

## יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה

אלון קלמנט\*, רועי שפירא\*\*

על-פי הגישה הפרשנית הנוהגת כיום, השפעותיהם של כללים דיוניים נבחנות מנקודת-המבט הצרה של צדדים העומדים לפני בית-המשפט, ומנקודת-הזמן הצרה שלאחר הגשת התביעה. בתי-המשפט בוחנים את השפעותיו של הכלל הדיוני שייבחר על עלויותיהם של הצדדים לתביעה הפרטנית ועל רמת הדיוק של ההכרעה המשפטית הפרטנית, במה שמוצג פעמים רבות כתחרות בין "יעילות" לבין "צדק". המאמר מציע להרחיב נקודת-מבט זו, ולבחון את השפעותיהם של כללים דיוניים בנקודות-זמן נוספות, מוקדמות יותר: השפעה על תמריצי הצדדים להתפשר לאחר שהוגשה תביעה; השפעה על תמריצי הצדדים להחליט אם להגיש תביעה לאחר שפרץ סכסוך; והשפעה על תמריצי הצדדים לנהוג לפי הדין המהותי עוד לפני שפרץ סכסוך כלשהו ביניהם.

הגישה המוצעת נשענת על עיקרי-יסוד בניתוח הכלכלי של המשפט. במרכזה ניצבת ההבחנה בין השפעות ex post של כללים משפטיים על התנהגות הצדדים, לאחר שהכלל הופעל עליהם, לבין השפעות ex ante, לפני הפעלתו של הכלל, כאשר הצדדים צופים שהכלל יופעל לגביהם אם עניינם יגיע לבית-המשפט. המאמר מציע ליישם את נקודת-המבט ex ante בדין הדיוני בישראל, ומצביע על דרכים לעשות כן, תוך שימוש בדוגמות ממנגנונים דיוניים קיימים: כללי גילוי מסמכים, כללי מעשה בית-דין, סדר דין מקוצר, סעדים זמניים ותובענות ייצוגיות. המאמר מציע לבחון גם את השפעותיהן של רפורמות במערכת המשפט מנקודת-המבט הרחבה, ומצביע על השלכותיה של בחינה כזו בשתי דוגמות: סדר הדין המהיר, והפנייה לתהליכי גישור כדבר שבחובה.

\* מרצה בכיר, בית-ספר רדוינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

\*\* עורך-דין, בעל תואר מוסמך במשפטים, בית-ספר רדוינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

ותודנו לתמי סלע, למשתתפים בסמינר המחלקתי בפקולטה למשפטים במרכז הבינתחומי ולחברי מערכת משפט ועסקים על הערותיהם המועילות.

#### מבוא

פרק א: השפעות ex ante ו־ex post של כללים דיוניים – תיאוריה

1. השפעתם של כללים דיוניים על רמת הדיוק של בית־המשפט
  2. השפעתם של כללים דיוניים על פשרות
  3. השפעתם של כללים דיוניים על מספר התביעות המוגשות
  4. השפעתם של כללים דיוניים על זכויות וחובות בדין המהותי
- פרק ב: השפעות ex ante ו־ex post של כללים דיוניים – יישום

1. גילוי מסמכים
  2. כללי מעשה בית־דין
- (א) השתק עילה והשפעותיו
- (ב) השתק פלוגתא – חריגים לכלל ההדדיות והשפעותיהם
3. סדר הדין המקוצר
  4. סעדים זמניים
  5. תובענות ייצוגיות

פרק ג: רפורמות "התייעלות" במשפט ושיקולי ex ante

1. התפיסה בנוגע לבעיית העומס על מערכת השפיטה והפתרונות שהוצעו לה במשפט הישראלי
  2. ניתוח ex ante של השפעותיהן של רפורמות ההתייעלות – כללי
  3. דוגמות לניתוח ex ante של צעדי התייעלות פרטניים
- (א) סדר דין מהיר והשפעותיו
- (ב) גישור־חובה והשפעותיו
4. ניתוח ex ante של השפעותיהם של צעדי התייעלות מוצעים – נקודות לסיכום
- פרק ד: שתי הערות לפני סיכום – מהות מול פרוצדורה ויעילות מול צדק
1. ניתוח ex ante וההפרדה בין מהות לפרוצדורה
  2. ניתוח ex ante והצורך להתחשב בהשפעות ישירות על הצדדים
- פרק ה: סיכום

## מבוא

בתי־המשפט נדרשים מדי יום לפרש כללים דיוניים או לבחור מבין כללים דיוניים חלופיים את הכלל שיחילו על התביעה המוגשת לפניהם. "כמעט ואין לך תקנה שאינה מעניקה כוח זה או אחר לבית־המשפט או שאינה מפקידה בידו שיקול־דעת לנהוג כך או אחרת, לפי מיטב הבנתו ושיפוטו בנסיבות[ת] הענין."<sup>1</sup> שאלות הנוגעות בסמכותו של בית־המשפט

1 ע"א 116/66 חלקה 62 גוש 6946 בב"מ נ' מוניק זמל, פ"ד (4) 226, 233 (1966).

לדון בתביעה שלפניו, בתחולתן של טענות מקדמיות (כגון מעשה בית-דין או התיישנות), בצירוף צדדים להליך, בגילוי מידע בהליך (למשל, על-ידי גילוי מסמכים והעברת שאלונים), במתן סעדים זמניים או בערעור – הן רק חלק קטן ממגוון השאלות הדיוניות המחייבות את בתי-המשפט להפעיל שיקול-דעת רחב. התפיסה שלפיה סדר הדין האזרחי הוא הדוגמה המובהקת לתחום שבו חלים כללים ברורים (rules), ולא אמות-מידה ניתנות לפרשנות (standards), אינה תקפה עוד, עם הרחבתה של חובת תום-הלב על הפעלת זכויות דיוניות,<sup>2</sup> ועם ההכרה בזכות חוקתית לגישה לבית-המשפט.<sup>3</sup> סדר הדין האזרחי נעשה דומה יותר ויותר לתחומים אחרים בדין האזרחי, שבהם השופט נדרש לשקול שיקולי מדיניות רחבים, ואינו יכול לצמצם את עצמו לשאלות טכניות גרידא.

בהתמודדות עם שאלות פרשניות בסדר הדין האזרחי, בתי-המשפט נוהגים לבחון כיצד תשפיע פרשנותם על הצדדים שלפניהם. כאשר הם שוקלים בחירה בפרשנות מסוימת, הם שואלים אם התוצאה שאליה יגיעו תהא צודקת ואם היא תהיה יעילה,<sup>4</sup> דהיינו: אם הכלל שיאומץ יקדם את חשיפת ה"אמת" בהליך שלפניהם, וכיצד הוא ישפיע על עלויותיהם של הצדדים.<sup>5</sup> אולם הכלל הדיוני ופרשנותו משפיעים לא רק על הצדדים שעליהם הוא כבר

2 בר"ע 305/80 שילה נ' רצקובסקי, פ"ד לה(3) 449, 461-462 (1981); ר"ע 218/85 אריה נ' שטמר, פ"ד לט(2) 452, 455 (1985); רע"א 11183/02 כלפה נ' זהבי, פ"ד נח(3) 49, 52 (2004); ע"א 9542/04 רותם חברה לביטוח בע"מ בניהול מורשה נ' דורי נחום, פדאור (1) 93, פס' 8 לפסק-דינו של השופט ריבלין (2006); בש"א 2236/06 עזרא חממי נ' אלברט אוהיון, פדאור (11) 731, פס' 10 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (2006); בש"א 6479/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' משה שנפ, תק-על (1) 2007 323 (2007) ועוד. ראו גם בש"א 6708/00 יוסף אהרון נ' אמנון אהרון ואח', פ"ד נד(4) 702, 705 (2000): "גישה מהותית מרחיבה, שתום-הלב הוא ממי התהום שלה, אינה יכולה להיות מלווה על-ידי סדרי דין קפוצים ונוקשים יתר על המידה."

3 ע"א 733/95 ארפל נ' קליל, פ"ד נא(3) 577 (1997), במיוחד בעמ' 629; רע"א 2808/00 שופר סל בע"מ נ' ניב, פ"ד נד(2) 845, 848 (2000); בה"נ 6857/00 רוטה נ' נצבטייב, פ"ד נד(4) 707, 714 (2000); שלמה לוין "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב 451, 452-455 (תשנ"ו); שלמה לוין תורת הפרוצדורה האזרחית: מבוא ועקרונות יסוד 6 (תשנ"ט) (להלן: לוין תורת הפרוצדורה האזרחית); יורם רבין "זכות הגישה לערכאות: מזכות רגילה לזכות חוקתית" המשפט ה 217 (תשס"א).

4 השוו עם רע"א 5491/01 ארליך נ' ציון חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נו(2) 871, 875 (2002); רע"א 5127/06 נעאגה עמרן נ' האפורופוס הכללי כמנהל נכסי ההקדש גליציה, תק-על (3) 2006 3355, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת ארבל (2006).

5 לראיית הערכים של חשיפת ה"אמת" ו"הגינות" ההליך כחלק מה"צדק" הדיוני ראו בג"ץ 3914/92 לאה לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491, 502 (1994) (שם בית-המשפט עומד על הערכים שיש לבחון במסגרת השאלה הפרשנית בדבר היקף "הסמכות הטבועה" של בתי-המשפט). לשיקולים של חשיפת ה"אמת" בפרט ראו גם רע"א 6546/94 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' הנרי אזולאי, פ"ד מט(4) 54 (1995), במיוחד בעמ' 61.

את שיקולי ה"הוגנות" ניתן לאגד גם תחת הקטגוריה של הבטחת זכות הגישה לערכאות

יושם, אלא גם על צדדים אחרים שנמצאים במצב דומה ואשר שוקלים כיצד לנהוג ביודעם שהכלל יוחל עליהם. השפעותיו של הכלל הדיוני על התנהגותם של צדדים לאחר שכבר הופעל לגביהם הן השפעות *ex post*; ואילו השפעותיו על התנהגותם של צדדים אשר צופים כי הכלל יופעל לגביהם, לפני הפעלתו, הן השפעות *ex ante*.<sup>6</sup> מאמר זה עומד על ההבחנה בין השפעות *ex post* להשפעות *ex ante* של כללים דיוניים, ומסביר כיצד בתי המשפט צריכים לנהוג אם מטרתם היא להגיע לייעילות ולצדק מרביים מנקודת מבט *ex ante*. בבסיסה של בחינת השפעתם של כללים – משפטיים בכלל ודיוניים בפרט – בנקודת זמן "מוקדמת", *ex ante*, עומדת הנחת המוצא שכללים משפטיים נועדו להשפיע על התנהגותם של הכפופים לכללים ולכוון אותה.<sup>7</sup> בהינתן הנחת מוצא זו, יש לבחון כיצד כללים משפטיים משפיעים על התנהגותם של הכפופים להם בנקודת הזמן המוקדמת ביותר שבה השפעה כזו מתקיימת. בחינה כזו חורגת מנקודת המבט הצרה של הצדדים שלפני בית המשפט ומנקודת הזמן הצרה של אחרי הגשת התביעה, כאשר בית המשפט נדרש

ונגזרותיה. שיקולים אלה כוללים, לדוגמה, שמירה על זכויות הצדדים להביא את ראיותיהם וטענותיהם לפני בית המשפט בצורה מלאה ונאותה (ע"א 615/84 אברהם מרקוביץ – חברה לבנין ולהשקעות בע"מ נ' חייא סתם, פ"ד מב(1) 541, 545 (1988)). בחינת השפעותיו של הכלל הדיוני על זכות הגישה לערכאות ונגזרותיה היא מגמה מתחוקת בדין הישראלי בשנים האחרונות, בין היתר לנוכח המהפכה החוקתית. לדוגמה, שיקולים של הגנה על זכות הגישה הוכנסו (לפחות ברטוריקה של בתי המשפט) למערכת השיקולים המעורבים בפרשנותם של הכללים הדיוניים הבאים: אגרות משפט, ערבות ועירבון בהליכי סעדים זמניים, זכות הערעור, זכות הייצוג, הליכים הסוטים מהמודל של סדר הדין הרגיל (כגון סדר דין מהיר ו/או מקוצר) וכיוצא באלה. ראו לעניין זה דודי שוורץ סדר דין אזרחי: חידושים, תהליכים ומגמות 109–115 (2004).

כדוגמה לצורך להתחשב בשיקולים של חשיפת ה"אמת" ושל היסכון בעלויות ולאזן ביניהם, ראו תק' 120(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, ק"ת 2220 (להלן: התקנות), המתווה את שיקול דעתו של בית המשפט לסרב להוצאת צו לגילוי מסמכים.

6 דרך אחת להבחין בין נקודת המבט *ex post* לבין נקודת המבט *ex ante* היא באמצעות כמות המידע הקיים. *Ex ante* יש אי-ודאות, חוסר במידע לגבי העתיד, ובענייננו: הצדדים אינם יודעים אם יפרוץ סכסוך; ואם יפרוץ סכסוך, הם אינם יודעים אם הוא יוגש לפורום כלשהו לשם הכרעה, לאיזה פורום הוא יוגש וכולי. *Ex post*, אחת האפשרויות מתממשת, והמידע נגלה. בענייננו: הצדדים יודעים שהופרה חובה, שפרץ סכסוך ושהוגשה תביעה לבית המשפט, הנדרש קעת להכריע במסגרתה בשאלות פרשניות כאלה ואחרות.

7 קיימות גישות אשר חורגות מהנחת מוצא זו, ומדגישות את הערך ה"הצהרתי" (*expressive value*) של כללים משפטיים. ראו: Robert Cooter, *Expressive Law and Economics*, 27 J. LEGAL STUD. 585 (1998); Cass R. Sunstein, *Symposium: Law, Economics & Norms: On the Expressive Function of Law*, 144 U. PA. L. REV. 2021 (1996); HANOCH DAGAN, *The Law and Ethics of Restitution* 103–106 (2004). במסגרת גישה זו יש לשים לב להבחנה בין אלה השמים את הדגש בבחינה מכשירנית של הערך ההצהרתי האמור – קרי, בדרך שבה הערך ההצהרתי של הכלל המשפטי מכוון התנהגויות של פרטים – לבין אלה הרואים בערך ההצהרתי של הכלל המשפטי ערך בפני עצמו.

להכריע בסכסוך. פרשנות של כללים דיוניים משפיעה על נכונותם של פרטים להגיש תביעות מלכתחילה, על האופן שבו הם מנהלים תביעות אלה, על הסיכוי שיגיעו לפשרה בתביעות שהוגשו, על אופיין של הפשרות שאליהן יגיעו, וכנגזרת מהשפעות אלה – גם על המידה שבה יקיימו הצדדים חובות מן הדין המהותי.<sup>8</sup> לפיכך, בתי המשפט צריכים להתחשב גם בהשפעות אלה כאשר הם בוחרים בפרשנות הראויה.<sup>9</sup>

גישה זו אינה חדשה בספרות המשפטית. התפיסה שלפיה כללים משפטיים צריכים להיבחן מראש, *ex ante*, לפני התרחשות הפעולה המשפטית, הינה תפיסת יסוד בגישה הכלכלית אל המשפט. מטרתו של הניתוח הכלכלי של המשפט היא לתת בידי המשפטן כלי לחיזוי השפעתם של כללים משפטיים על התנהגותם של פרטים.<sup>10</sup> השפעה כזו יכולה להיות, על פי טיבה וטבעה, רק לפני החלטתם של הפרטים מהי הדרך שבה יבחרו לנהוג, ולפיכך זו נקודת הזמן שבה יש לבחון אותה. לכן השאלה אם אחריותו של מפעל המייצר חומרים מסוכנים צריכה להיות מוחלטת או שמא ברשלנות בלבד צריכה להיבחן במועד שבו המפעל מחליט מהם אמצעי הזהירות שינקוט ומהי רמת הפעילות המסוכנת שיקיים; השאלה מהו העונש אשר יש להטיל בגין עברה מסוימת תישקל לפני ביצוע העברה, כאשר העברייני בכוח בוחר אם לבצעה; והשאלה מהו הסעד הראוי בגין הפרת הסכם תיבדק לאור השפעתו של הסעד על תמריצייהם של הצדדים להסכם לקיימו או להפר אותו, במועד שבו הם מחליטים על כך. כל אחד מן הכללים המשפטיים הללו היה יכול להיבחן לאחר הפעולה המשפטית, *ex post*: לאחר התרחשות העוולה וקרות הנזק, לאחר שנעברה העברה או לאחר שהחווה הופר. אולם כאמור, זו אינה הגישה המקובלת במסגרת הניתוח הכלכלי של המשפט.

הדוגמות דלעיל, הממחישות את הצורך לבחון כללים משפטיים שונים *ex ante*, מוכרות למשפטן הישראלי.<sup>11</sup> לעומתן, הצורך לאמץ צורת הסתכלות דומה, *ex ante*, על

8 כללים דיוניים מכוונים את התנהגותם של פרטים באופן ישיר או בעקיפין, בדרך של השפעה על בחירות שיעשו עורכי דינם. אף שאיננו נדרשים להבחנה בין הצדדים להליך לבין עורכי דינם, ניתוח השלכותיה של הבחנה זו אפשרי במסגרת המותווית במאמר.

9 עצם ההכרעה בין החלופות המתבררות במהלך בחינת ההשפעות כאמור נגזרת מאמת המידה הנורמטיבית שנבחרה להכרעה. בתי המשפט יצטרכו להכריע אילו התנהגויות ראוי לכוון ואילו לא ראוי לעשות כן. מאמר זה אינו מתמקד בהכרעה הערכית בין החלופות, אלא בצורך להבטיח כי הכרעה זו תהיה מושכלת דייה, ובפרט תביא בחשבון את השפעותיהם של כללים שנקבעים במקרים פרטניים על הכוונת התנהגותם של צדדים בכוח להליכים אחרים.

10 ראו, לדוגמה: STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 1 (2004) "Under the economic approach to the analysis of law, two basic types of questions about legal rules are addressed. The first type is *descriptive*, concerning the effects of legal rule... Given the characterization of individuals' behavior as rational, the (influence of legal rules on behavior can be ascertained" [emphasis is original]

11 לטענה שבת המשפט בארץ שמים דגש בשיקולי *ex post* וצריכים להביא בחשבון גם שיקולי *ex ante*, בהקשר של דיני חוזים, ראו אריאל פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כב(3) 647 (1999). בהקשר

כללים משפטיים דיוניים מוכר פחות,<sup>12</sup> ומוצא ביטוי מועט יותר בפסיקתם של בתי-המשפט המפרשים כללים דיוניים שונים ובוחרים ביניהם.<sup>13</sup> מאמר זה מצביע על הדרכים ליישום נקודת-המבט ex ante בדין הדיוני בישראל.<sup>14</sup>

המאמר מציע לבחון מה תהיה השפעתו של הכלל הדיוני על התנהגות הצדדים בארבע נקודות-זמן. נקודת-הזמן הראשונה היא זו שבת-המשפט שמים בה כיום את הדגש בהכרעותיהם הפרשניות: ההשפעה על התנהגותם של הצדדים ושל בית-המשפט לאחר החלת הכלל הדיוני, ובפרט השפעתו של הכלל הדיוני על עלויותיהם של הצדדים ועל רמת הדיוק של הכרעתו של בית-המשפט במחלוקת. שלוש נקודות-הזמן הנותרות, המקבלות בדרך-כלל משקל-חסר בהכרעותיהם הפרשניות של בתי-המשפט כיום, הן: (1) ההשפעה על תמריצי הצדדים להשקיע בניהול התביעה או להגיע לפשרה במקום להמשיך לנהל את התביעה לאחר שהוגשה התביעה; (2) ההשפעה על תמריצייהם לתבוע או להתפשר לפני הגשת התביעה; (3) ההשפעה על תמריצייהם לנהוג על-פי הכללים שהדין המהותי מכתוב עוד בטרם פרץ סכסוך כלשהו ביניהם, בהינתן ההשפעות הצפויות בשלוש נקודות-הזמן המאוחרות יותר. בחינה כוללת זו היא שצריכה להנחות את בית-המשפט בבואו להכריע מהו הכלל הדיוני ההוגן והיעיל.

יישומה של גישה זו לפרשנות של כללים דיוניים עשוי לשנות את התוצאות שאליהן

של דיני נזיקין ראו ישראל גלעד "ארבעים שנה למשפט הישראלי: סוגיות בדיני נזיקין" משפטים יט 647, 650 (1990). בהקשר של דיני קניין השוו עם רחל אלטרמן "הפקעות קרקע לצורכי ציבור ללא תמורה לפי חוק התכנון והבנייה לקראת הערכה מחדש" משפטים טו 179, 216-220 (תשמ"ו). ובהקשר של המשפט הפלילי ראו אלון הראל "יעילות וצדק במשפט הפלילי" משפטים כב 499 (תשנ"ג).

12 קיימים כמובן יוצאים-מן-הכלל המעידים על הכלל, דוגמת מאמרו של מדינה, המציע גישה פרשנית לסעד הצהרתי המתבססת על שיקולים של יעילות במובנה הרחב, קרי, גישה המביאה בחשבון גם השפעות ex ante. ראו ברק מדינה "תביעה לסעד הצהרתי: האומנם 'הליך סרק'?" משפטים כד 605 (1994).

13 שוב, גם בפסיקה ניתן כמובן למצוא ביטויים יוצאים-מן-הכלל המעידים על הכלל. לניתוח ex ante של כללים דיוניים ראו, לדוגמה, ע"א 53/74 בריסטול מייארס קומפני נ' ביצ'ם גרופ לימיטר, פ"ד כט(1) 372, 388 (1974) (השפעת פרשנות של כלל דיוני על מספר התביעות שיוגשו); רע"א 9041/03 עבדו בטחיש נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון, תק-על 2111 (3) 2005, פס' 7 לפסק-דינה של השופטת ביניש (2005) (השפעת פרשנות של כלל דיוני על הסיכויים להגיע לפשרות); ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נו(5) 433, 445 (2003) (השפעת פרשנות של כלל דיוני על הסיכויים להגיע לפשרות); בג"ץ 891/05 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' הרשות המוסכמת למתן רשיונות יבוא – משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, פדאור 16(16) 204 (2005) (להלן: עניין תנובה) (השפעת פרשנות של כלל דיוני – פסיקת הוצאות – על מספר התביעות שיוגשו).

14 בהתוויית הדרכים ליישום נקודת-המבט ex ante לדין הדיוני בישראל, המאמר הולך במידה מסוימת בדרכים שכבר נסללו בניתוח הכלכלי של הדין הדיוני, במיוחד בכתבתם של Shavell ושל Hay. ראו, לדוגמה, לעיל ה"ש 10 ולהלן ה"ש 16, 17, 20, 27 ו-234.

יגיעו בתי-המשפט בפרשנות של כללים אלה. התוצאה כאשר בוחרים בכלל הדיוני היעיל והצודק יותר *ex ante* עשויה להיות שונה מהתוצאה שאליה יגיעו בתי-המשפט בבחינה *ex post*.

פרק א להלן מציג את ארבע נקודות-הזמן שבהן ניתן לבחון את הכלל הדיוני, תוך שהוא מפרט את הגורמים השונים המשפיעים על סיכויי הפשרה בתביעה, על הנכונות לתבוע ולהתגונן, ועל התמריצים לציית להוראות הדין המהותי. פרק ב מיישם את הניתוח התיאורטי למגוון של מנגנונים דיוניים ושאלות פרשניות שהם מעוררים: כלל גילוי מסמכים, כללי השתק עילה והשתק פלוגתא, סדר דין מקוצר, סעדים זמניים והתובענה הייצוגית. פרק ג מיישם את הניתוח התיאורטי בהקשר שונה מעט: הכרעות דיוניות שהמחוקק מקבל, ולא בתי-המשפט. הפרק מנתח את השפעותיהם של צעדי ה"התייעלות" המוצעים חדשות לבקרים במסגרת הנסיונות לפתור את מה שנתפס כבעיית עומס על בתי-המשפט. פרק זה מתייחס לדוגמות כאימוץ סדר דין מהיר והפניה לתהליכי גישור כדבר שבחובה. פרק ד, לפני סיכום, מתמודד עם שתי הערות אפשריות לניתוח *ex ante* של כללים דיוניים: הערה בדבר השפעתו של ניתוח *ex ante* על ההפרדה המסורתית בין פרוצדורה למהות, והערה בדבר המתח הלא-בלתי-נמנע בין יעילות לצדק, שעלול להחריף כתוצאה מניתוח כזה. פרק ה מסכם.

## פרק א: השפעות *ex ante* ו-*ex post* של כללים דיוניים – תיאוריה

כללים דיוניים מכתבים לצדדים כיצד לנהוג בהליך משפטי נתון. סדרי הדין קובעים, למשל, מיהו בית-המשפט המוסמך לדון בתובענה; מהו ההליך הראוי לתובענה; אם התובענה חסומה מפאת מעשה בית-דין, התיישנות או טענה מקדמית אחרת; כיצד ינוסחו כתבי-הטענות; מהם הליכי הגילוי שניתן להשתמש בהם לפני שלב ההוכחות; מהם ההליכים החלופיים לפתרון סכסוכים שניתן לבחור בהם לפני שלב ההוכחות; מהם הסעדים הזמניים שבית-המשפט מוסמך לפסוק; כיצד ינוהל שלב ההוכחות; וכיצד ניתן לתקוף את פסק-דינו של בית-המשפט.

עם זאת, כללים דיוניים משפיעים על התנהגותם של הצדדים עוד לפני שהם מופעלים בהליך המשפטי. לדוגמה, האפשרות לתבוע בסדר דין מהיר יותר מהרגיל (ומדויק פחות) תשפיע על נכונותו של התובע לתבוע, על נכונותם של הצדדים להתפשר, על תוכן הפשרה שאליה יגיעו, וכתוצאה מכל אלה – על נכונותה של הנתבעת-בכוח לעמוד בחובותיה כלפי התובע-בכוח כדי למנוע מעצמה את התביעה. לפיכך, סדר הדין המהיר לא רק מכתוב את התנהגותם של הצדדים במסגרת הליך משפטי נתון, אלא גם משפיע על התנהגותם לפני כן, אפילו לפני שהחל הליך משפטי כלשהו.

התנהגותם של הצדדים על-פי הכלל הדיוני היא התנהגות *ex post*. התנהגותם לפני החלתו של הכלל הדיוני עליהם, מתוך ציפייה שיוחל, היא התנהגות *ex ante*. לכן המושגים

ex ante ו־ex post הם מושגים יחסיים ופרטניים לכלל כלל דיוני, ונקודת־היחוס היא הנקודה בזמן שבה הכלל הדיוני מוחל על הצדדים. פרק זה מציג השפעות אופייניות של כללים דיוניים על התנהגותם של צדדים לאחר החלתם של הכללים, ex post, ולפני החלתם, ex ante. יש להדגיש, עם זאת, שלכללים דיוניים יש השפעות רבות ומגוונות, ביניהן כאלה שעשויות לא להיכנס במסגרת הקטגוריות הכלליות והאופייניות שיפורטו בפרק זה. בפרק ב להלן יינתנו דוגמות לדרכים שבהן נקודת־המבט ex ante על ההשפעות הללו – הן אלה שנכנסות במסגרת הקטגוריות הכלליות והן אלה שאינן נכנסות – משנה את דרך פרשנותם של כללים דיוניים.

### 1. השפעתם של כללים דיוניים על רמת הדיוק של בית־המשפט

מטרתו של ההליך המשפטי היא להעביר לבית־המשפט את המידע שבידי הצדדים, על־מנת לזרות אור על המחלוקת ביניהם ולהגדירה, כך שיהיה אפשר לקדם את ההכרעה בה.<sup>15</sup> ככל שהמידע שיועבר לבית־המשפט יהיה רב יותר ומדויק יותר כן תהיה הכרעתו של בית־המשפט מדויקת יותר: העובדות שיקבע יהיו קרובות יותר לאלה שהתרחשו למעשה, בעבר, ויישומם של הכללים המשפטיים על עובדות אלה יהיה נכון יותר.

העלאת רמת הדיוק של בית־המשפט תתבטא בשני אופנים. ראשית, היא תתבטא בהכרעה באשר לחבותו של הנתבע. ככל שבית־המשפט יהיה מדויק יותר כן יפחתו המקרים שבהם ייקבע בטעות כי הנתבע הפר את חובותיו אף שבפועל הוא עמד בהן, ויפחתו גם המקרים שבהם ייקבע בטעות שהנתבע לא הפר את חובותיו אף שבפועל הוא הפר אותן.<sup>16</sup> שנית, העלאת רמת הדיוק תתבטא גם בקביעת הסעד, ובפרט בקביעת גובה הפיצויים שיידרש הנתבע לשלם בגין הפרת חובותיו. ככל שבית־המשפט יהיה מדויק יותר כן יהיה גובה הפיצויים שייפסקו קרוב יותר לגובה הנזק שנגרם לתובע בפועל.<sup>17</sup>

עם זאת, בכל הנוגע להיבט האחרון יש לשים לב להבחנה נוספת: האם בממוצע (ולא במקרה פרטני זה או אחר) בית־המשפט פוסק פיצויים בגובה נכון או שמה פסיקותיו של בית־המשפט מוטות באופן עקבי לצד זה או אחר?<sup>18</sup> במקרה הראשון בית־המשפט

15 השוו עם רע"א 10052/02 בועז יפעת נ' דלק מוטורס, פ"ד נו(4) 513, 519 (2003); בש"א (ת"א) Sanyo Electric Co. Ltd. 23367/05 נ' סהר חברה לביטוח בע"מ, פדאור 05(29) 328 (2005).

16 הניתוח של העלאת רמת הדיוק בהכרעה בשאלת האחריות בפסקות אלה מתבסס בעיקר על: Louis Kaplow & Steven Shavell, *Accuracy in the Assessment of Liability*, 37 J. L. & Econ. 1 (1994).

17 הניתוח של העלאת רמת הדיוק בהכרעה בשאלת הפיצויים בפסקות אלה מתבסס בעיקר על: Louis Kaplow & Steven Shavell, *Accuracy in the Assessment of Damages*, 39 J. L. & Econ. 191 (1996).

18 במונחים סטטיסטיים השאלה היא אם תוחלת הפיצויים שבית־המשפט פוסק שווה לפיצויים שנגרמו למעשה.



לא-מדויק אך גם לא-מוטה, ואילו במקרה השני בית-המשפט מוטה. ניתן להסביר הבחנה זו באמצעות הדוגמה הבאה: נניח שהנזק שנגרם לתובע הוא 100. בית-המשפט לא-מדויק אך גם לא-מוטה יפסוק במקרה פרטני פיצויים העשויים להיות גבוהים מ-100 או נמוכים מ-100, אולם בממוצע הוא יפסוק פיצויים בגובה 100. לעומתו, בית-המשפט מוטה יפסוק פיצויים שהממוצע שלהם יהיה שונה מ-100 – גבוה מ-100, אם ההטיה היא כלפי מעלה, או נמוך מ-100, אם ההטיה היא כלפי מטה. לשאלה אם פסיקותיו של בית-המשפט מוטות או לא-מוטות תהיה השפעה על תמריצי הצדדים *ex ante*, כפי שיוסבר בהמשך.<sup>19</sup>

כללים דיוניים רבים משפיעים מטבעם על כמות המידע שתועבר מן הצדדים אל בתי-המשפט, ובהתאם – על רמת הדיוק של ההכרעה בהליך. בתי-המשפט מודעים להשפעה זו של הכללים הדיוניים, ומתחשבים בה בכואם להכריע בשאלות דיוניות-פרשניות המתעוררות תדיר. הגישה המקובלת בבתי-המשפט רואה את ההכרעה הפרשנית כאיזון בין הצורך להעלות את רמת הדיוק לבין הצורך למוזער את עלויות ההליך המשפטי ואת משכו – הן לצדדים להליך עצמם והן למערכת המשפטית כולה.

