר דין מקוצר". אנו יודעים שאנו במסלול של סדר הדין לפי הכותרת. הוא יכול להגיש בקשה מקדמית למחיקת כותרת. השופטת בן פורת בפס"ד אבגד קיבלה את הפרקטיקה הזו, היא אומרת שבעיקרון זה מותר. נכיר באפשרות של ביהמ"ש לנהל דיון סף האם התובע בחר במסלול הנכון לפני שהנתבע חושף את קלפיו. הגשת בקשת למחוק את הכותרת ללא חשיפת ההגנה.**

**פס"ד קמחי: השופט צריך עדיין לוודא שהליך זה היה הליך מתאים. לא ניתנה בקשת רשות להתגונן והעליון אומר שיש להיות זהירים כאשר נותנים פס"ד בהעדר הגנה.**

**בד"כ לצד הבקשה למחיקת כותרת עורכי דין יגישו בקשה נוספת, בקשה להארכת מועד להגשת בקשה להתגונן. פס"ד בובליל אומר שלא ראוי להגיש את שתי הבקשות האלו יחד.**

**בקשה להארכת מועד נחוצה כי אם הבקשה למחיקת כותרת לא תתקבל זאת אומרת שהתביעה מתאימה לידון בסדר דין מקוצר ולכן יש לבקש רשות להתגונן.**

**עורכי הדין אומרים שאם הטענה למחיקה היא נכונה, זה לא הוגן שידרשו מהנתבע לחשוף את הגנתו מראש. גרוניס אומר שיש שיקולים נוספים המצדיקים מחילה על האינטרסים של הנתבע.**

**בכתב הגנה כוללים גם טענות סף, ניתן להגיש בקשה לדחייה על הסף של התביעה.**

**הפרקטיקה שלבקשה מסוימת כמו מחיקת הכותרת ויחד איתה בקשה להארכת מועד היא פרקטיקה שנפוצה גם במקרים אחרים.**

**גרוניס אומר לשופטים שכאשר אתם מקבלים בקשה להארכת מועד להגשת בקשת רשות להתגונן תהיו קמצנים בנכונות, תקבלו בקשות לחלופין.**

**למחיקת הכותרת יש אפקט נורמטיבי מובהק, היא משנה זכויות.**

המרצת פתיחה

**הליך פשוט יותר מסדר דין מקוצר, יחסית נדיר יותר מסוג הדברים עליהם הוא מתייחס.**

**תקנות 248-258. התופעה של המרצת פתיחה**

**המ'- המרצה.**

**היום רואים זאת פחות כי המרצות זה הליך היסטורי בסדר הדין שלנו, מורשת אנגלית. כל בקשה שרצו להגיש בהליך אזרחי בעבר נקראה המרצה- המרצות של ביהמ"ש לפעול שבה הדין כלשהו מעוניין לקבל סעד במסגרת ההליך, זה היה סוג של הודעה לביהמ"ש שבישיבה הבאה הוא הולך לבקש משהו, משהו טקסי, מעין הכנה ודיון בע"פ באיזושהי בקשה תוך כדי ההליך.**

**עם השנים התופעה הזו הלכה ונעלמה, היום יש לנו הסדר כולל אחד- כל בקשה אותה אנו רוצים להגיש במסגרת ההליך תוגש בכתב.**

**תקנות 240-246: מסדיר באופן אחיד את כל סוגי הבקשות, המוגשות באותה צורה וזה בכתב. כמעט כל בקשה מגובה בתצהיר. מעבר לטקסטואליזציה של הליטיגציה.**

**ההמרצה היחידה שנותרה היא המרצת פתיחה, היא זו שפותחת את הדין ומתחילה תיק חדש בביהמ"ש. מדובר על הליכים שבאופן טיפוסי הם יותר מסוג של בקשה מביהמ"ש לתת משהו למבקש, פחות תביעה לקבלת סעד מהצד השני. מי שמגיש את המרצת הפתיחה מבקש סעד שיופנה אליו, הוא לא נקרא תובע אלא עותר.**

**סוג של סעדים אותם העותר יכול לבקש- למשל, שביהמ"ש יקנה לעותר סמכות לבצע פעולה בנכס, מתן הצהרה שיש לי זכות כלשהי וכו.**

**בהרבה מצבים הנפקות של הליך כזה יכולה מאוד להשפיע על זכויות של אנשים אחרים, סוג הסעדים שונים מהתביעה הרגילה . המרצת פתיחה נתפסת כהליך יחסית פשוט, מיקוד דיוני ומהותי יחסית גבוה. הליכים שמתבססים יותר על ראיות כתובות ופחות על עדויות אנושיות.**

**תקנות 249-253: סוגים של תיקים שיידונו בהמרצת פתיחה- קביעה של מצב משפטי או מתן הוראות למגיש הבקשה.**

**תקנה 250: מדברת על סכסוכים בין מוכר וקונה מקרקעין שלא עוסקים בתוקף חוזה המקרקעין אלא בשאלת פרשנות, זה לא בדיוק מתן סעד אלא בקשה מביהמ"ש לפרש את תוכן החוזה.**

**תקנה 253: תובענה לסעד הצהרתי גרידא. בעיקרון הליך שבו אנו מבקשים מביהמ"ש אך ורק סעד הצהרתי.**

**פס"ד חיים נ' אביוב: התעוררה סתירה לכאורה בין שתי התקנות האלו, שם העותר ניסה והצליח לעשות את התרגיל להגיש בקשה לצו הצהרתי שחוזה מכר במקרקעין בטל. מצד אחד זה קשור לתוקף של חוזה מקרקעין ומצד שני זה סעד הצהרתי. ביהמ"ש מאיזושהי ליברליות רבה במתן גישה להליכים מיוחדים אלו הוא אומר שאם 253 מתקיים, די בכך כדי לומר שמדובר על המרצת פתיחה אפילו אם מדובר על תוכן חוזה מקרקעין. עצם תקנה 253 גוברת על תקנה 250.**

**כאן אם ביהמ"ש לא מאפשר להליך להתנהל בהמרצת פתיחה, ניתן להגיש תביעה רגילה.**

**מאפייני ההליך- מבוסס על מסמכים, שני בעלי הדין מההתחלה מגישים את הראיות שלהם בכתב, המענה לה מגובה בתצהירים. גם לעתירה בבג"ץ יש היבטים של גיבוי בתצהיר.**

**מבנה יחסית שוויוני בין הצדדים, אין העדפה לבעל דין אחד. שני בעלי הדין נדרשים לפני ביהמ"ש את מירב הראיות ככל הניתן בכתב מראש , כבר בשלב הגשת כתבי הטענות. מציגים את האסמכתאות והצגת הראיות כבר מההתחלה, שונה מאוד מהתביעה האזרחית הרגילה. כל זה יוצר מתוך נק' הנחה שמדובר על הליך פשוט ולכן יש להציג את הראיות כבר בראשיתו.**

**תקנה 258: ביהמ"ש יכול להחליט שההליך לא מתאים להמרצת פתיחה ולהעביר זאת לתביעה רגילה. התובעים יכולים להגיש בקשת סף שביהמ"ש יקבע שההליך לא מתאים להמרצת פתיחה והעברה לתביעה רגילה. אם המשיב מצליח לעשות זאת יש לו יתרון בכך שהוא נחשף לראיות של מי שמגיש את המרצת הפתיחה, מבלי שהוא מציג את הראיות שלו מראש.**

**אנו נראה בקשה לבטל את המרצת הפתיחה ולעבור להליכים רגילים יחד עם הארכת מועד להגיש ראיות וכו.**

**פס"ד בובליל: מוגש בהקשר להמרצת פתיחה אבל פס"ד מתייחס גם לסדר דין מקוצר. באופן טכני הדיון לגבי סדר הדין המקוצר הוא אוביטר. הוא מתייחס לפרקטיקה של הגשת בקשת סף ובצמוד לה בקשה להארכת מועד. גרוניס אומר שזה לא בלתי חוקי אבל עדיף לא לאפשר אותו. את גרוניס מעסיק האינטרס המערכתי והצדדים האחרים.**

**איזה יתרון יש לביהמ"ש מכך שבעל הדין יגיש כבר בהתחלה גם את ההגנה המפורטת שלו?**

**מבחינה מערכתית ציבורית, דחיית הבקשה תוסיף לנו עוד זמן להתדיינות.**

**גם איכות ההחלטה שלהם מושפעת מהפרקטיקה הזו חסר להם את הצד השני, אם הם רואים את מלוא הטיעונים הם יודעים יותר על התיק וזה צריך להיות האינטרס המרכזי של ביהמ"ש- שיהיה לפניו מירב המידע לפני שהוא מחליט לגבי סוג ההליך.**

**הוא אומר שיש לבקש מהנתבעים לחשוף את ההגנה שלהם יחד עם הגשת טענת הסף. אם הם זוכים בטענת הסף הם הפסידו כיוון שחשפו את ההגנה המלאה שלהם, העותר לא פעל בהליך המתאים.**

**יש איזון בין האינטרס הפרטי של בעל דין מסוים שיש לו אינטרס לגיטימי לא לחשוף קו הגנה עד שטענת הסף לא מתבררת לבין נתבעים אחרים. דילמת אסיר קלאסית, עדיף לי שבעלי הדין האחרים יגישו כולם יחד ואני אחרי, עדיף להתפשר על איכות ההגנה אחת ,ההחלטות שמשקפות את ההתמודדות עם עומס ואריכות יתר של הליכים אזרחיים.**

**"חובה על ביהמ"ש להעדיף את האינטרס הקיבוצי/ מצרפי של כלל המתדיינים ובלבד ובלבד שלא תגרם פגישה בלתי מידתית בזכותו של בעל דין מסוים" . איך נוכל להתחשב באינטרס של בעל דין שנפגע, הכלי הרגיל שלנו יהיה פסיקת הוצאות. אם יתברר שמישהו היה זכאי לעבור להליך רגיל אך חשף את קו ההגנה שלו, ביהמ"ש יקח זאת בחשבון בפסיקת ההוצאות. העותר בחר בהליך לא ראוי ונטיל עליו הוצאות משמעותיות. גרוניס אומר שיתן פיצוי, שהוא לא יאפשר למנוע את חשיפת ההגנה אך יתן פיצוי ע"י פסיקת הוצאות.**

**כלל קניין- מניעה מראש. כלל אחריות- מניעה לאחר מכן.**

**גרוניס אומר שהוא לא יאפשר למנוע את חשיפת ההגנה שלכם אך הוא ייתן להם פיצוי ע"י אי פסיקת הוצאות. גרוניס מתייחס לפגיעה הבלתי מידתית הוא אומר שיש מצבים חריגים בהם ביהמ"ש יקבל את שתי הבקשות האלה, נסיבות מיוחדות לוויתור על האינטרס הציבורי ולדון רק בטענות הסף, למשל- אם יש טענת סף מאוד חזקה, על פני הדברים רואים שהטענה לא רלוונטית להליך הזה והנתבע צריך לחשוף את כל ההגנה שלו כדי להגיע לסדר דין רגיל זה יהיה מאוד לא צודק.**

**חריג: אם יש לי טענת סף חזקה ביהמ"ש יאפשר ארכה.**

**חריג נוסף: מצב בו גיבוש הבקשה להתגונן יהיה כרוך בעלויות גבוהות. אם המידע נעשה בחו"ל, צריך לעשות פעולה לחשוף אותו. דברים שלא יכולים להיות מוחזרים בפסיקת הוצאות. אז גרוניס ייתן הארכת מועד וידונו קודם בטענות הסף.**

**אם בקשת הסף חזקה ראוי לתת הארכת מועד, אבל זה יכול להתעורר רק כאשר ביהמ"ש רואה את בקשת הסף.**

**תשובה להמרצת פתיחה- גרוניס בעניין ספדיה נ' גלעד מפרש את המילים הרוצה להגיש תשובה. זה מרמז לנו על האופציה לא להגיש כתב תשובה אלא להתייצב לדיון ולהתגונן בע"פ, זה כך בגלל ההליך ההיסטורי של הדיון הזה- זכר למסורת הבריטית. גרוניס אומר שאין דרך לחמוק מההסדר הזה, משיב להמרצת פתיחה לא חייב להגיש תשובה בכתב. תקנה 256 אומרת שזה רשות ולא חובה. אם עותר מגיש המרצת פתיחה ביהמ"ש חייב לקבוע דיון. המשיב חייב להגיש תשובה אך זה לא חייב להיות בכתב. זה דוג' חריגה, משהו שסדרי הדין שלנו נרתעים מזה מאוד. ביהמ"ש אומר שכדאי שהמחוקק יתקן זאת. יש לכך עלויות, רוב המשיבים לא ירצו לעשות שימוש ברשות הזו כי לצד אחד יהיו את כל הראיות בכתב והצד השני רק ידון בע"פ.**

**גרוניס אומר שהוא יודע שיש לכך עלויות וגם בעלי הדיון יודעים זאת.**

**יכול להיות שהסדר זה יכוון עותרים להגשת המרצת פתיחה בצורה מדויקת יותר, הם יהיו מודעים לזה שיש אפשרות שיפתיעו אותם בדיון ולכן זה יתמרץ אותם להתכונן בצורה יותר טובה.**

סדר דין מהיר

**הסדר יחסית חדש. פרק טז1, תקנות 214א-214טז. הליך המיועד להאיץ את הטיפול בתיקים בשווי נמוך. כל תביעה אזרחית ששוויה מתחת ל 70,000 ₪ יכולה להתנהל בהליך זה. הסגנון המרכזי הוא סכום, אבל זה הליך שונה.**

**מדוב על הליך מיוחד לתביעות בעלות שווי נמוך. למה הגענו למחשבה שתביעות אלו צריכות יחס מיוחד, מהיר?**

* **יכול להיות שיש שווי למורכבות. שווי נמוך-ההליך יהיה מהיר יותר וזול יותר.**
* **גם אם תהיה טעות בתוצאה, עלות הטעות תהיה נמוכה יותר.**
* **אם שווי התביעה הוא 12,000 ₪ אבל עלות הניהול של תביעה רגילה היא 20,000 ₪ התביעה לא תוגש ולכן להליכים אלו יש היבט חזה של גישה לביהמ"ש. אם אנו רוצים לאפשר לתביעות אלו להגיע לביהמ"ש אז יש תביעה למערכת ליצור הליכים שיהפכו את הגשת התביעה הזו למשתלמת מבחינה כלכלית.**

**מה שמאפיין את ההליך הזה זה קיצור, פשטות, יעילות. אנו יכולים לוותר בראש ובראשונה על ההיבטים האדברסריים הקלאסיים. כל התהליך של הגשת כתבי תביעות והגנות וראיות מתרחש בהתחלה. מיד על ההתחלה יש להגיש הכל, משחק בקלפים פתוחים הכי קיצוני שיש לנו, עימות שיוביל לתוצאה הנכונה ביותר.**

**על השופט לתת פס"ד תוך 14 יום, השופט לא חייב לנמק.**

**תצהיר עדות ראשי- חסיכת שלב החקירה הראשי, יש לדלג על זה ולעשות זאת בכתב.**

**סמכויות ניהול רחבות מאוד לשופט, כולל העברת התיק לפסים רגילים אם השופט או הרשם רואים שזה תיק מורכב ולא מתאים להליך המואץ של סדר דין מהיר.**

**אפשר לנהל את התביעה גם בסדר דין רגיל אך יש את האופציה של המהיר עם העלויות שלו.**

**חובות גילוי רחבות, סמכויות שיפוטיות רחבות.**

**פרקי הזמן בין שלב לשלב קצרים יותר מתוך מטרה לקצר את ההתדיינות.**

**פס"ד של השופטת מיכל אגמון-גונן: השאלה הייתה האם ההליכים שנקבעו בתקנות הם חוקתיים מבחינת ח"י כבוד האדם? מדובר על ביקורת של חקיקה משנית, תקנות, יכולה הייתה להתרחש לפני חקיקת חוקי היסוד. היא מעלה את השאלה בעצמה האם ההסדר הוא חוקתי, היא מעלה שאלות בנוגע למימוש הגישה לביהמ"ש.**

**סדר דין מהיר מוצדק על מנת לממש את הגישה אולם השופטת שואלת האם הליך זה כמו שהוא שולל גישה להליך השיפוטי כפי שאנו מכירים אותו, האם הוא מוותר יותר מדי בשם היעילות?**

**יש כאן ביקורת שיפוטית מאוד תקיפה של ביהמ"ש השלום , העובדה שזה נעשה בביהמ"ש השלום אומרת שזה לא הלכה. אף אחד מהצדדים לא טען לחוסר חוקתיות, היא מזמינה את היועמ"ש שהוא זה שחוקק את התקנה. הצפי הוא שיהיה ערעור ואולי היא תגרום לאיזושהי הלכה בנושא זה. המחוזי אומר שאף אחד מהצדדים לא טען זאת.**

**זו שאלה לא פתורה במשפט החוקתי האם לשופט אסור לעורר טענת אי חוקתיות מעצמו.**

**יש כאן הגבלה על שק"ד שיפוטי בהליך וגם מדובר על צדדים שיקבלו צדק מהותי ממש.**

**רוב בעלי הדין נהנים מהאפשרות של סדר דין מהיר.**

**הליך זה בנוי משני רגעים משמעותיים:**

1. ישיבה מקדמית+ יום משפט. **שני מפגשים. לקראתה הכול צריך להיות מוגש. מקבילת הסדר דין המהיר לקדם משפט בהליך הרגיל. הכול נמצא בפני השופט והוא מביא את בעלי הדין ובודק את כל מה שצריך לבדוק כדי להכין את מה שצריך למשפט או לסיים את התיק- פס"ד פשרה וכו', עם קצת חלופת מסמכים.**

