

מיטור ליריב

נגישה, קינטור וטרדנות בהליכי משפט

מאת

פרופסור שלו גנוסר

ה ת ו כ ן

מ ב ו א

פרק א': תרופות דיוניות

(1) אמצעי-מנע

(2) אמצעי-ביטול

(3) אמצעי-מיצוי: האחריות להוצאות המשפט

פרק ב': האחריות להוצאות המשפט כאחריות בנויקין

פרק ג': עוולת הנגישה

פרק ד': גרימת נזק בהוצאה לפועל ואגב הפעלת סעדים זמניים

פרק ה': אחריותו האישית של עורך-הדין

סיכום

מ ב ו א

1. משרת המאמר

אין הפרוצידורה זוכה באהדה רבה. מי שאינו משפטן סולד ממנה, כי בגללה אינו מסוגל לנהל את משפטו בעצמו והוא נזקק לעורך-דין מקצועי. אך גם יחסו של המשפטן לפרוצידורה אינו חיובי, והוא רואה בה רק ענין טפל (adjective) הגורע מחשיבותו של העיקר, הוא המשפט המהותי (substantive). יתרה מזו: לא פעם מסתבר כי כללי הפרוצידורה הרבים והמורכבים אינם תורמים לנצחונם של המשפט המהותי, אלא לעיוות הדין. המתמצא בסדרי הדין כאילו נפתח לפניו כר נרחב להפריע לגילוי האמת או, לפחות, להקשות על גילויה.

מדי פעם נשמע קולו של שופט הקובל על ניצול זה של הליכי המשפט, אך על פי רוב אינו אלא קול הקורא במדבר.

היכן גמצא הגבול המדויק המפריד בין חופש הדיון, מכאן, לבין ניצולו לרעה, מכאן? ומה דינו של מפר האיסור? מאמרנו זה בא להשיב על שאלות אלו.

2. סקירה היסטורית

המחקר האחרון (ואולי היחיד) העוסק בבעייתנו נערך באנגליה לפני כחמישים שנה. בשנת 1921 פרסם המלומד המפורסם Winfield. בראשית הקריירה שלו, שני ספרים

בנושא. האחד דן באספקט ההיסטורי והשני – בתאורי דהיינו במצב הדין בתום התפתחותו הארוכה.²

תולדות האיסור מעידים על תהליך מבושר של גיוון, פיזור והדרדרות. בתקופה שקדמה לכיבוש אנגליה ע"י הנורמנים (1066), התייחסו בחומרה יתירה לבעלי-הדין הנכשל בתביעתו או בהגנתו. גישה זו אופיינית היא לחברה פרימיטיבית שטרם השכילה להבחין בין משפט פרטי וציבורי אורחי ופלילי, עונשי ומעין-עונשי, וכיוצא באלה. לפיכך, אם נכשל פלוני בדין, אות הוא שניסה לשוא להטעות את השופט, ועל פשע זה עליו לתת את הדין, או לפחות לפצות את היריב הניזק. השכל הפשוט לא תפס, כפי הנראה, כי עשויה להתעורר מחלוקת בתום לב, מה גם שלפי סדר הדין הקדום צריכה המחלוקת להתרכז על פלוגתא עובדתית אחת ויחידה, אשר תכריע את גורל המשפט ואשר שני היריבים ערבים בשבועתם, זה לאמיתותה, וזה לשקר שבה. אף עם ביטול שיטות הדדי-קרב המשפטי (combat) ופניות אחרות להכרעת הדין מכוח על-אנושי (ordeal), ועם החלפתן ב-verdict הניתן מפיהם של מושבעים, ולמרות האפשרות לביטול של הכרעה מוטעית, עדיין נקשרה טעותם של מושבעים בחשד אשמתם הפלילית.³

בגישה זאת היה כדי להרתיע את הנפגע מלפנות למוסדות השפיטה. הצורך בשמירה על שלום הציבור ובמניעת הנקמה הפרטית הביא במרוצת הזמן לליברליזציה בדיון. צורות התובענה (forms of action) הנוקשות בוטלו, הותר לעורר פלוגתת מספר, לצרף בעלי דין, עילות וסעדים נוספים, למחק ולחקן, – בקיצור, הוכנסה לסדר הדין גמישות דוגמת גמישותם של החיים עצמם. כך גולד והתפתח עקרון חופש ההתדיינות, שירשנו מן הדין האנגלו-אמריקני ושיניתן לתארו כך:

"סדרי הדין אינם קובעים אלא מסגרת של מגמה ותכלית ותו לא. במסגרת זו, שהנה רחבה למדי, רשאים הצדדים להתגדר כישר בעיניהם כדי לשמור על זכויותיהם הסובסטנטיביות או להשיב להם זכויות שנחקפחו. לצורך זה ניתנות להם מעין זכויות פרוצסואליות ומוטלות על בעלי-הדין שכנגד מעין חובות פרוצסואליות. במסגרת זו אצורות אפשרויות רבות, וכל אשר על בעלי-הדין לעשות הוא לבור את הטובה ותנאותה שבכולן, שתוליכנו אל המטרה הנכספת".⁴