כך, למשל, לגבי פרשנותם של כללי גילוי מידע המצוי בידי הצדדים: בתי-המשפט נוטים להתיר גילוי מידע ביד רחבה, מתוך הכרה בהשפעתו החיובית של המידע שיתגלה על רמת הדיוק של ההכרעה השיפוטית; מאידך גיסא, בתי-המשפט נוהרים לא להרחיב יתר על המידה את הגילוי, על-מנת לא להכביד על הצד הנדרש לגלות מידע, וכדי לא לסרב ולהאריך את ההליך כולו למעלה מן הצורך.<sup>20</sup>

התחשבות בהשפעתם של הכללים הדיוניים על רמת הדיוק של בית-המשפט מכתובה גם את מגמות פרשנותם של כללים רבים אחרים, הן בתחום סדרי הדין – למשל, אלה הנוגעים בחקירות עדים,<sup>21</sup> בקביעת השתקים שונים<sup>22</sup> או בדיני עדות מומחים<sup>23</sup> – והן בתחום דיני הראיות.<sup>24</sup>

19 ראו תת-פרק 4 להלן; SHAVELL, לעיל ה"ש 10, בעמ' 450-456.  
 20 להרחבה ראו תת-פרק ב1 להלן, ובפרט ה"ש 56-58, והשוו: Bruce L. Hay, *Civil Discovery: Its Effects and Optimal Scope*, 23 J. LEGAL STUD. 481 (1994).  
 21 ראו בש"א (ב"ש) 2503/04 יחזקאל שבירו נ' מ.א.פ ייצור ושיווק בע"מ, תק-של 2006(1) 4333, פס' 11 ו-12 לפסק-הדין (2006).  
 22 להרחבה ראו תת-פרק ב1 להלן.  
 23 ראו במיוחד את הפרשנות והרטוריקה לכלל המסמך בתי-משפט למנות מומחה מטעמם: תק' 130 לתקנות; ע"א 662/89 מדינת ישראל נ' אנטון קרבון, פ"ד מה(2) 593, 602 (1991).  
 24 השוו: Richard A. Posner, *An Economic Approach to the Law of Evidence*, University of Chicago Law School, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 66 (1999), available at [ssrn.com/abstract=165176](http://ssrn.com/abstract=165176); Chris W. Sanchirico, *Games, Information and Evidence Production: With Application to English Legal History*, 2 AM. L. & ECON. REV. 342 (2000).

## 2. השפעתם של כללים דיוניים על פשרות

רובן המוחלט של התביעות המוגשות לבתי-המשפט מסתיים בפשרות.<sup>25</sup> לפיכך, במסגרת בחינת השפעותיהם של כללים דיוניים על התנהגותם של צדדים יש לבחון גם את ההשפעות על נכונותם של צדדים להגיע לפשרות ועל תוכנן של אותן פשרות. יש להדגיש שהדיון בהשפעותיהם של כללים דיוניים על סיכויי הפשרה ותנאיה אינו מניח כי פשרה היא דבר רצוי מנקודת-מבט חברתית. השאלה אם פשרה היא צודקת ויעילה, ולפיכך רצויה, נגזרת מהשפעותיה על התנהגותם של הצדדים בנקודות-זמן קודמות לפשרה, ex ante, כמו-גם מהמידה שבה הצדדים תופסים את הפשרה כצודקת, ex post.<sup>26</sup> דיונונו בתת-פרק זה מתמקד בשאלות מה יהיו סיכויי הפשרה תחת כללים דיוניים חלופיים, ובאיזו מידה תהיה הפשרה שונה מפסק-הדין שהיה ניתן אלמלא הפשרה. שאלות אלה הן תיאוריות (דסקריפטיביות), ואין בהן משום הערכה ערכית (נורמטיבית) של הפשרה ככזו. נכונותם של צדדים להליך המשפטי להתפשר, והפשרה שעליה יסכימו, מושפעות מגורמים רבים, שניתן לחלקם לארבע קטגוריות עיקריות.<sup>27</sup> ראשית, תוכן הפשרה ייקבע על-פי הערכותיהם של הצדדים בדבר התוצאה הצפויה להם אם לא יתפשרו. הערכות אלה מתייחסות לסיכויי ההצלחה של התביעה ולסעד שייפסק אם תצליח.<sup>28</sup> ככל שתוצאותיו

25 ראו, לדוגמה, את המחקר שלפיו כשלושה רבעים מתביעות הנוזקין שמוגשות במדינות ארצות-הברית מסתיימות בפשרה: Steven K. Smith et al., *Tort Cases in Large Counties*: ארצות-הברית מסתיימות בפשרה: available at [www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/pdf/tcilc.pdf](http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/pdf/tcilc.pdf), (1995). למחקרים אמפיריים נוספים ראו, לדוגמה, את ההפניות המופיעות אצל אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על-פני תובעים רבים: בעקבות פסק הדין ברע"א 3126/00 מ"י נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ" מחקרי משפט כא 387, בה"ש 95 (2004). זאת ועוד, הסטטיסטיקה האמורה מספרת רק חלק מהסיפור: בפועל פשרות תופסות חלק מרכזי אף יותר בפיתרון סכסוכים. יש לזכור שהסטטיסטיקות דלעיל עוסקות בתביעות שכבר הוגשו, ואינן מביאות בחשבון את כל אותם סכסוכים שמסתיימים בפשרה עוד לפני שמוגשת תביעה לבתי-המשפט.

26 לדיון בגורמים המשפיעים על תפיסת ההליך - לרבות הפשרה - כצודק, ראו, למשל: Tom R. Tyler, *Citizen Discontent with Legal Procedures: A Social Science Perspective on Civil Procedure Reform*, AM. J. COMP. L. 871 (1997); Tom R. Tyler, *Why People Obey the Law* 115-124 (2006); Chris Guthrie & James Levin, *A "Party Satisfaction" Perspective on a Comprehensive Mediation Statute*, 13 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 885, 888-898 (1998).

27 הניתוח בפסקות הבאות מבוסס על עיקרי-יסוד בניתוח הכלכלי של פשרות. ראו, לדוגמה, Steven Shavell, *Suit, Settlement and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs*, 11 J. LEGAL STUD. 55 (1982).

28 התנאי ההכרחי להגעה לפשרה ניתן לתיאור בפשטות כדלקמן: החיבור של תוחלת ערכה של התביעה לפי הערכתה של הנתבעת (קרי, המכפלה של סיכויי זכייתו של התובע בתביעה, כפי שהנתבעת מעריכה אותם, בסכום הזכייה) עם עלויות המשפט של הנתבעת צריך להיות גדול

של המשפט יהיו מדויקות יותר כן תהיה גם הפשרה מדויקת יותר. יתרה מזו, הערכותיהם של הצדדים ישפיעו גם על הסיכוי שיתפשרו. מטבע הדברים, אין זהות בין הערכותיו של התובע לבין הערכותיה של הנתבעת באשר לתוצאותיו הצפויות של המשפט. לכן, ככל שכל אחד מהם אופטימי יותר, מנקודת־מבטו, בהערכותיו לגבי התוצאה הצפויה כן הסיכוי שיתפשרו קטן יותר.<sup>29</sup>

שנית, סיכויי הפשרה ותוכנה יושפעו מהעלויות הצפויות לצדדים מניהול המשפט אם לא יתפשרו.<sup>30</sup> ככל שעלויות אלה גבוהות יותר כן התועלת מפשרה גדולה יותר, ולכן הסיכויים שהיא תושג יהיו גבוהים יותר. באשר לתוכנה של הפשרה, זו תהיה מוטה לרעתו של הצד שעלויות ההתדיינות המשפטית שלו – הן הכלכליות והן הנפשיות והאחרות – גדולות יותר. יש לשים לב שלא רק סך העלויות ישפיע על החלטות הפשרה, כי אם גם חלוקתן על ציר הזמן לאורך ההליך המשפטי. הפשרה יכולה לחסוך לצדדים רק עלויות שטרם הוציאו, ולכן עלויות אלה הן שישפיעו בעיקר על הבחירה בין פשרה לבין התדיינות משפטית.<sup>31</sup>

מחיסור עלויות המשפט של התובע מתוחלת התביעה לפי הערכתו של התובע. לאחר העברת אנפים נימצא למדים כי התנאי להגעה לפשרה הוא שהעלויות של הצדדים מניהול התביעה יהיו גדולות מהפער בין הערכת התובע לבין הערכת הנתבעת לגבי תוחלת התביעה. נדגים זאת בדוגמה מספרית פשוטה: אדם שרכבו נפגע בתאונת־דרכים מחליט להגיש תביעה על סך של 1,000 ש"ח לבית־המשפט. הוא מעריך את סיכוייו לזכות בתביעה ולקבל 1,000 ש"ח בכ־70%. עלויות המשפט שהוא צפוי לשאת הן 300 ש"ח. הנתבעת, לעומתו, מעריכה את סיכוייה להפסיד בתביעה ולשלם 1,000 ש"ח לתובע בכ־40%. עלויות המשפט שהיא צפויה לשאת נמוכות מאלה של התובע – כ־200 ש"ח. תוחלת התביעה לגבי הנתבעת, בערך מוחלט, היא 600 ש"ח (200 ש"ח עלויות משפט בצירוף 400 ש"ח המתקבלים מהכפלת ההערכה של סיכויי התביעה בסכומה). תוחלת התביעה לגבי התובע היא 400 ש"ח (700 ש"ח המתקבלים מהכפלת ההערכה של סיכויי התביעה בסכומה, פחות 300 ש"ח עלויות משפט). בסיטואציה כזו יש מרווח לפשרה: התובע יהיה מוכן לקבל והנתבעת תהיה מוכנה לתת כל סכום בין 400 ל־600 ש"ח.

29 ככלל, תנאי הכרחי להגעה לפשרות הוא שהסכום הקטן ביותר שהתובע יהיה מוכן לקבל בפשרה יהיה נמוך מהסכום המרבי שהנתבעת תהיה מוכנה לשלם בפשרה. הסכומים שהצדדים מוכנים לשלם או לקבל תלויים בהערכותיהם לגבי כדאיות התביעה, כל אחד מנקודת־מבטו. הערכה זו תלויה בגורם "אובייקטיבי" – סכום התביעה; ובגורם "סובייקטיבי", התלוי בכל צד – הערכת הסיכויים. ככל שכל צד אופטימי יותר, הסכום הקטן ביותר שהתובע יהיה מוכן לקבל יהיה גבוה יחסית, והסכום המרבי שהנתבעת תהיה מוכנה לשלם יהיה נמוך יחסית. בהתאם, "יתרחקו" הצדדים מהתנאי הכרחי להגעה לפשרה. בקיצור, כל עוד הצדדים מסכימים על סיכויי התביעה, יש תחום אפשרי לפשרה; ככל שהם מתרחקים בהערכותיהם – איש־איש לטובתו – התחום הולך ומצטמצם, עד שהוא נעלם.

30 העלויות הכרוכות בהתדיינות משפטית כוללות, לדוגמה, את שכר־הטרחה לעורכת־הדין, את העלות החלופית של ניצול הזמן המושקע בהתדיינות (אם מבחינת ניצול התשומות האנושיות ואם מבחינת ניצול התשומות הפיננסיות) ועוד.

31 אם כי ראו תקן 6(ב) לתקנות בתי המשפט (אגרות) התשס"ז-2007, ק"ת 720, הקובעת השבה

שלישית, סיכויי הפשרה ותוכנה יושפעו מהקשר הקיים בין ההליך הנוכחי לבין הליכים אחרים. ככל שקשר זה משמעותי יותר, לפחות מבחינת אחד הצדדים, תכתב יותר החלטתו אם להתפשר, ובאילו תנאים, על-ידי השפעותיו ה"חיצוניות" של ההליך הנוכחי (קרי, השפעותיו על הליכים אחרים).<sup>32</sup>

רביעית ולסיום, סיכויי הפשרה ותוכנה יושפעו מגורמים שונים נוספים, דוגמת מידת אי-הוודאות שהצדדים מצויים בה (לדוגמה, בנוגע לעלויות המשפט), מידת שנאת הסיכון של הצדדים, שיקולים רגשיים וכן גורמים אחרים שהשפעתם על הצדדים תלויה במקרים רבים במאפיינים הפרטניים של הצדדים ושל הסכסוך ביניהם, ועל-כן אינה ברורה תמיד ואינה ניתנת לצפייה מראש.

כאשר בוחנים את השפעותיו של כלל דיוני על פשרות אפשריות, עלינו לבחון כיצד הוא ישפיע על תוצאות המשפט, על הערכתיהם של הצדדים לגבי סיכוייהם, על עלויותיהם

מלאה כמעט של האגרה במקרה שההליך הסתיים בפשרה בשלב מוקדם. יודגש: שני הצדדים נהנים מההיסכון בעלויות המשפט. היסכון זה נובע מכך שעורכי-הדין שלהם, למשל, לא יצטרכו להמשיך לייצגם לאורך המשפט. השאלה מי ייהנה יותר מחיסכון זה תיגור מחלוקת העלויות בין הצדדים. ראו, לדוגמה: Ronald Braeutigam et al., *An Economic Analysis of Alternative Fee Shifting Systems*, 47 LAW & CONTEMP. PROBS. 173 (1984).

איננו דנים בגוף הטקסט בשאלת הבחירה בין כללי החלוקה של העלויות בין הצדדים, אף שניתן עקרונית לנתח שאלה זו לאורך אותם קווים המוצגים במאמר. במאמר מוסגר נעיר כי בפסיקת הוצאות משפט נוהגים שני כללים עיקריים: ה"אנגלי", שלפיו הצד אשר מפסיד בתביעה נושא בעלויות ניהול המשפט של הצד המנצח; וה"אמריקאי", שלפיו כל צד נושא בעלויותיו שלו, ללא קשר להכרעה בהליך. בישראל התקנות מתוות שיקול-דעת רחב לבית-המשפט בפסיקת ההוצאות (ראו תק' 511(א) לתקנות). לכאורה, ההלכה הפסוקה אימצה את הכלל האנגלי (ראו ע"א 1894/90 שמואל פלאטור-שרון נ' ז'ק אסולין, פ"ד מו(4) 822, 829 (1992)). עם זאת, בפועל פסיקת ההוצאות בישראל נמצאת בנקודת-ביניים בין הכלל האנגלי לבין זה האמריקאי: ראשית, בתי-המשפט פוסקים סכומי הוצאות נמוכים יחסית (אם כי לאחרונה יש הדים רבים יותר ויותר לגישה התומכת בפסיקת הוצאות ריאלית – ראו, לדוגמה, עניין תנובה, לעיל ה"ש 13); שנית, במקרים לא-מעטים בתי-המשפט משתמשים בשיקול-הדעת המוענק להם, ומתחשבים בדרך שבה ניהל המנצח את התביעה כדי לפסוק לו הוצאות נמוכות או לא לפסוק לו הוצאות כלל (ראו תק' 512(ב) ו-514 לתקנות; ע"א 136/92 ביניש-עדיאל – עורכי-דין נ' דניה סיבוס חברה לבנין בע"מ, פ"ד מז(5) 114, 131 (1993)); שלישית ולסיום, לעיתים נעשה שימוש בכלל המאפשר לפסוק הוצאות נגד בעל-דין שלא הודה בטענה עובדתית שהיה ראוי כי יודה בה, או נגד בעל-דין המסרב לדרישה להודות בעובדה, גם כאשר אותו בעל-דין ניצח בהליך עצמו (ראו תק' 90 ו-103(ג) לתקנות, בהתאמה, והשוו לרע"א 1037/94 סהר חברה ישראלית לביטוח נ' רפאלי, דינים עליון סב 284 (1994)). בקיצור, "הפרקטיקה המשפטית מלמדת, כי זכיה בדין איננה גוררת אחריה בהכרח פסיקת הוצאות לטובת הזוכה" (חמי בן-גון הערעור האזרחי 243 (1997)).

השוו: Marc Galanter, *Why The "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW & SOC'Y REV. 95 (1974).

ועל הקשר שיהיה בין ההליך הנוכחי לבין הליכים אחרים.<sup>33</sup> בחינה זו תיתן בידינו כלים לבחון את השפעותיו של הכלל הדיוני על סיכויי הפשרה ותוכנה, ובהסתמך על השפעות אלה נוכל לבחון את השפעותיו של הכלל הדיוני על התנהגותם של הצדדים בשלבים מוקדמים יותר. נדגים זאת בפרק ב להלן.

### 3. השפעתם של כללים דיוניים על מספר התביעות המוגשות

תביעה תוגש כאשר איומו של התובע לנהל את התביעה הוא אמין.<sup>34</sup> התמריצים לתבוע ולהתגונן יושפעו בראש ובראשונה מהתוצאה הצפויה בהמשך ההליך – בפסק־הדין או בפשרה. ככל שהתוצאות האמורות יהיו מדויקות יותר כן יוגשו יותר תביעות מוצדקות ופחות תביעות לא־מוצדקות. לפיכך השפעתם של כללים דיוניים על רמת הדיוק של בית־המשפט<sup>35</sup> תשליך באופן מידי על מספר התביעות שיוגשו ועל הרכבן. מעבר להשפעתן של התוצאות בהמשך ההליך, התמריצים לתבוע ולהתגונן יושפעו גם מכמה גורמים נוספים, כמפורט להלן.

ראשית, עלויות המשפט בהשוואה להערכת סיכויי הזכייה של הצדדים ושווי הנושא שבמחלוקת (קרי, סכום התביעה). ככל שעלויות המשפט גבוהות יותר כן קיים סיכוי גדול יותר שאיומו של התובע בהגשת התביעה יהיה לא־אמין. אם עלויות המשפט משתוות לתוחלת התביעה מבחינת התובע (מכפלת סכום התביעה בסיכויי התביעה כפי שהוא מעריך אותם) או אף עלולות עליה, הערך הנקי של התביעה שלילי מבחינתו, ולכן הוא אינו יכול לאיים בהגשתה.<sup>36</sup> לפיכך, ככל שעלויות המשפט גבוהות יותר כן יוגשו פחות תביעות. יוער

33 כאמור בפסקה הקודמת, קיימים גורמים שונים נוספים המשפיעים על פשרות, אך השפעתם של אלה לא־ברורה ותלויה־הקשר עד כדי כך שאין טעם או יכולת להרחיב במסגרת מאמר זה על הצורך להתחשב בהשפעות עליהם.

34 לא כל איום לתבוע הוא אמין. איום יהיה אמין כאשר הערך מההתדיינות, הנובע מההפרש בין תוחלת התביעה לבין עלויות ניהולה יהיה חיובי. לניתוח כלכלי של הבחירה להביא את הסכסוך להכרעה בבית־המשפט ראו: John. P. Gould, *The Economics of Legal Conflicts*, 2 J. LEGAL STUD. 279 (1973) William M. Landes, *An Economic Analysis of the Courts*, 14 J. L. & ECON. 61 (1971).

35 ראו תת־פרק א לעיל.

36 מאידך גיסא, גם הנתבעת לא תהיה מעוניינת להשקיע בתביעה שעלויותיה גבוהות מבחינתה. ככלל, ככל שהיחס בין עלויות המשפט לבין ערך התביעה יהיה גבוה יותר – קרי, עלויות המשפט יהיו גבוהות יחסית וערך התביעה נמוך יחסית – כן יוגשו יותר תביעות שהסיכויים לזכות בהן נמצאים ב"טווח־הביניים". תביעות שסיכוייהן נמוכים מאוד לא יוגשו שכן העלויות שיהא על התובע לשאת בהן יהיו גבוהות מתוחלת התביעה (הנגזרת, כאמור, גם מסיכויי הצלחתו בתביעה). תביעות שסיכוייהן גבוהים מאוד לא יוגשו שכן לנתבעת לא יהיה כדאי להתגונן ולשאת בעלויות המשפט, נוסף על הסעד שאותו תצטרך בסבירות גבוהה לשלם לתובע, ולכן הנתבעת תיטה לשלם לתובע את תביעתו עוד בטרם הוגשה תביעה. ראו: George L. Priest & Benjamin Klein, *The Selection of Disputes for Litigation*, 13 J. LEGAL STUD. 1 (1984).

כי נוסף על סך העלויות, תשפיע גם חלוקת העלויות לאורך השלבים השונים של ההליך המשפטי על אמינות איומו של התובע לנהל את תביעתו.<sup>37</sup> שנית, השפעתו של ההליך הנוכחי על בעלי-הדין מחוץ לתחומי ההליך. קיומו של קשר בין ההליך הנוכחי לבין הליכים אחרים יגרום לשינוי בכדאיותן של הגשת התביעות ושל ההתגוננות מפניהן. בעלי-דין שהם "שחקנים חוזרים" במערכת המשפטית<sup>38</sup> יקבלו החלטות אם לתבוע או להתגונן לא רק על-סמך התוצאות הצפויות בהליך הפרטני, כי אם גם (ואולי אף בעיקר) על-פי השלכותיו של ההליך הפרטני על הליכים פוטנציאליים אחרים. לדוגמה, נתבעת החוששת מכך שההכרעה בתביעה מסוימת תקים נגדה תקדים שינוצל על-ידי תובעים אחרים תשתדל להימנע מתביעה, בעוד נתבעת אחרת המעוניינת בתוצאה התקדימית תרצה בתביעה. תובע המעוניין לבסס מוניטין של מי שעומד על זכויותיו יתבע גם במקרים שבהם ניהול התביעה הפרטנית אינו פדאי לגביו, בעוד תובע אחר המעוניין לבסס מוניטין הפוך, של מי שאינו גדרש למערכת המשפטית אלא פועל בדרכי שלום, יוותר על תביעות ראיות.

37 חלוקת עלויות מסוימת יכולה להוביל למצב שבו תובע אשר ערך התביעה שלו קטן מסך העלויות הצפויות לו מהגשתה (וכאמור, במקרה כזה איומו של התובע לתבוע אמור להיות לא-אמין) יכול בכל-זאת לאיים על הנתבעת ולסחוט ממנה פשרה "חיובית" מבחינתו. כך יקרה, לדוגמה, כאשר עלויות המשפט מחולקות בין כמה שלבים, והנתבעת נושאת בעלויות ההתגוננות בשלב מוקדם מן השלב שבו התובע נושא בעלויות המשפט. תביעות כאלה עשויות להיות כדאיות לתובעים, גם אם ערכן הצפוי נמוך. ראו: David Rosenberg & Steven Shavell, *A Model in which Suits are Brought for Their Nuisance Value*, 5 INT'L REV. L. ECON. 3 (1985). הסבר הנשען על חלוקה מדורגת של עלויותיו של התובע לאורך המשפט (ללא קשר לעלויותיה של הנתבעת בשלבים המקבילים) מראה כיצד איומו להגיש את התביעה יהיה אמין גם כאשר ערך ההתדיינות שלילי מבחינתו. ראו: Lucian A. Bebchuk, *A New Theory Concerning the Credibility and Success of Threats to Sue*, 25 J. LEGAL STUD. 1 (1996); לטענה כי בנסיבות מסוימות אמינותו של איום כזה מצד התובע עלולה להיות מקועקעת, ראו: Alon Klement, *Threats to Sue and Cost Divisibility under Asymmetric Information*, 23 INT'L REV. L. ECON. 261 (2003).

קיימים הסברים נוספים לאמינותו של איום לתבוע גם כאשר ערך ההתדיינות שלילי, כגון: הימצאותו של מידע פרטי אצל התובע (ראו: Lucian A. Bebchuk, *Suing Solely to Extract*, 17 J. OF LEGAL STUD. 437 (1988) ליצור לעצמו מוניטין מסוים (ראו: Amy Farmer & Paul Pecorino, *A Reputation for Being a Nuisance: Frivolous Lawsuits and Fee Shifting in a Repeated Play Game*, 18 INT'L REV. L. ECON. 147 (1998) ואפשרות של תשלום שכר-טרחה מראש (ראו: David C. Croson & Robert H. Mnookin, *Scaling the Stonewall: Retaining Lawyers to Bolster Credibility*, 1 HARV. NEG'N L. REV. 165 (1996).

38 "שחקן חוזר" לענייננו הוא צד להליך פרטני אשר שימש - וצפוי לשמש - צד להליכים דומים אחרים. תשובו, לדוגמה, על חברות הביטוח או על הבנקים. ראו Galanter, לעיל הי"ש 32, בעמ' 97-114.

גם בעלי-דין שהם "שחקנים חד-פעמיים"<sup>39</sup> עשויים להיות מושפעים בהחלטתם אם לתבוע מהליכים קשורים אחרים. הקשר להליכים אחרים עשוי להכניס למסגרת החלטתם של התובעים החד-פעמיים גם שיקולים אסטרטגיים. דוגמה בולטת לכך היא הימנעות זמנית מהגשת תביעה ראויה, תוך המתנה שתובעים אחרים יתבעו את הצד שכנגד, בתקווה שאז יהיה אפשר אולי ליהנות מפירות תביעתם בהליכים האחרים.

לבסוף, הקשר להליכים אחרים יוביל גם לשינוי בתמריצי ההשקעה בתביעה הפרטנית. בעלי-דין שהם שחקנים חוזרים, ואשר מנהלים הליכים דומים רבים, ישקיעו יותר בכל אחד מההליכים מאשר בעלי-דין שלגביהם ההליך הוא חד-פעמי. השחקנים החד-פעמיים עשויים אף להשקיע פחות בהליך נתון שקשור להליכים אחרים מכפי שהיו משקיעים בהליך לא-קשור. זאת, מתוך ציפייה ליהנות מהשקעתם של בעלי-דין בהליכים אחרים, שעשויה לשפר את מצבם בהליך "שלהם" (תופעה המכונה free riding).<sup>40</sup> כתוצאה מכך, ככל שהקשר בין ההליכים השונים חזק יותר כן יגדלו סיכויי ההצלחה של שחקנים חוזרים ויקטנו סיכוייהם של השחקנים החד-פעמיים.

שלישית, הנכונות לתבוע ולהתגונן תושפע מהמידע הקיים בידי הציבור לגבי זכויותיו. ככל שקיים מידע רב יותר בידי הציבור לגבי זכויותיו כן יוגשו תביעות רבות יותר.<sup>41</sup> ככל שהציבור מודע יותר לזכויותיו כן נכונותו להגדיר את העוולות שנעשו לו, לדרוש את תיקונן ולתבוע את האחראים להן גדולה יותר.<sup>42</sup>

רביעית ולסיום, יש לשים לב שעל ההחלטה אם לתבוע ולהתגונן ישפיעו גם גורמים שונים שאינם מושפעים באופן ישיר מהכלל הדיוני החל, לרבות טעמים רגשיים לתבוע (כגון נקמה), שנאת הסיכון של הצדדים, תרבות ההתדיינות המקומית, נורמות חברתיות הנוגעות בבחירה בין פשרה לתביעה, ועוד. מאחר שכללים דיוניים ישפיעו על עלויות המשפט ועל הקשר בין הליכים שונים, תהיה

39 "שחקן חד-פעמי" במערכת המשפטית הוא צד להליך שנקלע אליו בצורה מזדמנת, ויהיה צד להליכים דומים רק לעיתים נדירות. חֶשְׁבוֹ, לדוגמה, על אדם שרכבו נפגע בתאונת-דרכים (ואשר תובע את חברת הביטוח, שהינה דוגמה פרדיגמטית לשחקן חוזר). ראו Galanter, שם.

40 ראו קלמנט, לעיל ה"ש 25, בעמ' 405.

41 גורם זה זכה בהכרה רחבה בעיקר בהקשר של מה שנתפס כמגמה הולכת וגוברת לפנות לבתי-המשפט ולתבוע פיצויים, ומזוהה עם התרבות ה"נוזיקסטית" בארצות-הברית. ראו: Austin Sarat, *Exploring the Hidden Domains of Civil Justice: "Naming, Blaming and Claiming" in Popular Culture*, 50 DEPAUL L. REV. 425 (2000) לגרסה אקדמית פחות של ההכרה בקטגוריה של גורמים אלה ראו: Tracey Brown, *Name, Blame, Shame, and Claim*, LAST MAGAZINE (2000), available at [www.spiked-online.com/Articles/00000002D09F.htm](http://www.spiked-online.com/Articles/00000002D09F.htm). יודגש: מאמר זה אינו עוסק בהשפעות הנרחבות יותר של מגמת ה"משפטיזציה" של היחסים בין הפרטים; לענייננו רלוונטי רק הצורך להתחשב ביחס הישר שבין כמות המידע על זכויות לבין כמות התביעות המוגשות.

42 ראו: William L.F. Felstiner et al., *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming*, 15 L. & Soc'y REV. 631 (1980).

לפרשנותם של כללים דיוניים השפעה על מספר התביעות שיוגשו. נדגים זאת בפרק ב להלן.

#### 4. השפעתם של כללים דיוניים על זכויות וחובות בדין המהותי

התת־פרקים הקודמים הציגו את השפעותיהם של כללים דיוניים על רמת הדיוק של בית־ המשפט, על מספר הפשרות שיושגו ואופיין, ועל מספר התביעות שיוגשו ותוצאותיהן. גורמים מושפעים אלה ישפיעו בתורם על נכונותם של צדדים־בכוח לקיים את חובותיהם על־פי דין מלכתחילה. במילים אחרות, הכללים הדיוניים יולידו השפעות אשר ינחו את הצדדים בהתנהגותם לפני פרוץ הסכסוך. לגישתנו, זו נקודת־הזמן שבה צריך לבחון אם הכלל הדיוני יעיל והוגן.

נסביר את הטענה. הדין המהותי משפיע ומכוון התנהגויות. הוא יכול להשפיע באמצעות מניעה מראש של הפרת חובות על־פי דין או באמצעות הרתעה המושגת על־ידי הטלת סנקציות על נתבעות שהפרו חובות על־פי דין.<sup>43</sup> עם זאת, מידת ההשפעה של הדין המהותי על התנהגויות כאמור אינה תלויה רק בדין המהותי כשלעצמו, לרבות הסנקציות הקבועות על הפרתו; היא תלויה גם ביכולתו של גורם שנפגע מהתנהגות שאינה על־פי דין לפנות לבית־משפט ולתבוע,<sup>44</sup> ביכולתו של הנתבע להתגונן, בתוצאותיו הצפויות של ההליך המשפטי ובפשרות שיושגו בצילן של תוצאות אלה. כל אלה יקבעו כיצד יתממשו הוראות הדין המהותי בפועל.

מרגע פרוץ הסכסוך בין הצדדים – בין שמקור הסכסוך הוא בטענה של צד אחד להפרת חוזה על־ידי הצד האחר, בנוק שאחד הצדדים גרם לצד האחר או במחלוקת באשר לזכויות הקנייניות של הצדדים – יושפעו תוצאות הסכסוך מן הכללים הדיוניים שיהולו בבית־המשפט. הכללים הדיוניים ישפיעו על רמת הדיוק של התוצאה המשפטית. נוסף על כך, וכפי שהוסבר לעיל, הם ישפיעו גם על התנהגותם של הצדדים הצופים שכללים אלה יוחלו עליהם, ובעיקר על החלטתם אם לתבוע ואם להתפשר. שלושת אלה – רמת הדיוק של ההליך המשפטי, נגישותו של ההליך המשפטי והפשרות שיושגו בצילו של ההליך המשפטי – יקבעו את תמריציהם של הצדדים לקיים את הוראות הדין המהותי.

נדגים טענה זאת. נניח שפלוני צריך להחליט אם לקיים הוראה מסוימת בהסכם שנכרת בינו לבין אלמוני. הפיצויים שיהא עליו לשלם אם יפר את ההסכם שווים לפי הוראות הדין המהותי ל־100. אם לא יפר את ההסכם, חבותו אמורה להיות שווה ל־0. לפיכך, כלל יעיל והוגן הינו כלל שיבטיח כי פלוני אכן יפצה את אלמוני אם ורק אם הפר את ההסכם; במקרה

43 ההרתעה מושגת כתוצאה מסנקציות שבתיהם המשפט מטילים על נתבעות שגרמו לנזק. סנקציות אלה גורמות לנתבעות להפנים את העלויות והנזק שגרמו. לדיון מתחום דיני הנוזקין ראו ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני הנוזקין" משפטים כב 421 (1992).

44 אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעוולות המוניות" משפטים לד 301, 318–319 (2004) (להלן: קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית"); קלמנט, לעיל ה"ש 40, בעמ' 390–391.



כזה על פלוני לפצות את אלמוני באופן מלא. ברם, השאלה אם פלוני יידרש לשלם פיצויים כאשר יפר את ההסכם עם אלמוני או כאשר לא יפר אותו, וגובהם של הפיצויים והעלויות שבהם יישא פלוני, תלויים גם בדין הדיוני ובהשפעותיו.<sup>45</sup>

ראשית, רמת הדיוק של התוצאה המשפטית עשויה להשפיע על תמריציו של פלוני לקיים את ההסכם. הדבר נכון הן לגבי ההכרעה המשפטית בשאלת האחריות והן לגבי ההכרעה בשאלת גובה הפיצוי.<sup>46</sup> באשר לשאלת האחריות, ככל שיהיו מקרים רבים יותר שבהם ייקבע כי פלוני חייב בפיצוי אף שלא הפר את ההסכם, ומן הצד האחר, ככל שיהיו מקרים רבים יותר שבהם ייקבע כי הוא אינו חייב בפיצוי אף שהפר את ההסכם, כן ידוללו תמריציו לקיים את ההסכם. ההפרש בין הסנקציה הצפויה לו כאשר הוא מפר את ההסכם לבין זו הצפויה לו כאשר הוא מקיים אותו יהיה – במונחי הדוגמה דלעיל – קטן מ-100.<sup>47</sup> באשר לשאלת הפיצויים, יש להבחין בין שני מצבים. במצב האחד בית המשפט עשוי לפסוק פיצויים גבוהים מדי או נמוכים מדי, אולם אין הוא עושה זאת באופן מוטה לאחד הצדדים, דהיינו, תוחלת הפיצויים שיפסוק שווה ל-100. במצב כזה התנהגותו של פלוני במועד ההפרה, כאשר הוא אינו יודע אם הפיצויים שיידרש לשלם יהיו גבוהים או נמוכים מ-100, תהיה כאילו הפיצויים שייפסקו לחובתו אם יפר יהיו 100. במצב האחר הכרעתו של בית המשפט מוטה באופן עקבי לצד אחד. במקרה כזה עלולה להיגרם הרתעת יתר אם תוחלת הפיצוי שייפסק גבוהה מ-100, או הרתעת חסר אם תוחלת הפיצוי נמוכה מ-100.