**ביהמ"ש המחוזי מקבל את הערעור באופן גורף. המחוזי אומר שגם לו מפריעה ההגבלה של 14 יום על מתן פס"ד. היועמ"ש אמר שיש כאן פתח מילוט-תקנה 528- סמכות כללית שיש לביהמ"ש להאריך מועדים, אין סיבה שזה לא יחול כאן. המחוזי אמר שאין סיבה להאריך מועדים בעצמך. ביהמ"ש נמצא במצב מוגבל ויש להכיר בזה. המחוזי אמר שקשה להגיד שההגבלות של סדר דין מהיר הן בלתי אפשריות.**

**העימות שמתרחש בתוך המערכת עצמה ביחס למתח בין יעילות לשק"ד שיפוטי.**

**המערכת מאוד עוסקת בפתרונות מוסדיים לנתח התביעות הגדול, היא מנסה למצוא כל מיני חידושים פרוצדורליים כדי למקם את ההליכים במקום הנכון ביותר. זה יותר פיזור של אפשרויות לליטיגציה. דווקא התביעות לשווי נמוך יכולות למצוא את עצמן במגוון חלופות.**

**כל הזמן למערכת יש תחושה שאפשר לטפל בתיקים בעלי סכום נמוך טוב יותר.**

**עברנו את המפתן הראשוני של איפיון סוג ההליך, עכשיו הליטיגציה צריכה להתנהל. יש עכשיו את שלב ההכנה, התביעות הוגשו וגדר המחלוקת נוצרה.**

**שלב פעילות ההכנה כולל כמה רכיבים.**

**הכנה למשפט:**

**קדם משפט- המסגרת הדיונית בה מתנהל שלב ההכנה.**

**גילוי מוקדם- האינטראקציה בין הצדדים לבין עצמם להעברת מידע.**

**רכיבים של הרחבת הדיון לשלבים מסוימים- סעדים זמניים ועוד.**

**שלב המשפט:**

**הוכחות, סיכומים, פס"ד.**

קדם משפט

**ההתחלה של השלב הזה היא רגע הגשת כתב הטענות והסיום שלו הוא במשפט עצמו או בסיום התיק. בכל השלב הזה מתרחשים כל הדברים שקשורים לסף- עילות סף וכו'.**

**הסדר די פשוט, תקנות 140-150.**

**143(10): הסדר סל לגבי מה עשוי לקרות במשפט. ניתן להורות כל הוראה לסדר הדין שיש בה לפשט את סדר הדין או להקל עליו.**

**יכולות להיות מס' ישיבות קדם משפט, תלוי במורכבות התיק.**

**אין הליך אזרחי שלא מתחיל בקדם משפט.**

**השופט מזמין את הצדדים לעשות פעולות "קדמיות".**

**קדם משפט- יש עשרה סעיפי משנה שכוללים מגוון רחב של תחומי אחריות השופט. למשל, סעד זמני שהוא בהגדרה מקדמי.**

**בהליך אזרחי בשלב הגילוי המוקדם אנו יכולים לראות את הראיות שהצד השני מעוניין להביא. ניתן לבקש עוד בקדם המשפט מהשופט לקבוע שראיה מסוימת אינה קבילה.**

**שלב שבו השופט או הרשם מקבל לידיו את המושכות, לנסות לעשות כל מה שניתן כדי להביא את התיק לסיום או לפשט את הדיון שלו מכאן ולהבא, להכין את שלב ההוכחות או אולי לייתר אותו.**

**פס"ד אשורנס ג'נרל: השופט גרוניס עורך דיון מפורט על תכליות של קדם משפט, הרגע האינקוויזיטורי של ההליך האדברסרי שלנוף כאן השופט מנהל את ההליך, הוא יכול ליזום סוגיות או עניינים והחלטות שיכולים לקדם את הדיון.**

**כהן נ' אושיות: בימים בו קיבלנו דיונים נוספים בהרכב של חמישה וגם בשאלות של סדר דין. עוסקים בהיבט הזליגה של המשפט לשלב קדם המשפט. למשל, מצב שבו אותו שופט יושב בקדם המשפט ובמשפט עצמו. זה רלוונטי כי השופט נחשף לכל הראיות- אולי השופט החליט שהראיה לא קבילה והוא עדיין ממשיך לנהל את המשפט, חלק מההחלטות שמתקבלות באותו שלב יכולות להביא את השופט להערכה של סיכוי התיק (שופט שקובע סעד זמני צריך לבדוק האם לתובענה יש סיכוי טוב או לא), שופט שמנסה לקדם פשרה ואחד הצדדים לא מסכים, אולי השופט חושף קצת את עמדתו לאן ההליך הולך.**

**סדר דין מהיר- אחד ההוראות אומרת שככל הניתן השופט שיושב בישיבה מקדמית לא ישב במשפט עצמו. בישיבה המקדמית שם הכול נחשף, החשש לכאורה הוא גדול יותר.**

**במשפט רגיל זה מותר באופן עקרוני (ישיבה של אותו שופט בקדם המשפט ובמשפט עצמו).**

**בעלי דין יכולים להעיד כבר בשלב הקדם, אפילו הגבולות בין שלב ההכנה למשפט עצמו קצת מטושטשים. הרבה פעמים הקדם עצמו מתרחש בלשכתו של השופט או השופטת.**

**בכהן נ' אושיות הנושא הזה נדון, עסק בשלושת חודשי הכתיבה-סיום כתיבה של שופט שפורש בתיקים שהוא עבד. מדובר על סיום תיקים שאותו שופט התחיל והוא לא יכול לקבל תיקים חדשים.**

**האם שופט שישב בקדם הוא שופט שהחל לדון?**

**שמגר: להגיד ששופט שישב רק בקדם לא החל בדיון זה קצת מוזר כי מתנהלים הרבה דברים באותו שלב. גם שופט שישב בקדם יכול לסיים את התיק בחודשים שנותרו לו.**

**מה ההצדקות לכך?**

**השופט שמגיע למשפט יודע המון על התיק. שמגר אומר ששופט שפורש, אם אנו הולכים לדעת הרוב, שופט חדש שיקבל את התיק יקבע קדם משפט ומותר לו לעשות זאת, אם זה כך זה קצת מצחיק לעשות את ההבחנה הזו. זה טוב ששופט חדש קובע קדם כי אנו רוצים ששופטים יכירו את התיקים.**

**תקנה 149: מבטאת מסר שהדין נותן להסדר זה, תמריץ לצדדים להתנהג באופן אחראי כבר בשלב הקדם.**

**149(א): ניתן לכנותו כהשתק פלוגתא פנימי, לתוך ההליך. החלטה שהתקבלה בקדם משפט, לא ניתן לפתוח אותה מחדש בשלב אחר בהליך, נוצר השתק פלוגתא בין הצדדים כבר בתוך ההליך. מה שקורה בקדם חשוב גם במה שקורה בתוך המשפט.**

**149(ב): ניתן לכנותו כהשתק עילה בהליך. אם הייתה טענה שיכולנו לעורר בשלב הקדם ולא עוררנו, לא נוכל לעורר אותה בשלב מאוחר יותר, זה השלב בו אנו צריכים לעורר את כל הטענות שאנו יכולים.**

**תנאים לחריגה מתקנה 149(א)+(ב): 1. טעמים מיוחדים. 2. שיירשמו. 3. נועד למנוע עיוות דין.**

**פס"ד מ.ל.ר.ן: ביהמ"ש אוכף 149(ב) על המדינה, ערב תחילת ההוכחות המדינה נזכרת שיש הליך אחר מתאים יותר במסגרת ההשגה על שומות מס. העליון אומר שזה לא מספיק כדי להיכנס לטעמים מיוחדים, היא פספסה את ההזדמנות לנהל את הליטיגציה שם, ההליך ינוהל איפה שהוא התחיל.**

**פס"ד מחקשווילי: שם לא עוררו את ס' 149(ב). הפיצוי על האיחור יתבטא באי פסיקת הוצאות. פס"ד לא עסק בקדם המשפט. ניתן לעורר טענה של חסימה מכוח קדם משפט חרף קיומה של הלכת מחקשווילי שקובעת שאם האיחור הוא סביר נפסוק הוצאות.**

**בפועל האינפלציה של קיום כתבי משפט משקף הליך רחב יותר, רואים אותו בכל שיטות המשפט המקובל העצמת ההיבטים הניהוליים של ההליך השיפוטי. אם נק' המוצא היא שמספרים סיפור והשופט מחליט, בפועל רואים המרה של הרבה מאוד מהמשאבים השיפוטיים לשלבי הניהול של ההליך- ראיות, סעדים זמנים, לוזים, כיווץ שלב ההוכחות הקלאסי שנתפס בהיסטוריית ההליך לרגע המכונן של ניהול ההליך ודגש רב יותר על הליכים ניהוליים.**

**ג'ודית רזניק כתבה מאמר בו היא הצביעה על התופעה הזו- כמות הזמן ששופטים מקדישים לסדרי הדין לעומת הזמן שהם מקדישים לדיון מהותי. השופטים הפכו יותר למנהלי תיקים יותר מאשר למכריעים. ההעצמה של קדם המשפט מבטאת את התופעה הזו.**

**קריאה: 3(ג)(2),(ו).**

**31.12.12**

גילוי מוקדם

**הרוב המכריע של המשפטים לא מגיע לביהמ"ש ולכן בהרבה מקרים גילוי מוקדם זה החלק הכי אקטיבי וסבוך בהתנהלות של בעלי דין. זה יכול לכלול הרבה משחקים אסטרטגיים. ההליך כופה על הצדדים לשוחח זה עם זה.**

**ביהמ"ש יכול לעשות רגולציה של שלב הגילוי המוקדם אם אחד הצדדים לא פועל עפ"י הכללים.**

**האתגרים שהגילוי המוקדם מציג לביצוע האדברסרי הבסיסי של ההליך.**

**החלטה בעניין אלעד: ניתן ללמוד ממנה קצת על מה אפשר לעשות בהליך של גילוי מוקדם. מדובר על תביעת לשון הרע. אלעד זה גוף שמנהל עבור רשות הטבע והגנים את חלק מהגנים הציבוריים בירושלים. עיר עמים טענה שיש היבט מושחת למערכת היחסים של אלעד עם העירייה והממשלה. לגופים אלה יש רקע ארוך של חיכוכים. אלעד מגישה תביעת לשון הרע על הפרסום הזה. עיר עמים התגוננה על בסיס הגנת אמת דיברתי.**

**עיר עמים מבקשת את כל המסמכים המעידים על התקשורת בין אלעד לבין הרשויות הציבוריות.**

**השלום אומר שניתן לתת את כל המסמכים, הוא מוסיף את המשפט – הצדדים יכולים להסכים ביניהם על מסגרת גילוי מצומצמת יותר, השלום אומר שיתפשרו על היקף הגילוי.**

**המחוזי מצוטט את זה בנימה צינית כי הסיכוי לפשרה בין הצדדים הוא נמוך.**

**חלק מהמשיבים הגישו בקשה נוספת- הם הגישו לאלעד מסמך עם רצף של שאלות. הם צריכים לענות עליהם. אלעד טוענת שמענה על השאלות האלו כרוך בהשקעה רבה מצידם, יש פה שאלות רבות שלא רלוונטיות לתביעה עצמה.**

**המשיבים בתגובה לטענה של אלעד מוכנים להסתפק בכך שאלעד תשיב רק על 5, 6 שאלות. השלום אומר שאלעד צריכה להשיב על שאלות אלו בהיקף המצומצם הנדרש.**

**אלה מסרים שנשלחים לביהמ"ש, נשיג את מה שאנו רוצים ע"י זה שנביא הרבה שאלות, נצמצם את ההיקף שלהם לאחר מכן ואז הם יתפסו במתפשרים, ביהמ"ש השלום התרשם מהנתבעים שהם באמת צמצמו זאת, עשו פעולה של זיהוי השאלות הרלוונטיות.**

**רואים פה פעילות אסטרטגית של בעל דין בתוך ביהמ"ש, אקט של נסיגה וויתור.**

**המחוזי חושף את כל התרגילים האלה.**

**ביהמ"ש המחוזי: הגילויים הנדרשים עדיין רחבים מדי. יש לצמצם את היקף הגילוי.**

**דבר נוסף שמעניין פה לגבי הנתבעים קשורה לבקשות הגילוי שלהם. טענת ההגנה היא אמת דיברתי. מדובר על תביעת לשון הרע בגין פרסום תחקיר, לא בדיוק עיתונאי, היא אומרת שעל פיה המידע שהם אספו יש קשר מושחת בין אלעד לרשויות הציבוריות האחרות. עיר עמים טוענת שאמת דיברתי ואת זה היא מנסה לחלץ מאלעד עצמה. המחוזי אומר שאם זה אכן אמת, לעיר עמים צריכים להיות ראיות לכך.**

**המחויז אומר שיש כאן משהו לא כשר- אם אכן הם דיברו אמת, הם לא יכולים לבקש מהתובעים את הראיות.**

**ההיבט האסטרטגי מעניין אותנו פה. הגילוי המוקדם יכול להיות קריטי עבור בעל דין לביסוס עילת התביעה או הנתבע. אפשר לבסס את טענת ההגנה המקורית ע"י מידע שנמצא אצל הצד השני.**

**יכול להיות שביודעין אני מבססת טענה שלי שאני יודעת שאני יכולה להשיג אותה ע"י הצד שכנגד, ע"י הצד התובע. בסיפור זה מתווכחים על חשיפת מידע כי עיר עמים רוצה לחשוף פרטי בעיתים על אלעד ואלעד רוצה להאשים את עיר עמים על פרשה אחרת.**

**לפעמים המטרה העיקרית היא הגעה לשלב ההכנה ולא למשפט עצמו כי המטרה היא חשיפת מידע על הצד שכנגד.**

**אם אני נתבע מה שהכי חשוב לי זה לא לחשוף פרט. למשל- סוד מסחרי. אם אהיה תחת הגילוי המוקדם חייב לחשוף, זה יוביל אותי לפשרה.**

**הגילוי, דבר שנוצר ע"י הדין יכול להביא להתנהלות אסטרטגית.**

**מדוע עוד לפני שהמשפט מתחיל צדדים צריכים לנהל אינטראקציה ביניהם?**

**לעיתים בעל דין לא יכול להוכיח טענה, מעין זכות גישה לערכאות- היכולת שלי לגשת לביהמ"ש צריכה להיות מגובה ביכולת להגיע לראיות ואולי יש היבט חלוקתי- ישנם בעלי דין שלא יכולים לממן הוצאות עבור השגת ראיות.**

**ישנם בעלי דין ששומרים מידע- שחקנים חוזרים.**

**יש כאן היבט אנטי אדברסרי, בעצם זה סיפור הגילוי המוקדם הוא סיפור הקלפים הפתוחים, אם בהליך אדברסרי כל אחד משחק את המשחק הכי טוב שהוא יכול, כאן מנסים לגרום לבעלי הדין לדבר זה עם זה, כך חוסכים סיכונים של הפתעות ועלויות הכרוכות בהן. אנו משלמים בערך האמת.**

**היכולת לבוא ולחשוף שקר הוא משהו קצת תיאטרלי במהלך המשפט יורדת כי הצדדים הם כבר לא שחקנים בתחרות שמטרתם לתת מכה חזרה לצד השני, לא מנסים לחשוף מידע ולהגיע לאמת.**

**כשמגיעים למשפט זה גם מוזיל את עלויות ההליך. יש גם היבט של יעילות של ביהמ"ש, זה מטיל הרבה מהעלויות על הצדדים עצמם.**

**פשרה כתוצאה של גילוי מוקדם היא לא רק במצבים של סחיטה כי אנו לא רוצים לחסום פרט, בעזרת הגילוי המוקדם יש לי הערכה מדויקת יותר של סיכויי התביעה שלי וסיכויי ההגנה.**

**הסיבה היחידה להגיע להליך משפטי היא חוסר במידע.**

**אם היה לי מידע מלא לגבי הראיות שיש לצד השני ולגבי מה הסיכוי שזה יתקבל בביהמ"ש זה מייתר את המשפט, ישר היו מתפשרים. כך היו פוחתים באופן דרסטי מס' המשפטים. היו יותר פשרות.**

**שלב הגילוי המוקדם יכול להיות שלב בו ישנן התנהגויות אסטרטגיות מגוונות.**

**זה גם מאריך את ההליך, זה כולל ליטיגציה על שלב הגילוי המוקדם. אם לדוג' מבקשים גילוי מוקדם, לעתים מדובר במסמכים רבים, זה נקרא הצפה או העמסה, על הצד השני. עכשיו הבעיה היא של המתמחים לשבת שבועות ולקרוא את כל המסמכים עד שהם מוצאים משהו רלוונטי. זו אסטרטגיה מאוד יקרה, איינו את התהליך מתוך הגילוי עצמו.**

**מתוך פס"ד אלעד אנו רואים חשש הגינות כאשר בעל דין מבסס את הגנתו על מידע של הצד השני.**

**לפעמים זה יכול להיות היפוך של נטל הראיה- המוציא מחברו עליו הראיה.**

**יש הטיה מסוימת לסטטוס קוו- אם אני רוצה להוציא נכס מאדם אחר אני זה שצריך לבסס את הטענה שלי ולהביא את הראיה. גילוי מוקדם משחק תפקיד שהופך את העיקרון הזה.**

**יש היבטים של חשיפת סודות, היבטים של פרטיות. לפעמים גילוי מוקדם יכול להשפיע על צדדים שלישיים ע"י חשיפת מידע שקשורה אליהם.**

**הדוקטרינה של גילוי מוקדם מתמודדת עם זה במידה מסוימת.**

**אם חוזרים לשיח על ADR והרצון לעודד אנשים לדבר זה עם זה ושלב הגילוי המוקדם עושה את זה, זה בתוך ההליך האזרחי, מוביל לליטיגציה אבל בדרך מחייבים אותם לדבר על זה ולו כדי לקבל מידע. יש כאן פתח להצית סוג נוסף של אינטראקציה שלא היה מתעורר בהליך האדברסרי הקלאסי. תיאום מועד העברת המידע עוזר, כך האנשים לא מגיעים כיריבים במובן הקלאסי.**

תקנות 102-122, 65, 66, 170.