§2

1. Winfield, *The History of Conspiracy and Abuse of Legal Procedure* (1921)

2. Winfield, *The Present Law of Abuse of Legal Procedure* (1921)

3. על כשלונו במשפט חב בעלי-הדין לא רק בדמים, אלא גם בדמו, דהיינו בכריתת לשונו שהעלתה טענה כוזבת. חוקים אלה נחתרו אחרי הכיבוש, בעת ממלכתו של Henry I (ראה §4, p. 4, Winfield, *The History of Conspiracy...*)

4. בספרו שני' מתאר Winfield את התפתחותן של התרופות המרובות, שהיו מבוססות בדיני עונשין ובדיני נזיקין ואשר התקיימו באנגליה, וכמה מהן עד היום הזה, כגון: writ de otio et atia, conspiracy, embracery, barratry, maintenance, champerty שני האחרונים עדיין נזכרים בפסיקה הישראלית.

5. Winfield, *op. cit.*

6. ש. גנוסר, דין ודיון (בעריכת י. חריש), §75, עמ' 75.

3. הגבלות חופש ההתדיינות – פנימיות וחיצוניות

חופש זה אינו בחינת חסד לבעלי-הדין, אלא תמורה המגיעה לו כנגד האיסור המוטל עליו בל יעשה דין לעצמו. משהפנו אותו לערכאות, אין לשלול ממנו את "זימו בבית המשפט", ואין להצר את צעדיו, פן יפתחו הסיכויים לגילוי האמת ולעשיית משפט צדק. רק במקרה של ניצול לרעה (abuse of process) יקום הצורך בריסון חופש ההתדיינות; כי הרי תריות האדם הן כולן מוגבלות, ומגבילות אחת את רעותה.

גם במישור זה מעידה התפתחות המשפט על תהליך מתמיד של ליברליזציה: הסנקציות האכזריות שהיו נוהגות במשפט הקדום הוחלפו בסמכויות אחרות, מתונות יותר ומגוונות. אמנם עד היום מגן על טוהר הדיון פרק שלם של פק' החוק הפלילי, 1936, הכולל עבירות "הנוגעות להנהלת המשפט"¹, וביניהם: עדות שקר והדחה לעדות שקר², בדיות עדות³, שבועת שקר⁴, מתן עדויות סותרות⁵, השמדת חומר ראיות⁶, מסירת ידיעות כוזבות⁷, קשר להטות משפט ומניעת עדים מלהעיד⁸, ועוד. גם פק' הנויקין מכירה בעוולה הקשורה בהליכים משפטיים ושמה "נגישה"⁹. אך מלבד אמצעי הגנה אלה, שהם חיצוניים באשר הם מצריכים פתיחת הליך נפרד, הונהגו אמצעים פנימיים, העומדים לרשות הערכאה הנתקלת בהתנהגות מפריעה, כך שהיא תוכל להגיב בעצמה לאלתר, להסיר את המכשול או לטהר את האוירה. נמחיש את דברינו בשתי דוגמאות: כמעט בכל משפט אזרחי או פלילי מתעוררות פלוגחות עובדתיות אחדות, ועל כל אחת מהן מובאות עדויות סותרות, מכאן ומכאן. יש להניח איפא שהעבירות המנויות לעיל נפוצות ביותר בציבור ומחייבות תגובה נמרצת מטעם בתי המשפט. כיצד יוסבר שהסטטיסטיקה הפלילית אינה משקפת זאת?¹⁰ הסיבה היא, שבמקום להאשים כחצי מהעדים בעבירה שקשה להוכיח את יסודותיה, מסתפקים השופטים שגבו את עדותם בקביעת מהימנותם (או יותר, נכון, אי-מהימנותם), לפי שיקול הדעת שהוענק להם¹¹: כל חומר הראיות המפוקפק, אם כי קביל הוא לפי דיני הראיות, יוסט הצידה כחסר ערך והשופט לא יתחשב בו כלל ועיקר.

כפילוחן של דרכי ההגנה בפני גורמים מפריעים בולטת עוד יותר בדוגמא השניה, שמקורה בחוק בתי המשפט, תשי"ז–1957. לפי ס' 42 לחוק האמור, "המפריע לדיוני בית המשפט לעיני בית המשפט, רשאי בית המשפט לצוות על הרחקתו או לכפותו, במאסר או בקנס, להתנהג כראוי". סמכות חיונית זו היא פנימית, ישירה, דחופה, וזהו

1 הוא הפרק י"ג (ס' 116–131).

2 שם, ס' 117.

3 ס' 119.

4 ס' 120.

5 ס' 120א.

6 ס' 122.

7 ס' 123.

8 ס' 124.