45 לדרך שבה כללים דיוניים משפיעים על רמת הדיוק ראו תת-פרק 1א לעיל. השפעתם זו של הכללים הדיוניים רלוונטית, כאמור שם, הן להכרעה בשאלת האחריות והן להכרעה בשאלת הפיצויים. לדוגמה, הכללים הדיוניים שנבחרים להליכים של גילוי מסמכים, עדות מומחים וכיוצא באלה משפיעים על כמות המידע שתועבר לבית המשפט, ובהתאם לכך על יכולתו של בית המשפט לקבוע באופן מדויק יותר את חבותה של הנתבעת כמו גם את מידת הנזק שגרמה. יש להדגיש שלצורך הטיעון במאמר זה, היחס אל השיקולים השונים המנחים את בתי המשפט בקביעת החבות ובקביעת גובה הפיצויים הוא כאל דבר נתון. אין אנו דנים בדין המהותי הקובע שיקולים אלה. ענייננו הוא בהשפעת הכלל הדיוני על רמת הדיוק של ההכרעה על-פי אותם שיקולים נתונים מראש, כפונקציה, לדוגמה, של כמות המידע העומד לרשות בית המשפט.

46 לניתוח כלכלי של השפעת רמת הדיוק בקביעת האחריות וגובה הפיצויים על היעילות במובן הרחב, ראו, בהתאמה: Kaplow & Shavell, לעיל ה"ש 16; Kaplow & Shavell, לעיל ה"ש 17.

47 נניח, לדוגמה, שקיים סיכוי של 10% שבית המשפט יקבע כי פלוני חייב בפיצוי בגובה 100 אף שקיים למעשה את חובותיו. חבותו הצפויה של פלוני תהיה 10, אף שקיים את חובותיו (ובמילים אחרות, אף שחבותו אמורה להיות 0). אם נוסף על כך יש סיכוי של 20% שבית המשפט יפסוק לטובתו של פלוני אף שהפר את חובותיו בפועל, חבותו הצפויה של פלוני כאשר הפר חובות אלה תהיה  $80 = 100 * 80\%$ . ההפרש בין חבותו הצפויה של פלוני כאשר הפר את חובותיו (80) לבין חבותו הצפויה כאשר קיים אותן (10) הוא 70. הפרש זה מביא לידי כך שהתמריצים לקיום החובות נמוכים מהתמריצים הראויים, קרי, בגובה הנזק שנגרם כאשר החובה מופרת (בדוגמה לעיל – 100).

תמריציו של פלוני להפר את ההסכם יהיו, לפיכך, נמוכים או גבוהים מאלה שהדין המהותי מכתוב, ובכל מקרה לא מיטביים.

שנית, ככל שהדין הדיוני יקשה על התביעה במקרה של הפרה, הסיכוי שהמפר ידרש לפצות את בעל הזכות החוזית יהיה קטן יותר. לעומת זאת, ככל שהדין הדיוני יקשה על הגנתו של הנתבע, הסיכוי שהנתבע ידרש לפצות את בעל הזכות החוזית גם אם לא הפר את ההסכם יהיה גדול יותר. שתי ההשפעות ידללו את תמריציו של פלוני לקיים את ההסכם. על-פי הדין המהותי, ההפרש בין חבותו של פלוני כאשר הוא מפר את ההסכם לבין חבותו כאשר הוא אינו מפר אותו צריך להיות 100, אולם ההפרש בפועל יהיה קטן יותר. כאשר יפר את ההסכם, הוא ידרש לשלם פחות מ-100 (שכן לפעמים הוא לא ייתבע), וכאשר לא יפר את ההסכם, הוא ידרש לשלם יותר מ-100 (שכן לפעמים הוא ייתבע לשווא ויפסיד או לחלופין ייתבע לשווא ויזכה אך עדיין יישא בחלק מהעלויות הכרוכות בניהול המשפט).

שלישית ולסיום, נכונותו של פלוני לקיים את ההסכם תיגזר לא רק מפסק-הדין הצפוי, אלא גם מהפשרה הצפויה כתחליף לפסק-הדין. מידת השפעתה של הפשרה על התמריצים לקיים את ההסכם תהיה תלויה בסיכויי הפשרה. ככל שסיכויים אלה יהיו גבוהים יותר כן תוכתב התנהגותו של פלוני יותר על-ידי הפשרה, ופחות על-ידי פסק-הדין הצפוי.<sup>48</sup> באותם מקרים שבהם סיכויי הפשרה גבוהים, ישפיע תוכנה הצפוי על תמריציו של פלוני לקיים את ההסכם. כאשר הפשרה צפויה להיות מוטה לצד זה או אחר, ישפיע הדבר על תמריציו של פלוני באופן דומה לזה שבו השפיעה רמת הדיוק של ההליך המשפטי על תמריצים אלה. גובה הפשרה יגזר לא רק מתוצאתו הצפויה של ההליך המשפטי, אלא גם מעלויותיהם של הצדדים: ככל שעלויותיו של פלוני יהיו גבוהות מאלה של אלמוני כן תהיה הפשרה מוטית לרעתו, בין שקיים את ההסכם ובין שהפר אותו; ולהפך, ככל שעלויותיו של פלוני יהיו נמוכות מאלה של אלמוני כן תהיה הפשרה מוטית לטובתו. להטיות אלה יהיו כאמור השפעות דומות לאלה שיהיו להטיות ברמת הדיוק של ההכרעה המשפטית.

יוצא שהתמריצים לקיים את הוראות הדין המהותי קשורים בטבורם לכלים הדיוניים שבאמצעותם יוכל בעל הזכות המהותית לממש את זכותו.<sup>49</sup> חשוב להדגיש שהשפעתם של הכללים הדיוניים על ההתנהגות בשלב המוקדם, הראשוני, תיגזר מן הידע שיש לפרטים בדבר הכללים הללו. ככל שהכללים הדיוניים יהיו ברורים וידועים יותר עוד לפני פרוץ הסכסוך כן השפעתם על התנהגות הפרטים תהיה גדולה יותר כבר בשלב זה.<sup>50</sup> מאחר שכללים דיוניים רבים אינם ידועים לצדדים במועד המוקדם שבו הם בוחרים כיצד לנהוג, התנהגותם אינה יכולה להיות מושפעת מכללים אלה. השפעותיהם של הכללים הדיוניים

48 אם כי פסק-הדין הצפוי ישפיע בעקיפין על תמריצים אלה, דרך השפעתו על תוכנה של הפשרה. ראו: Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950 (1979).

49 איננו מתייחסים במאמר זה לאפשרות ההוצאה לפועל של פסקי-דין, אולם ברור שהדברים חלים על מערכת ההוצאה לפועל וכלליה באופן דומה לזה המתואר כאן באשר למערכת המשפט.

50 השוו: Meir Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, 97 HARV. L. REV. 625 (1984).

יתחילו במקרים מסוג זה בנקודת-זמן מאוחרת יותר – לאחר פרוץ הסכסוך בין הצדדים. יתרה מזו, יש כללים דיוניים שהשפעותיהם לאחר פרוץ הסכסוך משמעותיות, אולם לפני פרוץ הסכסוך אין הצדדים יכולים לחזות את כיווןן של השפעות אלה. דוגמה מובהקת לכך היא כאשר הכללים הדיוניים משפיעים על רמת הדיוק בקביעת הפיצויים אולם קביעותיו של בית-המשפט אינן מוטות לצד זה או אחר. כפי שהוסבר לעיל, לפני פרוץ הסכסוך הצדדים אינם יודעים לאיזה צד יטעה בית-המשפט, ולפיכך הם בוחרים מהי תוחלת הפיצויים שיפסק. מאחר שבית-המשפט אינו מוטה, תוחלת הפיצויים שווה לנזק שייגרם למעשה. בהתאם, התנהגותם של הצדדים במועד המוקדם זהה לדרך שבה היו נוהגים אילו היה בית-המשפט מדויק ופוסק פיצויים השווים לגובה הנזק.

הנה כי כן, לכללים דיוניים יש השפעות רחבות על התנהגותם של הצדדים, הן *ex post* והן *ex ante*. לעיל סקרנו כמה מן ההשפעות המשמעותיות והאופייניות ביותר. כך, כללים דיוניים משפיעים על רמת הדיוק של בתי-המשפט הן בנוגע להכרעה בשאלת החבות והן בנוגע להכרעה בשאלת הפיצויים. כללים דיוניים משפיעים גם על הסיכויים שתושג פשרה ועל תוכנה של אותה פשרה. השפעות מסוג זה נובעות גם מן ההשפעות של הכלל הדיוני שמאומץ על ההכרעה המשפטית שתתקבל, על הערכותיהם של הצדדים לגבי ההכרעה שתתקבל, על עלויות המשפט ועל הקשר להליכים אחרים. כללים דיוניים משפיעים גם על מספר התביעות שיוגשו, כנגזרת מהשפעותיהם על עלויות המשפט ועל הקשר להליכים אחרים. לבסוף, וכנגזרת של ההשפעות האופייניות הקודמות, הכלל הדיוני שיאומץ משפיע גם על התמריצים לקיים את הדין המהותי, הנובעים, בין היתר, מרמת הדיוק של ההליך המשפטי, מנגישותו ומהסיכויים להתפשר לפני שתושג בו הכרעה. בתי-המשפט מתחשבים תדירות בהשפעות על רמת הדיוק, אולם מתחשבים פחות בהשפעות האחרות שנמנו לעיל. לגישתנו, כאשר מפרשים כללים דיוניים, יש להתחשב גם בהשפעות ובשיקולים הנוספים, שאותם ניתן לראות במבט *ex ante*. הפרק הבא מיישם מסקנה זו, ומתרגם אותה, באמצעות דוגמות פרטניות, לגישה פרשנית מוצעת לדין הדיוני.

## פרק ב: השפעות *ex ante* ו-*ex post* של כללים דיוניים – יישום

בפרק הקודם הצגנו גישה פרשנית הבוחנת את השפעותיהם של כללי סדר הדין האזרחי *ex post*, קרי לאחר החלתם של הכללים הדיוניים על הצדדים לתביעה, ו-*ex ante*, קרי לפני החלת הכלל, כאשר הצדדים מחליטים אם להתפשר, אם לתבוע ואם לקיים את הוראות הדין המהותי. כאמור, מטרתה של הגישה הפרשנית המוצעת היא לנסות להגיע לנקודת-הזמן המוקדמת ביותר שבה ישפיעו הכללים הדיוניים על התנהגות הצדדים, ולבחון השפעה זו. לטענתנו, התשובה לשאלה מהו הכלל הדיוני היעיל וההוגן צריכה להינתן בהסתמך על שוק השפעותיו של הכלל על התנהגות הצדדים, ונקודת-הזמן שראוי להתחיל בה את הבחינה

היא נקודת-הזמן המוקדמת ביותר שבה מתקיימת השפעה כזו. כאשר נקודה זו היא לפני פרוץ הסכסוך, הכלל הדיוני מצטרף אל הדין המהותי וקובע את התנהגותם של הצדדים בשלב הראשוני – בקיום החוזה, בהתנהגות על-פי כללי הנהירות הראויים, בשמירה על קניינם ועוד. כאשר נקודת-הזמן המוקדמת ביותר שבה הכלל משפיע היא לאחר פרוץ הסכסוך, לא ישפיע הכלל על ההתנהגות בשלב הראשוני, אולם הוא ישליך עדיין על מצב הצדדים ex ante, לפני מועד החלתו למעשה.

בפרק זה אנו מדגימים כיצד יש ליישם את הגישה הפרשנית המוצעת. אנו בוחנים מגוון של כללים דיוניים, תוך התמקדות בשאלות הפרשניות העולות בהקשרם. השפעותיו של כל אחד מן הכללים נבחנות ex ante, ומושוות להשפעותיו ex post.

## 1. גילוי מסמכים

הליך גילוי המסמכים<sup>51</sup> נועד לאפשר לצד להליך לדעת מראש אילו מסמכים רלוונטיים להליך מצויים בידי הצד שכנגד<sup>52</sup> (כמובן, מעבר למסמכים שאותם יגיש הצד שכנגד ממילא לבית-המשפט), להשיג מידע שמצוי בידי הצד שכנגד, ולהתכונן לשלב ההוכחות במשפט.<sup>53</sup> אי-אפשר להשתמש בהליך זה לגבי כל מסמך. בית-המשפט יתיר זאת רק לגבי מסמכים שנוגעים בעניין הנידון ואשר מצויים ברשותו או בשליטתו של בעל-דין.<sup>54</sup> בתי-המשפט נדרשים לקבוע אם חלה חובת גילוי אם לאו כל אימת שהצד המחזיק במסמכים מתנגד לגילויים. ההכרעה בשאלה הפרשנית האמורה מעצבת את היקפו של כלל הגילוי – כלל גילוי רחב או צר – ולבתי-המשפט יש סמכות ומרחב שיקול-דעת רחבים במסגרתה.<sup>55</sup> בהפעילם את שיקול-הדעת הרחב האמור, בתי-המשפט מנסים לאזן בין הרצון לתת בידי בעל-דין כלים נאותים להגיע לראיות שבידי הצד שכנגד ולהציגם לפני בית-המשפט לבין החשש מפני הכבדת-יתר על הצד שכנגד ושל ההליך כולו.<sup>56</sup> בתי-המשפט נוטים לאמץ

51 ראו סי' ג לפרק ט לתקנות (תק' 112 ואילך). לא נדרשנו בפרק זה להבחנה בין גילוי מסמכים לבין עיון בהם (תק' 112 מול תק' 114 לתקנות), כמו-גם להבחנה בין צו כללי לגילוי מסמכים לבין צו ספציפי (תק' 112 מול תק' 113 לתקנות). לענייננו, די בהתמקדות בהכרעה הפרשנית בין החלופות של גילוי רחב אל מול גילוי צר, במובנו הרחב ביותר של הביטוי "גילוי".

52 כעיקרון, הגילוי חל רק על בעל-הדין שכנגד. עם זאת, ההלכה הפסוקה מתחה את גבולותיה של התיבה "בעל-דין". ראו, לדוגמה, רע"א 7264/95 ראש קש מסחר 88 בע"מ נ' רוכביץ ישראל (סיוון), פ"ד מט(5) 793, 795 (1996).

53 אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 186 (מהדורה שמינית, תשס"ה).

54 תק' 112 לתקנות; רע"א 6546/94 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' הנרי אזולאי, פ"ד מט(4) 54, 60 (1995) (להלן: עניין בנק איגוד).

55 ע"א 40/49 כיאט נ' כיאט, פ"ד ג 159, 161 (1950).

56 לדוגמה פרדיגמטית של יישום האיזון האמור בפסיקה ראו רע"א 10052/02 בועז יפעת נ' דלק מוטורס, פ"ד נו(4) 513, 519 (2003) (שם בית-המשפט מחליט להתיר עקרונית גילוי ועיון, שכן הזכות "חשובה... [ו]מאפשרת לצדדים להגדיר ביתר יעילות את גדר המחלוקת ביניהם, ובכך תורמת היא לגילוי האמת", אך בו-זמנית מחליט גם להתנות את הגילוי בכמה

כלל גילוי רחב, ומצדיקים זאת ברצון להגיע ל"אמת" שבבסיס הסכסוך הפרטני, מרגע שהובא להכרעתו של בית המשפט.<sup>57</sup> עם זאת, בתי המשפט נוטים גם לרסן את כלל הגילוי הרחב, בשם הרצון לקצר את משך הזמן העובר מן הרגע שבו הוגשה תביעה ועד לרגע שבו היא תוכרע, הנתפס כחתימה ל"יעילות".<sup>58</sup>

עמדנו לעיל בקצרה על המתווה הכללי של התוצאות שבת-המשפט מגיעים אליהן תדיר בהכרעות הפרשניות הנוגעות בגילוי מסמכים. כעת נתמקד בשאלה כיצד נעשית בחינת השפעותיו של כלל הגילוי על התנהגותם של הצדדים בפועל – אותה בחינה המובילה בדרך-כלל את בתי המשפט אל התוצאות שפורטו לעיל. בפרט, נבדוק ביחס לאיזו נקודת-זמן בתי המשפט בוחנים את השפעותיו של כלל הגילוי על התנהגות הצדדים. נראה כי בכל הנוגע לממשק שבין דיני הגילוי לבין הדינים הנוגעים בחסיונם של המסמכים שמבקשים לגלותם,<sup>59</sup> בתי המשפט מתייחסים גם לנקודות-הזמן המוקדמות

תנאים, "כדי למנוע הכבדה יתרה ולא מוצדקת על הנתבעים". רטוריקה וניתוח דומים מופיעים במספר רב של פסקי-דין אחרים – ראו, לדוגמה, בש"א (חי) 14114/06 המועצה המקומית שלומי נ' שכטמן חברה לבנין ופיתוח בע"מ ואח' (פורסם במאגר נבו), פס' 5 לפסק-הדין. ראו גם כיצד השיקולים הרלוונטיים להכרעה הפרשנית הנוכרת בגוף הטקסט מסוכמים בספרי-היסוד בתחום: לוי תורת הפרוצדורה האזרחית, לעיל ה"ש 3, בעמ' 150 (לתיאור מערכת השיקולים הנוהגת בדיני גילוי המסמכים הישראליים כ"פשרה" בין הרצון לתת פרשנות מרחיבה לגילוי, כדי לתת לבעל-הדין כלים נאותים שיקדמוהו להגעה ל"אמת", לבין הכבדת ההליך הנגרמת כאשר הגילוי רחב מדי; ובמילותיו של לוי, השאלה היא "...עד כמה יש מקום להעמיק את ההיתר לקיים הליכי גילוי על חשבון יעילות ההליכים"); גורן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 118 (לדוגמה, "במסגרת שיקול-דעת זה אין להורות על גילוי מסמכים... כאשר הגילוי 'עלול לסבך את בירור התביעה ללא צורך'", ובהמשך, "מלבד התנאי של 'דיון הוגן' קובעת תקנה 120, כי מטרת הצו היא גם לחסוך בהוצאות").

57 "הגישה לגילוי מסמכים היא ליברלית" (ת"א (חי) 195/01 י. גיל אימפורט בע"מ נ' מדינת ישראל – אגף המכס, פדאור (5)05 443, ס' 5 לפסק-דינו של השופט עמית (2005)). דוגמות נוספות: עניין בנק איגוד, לעיל ה"ש 54 ("נקודת המוצא העקרונית הינה עקרון הגילוי"); בש"א (י"ם) 4761/00 מוסא עמירה נ' אחים ברדריאן בע"מ, פדאור (3)01 399 (2001) ("כאשר בית המשפט אמור להחליט בבקשה לגילוי מסמכים, שהסירוב לגלותם נובע מטענת חוסר רלוונטיות, המגמה צריכה להיות מרחיבה..."); בש"א (י"ם) 5870/01 מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון נ' אינספר בע"מ, פדאור (4)01 321 (2001) ("נוסח טופס 11 משקף תפיסה לפיה, על גילוי המסמכים להיות רחב וכולל..."). דוגמה קונקרטית להכרעה לטובת כלל גילוי רחב היא החלטת דרישה לגילוי מסמכים גם על מסמכים ש"מזיקים" לבעל-הדין. ראו, לדוגמה, ע"א 27/91 שמעון קבלו נ' ק' שמעון, עבודות מתכת בע"מ, פ"ד מט(1) 450, 458 (1995) וההפניות שם.

58 ראו, לדוגמה, רע"א 6715/05 מחסני ערובה נעמן בע"מ נ' זאב איזנברג, פדאור (5)05 (24) 121 (2005), ס' 6 לפסק-הדין ("על מנת שהליכים אלו לא יתמשכו מעבר לנדרש, לא יהיו כרוכים בהוצאות מיותרות ולא יפגעו ביעילות הדיונית, הוטלו מגבלות מסוימות על היקף תחולתם").

59 יש לשים לב שטענת חיסיון נטענת בשלב העיון במסמכים. ראו תק' 119 לתקנות וכן ה"ש 51 לעיל.

בבוחנם את השפעותיהם של הכללים הדיוניים. מטבעו, החיסיון ניתן כדי לאפשר את מימושן של זכויות בנקודת-זמן קודמת לדיון בסכסוך כלשהו בבית-המשפט. לדוגמה, חסיון עורך-דין-לקוח<sup>60</sup> ניתן כדי להגן על "...האוטונומיה הנתונה לצד למחלוקת להכין את קווי עמדתו במשפט בלא הפרעה",<sup>61</sup> וכדי "...לאפשר לאדם להכין עצמו למשפט בלא חשש שפרי עמלו לצורכי הכנת עמדתו ייחשף לעיניו של הצד השני".<sup>62</sup> רוצה לומר, בתי-המשפט מצירים את כלל הגילוי החל על מחלוקת נתונה משיקולים הנוגעים בהכוונת התנהגותם של הצדדים בנקודת-זמן קודמת להחלת הכלל. באופן דומה, חסיון רופא-חולה<sup>63</sup> ניתן כדי לאפשר לחולה למסור את מירב הפרטים הנדרשים לרופא לטובת טיפול יעיל במחלתו עוד לפני שהתעוררה מחלוקת כלשהי, ובוודאי לפני שהחולה נכנס אל בין כותלי בית-המשפט.<sup>64</sup> אם כן, ככל שבתי-המשפט נדרשים לשאלות הנוגעות בחסיונם של המסמכים המועמדים לגילוי, הניתוח *ex ante* הוא נוהג מקובל.<sup>65</sup>

לעומת זאת, במקרים שבהם הטענה נגד הגילוי לא נבעה מרצון להימנע מחשיפת המידע, אלא מהחשש מפני הטלת עלויות מיותרות על בעל-הדין שכנגד, בתי-המשפט נמנעים בדרך-כלל מלהתייחס להשפעותיו של כלל הגילוי על התנהגות הקודמת לגילוי. במקרים כאלה, שבהם ההכרעה הפרשנית נתפסת על-ידי בית-המשפט כאיזון בין "יעילות" לבין חתירה ל"אמת", בתי-המשפט נוטים לאמץ נקודת-מבט *ex post* מובהקת. השאלה שבתי-המשפט שואלים היא אם מתן אפשרות גישה למידע המצוי בידי צד אחד למחלוקת – אפשרות אשר תקדם את החתירה ל"אמת" באותו הליך פרטני ואת ה"הגינות" של ניהול ההליך כלפי הצד האחר למחלוקת – אינה מגדילה יתר על המידה את עלויות הניהול של ההליך הפרטני, אם מבחינת הצד הנדרש לגלות את מסמכיו ואם מבחינה כלל-מערכתית.<sup>66</sup> זוהי

60 ראו ס' 48 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, ס"ח 421 (להלן: פקודת הראיות), וס' 90 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961, ס"ח 178.

61 רע"א 2235/04 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' אלי שירי, תק"ע על 2006(2) 4466, פס' 13 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (2006).

62 ש.ם.

63 ראו ס' 49 לפקודת הראיות.

64 ראו, לדוגמה, ת"פ (חי') 1036/01 מדינת ישראל נ' כהן גבריאל, פדאור 05(16) 670443 (2005); בש"א (ת"א) 13543/03 עזבון המנוחה דליה גליקסברג דינר ז"ל נ' שיר פפרברג קטינה, תק"מ 2003(4) 68 (2003).

65 ראו גם, לאחרונה, את רע"א 2498/07 מקורות חברת מים בע"מ נ' אורה בר, תק"ע על 2007(2) 5420, (2007): "אכן, דילמה לא פשוטה העומדת בפני בתי המשפט היא מציאת האיזון שבין חשיפת החומר ובין 'האפקט המצנן'".

66 ראו רע"א 2534/02 שמשון נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד נו(5) 193, 195-196 (2002) ("הכלל הוא שבהתדיינות אזרחית יש להבטיח גילוי רחב ככל הניתן של מידע הרלוונטי למחלוקת הנדונה בבית-המשפט... עם זאת עקרון הגילוי אינו עומד לבדו. כנגדו ניצבים ערכים אחרים, ובהם יעילות ההליך המשפטי; הגנה על אינטרסים לגיטימיים של הצד המגלה ומניעת פגיעה באינטרסים של צדדים שלישיים. האיזון ההולם בין עקרונות אלה נגזר מנסיבותיו של כל מקרה"; המ' 11/51 שמעון דיסקין נ' האפוטרופוס על נכסי נפקדים, פ"ד ז 820 (1953).

נקודת-מבט חסרה, המתעלמת מהשפעות חשובות של כלל הגילוי על הצדדים בנקודות-זמן מוקדמות.<sup>67</sup>

להלן נראה כיצד תושפע ההכרעה בין כלל גילוי רחב לבין כלל גילוי צר מהסטת נקודת-המבט של בתי-המשפט אל נקודת-זמן מוקדמת מזו שתוארה בפסקה הקודמת. לכלל הגילוי הרחב יש כמה השפעות עיקריות: הוא מניב תוצאה מדויקת יותר של ההליך השיפוטי; מאפשר לצדדים להעריך באופן מדויק יותר את סיכוייהם; מגדיל את עלויותיהם של הצדדים; ועלול ליצור תמריצים לתבוע אשר חורגים מגדר ההליך הפרטני ונובעים מרצונו של צד לחשוף מידע המצוי בידי הצד האחר. נפרט השפעות אלה, ונבחן את השלכותיהן על התנהגות הצדדים ex ante.

השפעתו של כלל גילוי רחב על רמת הדיוק של התוצאה המשפטית היא ברורה. בדרך-כלל, ככל שצד יכול לגלות באופן מלא יותר את המידע המצוי בידי הצד שכנגד, הוא יוכל לנהל את ההליך באופן שיביא לידי גילוי מלא יותר של המידע לבית-המשפט.<sup>68</sup> יש אומנם מקרים שבהם דווקא גילוי צר יאפשר את "גורם ההפתעה" במהלך החקירה הנגדית, באופן שיביא לידי גילוי ה"אמת";<sup>69</sup> אולם זה החריג, ולא הכלל.

זאת ועוד, מאחר שכלל גילוי רחב מאפשר לכל צד ללמוד טוב יותר, בשלבים מוקדמים של המשפט, את המידע המצוי בידי הצד שכנגד, הערכותיו באשר לתוצאות המשפט הצפויות יהיו מדויקות יותר. ככל שהמידע המצוי בידי הצדדים רב יותר, הסיכון שהם יהיו אופטימיים מדי בהערכת סיכוייהם (כל אחד מנקודת-מבט) קטן, והסיכוי שהם יתקרבו יותר להערכת סיכוייהם ה"אמיתיים" גדל.<sup>70</sup>

נעבור לבחינת השפעתו של כלל הגילוי על עלויותיהם של הצדדים. בהנחה שיאומץ כלל גילוי רחב, יהיו עלויותיהם של הצדדים גבוהות יותר בשלב שלפני המשפט עצמו, בשל הליך הגילוי הארוך והתובעני יותר.<sup>71</sup> לעומת זאת, ניתן להניח שעלויותיהם של

67 יוטעם כי לא בכל המקרים שבהם נעדרים שיקולי חיסיון נעדרת גם ההתחשבות בהשפעותיו של כלל הגילוי בנקודות-זמן מוקדמות. יש כמה יוצאים-מן-הכלל המעידים על הכלל, כגון מקרים שבהם בתי-המשפט הביאו בחשבון גם את השפעותיו של הכלל הדיוני בנוגע לגילוי מסמכים על סיכויי הפשרה ותוכנה. ראו, לדוגמה, רע"א 4249/98 שמעון סוויסה נ' הכשרת הישוב, פ"ד נה(1) 515, 520 (1999) ("משחק בקלפים גלויים... גם עשוי לשמש לעתים כגורם משמעותי להבאתם של בעלי-הדין לכלל פשרה") (להלן: עניין סוויסה); ת"א (י"ם) 344/93 אלעביד סלים נ' קיילין את שניטמן, תק"מח 1996 (1) 1425 (1996) (לפנייה למשפט המשווה, שבו מושם דגש בשיקול של עידוד פשרה כמצדיק כלל גילוי רחב).

68 ראו Hay, לעיל ה"ש 20, בעמ' 497-498.

69 עניין סוויסה, לעיל ה"ש 67, בעמ' 520-521, 527; לוי תורת הפרוצדורה האזרחית, לעיל ה"ש 3, בעמ' 151, הטקסט הנלווה לה"ש 14.

70 ראו: Robert D. Cooter & Daniel L. Rubinfeld, *An Economic Model of Legal Discovery*, 23 J. LEGAL STUD. 435, 439-444 (1994).

71 יש לשים לב כי צדדים הסובלים ממחסור במידע ייהנו מכלל גילוי רחב, אשר יחסוך להם את הקשיים והעלויות הכרוכים בחשיפת המידע בעצמם. עם זאת, סך העלויות צפוי לעלות, שכן ברוב המקרים לא היו אותם צדדים משקיעים את ההשקעה (הגדולה) הנדרשת

הצדדים יהיו נמוכות יותר בשלב המשפט עצמו, מכיוון שהצורך להשקיע באיתור ובגילוי של מידע (תוך חקירת עדים והבאת מומחים) יהיה מועט יותר, ולו רק מהטעם שכבר גולה מידע בשלב המקדמי.<sup>72</sup> יש להניח שכלל גילוי רחב יביא בסך-הכל לידי הגדלת עלויות המשפט. הנחה זו מבוססת על כך שהזמן והמשאבים שהצדדים יכולים להשקיע בגילוי המוקדם אינם כפופים להגבלות הזמן שבית-המשפט מקציב, ולפיכך ייטו הצדדים להשקיע יותר ככל שכלל הגילוי המוקדם יהיה רחב יותר. הנחה זו נתמכת גם בבחינה השוואתית של עלויות המשפט במערכות משפט שנוהגים בהן כללי גילוי מוקדם רחבים.<sup>73</sup>

לבסוף, נבחן את השפעתו של כלל הגילוי על הקשר בין ההליך הנוכחי לבין הליכים אחרים. ככל שהגילוי רחב יותר, האפשרות שהוא ישפיע על מצבם של הצדדים בהליכים אחרים גדלה. צד מסוים יכול להיות מעוניין בגילוי בהליך הנוכחי לצורך קבלת מידע שישרת אותו בהליכים אחרים או בהתנהלותו (העסקית או אחרת) אל מול הצד האחר.<sup>74</sup> לאחר שהצגנו את השפעותיו השונות של כלל הגילוי, ניתן לבחון כיצד ישפיע כלל גילוי רחב על תמריצי הצדדים להתפשר, לתבוע ולנהוג על-פי הוראות הדין המהותי. ראשית, כלל גילוי רחב יניב תוצאה מדויקת יותר במשפט. ככל שהכרעת בית-המשפט מתייחסת לחבותו של הנתבע, הפשרות שיושגו לאחר גילוי יהיו מדויקות יותר. התוצאה היא שהתמריץ לתבוע יהיה גדול יותר בתביעות מוצדקות, וקטן יותר בתביעות שאינן מוצדקות. בנקודת-הזמן שלפני פרוץ הסכסוך יהיה בהשפעה זו כדי לכוון את הצדדים למלא את הוראות הדין המהותי, יותר מאשר אילו אומץ כלל גילוי צר.

ככל שהכרעת בית-המשפט מתייחסת לגובה הפיצויים שיידרש הנתבע לשלם, אם נמצא חייב, השאלה שיש לשאול היא אם ללא כלל גילוי רחב יהיו הפיצויים שיפסוק בית-המשפט מוטים באופן עקבי לצד זה או אחר. ניתן להצביע על מקרים שבהם יש לחשוש מהטיה כזו; למשל, כאשר צד אחד מחזיק במידע שעשוי – אם יישאר נחלתו הבלעדית ולא ייחשף בעקבות כלל הגילוי שיאומץ – להביא לידי הקטנת הפיצויים שהוא יידרש לשלם (הדברים נכונים לעיתים לגבי גופים ביורוקרטיים גדולים, דוגמת בנקים או חברות ביטוח). במקרים אלה יסייע כלל גילוי רחב בתיקון ההטיה. בכך ייצור אימוץ כלל רחב השפעות דומות לאלה שנותחו לעיל באשר לקביעת החבות, קרי, הגדלת התמריץ לתבוע בתביעות מוצדקות והקטנתו בתביעות לא-מוצדקות.

לגילוי המידע, ואילו תחת כלל גילוי רחב הם ישקיעו את ההשקעה (הנמוכה יותר) הנדרשת לשם כך.

72 לדוגמה, ניתן לחסוך זמן והוצאות על הזמנת עדים אם בשלב הגילוי כבר העביר הצד שכנגד את המידע שלשמו תוכננה הזמנת העד. בדוגמה קיצונית יותר, המידע שיעבור יכול להביא בשלב הגילוי לידי הפסקת ההליך ו/או הסרתו.

73 השוו: JAMES S. KAKALIK ET AL., DISCOVERY MANAGEMENT: FURTHER ANALYSIS OF THE CIVIL JUSTICE REFORM ACT 69–71 (1998).