**65-66: עוד בשלב כתבי הטענות ניתן להגיש בקשה לגילוי פרטים נוספים. טרם ההכנה.**

**170: במשפט עצמו.**

**הליכי גילוי:**

* הודיות. **שאלון מאוד מסוים, האם אתה מודה בה. המטרה היא לצמצם חלק מגדר המחלוקת ע"י שאלון ההודיות, כי אז מורידים מסדר היום את כל מה שבעל הדין הודה בו.**
* שאלונים. **בירור של עניינים עובדתיים מגוונים ביחס לתביעה, כאלה שלא הופיעו באופן מפורט בכתבי הטענות. יכול להיות שלב מקדמי שבד"כ יוביל להליך הגילוי המרכזי ביותר והמגוון ביותר והוא-**
* גילוי או עיון במסמכים. **תקנות 112-118 עוסקות בזה.**
* **לא קיים בישראל- שולחנות דיונים, יושבים שם בעלי הדין משני הצדדים, עורכי דין וקלדנית. זה נקרא הליך של** העדה מוקדמת**-** deposition.

**הליכים אלו מגובים בתצהירים, אומרים הכל תחת שבועה.**

**במדינות בהם יש העדה מוקדמת, בעלי הדין מעידים מראש. אם יש התנגדות בהעדה מוקדמת, הקלדנית רושמת התנגדות. אם רוצים להגיש את העדות הזו במשפט עצמו השופט יכריע אח"כ בשאלה המשפטית לגבי העדות הזו.**

**בעיקר מי שישתתפו בהעדה מוקדמת זה בעלי הדין עצמם ופחות העדים.**

**שלושה רכיבים של ההליך המוקדם:**

**גילוי כללי/ ספציפי.**

**כללי- 112- בקשה להעביר את המסמכים הרלוונטיים בתביעה, או אלו שעוסקים בס' מסוים לכתב התביעה/טענה. מי שממיין את המסמכים במסגרת הגילוי הכללי הוא בעל הדין שהתבקש להעביר את המסמכים, המגלה.**

**ספציפי- 113. מי שבוחר איזה מסמך יגולה זה מי שמבקש את המסמך, הנעבר (מי שהמסמכים מועברים אליו).**

**עיון-114. אומרים לבעל הדין אלה המסמכים שיש לי. התוצאה ההכרחית של גילוי היא גם הזכות לעיין. ולכן גילוי ועיון הם שלובים זה בזה.**

**יכולים להיות מצבים בהם נבקש גילוי מסמך מסוים והצד השני יאמר שאין לו אותם ואז בעצם הליך העיון לא נדרש.**

**אולם ברגע שיש את המסמך הליך העיון אינהרנטי להליך הגילוי.**

**גילוי מוקדם- הצדדים עצמם נקשרים זה עם זה, תקנה 120- ביהמ"ש לא יתן צו גילוי אא"כ ניסו קודם הצדדים לדבר עם זה בינם לבין עצמם.**

**רק אם אני לא נענה או נענה באופן שלא מספק אני יכול לגשת לביהמ"ש ולבקש צו גילוי. ביהמ"ש מעניק צו גילוי וזה סעד משפטי.**

**מתי ניתן צו גילוי?**

**מדובר על מידע שראוי לביהמ"ש להורות על גילויו. תקנות הגילוי- 112 ו 120.**

**יש שני סוגים דרישות:**

1. **טבוע בתקנות הספציפיות.**
2. **תקנה 120- הוראה כללית.**

**נחשוף מסמכים הנוגעים לעניין הנדון. אנו מתחילים מהדרישה הבסיסית של רלוונטיות החומר המגולה- רק המסמכים הרלוונטיים לתביעה.**

**אם מבקשים משהו לא רלוונטי לא צריך לחשוף אותו ולמעשה מתחמקים בדרישת הגילוי.**

 **גילוי מוקדם מבוסס על מחלוקת שכבר ידועה ונקבעה. זה לא אמור להיות מסע דייג שמתחילים לחפש מההתחלה.**

**דרישות ספציפיות:**

1. **רלוונטיות זה כל מה שרלוונטי וזה יכול להיות מסמכים מועילים ומזיקים.**

**מסמכים מועילים הגילוי המוקדם הוא לא כזה עניין, בד"כ יהיה לי אינטרס לבקש מבעל הדין מסמכים המועילים לי, זה מחזק את התביעה שלי.**

**בגילוי מוקדם יש לחשוף גם מידע שאני יודע שיעזור לצד השני והנחת המוצא שגילוי מוקדם חל גם על מסמכים מזיקים אולם זה יכול להשתנות קצת בנסיבות מסוימות.**

1. **120(ב). צו גילוי יינתן למטרות דיון הוגן וחיסכון בהוצאות. דרישות מאוד רחבות וכלליות. בתי המשפט מתמודדים עם סיטואציות נקודתיות בהם עולה השאלה האם הליך הגילוי מקדם מטרות אלו או לא.**

**דוגמאות בהם כללי הגילוי המוקדם מעוררים קשיים של מדיניות:**

1. **פס"ד סוויסה.** חשש לשיבוש ראיות**. תביעה לנזקי גוף דרך חוק הפלת"ד. אנו רואים את הפער בין גילוי לעיון. המבטחת מודה שיש בידה תמליל של הודעה מוקדמת שלך אבל היא לא רוצה לתת לו לעיין בו כי הוא יכול לתאם את הגרסה שלו, הם לא רוצים לעזור לו עם "בעיית הזיכרון" אלא הם רוצים לראות האם העדות שלו במשפט תהיה תואמת לזו שהוא נתן בהודעה המוקדמת. העליון אומר זו מטרת החקירות המוקלטות, כדי שיהיה מידע שלא ניתן יהיה לשחק איתו אח"כ.**

חריג לעקרון הגילוי הכללי. **השופט לוין אומר שהגישה הכללית היא קלפים פתוחים, מועילים ומזיקים אבל עדיין השיטה בבסיסה היא אדברסרית אם יש חשש לפגיעה בחשיפת האמת ע"י הגילוי אז עקרון האמת גובר. בעצם יהיה דיון לא הוגן אם סויסה יוכל לשבש את הראיות שלו ולהביא לביהמ"ש תוצאה לא נכונה.**

1. **החלטה בנושא מחסני ערובה.** הכבדה**. אנו נמצאים בשלב של בקשה לאישור תובענה ייצוגית. כדי להגיש תובענה ייצוגית אנו צריכים אישור של ביהמ"ש. הליך הגילוי המוקדם מתקיים כבר בשלב בקשת האישור. מחזק את הרושם שגילוי מוקדם יכול לשמש בעלי דין בצורך הגילוי עצמו. כבר כאן הדין מאפשר לנהל גילוי מוקדם מסוים אבל מוגבל. זה יכול לחסוך מידע משמעותי. מדובר על התובע הקטן שמנסה לחלץ מידע מהתובע הגדול עוד לפני שיש לו אישור לתבוע.**

**מחסני ערובה מוכרים את המוצרים שהם עיקלו. בקשת הגילוי מתייחסת לכל עסקה בנפרד, אנו צריכים להראות מהם העסקאות שבהם נקבע המע"מ האסור, זה לא בכל העסקאות.**

**מחסני ערובה אומרת שהגילוי הנדרש הוא מאוד מכביד, יטיל עליהם נטל גבוה מדי. ביהמ"ש קשוב לטענה הזו ואומר בעיקרון חובת הגילוי חלה על מסמכים קיימים או לפחות מסמכים שקל להפיק אותם. מושג שסתום- לומר שזה מכביד מאוד או פחות. ככל שהגילוי העובדתי ידרוש עלויות גבוהות יותר כך יהיה חשש ממתן צו גילוי, לא יטו לתת. זה כמובן לא פוטר את מחסני ערובה מחבות אפשרית ברשלנות מכוח דוקטרינת הנזק הראייתי.**

**צריך להטיל אחריות על מישהו אחר באסיפת המידע. יש לזכור את היבט הגילוי המוקדם שהוא חשוב אך הכנתי. העובדה שלא חייבים לחשוף את המידע לא אומרת שלא חייבים לאסוף אותו.**

**גרוניס אומר שהוא פוטר את מחסני ערובה מלהציג את המידע הזה זה לא אומר כלום לגבי המשפט המהותי, כלומר זה לא אומר שהיא לא חייבת לאסוף את המידע. זו שאלה עצמאית משאלת הגילוי, משנית יותר.**

1. **ידיעות אחרונות. תביעה בעניין לשון הרע. פירסמו משהו לגבי הבריאות הנפשית של התובעת. ידיעות אחרונות מתגוננת באמצעות אמת דיברתי. ידיעות אחרונות דורשת מסמכים רפואיים של התובעת. התובעת אומרת שזה עניינים אישיים שהיא לא רוצה לחשוף אותם. ביהמ"ש- מעין הרחבה של עקרון ההכבדה, זה לא רק נוגע לעלויות החשיפה אלא אם יש חשש לפגיעה בפרטיות אז לא נבקש חשיפת מידע. זה נובע מח"י כבוד האדם. השופט ג'ובראן מדבר על יחס של מקבילית, צריך לחשוף על היחס בין דרישת הפרטיות וההכבדה לבין דרישת הרלוונטיות כיחס של מקבילית-ככל שהמידע אותנו אנו מבקשים הוא רלוונטי לתביעה כך נהיה יותר קמצנים בהיבט של ההכבדה (אנו נותנים משקל נורמטיבי יותר נמוך להכבדה) ולהיפך. אנו צריכים להראות יחס ראוי בין הרלוונטיות לבין הפגיעה בפרטיות. הדימוי הוא של מקבילית כי זו צורה שניתן למתוח אותה.**

**הוא אומר שיש שיקול נוסף שישפיע על הבחינה שלנו לגבי עמדת התובעת וזו השאלה מי מבעלי הדין טוען את טענת הפרטיות. התובע הוא זה שהעלה את טענת הפרטיות, ביהמ"ש אומר שיש משקל לכך שאתה בחרת להיכנס להליך, אתה חשפת את עצמך לדינמיקה שהיא לא באופן מלא בשליטתך. יש וויתור על פרטיות בכך שבחרת ביישוב סכסוך בעזרת המדינה. את לא יכולה לגרור נתבע לביהמ"ש מצד אחד ומצד שני לסכל אותה. ניתן להתווכח איתה בעיקר במונחים של הגישה לביהמ"ש, מונע גישה.**

1. **צדדים שלישיים. יכול להיות שהגילוי ישפיע על צדדים שלישיים שאינם חלק מהליטיגציה. בתי המשפט מכירים גם במתח הזה.**

**החלטה מוקדמת בעניין בוקס. הרקע הוא הרצח בבר נוער, אחד הנפצעים תובע המון אנשים על מה שקרה בשם, בעיקר בגלל מחדלי פיקוח. במסגרת בקשת גילוי שהתובע מגיש הוא מבקש מידע על כל החקירות שמשטרה ניהלה ביחס לפשעי שנאה נגד הומסקסואליים, זה כולל חקירות ביחס לעבירות אחרות, לא רק בבר נוער. ברור לנו שהדרישה רלוונטית. אך המשטרה מתנגדת לכך כי יש פה הרבה מידע שמשפיע על זכויותיהם של צדדים שלישיים שלא קשורים למשפט אלא היו קשורים למקרים אחרים. ביהמ"ש לא דוחה את התביעה באופן מלא, הוא כן מורה על חשיפת מידע אבל רק ביחס לאנשים הקשורים לעבירה הספציפית הזו. אנו רואים את נושא הרגישות לצדדים שלישיים, הוא לא מכריע את הכף לגמרי. ביהמ"ש מורה חשיפה כי מדובר על העבירה בבר נוער, רלוונטיות חזקה יותר- ניתן לוותר על אינטרסים של צדדים שלישיים כדי להגן על האינטרסים של התובע.**

**יש נכונות של ביהמ"ש: א. לעיין בחומרים שהגילוי שלהם מבוקש לפני שהגילוי מתבצע. ב. ביהמ"ש יכול להפריד ולפצל ולקבוע מה רלוונטי ומה לא- מה פוגע יותר בזכויות ומה לא וכך לעשות את החתך של מה יגולה ומה לא במסגרת דרישת הגילוי כמו שקרה בפס,ד בוקס.**

**ברגע ששלב הגילוי המוקדם מגיע לביהמ"ש, נמצאים בשלב של שק"ד רחב מאוד של ביהמ"ש כמו אם זה רלוונטי או לא, כמו אם להחליט האם צריך להגיע לעוד בקשה או לא. ביהמ"ש בכל שלב בקדם שולט באמצעים ובהליך ויש לו השפעה רבה על הליך הגילוי כדי שמירב המאמצים יתקיימו בו בנוגע לצדדים ובנוגע לאחרים הקשורים להליך.**

חסיונות

**תקנה 119. הדין מכיר בקיומם של החסיונות מכוח דיני הראיות: עו"ד-לקוח, עיתונאי-מקור, רופא-מטופל, פסיכולוג- מטופל. מסמכים שהוכנו לקראת הליך משפטי.**

**אם יש ראיה שיש עליה חסיון ולכן אני כבעל דין לא יצטרך לחשוף אותה בביהמ"ש אני צריכה לומר שהראיה הזו חסויה ולכן אני לא מגלה אותה, לא חושפים אותה גם בהליך המוקדם. ביהמ"ש יכול להחליט במסגרת צו הגילוי האם ניתן להביא את הראיה הזו או לא.**

**המורכבויות של דיני הראיות, עיון שופט בראיה חסויה ובקשה שאינה תוגש. אין חפיפה מלאה בין קבילות לחסיון. ראיות שהן חסויות הן גם לא קבילות, אך לא להיפך בהכרח.**

**יכולה להיות ראיה לא קבילה שאינה חסויה.**

**פס"ד ליפניצקי: עושים בירור בשאלת החסיונות, מדובר על חסיון פסיכולוג-מטופל. ביהמ"ש עושה איזון בין החיסיון לרלוונטיות.**

**בנק דיסקונט: החלטה של פרוקצ'יה – מסמכים שנערכו כהכנה למשפט או להליך של פשרה. ההחלטה של פרוקצ'יה מעניינת כי היא מכירה בהרחבה מסוימת של החיסיון. במשפט המקובל היה חסיון על המסמכים שנערכו לקראת המשפט ולא צריך להגיש אותם. השופטת פה מרחיבה את החיסיון הזה גם למסמכי הכנה לא רק למשפט עצמו אלא גם להליך של פשרה ומו"מ. היא אומרת שכמה שהידיעה זה דבר חשוב, רוצים לחסוך את העומס ושהצדדים ידעו שהם ניגשים להליך מבלי שהם יוכלו לדעת את המסמכים שהיו בשלב הפשרה. ביהמ"ש אומר שזו הגישה שהם רוצים לעודד אותה ורוצים לעודד צדדים להגיע לפשרות.**

**השופטת מבחינה בין שני חלקים. במקרה זה שיש רוצה שהבנק יחשוף מסמכים והבנק אומר שאלה מסמכים שהיו הכנה לשלב הפשרה. השופטת מבחינה בין שני חלקים של המסמך: א. ניהול תיקי ההשקעות של לקוח מסוים. ב. ניהול תיקי ההשקעות ע"י הבנק. השופטת אומרת שמבין השניים האלה החלק שיהיה חסוי זה החלק של ניהול התיקים מול הלקוח אפילו שזה החלק הכי רלוונטי. דווקא החלק של הפקת לקחים כללית שהבנק מנהל עבור עצמו, ניתן לחשוף אך לא להעביר הלאה אלא לחשוף רק בשביל המשפט.**

**פס"ד הדסה נ' גלעד: מדובר באדם שהתאבד במהלך האשפוז והמשפחה שלו תובעת את הדסה על זה שהיא לא השגיחה עליו. אחד הדברים שמתעוררים שם זה האם ביה"ח צריך לחשוף למשפחתו של גלעד את דו"ח החקירה הפנימית שנעשה בביהמ"ש לגבי אירוע ההתאבדות.**

**הדסה- אם ביהמ"ש יורה על חשיפה של הדו"ח אז זה יגרום לתמריץ שלילי לביה"ח לקיים חקירות פנימיות כאלה.**

**ביהמ"ש דוחה את הטענה ואומר שיש צורך לחשוף.**

**המרצה מבקר את ההלכה הזו כי הוא חושב שביהמ"ש לא נטל את כל התמריצים שהלכה זו נותנת.**

**היחס בין משפט דיוני למשפט מהותי- אם אנו קובעים קביעה במסגרת הגילוי המוקדם, אנו יכולים להשפיע על מוסדות רבים במשק. אם הרבה גופים יידרשו להיחשף ואחרים לא, זה יכול לפגוע בהתנהלות המסחרית שלהם.**

**סנקציות**

מה קורה אם בעל דין מקבל צו גילוי אך מסרב לגלות?