9 פק' הנויקין [נוסח חדש], ס' 60–61.

10 רק 156 הרשעות בעבירות עדות שקר ומסירת ידיעות כוזבות לרשות, גם יחד (128 עבריינים) במשך שנת 1966 (סטטיסטיקה פלילית 1966, לוח 20).

11 פק' העדות, ס' 12.

סוד יעילותה. אמת, היא אינה בלעדית; היא באה "להוסיף על סמכויות בית המשפט לפי כל דין אחר", כגון הסמכויות הנובעות מפק' החוק הפלילי⁵¹; אך יעילותה העליונה של הסמכות הישירה, הדחופה (ה"סומארית"), הופכת לכמעט מיותרת את הזיקה לסמכויות חיצוניות.

אין פלא שהסנקציות החיצוניות נתנו ונאחדות מהן, כגון עוולת "הנגישה", הגיעו לשלב של גסיסה: אילו היו מבטלים אותן לחלוטין, ייתכן שאיש לא היה מרגיש בחסרונם. אך טעות היא לחשוב שהדרדרות זו מבשרת מתן יד חפשית לתכסיסי הטרדה בזירה המשפטית. אכן תופעת הדרדרות של הסנקציות החיצוניות אינה אלא צד אחד של המטבע; הצד השני, הוא פיתוחן ושכלולן של התרופות הדיוניות הפנימיות. סדרי הדין טרחו בלי הרף, במשך מאות שנה, להקים בעצמם תריס המגן על טוהר התליכים. נעמוד על כך בפרק הבא.

פרק א

תרופות דיוניות

4. סוגי התרופות

האמצעים הפנימיים שסופקו על ידי סדרי-הדין עצמם לחיסול התנהגות טרדנית מתח-לקים לשלשה סוגים עקריים, לפי שלב הדיון שבו הם מופעלים. בראש עומדים אמצעי-ה-^{ה-1} המכוונים לשלול מראש מן המתדיינים כל אפשרות של הטרדה; לא נזקקו לאמצעים אלה – או לא הועילו, משום מה – כי אז באים בחשבון אמצעי-ביטול בדיעבד, וכן אמצעי-פיוזי להטבת נזק שכבר נגרם. נסקור להלן את שלשת הסוגים האלה, ונבחין בכל אחד מהם, בין סדר הדין הפלילי לאזרחי. אין צורך לציין כי אין סקירתנו מתיימרת למצות את הנושא.

(1) אמצעי-מנע

א. בתחום הפלילי

5. למניעת הצקה לנאשם

למניעת הצקה לנאשם צומצמה עד כדי ביטול כמעט מוחלט זכותו של הפרט להביא

12 מאליו מובן שעל אף כפילות הסמכויות, אין להפעילן באופן מצטבר. על הברירה בין שתי התגובות, העמדה לדין פלילי או נקיטת פרוצדורה דחופה, ראה א. הרנון, ביוון בית משפט, עמ' 43–47.

1 אמצעי-מנע אלה אינם כולם פנימיים במובן זה, שהפעלתם היא ישירה, ללא זיקה לדיון נפרד. בכל זאת כללנו אותם ברשימת התרופות הדיוניות, באשר הם נוצרו על-ידי המשפט האובייקטיבי מתוך מגמה לשמור על טוהר הדיון.

מיסרד ליריב

את הזולת לדין בפלילים: רק בעבירות מועטות¹ רשאי הוא להגיש את קובלנתו; ומלבד סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לעכב את ההליכים², שמורה לו ולפרקליט המחוז הזכות להחליף את הקובל בניהול התביעה³. הסמכות להאשים מרוכזת בידי איש הרשות⁴, ואין מעמידים אדם לדין, בדרך כלל, עד אשר נסתיימה חקירת המשטרה והועלו ראיות מספיקות⁵. כמו כן באות הוראות מיוחדות המבטיחות את שחרורו של החשוד בערובה⁶ או שחרורו המלא⁷.

הובא נאשם לדין, הרי החוק מעמיד לרשותו, עם פתיחת המשפט, שורה של טענות "מקדמיות" אשר יש בהן כדי למנוע הצקה לו והכבדה יתרה עליו⁸; ודיני הראיות אף הם ישמשו לו תריס בפני עוות־דין, באשר הם מעניקים לו זכות שתירה כמעט מוחלטת⁹ ופוסלים כל ראיה מפוקפקת או ראיה שהבאתה נחשבת כבלתי הוגנת¹⁰.

ב. בתחום האזרחי

6. מניעת המרדה בסדר־הדין האזרחי

במשפטים האזרחיים, המוגשים לרוב ביוזמת הפרט ונגד הפרט, גוברת הסכנה של הטרדת היריב, מה גם שסדר־הדין הם מסובכים יותר ופותרים בשל כך אפשרויות נוספות בפני המתדיין. לא יפלא, איפוא, כי אמצעי המנוע והפיצוי אף הם יותר מפותחים מאשר בתחום הפלילי.