74 לדוגמה, באמצעות דרישה לגילוי ראייה שנמצאת אצל צד למחלוקת, הצד האחר יכול לכאורה להגיע לסוד מסחרי שלי יריבו. לשיקול-דעתם של בתי-המשפט בשאלה אם להיעתר לגילוי כזה, תוך פגיעה בהגנה על סוד מסחרי, ראו ס' 23 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, ס"ח 146; רע"א 918/02 ישראל ויטלזון נ' פנטאקום בע"מ, פ"ד נו(4) 865, 870 (2002) (להלן: עניין ויטלזון).



לעומת זאת, יהיו מקרים רבים שבהם אף-על-פי שכלל גילוי צר יוביל לרמת דיוק נמוכה בפסיקת הפיצויים (יחסית לכלל גילוי רחב), אין סיבה לחשוש מהטיה שיטתית בטעויותיו של בית-המשפט לצד זה או אחר. במקרים אלה יביא כלל גילוי צר לידי כך שלעיתים ייפסקו פיצויים גבוהים מדי ולעיתים נמוכים מדי, אולם תוחלת הפיצויים מנקודת-המבט *ex ante*, לפני פרוץ הסכסוך, שווה לזק שנגרם בפועל. במקרים אלה הסתכלות מנקודת-המבט *ex ante* מראה שהתועלת מאימוצו של כלל גילוי רחב מוגבלת. שנית, נוסף על השפעתו של כלל הגילוי הרחב על רמת הדיוק של בית-המשפט, יביא כלל זה גם לידי הגדלת סך עלויות המשפט, כאמור לעיל. כתוצאה מכך יקטן מספר התביעות שיוגשו, בעיקר תביעות ששוויין נמוך. לפיכך, בתביעות ששוויין נמוך, כלל גילוי רחב עלול להביא דווקא לידי הקטנת התמריצים לקיום הוראות הדין המהותי. בתביעות אלה יש לנקוט לפיכך כלל גילוי צר.

נוסף על כך, מאחר שההניעה (המוטיווציה) של הצדדים להתפשר עומדת ביחס הפוך לעלויות של המשך ניהול ההתדיינות (בערך מוחלט), השפעתו של כלל גילוי רחב על עלויות המשפט תקטין את התמריץ להתפשר לאחר שלב הגילוי (משום שאחרי הגילוי יקטנו העלויות של ניהול ההליכים שנתרו), מחד גיסא, אך תגדיל את הנכונות להתפשר לפני שלב הגילוי, מאידך גיסא. מאחר שהגדלת העלויות של ניהול משפט פרטני תביא לידי הקטנת מספר התביעות שיוגשו, אי-אפשר לקבוע אם כלל גילוי רחב יביא לידי הגדלת סך העלויות של מערכת המשפט או להקטנתן. התשובה לשאלה זו תלויה במספר התביעות שיוגשו, בשיעור התביעות שיסתיימו בפשרה ובעלויות של ניהול המשפט באותם הליכים שלא יסתיימו בפשרה.<sup>75</sup> הנה כי כן, ההנחה השגורה בבתי-המשפט, כאילו כלל גילוי רחב הינו "יעיל פחות" משום שהוא מגדיל את עלויות המשפט, מתעלמת מהשפעותיו הנוגדות של הכלל.

שלישית ולסיום, העובדה שכלל גילוי רחב מאפשר לצד המבקש גילוי ללחוץ על הצד שכנגד, להטיל עליו עלויות משפט מיותרות ולחשוף מידע שאינו קשור להליך המשפטי, מגדילה את נכונותו של הצד שכנגד להתפשר, ללא קשר לשווייה האמיתי של התביעה.<sup>76</sup> הבעיה היא שמעצם טיבם של כללי הגילוי, בית-המשפט אינו יכול לדעת – במועד שבו הוא מחליט אם לאפשר גילוי רחב או צר – אם הצד שמבקש את הגילוי עושה זאת מטעמים ענייניים, לשם הוכחת עמדתו במשפט, או משיקולים זרים שמטרתם ללחוץ על הצד שכנגד ולחשוף מידע שבידיו. בעיה זו קיימת בין שמשמשים בשיקולי *ex post* ובין שמשמשים בשיקולי *ex ante*. אף שניתן להתמודד עם הבעיה באופן חלקי באמצעות פסיקת הוצאות מיוחדות בסוף ההליך כנגד צד שהפסיד אף שדרש גילוי רחב, אין בכך כדי לפתור אותה באופן מלא.<sup>77</sup>

75 במונחים כלכליים השאלה הרלוונטית היא מידת הגמישות של הביקוש לשירותי בתי-המשפט. ראו על-כך בהרחבה בפרק ג להלן, כמו-גם בה"ש 237 להלן ובטקסט הנלווה אליה.

76 ראו: Frank E. Easterbrook, *Discovery as Abuse*, 69 B.U.L. REV. 635 (1989).

77 יתרה מזו, פסיקת הוצאות "עונשיות" עלולה להביא לידי דילול התמריצים לתבוע גם בתביעות שסיכויי הצלחתן גבוהים. ראו: Lucian A. Bebchuk & Howard F. Chang, *An Analysis of*

לסיכום, משיקולי *ex ante* יש לאפשר כלל גילוי רחב בתביעות ששוויין גבוה, בעיקר בנושאים הנוגעים בקיומה של עילת תביעה, קרי, בעצם חבותו של הנתבע. כלל כזה יוביל להתנהגות יעילה וצודקת יותר בשלב שלפני פרוץ הסכסוך, וכאמור, אין בו כדי להגדיל בהכרח את עלויותיה של המערכת המשפטית. לעומת זאת, יש להימנע מגילוי רחב בתביעות ששוויין נמוך, שכן בתביעות אלה יביא כלל כזה לידי הקטנת מספר התביעות שיוגשו, גם כאשר הגשתן מוצדקת על פניה. לבסוף, יש מקום להגביל את הגילוי המוקדם בנוגע לסכום הנזקים שנגרמו, למעט במקרים שבהם יש חשש מהטיה עקבית בפסיקה בית-המשפט ללא כלל גילוי רחב. במקרים אחרים יגרום כלל גילוי רחב להגדלת עלויות המשפט ולפגיעה בזכות הגישה לבית-המשפט, ללא תועלת אמיתית.<sup>78</sup>

ניתוח *ex ante* עשוי להוביל לעיתים לתוצאות שונות מאלה שאליהן נגיע בניתוח *ex post* באופן שאינו נכנס בקטגוריות הכלליות שנתחו לעיל. כך, בעניין שמשון נ' בנק הפועלים<sup>79</sup> עלתה השאלה אם צד שנתבע על-ידי בנק, ואשר טוען להגנתו כי הבנק פטר אותו מערבותו, רשאי לדרוש גילוי רחב של סוגי מסמכים שעשויים להעיד על ההפטר שניתן לו. הבנק טען כי דרישת הנתבע לגילוי כה רחב תעכב ותסרבל את הדיון. בית-המשפט קיבל את בקשת הנתבע, בהתבסס על הצורך להעדיף את ה"צדק" מבחינתו של הנתבע הפרטני על ה"יעילות" במובנה הצר של התמשכות הדיון. זהו ניתוח *ex post* מובהק, המשווה את העלויות שייגרמו אם תקבל דרישת הנתבע הפרטני לגילוי אל מול התועלת שיפיק הנתבע מהשיפור ביכולתו להוכיח את טענתו.

ניתוח *ex ante* היה בוחן את ההשפעה של כלל גילוי המסמכים שיתקבל על היערכותם של הצדדים מראש בנקודת-זמן מוקדמת. אימוצו של כלל גילוי רחב, כפי שהתבקש, ישנה את התנהגותו של הבנק: הבנק יקפיד יותר על ניהול ושמירה של מסמכיו (בהנחה שהעלויות הכרוכות בכך אינן גדולות במיוחד), ויימנע מלהגיש תביעות נגד נתבע שמסמכי הבנק מעידים כי קיבל הפטר בעבר. למעשה, העלויות של כלל הגילוי הרחב, שנתפסו כ"ודאיות" מבחינת בית-המשפט בניתוח *ex post*, לא יבואו לידי ביטוי באותם מקרים שבהם השינוי בהתנהגותו של הבנק יביא לידי כך שבעתיד לא יהיה כל צורך לדרוש גילוי (לדוגמה, כאשר מלכתחילה לא תוגש תביעה). במאזן העלות-תועלת של כלל גילוי רחב צריך להתחשב לכן, למצער, בעלויות שייחסכו הודות להשפעתו החיובית של הכלל על הסיכוי שבעתיד לא יידרש גילוי כזה. לעומת זאת, אילו אומץ כלל גילוי צר, ובקשתו של הנתבע הייתה נדחית, לקוח הבנק היה מקפיד יותר לשמור על מסמכיו. השאלה הרלוונטית, לכן, תהא אם העלויות של שמירת המסמכים שבהן יישא הלקוח הן גבוהות או נמוכות יחסית. כאשר עלויותיו של הלקוח גבוהות יחסית, כלל גילוי צר ייקר בפועל את הערבות, גם בשל הסכנה שהערב יחוב בה אף במקרים שבהם ניתן לו הפטר אך אי-אפשר להוכיח זאת. במקרים כאלה העלויות של גילוי רחב בדיעבד עשויות להיות נמוכות מהעלויות

*Fee Shifting Based on the Margin of Victory: On Frivolous Suits, Meritorious Suits, and the Role of Rule 11*, 25 J. LEGAL STUD. 371 (1996)

78 ראו Hay, לעיל ה"ש 20, בעמ' 503-506.

79 לעיל ה"ש 66.

שינבעו מראש תחת כלל גילוי צר. ניתן לסכם ולומר שכאשר עלויותיו של הלקוח גבוהות יחסית, כלל גילוי רחב יעיל יותר מכלל גילוי צר, ולהפך.<sup>80</sup>

## 2. כללי מעשה בית-דין

### (א) השתק עילה והשפעותיו

הכלל הדיוני של השתק עילה קובע שכאשר עילת תביעה נידונה לגופה והוכרעה על-ידי בית-משפט מוסמך, אין לחזור ולהיזקק לתביעה נוספת בין אותם צדדים, אם התביעה הנוספת מבוססת על אותה עילה.<sup>81</sup> המטרה היא למנוע התדיינות נוספת בעניין שכבר הוכרע גורלו. בהתאם, שאלה פרשנית מרכזית שבת-המשפט ניצבים מולה בבואם לפרש כלל דיוני זה היא מהי "אותה עילה", קרי, מה מידת הזהות הנדרשת בין העילה שהוכרעה לבין העילה שמנסים לבסס עליה תביעה נוספת.<sup>82</sup>

עיון בהלכות הפסוקות מגלה גם כאן ניסיון לאזן בין יעילות לבין הגינות.<sup>83</sup> בתי-המשפט רואים את תהליך בחינת ההשפעות של החלופות הפרשניות האפשריות למונח "עילה" בעיקר כאיזון בין טענת "יעילות" במובנה הצר – קרי, הרצון למנוע התדיינות חוזרות ונשנות – לבין טענת "צדק", קרי, הרצון להגן על זכות הגישה של צד להליך לבית-המשפט ("לתת לו את יומו בבית-המשפט"). במסגרת זו ההכרעות הפרשניות מתבססות גם על עקרון "סופיות הדיון";<sup>84</sup> על ההוגנות כלפי הצדדים להליך, אשר הסתמכו על פסק-הדין שניתן;

80 גם בתחום זה ניתן למצוא כמובן יוצאים-מן-הכלל שבהם בית-המשפט מתחשב, במסגרת הכרעות הפרשניות, בהשפעה שתהיה לכלל גילוי המסמכים על היערכותם של הצדדים מראש. לדוגמה, בעניין ויטלזון, לעיל ה"ש 74, נאמר בעמ' 870: "לבסוף, על בית-המשפט לעצב את הסדר הגילוי בהתחשב גם בשיקולים נורמטיביים, שבמרכוז ההשפעה האפשרית שתהיה להיקף הגילוי שייקבע על היערכות בעלי-דין מראש, עוד בטרם נתגלע סכסוך ביניהם, לצבירת ראיות העשויות להקל בדיעבד על בירור הסכסוך."

81 לפסק-הדין המבאר והמנחה בעניין זה ראו ע"א 246/66 קלוז'נר נ' שמעוני, פ"ד כב(2) 561 (1968).

82 לדוגמות לעיסוק בשאלה פרשנית זו – בדרך-כלל תוך בחירה בחלופה המרחיבה יותר של "עילה", קרי, הכרעה פרשנית לטובת כלל השתק עילה רחב – ראו ע"א 151/87 ארצי נ' רחמני, פ"ד מג(3) 489 (1989); ע"א 8/83 גורדון נ' כפר מנש, פ"ד לח(4) 797, 801 (1985) ("מבחן זהות העילה לענין מעשה בית דין רחב הוא...").

83 ראו, למשל, ע"א 140/56 רחל מוגרבי ואח' נ' ירוחם ורדימון, פ"ד יא(2) 1242, 1252 (1957); ע"א 211/65 היועמ"ש נ' שלמה מזן, פ"ד יט(3) 32, 43 (1965) ("טענת res judicata באה לחסום את הדרך לבירור מהי האמת במקרה פלוני, והמשפט מחייב טענה זו, מפאת שיקולים של תיקון המדינה").

84 לעיתים בתי-המשפט רואים את עקרון "סופיות הדיון" כמקפל בתוכו גם את האיזון בין שיקולי "יעילות" לבין שיקולי "צדק". ראו ע"א 5610/93 יוסף זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ראשון לציון, פ"ד נא(1) 68, 98-99 (1997).

על הרצון למנוע פסיקות סותרות של בתי-המשפט; וכמובן – על הרצון להקל את העומס על בתי-המשפט.<sup>85</sup> שיקולים אלה בוחנים את הדברים מנקודת-מבט *ex post*, אחרי פרוץ הסכסוך, מבלי להתחשב בהשפעותיו של הכלל שייקבע על צדדים-בכוח, לפני פרוץ הסכסוך.

ניתוח *ex ante* של פרשנות המונח "עילה", לצורך קביעת השתק עילה, יבחן את השפעתו של כלל ההשתק על עלויות המשפט של הצדדים.<sup>86</sup> ככל שהשתק הדיוני יהיה רחב יותר כן העלויות הכרוכות בכל הליך פרטני יהיו גדולות יותר. ראשית, תחת כלל מעשה בית-דין רחב יש צורך לרכז תביעות וסעדים רבים יותר הנכנסים תחת מטריית של עילה אחת באותו הליך פרטני. זאת, על-מנת למנוע את "איבוד" התביעות בשל השתקתן בהליכים אחרים. שנית, תחת כלל מעשה בית-דין רחב יש להשקיע יותר בדיון בכל "עילה", שכן נפקויות הדיון באותה עילה רחבות ומשמעותיות יותר.

אומנם, גם אם אין מאמצים את הכלל הרחב, ניתן לרכז כמה "עילות" (בהגדרתן הצרה) בתביעה אחת,<sup>87</sup> אך פועלו המרכזי של הכלל הרחב הוא שהוא מחייב את הצדדים לרכז עילות אלה בתביעה אחת. לכן, תחת כלל מעשה בית-דין רחב יוגשו פחות תביעות, אולם עלויותיה של כל תביעה שתוגש יהיו גבוהות יותר בממוצע.<sup>88</sup>

מסקנה זו מחזקת את החשש מפני השפעתה של פרשנות רחבה של המונח "עילה" על זכות הגישה לבית-המשפט. אולם בעוד שבתי-המשפט ביססו את החשש האמור על שיקולי *ex post*, שכן השתק עילה רחב מונע כמובן הגשתם של הליכים נוספים, הניתוח לעיל מצביע כי הפגיעה בזכות הגישה עלולה להיות חמורה אף יותר, משיקולי *ex ante*. ההשתק הרחב עלול להניא תובעים מלתבוע, מכיוון שהוא מכריח אותם לרכז בתביעתם עילות

85 השוו לשיקולים הנוכחים בספר-היסוד בתחום: נינה זלצמן מעשה בית דין בהליך אזרחי 61-57 (1991).

86 לכאורה, פרשנות רחבה או צרה של כלל השתק העילה תקבע גם את מידת הקשר בין ההליך הנוכחי לבין הליכים אחרים – גורם מרכזי נוסף המשפיע על מספר התביעות שיוגשו ותוצאותיהן. למעשה, פרשנות רחבה של המונח "עילה" עשויה לשלול את האפשרות לפתיחתם של ההליכים האחרים, ולכן, ממילא, לייתר את הדיון בקשר בין ההליך הנוכחי לביניהם. לפיכך הדיון בגוף הטקסט מתמקד רק בהשפעת ההכרעה הפרשנית על עלויותיהם של הצדדים, וכתוצאה מכך על נכונותם לתבוע או להתגונן מלכתחילה.

87 ראו תק' 46 לתקנות; ע"א 9/86 ליאונרד ג' ויין נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 713, 723 (1988); יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 181-182 (מהדורה שביעית, שלמה לויין עורך, תשנ"ה); גורן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 108-109.

88 בגוף הטקסט מודגם כיצד פרשנות רחבה של המונח "עילה" תשפיע *ex ante* על מספר התביעות המוגשות ועל אופיין. יש להדגיש שההשפעות *ex ante* של אימוץ כלל דיוני כזה אינן מתמצות רק בהגדלת מספר התביעות שיוגשו. לדוגמה, פרשנות של המונח "עילה" יכולה להשפיע גם על תוכנן של פשרות שיתקבלו: אם המונח יתפרש בצורה צרה, כך שיושתקו פחות התדיינות חוזרות, אזי האיום בהגשת הליכים חוזרים יהיה אמיץ יותר. כאשר צד לסכסוך יכול לאיים בצורה אמינה כי יחזור ויגיש הליכים נגד הצד האחר, אזי הפשרות יהיו מוטות לרעת הצד שעלויות ניהולו של ההליך כבדות יותר לגביו.

וסעדים רבים מדי. בכך הוא מגדיל את העלויות שבהן הם יצטרכו לשאת עד לרמה כזו שלא תאפשר להם להגיש תביעה מלכתחילה.

### (ב) השתק פלוגתא – חריגים לכלל ההדדיות והשפעותיהם

עקרון ההדדיות נועד לתחום את גבולות תחולתו של השתק הפלוגתא, כך שמהשתק זה יהיה רשאי ליהנות רק צד שהיה גם מושקת מכוחו אילו הועלתה טענת ההשתק נגדו. במילים אחרות, צד להליך מאוחר, שלא היה חלק מהליך קודם, לא יוכל להסתמך על הקביעות באותו הליך קודם כדי להשתיק את יריבו בהליך המאוחר.<sup>89</sup> בד בבד עם ההכרה בעיקרון, פיתחו בתי המשפט הישראליים בהלכה הפסוקה נכונות להכיר באפשרות לסטות ממנו, בנסיבות שבהן סברו כי לא יהיה זה משום אי-צדק להחיל נגד צד את תוצאותיו של הליך קודם שבו ניתנה הכרעה לרעתו, אף אם הצד שטען להשתק לא היה צד להליך הקודם.<sup>90</sup> חריגים אלה הוגבלו עד כה לטענת השתק "הגנתית",<sup>91</sup> דהיינו, טענת השתק פלוגתא שהועלתה כטענת הגנה על-ידי מי שלא היה צד להליך הראשון שבו ניתנה הכרעה באותה פלוגתא. בתי המשפט נמנעו מלסטות מכלל ההדדיות כאשר ההשתק שנטען היה "התקפי", דהיינו, כאשר הוא נטען כטענת תביעה נגד נתבעת שהייתה צד להליך הקודם.<sup>92</sup> עיון בהלכות הפסוקות מלמד כי השיקול המרכזי שהוביל לפיתוח החריגים לכלל ההדדיות הוא שיקול ה"יעילות", שנבחן מנקודת מבט צרה, ex post בלבד.<sup>93</sup> לפי שיקול

89 ע"א 718/75 עמרם נ' סקורניק, פ"ד לא (1) 29, 35 (1976); ולצמון, לעיל ה"ש 85, בעמ' 529-525.

90 ראו ע"א 450/82 מ"י נ' חירם לנדאו, פ"ד מ (1) 658 (1986) (דעת היחיד של המשנה לנשיא פורת, ראו במיוחד בעמ' 671) (להלן: עניין לנדאו); ע"א 258/88 פיכטנבוים נ' רשם המקרקעין, פ"ד מד (2) 576 (1990); ע"א 1041/97 סררו נ' נעלי תומרס, פ"ד נד (1) 642 (2000) (להלן: עניין סררו); ע"א 2590/90 ניסים נ' דניאלי, פ"ד מח (3) 846 (1994). ראו גם ולצמון, לעיל ה"ש 85, בעמ' 533-534. יובהר: מדובר בחריגה מתנאי אחד בלבד מבין התנאים של השתק הפלוגתא – התנאי של זהות הצדדים – על-דרך של פרשנות ופיתוח הכלל הדיוני בבתי המשפט.

91 רע"א 6830/00 ברנוביץ נ' תאומים, פ"ד נו (5) 695, 711 (2003); רע"א 7831/99 צוריאנו נ' צוריאנו, פ"ד נו (1) 673, 683-685, 692 (2002); עניין סררו, שם, בעמ' 655. עם זאת, קיימים מקרים ספורים שבהם בערכאות הנמוכות השתיקו בפועל את הנתבע בטענת השתק "התקפית" (ראו קרייני, להלן ה"ש 94, בעמ' 496, ההפניות שבה"ש 198).

92 בטענת השתק פלוגתא "התקפית" היוזמה להליך נמצאת בידי התובע, העושה שימוש בטענה באופן לא-הדדי, להבדיל מטענת השתק פלוגתא "הגנתית", שבה היוזמה נמצאת בידי מי שטוענים נגדו להשתק. להבדל זה יש נפקויות הן משיקולי יעילות והן משיקולי צדק, אשר על חלקן נעמוד בגוף הטקסט להלן אך חלקן האחר ייוותר, מטבע הדברים, מחוץ ליריעתו של מאמר זה.

93 עם זאת, קיימים גם ניצנים לאימוץ נקודת-מבט ex ante לפרשנות של תנאי השתק פלוגתא. ראו רע"א 682/07 לב לבייב נ' שמעון גילר, תק"על 2007 (2) 4627, (2007). שם נאמר כי "לצד יתרונותיו של כלל השתק הפלוגתא יש להזכיר חיסרון שלו: התמריץ שנוצר להרחיב

זה, צמצום תחולתו של כלל ההדדיות מונע ריבוי התדיינות וחוסך זמן והוצאות, שכן בית-המשפט אינו נדרש לדון בפלוגתא שמובאת לפניו אך מושתקת מייד.<sup>94</sup> בנסיבות שבהן ההשתק נטען כטענת הגנה, החריג לכלל ההדדיות נתפס כצודק כלפי התובע, שכן הלה כבר "קיבל את יומו" בבית-המשפט, וכיעיל, משום קיצור משך ההתדיינות.

ברם, כלל ההדדיות משפיע גם ex ante על מספר התביעות שיוגשו ותוצאותיהן. מעצם טבעם, החריגים לכלל ההדדיות משפיעים על הקשר בין הליכים שונים.<sup>95</sup> לכך יש שתי תוצאות עיקריות.<sup>96</sup> ראשית, בעל-דין שהוא צד להליכים שונים חשוף לסיכון שהפסד בהליך אחד יוביל לחבותו או לשלילת זכותו כלפי בעל-דין אחרים. אותו בעל-דין ירצה לנהל רק תביעות שנסיבותיהן מגדילות את סיכויי ההצלחה שלו, וכאשר יעשה כן, ישקיע עלויות ניכרות בניסיון לזכות באותן תביעות. התוצאה היא שסיכויי ההצלחה של אותו בעל-דין בכל אחת מהתביעות שיוגשו יהיו גבוהים יותר מאשר אילו נשמר כלל ההדדיות והייתה נשללת האפשרות להחיל השתק פלוגתא נגד בעל-הדין המשותף. לפיכך תפחת הכדאיות בניהול התביעה נגדו מבחינת כל אחד מבעלי-הדין שכנגד.

שנית, בעל-הדין שכנגד ינהגו באופן אסטרטגי ויעדיפו ליהנות מפירותיהן של תביעות קודמות מבלי לשאת בעלויות ובסיכון הכרוכים בהן.<sup>97</sup> להתנהגות אסטרטגית זו יש משמעות במקרה של השתק התקפי, שכן כל אחד מהתובעים יעדיף לא לנהל את תביעתו, אלא להמתין לתביעה אחרת שתסתיים בנצחוננו של התובע האחר – ניצחון שאותו יוכל התובע "היושב על הגדר" לתרגם לטענת השתק בתביעתו שלו, לכשתוגש. התנהגות כזו, אף שהיא רציונלית, עלולה להביא לידי הקטנת מספר התביעות שיוגשו נגד הנתבע. לעומת זאת, במקרה של השתק הגנתי היוזמה להליך ממילא אינה של אחת הנתבעות, ולכן הן לא יוכלו להתנהג באופן אסטרטגי בניהול תביעתן.

לסיכום, במבט ex post נראה כאילו ההשתק הלא-הדדי, בעיקר זה ההתקפי, פועל

ולהעמיק את ההתדיינות בכל פלוגתא המועלית במסגרת ההליך הראשון – וזאת כדי שלא לעמוד בסכנת השתק בהליכים עתידיים, ונקבע כי יש לפרש בדרך מצמצמת את תנאי השתק הפלוגתא כאשר פסק-הדין הראשון הוא פסק-דין על-דרך פשרה.

94 השוו עם עניין לנדאו, לעיל ה"ש 90, בעמ' 670; מיכאל קרייני "התביעה הייצוגית בישראל – על פרשת דרכים: בעקבות פסק דין מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ" דין ודברים א' 449, 497 (2004). שיקול נוסף שהועלה כתמיכה בחריגה מכלל ההדדיות הוא הרצון למנוע פסיקות סותרות. ראו, לדוגמה, קרייני, שם, בעמ' 490, ה"ש 166 והטקסט הנלווה אליה.

95 חריגים לכלל ההדדיות משפיעים גם על גורמים נוספים שיש להם השפעה על מספר התביעות שיוגשו ותוצאותיהן, כגון עלויות המשפט (ראו: Note, *Exposing the Extortion Gap: An Economic Analysis of the Rules of Collateral Estoppel*, 105 HARV. L. REV. 1940, 1951, (1992)–1959). הבחירה בגוף הטקסט להתמקד רק בגורם של קשר להליכים שונים נובעת משיקולים של מקום ובהירות הטיעון בלבד.

96 קלמנט, לעיל ה"ש 40, בעמ' 410–413.

97 ראו: ROBERT C. CASAD & KEVIN M. CLERMONT, RES JUDICATA: A HANDBOOK ON ITS THEORY, DOCTRINE, AND PRACTICE 171 (2001).

לרעת בעל-הדין שכנגדו נטען ההשתק, קרי, הנתבעת. הסתכלות מנקודת-המבט *ex ante* מגלה תמונה שונה. ההשתק ההתקפי מגדיל את תמריצי ההשקעה של בעל-הדין שכנגדו נטען ההשתק, מקטין את תמריצי ההשקעה והתביעה של בעל-הדין שכנגדו, ולפיכך מקטין את מספר התביעות שיוגשו נגד אותו בעל-דין ואת סיכויי הצלחתן של התביעות שיוגשו.<sup>98</sup>

### 3. סדר הדין המקוצר

סדר הדין המקוצר<sup>99</sup> הוא הליך הסוטה מהמודל הרגיל של בירור תובענה על יסוד כתבי-טענות.<sup>100</sup> מאפיינו העיקרי הוא שלילת זכותה של הנתבעת להתגונן מפני התביעה, אלא אם כן קיבלה את רשותו של בית-המשפט לכך.<sup>101</sup> בבסיס אימוצו של ההליך המקוצר עומד הרצון לאזן בין "יעילות", מחד גיסא, לבין הוגנות וחתימה לחשיפת ה"אמת", מאידך גיסא. המחוקק הישראלי בחר בדרך של קביעת קטגוריות של מקרים שבהם סיכוייה של הנתבעת לזכות בהליך נתפסים ממילא כנמוכים, ולכן יש להתיר פגיעה מסוימת בהוגנות הטיפול בה לטובת "יעול" ההליך.

שאלה פרשנית מרכזית שבתי-המשפט ניצבים מולה בהקשר זה היא אם התביעה המובאת לפנייהם נכנסת לאותן קטגוריות של מקרים, קרי, אם היא מתאימה לבירור בסדר דין מקוצר.<sup>102</sup> במילים אחרות, בתי-המשפט צריכים לבחור בין פרשנות רחבה לתנאים שיקבעו אם תביעה מתאימה לבירור בהליך מקוצר אם לאו לבין פרשנות צרה לאותם תנאים. שאלה פרשנית מרכזית נוספת באותו הקשר מתעוררת אם הוכרע כי התביעה ראויה לבירור בהליך מקוצר, שאז בית-המשפט נדרש להכריע אם יש ליתן לנתבעת רשות להתגונן בתביעה אם לאו.

מעיון בהלכה הפסוקה בתחום זה נראה כי בתי-המשפט נוטים לפרש בהרחבה את התנאים להכנסת תביעות לגדר ההליך המקוצר, אך כמעט באותה נשימה הם גם מקהים את השלכותיה של פרשנות רחבה זו על-ידי פרשנות מקילה של התנאים למתן רשות להתגונן.<sup>103</sup>

98 לביקורת מכיוון אחר על החריגים לכלל ההדדיות ראו דורון מנשה "הערך שבשימור תנאי ההדדיות בדוקטרינת השתק פלוגתא" עיוני משפט כג 343 (2000).

99 ראו פרק טז לתקנות (תק' 202 ואילך).

100 לזין תורת הפרוצדורה האזרחית, לעיל ה"ש 3, בעמ' 144.

101 ראו תק' 204 לתקנות. הניסיון לטעון נגד חוקתיותה של הדרישה לקבל רשות להתגונן נדחה בבג"ץ 3349/05 אנדריי מזדיקוב נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פדאור 05(13) 783, פס' ו(2) לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (2005) (להלן: עניין מזדיקוב).

102 לפירוט התנאים הקובעים אילו תביעות מתאימות לבירור בסדר דין מקוצר (רשימה סגורה) ראו תק' 202 לתקנות.

103 כדוגמות להרחבת תנאי הכניסה לסדר הדין המקוצר ראו רע"א 7420/95 בתיא אריאל נ' רותם חברה לביטוח בע"מ, פ"ד (4) 514, 518 (1996) (תביעה בעילה של עשיית עושר ולא במשפט תיחשב כתביעה כספית שעילתה בחיקוק); ר"ע 104/86 ביטון נ' פרץ, פ"ד מ(1) 787

מערכת השיקולים דומה לזו שפוגשים תדיר בפרשנות של כללים דיוניים, כפי שהראינו לאורך המאמר: איזון בין הרצון "לייעל" את הדיון מנקודת-המבט של אחרי פרוץ הסכסוך (קרי, רצון לקצר את הזמן מהגשת התביעה ועד להכרעה בה) לבין הרצון לשמור על הצדק הדיוני, לרבות על הגינות הדיון כלפי הנתבעת. לענייננו חשובים בעיקר השיקולים שאינם נזכרים במסגרת זו, קרי: שיקולי ex ante בכלל, והשיקולים הנוגעים בהשפעות של השימוש במוסד הדיוני על קיומן של זכויות וחובות בדין המהותי בפרט.

כאמור, ההבדל בין ההליך מקוצר לבין ההליך הרגיל מתבטא בעיקר בהרעת מצבה של הנתבעת בהליך המקוצר. כאשר התביעה מתאימה לבירור בהליך מקוצר, לנתבעת קשה יותר להתגונן מפניה.<sup>104</sup> הצד האחר של המטבע הוא הקלות היחסית שבה התובע יכול לממש את עילת התביעה שלו, כל עוד היא מתאימה לבירור בהליך מקוצר. כאשר הזכויות שנפגעו נוגעות בעילות תביעה המתאימות להליך מקוצר, הצד שזכויותיו נפגעו ייטה יותר לתובע, וסיכויי זכות בתביעה יגדלו, לעומת ההליך הרגיל. על-מנת למזער את הפגיעה בנתבעות-בכוח בהליך המקוצר, הוגבל ההליך, למשל, לתביעות לסכום כסף קצוב

(1986) (אין צורך להביא ראיה בכתב להפרה דווקא, אלא די בהבאת ראיה בכתב לעצם קיומה של ההתחייבות); ע"א 688/89 הילולים (אריזה ושיווק) בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד מה(3) 188, 194 (1991) (די בהבאת ראשית ראיה בכתב לעמוד בדרישת הראיה בכתב) (להלן עניין הילולים).