תקנה 114א **אומרת שבעל דין שלא מציית לצו גילוי לא יוכל לעשות שימוש כראיה במידע אותו הוא לא הסכים לגלות. תקנה זו מתייחסת רק למסמכים מועילים, אם אנו מחזיקים במסמך שיכולים לעזור לנו במצבים של הפתעה ולכן אנו לא חושפים אותו זה משהו שיכול לעזור לנו במשפט עצמו.**

**אם בעל הדין לא ידע לבקש מסמך מסוים אז הצלחנו להתגבר על המכשול של תקנה 114א. עורכי דין צריכים לבקש את המסמכים הרלוונטיים.**

**מה קורה במצבים של הפרת צו גילוי?**

**מקרה קלאסי של מסמכים אותם אנו לא רוצים לגלות. תקנה 122 קובעת סנקציה מאוד חריפה- מחיקה של כתב בי דין.**

**אם התובע מסרב לגלות אנו נמצאים במצב של מחיקת כתב תביעה, במחיקה אין בה כשלעצמה ליצור מעשה בית דין.**

**תקנה 527- מחיקה של כתבי טענות. אבל המחיקה של כתב הגנה חמורה יותר ממחיקת כתב תביעה כי המשמעות של זה היא מתן בפס"ד במעמד צד אחד (בהעדר הגנה), כלומר התובע זוכה.**

**תובע עדיין יכול להגיש תביעה מחדש, התוצאה לא חמורה כמו מחיקה של כתב הגנה.**

**היה צריך להגיד שהתובענה תדחה וההגנה תמחק.**

**פס"ד ג'מבו: מחיקת כתב הגנה ומתן פס"ד לתובע בגלל סחבת של הנתבע בגילוי.**

סילוק על הסף

**שני סוגים עיקריים:**

1. מחיקה.
2. דחיה.

**ברקע עומד המתח של הגישה לערכאות. סילוק עוד לפני שלב ההוכחות העיקרי ואם אפשר אז גם לפני שלב הגילוי. כלומר בשלבים מוקדמים בגלל שאלת סמכות למשל.**

**השאלה היא האם עדיף להטיל סנקציה בתנאים של הליך שנראה שהוא לא מתאים מראש ולומר שאנו מסלקים את התיק כבר מראש (אקס אנטה) או האם אנו רוצים כעניין של מדיניות לאפשר לביהמ"ש לעשות שימוש בסנקציות בדיעבד (אקס פוסט), היא באה לידי ביטוי בעיקר בפסיקת הוצאות.**

**ההבדל עיקרי בין דחיה למחיקה מעוגן בתקנה 527. מחיקה לא מקימה מעשה בית דין, אבל יש מצבים בהם דחיה על הסף אינה מקימה מעשה בית דין למרות תקנה 527, יש מצבים בהם התיק נדחה על הסף בגלל חוסר סמכות ועדיין ניתן להגיש תביעה.**

**פס"ד ארז: המקרה של החניות וההתיישנות של דוח"ות חנייה.**

**דחיית המקרה של ארז מחמת חוסר סמכות עניינית אך זה עדיין לא חוסם את ארז מלתבוע מחדש בפורום הנכון.**

**תקנה 122: מחיקת כתב תביעה או הגנה, סוג של סילוק על הסף.**

**תקנות 100-101: מתי ביהמ"ש ימחק תביעה שהוגשה ומתי הוא ידחה?**

**קוראים כתב תביעה מניחים שכל מה שכתוב שם זה אמת וזה יוכח בביהמ"ש, האם בהינתן זה התביעה תצליח. אם לא- אין עילה לתביעה ולכן ניתן לדחות על הסף. ניתן לטעון זאת עוד לפני הגשת כתב הגנה.**

**יכול להיות שהתובע לא תבע את הנתבע הנכון, לא ציין רכיב קריטי בהתקיימות העילה. מקרים בהם העילה לא תתקיים אפילו אם מה שנכתב בכתב התביעה הוא נכון.**

**חלופה ב: תובענה טרדנית או קנטרנית- ניתנת סמכות לביהמ"ש לסלק על הסף כי התובענה באה לעצבן את הצד שכנגד.**

**יש דעות שאומרות שזה יכול להוביל לדחייה על הסף- יש חלופה לפיה דחיה על הסף יכולה להיות בכל מקרה בו ביהמ"ש סבור שזה מתאים.**

**איך ביהמ"ש מחליט האם זה דחייה או סילוק? תלוי איזה עוצמה של סנקציה הוא רוצה להעניק, אם היא חריפה הוא בוחר בדחיה כי זה יוצר מעשה בית דין.**

**תקנה 101 לגבי דחיה יש עילת סף, במחיקה אין עילה כזו אבל בפועל ניתן למחוק מטעמים אחרים.**

**תקנת הדחייה, חוץ מעילת הסל מנויים בה הנושאים של מעשה בית דין וחוסר סמכות. התיישנות לא מופיעה כאן אבל היא נכנסת לעילת הסל (101(א)(3)).**

**הבחנות מושגיות-**

**הבחנה בין סילוק על הסף לעיכוב הליכים. ביהמ"ש יעכב הליכים כאשר יש הליך תלוי ועומד או כאשר הנתבע טוען כי בין הצדדים נערך הסכם בוררות- התיק מפסיק לגמרי פונים לבוררות אך ניתן להחיותו כאשר הליך הבוררות נגמר, מעכבים את ההליך. התביעה לא מתה אך היא נעצרת כל עוד יש הליך בוררות.**

**הפסקת תובענה, תקנה 154- נק' המראה של סילוק על הסף, סילוק מתבקש ע"י הנתבע. הפסקת תובענה הוא מצב בו התובע רוצה לסגת מההליך. יש הסדר המאפשר לתובע לעשות זאת. התובע לא יכול סתם בכל רגע נתון שהוא רוצה לסגת, יש לנו את החירות המלאה להתחיל את ההליך אך לא להפסיקו. הפסקת הליך צריך לקבל היתר מביהמ"ש, יש צורך בהגשת בקשה. מדוע? יש את ההיבט של ניהול ההוצאות- גרמתי לצד השני להוציא הוצאות, יכול לקרות גם שהנתבע יכול לצבור ראיות בהליך. ,ביהמ"ש יכול לתת היתר או להתנות אותו בתנאים- מאפשרים לתובע לסגת מהתביעה בתנאי שאם הוא עושה זאת בהמשך הוא יהיה כבול לעדות שנגבתה בהליך הזה או להחלטת ביניים. התובענה נגמרה אך האפקט הוא כמו מחיקה, אין מעשה בית דין (כי צריך פס"ד), כאן צריך להתנות תנאים שיגנו על הצד שכנגד.**

סעדים זמניים

**תחום קריטי בהליך האזרחי.**

**דוקטרינה שנועדה להתמודד עם העובדה שליטיגציה לוקחת זמן.**

**מה מייחד את פרק הזמן הזה בין הגשת התובענה לפס"ד?**

**יש רגע אחד שבו הצדדים יודעים שיש תביעה אך עדיין אין לנו פס"ד, אנו לא יודעים מי הזוכה.**

**ברגע שהנתבע מאוים בתביעה יכול להיות שהוא יצטרך לבצע פעולה מסוימת בפרק זמן זה מתעורר חשש למניפולציות מגוונות של הנתבע. מדובר על תק' בא לכאורה שום דבר לא השתנה אך הרבה מאוד השתנה כי הנתבע יודע עכשיו משהו חדש על העולם, הופיע איום חדש על הזכויות וזהו איום לא מיידי, יתרחש בעתיד ולכן יש צורך בהתכוננות מחדש. זה קשור גם באיום בתביעה.**

**החשש הוא שהצד שכנגד יעשה דברים שיובילו לאי מימוש של התביעה.**

**מתעורר לנו צורך באיזון מורכב גם במונחים חוקתיים לעשות בשלב של מיעוט משמעותי של מידע וחוסר וודאות לגבי מי הצודק וכבר כאן אנו צריכים לעשות את האיזון בין האינטרס של התובע למימוש פס"ד אם וכאשר הוא יגיע אליו (אם הוא יזכה) ומצד שני המוציא מחברו, כל עוד לא הגענו לפס"ד הזכויות לא השתנו, הם עדיין אצל הנתבע.**

**מדובר על איזון מורכב.**

**זכויות שנפגעות הן – קניין, חירות.**

**תובע רוצה שיפגעו בזכות השרירה של הנתבע עוד לפני שנקבע מיהו בעל הזכות.**

**הנחת המוצא של הדין היא שהנתבע הוא המנצח בגלל שנטל ההוכחה הוא של התובע ועדיין התובע רוצה לפגוע בזכות של הנתבע באמצעות סעד זמני.**

**תקנה מס' 1: סעד זמני- סעד שניתן להבטחת קיומו התקין של ההליך** או **ביצועו היעיל של פס"ד לרבות ...(רשימה ארוכה) וכל סעד אחר שביהמ"ש יתן..**

**המטרה היא שמירה על קיומו התקין של ההליך, החשש הוא שהנתבע יברח מהארץ, יעלים ראיות. זה האינטרס שנמצא תוך כדי ההליך או ביצוע יעיל של פס"ד, אנו חוששים להברחת נכסים, העברת כסף לצד אחר וכו.**

**בגלל החששות שהנתבע יתנהל בצורה אסטרטגית , האסטרטגיה של התובע בניהול הסעדים הזמניים היא קריטית, על זה קמים ונופלים תיקים.**

**הסעד זמני, מאפשרים לתובע לנהל את ההליך וגם לעשות עוד כמה דברים-**

**ניהול מתוחכם של ניהול הסעדים הזמניים יכולים לגרום להפעלת לחץ על הנתבע. זה יכול לגרום לנתבע להתקדם לכיוון התובע עוד לפני קיום ההליך עצמו.**

**ניתן לתת אינדיקציה חזקה לשני הצדדים בנוגע לסיכויי התביעה עצמה. זה מורכב מהראיות ומהסיכוי שביהמ"ש יפסוק לטובתי.**

**הליך של סעד זמני הוא שלב בנו ניתן לקבל תשובה חלקית ביחס לסיכויי ההליך.**

**מקור התחום הוא מדיני היושר שהתפתחו לצד המשפט המקובל, קרובים יותר לסמכות ביהמ"ש להבטיח שמה שהם עושים יקבל תוקף.**

**ב 2001 הנושא עובר קודיפיקציה חלקית בתקנות (תיקון 6). בנוסף, חקיקת חוקי היסוד השפיע על ההתייחסות לנושא זה.**

**סעדים זמניים מפרים זכות של הנתבע ולכן המטריה החוקתית מרחפת מעל. הפסיקה לוקחת בחשבון גם את הפרת הזכויות האלה במסגרת הענקת הסעד הזמני.**

**השאלה היא האם המהפכה החוקתית צמצמה את הגישה לנושא של סעדים זמניים? יש תחומים למשל של עיכוב יציאה מהארץ.**

**הקודיפקציה של נושא הסעדים הזמניים מבטאת הפנמה של הערכים החוקתיים.**

**ס' 75 לחוק בתי המשפט: סמכות כללית לתת סעד- כל ביהמ"ש הדן בעניין אזרחי מוסמך לתת רשימה של סעדים וכל סעד אחר ככל שיראה לו נכון בנסיבות העניין. ס' הסמכה רחב ביותר במקרה בו אין הסמכה ספציפית. ס' הסמכה שיורי להענקת סעדים.**

**הס' זה הוא קריטי בדיני רשלנות. המשפט המקובל הקלאסי מתיר רק פיצויים במקרה של רשלנות, ס' זה הוא מקור קלאסי להענקת סעדים אחרים במקרה של רשלנות.**

**יש צורך בפגיעה באותה דרגה, הפגיעה חייבת להיות בחוק כאשר פוגעים בזכויות, עפ"י פסקת ההגבלה. הסעדים הזמניים צריכים עיגון בחקיקה ראשית- זה ס' 75.**

**הענקת סעדים זמניים מהווה פגיעה בזכויות ולכן ס' 75 עונה על הקריטריון של פגיעה בחוק.**

**סעדים זמניים בולטים:**

1. עיקול זמני. **מונעים שימוש חופשי בנכס, ניתן להטיל עיקול על חשבון בנק (לא ניתן להוציא כסף), עיקול על נכס מטלטלין, אסור לבצע עסקאות ולהעביר בעלות. מקפיאים את הנכס בדיוק מהטעמים אותם ראינו (חשש מהברחת נכסים).**
2. צו מניעה זמני / צו עשה זמני. **למשל לא לפרסם את הספר בתביעת לשון הרע (פס"ד אבנרי נ' שפירא). צו עשה היא ביצוע פעולה. שאלה פילוסופי מורכבת איזה מהצווים פוגעים בצורה משמעותית יותר בחירות.**

החלטה בעניין דהאן:שם ניתן צו עשה חריג- לתשלום סכום כסף לתובע, סכום הכסף אותו התובע ביקש. זה חריג כי זה בעצם פס"ד. יש בזה סיכון שהתובע מצידו יבריח את הכסף. יש מצבים בהם ניתן צו עשה לעשות משהו ובסופו של דבר הנתבע זוכה ואז הוא למעשה עשה זאת לחינם.

**יכולים להיות מצבים של סחטנות- הנתבע אומר לתובע שיוותר על התביעה בתנאי שהנתבע ישלם את הכסף ולכן מה שניתן לעשות זה קביעה שהנתבע ישלם את הסכום שלא נתון במחלוקת.**

1. עיכוב יציאה מהארץ. **נפוץ בדיני משפחה, יש חשיבות לנוכחות בעל הדין או הילד.**
2. כינוס נכסים. **אנו מכירים זאת מהתחום של חדלות פרעון. באופן כללי אחד הדברים שהתובע עשוי לחשוש שהנתבע יעשה תוך כדי ההליך זה שאם למשל גנבו לי עץ זית עתיק מהחצר ואנו רואים שהוא שתול אצל השכן החשש הוא שהנתבע יפסיק להשקות את העץ או לבקש מהעו"ד שלי שיהיה כונס נכסים, אנו נרצה לכנוס איזה תיק מניות, חשבון בנק או ניהול של תאגיד, אנו לא רוצים שהנתבע יפגע בנכס תוך כדי ניהול ההליך ולכן אנו רוצים שמישהו שחיצוני לתביעה ינהל את הנכס.**
3. צו לתפיסת נכסים. **נקרא צו אנטון פילר- בפס"ד זה נקבעה ההלכה לגבי אותו צו. החשש הוא מההיעלמות הנכס. בעיקר נעשה בזה שימוש לצורך ראיות. יכולים לבקש צו כניסה לחצר כדי להחזיק את הנכס ולשמור אותו כדי שיוצג כראיה. זה יכול להיות עו"ד או שביהמ"ש ימנה מישהו.**
4. הגבלת שימוש בנכס. **מכונה צו מרבה (הלכה מהמשפט המקובל). חשש מפני פגיעה בנכס. באיזה נסיבות אנו צריכים צו כזה, כיוון שכונס נכסים לא יוכל להועיל בהם? למשל נכסים שנמצאים בחו"ל, לא ניתן להטיל סעד קנייני על הנכס אבל כן צו אישי על הנתבע- לנתבע אסור לעשות שימוש כלשהו בנכס שאנו לא יכולים להגיע אליו. בפועל אם הנתבע מוכר את הנכס בחו"ל, הוא הפר צו של ביהמ"ש וישא בהשלכות ההפרה הזו.** צו זה מקים חובה של הנתבע מול ביהמ"ש. הצו כאן לא מוטל על הנכס מבחינה קניינית אלא אישית.
5. צו חוסם. **חוסם את בעל הדין מגישה לערכאות, הגשת תביעה אחרת וניהול הליך נוסף. החשש היא שהנתבע יכול להגיש תביעה כאשר הנכס נמצא בחו"ל ואז להגיש תביעה נגדי ולזכות בה. אנו יכולים לבקש מביהמ"ש צו שיאסור על הנתבע לתבוע. אם הוא כן מגיש תביעה , בישראל הוא יהיה אדם שהפר צו שיפוטי ואז הוא יהיה חשוף לסנקציות של בזיון ביהמ"ש וכו.**

הופלד: **יש לי את הכוח לנהל ליטיגציה נוספת אך אין לי זכות לכך.**

פס"ד של ביהמ"ש לענייני משפחה- **ר.י נ' ע.י- עוסקת בצו חוסם שהוטל בתוך ישראל כסעד עיקרי. מקרה בו בת הזוג טענה שבו הזוג מגיש כל הזמו תביעות. היא מקבלת סעד שאוסר עליו לתבוע שוב בתוך ישראל. יש שם דיון רחב בהצדקות ועקרונות של צו חוסם.**

**קריאה: פרק 3(ו), פרק 4(א), (ג)- פסקי דין 1-3.**

**7.1.13**

סעדים זמניים

**יש הליכים בהם אין חשש רלוונטי להברחת נכס או להעלמה של איזה פריט או סכום כסף ואז נושא זה לא יהיה רלוונטי.**

**אנו נדבר על ההיבטים הכלליים של הנושא הזה.**

**בעקבות הרפורמה יש חלק כללי שעוסק בכל הסעדים הזמניים ואח"כ יש סעד פרק ספציפי. אנו נתמקד בעיקר בחלק הכללי.**

**חמישה סעדים זמניים מקבלים הסדר ספציפי. צווי מניעה או צווי עשה הם דברים מאוד מרכזיים בהרבה מאוד תביעות אולם אין לנו פרקים ספציפיים לגביו, מה שיש לנו הוא פרי המשפט המקובל.**

**לאופן השגת הסעד הזמני יש היבט מכריע על הפעלתו.**

**איך תובע יכול להשיג סעד זמני, מתי ניתן להגיש בקשה כזו?**

**הגיוני לומר שברגע שהוגשו כתבי הטענות.**

**תקנה 363: סעד זמני ניתן לבקש בכל שלב בהליך, החל מראשיתו.**

**אפשר להגיש בקשה לסעד זמני עוד לפני הגשת התביעה. כתב התביעה עוד לא הוגש, ייתנו לפי הבקשה ולכן אופן ניסוחה הוא מאוד חשוב.**