כך תועמדו לרשות הנתבע, במקביל לטענות מקדמיות שבמשפט הפלילי, נימוקים שיש בהם להביא לסילוק התובענה "על הסף"¹ והמושגות, רובם ככולם, על חשש-

55

1 חוק סדר־הדין הפלילי, תשכ"ה-1965, ס' 26 והתוספת, וכן חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, ס' 8.

הגשת קובלנה פרטית פותחת פתח להטרדות חמורות, ואילו "כאשר מוגש המשפט על־ידי המדינה אין ניצול לרעה של הליכי המשפטים למטרות לחץ" (ח. בן־עזר, "הקובלנה הפרטית", הפרקליט, כרך כ"ה (תשכ"ט) עמ' 521, 522, 54; והשווה להלן, 58, הערה 2).

2 חוק סדר־הדין הפלילי, הנ"ל, ס' 202.

3 שם, ס' 65. 4 ס' 9-10.

5 ס' 56.

6 ס' 30-45.

7 ס' 46-51.

8 ס' 133, וביחוד הפסקאות (5) (סיכון כפול, המקביל להגנת מעשה־בית־דין — השווה להלן 56, הערה 2), ו' 8 (התיישנות — השווה שם, הערה 5).

9 ראה א. הרנון, "על זכות השתיקה", משפטים, כרך א', עמ' 95 וכן בג"צ 74/69 פלוני נ. בית־הדין למשמעת עובדי המדינה ואח', כ"ג פד"י (2), 421, 426.

10 "הפרוצידורה הפלילית על דינה מכילה לטובת הנאשם תריס בפני עיוות־דין. רוצים לתת לנאשם את מלוא ההגנה ההוגנת. אבל..." (מדברי הנשיא ד"ר זמורה בסילוסטר נ. היועץ ע"פ 1/48, א' פד"י, 5, 18, 517). דיני הראיות מגינים במידה מסוימת על זרים, וביחוד על עדים, בפני הטרדה (הענקת חסיון, הגנת ילדים, מניעת חקירה בלתי הוגנת לפי החוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), תשי"ח-1957). במאמרו זה נתעלם מפגיעות באדם שאינו בעל־דין, פרט לענין הטלת עיקול על נכס "זר" (ראה §§37 ואילך, להלן).

56

1 תק' סדר הדין האזרחי, תשכ"ג-1963 (להלן: "התקנות"), תק' 105-106.

מיטוד מטעם התובע. כך, למשל, חזר תו של תובע על תובענה קודמת "בשל אותה עילה או בשל עילה דומה לה" תעורר חשש כזה, ומשום כך תשמש יסוד להגנת "מעשה-בית-דין", כי הרי *nemo debet bis vexari*.² למניעת חזרה על תובענה דורשים שהיא "תכיל את מלוא התביעה שהתובע זכאי לה בשל עילת התובענה", ואם התובע לא מלא אחרי דרישה זו, "לא יגיש אחרי כן תובענה בשל חלק מהתביעה שלא תבעו". בשתי התקנות הקובעות כך³ "גלום רעיון אחד, והוא, שלא יהא זה מן הדין להציק לנתבע פעמים רבות בשל עילה אחת".⁴ יש גם משום הטרדה בה שהיה בהגשת התובענה, באשר הנתבע נבצר ממנו להתגונן כראוי, לאחר שהושמדו הראיות בכתב ונטשטש זכרונו של העדים: מכאן, בין השאר, נובעת הגנת ההתיישנות.⁵

משנפתחו ההליכים נדרש כל בעל-דין לנקוט בצעדים שהוא נזקק להם בזריזות מסוימת, תוך המועד שנקבע בחיקוק או, משלא נקבע, תוך מועד סביר, בל יגרם לסחבת בדיון ויטרוד בזה ליריבו. הליכים מסוימים אין בעל-דין זכאי לנקוט בהם אלא ברשות מיוחדת של בית המשפט (ערעור שלא בזכות,⁶ הגנה בדיון מקוצר,⁷

2 על עקרונות הסופיות ומעשה-בית-דין, ראה ש. גנוסר, דין ודיון §25 ואילך. המגמה "nemo debet..." מוזכרת מדי פעם בכל הפסיקה בסוגייה זו (ראה E. Harnon, "Res Judicata and Identity of Actions", in 1 (1956) *Is. L.R.*, 539, 543 (p. 542) גם קטע זה מחק' דים אנגלי משנת 1599, מפיו של Lord Coke: "if there shall not be an end to suits, then a rich and malicious man would infinitely vex him who hath right by suits and actions; and in the end (because he cannot come to any end) compel him to yield to his charge and vexation and relinquish his right (*Ferrer v. Arden*, VI Coke 7 a). א. הרנון סבור שמגמתו השניה של הכלל, הגובעת מטובת הכלל (public interest) עולה בח" שיבותה על הגנת היריב בפני המטורד, מאחר ובעל-דין מוטורד רשאי לוותר על הגנתו זו ואפשר לפצותו בפסיקת הוצאות (שם, עמ' 546). לדעתנו, שיקול זה אינו משכנע, ביחוד בתחום האזרחי.