לעניין הפרשנות המקילה לתנאים לקבלת רשות להתגונן ראו שוררין, לעיל ה"ש 5, בעמ' 308: "במרוצת השנים התפתחה הפסיקה באופן שהרחיב את מעגל המקרים שבהם ניתנה הרשות להתגונן עד שגם אם עולה הגנה לכאורה, ולו דחוקה, ניתנת הרשות להתגונן." כדוגמה לכך ראו ע"א 168/84 משה אלקלעי נ' בנק אוצר החייל, פ"ד מ(2) 333, 335 (1986) (מתן רשות להתגונן גם כאשר הנתבע מעלה טענה בעל-פה נגד מסמך בכתב).

כדוגמה למהלך משולב כמפורט בגוף הטקסט ראו ת"א (ת"א) 1125/04 מושקוביץ את סגל בע"מ נ' בנק יורו טרייד בע"מ, תק"מ 2006 (3) 12366 (2006).

104 ראו, לדוגמה, את שני הקשיים הבולטים שהנתבעת ניצבת מולם בסדר דין מקוצר: ראשית, זכותה להתגונן ככל העולה על רוחה נשללת – עליה ליטול רשות להתגונן מבית-המשפט (תק' 204 לתקנות). שנית, מוטלת עליה חובה לאמת בתצהיר את קו ההגנה שלה, שאותו היא נדרשת להציג כבר במסגרת הבקשה למתן רשות להתגונן (תק' 205 לתקנות). התצהיר מהווה ראיה, הנתבעת אף עשויה להיחקר עליו על-ידי התובע, הטעוניה המשפטיות והאסמכתות של הנתבעת נחשפים לפני התובע, וכך התובע יכול להסתייע בהליכים מקדמיים אלה כדי לשפר את מצבו מול הנתבעת לקראת ניהול התביעה עצמה. ראו זוסמן, לעיל ה"ש 87, בעמ' 654-656. באותו הקשר, ההלכה הפסוקה אינה מאפשרת לנתבעת להסתפק בפרישת קו הגנה "סתמי", ומחייבת אותה להיכנס לפרטי-פרטים. ראו, לדוגמה, המ' (חי') 3980/95 מרקטזול מוצרי צריכה ומזון בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, פדאור 98 (6) 679 (1998) ("...ההלכה היא כי על הנתבע המבקש לקבל רשות להתגונן כנגד תביעה בסדר דין מקוצר להיכבד ולהיכנס לפרטי העובדות ולא להסתפק בטיעון סתמי... למותר לציין כי דרישת הפירוט האמורה מחמירה עם הנתבע ומקשה עליו").

לדוגמה ליתרון נוסף של התובע בהליך מקוצר ראו תק' 207א (ניתן להטיל עיקול על נכסי הנתבעת ללא ערובה של התובע).



מכוח הסכם<sup>105</sup> או לתביעות לסילוק יד ממקרקעין,<sup>106</sup> והוספה הדרישה של ראשית ראיה בכתב.<sup>107</sup>

בהינתן השינויים האמורים שההליך המקוצר מביא עימו, הסתכלות בנקודת-זמן מוקדמת יותר, לפני פרוץ הסכסוך, תראה כי צדדים שנכנסו לסיטואציות שבהן עשויות לקום נגדם עילות תביעה המתאימות להליך מקוצר (קרי, נתבעות-בכוח בסדר דין מקוצר) ייטו פחות להפר את חובותיהם בדין המהותי. כמו-כן הם ייטו לנקוט מלכתחילה רמת זהירות גבוהה יותר. התוצאה היא שעלויות ההתקשרות בין צדדים בסיטואציות העשויות להוליד תביעה בסדר דין מקוצר יהיו נמוכות יותר. משכירי דירות יהיו נכונים להפחית את שכר הדירה אם ידעו שפינוי הדייר במקרה שלא ישלם יהיה פשוט וקל; מלווים יהיו מוכנים להפחית את שיעור הריבית אם ידעו שגביית החוב תהיה קלה; וכך הלאה.<sup>108</sup>

עם זאת, התנאי לתפקודו היעיל של ההליך המקוצר הוא שיתאפשר לנתבעות שיש להן הגנה טובה להתגונן מפני התביעה שתוגש נגדן. אם לא כן, העלות לגבי שוכרים או לוויים, אשר יהיו חשופים לתביעות-שווא, עלולה להיות גדולה אף מזו שהיו נושאים בה אילו נדרשו לשלם שכר-דירה או ריבית גבוהה יותר בשל אפשרויות המימוש המוגבלות בהליך רגיל נגדם. ככלל, הגשתן של תביעות-שווא או כאלה שסיכוייהן נמוכים במיוחד, רק בשל אפשרויות מימוש בלתי-מוגבלות כמעט של זכויות תביעה, לא תניב התנהגות מיטבית של נתבעות-בכוח ex ante, שכן גם אם יפגינו התנהגות "טובה" הן עלולות להיתבע בתביעות-שווא.

התחבטות זו בין הרצון להקל את זכות התביעה, מחד גיסא, לבין הרצון לאפשר הגנה במקרים ראויים, מאידך גיסא, היא שצריכה לעמוד בבסיס הפרשנות של תנאי סדר הדין המקוצר. הפרשנות צריכה להיות כזו שתזויל את עלויותיהן של העסקות הרלוונטיות ככל האפשר, שתניע צדדים לקיים את חובותיהם על-פי דין, ושתמנע את בעלי הזכויות מלתבוע לשווא.

דוגמה לשאלה שבה דרך הפרשנות המוצעת תכתיב תוצאה שונה מזו שניתן להגיע אליה משיקולי ex post היא אם ראוי לאפשר לנתבע שקיבל רשות להתגונן להוציא הודעת

105 תק' 202(1)(א) לתקנות.

106 תק' 202(3) לתקנות.

107 עניין הילולים, לעיל ה"ש 103, בעמ' 194.

108 את הניתוח בגוף הטקסט אפשר להחיל, בקווים כלליים, גם על מוסד ההוצאה לפועל. ככל שאכיפתם של פסקי-דין שניתנו נגדן תהיה יעילה יותר כן ייטו נתבעות-בכוח להפר פחות את חובותיהן בדין המהותי מלכתחילה. בהיבט זה, "קיצורו" של סדר הדין על-ידי הצגת המוסד של סדר דין מקוצר פועל בדומה לצעדים המייעילים את הוצאתם לפועל של פסקי-דין. אכן, השוו את התקנות העוסקות בסדר הדין המקוצר עם ס' 1א81 לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967, ס"ח 507 (אך שימו לב לחוק ההוצאה לפועל (הוראת שעה), תשס"ו-2006, ס"ח 2053). עם זאת, חשוב לשים לב להבדל משמעותי: בעוד שבשלב שבו נכנס לפעולה מוסד ההוצאה לפועל כבר הוכרעו סופית הזכויות לכאן או לכאן, בשלב שבו נכנס לפעולה המוסד של סדר דין מקוצר אין עדיין הכרעה בזכויות, ולכן יש להיזהר יותר מפני פגיעה בנתבעות-בכוח.

צד ג מבלי לקבל רשות לכך מבית-המשפט. בתביעה הנפתחת בהגשת כתב-תביעה רגיל שמורה בדרך-כלל לנתבע הזכות להוציא הודעת צד ג,<sup>109</sup> אולם בהליכים שמטרתם קיצור משך התביעה וחסכון בזמן ובעלויות, דוגמת המרצת הפתיחה או סדר הדין המהיר, על הנתבע לקבל את אישורו של בית-המשפט לכך.<sup>110</sup> מאחר שמטרתו של סדר הדין המקוצר אינה חיסכון בהליכים, אלא יעילות במועד ההתקשרות בין הצדדים, מן הראוי לאפשר לנתבע אשר עמד בנטל הראשוני וקיבל רשות להתגונן את כל הזכויות הנתונות לנתבע בהליך רגיל, לרבות הזכות להוציא הודעת צד ג ללא צורך באישור מראש של בית-המשפט.<sup>111</sup>

#### 4. סעדים זמניים

סעדים זמניים<sup>112</sup> ניתנים כדי להקפיא את המצב הקיים עובר לפריצתו של הסכסוך. הקפאת המצב הקיים נועדה לאפשר הן את ביצועו היעיל של פסק-הדין הסופי שיינתן באותו סכסוך<sup>113</sup> והן את קיומו היעיל של הדיון בהליך עצמו.<sup>114</sup> ההכרעות הפרשניות שבת-המשפט נדרשים אליהן בבואם לדון במוסד הדיוני של סעדים זמניים הינן מגוונות ומשתנות בהתאם לסוג הסעד הזמני המתבקש. לענייננו, ניתן לאפיין את ההכרעה הפרשנית הטיפוסית כבחירה בין החלופה של פרשנות רחבה של התנאים לקבלת סעד זמני – קרי, כזו שתעניק סעדים זמניים בקשת רחבה יחסית של נסיבות – לבין פרשנות צרה של התנאים האמורים.<sup>115</sup>

109 תק' 216 לתקנות.

110 תק' 217 ו-214 לתקנות.

111 בתי-המשפט נטו לפרש את הכלל הדיוני בדבר הגשת הודעת צד ג דווקא בדרך הפוכה מזו המוצעת בגוף הטקסט. ראו רע"א 10247/03 ש.נ. גימורים נ' בנק הפועלים, פדאור 105 (1)132, פס' 5 לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (2005). בפסיקה הצביעו דווקא על חיסכון בהליכים – ולא על יעילות במועד ההתקשרות – כמטרתו המרכזית של סדר הדין המקוצר. ראו גם עניין מזדיקוב, לעיל ה"ש 101.

112 פרק כח לתקנות (תק' 360 ואילך).

113 שאם לא כן, בתקופת הביניים שבין הגשת התובענה לבין מתן פסק-הדין בתובענה, התובע עלול למצוא את עצמו מול מערכת נסיבות שהשתנתה ואשר אינה מאפשרת לו עוד לממש את זכויותיו. ראו ע"א 1226/90 בנק לאומי לישראל נ' הסתדרות הרבנים דאמריקה, פ"ד מט(1) 177, 196 (1995); ע"א 732/80 ארנס נ' בית אל – זכרון יעקב, פ"ד לח(2) 645, 652 (1984).

114 שאם לא כן, בתקופת הביניים הנתבעת עלולה להערים קשיים ראייתיים על בירור התובענה. ראו, לדוגמה, את הסעד הזמני של תפיסת נכסים אשר מהווים ראיות או דרושים לבירור התובענה – תק' 387 לתקנות. ראו גם את הגדרת "סעד זמני" בתק' 1 לתקנות; גורן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 483-484.

115 את המסגרת הכללית להכרעה הפרשנית מתווה תק' 362 לתקנות. תקנות פרטניות מוסיפות תנאים למתן סעדים זמניים. עם זאת, בפסיקה העכשווית קיימת מגמה להשוות בין השיקולים

עיון בהלכה הפסוקה בתחום מראה כי השיקולים שבתיהם המשפט מביאים בחשבון נוגעים ברובם המכריע בנקודת-המבט שלאחר פרוץ הסכסוך והגשת התביעה. ההכרעה הפרשנית מעוצבת לאור ההשוואה בין סיכויי התביעה והנזק שייגרם לתובע אם לא יינתן הסעד הזמני לבין סיכויי ההגנה והנזק שייגרם לנתבעת אם יינתן הסעד הזמני, ושני האגפים במשוואה זו נבחנים מנקודת-המבט *ex post*.<sup>116</sup>

הסתכלות על פועלם של סעדים זמניים בנקודת-זמן מוקדמת, לפני פרוץ הסכסוך, מראה כי התובע-בכוח יודע שיהיו לו כך אפשרויות רבות יותר לממש את זכויותיו המהותיות, אם וכאשר ייזקק לכך. המוסד הדיוני של סעדים זמניים מאפשר לו, כאמור,<sup>117</sup> ביצוע יעיל של פסק-דין, לכשיינתן לטובתו, והבאת ראיות מבלי שהנתבעת תוכל להערים קשיים על כך במהלך הדיון עצמו. כניסתו של מוסד דיוני זה לתמונה מייצרת גם כאן<sup>118</sup> יתרון לכאורי לתובע.

הצד האחר של המטבע הוא הקשיים ששימוש במוסד דיוני זה מערים על הנתבעת, שכן הסעד הזמני מונע ממנה, עוד לפני שהוכרעו זכויותיה בפסק-דין מחייב, את האפשרות לעשות פעולות מסוימות. במילים אחרות, הסעד הזמני פוגע בזכויותיה המהותיות עוד לפני שהתברר הסכסוך בינה לבין התובע.<sup>119</sup>

מכאן קצרה הדרך לטיעון דומה לזה שהבאנו בתת-פרק הקודם. השימוש במוסד הדיוני יוצר יתרון לתובע וקשיים לנתבעת. בהתאם, נתבעות-בכוח שיודעות כי בסיטואציות שאליהן נכנסו עלול להינתן נגדן סעד זמני ייטו לא להפר מלכתחילה את חובותיהן בדיון המהותי. כאשר יופרו פחות חובות, יוגשו פחות תביעות מלכתחילה. במקרים שבהם התקשרו הצדדים מראש, יהיו נתבעות-בכוח מעוניינות, לפני פרוץ סכסוכים, שיהיה אפשר לממש

הנשקלים בעת בחינת בקשות לסעדים זמניים שונים. ראו רע"א 6424/98 סימון דוד נ' מפרק דגני עמירים בע"מ (בפירוק וכינוס נכסים), פ"ד נג(1) 280, 287 (1999).

116 ראו שוורץ, לעיל ה"ש 5, ה"ש 9 בעמ' 347. תק' 362(ב)(1) מתווה את המסגרת לפרשנות של שיקול "מאזן הנזקים" האמור. ליישומו של הסעיף בהלכה הפסוקה ראו את ריכוז ההלכות בספר-היסוד של גורן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 487-488.

117 ראו לעיל ה"ש 113 ו-114.

118 כבדוגמה שנותחה בתת-פרק 33 לעיל.

119 הפגיעה עלולה להתבטא במגוון רחב של גריעות מזכויותיה המהותיות של הנתבעת, החל בזכות הקניין, המשך בחירות התנועה וכלה בזכותה לכבוד. ראו, לדוגמה, דודי שוורץ "סעדים זמניים: קווים מנחים להפעלת שיקול הדעת השיפוטי" מחקרי משפט יג 441, 442, ה"ש 5 והטקסט הנלווה אליה (תשנ"ז). לעיתים הסעדים הזמניים עשויים אף להכריע את התובענה עצמה, גם מבלי שיתיימרו להכריע בזכויות הצדדים. ראו, לדוגמה, רע"א 2508/98 מתן מערכות תקשורת נ' מילטל תקשורת, פ"ד נג(3) 26, 31 (1998) ("אמת נכון הדבר במישור התיאורטי שאין במתן צו זמני כדי לחתוך את זכויות בעלי-הדין. אך, לעתים, במישור המעשי, החלטה בבקשה למתן סעד זמני עשויה להכריע את הכף בתובענה לכאן או לכאן").

יועד כי בכך יש משום אימוץ של הסתכלות מנקודת-זמן מוקדמת יותר, המובנית במוסד הדיוני. הרי הסעד הזמני נועד לא לאפשר לנתבעת לעשות פעולות שמלכתחילה עלולות לפגוע בתובע אם זכויותיו של האחרון יוכרו בפסק-דין מחייב. ראו שוורץ, שם, בעמ' 441.

פסק-דין שיינתן נגדן בקלות, כדי שהתובעים-בכוח יוכלו להזיל את העלויות של ביצוע העסקה בין הצדדים.<sup>120</sup>

לעומת זאת, אם יינתנו סעדים זמניים ביד קלה, העלויות הכרוכות במערכת היחסים בין הצדדים יהיו גבוהות מבחינת הנתבעת-בכוח. עלויות אלה עלולות לפגוע במערכת היחסים ואף למנוע את היווצרותה. נתבעות-בכוח עלולות להימנע מלהיכנס מלכתחילה לסיטואציות שבהן הן צפויות להיפגע מסעדים זמניים אם תוגש תביעה נגדן. הדבר נכון במיוחד לקטגוריות של נתבעות-בכוח "חלשות" באורח מובנה ביחס לתובעים-בכוח, כפי שמתקיים בסיטואציות שבהן התובע-בכוח הוא מוסד פיננסי גדול ומיומן, ואילו הנתבעת-בכוח הוא "האזרח הקטן" – לרוב כזה המצוי בין כה וכה, מעצם טיבה של הסיטואציה, במצב כספי ונפשי רעוע. הימנעות כזו עלולה להביא עימה תוצאות שליליות מבחינת הצדדים (גם מבחינת התובע-בכוח) ומבחינת החברה בכללותה. במונחים כלכליים, הכלל הדיוני מגביר את התוחלת של הטלת החבות המשפטית על הנתבעת-בכוח. החבות המשפטית יוצרת עלות נוספת על העלות הרגילה של פעילותה של הנתבעת-בכוח, ולפיכך מניעה אותה להקטין את רמת פעילותה עד לרמה שנמצאת מתחת לסף המיטבי מבחינת החברה בכללותה.<sup>121</sup> אימוץ נקודת-המבט ex ante יכול לספק הסברים משכנעים יותר לדין הנוהג, למצער בהיבטים מסוימים. טלו, לדוגמה, את השאלה באילו מקרים יחוב תובע, שבקשתו לסעד זמני התקבלה, בעלויות שנגרמו לנתבע בגין הסעד הזמני שהופנה נגדו. הדין הנוהג מתנה את חבותו של התובע באחת משתיים – או שנהג ברשלנות, ובכך גרם נזק לנתבע,<sup>122</sup> או שהפסיד בתביעה.<sup>123</sup> לכאורה היה אפשר לשאול מדוע לא אומץ בדין הנוהג כלל שלפיו התובע יחוב בנוזקים שנגרמו לנתבע גם כאשר זכה בתביעה. מאידך גיסא, היה אפשר לשאול מדוע לא אומץ כלל שלפיו חבותו של התובע לנזקים שגרם תהיה מותנית ברשלנותו גם כאשר הפסיד בתביעה. נקודת-המבט ex post אינה מאפשרת להסביר בכירור מדוע אומץ הדין הנוהג, ולא הכללים האחרים דלעיל.

לעומת זאת, נקודת-המבט ex ante מאפשרת להסביר בצורה משכנעת יחסית מדוע לא אומצו הכללים דלעיל בדין הנוהג. במקרים שבהם זכה התובע, ראוי שחבותו של הנתבע לנזק שגרם תהיה מלאה, ולא חלקית, שאם לא כן יהיו תמריציו של הנתבע לקיים את חובותיו על-פי הדין המהותי חסרים. כאשר הנתבע גורם נזק לתובע, הוא גם מוליד צורך בתביעה, ולפיכך גורם גם את הנזק הנגזר הנגרם עקב הטלת הסעד הזמני (בדומה להוצאות המשפטיות בניהול המשפט). לפיכך, אין לקזז מחבותו של הנתבע את הנוזקים שנגרמו לו

120 ראו את הדיון לעיל בפסקה הצמודה לה"ש 108.

121 השוו: Steven Garber, *Product Liability, Punitive Damages, Business Decisions and Economic Outcomes*, 1998 Wis. L. Rev. 237.

122 רע"א 1565/95 סחר ושרותי ים בע"מ נ' חברת שלום וינשטיין בע"מ, פ"ד נד(5) 638 (2000) (אך שימו לב לדעת-היחיד של השופט טירקל שם, הפותחת פתח לחיוב התובע בנוזקים שנגרמו לנתבע כתוצאה מההיעזרות לבקשת התובע לסעד זמני לא רק על בסיס עוולת הרשלנות, אלא גם על בסיס עקרון תום-הלב (שם, בעמ' 666)).

123 ראו תק' 364(א) ו-365(ב) לתקנות; רע"א 11964/04 צפי פרופיל חן (1983) בע"מ נ' חיים אזולאי, פ"ד נט(6) 350, 356 (2004).

על-ידי הסעד הזמני. נדגים טענה זו: נניח שהנוק שגרם הנתבע הוא 100, שמימושה של התביעה נגדו דורש הטלת עיקול, ושהנוק הנגרם עקב העיקול הוא 20. יוצא שהנתבע גרם נזק כולל בסך 120. אם יישא התובע בנוק העיקול גם כאשר זכה בתביעה, תהיה העלות הכוללת שבה יישא הנתבע שווה ל-100, קרי, פחות מהנוק שגרם. כתוצאה מכך לא יהיו לו תמריצים מספיקים להיזהר בזכויותיו של התובע ולקיים את חובותיו שלו.<sup>124</sup> לעומת זאת, במקרים שבהם הפסיד התובע בתביעה ראוי שחבותו של הנתבע תהיה 0. אם במקרים כאלה יישא הנתבע בנוק שנגרם לו בגין הטלת הסעד הזמני (כגון במקרים שבהם התנהלותו של התובע בבקשת הסעד הזמני לא הגיעה כדי התרשלות), אזי חבותו תהיה גדולה מ-0. בדוגמה לעיל יישא הנתבע בעלות של 20 גם אם זכה בתביעה ונקבע כי הוא אינו חייב כלפי התובע. בכך יהיה כדי להשפיע באופן לא-רצוי על תמריציו של הנתבע לקיים את חובותיו, כפי שהוסבר לעיל.<sup>125</sup>

אכן, אין בניתוח זה כדי למצות את מכלול השיקולים וההיבטים של הכלל בדבר פסיקת פיצויים לנתבע בגין סעד זמני. במסגרת שיקולים אלה תיכלל גם ההבחנה בין נזקים כספיים הניתנים לפיצוי לבין נזקים שאינם כספיים, וייכללו גם השפעותיו של כלל פסיקת הפיצויים שיאומץ על תמריצי התובע לתבוע ולהתפשר, וכיצא מאלה – על תמריציו לבחור בין הסעדים הזמניים שהוא יכול לבקש.<sup>126</sup> עם זאת, יש בניתוח האמור כדי להצביע על תרומות אפשריות של ניתוח ex ante להבנה שלמה של השפעותיהם של כללי הסעדים הזמניים על התנהגותם של צדדים מן המועד שלפני פרוץ הסכסוך ועד למועד הטלתו של הסעד הזמני.

## 5. תובענות ייצוגיות

הדוגמה האחרונה לניתוח השפעותיו של כלל דינוני על התנהגותם של צדדים ex ante באופן כללי, ועל נכונותם לקיים חובות בדין המהותי בפרט,<sup>127</sup> היא הברורה מכולן – מנגנון

124 לטיעון דומה ראו: Steven Shavell, *The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System*, 26 J. LEGAL STUD. 575, 588 (1996); Robert Cooter & Ariel Porat, *Does Risk to Oneself Increase the Care Owed to Others?* *Law and Economics in Conflict*, 29 J. LEGAL STUD. 19 (1998).

125 ראו בת-פרק 3 לעיל.

126 ניתוח מלא של השפעותיהם של כללי הסעדים הזמניים יהיה דומה במובנים רבים לניתוח השפעותיו של הכלל בדבר פסיקת הוצאות משפט על תמריצי הצדדים ex ante. לניתוח זה ראו Shavell, לעיל ה"ש 27; Kathryn E. Spier, *Pretrial Bargaining and the Design of Fee-Shifting Rules*, 25 RAND J. ECON. 197 (1994).

127 בת-פרק זה נתמקד בהשפעות הנוגעות בנכונותם של צדדים לקיים חובות בדין המהותי. יש לזכור שמנגנון התביעה הייצוגית מהווה דוגמה אינטואיטיבית ומוכרת יחסית גם להשפעותיהם של כללים דינוניים על מספר התביעות שיוגשו ואופיין, כמו גם על סיכויי הפשרה ותוכנה. ראו קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית", לעיל ה"ש 44, בעמ' 321-322, 332; קלמנט, לעיל ה"ש 40, בעמ' 391, ה"ש 14.

התובענה הייצוגית. ההכרה בהשפעתו המהותית של הכלי (הדיוני לכאורה) של התובענה הייצוגית כבר השתרשה עמוק במשפט הישראלי. כך, לדוגמה, חוק תובענות ייצוגיות אשר נחקק לאחרונה קובע מפורשות כי מטרתו של מוסד התובענה הייצוגית היא שיפור ההגנה על זכויות, ומונה מטרת נוספות הנתפסות כחלק בלתי-נפרד ממטרותיו של הדין המהותי, כמטרות ההרתעה והפיצוי.<sup>128</sup>

יתרה מזו, קביעתו של הסדר שהוא דיוני לכאורה בחוק, ולא בתקנות, עוקבת אחר חלוקת הסמכויות בין המחוקק הראשי, האחראי לקביעתם של הסדרים מהותיים, לבין מחוקק המשנה, המוסמך לקבוע את הסדרים הדיוניים למימושן של זכויות אלה.<sup>129</sup> פסק-הדין שהוביל לחקיקתו של חוק התובענות הייצוגיות<sup>130</sup> עסק בשאלה אם ראוי שמוסד התובענה הייצוגית יוסדר על-ידי בית-המשפט או על-ידי המחוקק. פסק-הדין הניח, ככל הנראה, שהסדרתו של מוסד התובענה הייצוגית תיעשה על-ידי המחוקק הראשי, ולא על-ידי מחוקק המשנה. נראה כי בית-המשפט תופס את מוסד התובענה הייצוגית כמוסד "מהותי" לא-פחות מדיוני,<sup>131</sup> ובהתאם לכך סבור כי ראוי שמוסד זה יוסדר בחקיקה ראשית. כך אכן נעשה, כאמור, בחקיקת החוק.

לענייננו, ניתן לאפיין את ההכרעות הפרשניות שאליהן נדרשו בתי-המשפט הישראליים בעבר, ואשר אליהן הם יידרשו בעתיד מכוח החוק החדש, כנוגעות בשאלה אם יש להתיר

128 ראו ס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ס"ח 246 (לעיל ולהלן בתת-פרק זה: החוק או חוק תובענות ייצוגיות). נוסף על מטרות אלה נמנות המטרות של קידום ההגנה על זכות הגישה לבתי-המשפט וקידום היעילות האדמיניסטרטיבית. ראו את הנוסח המלא של הסעיף: "מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה: (1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיהידים; (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו; (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין; (4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות."

לניתוח מטרותיו ויתרונותיו של מוסד התביעה הייצוגית ראו קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית", לעיל ה"ש 44, בעמ' 317-324.

129 השוו לס' 108 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ס"ח 1123 (להלן: חוק בתי-המשפט).

130 דנ"א 5161/03 א.ש.ת ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל פדאור 2005(20) 556 (2005) (להלן: דיון נוסף א.ש.ת); רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נו(3) 220 (2003) (להלן: רע"א א.ש.ת.).

131 עם זאת, יודגש שסיווגו של החוק כדיוני או כמהותי טרם לובן לגמרי בהלכה הפסוקה. ראו רע"א 7028/00 אי.בי.אי ניהול קרנות נאמנות (1978) בע"מ נ' אלסינט בע"מ, תק"על 2006 (4) 4102 פס' 16 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006): "חוק תובענות ייצוגיות אינו יוצר זכות מהותית. הוא באופיו דיוני, ותחולתו היא אקטיבית." השוו לע"א 345/03 דן רייכרט נ' משה שמש, תק"על 2007 (2) 3367 (2007), שם נקבע כי כאשר התביעה מוגשת כתביעה ייצוגית, הדבר עשוי להשפיע על משטר האחריות שייקבע (למשל, הימנעות מלנקוט כלל אחריות של "יחד ולחוד").

שימוש במסלול המיוחד של תביעה ייצוגית או שמא יש לנהל את התביעה במסלול אחר.<sup>132</sup> בהקשר זה ניתן לראות בהלכה הפסוקה הסתכלות יוצאת דופן מנקודת מבט *ex ante*, הכוללת גם את בחינת השפעותיו של השימוש במוסד הדיוני על קיומן של חובות בדין המהותי.<sup>133</sup> לשימוש במוסד התביעה הייצוגית יש השפעות בולטות על זכויות וחובות בדין המהותי. על-ידי שימוש במסלול הייצוגי ניתן לרכז יחדיו כמה תביעות, ובכך להשיג "יתרון לגודל" לתובעים, ובמקרים רבים אף לגרום להגשת תביעות אשר כשלעצמן, ללא ריכוזן יחדיו עם תביעות אחרות, לא היו מוגשות מלכתחילה.<sup>134</sup> כך, שימוש בכלי דיוני זה מונע את "דילול" זכויותיהם המהותיות של תובעים בכוח, ומשפר את מצבם.<sup>135</sup> לכאורה, נובע מכך כי פרשנות מרחיבה של התנאים לאישור התביעה כייצוגית תביא, מנקודת מבט *ex ante*, לידי עלייה ברמת הזהירות של נתבעות בכוח בתביעה ייצוגית, כך שיקוימו יותר חובות בדין המהותי. אולם מן הצד האחר של המטבע עומדות שתי בעיות היסוד בתובענה הייצוגית – הקנוניות בין תובעים ייצוגיים לבין נתבעות, והיחשפותן של נתבעות לתובענות סחטניות. בעיות אלה מאיימות על יעילותה של התובענה הייצוגית בהשגת המטרות של הרתעה ופיצוי. פשרות נמוכות<sup>136</sup> וקנוניות מדללות את חבותן של נתבעות שהפרו את חובותיהן (בפשרות העולות כדי קנוניה) וגורמות להרתעת חסר. תובענות סחטניות מגדילות את חבותן של נתבעות שנהגו כשורה ועלולות להביאן לידי התנהגות מגננתית מראש, ואף לידי הימנעות מפעילות בתחומים שבהם ההיחשפות לתובענות ייצוגיות גבוהה.<sup>137</sup>

132 ההכרעה הפרשנית אם לאשר את ניהול התביעה במסלול התביעה הייצוגית אם לאו בנויה כיום בעיקר מהכרעה בשאלות המשנה הבאות: (1) האם העילה נכנסת בגדר העילות המנויות בתוספת השנייה לחוק התובענות הייצוגיות? (2) האם המבקש לאשר את התביעה כייצוגית רשאי לעשות כן בהתאם לחלופות שבס' 4 לחוק? (3) האם התביעה והמבקש עומדים בתנאים של ס' 8 לאישור התביעה כייצוגית? לפירוט ולהרחבה ראו אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט' 131, 139-156 (2006).

133 ראו, לדוגמה, רע"א 4556/94 רמי טצת נ' אברהם זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 783-785 (1995); ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפר תעשיות בירה בע"מ ואח', פ"ד נא(2) 312, 324 (1997).

134 אלה אותן תביעות בעלות "ערך נטו שלילי". להרחבה ראו קלמנט, לעיל ה"ש 40, בעמ' 394, ה"ש 22 והטקסט הנלווה אליה; קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית", לעיל ה"ש 44, בעמ' 319.

135 קלמנט, לעיל ה"ש 40, בעמ' 401-408.

136 חשוב להדגיש שתביעות ייצוגיות רבות מסתיימות בפשרה. ראו קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית", לעיל ה"ש 44, בעמ' 324, ה"ש 89 על הפניותיה והטקסט הנלווה אליה; קלמנט, לעיל ה"ש 40, בעמ' 417-418, ה"ש 95 על הפניותיה והטקסט הנלווה אליה.

137 ראו קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית", לעיל ה"ש 44, בעמ' 324-332; קלמנט, לעיל ה"ש 40, בעמ' 391, ובעיקר בעמ' 418-419. לדרכי ההתמודדות של החוק החדש עם החשיפה המובנית לבעיות היסוד של התובענה הייצוגית ראו קלמנט, לעיל ה"ש 132, במיוחד בעמ' 140-146.

ההערה שבגוף הפסקה שמה דגש במתח שבין הרתעת הנתבעת, כך שלא תפר את חובותיה שבדין לפני פרוץ הסכסוך, לבין החשש מפני הרתעת יתר והורדת יתר של רמת הפעילות

לפיכך, כדי להשיג השפעה מיטבית של המוסד הדיוני על קיומן של זכויות וחובות בדין המהותי, על בית המשפט להבטיח כי השימוש במסלול הייצוגי אכן מביא לידי שיפור ההגנה על זכויות, ובמקביל למנוע את ניצולו באופן שיפגע בצדדים ובחברה בכללותה. במסגרת הבחירה בין חלופות פרשניות הנוגעות בתנאים לאישור התובענה כייצוגית, בבחירה בין התובעים המבקשים לייצג את הקבוצה, באישור פשרות ובפסיקת תגמול לתובע המייצג ולעורכת הדין, על השופט למצוא את הדרך הפרשנית אשר תביא באופן ההוגן והיעיל לידי מימושן של זכויות וחובות שבדין המהותי.<sup>138</sup>

### פרק ג: רפורמות "התייעלות" במשפט ושיקולי ex ante

לדעת רבים במערכת המשפטית ומחוץ לה, בתי המשפט בישראל סובלים מעומס רב. העומס מתבטא, בין היתר, בזמני המתנה ממושכים – ממועד הגשת התביעה ועד לתחילת בירורה, ממועד תחילת הבירור ועד להכרעה בתביעה, וממועד ההכרעה ועד להוצאת פסק-הדין לפועל. בעיית העומס על בתי המשפט בארצנו נתפסת כמשבר המאיים על עצם תפקודה של המערכת המשפטית, ולפיכך גם על שלטון החוק.<sup>139</sup> מתפיסת בעיית העומס

שלה לפני פרוץ הסכסוך. ההערה אינה עוסקת במתח שבין הרתעת הנתבעת מלכתחילה לבין החשש מפני הפגיעה הכלל-חברתית שתיגרם כתוצאה מפגיעה בנתבעת במקרה שבו התביעה הייצוגית שהוגשה נגדה תוכרע לרעתה. על החשש האמור, החורג ממסגרת מאמר זה, ראו, לדוגמה, קלמנט, לעיל ה"ש 132, בעמ' 153, הטקסט הנלווה לה"ש 82. נציין כי תובענות ייצוגיות סחטניות עלולות להוליד גם את התופעה ההפוכה של הרתעת-חסר, מסיבות אשר צוינו כבר בתת-פרק 3 לעיל. נתבעות-בכוח לא יימנעו מפגיעה בזכויותיהם של תובעים-בכוח אם יסברו כי הימנעותן ממילא לא תחסוך מהן את ההיחשפות לתובענה ייצוגית בעתיד.