**יש פה משהו קיצוני- מאפשרים להתחיל את ההליך בטרם הוא התחיל.**

**אולי אנו יודעים שהולכת להיות מניפולציה הל נכס רלוונטי ואין לנו זמן להכין את התביעה.**

**אנו צריכים להתחייב להגיש תביעה בקרוב, הגבול הוא שבוע. אם לא עושים זאת הסעד הזמני בטל. זה מדגים לנו את העוצמה של הכלי הזה ואת רמת הפגיעה בזכות שהוא מקנה.**

**תקנה 363ב- אפשרות להגיש בקשה לסעד זמני אפילו אחרי שניתן פס"ד. מדוע זה רלוונטי? מדובר על מצבים בהם לא ניתן לבצע את פס"ד מיד, עדיין לא ניתן לממש את הנכס ואז נצטרך לממשו כאשר זה רלוונטי. כאן אין את המטען של פגיעה בזכות של צד שני, פגענו בזכות ועכשיו אנו רוצים לממש אותה.**

**בקשה לסעד זמני יכולה להיות מוגשת גם שנתיים לתוך ההליך- רצון לממש נכס, אולי הנתבע קיבל ירושה וכו'. בעל הדין כל הזמן מנסה לוודא האם יש כסף חדש עליו אפשר לשים את היד.**

**סעד זמני צריך להיות מגובה בתצהיר, כאן התצהיר הוא קריטי אולי יותר מפעמים אחרות. הכתב מאפשר לצד השני להתגונן, להגיב על הטענות ולחקור את הצד השני על התצהיר שלו. תצהיר זה תחלופה לעדות.**

**הקריטיות של תוכן הבקשה והגיבוי בתצהיר קריטית למצבים בהם הבקשה לסעד זמני ניתנת במעמד צד אחד, שהוא רק התובע.**

**הכלל הוא דיון במעמד שני הצדדים. אבל אנו יכולים להבין למה בתחום הסעדים הזמניים יהיה הגיון לסטות מהכלל הזה. מתקבלת החלטה הפוגעת בזכות מהותית במעמד צד אחד, ללא אפשרות לנתבע להתגונן.**

**אם הבקשה מוגשת לפני ההליך ברור שאין נתבע.**

**חריג- ביהמ"ש רשאי לנהל דיון במעמד צד אחד עם ראיות מהימנות. תקנה 366.**

**תקנה 366(ב)- יש סעדים לגביהם ברירת המחדל היא דיון במעמד צד אחד. בסעדים האלו מה שמאפיין אותם שמצד אחד יותר קל להעלים אותם ומצד שני אפשר אולי לחשוב שמדובר על סעדים**

**מצבים בהם הפגיעה היא בקניין, במצבים אלו נוכל קצת להעצים את התובע ולצאת מברירת המחדל של דיון בשני צדדים. אנו נסתכן בפגיעה. מיד אחרי שמוטל סעד זמני במעמד צד אחד, הדבר הראשון שקורה הוא הענקת הודעה לנתבע ואז ביהמ"ש מנהל דיון במעמד שני הצדדים. אין כאן ביטול של דיון במעמד שני הצדדים אלא רק דחייה שלו.**

**כאשר אנו מדברים על פגיעה בקניין קל יחסית לפצות על נזק שנגרם.**

**ברוב המצבים ניתן לפצות על סעד זמני שגוי יותר מאשר על פגיעה בחירות.**

**לנתבע יש הזדמנות בכל מקרה להתייצב בדיעבד ואז ביהמ"ש יכול לשקול מחדש את הענקת הסעד הזמני או לא.**

**באופן כללי הדיונים במעמד צד אחד הם יותר נפוצים ואנו יכולים לחוש איך זה משפיע על היכולת של ביהמ"ש לתת החלטות טובות יותר, מדובר על מצב בו ביהמ"ש צריך לסמוך באופן מלא רק על צד אחד. זה רגע לא אדברסרי מלא אך גם לא אינקוויזיטורי. ההליך הוא עדיין אדברסרי.**

**הוויתור על מידע משמעותי שבד"כ ביהמ"ש ניזון ממנו כדי לקבל החלטות מוצדקות מסירה אחריות מפני העלויות של שגיאות או טעויות בהחלטות של סעדים זמניים.**

**בעצם אנו רואים מנגנון שלם אותו הדין דורש מהתובע לשאת על עצמו את הסיכון של החלטה שגויה בתחום של סעדים זמניים. באופן כללי זה נכון גם במקרים רגילים.**

**לא ניתן לתבוע שופט שנותן פס"ד שגוי אך יש פטור מאחריות חקוק בדין. אבל בהליך משפטי רגיל גם התובע לא נושא באופן מלא בסיכוני הטעות.**

**אם התובע זוכה בביהמ"ש והתברר בדיעבד שמדובר על תוצאה שיפוטית שגויה, אם זה בערעור זה יכול להתבטא בהוצאות אך אםפ זה התברר לאחר מתן פס"ד סופי הנתבע לא יכול לתבוע את התובע, ביהמ"ש מפנים את התוצאות של הטעות.**

**זה לא כך בסעדים זמניים, שם אנו רואים שהתובע צריך להפנים מראש את התוצאות של טעות.**

**עדיין יכול להיות מחסור במידע, זה נדון בשלב מאוד מוקדם ולכן יש מנגנון שלם הדורש מהתובע להפנים את סיכויי הטעות של ביהמ"ש ככל שזה נוגע לסעדים זמניים.**

**תקנות 364-365: היבט הפנמת הסיכון ע"י התובע. על התובע מוטלת החובה להפקיד ערובות להטבת נזקיו של הנתבע כתוצאה מהענקת הסעד הזמני, אם יתברר שהסעד הזמני שגוי. זה יכול לקרות אם אני מפסיד בתביעה כולה אבל גם לפני כן- אם הענקת הסעד נעשית במעמד צד אחד ואח"כ יש דיון במעמד שני הצדדים. יש מצבים מגוונים בהם התברר שהסעד הזמני שגוי והתובע צריך לקחת על עצמו את הסיכון הזה.**

**איזון מרכזי בין הזכות המהותית של הנתבע לקניין וחירות לבין האינטרס הלגיטימי של התובע להליך אפקטיבי.**

**התובע חייב להצמיד לבקשה שלו לסעד זמני שתי בטוחות לפחות: 1. התחייבות עצמית. 2. ערבות/כתב ערבות (מערבות ניתן לפטור במקרים חריגים). 3. בטוחה אופציונלית- ערבון.**

**החלטה בעניין אלול: עושה סדר בהבחנה בין שלושת סוגי הבטוחות האלו.**

התחייבות עצמית: **מסמך בו כתוב אני מתחייב. בעצם כעין חוזה חד צדדי שבו התובע מתחייב להטיב את כל הנזקים. מדובר על טפס שצריך לחתום עליו. בבקשה לסעד זמני הוא מתחייב להטיב את הנתבע וכל נזקיו הנוגעים לסעד הזמני אם מתברר שהסעד הזמני שגוי. מדובר על בטוחה שאיננה מוגבלת בסכום אך התוקף שלה הוא בעל התחייבות חוזית.**

**כדי לקבל פיצוי עפ"י חוזה יש צורך להראות שהייתה הפרה שבמקרה שלנו תהיה סעד זמני לא ראוי, צריך להוכיח נזק, קש"ס לנזק ומבחן הצפיות שהחוזה יכול לגרום לנזק.**

**מסמך חוזי באופיו, מקים חיוב כללי של התובע כלפי הנתבע להטיב את נזקיו עקב הענקת הסעד החוזי. היא בטוחה חזקה כי היא מבטאת אחריות מוחלטת ומצד שני היא יחסית חלשה כי היא חוזית- שווה את הכסף שיהיה לי, אם יהיה בעת קיום ההתחייבות.**

כתב ערבות: **מישהו חיצוני, צד שלישי, שערב להתחייבות החוזית. זה יכול להיות מוסד בנקאי, משקיע, גורם עם אינטרס. מדובר על משהו שניתן ע"י צד שלישי, מישהו אחר מגבה את הבקשה.**

**ביהמ"ש כאשר הוא בודק את כתב הערבות בוחן עד כמה הבטוחות שניתנו תואמות את הסיכון. ככל שביהמ"ש חושש שהחלטתו עשויה לדרוש מהתובע לשאת בעלויות הנזקים כך הוא יבקש בטוחה חזקה יותר.**

ערבון: **בטוחה חפצית. בד"כ צ'ק מזומן, בד"כ זה יהיה עד 50,000 ₪. אנו יכולים להבין מדוע הבטוחה הזו חזקה ביותר. אם התברר שהסעד הזמני הוא ראוי, מקבלים בחזרה את הבטוחה. בד"כ לאחר מתן פס"ד לטובת התובע.**

**אנו יכולים לחשוב על מצב בו הסעד הזמני היה ראוי אבל במהלך הדיון כבר לא היה בו צורך. הנתבע יבוא לביהמ"ש ויבקש להסיר את הסעד הזמני כי הוא לא רלוונטי, הסעד הזמני פקע ואז התובע רשאי לקבל בחזרה את הערובה שלו. זה לא שהסעד לא היה ראוי אלא שבאיזשהו שלב כבר לא היה בו צורך.**

**נק' המוצא של הדין היא שהתובע נושא בסיכון.**

**יכול להיות מצב בו ביהמ"ש לא בטוח שאכן יש לתת את הסעד הזמני הזה ולכן הוא דורש בטוחה.**

**פס"ד אלול מגדיר גם ערבות וגם ערבון כערבות בנקאית. במקרה של אלול ביהמ"ש אמר שתופקד ערבות בנקאית אבל הוא לא הגדיר האם היא תוגש כערבות או ערבון. זה משנה כי אופן המימוש של כל אחד מהם הוא שונה. ביהמ"ש צריך לחשוב מה הוא הטיל כי אם רוצים לממש את הבטוחה ההליך הוא שונה.**

**ההנחה היא שהעירבון היא רק תוספת.**

**תקנה 364: ביהמ"ש רשאי לפטור מהפקדת ערבות אם הוא משתכנע שהדבר צודק, ראוי ומטעמים מיוחדים שיירשמו. זה אומר לנו שפטור מערבות יינתן רק במקרה מאוד חריג.**

**דיון בנושא מימוש הערובות, נגיד שמתברר שהסעד הזמני היה לא ראוי- הפסקת תובענה (השתמשנו בביטוי זה בעבר, התקנות עושות שימוש במושג זה בשני הקשרים שונים). הפסקת תובענה במסגרת דיני הסעדים הזמניים מדברת על מצב שבו ההליך הסתיים שלא לטובת התובע. ניתן סעד זמני אך לא ראוי שהוא יינתן, בדיעבד הסתבר שהתובע לא זכאי. הסעד הזמני פוקע והנתבע רשאי לממש את הבטוחות.**

תקנה 371: **הסדר די מפורט. ביהמ"ש יכול להורות על חילוט העירבון או חלק ממנו אם הוא ראה שנגרם נזק בעקבות הסעד הזמני והבקשה לסעד זמני לא הייתה סבירה בנסיבות העניין, כדי שהנתבע ייהנה מהעירבון הוא צריך להראות שכשהתובע ביקש את הסעד הזמני הוא פעל באופן לא סביר, הוא היה יכול להיות זהיר יותר. הזמן הרלוונטי הוא בעת הבקשה. יש פה אחריות על התובע ותמריץ בשבילו לבקש רק כאשר הוא בטוח.**

**זה זמין לנתבע רק אם הבקשה הייתה בלתי סבירה בנסיבות העניין. הנתבע זכאי לערבון רק אם הוא ביקש את הסעד הזמני רק באופן רשלני ולא סביר.**

**יש אפשרות לחלט את העירבון, הנתבע מקבל את הכסף. החילוט זה העברת הקניין מהתובע לנתבע.**

**אם הבקשה לא הייתה סבירה ניתן לקבל את העירבון ללא הוכחת שיעור הנזק- צריך רק להוכיח שנגרם נזק כלשהו. שק"ד מלא לביהמ"ש לאפשר לנתבע ליהנות מהסכום הזה.**

**תקנה 371(ב): חילוט העירבון אינו גורע מזכותו של הנתבע להיפרע מנזקיו מלהגיש תביעה חדשה או משהו אחר. העירבון זה הגבול העליון ומקום טוב להתחיל בו. אם נגרם נזק נוסף ניתן להמשיך ולגבות אותו מהמקורות האחרים שהם התחייבות, ניתן לממש גם את הבטוחות האחרות במסגרת ההליך הזה- לאחר מתן פס"ד ופסיקה לטובת הנתבע הגשת בקשה למימוש הבטוחות. בטוחות אלו יוצרות זכויות שהן חיצוניות להליך.**

**ניתן להגיש תביעה עפ"י ההתחייבות או הערבות.**

**פס" סחר שירותי ים: הסיפור הזה הוא לא כל הסיפור, נתבע שניזוק מסעד זמני יכול לתבוע בנזיקין אפילו מעבר לבטוחות האלו. למרות שיש לשים לב שרוב המקרים ההתחייבות העצמית יכולה להספיק. תביעה נזיקית יכולה לעזור לנו כאשר הנתבע הפסיד, התברר שהסעד הזמני ראוי ואז לא קמה לא לי זכות מכוח דיני הבטוחות אבל עדיין ניתן לראות שהתובע התרשל כלפיי ביצירת סעד זמני.**

**שם התובע ביקש עיקול על כל המלאי למרות שהיה ראוי ואפשרי להטיל את העיקול על כל המלאי. התובע הגיש תביעה בסכום מאוד גבוה וביקש סעד זמני על כל המלאי ובדיעבד התברר שהמלאי שווה הרבה יותר ומדובר על סוג המלאים שניתן היה לחלקו. זה מקרה קלאסי בו ביהמ"ש אין שום דרך לדעת, התובע מודיע שכל המלאי מגבה את המידע שלו. במקרה זה התובע מנצח אבל שווי התביעה הוא יותר נמוך מהמלאי ולכן הוא גרם נזק לנתבע שהוא לא היה צריך לגרום אותו. ההתרשלות הייתה לא לברר בצורה מדויקת יותר מה שווי המלאי, נוצרת כאן חובה חדשה במסגרת עוולת הרשלנות והיא חובת בירור. טירקל מדבר על ס' 61(ב) לחוק החוזים דרכו אנו מחילים את סעיפים 12 ו 39- חובת תום הלב וחובת הגילוי שנובעת ממנו. זוהי עילת תביעה אזרחית עצמאית נגד הנתבע.**

**התנהגות התובע-אם אנו מצליחים לחלץ מביהמ"ש עיקול זמני על כל המלאי כולו, התובע ניסה בעצם לגרום לנתבע להתפשר. מדובר על התנהגות קלאסית.**

**ביהמ"ש מזהה את ההתנהגות הזו אך לא רוצה לעודד אותה ולכן הוא מטיל אחריות נזיקית על התובע.**

**ביהמ"ש אומר שאם התובעים גורמים לו להפר זכויות של נתבעים הם אלו שיפנימו את התוצאות של הטעות.**

**מתי ראוי לתת סעד זמני?**

**התפתחות של משפט מקובל.**

תקנה 362: **יש שק"ד רחב לביהמ"ש.**

**מעבר להיבט הפרוצדורלי של הפקדת הבטוחות ביהמ"ש צריך לבקש עוד שני תנאים עיקריים:**

1. **תנאי העילה. האם לעילה יש סיכוי? ביהמ"ש מתחיל לתת אינדיקציה לגבי דעתו על התביעה. איך בוחנים אם יש עילה לתביעה ? אנו מניחים שהכול נכון בתביעה לגבי דחייה על הסף. פה יש לנו החמרה קלה- התובע צריך להראות לביהמ"ש שיש לו יכולת להוכיח את העילה, יש דרישה לראיות לכאורה.**
2. **קיום התנאים המפורטים בהוראות המיוחדות לפרק זה.**

**דבר אחד המשותף לכל הסעדים כולם הוא עקרון ההכבדה. כתנאי למתן סעד זמני כלשהו צריך התובע להראות שאי מתן הסעד הזמני יכביד על האפשרות לממש את פס"ד או על ניהול ההליך, זה תלוי בסוג הסעד הזמני. תמיד אנו נשאל את שאלת ההכבדה וזו שאלה קריטית שלא צריך לוותר עליה.**

**יש סעדים בהם נדרוש הכבדה משמעותית יותר, הסעד הזמני יינתן רק אם הוא באמת נדרש.**

**לא לכל הסעדים הזמניים יש הסדר ספציפי אולם גם לגביהם יש צורך להראות שמבחן ההכבדה מתקיים למשל לגבי צו מניעה מוגדר ככזה שמיועד למנוע הכבדה על ההליך (הגדרה של צו מניעה, תקנה ? ).**

**תקנה 362(ב): מונה את שורת השיקולים שראוי שביהמ"ש ישקול. לא מדובר על רשימה סגורה.**

1. **יש לשקול את האיזון בין הנזק שייגרם עם הסעד הזמני לבין הנזק שייגרם ללא הסעד הזמני. הנזק מגובש בעקרון ההכבדה. יש לנו כאן מעין מבחן שלישי של מידתיות, מידתיות במובן הצר- יחס נזק תועלת. יש כאן מקום מובהק לשאלות חוקתיות.**