מאוחו שיקול אין התובע רשאי לפצל את תביעתו (תק' 44–45), והשווה ע"א 477/58, צבי ויזלמן הובמן נ. מנהם מיכאליילוביץ, כ"ג פד"י (2), 52; ואם הורשה להפסיק את התובענה תעוכב תובענתו החדשה כל עוד לא שילם את הוצאות התובענה הקודמת (תק' 155). והשווה תק' 490 המבדילה בין תובענה שנדחתה לבין תובענה שנמחקה. ריבוי הליכי נפל המוגשים בשם אדם אחד הוא גורם שמותר להביאו בחשבון להצויר עליו כ"vexatious litigant"; ראה להלן §8, הערה 2; וכן *Re Vernazza* [1959] 2 All E.R. 200 D.C. על גורם דיונים חוזרים כסימן למיטורד, ראה עוד, Clerk and Lindsell, on Torts (12th), §1736, p. 918; *Restatement of the Law of Torts*, §679.

3 תק' 45–46.

4 י. זוסמן, סדרי הדין האזרחי (מהדורה שלישית), §132, עמ' 116–117. לעומת זה מותר לו לתובע לפצל עילותיו לתובענות נפרדות (תק' 48) ועל אף הקשר שביניהן אין בכך משום הטרדה לנתבע כמה פעמים באותו ענין (השווה ע"א 65/69 רחל רביע נ. משה יחזקאלי, כ"ג פד"י (2), 141).

5 משלשת הסעמים העיקריים שהוצעו כעקרון ההתיישנות, שני הראשונים נובעים מהדאגה לא להכביד יתר על המידה על נתבע אשר קשה לו "לשמור, זמן רב מדי, על ראיות והוכחות" ואשר מחמת "מהירות התנועה והחיים של התקופה החדשה", רשאי "לדעת מה הן זכויותיו ומה הן חובותיו" (דברי הסבר לחוק, ה"ח תשי"ז, עמ' 280).

6 ראה חוק בתי המשפט, תשי"ז–1957, ס' 19(ב), 29(ב), וכן 8(ב).

7 תק' 271.

המצאת שאליו צירוף בעל-דין נוסף או צד שרביעי המצאת הזמנה לדין או מחוץ לתחום המדינה יעוד יהטעם לדרישה יי הוא החשש שמא ינוצל ההליך למטרה בלתי-הוגנת. תנאי נוסף לנקיטת אמצעים מסוימים הוא מתן עריבה ההוצאות היריב או להטבת נזק אחר העליל להיגרם כתוצאה מן ההליך ובכלל תחשב להטרדה הגשת כתב תביעה שאינו מגלה עילה מספיקה.

(2) אמצעי ביטור

א. בתחום הפלילי

7. טענות מקדמיות ותרופות אחרות

ההגנות הנזכרות לעיל (התיישנות, סיכון כפול וכיוצא באלה) מכוונות, בעיקרן, למנוע את עצם הבאתו לדין של הנאשם. הובא בכל זאת לדין, יעורר את טענתו בפתיחת המשפט, כטענה "מקדמית" ויביא בזה לידי ביטול האישום או, לפחות, לתיקונו. יתר על כן, היה בצירוף נאשם נוסף או אישומים נוספים מזכום הכבדה יתרה ובלתי הוגנת על הנאשם, יוכל הוא לבקש את הפרדתם.² כן יוכל לבקש את צירופם של אישומים נוספים לשם קביעת עונשים חופפים.³

ב. בתחום האזרחי

8. סילוק תובענה על הסף, מחיקה וכו'

גם בתחום האזרחי לא היו דרכי המניעה מועילות אלמלא ניתנה לבית המשפט הסמכות להגיב מיד על נסיון להתחמק מן האיסור הנובע מהן. הליך העובר על אחת ההגבלות המנויות לעיל נידון, אפוא, לכשלון ולביטול, לבקשת היריב המוטרת. כך, למשל, יורשה הנתבע להביא לידי סילוק התובענה "על הסף" מאחד הטעמים הנזכרים לעיל; ובכלל יצווה בית המשפט על מחיקת כל ענין בכתב הטענות "שאין

8 תק' 115.

9 תק' 24 ואילך.

10 תק' 283.

11 תק' 467 ואילך.

12 ראה, למשל, תק' 394, וכן תק' סדר הדין בדיון נוסף. תשכ"ג—1963, תק' 12.

13 ראה להלן, 6—5535, §41.

14 תק' 105(א)(1), והשווה חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה—1965, ס' 133(4).

§7

1 חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה—1965, ס' 133—134.