138 ראו קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית", לעיל ה"ש 44, בעמ' 331–332; קלמנט, לעיל ה"ש 132, בעמ' 178–179.

139 ראו משה בר-ניב ורן לחמן "בחינת הנטייה לפנות לחלופות ליישוב סכסוכים (חי"ס) בהיבטים של זמן והסדרה" משפט ועסקים ב 209, 215 (2005) ("הסחבת ביישוב סכסוכים הינה מהרעות החולות הקשות ביותר של המערכת השיפוטית בישראל. העומס, ובעקבותיו הסחבת, היוו גורם מרכזי להצעות הרבות לרפורמה במערכת בתי המשפט שהועלו בעשרות השנים האחרונות. הסחבת נתפסת, הן על-ידי השופטים והן על-ידי עורכי-הדין, כמכשול הרציני ביותר לתפקודם של בתי המשפט בישראל"). לדוגמות רבות אחרות ראו ישראל קנטור "המערכת הכלכלית כצרכן של מערכת בתי המשפט" מחקרי משפט ח 101, 103 (1990); משה טלגם "מורה נבוכים" בסוגיית הרפורמה במבנה בתי המשפט" מחקרי משפט ח 9, 19 (1990); שמעון שטרית "בעיות ערכיות ומעשיות במינהל המערכת השיפוטית" בתוך קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים 80 (1976); משה בורנובסקי ורן לחמן "שיטות הבוררות,



על בתי-המשפט בצורה חמורה כזו נגזרת גם תחושת הדחיפות בנוגע לפתירתה.<sup>140</sup> בפרק ב לעיל ראינו כיצד בתי-המשפט משלבים – במסגרת פרשנות של כללים דיוניים – שיקולים הנתפסים כתורמים להתייעלות ולהתמודדות עם בעיית העומס. הפרק הנוכחי מראה כיצד תחושת הדחיפות האמורה הניעה גם "שחקנים" אחרים במערכת המשפטית, דוגמת המחוקק או מעצבי מדיניות משפטית אחרים, לשקול צעדים שנתפסים כמקדמים את היעילות. גם במקרה זה, ניתוח השפעותיהם של צעדי ההתייעלות נעשה לעיתים קרובות בדרך שאינה מביאה בחשבון את השפעותיהם על התנהגות הצדדים ex ante. התעלמות זו עלולה להוביל לתוצאה הפוכה מזו שאליה כיוונו יוזמיהם של צעדי ההתייעלות המוצעים, ובעיית העומס על בתי-המשפט עלולה דווקא להחריף.

פרק זה מסביר את הדרך שבה הבעיה נתפסת, מצביע על הצעדים שהוצעו לפתרונה, מנתח את הדרך שבה ראוי לבחון צעדים אלה, ומדגים דרך ראויה זו באמצעות צעדי ההתייעלות של סדר דין מהיר והפניה להליכי גישור כדבר שבחובה.

## 1. התפיסה בנוגע לבעיית העומס על מערכת השפיטה והפתרונות שהוצעו לה במשפט הישראלי

בעיית העומס נתפסת על-ידי השחקנים המרכזיים במערכת המשפט הישראלית כ"משבר".<sup>141</sup> אקדמאים, שופטים ועורכי-דין<sup>142</sup> – "הכול מסכימים, כי קיים צורך דחוף למצוא פתרון למצוקת מערכת בתי המשפט".<sup>143</sup> תחושת המשבר גובתה במהלך השנים על-ידי הצבעה על

כמנגנון להקלה בעומס על מערכת בתי-המשפט בישראל" הפרקליט מ 269 (1991) (להלן: בורנובסקי ולחמן "ישימות הבוררות"); יאיר שילה "צדק דחוי עדיף על אי-צדק מהיר" עלי משפט ג 317 (2003); משה בורנובסקי ורן לחמן "הבחנה בין בעיות ארגוניות לאיכותיות במערכת בתי-המשפט בישראל" עיוני משפט טו 273 (1990) (להלן: בורנובסקי ולחמן "הבחנה בין בעיות ארגוניות לאיכותיות"); מרדכי בן-דרור "קווים לדמותה הרצויה של מערכת בתי-המשפט" עיוני משפט יד 573 (תשמ"ט); צבי ברנוון "פישוט העניינים בתביעות נזיקין" עיוני משפט ב 575 (1972); שלו גינוסר "עיצוב הדין" הפרקליט לא 29 (1976).

140 ראו, לדוגמה, קנטור, שם ("...נוצר מצב של עומס-יתר, ואם לא ימצא פתרון מהיר – המערכת תתפוצץ"); מרדכי בן-דרור "בעיות נושנות – פתרונות חדשים" מחקרי משפט ח 87 (1990) ("הנסיבות הקשות שאליהן נקלעה מערכת בתי-המשפט, מחייבות חיפוש אחר פתרונות בלתי-שגרתיים...").

141 כאמור בתחילת פרק זה, תפיסת המשבר חרגה מעבר למגרש המשפטי, והלחלה מזמן גם לשיח הציבורי הרחב דרך תקשורת-ההמונים. להפניות למקבץ של דוגמות לכך ראו קנטור, שם; א' פ' "מעניני השעה: הקץ לסחבת!!" הפרקליט כט 321 (1974); שמעון שטרית "על מי יוטל מחיר העיכובים והתקלות בהליך השיפוטי" משפטים ו 584 (1975).

142 במאמר זה יובאו בעיקר התייחסויותיהם של האקדמאים והשופטים. להתייחסותו של ציבור עורכי-הדין לבעיית העומס ראו בורנובסקי ולחמן "הבחנה בין בעיות ארגוניות לאיכותיות", לעיל ה"ש 139.

143 דין וחשבון הוועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל (יו"ר תאודור אור, אוגוסט

נתונים ודוגמות פרטניים, כגון גידול במספר התיקים האזרחיים המוגשים לבתי-המשפט,<sup>144</sup> התארכות זמן ההמתנה ממועד תחילת בירורו של ערעור אזרחי נתון בבית-המשפט העליון ועד ההגשה בו,<sup>145</sup> זמני המתנה ממושכים במיוחד ממועד הגשת התביעה ועד תחילת בירורה,<sup>146</sup> וזמן המתנה ממושך במיוחד מסוף בירור התביעה ועד להכרעה בה.<sup>147</sup> תפיסה זו הובילה את מעצבי המדיניות המשפטית לבחון צעדים לייעולה ולשיפור תפקודה של המערכת. לשם כך מוגו ועדות אחדות, בראשות שופטים בכירים, אשר התבקשו להמליץ על שינויים רצויים שיסייעו בהקטנת בעיית העומס. עוד בתחילת שנות השמונים הגישה "הוועדה לבדיקת המבנה והסמכויות של בתי המשפט" (להלן: ועדת לנדוי) את מסקנותיה. לאחר שהגדירה בצורה חריפה את בעיית העומס, כפי שהתפתחה והחריפה בעשור של שנות השבעים,<sup>148</sup> הציגה הוועדה נתונים סטטיסטיים המצביעים על הגידול בעודף הביקוש לשירותי השפיטה,<sup>149</sup> והתריעה מפני ההשלכות הבעייתיות של עודף ביקוש זה.<sup>150</sup> על רקע כל זה המליצה ועדת לנדוי על דרכי התמודדות מגוונות עם בעיית העומס.

- 1997 (להלן: דוח ועדת אור). פה ושם התגלו אומנם סדקים בקונסנזוס סביב תפיסת בעיית העומס על בתי-המשפט כ"משברית". ראו יוצא-מן-הכלל המעיד על הכלל: "פה ושם נשמעים מלמולים על דבר 'קריסת המערכת' הקרבה ובאה. ואולם – מבנה עלול לקרוס אם אין לו בסיס... ואילו המערכת המשפטית בישראל רחוקה מקריסה... יש אמנם במערכת קשיים שראוי לפתור, יש שיפורים שרצוי להכניס, אך כל עוד יסודה איתן – קרוס לא תקרוס". טלגם, לעיל ה"ש 139, בעמ' 24. אולם יודגש כי דעה חריגה זו אינה חולקת על קיומה של בעיית העומס, אלא רק על הטענה כי בעיה זו תוליד למשבר ותסכן גם את שלטון החוק.
- 144 בורנובסקי ולחמן "שימות הבוררות", לעיל ה"ש 139, בעמ' 270.
- 145 סיני דויטש "על הרפורמה הדרושה במערכת בתי-המשפט: דברי סיכום ותגובה" מחקר משפט ח 129, ה"ש 6 (1990); דין וחשבון הוועדה לבדיקת המבנה והסמכויות של בתי המשפט (יו"ר משה לנדוי, נובמבר 1980) 5.
- 146 דויטש, שם, ה"ש 7.
- 147 ראו, לדוגמה, את הנתונים הסטטיסטיים המופיעים באתר בית-המשפט בנוגע למלאי התיקים המצויים בטיפול של המערכת לפי השנה שבה נפתחו: [elyon1.court.gov.il/heb/stats/other/pticha.htm](http://elyon1.court.gov.il/heb/stats/other/pticha.htm).
- 148 "הוועדה נדרשה לדון בבעיה דוחקת הטעונה פתרון דחוף... נוצר בבתי המשפט... מצב חמור של עומס-יתר. אם לא תימצא בקרוב תרופה לתיקון המצב, כי אז יש לחשוש שבתי משפט אלה יכרעו תחת הנטל ושופטיהם לא יוכלו עוד לתת לצבור את השרות שהוא זכאי לקבלו... [הוועדה] מבקשת ומתריעה שהעיקר לא יישכח אגב הוכוח, והוא דחיפות הנושא" (דוח ועדת לנדוי, לעיל ה"ש 145, בעמ' 2).
- 149 ראו את ההצבעה על העלייה במספר התיקים התלויים ועומדים, ועל התארכות משך הטיפול בכל תיק, שם, בעמ' 3-6 (נתונים כלליים), בעמ' 9-10 (נתונים לגבי בית-המשפט העליון) ובעיקר בנספחים 3-7 (נתונים סטטיסטיים בהתך של עשור שנות השבעים של המאה הקודמת).
- 150 ראו, לדוגמה, שם, בעמ' 9, שם נטען כי בעיית העומס מביאה לידי פגיעה בעשיית הצדק ובחקר האמת כדלקמן: ההתרחקות ממועד האירוע מערימה קשיים ראיתיים; מחיר הטיפול המשפטי גָּדָל; תובעים מוותרים מראש על תביעות ראויות או מתפשרים בסכום נמוך מדי;

ברם, הדיונים סביב המלצותיה של ועדת לנדוי התמוססו לאורך שנות השמונים, מבלי שתצא לפועל רפורמת התייעלות מקיפה.

בשנות התשעים, כאשר תחושת המשבר במערכת השפיטה הישראלית רק הלכה והחריפה, מינה נשיא בית המשפט העליון את "הועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל" (להלן: ועדת אור).<sup>151</sup> הדוח שפרסמה ועדת אור, בשנת 1997, בחר במתווה זהה לזה שבו הלך דוח ועדת לנדוי: הצבעה על מטרת הקמתה של הוועדה – המלצה על שינויים במגמה ליעיל ולשפר את תפקודה של המערכת;<sup>152</sup> הגדרת בעיית העומס החריפה והדגמתה בנתונים סטטיסטיים;<sup>153</sup> התרעה על ההשלכות השליליות של הבעיה;<sup>154</sup> ולבסוף המלצות מפורטות לרפורמת התייעלות מקיפה. גם רפורמה זו, שעל יסודה הוכנו הצעות חוק מקיפות,<sup>155</sup> לא יושמה במלואה. עם זאת, ניתן להבחין ב"יישום זוחל" שלה, באמצעות צעדי התייעלות פרטניים שכבר ננקטו בפועל.<sup>156</sup>

זמן קצר לאחר מינויה של ועדת אור, אשר עסקה יותר בפן המבני של המערכת, מונתה ועדה נוספת לבדיקת הפן הארגוני-הניהולי של המערכת – "הועדה לבדיקת מבנה מחלקת ניהול שיפוטי" (להלן: ועדת רביבי).<sup>157</sup> גם ועדה זו מונתה במטרה ליעיל את המערכת וכדי להתמודד עם בעיית העומס.<sup>158</sup> בניגוד לוועדות הקודמות, חלק נכבד מהמלצותיה של ועדת רביבי אכן יושמו. לדוגמה, הוקמה המחלקה לניהול תיקים (המנ"ת), שנועדה לדאוג לטיפול "יעיל" בתיקים המגיעים למערכת המשפטית על ידי קיצור משך הזמן מהגשת התביעה ועד להכרעה בה.<sup>159</sup>

הזמן והמחיר הגדולים מעודדים חייבים להתכחש לתביעות ראויות בתקווה שהסחבת והעלויות ירפו את ידי התובעים; אמון הציבור נפגע וכתוצאה מכך יש פנייה לאמצעים חלופיים, כגון פנייה אל בעלי-זרוע לגביית חובות, המהווה "סכנה לסדר החברתי התקין"; נוצר לחץ על השופטים למהר ולקצר, והם, מצידם, מפנים את הלחץ למתדיינים, ובכך "...טמונה סכנה לאיכות ההליך השיפוטי ולעשיית דין צדק"; וכך הלאה.

151 ראו דוח ועדת אור, לעיל ה"ש 143.

152 שם, בעמ' 13.

153 ראו, בין היתר, שם, בעמ' 16 ובנספח ב.

154 שם, בעמ' 17 (הערכאות מתקשות לתפקד תחת העומס; פרק-הזמן בין הגשת ההליך ועד לסיומו התאריך מעבר לסביר; שמה הטוב של המערכת נפגע; ציבור המתדיינים נפגע, וכך הלאה).

155 ראו הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 2) (ערכאות השיפוט ודיון נוסף) והצעת חוק בתי המשפט [נוסח משולב] (תיקון מס' 23) (מבנה מערכת בתי המשפט), התשנ"ט-1999, אשר פורסמו בה"ח 2914, כ"ח בתמוז התש"ס, 31.7.2000, 661.

156 ראו, לדוגמה, את התקנתו של פרק טז לתקנות (תקנות סדר הדין המהיר).

157 ראו דין וחשבון הועדה לבדיקת מבנה מחלקת ניהול שיפוטי (יו"ר יצחק רביבי, מרס 1999).

158 שם, בעמ' 2.

159 ראו תקנות בתי המשפט (מחלקה לניהול תיקים), תשס"ב-2002, ק"ת 1198. המחלקה לניהול תיקים שמה דגש במיון ובסיווג של התיקים הנכנסים למערכת השפיטה; בהעברתם למסלולים המתאימים, כולל ניסיון להפנות את הביקוש לערוצים חלופיים – דרכים חלופיות לפתרון

צעדי ההתייעלות המוצעים – בין כאלה שהוצעו על-ידי הוועדות דלעיל ובין צעדים אחרים – פונו כאמור להפחתת העומס על בתי-המשפט. ברם, הצעות אלה לא הביאו בחשבון שאלות מרכזיות ועיקרי-יסוד בהגדרת בעיית העומס. בעיקר, דוחות הוועדות שפורטו לעיל אינם מציעים ניסיון כלשהו לנתח ולחזות את ההשלכות שיהיו לצעדי ההתייעלות המוצעים על הביקוש לשירותי השפיטה.<sup>160</sup>

הוועדות הבינו את הנתונים הסטטיסטיים שהצביעו על גידול בעומס על בתי-המשפט כמשקפים גידול בביקוש לשירותי השפיטה עקב גורמים שונים, כגון נטייה גבוהה להתדיינות בחברה הישראלית, חיוק האכיפה הפלילית ושינויים בדין המהותי.<sup>161</sup> בהינתן גורמים אלה, תפסו הוועדות את הביקוש לשירותי השפיטה כקבוע, ולא בחנו כלל, כאמור, את ההשפעות שיהיו לשינויים המוצעים עליו. כתוצאה מניתוח חסר זה, צעדי ההתייעלות שהוצעו התייחסו בעיקרם רק להגדלת ההיצע<sup>162</sup> או לתיעול שונה של הביקוש הנתון.<sup>163</sup> נדרש ניתוח מלא ומקיף יותר של השפעותיהם של צעדי ההתייעלות המוצעים כדי שאלה יוכלו למלא את תכליותיהם.

העומס על בתי-המשפט, בארץ כמו בעולם,<sup>164</sup> הוא תוצאה של עודף ביקוש לשירותי

- 
- סכסוכים; ביצירת חלוקת עבודה בין "יצרני" השפיטה – שופטים ורשמים; ובשימוש מוגבר בהליכים מקדמיים במטרה לחסוך בזמן ובעלויות של ההליך העיקרי. ראו את תוכנית המנ"ת, כפי שפורסמה באתר בתי-המשפט: [elyon1.court.gov.il/heb/laws/manat.pdf](http://elyon1.court.gov.il/heb/laws/manat.pdf).
- 160 להתייחסות יוצאת-דופן, גם אם באמירת-אגב, ראו דוח ועדת רביבי, לעיל ה"ש 157, בעמ' 4-3.
- 161 דוח ועדת אור, לעיל ה"ש 143, בעמ' 17; דוח ועדת לנדוי, לעיל ה"ש 145, בעמ' 6-8.
- 162 הדוגמה הקלסית היא ההמלצות על שינויים ארגוניים-ניהוליים, כגון אלה שבהם עסקה ועדת רביבי.
- 163 הדוגמה הקלסית היא ההמלצות על שינוי דיני הסמכויות, שבהם עסקה ועדת אור – הזרמת הביקוש ממקומות שבהם עודף הביקוש גבוה יחסית עובר לפרסום הדוח (הערכאות העליונות) אל מקומות שבהם הוא נמוך יחסית (הערכאות הנמוכות).
- 164 כפי שנרמז בגוף הטקסט, בעיית העומס על בתי-המשפט רחוקה מלהיות ייחודית למערכת הישראלית. ראו: ADRIAN A.S. ZUCKERMAN, CIVIL JUSTICE IN CRISIS (1999).  
 בארצות-הברית ההכרה בבעיית העומס והתחושה כי יש להתמודד עימה בדחיפות הן עתיקות-יומין, ושיח "המשבר במערכת השפיטה" כבר נהפך למטבע-לשון מוכרת, ויש שיאמרו שחוקה. Richard A. Posner, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, 2 J. LEGAL STUD. 399 (1973) ("It is frequently alleged that the processes of legal dispute resolution in America are dangerously overloaded, due to delay, congestion, inefficiency, and lack of resources"); Howard James, *Crisis in the Courts*, 51 JUDICATURE 283 (1968); Judith Resnik, *Managerial Judges*, 96 HARV. L. REV. 374, 396-403 (1982); J. Clifford Wallace, *Judicial Administration in a System of Independents: A Tribe with Only Chiefs*, BYU L. REV. 39, 44-50 (1978).  
 התייעלות היו מנת-חלקה של מערכת השפיטה האמריקאית לכל אורך המאה העשרים, ולאחרונה באו לידי ביטוי בחקיקת ה-Civil Justice Reform Act of 1990.  
 באנגליה המשפט האזרחי מספק דוגמה בולטת לרפורמת התייעלות שבאה בעקבות הכרה

השפיטה ביחס להיצע הקיים.<sup>165</sup> השירותים שהמערכת המשפטית מספקת כוללים, בין היתר, הכרעה בסכסוכים בין צדדים, פרשנות של חוקים והתוויית נורמות התנהגות. ההיצע של שירותים אלה נגזר, בין היתר, ממספר השופטים במערכת ומכמות הזמן המוקדשת בממוצע ל"עיבוד" תביעה במערכת (קרי, הזמן שעובר מן הרגע שבו המערכת "קולטת" תביעה שהוגשה ועד שהיא "פולטת" אותה – אחרי ההכרעה בתביעה והוצאתה לפועל). ככל שיהיו יותר שופטים ויוקדש פחות זמן לכל תביעה כן יעלה ההיצע של שירותי בתי המשפט. הביקוש לשירותים אלה נגזר מהחלטותיהם של הפרטים שבהן עסקו הפרקים הקודמים: התגלעותו של סכסוך בין הצדדים, ההחלטה אם להגיש תביעה לאחר פרוץ הסכסוך והחלטה אם להתפשר לאחר שהוגשה תביעה.<sup>166</sup> ככל שיהיו יותר סכסוכים, ככל שיוגשו יותר תביעות וככל שיושגו פחות פשרות, כן יעלה הביקוש לשירותיהם של בתי המשפט. התשובה לשאלה כיצד ישפיעו רפורמות במערכת המשפט על עודף הביקוש תלויה אם כן ביחס בין השינוי שייגרם בצד ההיצע לבין השינוי שייגרם בצד הביקוש.

צעדי ההתייעלות שהוצעו התייחסו לצד ההיצע בלבד, וזאת בשל התמקדותם בנקודת-המבט *ex post*. הסתכלות זו אינה רק נחלתן של ועדות הבדיקה. גם הכתיבה האקדמית, כאשר היא עוברת מועקות-השבר על המשבר במערכת השפיטה להצעת פתרונות פרודוקטיביים, מציעה בעיקר צעדים ניהוליים-ארגוניים, כגון השגת ייעול מיטבי ב"תחומי-הלוואי" וסיוע לשופט בהתגברות על הסחבת ובהתמודדות עם כמות המידע הנדרשת לשם הכרעה איכותית,<sup>167</sup>

בבעיית העומס. ועדה בראשות הלורד Woolf מונתה בשנת 1994 לבחון דרכי התייעלות. מסקנותיה איששו את התחושות הרווחות: ההתדיינות יקרה מדי, איטית מדי ונעדרת את מימד הוודאות בהיבטים של הוצאות והתמשכות. ראו: H.K. Woolf "Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales" (1996), available at [www.dca.gov.uk/civil/final](http://www.dca.gov.uk/civil/final). רוב המלצותיה של ועדת Woolf יושמו ברפורמה שנכנסה לפועל בשנת 1999.

גם במערכות המשפט הקונטיננטליות מכירים בבעיית העומס, תופסים אותה כמאיימת על מערכת השפיטה, ומציעים צעדי התייעלות כאלה או אחרים, המיושמים במידה זו או אחרת. לסקירת הבעיה ודרכי ההתמודדות עימה בפרספקטיבה אירופית ראו: THE CHALLENGE OF CHANGE FOR JUDICIAL SYSTEMS Marco Fabri & Philip M. Langbroek eds., (2000). לסקירת הבעיה ודרכי ההתמודדות עימה בפרספקטיבה כלל-עולמית ראו מחקר של הבנק העולמי, משנת 1999, שבחן היבטי יעילות במערכות השפיטה של אחת-עשרה מדינות: ברזיל, קולומביה, אקוודור, צרפת, צ'ילה, גרמניה, הונגריה, פנמה, פרו, סינגפור ואוקראינה (מלבד סינגפור, כל מערכות המשפט הללו משתייכות במידה זו או אחרת למשפחת המשפט הקונטיננטלי) (נגיש ב- [www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/-/IB/1999/09/25/000094946\\_99090805303789/Rendered/PDF/multi\\_page.pdf](http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/-/IB/1999/09/25/000094946_99090805303789/Rendered/PDF/multi_page.pdf)).

165 למודל הבסיסי של ביקוש והיצע שפסקה זו מתבססת עליו, ראו: Hugh Gravelle, *Regulating the Market for Civil Justice, in REFORM OF CIVIL PROCEDURE — ESSAYS ON 'ACCESS TO JUSTICE'* (Adrian A.S. Zuckerman & Ross Cranston eds., 1995).

166 ראו Shavell, לעיל ה"ש 27.

167 טלגם, לעיל ה"ש 139, בעמ' 24.

טיפול אחר בהליך ההצגה של עיקרי הטיעון ובשלבי הדיון בערעור,<sup>168</sup> וכולי.<sup>169</sup> צעדים אלה נוגעים כולם בשאלה כמה מהר תצליח המערכת "לעבד" את התביעה מרגע שהוגשה, אך מתעלמים מהשאלה כיצד ישפיעו הצעדים על מספר הסכסוכים שיפרצו, על מספר התביעות שיוגשו בעקבות אותם סכסוכים ועל מספר הפשרות שיושגו בתביעות שיוגשו. חשוב מכך, נקודת-המבט הצרה מתעלמת מהשפעותיהם של צעדי ההתייעלות על המטרה העיקרית שלשמה קיימת המערכת המשפטית – שלטון החוק. בתת-פרק שלהלן יובהר כיצד יש לבחון, לגישתנו, את השפעותיהם של הצעדים המוצעים להתמודדות עם בעיית העומס.

## 2. ניתוח ex ante של השפעותיהן של רפורמות ההתייעלות – כללי

כאשר המטרה העומדת לנגד עינינו היא הפחתת העומס על מערכת השפיטה, יש להביא בחשבון, במסגרת בחינת האמצעים להגעה למטרה, את השפעותיהם של האמצעים על התנהגותם של הצדדים בנקודת-הזמן המוקדמת ביותר שבה השפעות אלה מתקיימות. הסיבות לכך ברורות: ככל שיפרצו פחות סכסוכים מלכתחילה, ככל שיוגשו פחות תביעות על סכסוכים שפרצו וככל שתביעות רבות יותר שכבר הוגשו יסתיימו בפשרות, כן יקטן הביקוש לשירותי השפיטה, ובהתאם לכך יקטן גם עודף הביקוש שהוביל לבעיית העומס. מנקודת-מבט זו של יעילות, ניתוח ex ante של צעדי ההתייעלות אך מתבקש. עם זאת, יש לשים לב לקשרי-הגומלין הקיימים בין השיקולים ex ante השונים, וכן בינם לבין העלויות הכרוכות בכל הליך. ההשפעות לא יהיו תמיד באותו כיוון, ויש להביא זאת בחשבון.<sup>170</sup> כך, למשל, צעד התייעלות המתבסס על עידוד הצדדים להגיע לפשרה יביא לכאורה לידי הקטנת ביקושים, שכן אחוז גבוה יותר מהתביעות שהוגשו יסתיימו בפשרה. אולם צעד זה עלול להביא לידי הגשתן של תביעות רבות יותר מלכתחילה, כך שהביקוש לשירותי השפיטה דווקא יגדל. צדדים לסכסוך הצופים כי בפשרה לאחר הגשת תביעה יוכלו להשיג יותר ממה שיכלו להשיג בפשרה לפני הגשתה (עקב לחץ של בית-המשפט ואמצעים אחרים המעודדים את הצד שכנגד להתפשר) ייטו יותר להגיש תביעות, ופחות להתפשר מחוץ לכותלי בית-המשפט. נוסף על כך, עידוד הפשרות עלול להשפיע באופן "שלילי" על קיומן של זכויות וחובות בדין המהותי, ולגרום להרתעת-חסר. כתוצאה מכך יתרבו המקרים שבהם פרטים לא יקיימו את חובותיהם, מספר הסכסוכים יגדל, ועימו גם מספר התביעות.<sup>171</sup>

168 אשר גרוניס "גודש בבתי המשפט: בעיה ודרך פתרונה" שערים למשפט א 47 (2005).

169 ראו, לדוגמה, את דבריו של ורדימוס זילר בסימפוזיון "הרפורמה במערכת בתי-המשפט" משפטים כב 208-209 (1992) (העברת הכרעות למומחים, כפי שמתבטאת בשינוי תקנות סדר הדין בדבר קביעת מומחים ודיני פיצויים בתאונות-דרכים, ומעבר לשמיעת משפטים רבים יותר בדין יחיד).

170 הדבר דומה להרחבתו של כביש ראשי, שבעקבותיה נהגים רבים יותר עוברים להשתמש באותו כביש, וכתוצאה מכך הכביש נותר פקוק על-אף הרחבתו.

171 ראו Shavell, לעיל ה"ש 124, בעמ' 602-604; Mitchell A. Polinsky & Daniel L. Rubinfeld, *The Deterrent Effects of Settlements and Trials*, 8 INT'L REV. L. ECON. 109

דוגמה נוספת היא צעד התייעלות המביא לידי הקטנת עלויות המשפט. צעד זה עשוי להוליד מגוון של השפעות מנוגדות על בעיית העומס על בתי המשפט. הקטנת עלויות המשפט מביאה אומנם לידי חיסכון בהליך הפרטני, אבל עלולה גם להוליך להפחתת הסיכויים להגיע לפשרה ולהגדלת מספר התביעות שיוגשו מלכתחילה.<sup>172</sup> סך העלויות במערכת המשפטית, השווה למספר התביעות כפול העלות הממוצעת בכל תביעה, עלול לפיכך לגדול. עם זאת, כאשר מביאים בחשבון את השפעת הכלל הדיוני על קיומן של זכויות וחובות בדין המהותי, ייתכן שלהגשתם של הליכים רבים יותר תהיה השפעה חיובית על ההרתעה, באופן שיקטין את מספר הסכסוכים שיפרצו מלכתחילה, וכתוצאה מכך יקטין גם את הביקוש הכולל למערכת השפיטה.

כדוגמה אחרונה נבחן צעד המביא לידי הגדלת ההיצע של שירותי השפיטה. לכאורה, צעד זה אמור להוביל להקטנת בעיית העומס. ברם, הסתכלות ex ante תראה כי הדבר אינו כך בהכרח. הגדלת ההיצע תוביל לקיצור משך הזמן שבו המערכת "מעבדת" כל תיק, קרי, לקיצור זמן ההמתנה בין הגשת התביעה לסיומה. קיצור זמן ההמתנה האמור יוביל בתורו להפחתת עלויות המשפט, אשר עלולה להוביל בתורה להגדלת מספר התביעות שיוגשו מלכתחילה, כמו גם להקטנת מספר הפשרות שיושגו. ההשפעות האחרונות פועלות בכיוון של הגדלת הביקוש לשירותי השפיטה, ולכן ייתכן שבסכימת ההשפעות המנוגדות (הגדלת ההיצע מול הגדלת הביקוש) נמצא כי העומס על בתי המשפט לא הוקל באופן משמעותי. הדוגמות דלעיל מדגימות את הטענה כי לפני החלטה על צעד התייעלות כלשהו יש לערוך בחינה המביאה בחשבון גם הסתכלות ex ante, תוך התחשבות בשיקולים האמורים ובהשפעותיהם המנוגדות. בעוד השפעותיהם של צעדי התייעלות על צד ההיצע הן בעיקרן השפעות ex post, ההשפעות על הביקוש הן השפעות ex ante. רק לאחר חישוב ההשפעות המנוגדות ניתן להגיע להכרעה מושכלת בדבר ההשפעה הכוללת שתהיה לצעד התייעלות שעל הפרק.

יתרה מזו, לגישתנו, בחינת השפעתם של צעדי התייעלות על ההיצע של שירותי השפיטה ועל הביקוש להם אינה העיקר. המטרות העיקריות שצריכות לעמוד לנגד עיני המחוקק הן חיזוק שלטון החוק, מימוש הזכויות וההרתעה מפני אי-קיום חובות שבדין. על המחוקק לבחון כיצד ישפיעו צעדי הרפורמה במערכת המשפטית על מטרות אלה, תוך ניתוח השפעותיהם השונות, כפי שגם הוסבר לעיל.<sup>173</sup>

(1988). יש כמובן גם גישות המתנגדות לעידוד הפנייה לדרכים חלופיות לפתרון סכסוכים. לתפיסה שלפיה פשרה נחותה ערכית מהתדיינות, ולכן עידוד פשרות מוביל לאובדן ערך חברתי, ראו: Owen M. Fiss, *Against Settlement*, 93 YALE L.J. 1073, 1085–1087 (1984). ראו גם: Owen M. Fiss, *The Supreme Court, 1978 Term – Forward: The Forms of* Trina Justice, 93 HARV. L. REV. 1, 12–14 (1979). להתנגדות מכיוון אחר, מגדרי, ראו: Grilo, *The Mediation Alternative: Process Dangers for Women*, 100 YALE L.J. 1545 (1991).

172 ראו את הניתוח לעיל בתת-פרקים 2 ו-3, בהתאמה.