**פרוקציה בעניין מרכנתיל נ' עמר (לבדוק את העובדות!)- זוג גמלאים חדלי פירעון מול הבנק. מתנהל הליך מימוש של דירת המגורים בהוצל"פ לאחר שהתברר שהם זכאים ומה שהם עושים זה מגישים תביעה חדשה ובה הסעד הסופי שמבוקש הוא צו מניעה קבוע על הבנק שלא לממש את הדירה. הסיכוי של התביעה להצליח הוא נמוך, שואף לאפס. אנו מבקשים סעד זמני שיחפוף באופן מלא את הסעד המבוקש. הסעד המלא המבוקש הוא צו מניעה קבוע והסעד הזמני המבוקש הוא צו מניעה זמני ביחס לדירה.**

**פרוקציה אומרת שיש לחשוב על מאזן נוחות, הבנק הולך לממש את דירת המגורים של הזוג. בסיפור זה הנזק שייגרם לבנק מכך שהמימוש יידחה כאן עד שהתביעה תתברר שהיא חסרת סיכוי, מאזן הנוחות פועל לטובתם ובמובן הזה היא מדברת על יחס של מקבילית בין מצד אחד סיכויי התביעה שהם נמוכים מאוד לבין מאזן הנוחות מצד שני. מקרה קיצוני של מאזן נוחות יכול לגבור.**

1. **היבטי הצדק. תקנה שנחקקה לאחר חוקי היסוד. מעבר לכל יש לנו את ההכרה בזכותו של ביהמ"ש לקחת בחשבון את הסיפור כולו. המטרה היא מניעת ניצול לרעה של הכלי של הסעדים הזמניים. זה יבוא לידי ביטוי במקרים של הסתרת מידע, מצג לא מדויק.**

**שפר: אפילו אם התביעה שלך טובה אבל החסרת פרטים או פעלת בשיהוי עדיין אפשר לעשות שימוש בתקנה זו. מטילים על התובע רף גבוה של שכנוע והתנהגות ראויה.**

**מידה לא עולה על הנדרש מרמזת לנו על השיח החוקתי, הענקת סעד זמני צריכה להיות שקולה יותר.**

**ויסגלס: לפני הקודיפיקציה של הסעדים הזמניים ואחרי חוקי היסוד. ביהמ"ש משנה את הפרשנות של עיכוב צו יציאה מהארץ כדי לצמצם את השימוש בסעד הזה. ההלכה של ויסגלס כבר מגלמת בתקנות החדשות של עיכוב יציאה מהארץ. חוקי היסוד משפיעים על אופן ההפעלה של הסעדים הזמניים.**

**הנטל עלינו קצת יותר גבוה כמבקשי סעד זמני- יש עילה, הכבדה, מאזן הנוחות פועל לטובתי וגם שיקולי הצדק. מדובר על מבנה מצטבר ולכן הנתבע צריך לחורר רק אחד מהם.**

**ריבוי בעלי דין, תופעה שמתרחבת עם הזמן, במדינה המודרנית. יש לנו יותר ליטיגציות וגם יותר עם המון משתתפים.**

**למה יש לנו הליכים יותר מרובי משתתפים מאשר בעבר?**

* **הדין המהותי מטיל יותר חובות כלפי אנשים שונים, שלא היו קיימות בעבר.**
* **הרחבת סוגי העילות האפשריות להתדיינות.**
* **הכלכלה השתנתה. ביותר סיטואציות אנו מוצאים את עצמנו עם יותר משתתפים. ההתנהגויות שלנו משפיעות באופן תדיר יותר על יותר אנשים.**
* **מערכת המשפט השתנתה, קשה לה להתמודד עם כמות עצומה של סכסוכים בינאריים (בעלי דין יחידים אחד מול השני).**
* **הורחבה זכות העמידה. לא רק בעל הזכות המקורית אלא גם ארגונים נוספים, תופעות כמו של ידיד ביהמ"ש. ברגע שביהמ"ש תופס את הגישה אליו באופן רחב יותר גם זה יכול להוביל ליותר ליטיגציות מרובות משתתפים.**
* **אם בעבר רק הבית השכן למפעל המזהם יכל לתבוע גם השכונה יכולה לתבוע- מידע חדש שהתווסף.**
* **תופעת העיור- מעבר של אנשים מהכפר אל העיר. אנו גרים בבתים משותפים ופחות בבית הפרטי שלנו. סכסוך עם הקבלן רלוונטי לכל דיירי הבניין.**

**הדוקטרינה מתפתחת במקביל לתופעות אלו.**

צירוף בעלי דין

**תקנות 21-24. מנחות בעלי דין מה צריך לעשות כאשר רוצים לכלול יותר מבעל דין אחד. בשלב הגשת התביעה צדדים יכולים להתאגד ביחד וכך תובעים מצרפים אחד את השני. ניתן לצרף את התובעים/נתבעים ביחד לתביעה. צריכה להיות מידה של זיקה- מעשה אחד או סדרה אחת. מדובר על סיפור עובדתי ולא על עילה. מבחן ענייני הנותן חופש לתובעים לעשות את הפעולה זו עם הגשת התביעה. נתבע יכול לטעון שהצירוף לא רלוונטי. זוהי רק טענה של נתבע כי תובעים בוחרים להצטרף.**

תקנה 46: **עוסקת בסכימה של תביעות. סמכות עניינית נקבעת לפי סכום כל התביעה, כך זה גם ביחס לתובעים, סוכמים את גובה התביעות שלהם.**

**תקנה 24: תובע יכול לבקש לצרף תובע נוסף, זה עשוי לקרות אולי כאשר מדובר על עוולה שגרמה נזק לעוד אנשים שלא היינו מודעים להם בעת הגשת התביעה.**

**מתי תובע רוצה לצרף נתבע בשלב מאוחר? במקרה של כיס עמוק- אם הנתבע המקורי ירד מנכסיו.**

**נתבע שרוצה לצרף תובע- אולי הנתבע רוצה לסגור את כל העניין בפעם אחת.**

**נתבע שרוצה לצרף נתבע נוסף- צד ג'.**

**אדם חיצוני להליך- יכול להיות שמישהו יודע על קיומו של ההליך והוא רוצה ולהצטרף אליו, תובע /נתבע.**

**עתירת עדאללה ביחס לאיחוד משפחות: בעתירה הראשונה עלתה השאלה של התכלית הביטחונית לעומת הדמוגרפית. המדינה טענה לתכלית ביטחונית לאורך כל הדרך. היו אנשים שאמרו שהתכלית הדמוגרפית לא מיוצגת בהליך באופן מלא ולכן הם רצו להצטרף לעתירה.**

**ביחס למדינה יש הסדר מיוחד, ביהמ"ש יכול לבקש מהיועמ"ש לבוא ולתת חוות דעת.**

**ידיד ביהמ"ש רלוונטי להליכים אזרחיים.**

תקנה 23: **מעניקה לביהמ"ש שק"ד בנושא זה.**

**ידיד ביהמ"ש- קטגורית צד, זה המצאה של המשפט המקובל.**

ליטיגציות שמסתבכות:

טען ביניים: **הסדר שקבוע בתקנות 224-233. עוסק בסיטואציה בה נניח אני שחקן שאני יודע שאני חייב אך לא יודע למי. יש יותר מאדם אחד שתובע ממני את החבות. אני יודע שביצעתי עוולה אך לא למי, אין כפירה בחבות עצמה. ביהמ"ש צריך לעזור לנו בידיעה למי לשלם. זה הליך שהנתבע יוזם.**

הגנה נגזרת: **בעל מניה או חברה רוצה מיוזמתו להצטרף כנתבע לתביעה. אחד העוגנים של ההגנה הנגזרת הוא תקנה 24.**

**תקנה 24 שימשה את ביהמ"ש כדי להכיר בהגנה הנגזרת, אפשרות לצרף נתבע שלא רוצים שהוא יצטרף. פס"ד גיל נ' בנק דיסקונט.**

הודעת צד ג'

**מנגנון ראשי בו ניתן לצרף נתבעים להליך. משמש למצבים בהם הנתבע חושב שיש עוד צד שישא בחבות שלו.**

**תקנות 216-223.**

**216 קובעת את הנסיבות העיקריות בהן ניתן להגיש הודעת צד ג'.**

**בהודעת צד ג' יש היבט מותנה- אם אני הנתבע אהיה חייב מישהו אחר יהיה חייב לי או במקומי, שרשור האחריות האזרחית. מבוצע ע"י הפיכת צד ג' לבעל דין מרכזי.**

**אנו מדברים על כעין תביעה על תנאי, החבות של צד ג' מתעוררת רק אם הוטלה חבות על הנתבע המקורי. אם התובע מפסיד בתביעה הראשית צד ג' יוצא מהעניין. אם התובע מנצח אז מתעוררת שאלה משפטית בין הנתבע לצד ג'. בגלל שצירפנו את צד ג' להליך אנו מקבלים כאן יעילות, זה חוסך תביעה נוספת בין הנתבע לצד ג' וגם חלק מהליך כולו כובל את צד ג' לתוצאות המשפטיות באותו משפט, אנו חוסכים דיון חוזר בשאלות דומות.**

**צד ג' יכול לקרוא גם לצד ד, אנו יכולים לחשוב על מערכות יחסים עסקיות מסובכות. תקנה 216.**

**צד ג' מגיש כתב הגנה ועכשיו יש לו מלא הזכויות הדיוניות שיש לצד בהליך.**

**יכולים להיות מגוון מצבים בהם אני יטען שאם אני אחוב התובע גרם לחבות זו. הודעת צד ג' לתובע היא בעצם תביעה שכנגד מותנית.**

**אם יש לנו תביעה עם שני נתבעים נתבע אחד יכול להגיש הודעת צד ג' לנתבע אחר.**

**יכול להיות מצב בו תובע מגיש תביעה כנגד שני נתבעים. יכולה להיות מערכת יחסים משפטית בין נתבע א' לב'.**

**הודעת צד ג' טוענת מדוע אותה צד חשוף לתביעה במידה והנתבע יהיה חייב.**

**פס"ד בוארון נ' עיריית נתניה: תובע שהוא עובד שנפצע. הוא טוען שגם המעסיק הישיר שלו הזיק לו בכך שלא נתן לו קסדה וגם העיריה בתור מזמינת העבודה. בגין נזק גוף אחד הוא אומר שיש שני נתבעים שגרמו לנזק הזה.**

**הפתרון המשפטי הרגיל הוא ס' 84 לפקודת הנזיקין, במצבים כאלה ביהמ"ש יכול לחלק את הנזק בין שני נתבעים. בסיפור הפשוט יחסית נקבע ששניהם חבים, אם נקבע שלשניהם יש חבות בנזיקין ויש רק 100% פיצוי ביהמ"ש מחלק את הנזק לפי האשם היחסי של כל אחד.**

**פס"ד מנורה נ' אלון: המבוטחת, סוכן הביטוח והמבטחת. כאשר חותמים חוזה מול סוכן ביטוח הוא מתווך בינינו לבין חברת הביטוח. חברת הביטוח מסמיכה להחתים עבורה מבוטחים. המבוטחת רוצה לממש את חוזה הביטוח והמבטחת מתכחשת לנזק, היא אומרת שהנזק לא מכוסה. התובעת אומרת שסוכן הביטוח אמר משהו אחר והמבטחת אומרת שהסוכן חרג מההרשאה ולכן התובעת מגישה תביעה כנגד הסוכן על המצג שווא ואת המבטחת על הנזק.**

**ביהמ"ש מקבל את התביעות האלו ולכן הוא אומר שיש לחלק את הנזק בין המבטחת לסוכן. למבטחת יש חבות חוזית ולסוכן יש אשם.**

**מקור החבות של הסוכן הוא מול המבטחת, ביהמ"ש המחוזי קבע שהסוכן חייב בגלל שהוא פגע בציר בינו לבין המבטחת. אם זה כך חברת הביטוח הייתה צר**

**כדי להטיל על הסוכן חבות מכוח הפרת דיני השליחות מגיע לסוכן לדעת שהוא עומד מול טענה כזו ולהתגונן מולה. המבטחת אמרה בורר שהוא יודע כי הוא קרא את כתב ההגנה אבל ביהמ"ש אומר שזה לא מספיק, אנו רוצים מודעות מלאה של הנתבעים. בגלל שביהמ"ש לא קבע קביעה ישירה של החבות של הסוכן כלפי המבטחת החבות היא שלה. המבטחת יכולה לתבוע אח"כ את הסוכן בתביעה חדשה.**

**אנו לא רוצים שמישהו ישא בחבות מבלי שהייתה לו את מלוא הזכות להתגונן.**

**פס"ד קופ"ח כללית נ' טוויל: עוסק בסיפור דומה לבוארון. תביעה של הולדה בעוולה. ילד שתובע שני ספקי בריאות באמצעות הוריו- כללית והדסה. מצב של שני נתבעים. כללית מגישה גם הודעה לצד ג' להדסה, הם פעלו לפי ההנחיות של רופא הפריון של הדסה. המחלוקת היא יחסית נקודתית, עוסקת בשאלה ראייתית לגבי חוות דעת רפואית. תקנה 127- אם אתה רוצה להוכיח עניין שברפואה אתה צריך לצרף למסמך חוות דעת רפואית וכללית לא עשתה זאת. הדסה טוענת שזה מפיל את התביעה אולם כללית טוענת שיש כבר חוות דעת- של התובע ושל הדסה. ביהמ"ש שואל באופן כללי האם היה צריך הודעת צד ג' ואומר שלא בטוח אבל טוב שהוגשה הודעה כזו. הוא אומר שהיינו יכולים להסתדר גם בלי זה, ס' 84 עובד טוב כי התובע ייחס להדסה את אותם מעשים שכללית ייחסה להדסה ולכן אין פער שאנו יכולים להגיד שהדסה לא תוכל להתגונן כראוי. בעצם מתעוררת כאן שאלת מדיניות כללית. השופט אומר שעדיף לצרף את הודעת הצד ג' כי אז ההליך יהיה יותר שלם.**

**יש יתרון במשלוח הודעת צד ג' כי כך אנו שומרים את הדסה בהליך גם במקרה שבו תהיה פשרה בין הדסה לתובע.**

**שני השופטים הנוספים בהרכב מסכימים אבל חיות אומרת שעדיף שתוגש חוות דעת רפואית. השופט עמית אומר שהוא מסכים אבל עדיף שלא תוגש הודעת צד ג'.**

**ההלכה כאן מעורפלת.**

**קריאה: פרק 4ד, ה (1,2,7,8).**

**14.1.13**

**הליכים מרובי משתתפים.**

**תובענה ייצוגית-התפתחות מורכבת של האינטראקציה בין**

**המבנה הקלאסי של ההליך הוא של הרבה מאוד תובעים ונתבע אחד. המאפיין- העילות של כל אחד מהקבוצה יהיו יחסית נמוכות בשווי שלהן, התביעה של כל אחת תהיה קטנה כך שהם לא יגישו תביעה פרטית משל עצמם.**

**גם כאן ניתן לזהות פערי כוחות בין נתבע אחד לאחר מצד שני יש לנו אנשים שמחזיקים בעילות עם שווי נמוך. סוג של פערי כוחות מובנים.**

**הבעיה: הקושי שיש לתובעים בתביעה כאשר השווי שלה נמוך הוא שאין להם תמריץ לתבוע, כמובן אם מוסיפים לזה את רכיב הסיכון לא בטוח שנזכה ולכן יש לנו בעיה של תמריץ לתבוע.**

**מדוע לא מספיקים הדינים המתאימים של תובעים שיכולים להתאחד?**

**אחד מהמאפיינים הטיפוסיים של תובענות ייצוגית היא שיש לנו קב' בלתי מסוימת של חברים שלא ידועים זה לזה.**

**אם אנו רוצים ליצור תמריץ לתביעה אך יש לנו בעיה של פעולה משותפת, הדין מנסה לפתור את הפערים האלו.**

**בעיות של פעילות משותפת:**

1. **זיהוי החברים.**
2. **עלויות גדולות של תיאום.**

**תובענה ייצוגית ניתן לרכז את התביעות האלו להליך אחד שמה שמייחד אותו הוא שמישהו מתוך הקבוצה לוקח על עצמו את ניהול התובענה והפעילויות שלו מחייבות אותנו.**

**ס' 24 לחוק תובענות ייצוגיות: התוצאה של תובענה ייצוגית מקימה מעשה בי"ד.**

**עקרון היסוד של מעשה בית דין: היה לו יומו. זה הרגע הקריטי של מנגנון זה.**

**למעשה מחייבים אנשים בתוצאה משפטית מבלי שהם לקחו חלק בתובענה הייצוגית. זה מחייב את החברים בתובענה הייצוגית לא רק בזכייה אלא גם בהפסד לפי מקורות ההגינות של מעשה בית דין.**

**ס' 1, לחוק תובענות ייצוגיות. ס' תכלית.**

1. **היבט של גישה. אם העילה שלי היא בהכרח תהיה זולה יותר מעלות התביעה, אתה לא יכול לתבוע כי ההליך יקר מדי. תובענה ייצוגית זה מנגנון להבטחת הגישה לערכאות.**
2. **יעילות. נכון בעיקר למצבים בהם התביעה הבודדת יכולה להיות מוגשת ללא התובענה הייצוגית.**
3. **הרתעה. ככל שהתנאים האפשריים לאכיפה משפיעים על הבחירה של השחקנים במשק הכלי של תובענות ייצוגיות הוא קריטי להרתעה. העלות של התביעה לא רק מונעת גישה אלא מונעת גם אכיפה של החוק, עד רמה מסוימת שהנתבעים במצב הרגיל יודעים שהם יכולים לפגוע כי אין סיכוי לפגוע בהם. התובענה הייצוגית אומרת לנתבעים האלה שהם לא יכולים לפגוע בנתבעים שלהם.**