2 אותו חוק, ס' 76—78; ע"פ 20/149 עבדול הארי נ. מפלה, ג' פד"י 13, 4—23; ע"פ 56/51

יעקב וייצחק מזרחי נ. היוה"מ, ה' פד"י 1504, 5—1510; J. A. Andrews, "Joint Trials"

in 30 (1967) Mod. L. R. 645.

3 חוק לתיקון דיני עונשין (דרכי עשייה) השי"ד—1954, ס' 14, כפי שהוחלף בשנת תשכ"ג—1963.

בו צורך או שהוא מביש או עלול להפריע לדיון הוגן בתובענה, לסבכו או להשהותו".¹ ראוייה לתשומת לב מיוחדת הוראת החק' 105 (2) המסמיכה את בית-המשפט למחוק על הסף כתב תביעה, "אם נראה לו מתוך הכתב שהתובענה היא טרדנית או קנטרנית".² העובדה שאין מרבים להפעילה מעידה, לא על זהירותם של התובעים, אלא על קיומן והקפן של הפריוזומפציות המגויות לעיל; כך שהחק' 105(2) משמשת כהוראה משלימה בלבד, שיוקפו לה בהעבר פריוזומפציה כאמור, הנובעת מחוסר-עילה, התיישנות, פיצול תביעה או כיוצא באלה.

ייתכן שיש לייחס לאותה מגמה של השלטת הגיונות הדדית בין המתדיינים, את הסמכות הניתנת לבית המשפט להכריע את הדין כולו, ללא בירור הענין לגופו, אלא כסנקציה דיונית גרידא על המנעותו של בעל-דין להוסיט ליריבו את העזרה הדרושה. זהו דינה של המרת צו להשיב על שאלון, צו גילוי מסמכים או עיון בהם,³ להמציא פרטים נוספים⁴ או ערובה להוצאות היריב.⁵ הסנקציה היא כה חמורה שאין ממנה להטילה. אדרבא, תינתן לבעל-הדין הסרבן כל הקלה וכל ארכה אפשרית, ובלבד שישתף פעולה כפי שנדרש בנסיבות הענין. אך אם יעמוד במריו, לא תהיה ברירה אלא להאחז בסנקציה קיצונית זו בתורת ultima ratio כדי להתגבר על התנהגות השקולה כנגד בזיון של ממש: הסרבן ייתשב כאדם שהעדיף ויתור על זכותו הסוב-סטנטיבית לעומת כניעה בפני צו השופט.

§8

- 1 תכ' 96; והשווה תק' 143(1).
- 2 שגאון ההרדפה היא מחלת נפש חמורה לא פחות משגאון הרדיפה (הפסיכית). באנגליה מוסמך בית המשפט להכריז על אדם כ-vexatious litigant ומשכך הוכרז לא יורשה לפתוח בשום תובענה ללא נטילת רשות מיוחדת, Consolidation Act, Supreme Court of Judicature (1925), Sec. 51. גם בישראל עשויים להמצא מטורפים כאותו אדם אשר, תוך חמש שנים, הגיש נגד אישים שונים לא פחות מ-48 משפטים, ואשר כולם נדחו (פרס לאחד), ראה *Re Chaffers* 45 W.R. 365 (1897). מבחינה פסיכיאטרית מתואר ה-litigious paranoid כאדם who repeatedly hales opponents into court to demonstrate all the world that he has been wronged... No court of law can ever silence accusations that stem from a pathological super-ego (Arieti, *American Handbook of Psychiatry*, N.Y. 1969, vol. 3, chap. 25, by Norman Cameron, at p. 520).
- 3 וכך מתארת השופטת ת. בן-עזר, על סכך נסיונה האישי, את הדרך בה מופרעים אלה ה"מו-כרים היטב לבתי המשפט", מתנהגים, מפאת דחף מחלחם: "לפעמים הם מגישים עשרות משפטים נגד אותו נאשם והופכים את חייו לגיהנום. בעת ניהול המשפט הם הופכים את אולם בית המשפט לקרקס. ובית המשפט הוא ממש חסרי-אונים..." ("הקובלנה הפרטית", *הפרקליט*, כרך כ"ה (תשכ"ט), עמ' 521, 523).
- 3 חק' 136.
- 4 אם כך נקבע בצו להמציא את הפרטים, כפי שנהוג באנגליה (ראה *Odgers, Pleading and Practice*, 19th ed., p. 162).
- 5 חק' 397, 483. והשווה סירובו של בימ"ש לבטל פסק-דין שניתן בהעדר נתבע, על-אף סיכויו של הנתבע להצלחה בהגנתו, משום שגילה יחס של ולוול כלפי "חובתו כבעל-דין" — להבדיל מרשלנות או הזנחה (ע"א 625/68, מפעל הבניה של הקיבוץ המאוחד רשות' ג. החברה הדרומית בקי"מ, כ"ג פד"י (2), 721, 723).