173 לניתוח פורמלי של גישה רחבה זו ראו: Alon Klement & Zvika Neeman, *Against Compromise: A Mechanism Design Approach*, 21 J. L. ECON. & ORG. 285 (2005).

לשם יישום טענות אלה והמחשתן, נביא בתת-פרק שלהלן ניתוח של שתי דוגמות של צעדי התייעלות "דיוניים" פרטניים שהוצעו: אימוץ הליך של סדר דין מהיר והפניה לגישור-חובה. הצעד הראשון כבר יושם בפועל, בעוד האחר ממתין ליישום.<sup>174</sup>

### 3. דוגמות לניתוח ex ante של צעדי התייעלות פרטניים

#### (א) סדר דין מהיר והשפעותיו

את הבסיס הרעיוני לחקיקת המוסד הדיוני של מסלול התדיינות מהיר יותר מהמסלול הרגיל שאב המחוקק הישראלי מוועדת Woolf האנגלית.<sup>175</sup> בעקבות המלצותיהן של ועדת רביבי וועדת אור, הוחלט להעביר סוג מסוים של תביעות – כאלה שבהן סכום התביעה או שווייה אינם עולים על סכום מסוים<sup>176</sup> – להתדיינות במסלול מהיר יותר.<sup>177</sup> ביוני 2001 מומשה המלצה זו, במסגרת "המימוש הזוחל" של הרפורמות המוצעות, והותקן פרק טז לתקנות, העוסק בסדר הדין המהיר. מטרת התקנתו של המוסד הדיוני החדש, כפי שפורטו בדברי ההסבר, הן קיצור משך ההליך והקטנת עלויות ניהולו.<sup>178</sup> זוהי הסתכלות ex post, צרה, הבוחנת את הדברים רק בנקודה שבה פרץ כבר סכסוך והוגשה תביעה לבית-המשפט. אימוצו של הליך מהיר וקצר מן הרגיל, בתביעות שסכומן נמוך, מהווה הכרעה נקודתית במחלוקת בין "יעילות" של ההליך המשפטי לבין איכות השיפוט של ה"אמת", לטובת ה"יעילות". במילים אחרות, זהו צעד אשר מכריע לטובת הקטנת עלויות המשפט של הצדדים, אף אם הדבר בא על-חשבון ירידה בהוגנות ההליך מבחינתם, בעיקר על-ידי הגדלת הסיכון לטעות של בית-המשפט בחתירתו אחר ה"אמת". כך, הוראות סדר הדין המהיר המכוונות לצדדים מגבילות את האפשרות הנתונה להם להגיש תביעה שכנגד;<sup>179</sup> מגבילות צירופם של צדדים אחרים להליך על-דרך של הודעת צד ג;<sup>180</sup> שוללות מהצדדים

174 ראו דין וחשבון הוועדה לבחינת דרכים להגברת השימוש בגישור בבתי המשפט (יו"ר מיכל רובינשטיין, יולי 2006), זמין גם באתר משרד המשפטים, בכתובת [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/A51934AE-C5C0-4D3E-A677-DEF7BB57C865/13722/dinveheshbon.pdf](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/A51934AE-C5C0-4D3E-A677-DEF7BB57C865/13722/dinveheshbon.pdf) (להלן: דוח ועדת רובינשטיין).

175 לוועדת Woolf ראו לעיל ה"ש 164. לעובדה שוועדה זו היוותה את מקור ההשראה הראשי להתקנתן של תקנות סדר הדין המהיר בארץ, ראו דוח ועדת אור, לעיל ה"ש 143, בעמ' 73; החמים כהן ומנחם קליין סדר דין מהיר בבית משפט השלום 7 (2005).

176 ראו תק' 214(א) לתקנות. הסכום שנקבע הוא 50,000 ש"ח.

177 ראו דוח ועדת אור, לעיל ה"ש 143, בעמ' 72-74; כהן וקליין, לעיל ה"ש 175, בעמ' 9.

178 דברי הסבר לתקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 5), התשס"א-2001: תובענות בסדר דין מהיר (בעריכת עו"ד תמי סלע, משרד המשפטים).

179 ראו ההגבלות הקבועות בתק' 214 לתקנות. לפירוט ראו כהן וקליין, לעיל ה"ש 175, בעמ' 35-36. כך, לדוגמה, תביעה שכנגד בסדר דין מהיר אינה יכולה לכלול בעלי-דין שאינם בעלי-דין בתובענה המקורית – ראו תק' 214(הא) לתקנות, והשוו לתק' 54 לתקנות.

180 תק' 1214 לתקנות (לנתבע בסדר דין מהיר אין זכות לשלוח הודעת צד ג – עליו ליטול רשות



את הזכות להחליף ביניהם שאלונים;<sup>181</sup> וכיוצא באלה. נוסף על כך, הוראות סדר הדין המהיר המכוונות לבית המשפט קובעות סד זמנים לוחץ לקביעת מועד לקיום דיון,<sup>182</sup> למשך קיום הדיון עצמו ורציפותו,<sup>183</sup> ולמתן פסק-דין,<sup>184</sup> כמו-גם דרישה לנמק את פסק-הדין "באופן תמציתי".<sup>185</sup> דוגמות אלה ואחרות ממחישות את הטענה שבסדר הדין המהיר התנהלותו של הליך פרטני הינה קצרה וזולה יותר, אך הסיכוי לטעות של בית-המשפט באותו הליך גדול יותר.

השאלה אם יתרונותיו של הליך מקוצר ומהיר מצדיקים את חסרונותיו מצויה במחלוקת, וביקורת לא-מעטה ניתכה, בארץ ובעולם,<sup>186</sup> על אימוצם של הליכים הסוטים מהמודל הרגיל בשם היעילות. לדוגמה, ביקורת מסוג אחד שמה את הדגש באיום שההליכים המקוצרים מציבים על אי-התלות ה"פנימית" של השופט. לפי ביקורת זו, התערבות והצבת הגבלות ב"ענייני שפיטה" עלולה לגרום להקרבה של הוגנות ההליך והצדק על מזבח היעילות.<sup>187</sup> ביקורת זו עוסקת בהשפעות על הצדדים רק לאחר שכבר הגישו תביעה, וכעת הם זכאים להליך הוגן שינוהל על-ידי שופט שכל מעייניו נתונים לחיפוש אחר הצדק, ולא לחיפוש אחר צמצום עלויות המשפט. מטבע הדברים, היא אינה מביאה בחשבון את השפעת ההליך שעלויותיו מופחתות על התנהגותם של הצדדים בנקודת-זמן מוקדמת יותר. ביקורת דומה, מזווית מעט שונה, טוענת לאותה הקרבה של הצדק וההוגנות (ערכים כגון בירור האמת וזכות הטיעון) על מזבח היעילות, אלא שהפעם הדגש מושם לא בהגבלות שמוצבות לשופטים, אלא בהגבלות שמוצבות למתדיינים. לפי ביקורת זו, המוסד של סדר דין מהיר הופך על כנה את התוצאה הידועה מראש בתחרות בין יעילות לצדק, והוא אינו חוקתי ואינו ראוי.<sup>188</sup> גם ראייה ביקורתית זו של צעד ההתייעלות נובעת מהסתכלות ex post מובהקת:

לכך מבית-המשפט). לפירוט ראו כהן וקליין, לעיל ה"ש 175, בעמ' 37-38. נוסף על כך, האפשרות של שליחת הודעת "צד ד", קרי, שליחת הודעת צד ג על-ידי זה שקיבל הודעת צד ג, אינה קיימת בסדר דין מהיר (ראו תק' 214(ה) לתקנות).

181 תק' 214(ג) לתקנות. לפירוט ראו כהן וקליין, לעיל ה"ש 175, בעמ' 40.

182 תק' 214 לתקנות.

183 תק' 214(א) לתקנות.

184 תק' 214(א) לתקנות.

185 אלא אם כן בית-המשפט סבור כי יש לנהוג אחרת מטעמים המפורטים בתקנות. ראו תק' 214(ב) לתקנות.

186 ראו, לדוגמה, Wallace, לעיל ה"ש 164; Fabri & Langbroek (eds.), לעיל ה"ש 164, בעמ' 5.

187 השוו עם מיכל אגמון-גונן "אי תלות שיפוטית: האיום מבפנים?" המשפט י 213, 220-221 (2005) ("אולי הרחקנו לכת יותר מדי בעניין היעילות על חשבון הצדק, על חשבון איכות השפיטה ועל חשבון אי-תלותו של השופט הבאה להבטיח את הצדק...").

188 שילה, לעיל ה"ש 139, במיוחד בעמ' 317-318, 329, 330-340 ("...מחוקק המשנה סבר כי באיזון שבין השיקולים השונים, בתיקים מסוימים עדיף שיקול היעילות על פני הערכים הדיוניים האחרים"). שילה מפקפק בחוקתיותו של התיקון - הוא טוען כי התיקון פוגע בזכויות חוקתיות, ואינו עומד במבחני הפגיעה המותרת שבפסקת ההגבלה. המהלך שהוא

המבקר בודק אם טיפלו בפרטים שנדרשים לשירותי השפיטה בצורה הוגנת.<sup>189</sup> לגישתנו, הסתכלות ex ante תספק מסגרת מלאה ונכונה יותר להכרעה במחלוקות אלה ואחרות שהתעוררו כתוצאה מאימוץ הליכים הסוטים מהמודל הרגיל.

בחינת השאלה אם סדר הדין המהיר השיג את מטרתו, ובפרט אם הוא הצליח להפחית את העומס על בתי המשפט, מצריכה התחשבות בשלושת שיקולי ה-ex ante שעליהם עמדנו בפרק א לעיל. ראשית, יש לשאול כיצד ישפיע ההליך המהיר על סיכויי הפשרה ותוכנה. כאמור, סדר הדין המהיר מקטין את עלויות המשפט של הצדדים. מאחר שכל הליך פרטני נהפך לזול יותר, החיסכון בפשרה נהפך לקטן יותר, ולפיכך הסיכוי שהצדדים להליך יגיעו לפשרה – לפני או אחרי פתיחת ההליך – קטן יותר.<sup>190</sup> סדר הדין המהיר משפיע גם על הערכותיהם של הצדדים באשר לסיכוייהם בתביעה. בשל העובדה שההליך מגדיל את הסיכוי לטעות של בית המשפט, ומצמצם את אפשרויות הגילוי לפני שלב ההוכחות,<sup>191</sup> סביר להניח שהוא מגדיל את הפער בין ההערכות הסובייקטיביות של הצדדים לגבי תוצאות התביעה, ולפיכך מקטין את הסיכוי שהצדדים יגיעו לפשרה שתהיה רצויה לשניהם, כל אחד מנקודת מבט.

שנית, יש לשאול כיצד ישפיע ההליך המהיר על מספר התביעות שיוגשו ועל תוצאותיהן. סדר הדין המהיר מקטין את עלויות המשפט בכל הליך פרטני, ולכן יגרום דווקא להעלאת מספר התביעות שיוגשו מלכתחילה, שכן הגשתן של תביעות אלה תהיה זולה יותר מבחינת התובעים.<sup>192</sup>

כך, הסתכלות ex ante מראה כי סדר הדין המהיר לא יוביל בהכרח לתוצאות הצפויות ממנו מהסתכלות ex post. אומנם העלות הכרוכה בניהול כל הליך פרטני תקטן, אך המערכת תצטרך להתמודד עם הליכים רבים יותר (יותר הליכים יוגשו מלכתחילה ופחות הליכים יסתיימו בפשרות). כדי לבחון איזו מבין ההשפעות המנוגדות דלעיל תגבר, יהיה צורך לפנות למחקרים אמפיריים. הנתונים האמפיריים שנאספו בטווח הזמן הקצר שחלף

מאמץ בבחינה חוקתית זו מכוון לתחרות הנטענת בין יעילות לצדק, שבה הצדק חייב לצאת וידו על העליונה: "ממילא המסקנה היא שאנו רוצים הליך יעיל, אך איננו מוכנים כי היעילות תבוא במחיר של פגיעה ביכולת לברר את האמת, פגיעה בזכות הטיעון ופגיעה באמון הציבור במערכת המשפטית... ומכאן גם הספק שיש לי באשר לשאלה אם הוראות פרק טז עומדות במבחן ההתאמה שבמסגרת מבחן המידתיות" (שם, בעמ' 351).

189 יוער כי שילה מוסיף ומבהיר כי בכל אחת מהפעמים שבהן הצדק נסוג מפני היעילות במקרה הקונקרטי, אמון הציבור במערכת נפגע (ראו שם, בעמ' 340). בכך יש משום הכנסת נקודת מבט רחבה יותר.

190 ראו תת-פרק 2 לעיל.

191 סדר הדין המהיר אינו מאפשר, למשל, החלפת שאלונים בין הצדדים (ראו תק' 214(ג) לתקנות). עם זאת, יש לציין שסדר הדין המהיר קובע גילוי מסמכים והחלפת תצהירים כבר בשלב של החלפת כתבי-הטענות, ולכן מגדיל את המידע שבידי הצדדים בשלבים המוקדמים של התביעה. בכך יש כדי להגדיל את סיכויי הפשרה בשלבים אלה, בהשוואה לסדר הדין הרגיל.

192 ראו תת-פרק 3 לעיל.

מאז אומץ צעד ההתייעלות בפועל והותקנו התקנות בדבר סדר הדין המהיר הראו כי זמן ההמתנה בהליך המהיר זהה כמעט לזה שבהליך הרגיל,<sup>193</sup> כך שספק אם צעד ההתייעלות תרם בפועל להפחתת העומס על בתי-המשפט.

זאת ועוד, לשיטתנו אין די בסכימת ההשפעות של צעד ההתייעלות על העומס המוטל על בתי-המשפט. רציותו של הצעד צריכה להיבחן בעיקר לאור מטרות המשפט, כגון חיוזוק שלטון החוק, מימוש הזכויות וההרתעה מפני אי-קיום חובות שבדין. זו נקודת-המבט השלישית שאנו מציעים. יש לשאול כיצד ישפיע אימוצו של ההליך המהיר על קיומן של זכויות וחובות בדין המהותי. כאמור, מספר התביעות שיוגשו מלכתחילה, ומספרן של אלה שלא יסתיימו בפשרה אלא בפסק-דין, יעלו לאחר אימוצו של סדר הדין המהיר. הגידול האמור במספר ההכרעות המשפטיות ישפיע על קיומן של זכויות וחובות בדין המהותי מלכתחילה. בשני סוגים של תביעות-בכוח (קרי, סכסוכים שפרצו) אימוצו של סדר הדין המהיר יוביל להגשתן של התביעות-בכוח ולהכרעה בהן, מקום שללא סדר הדין המהיר הן לא היו מוגשות מלכתחילה: תביעות שסכומן נמוך<sup>194</sup> ותביעות שסיכויי הצלחתן נמוכים. הגשתן של תביעות מן הסוג הראשון תביא לידי הגדלת תמריציהן של נתבעות-בכוח לקיים את חובותיהן על-פי דין. בנושאים מסוג זה היו הצדדים מעדיפים, אילו נשאלו ex ante, לאמץ הליך מהיר – גם אם יהיה מלא פחות ומדויק פחות – לשם הכרעה בנוגע לזכויותיהם אם וכאשר יתעורר ביניהם סכסוך.<sup>195</sup> זאת, בידעם שהאיום להגיש תביעה בגין הפרות "פעוטות" יחסית נהפך לאמין כעת, משקיימת האפשרות לפנות ל"מסלול" המהיר, וכתוצאה מכך יהיו פחות הפרות מלכתחילה. לעומת זאת, הגשתן של תביעות מן הסוג השני – כאלה שסיכויי הצלחתן נמוכים – תביא לידי דילול התמריצים לקיום חובות על-פי דין, שכן העלויות המוטלות על נתבעות-בכוח יגדלו ללא קשר לדרך שבה נהגו ולמידה שבה קיימו את חובותיהן.

נוסף על כך, הירידה ברמת הדיוק של בית-המשפט בהליך המהיר עלולה להוביל גם היא לדילול תמריציהן של נתבעות-בכוח לקיים את חובותיהן שבדין. אולם זאת רק ככל שהדברים נוגעים בטעויות באשר לקביעת אחריותן של נתבעות. חוסר דיוק בקביעת סכום הפיצוי, לעומת זאת, לא ישפיע בדרך-כלל על התנהגותם של הצדדים לפני פרוץ הסכסוך. בהנחה שהצדדים אינם יכולים לחזות מראש את גובה הפיצוי שייפסק, אלא רק את

193 נתונים אלה היו זמינים בעבר באתר של בתי-המשפט. לצערנו, נתונים אלה אינם זמינים עוד, ואין בנמצא נתונים עדכניים.

194 לצורך הדיון כאן ההנחה היא שתביעות שסכומן נמוך לא היו מוגשות אלמלא ההליך המהיר. מובן שקיומם של הליכים מהירים חלופיים, דוגמת תביעה בבית-משפט לתביעות קטנות, עשוי לשנות את הניתוח באופנים ברורים (ל"מסלול" התביעות הקטנות ראו סי' ה לפרק ב לחוק בתי-המשפט, ובפרט סי' 60 שם. להרחבה ראו שלמה לויין פרוצדורה אזרחית: סדרי דין מיוחדים בבתי המשפט 95-96 (חברה ישראלית להכשרה מקצועית בע"מ, 2003).

195 תוך כדי הבאה בחשבון ואיוון של עלויותיו הצפויות של ההליך המהיר בהשוואה להליך הרגיל.

תוחלתו, ובהנחה שתוחלת זו זהה לפיצוי המדויק (דהיינו, אין הטיה מובנית של בית- המשפט לצד זה או אחר), יתנהגו הצדדים כאילו היו הכרעותיו של בית- המשפט מדויקות.<sup>196</sup>

לפיכך, בחינתו של סדר הדין המהיר מנקודת- מבט *ex ante* מוליכה למסקנה שסדר דין זה משיג את המטרות המהותיות ככל שהתביעות המנוהלות בהליך המהיר הן תביעות שסכומן נמוך, אולם עלול להחטיא את המטרות המהותיות ככל שתביעות שסיכויי הצלחתן נמוכים מצליחות "להסתנן" להליך. באשר לירידה ברמת הדיוק של תוצאות ההליך, זו משמעותית רק ככל שהיא גורמת לטעויות בקביעת האחריות, בעוד שטעויות בקביעת גובה הנזק לא ישפיעו בדרך- כלל על התנהגות הצדדים מראש.

גם אם מסקנות הניתוח *ex ante* תואמות בחלקן את הדרך שבה יושמה ההצעה להנהיג סדר דין מהיר בארץ, הנהות היא חלקית ומקריית – הביסוס וההצדקות שניתנו לאימוץ צעד התייעלות זה היו שונות מאלה שנפרשו לעיל.

#### (ב) גישור- חובה והשפעותיו

המגמה של הפניית סכסוכים שברגיל היו מטופלים במערכת המשפט לטיפול בדרכים חלופיות צברה תאוצה בעשורים האחרונים – תחילה בארצות- הברית, ובהמשך בעולם כולו ובישראל בפרט.<sup>197</sup> עלייתה של התנועה ליישוב סכסוכים בדרכים חלופיות – Alternative Dispute Resolution (ADR) – מיוחסת בעיקר לצורך להתמודד עם בעיית העומס הנובעת מעודף הביקוש לשירותי השפיטה.<sup>198</sup> לפי טענה זו, בבסיס המגמה עומדת ההחלפה (החלקית) של מנגנוני המדינה, אשר נדרשים לספק שירותי הכרעה בסכסוכים ומתקשים לעמוד בביקוש, במנגנונים פרטיים כספקי השירותים. המדינה מעודדת פנייה לדרכים חלופיות לפתרון סכסוכים באמצעות הסדרת מנגנונים להפניה לדרכים החלופיות ומתן תמריצים לפיתוח היצע גדול יותר שלהן.<sup>199</sup> המגמה נתפסת כתיעול של עודף הביקוש למקומות שבהם הביקוש נמוך יחסית – הסטת חלק לא- מבוטל מהתיקים, הזורמים ברגיל אל המערכת השיפוטית העמוסה, אל נתיבים אחרים.<sup>200</sup>

196 ראו תת- פרק 4 לעיל.

197 ראו מיכל אלברשטין "הרעיון הפרגמטי במשפט וביישוב סכסוכים: אנטומיה של תורות משפט משתנות" משפט ועסקים ה' 55, 90-93 (2006); אורנה דויטש פישור: הענק המתעורר 25-31 (ההוצאה לאור של לשכת עורכי- הדין, 1998).

198 למנגנונים החלופיים לפתרון סכסוכים יש יתרונות- בכוח נוספים מלבד קידום התכלית ה"מוסדית" שעליה עמדנו לעיל. עם יתרונות אלה נמנים: העצמת הצדדים – מתן אוטונומיה רחבה יותר לצדדים בכל הנוגע לניהול ההליך; התחשבות באינטרסים פרטניים של הצדדים מעבר לזכויותיהם המשפטיות; והתחשבות במערכות יחסים לטווח ארוך ביניהם. בחינתם של יתרונות אלה חורגת ממסגרתו של מאמר זה. לענייננו רלוונטיים בעיקר היתרונות ה"פרגמטיים" הנטענים של ההפניה לפתרון הסכסוך בדרכים חלופיות.

199 השוו ל'ס' 279 ו- 279 לחוק בתי- המשפט.

200 ראו הסבר מפורט אצל בר- ניב ולחמן, לעיל ה"ש 139, בעמ' 214-215. טלגם מתייחס

אכן, הוועדות השונות שמונו כדי להמליץ על צעדי התייעלות הציעו, ברוח האמור לעיל, לעודד את ההפניה לדרכים חלופיות לפתרון סכסוכים.<sup>201</sup> הניתוח שהוביל להצעות אלה ואופן הצגתן של ההצעות מלמדים כי גם במקרה זה נקודת-המבט השלטת היא ex post, מבלי שיובאו בחשבון מלוא השיקולים הנוגעים בהשפעת ההפניה לדרכי פתרון סכסוכים חלופיות על התנהגות הצדדים לפני פרוץ הסכסוך. להלן ננתח את ההצעה לחייב את הצדדים לפנות לאחד מאותם הליכים חלופיים – הליך הגישור – לפני שמתחיל הביורור במשפט לגופו (לעיל ולהלן: גישור-חובה).<sup>202</sup> יוער כי מאחר שהליך הגישור הוא הליך וולונטרי במהותו,<sup>203</sup> ה"חובה" שבה מדובר ב"גישור-חובה" נוגעת רק בחיוב להשתתף ב"ישיבת מידע" או ב"ישיבת גישור" ראשונה.

לצורך הדיון נניח שהצדדים לא היו פונים מרצונם להליך הגישור, וכי ההפניה להליך זה מגדילה מטבע הדברים את הסיכויים שהצדדים יגיעו לפשרה בפרק-הזמן שבו נערך הגישור.<sup>204</sup> עם זאת, בחלק גדול מההליכים יגיעו הצדדים לפשרה לפני ניהול ההוכחות גם ללא הליך הגישור. בהליכים אלה הליך הגישור מוסיף את עלויותיו,<sup>205</sup> וחוסך רק את עלויות ההתדיינות עד לפשרה המאוחרת הצפויה. כמו-כן, בתביעות שבהן הפנייה להליך הגישור לא תסתיים בפשרה, ייתוספו עלויות הגישור (או למצער העלויות של ישיבת הגישור הראשונה) על עלויותיה של הגשת התביעה. התשובה לשאלה אם הפניית-החובה לגישור תביא לידי חיסכון בעלויות בתביעות שהוגשו תלויה אם כן באחוז התביעות שבהן יסתיים הגישור בפשרה, באחוז התביעות שהיו מסתיימות ממילא בפשרה, בעלויות הגישור ובעלויותיו של ההליך המשפטי.

לפתרונות מסוג זה כמשתייכים לקטגוריה של "הפחתת מטלות" ממערכת השפיטה (טלגם, לעיל ה"ש 139, בעמ' 28-38).

201 ראו דוח ועדת אור, לעיל ה"ש 143, בעמ' 96-104.

202 ראו, לדוגמה, דוח ועדת רביבי, לעיל ה"ש 157, בעמ' 25-26. הצעה דומה, בהקשר של תביעות בענייני משפחה, הוצעה גם על-ידי הוועדה לבחינת דרכים להגברת השימוש בגישור בבתי המשפט, בראשות השופטת מיכל רובינשטיין. ראו דוח ועדת רובינשטיין, לעיל ה"ש 174, במיוחד בעמ' 42-45. ועדת רובינשטיין הגישה את מסקנותיה לשר המשפטים ולנשיא בית-המשפט העליון ביולי 2006. המלצתה העיקרית הייתה להפעיל תוכנית נסיונית שבה יתייצבו בעלי-הדין בישיבת מידע, היכרות ותיאום שתנוהל על-ידי מגשר, ובה יבחנו בעלי-הדין את התאמתו של הליך הגישור ליישוב הסכסוך.

203 ס' 79ג(א) לחוק בתי-המשפט.

204 בעיה המתעוררת כתוצאה מהפניה מוקדמת לתהליך גישור, הנעשית עוד לפני שלבים של גילוי מידע דוגמת הליכי גילוי מסמכים ושאלונים, היא שהמידע המצוי בידי הצדדים בשלב שבו הם מופנים לגישור הינו מועט. בהתאם, הפערים בהערכותיהם בנוגע לסיכוייהם בהליך גדולים. לפערים אלה יש השפעה מצננת על נכונותם של הצדדים להתפשר, וממילא על סיכוייו של תהליך הגישור (ראו תת-פרק א2 לעיל).

205 גם אם נצא מנקודת-הנחה שהמערכת המשפטית מממנת את מירב עלויות הגישור, לרבות שכר המגשרת, הצדדים יישאו עדיין בעלויות אחרות, כגון הכנת ההליך או שכר-טרחה בעבור ייעוץ משפטי.

גם אם נצא מנקודת-הנחה כי גישור-החובה מוביל להגדלת הסיכויים להגיע לפשרה, להקדמת השלב שבו מגיעים לפשרה ולהקטנת סך העלויות של המשפט, השלכותיו על עלויותיה של המערכת המשפטית אינן ברורות. הקטנת העלויות וקיצור זמן ההמתנה יקטינו את העלויות של ניהול התביעה. בהתאם לכך ייטו צדדים להגיש יותר תביעות, ונטייתם להתפשר לפני תביעה תקטן. השאלה אם כתוצאה מגישור-החובה יצומצם סך העלויות – קרי, המכפלה של מספר התביעות (שיגדל) בעלות הממוצעת של כל תביעה (שקטן) – הינה שאלה אמפירית שיש לתת לה את הדעת.<sup>206</sup>

לבסוף, תומכיו של הליך הגישור טוענים כי תוצאותיו שונות באופן מהותי מתוצאות ההליך המשפטי. הליך הגישור נותן ביטוי לאינטרסים של הצדדים, ולא רק לזכויותיהם. הוא מאפשר פתרון כולל של המחלוקת, תוך מתן תשומת-לב להיבטים רגשיים, מסחריים ואחרים החורגים מתחום הסכסוך המשפטי הצר.<sup>207</sup> על בסיס טיעונים אלה, גישור-חובה משפר לכאורה את מצבם של הצדדים ושל החברה בכללותה. ברם, יש להתחשב גם בהשפעתן השלילית של תוצאותיו של הליך הגישור על התמריצים הניתנים לפרטים לקיום חובותיהם בדין המהותי. כמו כל פשרה אחרת, גם הסכם המושג בגישור עלול להביא לידי דילול ההרתעה *ex ante*.<sup>208</sup> פשרה שבה התובע מוותר על חלק מזכויותיו מביאה לידי כך שהנתבעת לא תישא במלוא העלויות שגרמה התנהגותה, ולפיכך מדללת את תמריצייה למלא את חובותיה. אף שתוצאה זו אינה מחויבת, יש להתחשב בה כאשר שוקלים אם לחייב את ההפניה לגישור.

הנה כי כן, בטרם מאמצים כלל המפנה צדדים בהליך משפטי להליך של גישור כדבר שבחובה, יש לשקול היטב את השפעותיה של הפניה לגישור על התנהגות הצדדים *ex ante*, לנוכח סיכויי הפשרה ותוכנה, מספר התביעות שיוגשו ותוצאותיהן, וקיומן של זכויות וחובות בדין המהותי. התעלמות משיקולים אלה עלולה להוליד תוצאות הפוכות מאלה שצעד ההתייעלות מכוון אליהן, במיוחד כאשר מביאים בחשבון את מרכזיותם של שיקולי היעילות והחסכון במשאבי המערכת שהובילו להעלאת אותו צעד התייעלות.

206 מחקרים אמפיריים שנערכו בארצות-הברית בעקבות צעדי התייעלות שכללו הפניות לגישור היו רחוקים מלהצביע על חיסכון משמעותי בעלויות או בזמן כתוצאה מיישום של צעדים אלה. ראו: JAMES S. KAKALIK ET AL., AN EVALUATION OF MEDIATION AND EARLY NEUTRAL EVALUATION UNDER THE CIVIL JUSTICE REFORM ACT (California, RAND Corp., MR-803) (1996).

לגישה אמפירית אחרת, המטילה ספק ביכולתו של צעד התייעלות המוצע להשיג את מטרתו המוצהרות, ראו בר-ניב ולחמן, לעיל ה"ש 139.

207 ראו דוח ועדת אור, לעיל ה"ש 143, בעמ' 99-100. לגישה השמה דגש בהיבטים רחבים יותר של פתרון המחלוקת ראו, לדוגמה: Carrie Menkel-Meadow, *Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving*, 31 UCLA L. REV. 754 (1984).

208 להשפעה השלילית של עידוד פשרות על הרתעה ראו: Steven Shavell, *Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis*, 24 J. LEGAL STUD. 1 (1996); Bruce L Hay, *Procedural Justice: Ex Ante vs. Ex Post*, 43 UCLA L. REV. 1803 (1997).

#### 4. ניתוח ex ante של השפעותיהם של צעדי התייעלות מוצעים – נקודות לסיכום

לסיכום הדיון ברפורמות ההתייעלות המוצעות ראוי להצביע על שתי נקודות חשובות. ראשית, נראה כי הציפיות שצעדי התייעלות המוצעים יפתרו את בעיית העומס על מערכת המשפט הן מוגזמות. הניסיון שנצבר בארצות אחרות, דוגמת ארצות הברית ואנגליה, מראה כי רפורמות התייעלות שנוסו לא הצליחו להפחית את זמני ההמתנה לדיון, את מספר הממתנים ואת עלויות המשפט.<sup>209</sup> כפי שהסברנו, צעדי התייעלות משפיעים לא רק על הדרך שבה תטפל המערכת בהליך הפרטני, אלא (כתוצאה מכך) גם על מספר ההליכים שיוגשו למערכת מלכתחילה. יש לנתח כל צעד התייעלות בצורה מושכלת, ובעיקר אין מנוס מניסיון לחזות את תוצאותיו המגוונות על-ידי ניתוח שיווי-המשקל הצפוי בשירותי המערכת המשפטית הן מצד ההיצע והן מצד הביקוש (ולא רק מצד ההיצע, כפי שנעשה עד כה).

שנית, מוטב שהדיון סביב צעדי התייעלות יתמקד פחות בשאלה כיצד יש להפחית את העומס, ויותר בשאלה מהם סדרי העדיפויות הראויים לטיפול בתביעות הרבות המוגשות לבתי-המשפט. בפרק זה טענו כי יש לנתח את הפתרונות המוצעים לבעיית העומס על בתי-המשפט תוך התחשבות בהשפעותיהם על צד ההיצע וצד הביקוש מנקודת-מבט ex ante, שהיא היחידה שתאפשר לחזות את תוצאותיהם. אך מעבר לניתוח שיווי-המשקל, יש לזכור תמיד את מטרותיה המרכזיות של המערכת המשפטית: קידום הרתעה, פיצוי ושלטון החוק במובנו הרחב. בהתאם, כאשר שוקלים צעדי התייעלות שונים, יש לבחון, עוד לפני סוגיית העומס, את השפעותיהם על מטרות אלה. הדגש צריך להיות בראש ובראשונה בניתוח ההשפעות ex ante על קיומן של זכויות וחובות, או במילים אחרות, על התנהגותם של הפרטים בחברה ועל יחסם לחוק בכלל ולמערכת המשפט בפרט. בהינתן השפעתו של צעד התייעלות על העומס בבתי-המשפט היא משנית לשאלות אלה. ניתוח בדרך המוצעת במאמר זה גם יקדם דיון ענייני ומעמיק יותר בסדרי העדיפויות הראויים.

#### פרק ד: שתי הערות לפני סיכום – מהות מול פרוצדורה ויעילות מול צדק

הדיון בפרקים לעיל תיאר את הדרך לבחון השפעות ex ante של כללים דיוניים. לפני סיכום, נתייחס לשתי טענות אפשריות נגד ניתוח זה: ראשית, שהוא מתעלם מההפרדה

209 ראו, לדוגמה, KAKALIK ET AL., לעיל ה"ש 206, בעמ' 48-53; טלגם, לעיל ה"ש 139, בעמ' 39 וההפניות שם; Luigi Marini, *The System of Justice in Italy: Signs of Evolution*, in: THE CHALLENGE OF CHANGE FOR JUDICIAL SYSTEMS, לעיל ה"ש 164.