**הכלי של תובענה ייצוגית הוא היחיד שמאפשר להטיל איום ביחס למקרים כאלה. בדיני נזיקין יש הגנה של זוטי דברים- לא צריך לטרטר את המערכת והנתבע בגין עילה מהסוג הזה. והמשפט המהותי אומר שזה פטור מציות לחוק. בתובענה ייצוגית אנו רואים זליגה מהמשפט המהותי לדיוני, כלי זה שולל את ההגנה של זוטי דברים. השווי הוא קבוצתי ולכן הדין יכול להיאכף.**

1. **פיצוי. אם לקחו ממני סכום מסוים, מגיע לו אותו חזרה. אם דיני הנזיקין אומרים שמגיע פיצוי בגין נזק אז התובענה הייצוגית מאפשרת זאת.**

**ההכרה בצורך להשיג את מה שתובענה ייצוגית מאפשרת מקורה במשפט המקובל. תקנה 29 לסד"א היה התקנה שהעניקה את הסמכות לתובענות ייצוגיות אך הבינו שזה לא מספיק מתוחכם כדי לאפשר את התובענות הייצוגיות.**

**שנות ה90 התחילו ליצור הסדרים ספציפיים לתובענה ייצוגית בחוקים מסוימים. זה היה בחוק החברות וכו. קב' בלתי מסוימת של בעלי מניות עם איזה שחקן שיכול לעוול בשווי נמוך. יש לנו שורה של ליטיגציות בשנות ה 2000 שבוחנים את תקנה 29 ואתת ההסדרים הספציפיים.**

**פס"ד עשת וריירכט: ניסיון לבדוק את הנושא של תובענות ייצוגיות. השופטים אמרו למחוקק שהגיע הזמן לבחון זאת מחדש.**

**שנת 2006: חוק התובענות הייצוגיות, חוק מודרני ומפורט. אחד הגילומים של התפתחות דיני הפרשנות בישראל.**

**לאחר 2006 אנו רואים בפועל שורה של אמירות של העליון- התכלית של החוק היא לתת גישה טובה יותר להליך, קצת יותר ליברליזציה של הדין, יותר תובענות ייצוגיות שמצליחות להתנהג באופן מלא או כמעט מלא ואולי גם הכרה על הגישה של תובעים לכלי הזה.**

**בגלל המבנה המיוחד של נציג, קבוצה, נתבע יש פה משהו חריג בהליך האזרחי ולכן יש לבחון אותו לפרטיו.**

**אפשר לשים מצד אחד את קב' התובעים, בעלי העילה ומצד שני עומד מולם הנתבע ובתווך יש את התובע הנציג.**

**כל אחד מהשחקנים האלה מושפע בצורה אחרת מהכלי של תובענות ייצוגיות.**

**חברי הקבוצה: אותם מטריד שהנציג לא יעשה עבודה טובה, יש לסמוך באופן עיוור באמת על הנציג.**

**מסמיכים נציג לכפות על קב' תוצאה משפטית מבלי שיש לה חלק בהליך והם צריכים להיות בסדר עם זה, איך מוודאים שהם באמת ייוצגו כמו שצריך? הדבר משמעותי לאור ס' 24, מעשה בית דין.**

**כדי להגיש תובענה ייצוגית יש לבקש אישור מקדמי של ביהמ"ש, יש לברר שהנציג ראוי ולא רשלן. בשונה מתביעה אזרחית בה אין צורך באישור.**

**סעיפים 3,4,8: עוסקים בתנאים מאוד מפורטים למי שרוצה לייצג את הקבוצה וצריך לעמוד בתנאים.**

**ס' 4: הנציג חייב להיות בעל עניין אישי, יש איזשהו קירוב שנעשה בצורה הזאת.**

**יש להם אפשרות יציאה, אפשרות לבחור להיות בחוץ.**

**בשיטות שונות יש את חלופת היציאה. ברירת המחדל היא שכל מי שיש לו עילה נמצא בתוך התביעה. מי שרוצה לבחור לצאת צריך לעסוק פעולה אקטיבית, להגיד שהוא רוצה להיות מחוץ לקבוצה.**

**חלופה שנייה: כולם בחוץ, מי שרוצה להיכנס צריך לעשות פעולה אקטיבית של כניסה. ס' 12.**

**החלופה הראשונה מחזקת יותר את הכלי של התובענות הייצוגיות.**

**באופן טיפוסי ביהמ"ש ייתן מועד מסוים לצאת מהקבוצה. בהינתן מה שאנו יודעים על השווי של תובענה ייצוגית ועל מה שאנו יודעים על עצמנו, לגבי הטיית הסטטוס קוו, מדברת על סוג של אדישות או באופן מדויק יותר- רתיעה מפני שינוי, הענקת הבחירה לא להיכנס אלא לצאת.**

**הבחירה המרכזית היא עשיית שימוש בהטיית הסטטוס קוו כדי לגרום לכלי של התובענה הייצוגית להיות יותר חזק.**

**מצבים בהם למשל שווי העילה הוא לא מאוד נמוך, ביהמ"ש צריך להיזהר עם התביעה ולדרוש הסכמה.**

**ס' 24 זה הגיבוי, הנציג יכול באמת לחייב אנשים אחרים מבלי שהם שקלו את הרעיון שהם חברים לקב' תובעים.**

**אנחנו לא רק מפחדים שהנציג יפסיד אלא שהוא יעשה מניפולציה בתביעה שלו.**

**דבר נוסף שניתן להזכיר כאן זה ס' 15, זכות ההשתתפות, אתה יכול לבוא לביהמ"ש ולבקש לטעון. יש היבט של יכולת להשמיע את קולי בהליך. כאשר לא מרוצים באופן מלא מהאופן בו הנציג מנהל את ההליך.**

**דיני התובענות הייצוגיות נועדו בראש ובראשונה להגן על הקב' מפני הנציג. החריג העיקרי של התובענה הייצוגי הוא ס' 24, כבילת הקב' בתוצאת פס"ד.**

**בשנים האחרונות יש הכרה הולכת וגוברת שכלי התובענות הייצוגיות יוצר סיכונים ייחודים לנתבעים מכוח התכליות שהצגנו ולכן יש הגנה גם על אינטרס הנתבע בהליך, החשש של הנתבע מפני התוצאה הסופית ואולי חשש של הרתעת יתר הנובעת מתוך השווי הגדול של התביעה.**

**בהינתן השווי הגדול של התביעה הנתבע חושש מההתגוננות בתביעה בשווי גדול.**

**לפעמים הצד השני צריך לשאת בעלויות של ביטוח וכו. כל תביעה היא קטנה ותובענה ייצוגית יכולה להפיל אותו.**

**במצבים מסוימים הסיכון יכול להיות כ"כ גדול שהוא ישתק פעילות כלכלית שאנו מעוניינים בה.**

**זה יכול לפגוע בשווי המוניטין וכו. אם מישהו חשוף לתובענה ייצוגית עצם הידיעה שאנו עומדים בפני סיכון לתשלום סכום גבוה יכול לפגוע בחברה עוד לפני השגת תוצאה סופית ולכן ההשפעה עלולה להיות מוקדמת יותר.**

**בהינתן היקף כזה של תביעה אנו רואים נתבעים שחוששים מפני חשיפה בהליכים מוקדמים.**

**בגילוי מוקדם ניתן לבקש הכול בעצם מהחברה. יש פה סיכון בגילוי היבטים עסקיים בגלל הסיכון להיתבע בתובענות ייצוגיות.**

**בהליך זה החשש מפני תביעות סחטניות עולה, ניתן לאיים על הנתבע באחריות מאוד גדולה.**

**הנתבע גם עשוי לחשוש מתביעות רשלניות ולכן הדין מכיר במידה מסוימת מחששות הנתבעים שעשויים להוביל אותנו במידה מסוימת לפשרה.**

**אדרבא, אם אנו מדברים על תאגיד גדול שחושש מהפרסום לגבי התובענה הייצוגית, הוא ירצה להתפשר בשלב מוקדם מאוד.**

**היבט האישור- זה לא כזה פשוט לנהל תובענה ייצוגית, נועד להגן על אינטרס הנתבע. סעיפים 3,4,8.**

**הגבלת סוגי תובענות. ניתן להגיש בסוגים מסוימים של עילות תובענה ייצוגית. חלק מההצדקה היא לנסות לאפיין כדי שלא יהיה נטל מסוכן מדי על נתבעים. ישנה רשימה סגורה, לא כוללת תביעות מסוג של נזקי גוף וכו.**

תובענה ייצוגית יוצרת מצב חדש שמצדיק הגנה ייצוגית גם על הנתבע.

**בתווך נמצא הנציג, מדובר על שחקן עליו רוצים להטיל מגוון רחב של תמריצים. יכולים להיות מצבים בהם הנציג יסטה מאינטרס הנתבע.**

**יש פער בין שווי העילה של הנציג לבין הסיכון שהנתבע רואה בהליך זה. במקרים מסוימים ניתן לעשות עסקה מתחת לשולחן ובו הנתבע מבקש להשיג יחד עם הנציג הסכם פשרה בתמורה לתשלום.**

**בעיית הנציג: הקב' הסמיכה אדם מסוים שיפעל בשמנו ויביא תוצאות מבלי שאנו מאשרים אותם, אפיון קלאסי של בעיית הנציג. החשש הוא שהנציג יעשה שימוש בכלי הזה כדי לקבל טובה אישית עבורו ולכן ישנם הסדרים מפורטים גם של אישור הסתלקות וגם של אישור פשרות.**

**אישור הסתלקות- התובע (הנציג הוא התובע) מחליט לסגת מהתביעה. ביהמ"ש צריך לאשר הסתלקות, התובע לא צריך סתם לאשר תביעה שכבר החלה.**

**הנציג מייצג את האינטרסים של הקב' אבל לא באופן מלא, ביהמ"ש שומר מרחוק, יש לאשר הסתכלות וגם פשרה. פשרות זה דבר שהדין מאוד מעודד אותו.**

**הסתלקות אומרת שהנציג הוא כבר לא התובע.**

**ביהמ"ש יבדוק האם האינטרס של הקבוצה ממומש ע"י ההסתלקות, זה מבחן אובייקטיבי שיש להפעיל.**

**בפועל יש הרבה תובענות ייצוגיות, הרוב המכריע שלהם מסתיים בפשרות. הרוב המוחלט מסתיים בפשרה. זה רגע משמעותי בו יש זכות טיעון לחברי הקבוצה. ביהמ"ש ממנה בודק שבוחן את תוכן הפשרה הוא בוחן למשל האם שווי העסק מתאים לקבוצה ושלא מוכרים אותם בזול, ההליכים מאוד מורכבים. הרבה פעמים בפועל הרגע המשמעותי ביותר בתובענה ייצוגית זה הרגע בו מגיעים לפשרה וממשים את אינטרס הקבוצה באופן ראוי יותר אלמלא היה ממשיך ההליך.**

**היבט אחד של בעיית הנציג- הוא יכול לשחק באופן אסטרטגי מול הנתבע ואת זה הדין מנסה למנוע.**

**מצד שני, זה לא זה כיף להיות נציג. תובע ייצוגי צריך לשאת בעלויות התביעה. אם אנו מקבלים את ההצדקות האלו ואנו אומרים שתובענות ייצוגיות זה מסוג הדברים שאנו רוצים שיקרו, החשש הוא מפני אי קיומם של תובעים ייצוגים ולכן הדין אצלנו כולל מערך של תמריצים להיות תובע נציג.**

**למשל, גמול לתובע המייצג. התובע מקבל מעין שכר על כך שהוא ניהל את התביעה.**

**גם פשרה מוצלחת יכולה לזכות את התובע בגמול.**

**הסדר מפורש של שכר טרחה למייצג- מטילים כאן תמריץ לא רק על בעלי עילות אלא גם לעורכי הדין לקחת את התובענות הייצוגיות של עצמם. עו"ד צריך להציג על קיומה של עילה.**

**פס"ד רייכרט: תובענה ייצוגית הכי עתיקה בישראל, הראשונה שבה התוצאה הייתה לטובת התובעים. התיק מגיע לגרוניס כדי לקבוע איך יחושב שכר הטרחה. מה שמעניין הוא שאחד הדברים שגרוניס חושב עליהם לקביעת קריטריון שכר הטרחה הוא גם פיצוי אפשרי בין עו"ד לקבוצה או לבין הנציג. יש בעיית נציג נוספת. עו"ד צריך להמשיך לייצג את הקב' גם בהליכי מימוש ואכיפת פס"ד ולכן הוא צריך לוודא שהכסף התקבל.**

**חישוב שכר הטרחה יהיה לפי אחוז מקרן התשלום, שוב יש כאן תמריץ להגדיל את שווי התביעה ותמריץ שלילי לצבור שעות. פיתוח של הדין עוסק באיזון של בעיית נציג נוספת שיכולה להתעורר במקרים של פיצול בין התובע לעו"ד. זו חקיקה שיפוטית קלאסית.**

**השופט גרוניס אומר שכאשר הבחירה היא בין תשלום לבין אחוז לבין תשלום לפי שעות, הולכים לפי אחוז.**

**בפועל בישראל צווי עשה או מניעה בתובענות ייצוגיות זה נדיר.**

**החלטה של השופט דנציגר, פס"ד קרן נ' פקיד שומה: האם גמול שניתן לתובע, האם זה הכנסה? התובע ניסה לטעון שזה מתנה ופקיד השומה טוען שזה הכנסה. ביהמ"ש מסווג זאת כעסקת אקראי (נחשב כהכנסה) פס"ד זה מנהל דיון מפורט בנק' המבט של הנציג.**

**סעיפים 22, 23: סעיפי הגמול, תמריץ לתובע הנציג ובא כוחו.**

**מבחן: קייס הבוחן את ההבנה הכללית שלנו של החומר. תהיה גם שאלת מדיניות.**

הליך האישור של תובענה ייצוגית

**בפועל כמעט כל הפשרות מתקבלות בתובענה ייצוגית.**

**בפועל מוגשת תובענה, התובע רוצה שהיא תהיה תובענה ייצוגית ולכן הוא מגיש בקשה לאישור ואז מתחיל הליך של בחינת האישור, הליך אדברסרי שלם.**

**ביהמ"ש צריך לבחון בכללים מהותיים האם ראוי להפעיל את הכלי של תובענה ייצוגית בנסיבות המקרה.**

**ההסדר הוא מאוד מפורט, כולל כמה מקרים מצטברים:**

תנאים לתובענה ייצוגית:

**תנאי סף, ס' 4: התובע הנציג צריך להיות בעל עילת תביעה אישית. אפשר לעורר ספק מסוים לגבי ההיגיון בדרישה הזו. לא ברור שקריטי לנו שדווקא מי שמנהל את התביעה יהיה בעל זכות. אלא חשוב לנו יותר שתובענות ייצוגיות תתנהלנה מאשר מי מנהל אותן.**

**בהינתן תנאי אישור מהותיים, אנו רוצים להרתיע ולהבטיח פיצוי ואולי מה שהיינו רוצים זה אמצעי אכיפה יעיל. עדיין ביהמ"ש עדיין כפוי להיבט העילה.**

**אם כל התנאים מתקיימים אך לנציג אין עילה אישית ביהמ"ש רשאי להחליף את הנציג.**

**תנאי שני זה ס' 3: תנאי העילות המנויות. רשימה סגורה הקבועה בתוספת כמו עובדים נ' מעסיקים. יש לוודא שהעילה נמצאת בתוספת זו.**

**ס' 8- 5 דרישות מצטברות.**

**ס' 8(א): הדרישה הראשונה היא דרישת השאלות המהותיות המשותפות. צריכות להיות שאלות משותפות לכל חברי הקבוצה, משהו משותף שמצריך בירור משותף.**

**פס"ד הפניקס: השופט ריבלין עובר בצורה די מסודרת כמעט על כל העילות של ס' 8.**

**שאלות מהותיות נדרשות- כמה השאלה צריכה להיות מהותית ומרכזית? מייחסים אותה התנהגות אך הנזקים שונים באופן קיצוני, האם אפשר להגיד שיש להם שאלות מהותיות משותפות? כמה מהותי וכמה שאלות? אם נאמר שזה צריך להיות זהה לחלוטין לא נאפשר הרבה תביעות. בפס"ד אומרים די בכך שיש שאלות משותפות כלשהן אפילו אם חלק מההליך ידרוש פיצוי.**

**הדרישה המרכזית היא שיתוף.**

**דרישת הסיכוי הסביר: התובע הנציג צריך להראות שזה תביעה שיש אפשרות סבירה שהשאלות יכריעו לטובת הקבוצה.**

**זה עוד היבט של חשיבות בשלב קבלת האישור. אם האישור ניתן, זה אומר שביהמ"ש חושב שיש סיכוי טוב להצליח לפחות בשלב שאילת השאלות.**

**דרישת הסיכוי הסביר באה להגן על הנתבע כי אנו מניחים שהקבוצה תרצה לתבוע אך אנו רוצים הגנה על הנתבע ואנו לא רוצים להתמודד עם תביעות קבוצתיות סתם כך. אם יש סיכוי סביר שהם יצליחו אז כנראה שהסיבה להגשת התביעה מוצלחת.**

**סעד זמני: אמצעי שמקדם עוד פשרות.**

**איך נבחן אם לעילה יש סיכוי סביר?**

**עילת "אין עילה" זה כאשר אנו מניחים שהכול מתקיים אך פה מבקשים יותר מזה, פה הנציג צריך להביא ראיות לכאורה וזה נעשה בהקשר של סעד זמני. הוא לא צריך להראות שהתביעה תצליח יותר ממאזן ההסתברויות כי זה זה כבר אומר שהו מנצח אלא הוא צריך להראות מספיק ראיות ושיוכיחו שהוא יכול לקחת את התביעה.**