(3) אמצעי פיצוי: האחריות להוצאות המשפט

9. השווה והשווה בפלילי ובאזרחי

בעל-דין עלול לסבול נזק עקב ההתדיינות, וביתוד הפסד כספי. כידוע מובטחת לו הטבת נזק, במידה מסויימת ובתנאים מסויימים, בצורת צו להשלום הוצאות המשפט לחובת יריבו.

להלן נזכיר בקיצור את העקרונות לפיהם מופעלת סמכות זו הלכה למעשה. לשם כך נצביע מיד על הבדל ניכר בין הדיון הפלילי והדיון האזרחי: ההקבלה הרבה השוררת ביניהם לענין אמצעי מנע וביטול נפסקת לענין אמצעי פיצוי, כי קיים ביניהם פער ניכר בנורמה היסודית ביחס לחיוב בהוצאות המשפט. אך במה הדברים אמורים? בנורמה היסודית בלבד, כל עוד אין גורם של הטרדה; ואילו משמתגלה גורם זה, שהוא נושא התענינותנו, מיטשטשים הבדלים אלה שבין הדיון הפלילי והדיון האזרחי, ותגובת שניהם שוב דומה בעיקרה, כפי שיבואר להלן.

א. בתחום הפלילי

10. חיוב הנאשם שהורשע בהוצאות

"הורשע אדם בשל עבירה, רשאי בית המשפט לחייבו בתשלום הוצאות המשפט..." זוהי אמנם לשונו של החוק¹. אך למעשה בתי המשפט נמנעים בדרך כלל מלהפעיל סמכות רחבה זו. רק במקרים נדירים יוטל על הנאשם המורשע, כחלק מגזר-דינו, חיוב כספי נוסף אשר לפי מהותו הוא כמעין-קנס המצטרף לעונשו². הפסיקה בסוגיה זו היא דלה להפליא ומתוכה עולה שרק שיקול אחד הוא שיצדיק את חיוב המורשע בהוצאות, והוא: הדרך שבה ניהל את הגנתו³. ניצל הנאשם, או סניגורו, את זכויותיו הדיניות להכשלת התביעה באופן בלתי-סביר והפריע בזה לבית-המשפט עצמו, כי אז ישקול השופט אם אין להביע את מורת רוחו בהטלת הוצאות על הנאשם. בכל מקרה אחר לא ירצה להתערב בחופש ההגנה לכלכל את צעדיה בטעם או שלא בטעם, ויסתפק בעונש גופו⁴.

11. חיוב אצור המדינה או המתלונן בהוצאות ההגנה.

יחס דומה, יחס של אבחנה בין ניהול משפט הוגן לבין ניצול בלתי-הוגן, נקבע גם למקרה של זיכוי, בהוצאות חוק מפורשות: "ראה בית המשפט שלא היה יסוד

§10

- 1 חוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה), תשי"ד-1954, ס' 35.
- 2 "...וראיהם הוצאות המשפט... כאילו היו קנס" (ס' 35 ב"ל, סיפא).
- 3 "בגלל הניהול של המשפט" (ע"פ 302/62, חברת חלקה 390 בגוש 6213 בע"מ ואח' נ. היועץ המשפטי, ט"ז פד"י, 2764, 2766).
- 4 עוד יצוין כי חסרה לחלוטין סמכות לפסוק הוצאות ערעור פלילי, אפילו למקרה של ערעור טרדני. ראה ע"פ 56/49 היועץ המשפטי נ. זלינגר, ד' פד"י, 86: ערעור נאשם שהורשע על פי הודאתו: מ"מ 12 נימוקי הערעור נמצא רק אחד ראוי להשמע, והנאשם זכה בסופו של דבר "מן ההפקר בשל טעות טכנית של שופט השלום, טעות שגם לו... עצמו חלק רב בה" (שם, 88). וראה ע"פ 302/62 הנ"ל; ע"פ 431/62 באפית אילת בע"מ נ. מדינת ישראל, י"ז פד"י, 843.

להאשמה, רשאי הוא לצוות כי אוצר המדינה ישלם לנאשם את הוצאות הגנתו, ובלבד שהמשפט נפתח שלא דרך קובלנה פרטית. "הוראה זאת אוסרת בעקיפין על התובע להגיש כתב אישום ללא "הקירה יסודית, רצינית" ². הובא הנאשם לדין עקב "תלונה פרטית" (כיום: "קובלנה"), ונמצא זכאי, רשאי בית המשפט להטיל את הוצאות ההגנה והוצאות "התביעה הכללית" (כיום: "התביעה") על המתלונן, אם ראה כי התלונה הוגשה "בקלות ראש או לשיס קינטור או ללא יסוד" ³.