הקיימת בין מהות לפרוצדורה; שנית, שהוא מתייחס להשפעותיהם של כללים דיוניים על המערכת והחברה תוך התעלמות מההשפעות הישירות שלהם על הצדדים, ובפרט מעיוותי הצדק הנגרמים להם. בפרק זה נתמודד בקצרה עם טענות אלה.

### 1. ניתוח ex ante והפרדה בין מהות לפרוצדורה

בטרם פונים לעצב גישה פרשנית לדין הדיוני, יש להידרש לשאלת ההבחנה בין הדין הדיוני לדין המהותי. הגישה המקובלת מבחינה בין הדין הקובע מה מגיע לתובע – הוא הדין המהותי – לבין הדין הקובע כיצד יוכל התובע לממש את מה שמגיע לו, הוא הדין הדיוני.<sup>210</sup> ההפרדה בין מהות לפרוצדורה טבועה בגישה המקובלת לכללי סדר הדין האזרחי. זוהי גישה טרנס-סובסטנטיבית, קרי, כללי סדר הדין חלים על הליכים אזרחיים ללא תלות בסיווגם המהותי של אותם הליכים – יהיו הם נזיקיים, קנייניים או חוזיים.<sup>211</sup> לכאורה, בחינת השפעותיהם של הכללים הדיוניים על קיומן של זכויות וחובות מהדין המהותי, כפי שהדגמנו בפרק ב לעיל, עשויה לאפשר – ואולי אף לחייב – יצירת מערכות נבדלות של כללים דיוניים בהתאמה לכללים מהותיים שונים. השפעותיו של כלל דיוני על קיומן של חובות חוזיות יכולה להיות שונה בתכלית מהשפעותיו על קיומן של חובות נזיקיות. לפיכך ניתן לטעון שגישה ex ante לדין הדיוני תחייב עיצוב של כלל דיוני אחד שיחול על הליכים חוזיים, וכלל דיוני אחר שיחול על הליכים נזיקיים.

חריגה מעקרון הטרנס-סובסטנטיביות אינה צעד נקי מעלויות. יש לה חסרונות לא-מעטים, ביניהם החשש מפני process shopping (דהיינו, ניסיון של תובעים לבחור בהליך שייטיב עימם),<sup>212</sup> חוסר בהירות ומחלוקות בנוגע לסיווג הראוי של ההליך, וכתוצאה מכך

210 מרים בן פורת "מבחנים לסיווג הוראה בדין כמהותית או דיונית" הפרקליט לח 5 (1988); ש"ו פלר "על רטרואקטיביות דיני ההסגרה ועל השפעת החנינה עליה" משפטים ד 403, 406-407 (תשל"ב). ההפרדה בין דין מהותי לדין דיוני נושאת עימה כמה נפקויות, כגון למי מוקנית הסמכות לחוקק, תחולתה של חוקת אי-הרטרואקטיביות של הדין, וסוגיות בררת הדין במשפט הבין-לאומי הפרטי.

211 ראו: Paul D. Carrington, "Substance" and "Procedure" in the Rules Enabling Act, 1989, DUKE L.J. 281, 302-305 (1989); Robert M. Cover, For James Wm. Moore: Some Reflections on a Reading of the Rules, 84 YALE L.J. 718 (1975)

212 כך קורה בפועל במקרה של החריגה המוכרת מהטרנס-סובסטנטיביות המתבטאת בהצמדת כללי הסמכות לעילות תביעה מהותיות. טלו, לדוגמה, את הקצאת הסמכות לדון בעילות של החזקה ושימוש במקרקעין לבית-משפט השלום, ואת הקצאת הסמכות לדון ביתר העילות הקשורות למקרקעין לבית-המשפט המחוזי (ראו ס' 51(א)(3) לחוק בתי-המשפט). מאחר שאמת-המידה לבחינת העילה היא מבחן הסעד המצוין בכתב-התביעה (ע"א 27/77 טובי נ' רפאלי, פ"ד לא(3) 561 (1977)), תובעים עושים לא-אחת שימוש אסטרטגי בניסוח כתב-התביעה, כדי לנתב את עצמם להליך ולבית-המשפט המתאימים להם. כך, תביעות אינן נידונות בהכרח במקום שבו היה ראוי לדון בהן על-פי מהותן. כפי שהעיר ממלא-מקום הנשיא שמגר בע"א 510/82 רינה חסן נ' יפה פלדמן, פ"ד לו(3) 1, 13 (1983): "...קשה לגלות סיבה



פגיעה בקלות הגישה לבית המשפט.<sup>213</sup> ההליך המשפטי עלול להיעשות מסורבל יותר, להיות נגיש פחות לציבור הרחב ולהזמין התנהגויות אסטרטגיות. עלויות אלה הניעו מלכתחילה שיטות משפט בעולם לנקוט גישה טרנס-סובסטיבית לקביעת מערכת הכללים הדיוניים שלהן.<sup>214</sup> ניתן לטעון לכן כי שכרו של הנתוח *ex ante* – המוביל לכאורה לזניחת הגישה הטרנס-סובסטיבית לדין הדיוני<sup>215</sup> – עלול לצאת בהפסדו.

סבירה לכך, מדוע ממשיך להתקיים הפיצול בין סמכויותיו של בית משפט השלום לבין זה של בית המשפט המחוזי... התחימה, הקימת בסמכויות, היא מיושנת, ואף מרבה כשלעצמה דיונים מיותרים במחלוקות סמכות.

דוגמה נוספת לבעייתיות ולעלויות הרבות של חריגה מהטרנס-סובסטיביות בדיני הסמכות ניתן למצוא בריבוי ההתדיינות סביב סמכותם של פורומים מיוחדים לדיון בעילות מהותיות מיוחדות, כגון בית המשפט לענייני משפחה או בית הדין לעבודה. עם זאת, חלק מההתנהגויות האסטרטגיות בהקשר זה נמנעות עקב זניחת "מבחן הסעד" כמבחן המכריע בשאלת הסמכות, והמעבר למבחנים אחרים, כגון עילת התביעה ו/או זהות הצדדים. בהקשר של דיני עבודה ראו בג"ץ 1214/97 חלמיש נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נג(2) 647, 667 (1999); ע"א 2618/03 פי.או.אס. (רסטורנט סוליושנס) בע"מ נ' ליפקונסקי, פ"ד נט(3) 497, 510 (2004) (להלן: עניין פי.או.אס.). בהקשר של דיני משפחה ראו רע"א 6558/99 חבס נ' חבס, פ"ד נד(4) 337, 349, ס' 3 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (2000) (להלן: עניין חבס). לצורת התמודדות נוספת עם התנהגות אסטרטגית דומה ראו גם תק' 1214 לתקנות (בהקשר של סדר דין מהיר).

213 השוו לדוגמה המפורסמת של התפתחות מוסד ה-*writ* בשיטת המשפט האנגלית. שיטה זו הצריכה מאמץ רב והצמיחה סיכון גדול בכל הנוגע לבחירת הפרוצדורה הנכונה להגשת התביעה. "האזרח הפשוט" היה יכול לאבד עילת תביעה מהותית אם הוא או יועצו המשפטי לא היו בקיאים מספיק בנבכי הפרוצדורה. גם לאחר שנבחר ה-*writ* הנכון, הדין הדיוני תחת אותו *writ* היה שונה מהדין הדיוני שחל בתביעות תחת *writ* אחר. לתיאור השיטה האנגלית ראו: KONRAD ZWEIGERT & HEIN KOTZ, AN INTRODUCTION TO COMPARATIVE LAW 184–185 (3rd. ed., Tony Weir trans., 1998). לטענה כי הניסיון ה"רע" עם השיטה האנגלית השפיע על אימוץ הגישה הטרנס-סובסטיבית, השוו Carrington, לעיל ה"ש 211, בעמ' 302–303.

214 ראו: Geoffrey C. Hazard Jr., *The Federal Rules Fifty Years Later: Discovery Vices and Trans-Substantive Virtues in the Federal Rules of Civil Procedure*, 137 U. PA. L. REV. 2237 (1989). עם זאת, לעיתים הרווח מקביעת כלל דיוני מיוחד לדין מהותי כלשהו גדול מהעלויות הנובעות מהחריגה מהטרנס-סובסטיביות. במקרים אלה שיטות המשפט בעולם כולו, לרבות שיטת המשפט הישראלית, חורגות באופן נקודתי מהתפיסה הטרנס-סובסטיבית ביחס לדין הדיוני, ויהיו אף שיטענו כי חריגה זו כבר מזמן אינה "נקודתית" גרידא. ראו: Carl Tobias, *The Transformation of Trans-substantivity*, 49 WASH. & LEE L. REV. 1501 (1992). השוו גם לגישת "ההפרדה האקוסטית" ויישומה לדין הדיוני: Meir Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, 97 HARV. L. REV. 625 (1984); Lawrence B. Solum, *Procedural Justice*, 78 S. CAL. L. REV. 182, 206–214 (2004).

215 היה אפשר לטעון כי השפעותיו השונות של הכלל הדיוני אינן מאפשרות את בחינת סך

אכן, אפשרות החריגה מהגישה הטרנס-סובסטיביבית קיימת וממשית תחת ניתוח *ex ante*. עם זאת, אפשרות זו אינה הכרחית ואף אינה תקדימית. החריגה מהגישה הטרנס-סובסטיביבית אינה הכרחית, שכן ייתכן שההשפעות השונות של הכלל הדיוני על קיומו של הדין המהותי יהיו כולן באותו כיוון.<sup>216</sup> במקרים כאלה ברור מהו הכלל הדיוני העדיף, ואין צורך לייצר כללים שונים ממנו. אותו כלל יחול על כל עילות המשפט המהותי, שהרי אם ברור כי הרווחה החברתית הכוללת, *ex ante*, מחייבת כלל אחד, אזי בעיית החריגה מהטרנס-סובסטיביבית אינה מתעוררת כלל (זאת, אף אם *ex post* אותו כלל אינו מביא לידי חיסכון בעלויות המשפט). תחת אמת-המידה הערכית של יעילות, ההכרעה ברורה וחדה.

החריגה מהגישה הטרנס-סובסטיביבית גם אינה תקדימית. במשפט הישראלי קיימות דוגמות לא-מעטות לתלות של הדין הדיוני בדין המהותי. נתמקד בשלוש דוגמות בולטות להמחשת החריגה מהטרנס-סובסטיביביות. דוגמה ראשונה ניתן למצוא בדיני הסמכות.<sup>217</sup> המחוקק הישראלי קשר את שאלת סמכותו של בית-המשפט לדון בתביעה, במקרים מסוימים, לעילת התביעה. כך, במיוחד במקרים שבהם היה רצון שתביעות מסוג מסוים יידונו בפורום בעל מומחיות פרטנית, כגון דיני חברות,<sup>218</sup> דיני עבודה,<sup>219</sup> דיני משפחה<sup>220</sup>

כל העלויות הכרוכות בו, *ex ante*, אם הכלל חל על תחומים מהותיים שונים (שהרי בכל תחום העלויות משתנות). לכן, לפי הטענה, ניתוח *ex ante* יצריך בהכרח חריגה מהטרנס-סובסטיביביות. עם זאת, ניתן בהחלט לשקלל את השפעותיו של הכלל הדיוני במידת הנפיצות של תביעות מסוגים שונים, גם אם הדבר אינו פשוט כלל ועיקר. הדבר נעשה אפשרי יותר ויותר ככל שהשפעותיו של הכלל הדיוני *ex ante* נוגעות רק בהיבט אחד, כגון השפעה רק על עלויות המשפט.

216 טלו, לדוגמה, את ההשפעות *ex ante* של אימוץ כלל השתק עילה רחב, אשר יובילו להגדלת עלויות המשפט ללא תלות בסיווג המהותי של אותה "עילה" אשר מושתקים מלדון בה כעת (ראו סעיף ב2(א) לעיל).

217 ראו גם את הדיון בה"ש 212 לעיל.

218 ראו ס' 1 לחוק החברות, תשנ"ט-1999, ס"ח 189, המגדיר "בית-משפט" כבית-המשפט המחוזי.  
219 ראו חוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט-1969 ס"ח 2064 (להלן: חוק בית-הדין לעבודה), המקים פורום מיוחד לענייני דיני עבודה, וראו את הסעיפים המקנים לו סמכויות, ובראשם ס' 24 לחוק בית-הדין לעבודה, שאליו מצטרפים סעיפים ספציפיים, כגון ס' 22 לחוק ההתגוננות האזרחית, (תיקון מס' 2), תשכ"ט-1969, ס"ח 156, וס' 22 לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999, ס"ח 1709. לתכלית החריגה מהטרנס-סובסטיביביות של הדין הדיוני במקרה פרטי זה ראו עניין פי.או.אס, לעיל ה"ש 212, בעמ' 507-509; דב"ע נג/254-3 הוצאת ספרים יבנה בע"מ - דוידזון, פד"ע כז 425, 433 (1994).

220 ראו ס' 3 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995, ס"ח 393, התוחם את סמכויותיו של הפורום בעל המומחיות הפרטנית - אשר מוקם מכוח ס' 2 לחוק - ל"ענייני משפחה" כהגדרתם בס' 1 לחוק. להבהרה ופירוט ראו גם עניין חבס, לעיל ה"ש 212; גורן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 736-744; לויק, לעיל ה"ש 194, בעמ' 78-83. לתכלית החריגה מהטרנס-סובסטיביביות של הדין הדיוני במקרה זה ראו עניין חבס, לעיל ה"ש 212, בס' 7 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

ודיני קניין רוחני.<sup>221</sup> דוגמה שנייה ניתן למצוא בדיני התובענות הייצוגיות. המחוקק הישראלי הגביל את השימוש במוסד הדיוני של תובענות ייצוגיות לעילות תביעה מתחומים מוגדרים של הדין המהותי.<sup>222</sup> לבסוף, דוגמה בולטת ניתן למצוא בסדרי הדין המיוחדים שחלים על עילות תביעה מהותיות מוגדרות, דוגמת הליכים בענייני אימוץ ילדים, עיסוק באופטומטריה או גידול חזירים.<sup>223</sup>

## 2. ניתוח ex ante והצורך להתחשב בהשפעות ישירות על הצדדים

כאמור לעיל,<sup>224</sup> הניתוח ex ante אינו זר למשפט. הוא מאפיין את הגישה הכלכלית אל המשפט גם בתחומים אחרים. בבסיס ניתוח זה עומדת ההנחה כי כללים משפטיים משפיעים ומכוונים את התנהגותם של הפרטים הכפופים להם, ולכן יש לשקול השפעות אלה בעת בחירה בין כללים שונים. ניתוח כזה מתחייב לכל הדעות מנקודת-המבט של שיקולי יעילות, המצריכים בחינה של סך המשאבים והעלויות שיושקעו כתוצאה מכלל דיוני זה או אחר, והשפעותיו של הכלל על סך הפעילות הכלכלית ותוצריה. לכן, ככל שבת-המשפט או המחוקק פונים לשיקולים של יעילות, עליהם לבחון את ההשפעות ex ante, ולא רק ex post.

עם זאת, ניתן לטעון כי ניתוח ex ante מתעלם משיקולי הגינות, ובפרט מקריב את ה"צדק" של הצדדים להליך על המזבח של מה שנתפס כקידום הרווחה הכלכלית-חברתית וקידום מטרות מערכתיות, דוגמת הקלת העומס בבתי-המשפט. לכן, ייטען, ככל שבת-המשפט נדרשים לאיזון שבין היעילות להגינות, אי-אפשר להיעזר בניתוח ex ante, אשר רלוונטי רק לצד אחד של המשוואה – שיקולי היעילות. טענה זו אינה מדויקת, מהטעמים שיפורטו להלן.

ראשית, בחלק לא-מבוטל מהמקרים ההכרעה הפרשנית נוגעת ביעילותו של הכלל. במקרים כאלה יתקשו גם מבקריה של הגישה ex ante לדין הדיוני להסביר מדוע ראוי להתעלם מנקודת-המבט המוקדמת יותר.<sup>225</sup> שנית, הנחת-המוצא שלפיה יש לבחור אחד מן השניים – יעילות או צדק – אינה

221 ראו ס' 40(4) לחוק בתי-המשפט.

222 כך בעבר – ראו, לדוגמה, את ההלכה הפסוקה, כפי שבאה לידי ביטוי בפרשת א.ש.ת.: רע"א א.ש.ת. ודיון נוסף א.ש.ת., לעיל ה"ש 130. כך גם בהווה, מאז חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006, ס"ח 264 – ראו את הרישא לס' 3(א) לחוק, וכן קלמנט, קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, לעיל ה"ש 132, בעמ' 133-139.

223 אלה אך דוגמות מקריות מתוך ספרו של שלמה לוין, המוקדש רובו כעיקרו להריגות כאלה מטרנס-סובסטיביבות. ראו לוין, לעיל ה"ש 194, בעמ' 147-154.

224 ראו לעיל במבוא.

225 השוו: Robert G. Bone, *Agreeing to Fair Process: The Problem with Contractarian Theories of Procedural Fairness*, 83 B.U. L. REV. 485, 522, the text accompanied by footnote 103 (2003).

נכונה תמיד. המתח הנחזה בין יעילות לבין צדק אינו מתחייב, ולבטח אין כל הכרח לצייר את היחסים ביניהם כמשחק סכום-אפס.<sup>226</sup> נקודת-המבט ex ante תביא במקרים רבים לידי התמוססות הפער המדומה בין שיקולי יעילות לבין שיקולי צדק.

לעיתים דומה כי מתח זה נובע מהגדרות צרות מדי של המושגים. "יעילות" נמדדת בצורה צרה, בכמות המשאבים המוצאים בהליך המשפטי פרטני. מדידה כזו אינה מביאה בחשבון את השפעותיו של אותו הליך המנוהל לאחר פרוץ סכסוך כלשהו על התנהגותם של הפרטים לפני פרוץ הסכסוך ועל השינויים ברווחה החברתית כתוצאה מכך (ובוודאי אין היא מביאה בחשבון השפעות אפשריות דומות של עצם האיום בהגשת ההליך). לדוגמה, צמצומה של זכות הערעור נתפס כמקדם את היעילות במובנה הצר, על-ידי קיצור הזמן הממוצע שבו המערכת מעבדת הליך פרטני; ברם, צעד כזה עלול להוליך לתוצאה לא-יעילה בעליל של הגברת העומס על בתי-המשפט, כתוצאה מהגשת הליכים רבים יותר, ירידה בסיכויים להגיע לפשרות ואי-קיום חובות מהדין המהותי. גם ה"צדק" נבחן בצורה צרה, רק מבעד לעיניהם של הצדדים לסכסוך ורק לאחר שהסכסוך כבר התגלע. זאת, בהתעלם מן ההשפעות של הטיפול בעניינם של הצדדים לסכסוך על צדדים שלישיים, ובהתעלם גם מנקודת-המבט של הצדדים לסכסוך עצמם אילו נשאלו לגבי ההכרעה הרצויה להם בנקודת-זמן מוקדמת יותר, לפני פרוץ הסכסוך. למשל, הליך ארוך ומדוקדק יותר, הנתפס כהוגן יותר מבחינת הצדדים להליך, יכול שימנע את המערכת מלהתפנות לטיפול בענייניהם של צדדים שלישיים הממתינים שנים ארוכות לתורם.<sup>227</sup>

מלבד ההישענות על הגדרות צרות מדי של המושגים ה"מתחרים", הפער הנחזה בין הצדק ליעילות נוצר כתוצאה מטענות של צדדים כי הגינות הטיפול בהם מוקרבת על מזבח היעילות – טענות המתבססות על שינוי מצבם לאחר פרוץ הסכסוך. ספק אם זהו

226 לדוגמה בולטת לתפיסה לא-מתחייבת כזו ראו ע"א 189/66 ששון נ' קדמה, פ"ד כ(3) 477, 480 (1966): "איש לא יחלוק על הצורך ביעול העבודה בבתי-המשפט. בדרך כלל, יש לשבח את הרצון לנהל משפט בכל המהירות האפשרית וביעילות רבה ככל האפשר. אבל דחף היעילות אינו צריך ליהפך לבהילות. לעולם אין לשכוח סדר הדין אינו אלא אמצעי להשגת המטרה הנעלה של עשיית משפט צדק ואין להפוך את האמצעי למטרה בפני עצמה. אין להעלות את האסקופה לדרגת מטרה. העיניים צריכות להישאר נשואות תמיד אל המטרה היחידה של כל משפט, והיא – עשיית משפט צדק בין הצדדים על יסוד ברור הוגן והולם של גוף הענינים האמיתיים השנויים במחלוקת ביניהם." ראו גם אגמון-גונן, לעיל ה"ש 187, בעמ' 222: "השאלה המרכזית הנה אם, ובאיזו מידה, יש מקום לשיקולי יעילות במערכת ששמה הנרדף הוא 'מערכת הצדק'...החשש הראשון והעיקרי הוא כי משיקולי יעילות והתייעלות יפגעו בזכותם של המתדיינים להליך הוגן."

227 ראו רע"א 7709/06 עיריית הרצליה ואח' נ' ב.ר. מסעדות (הרצליה פיתוח) בע"מ ואח', פדאור (24)06, 638, פס' 7 לפסק-דינו של השופט גרוניס (2006): "יש לבחון מקרה דוגמת זה הנוכחי לא רק מנקודת מבטם של בעלי הדין שהינם צד להליך המסויים. בעת הכרעה בבקשת תיקון יש להתחשב אף באינטרסים של מתדיינים אחרים, שתיקיהם תלויים בבית המשפט. אם התרה של תיקון בשלב מתקדם של ההליך עלולה להביא לכך שמשאבים שיפוטיים רבים ונוספים יוקדשו להליך, הרי הכף תיטה לכיוון דחייתה של הבקשה."

בסיס ראוי לתפיסת הפער בין יעילות לצדק: כאשר טענתו של צד זה או אחר לצדק נובעת מהתרחשויות אשר שינו את מצבו, יש לזכור כי ההתרחשויות יכלו באותה מידה לשנות את מצבו של הצד שכנגד. עצם הטענה לאי-צדק אינה הופכת את הטענה לצודקת. אין זה ברור מדוע התחשבות בהתרחשויות תהיה צודקת יותר מאשר התעלמות מהם (ובלבד שההתייחסות להתרחשויות תהא עקבית ושוויונית כלפי כולם).<sup>228</sup>

שלישית ולסיום, גם הטענה כי ההסתכלות ex ante רלוונטית רק לשיקולי יעילות אינה נכונה. את הפנייה לנקודת-הזמן ex ante ניתן להצדיק גם משיקולים שאינם נוגעים בהשאת הרווחה, כגון כיבוד האוטונומיה של הצדדים,<sup>229</sup> הגינות כלפי הצדדים,<sup>230</sup> חיזוק אי-התלות השיפוטית<sup>231</sup> או שיקולים של צדק חלוקתי.<sup>232</sup> בהכללה ניתן לחשוב על הצדקות של נקודת-המבט ex ante משיקולי צדק כהצדקות המבוססות על תיאוריות "חוויות" של צדק. תיאוריות אלה נשענות על רצונם (הממשי או ההיפותטי)<sup>233</sup> של הצדדים בנקודת-זמן קודמת להכרעה כאמת-המידה הרלוונטית בהכרעה.<sup>234</sup> לפי גישה זו, כלל דיוני שהינו יעיל יותר מבחינת הצדדים מנקודת-המבט ex ante יהיה גם כלל "צודק" יותר מבחינתם, שכן תובע או נתבעת סבירים שהיו במצבם של הצדדים להליך הפרטני בנקודת-הזמן של לפני פרוץ הסכסוך היו בוחרים בו.<sup>235</sup>

יתרה מזו, עצם הצגתה של הגישה הקוראת להסתכלות ex ante על הדין הדיוני דווקא

- 228 השוו: Ronald Dworkin, *Why Efficiency*, 8 HOFSTRA L. REV. 563, 570 (1980).
- 229 ראו Hay, לעיל ה"ש 208, בעמ' 1803–1804, 1847–1843, *Decoupling*; David Rosenberg, *Deterrence and Compensation Functions in Mass Tort Class Actions for Future Loss*, 88 VA. L. REV. 1871, 1911–1916 (2002).
- 230 ראו Hay, שם.
- 231 ראו: David Rosenberg, *Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Torts*, 115 HARV. L. REV. 831, 840–843 (2002).
- 232 ראו Hay, לעיל ה"ש 208, בעמ' 1803–1804, 1847–1843.
- 233 ראו פורת, לעיל ה"ש 11, ה"ש 12 ו-13 והטקסט הנלווה אליהן.
- 234 לתפיסת ההסתכלות ex ante על הדין הדיוני כראויה יותר מבחינה מוסרית, בהתבסס על הצדקות הדומות לתיאוריית "מסך הבערות" הרולסיאני, ראו, לדוגמה, Rosenberg, לעיל ה"ש 231. לתפיסה המתבססת על הצדקות חוויות דומות ראו: Louis Kaplow & Steven Shavell, *FAIRNESS VERSUS WELFARE* 440–443 (2002).
- 235 ראו: Robert G. Bone, *Agreeing to Fair Process: The Problem with Contractarian Theories of Procedural Fairness*, 83 B.U. L. REV. 485, 518–519 (2003). טיעונו שלפיו ראייה ex ante של הדין הדיוני היא גם צודקת יותר אינו נקי מספקות או מביקורות. ראו, לדוגמה: George Rutherglen, *Future Claims in Mass Tort Cases: Deterrence, Compensation, and Necessity*, 88 VA. L. REV. 1989, 2000–2002 (2002); Richard A. Nagareda, *Autonomy, Peace, and Put Options in the Mass Tort Class Action*, 115 HARV. L. REV. 747, 790–796 (2002). אולם לענייננו, עצם ההכרה ביכולתה של ההסתכלות ex ante לקדם במקרים מסוימים גם ערכים אחרים מלבד השאת הרווחה בכללותה, די בה לדחות את הטענה הקטגורית כי אין זה ראוי להתחשב בשיקולי ex ante בדין הדיוני.

תקדם את הדיון החסר סביב הגינותו של הדין הדיוני.<sup>236</sup> שאלות בדבר נקודת-הזמן שבה יש לבחון את הוגנות ההליך כלפי הצדדים, בדבר האינטרסים של צדדים שלישיים הממתינים לתורם במערכת, ובדבר המשקל שיש לתת להסכמתם של הצדדים לפתרון כל סכסוך עתידי בדרך שהגדירו מראש (למשל, בוררות) – יעלו רק אם תינתן תשומת-לב מספיקה לנקודת-המבט *ex ante*.

גישה *ex ante* לדין הדיוני מסייעת בצמצום המתח הלא-מתחייב בין צדק ליעילות. ככל שההגינות כלפי הצדדים כוללת שיקולים הנוגעים בשיפור רווחתם של אותם צדדים, ברור שיש להביא בחשבון את ההשפעות על רווחתם בנקודת-הזמן המוקדמת ביותר שבה השפעות אלה מתקיימות. הגישה *ex ante* יכולה אף להתיישב עם שיקולים לבר-יעילותיים, ככל שתופסים את רצונם והסכמתם של הצדדים כמרכיב חשוב בהגינות כלפיהם.

## פרק ה: סיכום

בבסיס המאמר עומד הניסיון לבחון את השפעתם של כללים דיוניים על הצדדים הכפופים להם בנקודת-הזמן המוקדמת ביותר שבה השפעות אלה מתקיימות. מבחינה זו, המאמר מציע הרחבה ושינוי של הפרפסקטיבה הרווחת ביחס לדין הדיוני. המאמר מיישם גישה זו לכללים פרטניים בדין הישראלי, ומראה כיצד הסטת המבט לנקודת-זמן מוקדמת, לפני מועד החלתם של הכללים הדיוניים, תגלה שיקולים רלוונטיים שראוי להתחשב בהם כדי לקבל הכרעות נורמטיביות שלמות ומושכלות יותר.

האם הגישה המוצעת לפרשנות הדין הדיוני ישימה בפועל? בחלק מאותן דוגמות קונקרטיות ראינו כי ההשפעות *ex ante* פועלות בכיוונים מנוגדים, וכי ההתחשבות בשיקולים הנוספים אינה מובילה להכרעה ברורה. עם זאת, אין לתת לקשיים אלה ואחרים להובילנו למסקנה כי יש להתעלם מהשפעות *ex ante* בפרשנות ובבחירה של כללים דיוניים. במקרים מסוימים ההשפעות פועלות באותו כיוון, כך שהפנייה לנקודת-הזמן המוקדמת יותר מסייעת בהגעה להכרעה נכונה יותר. גם במקרים שבהם אי-אפשר להכריע מה כיוון הכולל של ההשפעות, חשוב שבתי-המשפט והמחוקק יהיו מודעים להשפעות השונות שיהיו לכללים שייקבעו בנקודות-הזמן הקודמות להחלתם. בין היתר עמד מאמר זה על שלוש השפעות שיש לתת להן את הדעת:

ראשית, כאשר מביאים בחשבון השפעות *ex ante* של הכלל הדיוני, רואים כי אם בית-המשפט בוחר בפרשנות המקטינה את העלויות של ניהול ההליך, הוא מביא לידי

236 להצבעה על החוסר בבסיס עיוני לתיאוריות של צדק בדין הדיוני, ולטענה שלפיה פנייה לגישה *ex ante* יכולה למלא חוסר זה, ראו, לדוגמה: Lawrence B. Solum, *Procedural Justice*, 78 S. CAL. L. REV. 182, 184, footnote 6 and the text accompanied, and 186–188 (2004); Bone; 188 (2004), לעיל ה"ש 235, בעמ' 491.

הגדלת מספר ההליכים המנוהלים במערכת המשפט. בהינתן עלויות משפט נמוכות יותר יוגשו יותר תביעות, יושגו פחות פשרות, ולפיכך יהיו יותר תביעות שינוהלו עד למתן פסק־דין. מאחר שסך עלויות המערכת הוא המכפלה של מספר ההליכים המוגשים בעלויות הממוצעות של ניהול הליך, החיסכון בעלויות הממוצעות של כל הליך יתקוו בחלקו עם העלויות הגדולות יותר שינבעו מההגשה של הליכים רבים יותר ומהירידה במספר ההליכים שיסתיימו בפשרה. ייתכן אף שהעלייה במספר ההליכים שיוגשו ולא יסתיימו בפשרה תאפיל על הירידה בעלויות הממוצעות של ניהול ההליך,<sup>237</sup> והתוצאה תהיה הגדלה של עלויות המערכת המשפטית. לכן המשקל שיש לתת להקטנה בעלויות ההליך צריך להיות קטן מזה שנותנים לו בתי־המשפט כיום.

שנית, יעילותה של המערכת השיפוטית תלויה לא רק בעלויות הישירות הכרוכות בהפעלתה, כי אם גם בהשפעתה על ההתנהגות הראשונית – קיום חובות וכיבוד זכויות בדין המהותי. לכן, פרשנות המביאה לידי חיסכון בעלויות הישירות של מערכת המשפט אינה בהכרח יעילה; ולהפך, כללים דיוניים שעלויותיהם גבוהות עשויים להיות לא רק צודקים יותר, כי אם אף יעילים יותר מנקודת־המבט הרחבה שבוחנת את השפעתם על ההתנהגות הראשונית. השפעה זו תיגזר מתוצאותיהן הצפויות של תביעות שיוגשו, בין שיסתיימו בפסק־דין ובין שיסתיימו בפשרה, ומההחלטה אילו תביעות להגיש ובאילו סכסוכים להתפשר במקום להגיש תביעה.

שלישית ולסיום, כלל דיוני צודק או מדויק יותר ex post אינו בהכרח זה הצדדים היו בוחרים בו לפני פרוץ הסכסוך. כלל דיוני המוביל להשקעה נמוכה יותר בחקר האמת, ובתוך כך לרמת דיוק נמוכה יותר, עשוי להיטיב לא רק עם המערכת המשפטית כולה (בהנחה שהוא מקטין את סך עלויותיה, בכפוף לאמור לעיל), אלא גם עם הצדדים עצמם, מנקודת־המבט המוקדמת שלפני פרוץ הסכסוך. זאת, אף אם בדיעבד, לאחר הגשת התביעה, היו הצדדים (או אחד מהם) בוחרים בכלל דיוני המאפשר השקעה רבה יותר בהוכחת עמדותיהם ובחקר האמת בהליך המשפטי. במקרים מסוג זה השאיפה להליך מלא ומדויק יותר צריכה לקבל משקל מועט מזה שניתן לה מנקודת־המבט ex post.

237 במונחים כלכליים, אחוז השינוי במספר ההליכים המוגשים מחולק באחוז השינוי בעלותו הממוצעת של כל הליך מבטאת את גמישות הביקוש לשירותיה של מערכת המשפט. כאשר גמישות הביקוש גדולה מ־1, תביא הקטנת העלות הממוצעת של כל הליך לידי עלות כוללת גדולה יותר.