**בפס"ד ביהמ"ש המחוזי מפרש את החוזה כשאלה משותפת והוא אומר שהוא לא רוצה להגביל את ביהמ"ש אך הוא צריך להיות זהיר ולא להטיל משקל גדול מדי על שלב האישור כי הוא סוגר הרבה היבטים של המשפט עצמו.**

**היבט הגילוי המוקדם בשלב ההגשה לאישור: יש גילוי מוקדם כשלב הכנה למשפט בד"כ בתובענה ייצוגית יש גילוי מוקדם כצורך לשלב האישור. זה חשוב כי אנו רואים תובעים שלא סוברים שיש להם סיכוי גבוה בתביעה עצמה אך בשלב האישור יש להם סיכוי והם רוצים לחלץ מידע במסגרת הגילוי המוקדם מהנתבע.**

**פס"ד מעדניית האחים "בכבוד": ביהמ"ש אומר שצריך להגביל קצת את הגילוי המוקדם כי הוא מיועד רק לבירור התנאים של בקשת האישור עצמו. עדיין הגשת בקשת האישור זה תהליך סבוך. פה הנתבעים דרשו להוסיף דרישה לסיכוי סביר אך זה חושף אותם ליותר גילוי מוקדם כי עכשיו התובע יכול להתווכח על הסיכוי הסביר כבר בשלב בקשת האישור, כך שהוא רחב יותר.**

**שלב הגילוי המוקדם יכול לשמש גם את הנתבע כמו זה שאין עילה אישית, חוסר תום לב כי זה פטרנליסטי ועוד. זה כלי הגנה טוב לתובעים אך גם לנתבעים.**

**גילוי מוקדם יכול לעבוד לשני הכיוונים, הוא כלי לחץ אבל גם כלי הגנה.**

**תנאי שלישי: דרך יעילה והוגנת. בהינתן כל נסיבות הפרשה התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת לניהול ההליך, יותר מהליך רגיל.**

**איזה דברים יכולים להשפיע? למשל, כמות השאלות המשותפות.**

**הרבה פעמים זה נזק שיכול להכריע את הכף אך לא תמיד.**

**יש לבחון גם כמה קשה לצדדים להתארגן תמיד.**

**גודל הקבוצה, האפשרות של חברי הקבוצה לזהות זה את זה.**

**שווי העילות- אם כל עילה היא בשווי מאוד יקר אנו יכול להניח שההליך הסבוך הזה הוא לא נחוץ. מצד שני, אם שווי התביעות הוא מאוד נמוך זה כמעט מכריע , זאת הדרך היחידה לגישה לביהמ"ש.**

**תנאי רביעי: ייצוג הולם, נציג עו"ד. הדין דורש מביהמ"ש להעריך האם הנציג ייצג כראוי את עניינה של הקבוצה. אנו לא רוצים סתם להסמיך כל אדם.**

**ביהמ"ש ישאל למשל מהי הכשירות של הנציג- השכלה משפטית, עו"ד רציני, כמה הוא פנוי לכך, מה הגב הכלכלי שלו- כמה הוא יכול לממן את התביעה עד שתתברר התביעה והם יזכו בה ויתקבל גמול.**

**תנאי חמישי: ייצוג בתו"ל. מבחן הגינות כללי, יש לוודא שהתובע פועל בתום לב. שאלה מורכבת מה זה תום לב כאן. מה אם התובע הייצוגי עושה זאת רק כדי לקבל את הגמול?**

**יש כל מיני שיטות אכיפה.**

**מקרה פשוט של תום לב- כאשר ניתן לחשוף לגבי תובע ייצוגי שאין לו עילה או סיכוי ממשי לתביעה אך הוא מנהל את ההליך לצורך קיומו של גילוי מוקדם.**

**איך יש לנו אפשרות לעשות יציאה מהקבוצה?**

**בהליכי האישור ביהמ"ש יורה לתובע לפרסם את העובדה שהוגשה תובענה ייצוגית, עם מתן זמן לצאת מהקבוצה.**

**כל בקשה שמוגשת לאישור צריכה להיות מפורסמת.**

**אם יש תובענה ייצוגית קיימת, לא ניתן להגיש תובענה נוספת ולכן פני שמגישים תובענה ייצוגית יש לבדוק אם יש אחת שקיימת.**

**היחס המיוחד שהמדינה קיבלה בחוק.**

**פס"ד עשת: תובענה ייצוגית נגד המדינה. ניתן לתבוע את המדינה בתובענה ייצוגית. ס' 29 אומר מפורשות שהחוק חל על המדינה אבל היא נתבע מיוחד.**

**במסגרת העילות האפשריות, ס' 3 אומר שלא ניתן לתבוע את המדינה בעוולות רגולטוריות, המדברות על העדר פיקוח. המדינה צריכה לוודא שהרשות השנייה לא מפרסמת משהו מסוים, יש פטור מלא בגין עוולות פיקוח.**

**הגנה נוספת- הגנה על תובענה ייצוגית נגד המדינה כאשר יש חשש שהתובענה תגרום לנזק חמור לציבור. יש תנאי נוסף שהמדינה יכולה לשקול אותו והוא סיכון חמור לציבור.**

**ס' 9: עוסק בתביעות השבה. תביעות קלאסיות של תביעה שלא כדין, אם התביעה מבקשת סכום לא נכון ויש תביעת השבה לקבל את הכסף הזה בחזרה, למדינה יש ארכה אם מוגשת תביעה בה היא מודיעה שהיא מפסיקה את הגבייה הלא חוקית, אם היא עשתה זאת די בכך כדי לחסום את התובענה הייצוגית.**

**אנו רוצים לאפשר למדינה בעיקר לתקן את דרכיה- היבט ההרתעה על פני הפיצוי ולמדינה ניתן יחס מיוחד. גם במצבים בהם התביעה נדחתה, עדיין התובע יכול לקבל גמול כי הוא עשה משהו שהועיל על כולנו. כמובן, שניתן לתבוע תביעה אישית.**

**יש כמה פסקי דין שמראים זאת- לעתים בתי משפט מחוזיים בתביעות נגד נתבע פרטי שהנתבע אומר שהוא חלק מהמעשה ולכן ביהמ"ש אומר שהוא לא נאשר את התובענה הייצוגית. זה לא נכון כי אז הנתבע יכול להרשות לעצמו להפר בלי סוף ורק אח"כ לתקן את עצמו. לכן מדובר רק בגופים ציבוריים כמו המדינה שהיא יכולה וצריכה להוכיח שהיא תיקנה את עצמה.**

**גם אם המדינה נתבעת בתביעת השבה, ס' 21 אומר שהסעד של השבה מוגבל רק לשנתיים הראשונות של הגבייה הלא חוקית- אם המדינה בכל זאת הייתה צריכה השבה אז זה הסעד שנקבע לגביה. היא צריכה להמשיך לשלם רק לשנתיים. עצם החשיפה להליך זה, הו זו שגורמת למחוקק לקבל את הדרישות של שר המשפטים ולספק למדינה הגנות ייחודיות דווקא בהליך המסוים.**

**בג"ץ כהן נ' יו"ר הכנסת: עתירה חוקתית כנגד אותם הסדרים המעניקים הגנה למדינה. נטענות שם טענות של פגיעה בקניין, זכות הגישה יש שם שאלות חוקתיות. ביהמ"ש העליון צריך לחשוב על כך כי ניתן להגיש תביעה אישית. נאמר כי זכות הגישה איננה להליך מסוים, אלא לביהמ"ש.**

**יש סוגים מסוימים שכל קיומם נובע מהיכולת לתבוע בהליך כזה אך לא אחר.**

**למבחן- הקריאה המחייבת היא כל מה שהוקצה לקריאה ולמדנו גם בשיעור.**

ערעור

**ערעור עוזר לתיקון טעויות בשפיטה, לערכאת ערעור יש היבט של דיוק, למרות שניתן להתווכח על כך כי היא לא רואה את העובדות.**

**סוג התמריצים שהידיעה שיש מעליה ערכאת ערעור גורמת לערכאות הדיון לתת פסיקה טובה יותר כי הם יודעות שיש משהו מעליה.**

**ככל שמצמידים לערעור זה יסוד של תקדים, לא תמיד זה קורה, לפעמים זה רק תיקון טעות, זה יכול לתרום להרמוניה במצב המשפטי.**

**ככל שאנו רוצים תקדים אנו יכולים להבין למה ערכאת הערעור צריכה להיות קטנה יותר ו"חכמה" יותר.**

**מערכת נוספת של הצדקות למנגנון הערעור- דמוקרטיות. השופט בערכאה למטה מנמק את החלטתו טוב יותר בהינתן ערעור- עוזר להתווכח על התוכן של נורמות משפטיות.**

**זה עוזר לנו לפתח ביקורת והטלת ספק. מנגנון הערעור באופן מובנה חושף סתירות ומחלוקות בדין.**

**כמובן שלערעור יש גם עלויות- הוא מייקר את ההליך- השאלה היא האם התועלת שאנו מקבלים מערכאת הערעור משתלמת בהינתן העלויות שאנו סובלים.**

**מערכת אינטרסים מעוותת יכולה להיווצר בהינתן שישנה ערכאה מעליי, אולי אנו מנסים לכוון את דעתנו לזו של אלו שנמצאים מעליי.**

**ערכאת ערעור יוצרת תמריצים חיוביים ושליליים יחד.**

**אולי אנו רוצים ששופטי ערכאות דיון יקבלו את ההנחיה מלמעלה.**

**מנגנון הבחירה הנכון להביא תיקים לערעור? את הבחירה אילו תיקים יועברו לערעור נתנו לבעל הדין, שיש לו אינטרס פרטי שלא בהכרח עונה על האינטרסים הציבוריים שלנו. למעשה, אנשים פרטיים מחליטים לנו מה יהיה התקדים ומה לא.**

**אולי בערכאת ערעור יהיה גוף שיחליט איזה תיקים אנו יכולים למשוך למעלה. ואז אנו גוזרים מזה את האפשרות של זכות ערעור. למה שנחשוב שמגיע לך גם סיבוב שני?**

**בפועל, הנחת המוצא בכל שיטות המשפט המקובל היא שאין זכות יסוד חוקתית לערעור. יש תחושת הוגנות- הענקת תקווה לאנשים, הזדמנות שנייה וכו. אפשר להתווכח על התועלת של הערעור בהינתן העלויות שכרוכות בכך.**

**ס' 17 לח"י השפיטה: פס"ד של ביהמ"ש מקנה ערעור בזכות. רק דברים שהדין בחר אותם.**

**פס"ד ארג'וב: עוסק בעתירה של פלסטיני ביו"ש שטען שבבתי המשפט הצבאיים בשטחים אין ערכאת ערעור ויש זכות כזו. שמגר אומר שאין משהו הטבוע בהליך המשפטי המצדיק שני סיבובים.**

**אחרי זה רואים את המפקד הצבאי יוצר ערכאת ערעור שם.**

**דיני הערעור:**

**נק' המוצא היא ס' 17 לח"י השפיטה. פס"ד של ביהמ"ש בערכאה ראשונה ניתן לערעור בזכות. זה המקור הנורמטיבי.**

**שלושה רכיבים, כדי שיהיה לנו ערעור בזכות צריכים להתקיים שלושת התנאים האלו:**

1. **פס"ד ולא החלטה אחרת.**
2. **ביהמ"ש. למשל, החלטה של בורר. זה לא אומר שאין ערעור אלא מהבחירה של המחוקק לתת אפשרות ערעור.**
3. **ערכאה ראשונה. ולא בערכאה שניה. למשל, ערעור מהשלום למחוזי. פס"ד של המחוזי שניתן בערעור אין לגביו ערעור בזכות אלא הליך של קבלת רע"א.**

**הבחירה לאפשר סיבוב שני היא בחירה של המחוקק להוסיף זכות.**

**הסיפור המורכב דוקטרינית היא מתי מדובר על פס"ד ומתי לא?**

**מתי אנו מחזיקים בידינו פס"ד ומתי החלטה אחרת?**

**הפסיקה פיתחה מבחן מהותי. הכותרת לא מספקת עבורנו תשובה. מבחן מהותי שאומר פס"ד הוא החלטה שמסיימת את הבירור בתובענה או מכריעה באופן סופי לגבי אחד מהסעדים שניתנו בתובענה. כל דבר אחר הוא החלטה אחרת.**

**פס"ד חלקי למשל בתביעת נזיקין- קודם מבררים את שאלת האחריות ואז את שאלת הנזק. פס"ד חלקי קובע שיש אחריות ואז יש לבדוק מה קורה עם הנזק.**

**אם ההחלטה היא שהנתבע לא אחראי, זה פס"ד סופי.**

**המבחן המהותי הוא משמעותי ויכול לתעתע לפעמים.**

**החלטה בבקשה לסילוק על הסף של תביעה מחמת חוסר סמכות: תלוי בהכרעה לגבי הבקשה. אם הבקשה מתקבלת זה פס"ד, התיק נגמר. אם הבקשה נדחית המשמעות היא שהתיק ממשיך, יש לקבל רשות לערער.**

**החלטות שהתקבלו תוך כדי ההליך, בשלבים לפני מתן פס"ד הסופי אז בהליך האזרחי לאורך כל ההליך בעלי הדין יכולים להגיע לערכאת הערעור ע"י מתן בקשת רשות לערער על החלטות שניתנו בהליך. אין את זה בהליך הפלילי.**

**הוספת מסמך של חוו"ד- בהליך הפלילי העדיפו מהירות על פני כל דבר אחר. באזרחי ניתן לבקש רשות לערער תוך כדי ההליך.**

**ההסדר המשלים הוא תקנה 411: מזכיר קצת את ההסדר הפלילי, אם לא ערערתי על החלטה אחרת כלשהי תוך כדי ההליך אני יכול לערער עליה תוך כדי הערעור על פס"ד.**

**פס"ד אריה: אפילו אם ביקשתי רשות ולא קיבלתי המשמעות היא שלא ערערתי על ההליך. כל ההחלטות נבלעות בפס"ד ולכן כאשר מגיע ערעור בזכות אני יכול להעלות טענות לגבי החלטות אחרות בהליך עליהן לא ערערתי בעבר.**

**שק"ד של ביהמ"ש האם לתת רשות או לא במקרים שונים, סעיפים 41-52 לחוק בתי המשפט. סעיפי הערעור.**

**ערעור על החלטה אחרת הוא ברשות. לעיין בסעיפים.**

**מהם השיקולים שביהמ"ש ישקול בהחלטה האם לתת רשות ערעור בהחלטה אחרת?**

**כאשר ההחלטה משפיעה באופן קיצוני על האפשרות לנהל את ההליך בהמשך. כל עילות הסף מכוונות להיבט הזה. ההיבט האחר מדבר על עוצמת הזכויות שנפגעו.**

**סעד זמני יכול לפתור הרבה בעיות כבר בהתחלה.**

**בהינתן שכשיגיע הערעור בזכות ניתן לערער על הכול.**

**תיק שמתחיל בשלום, ערעור בזכות למחוזי וניתן לטפס לעליון ברע"א.**

**פס"ד חניון חיפה: שמגר אמר השיקולים של העליון בהחלטה למתן רע"א?**

**הצדקה מערכתית, משהו שלא רלוונטי לאינטרסים האישיים של בעל הדין. מזכיר קצת את המבחנים למתן ד"נ.**

**בפועל, רשות ערעור ניתן גם במקרים בהם השופטים חושבים שהייתה טעות למטה, בנוגע לאינטרס אישי של בעלי הדין ולא מקרה שבו ישנו שיקול מערכתי.**

**פס"ד אלטורי: תאונת דרכים ביולי 2000, תביעה לחוק הפלת"ד בפברואר 2001 לשלום. אוגוסט 2002- הייתה תאונה, החלטה אחרת. הנתבעת רוצה לערער למחוזי, מגישה בקשה לרשות, ביהמ"ש דן בזה וקובע שזה לא תאונת דרכים. התובע הפעם רוצה לערער גם כן, יש לו החלטה מהשלום. התובע מערער לעליון, הוא חושב שיש לו ערעור בזכות כי יש החלטה מהמחוזי. הוא מגיש בקשה לפטור מערבון, במסגרת הליך זה שנדון בפני רשם עליו הנתבעת משיגה על כך שזה צריך להיות ערעור בזכות. הרשם אומר שזה ערעור בזכות.**

**התיק עובר להרכב של 3 שופטים, ההחלטה של הרשם מתחבאת בנספח הרשמים של התיק. הרכב השופטים לא שם לב להחלטה של הרשם, ביהמ"ש נותן החלטה שזה צריך להיות ערעור ברשות והוא נדחה- הוגש במסלול לא נכון. התובע מגיש בקשה לביטול ההחלטה של ההרכב. ההרכב נבוך ומודה מבטל את ההחלטה שלו שמדובר על ערעור ברשות. הצדדים מגישים כתבי טענות חדשים.**

**אוגוסט 2005 ההרכב אומר שזה צריך להיות ערעור ברשות. למה? כי השאלה האם זו תאונת דרכים נדונה כבר פעמיים- בשלום ובמחוזי וזו השאלה המהותית בגלל שהיא נדונה פעמיים אנו נמצאים בפעם השלישית.**

**השאלה היא כמה פעמים הערכאות דנו.**

**ההליך הוגש בצורה לא נכונה ולכן מחקו זאת,הערעור נמחק על הסף. אלטורי מגיש בקשה להארכת הגשת בקשת רשות לערער, אלטורי מגישה זאת. ריבלין מחליט לדון בבקשה כערעור.**

**ספטמבר 2006- מדובר בתאונת דרכים, התיק חוזר לשלום.**