מה טעם ראה המחוקק להבחין בין זיכוי מוגבר זה, שיש עמו תעודת הפות ממשע ממש, לבין זיכוי רגיל, המצטמצם בשחרור הנאשם? ולמה תישלל מנאשם אשר סתם "שחרר" כל זכות להפרע מהוצאותיו, בדוגמת עמיתו הנתבע האזרחי? זוהי שאלה של מדיניות תחיקתית. גיתן להצדיקה בנימוקים אלה: ראשית כל, להבדיל מדיני ממונות, הרי ניהול דיון בדיני נפשות אינו כרוך בהוצאות ניכרות. אכן, אין גובים בו אגרות בית משפט ⁴. בבירור המשפט מהרכות הגנת הנאשם בעיקר בחקירתם שכנגד של עדי הסניגוריה ולעתים בעדותו או הודעתו של הנאשם עצמו; אמנם מובטחת זכותו הסטטוטורית של כל נאשם להיות "מיוצג" על ידי סניגור לפי בחירתו, והדבר כרוך בהוצאה כספית לא מבוטלת. ברם, להבדיל מעבריתו במשפט אזרחי, תפקידו של סניגור אינו, בעצם, לייצג את הנאשם, כי אם לעמוד לימינו בעצה והדרכה, כי הרי אין דגים אדם בפלילים אלא בפניה. באין לנאשם סניגור ימונה לו סניגור על ידי בית המשפט, על חשבון המדינה, לפי שיקול דעתו של בית המשפט במקרים מסויימים או כתובה סטטוטורית במקרים רציניים יותר; ומשנחמנה סניגור כזה תישא המדינה גם בהוצאות תיהם ושכרם של עדי הסניגוריה. מלבד כל אלה מוטלת על בית המשפט החובה להסביר לנאשם "את הזכויות הנתונות לו להגנתו" במהלך המשפט כולו, "אם ראה צורך בכך", זאת אומרת, על פי רוב, אם הנאשם אינו "מיוצג" ⁵. כנגד הקלות אלו ראה המחוקק, כפי הנראה, שאין מקום, בדרך כלל, לערוב להוצאות ההגנה, וביחוד לשכר סרתת הסניגור, ובלבד שהיה יסוד סביר לאישום. אשר לנאשם שנהנה מן הספק, יש להניח כנראה כי יסתפק בזיכוי המוציאו מכלל "סיכון" וכי ברצון ישא בהוצאות דגנתו, במידה שהיו לו הוצאות כאלה.

§11

- 1 חוק לתיקון דיני עונשין (דרכי ענישה), תשי"ד-1954, ס' 36. (הסעיפים 35-37 באו להחליף את ס' 44 לפק' החוק הפלילי, 1936).
- 2 ע"פ 269/55 היועץ המשפטי נ. יעקב דוד, ט' פד"י 1823, 1827. הרשעתו של הנאשם כשלעצמה איננה שוללת את האפשרות שערסאת הערעור תמצא שלא היה יסוד להאשמה (ראה ע"פ 420/63 יהודה ברנמן (ברסל) נ. היועץ המשפטי, י"ח פד"י (2), 563, 567).
- 3 אותו חוק, ס' 37 (כפי שתוקן בשנת תשכ"ג-1963). וראה, עוד לפני כן, בג"צ 165/52 אברהם פלוג'רם נ. שופט כימ"ש השלום, ירושלים, ט"ו פד"י, 2804. לפי לשונה חלה תוראת ס' 37 על המתלונן, להבדיל מהקובל שהוא עצמו צד בדיון ואשר עליו אין הוראה בחוק לענין הוצאות המשפט. לקונה זו נתעלמה הן מעיני המחוקק והן מעיני בתי המשפט (אך ראה ע"פ 402/65 טובה דוד נ. לאה ויפבלם, י"ס פד"י (4), 93).
- 4 תקנות בית המשפט (אגרות), תשכ"ח-1968, חק' 18(8); אך השווה את התוספת, חלק ה', פריס (א).
- 5 חוק סדר הדין הפלילי תשכ"ה-1965, ס' 132, וכן ס' 131 (תוכן כתב האישום), ס' 178 (זכות הערעור); ס' 128-130 (תרגום על חשבון אוצר המדינה); ס' 120 (הדעת ההליכים לנידון שלא בפניה).

ב. בתחום האזרחי

12. שיקול דעת בית המשפט והטלת הוצאות "לפי התוצאות"

כדי להעריך מה שונה מיסודה גישתו של סדר הדין האזרחי לענין הטלת הוצאות המשפט, די להזכיר את תקנתו העיקרית בנידון, לפיה ענין זה כולו "מסור לשיקול דעתו של בית-המשפט או הרשם"¹. למראית עין קיים פער ניכר בין הוראה זו לפי פירושה המקובל, לבין הנורמה המקבילה הנהוגה במשפטים פליליים, אך למעשה, הפער מצטמצם למקרה של התדיינות "נורמלית", כלומר נקייה מהטרדה. הרי, כל אימת שהדיון מתנהל ללא נקיטה באמצעים בלתי-הוגנים, הכלל הגדול והמקובל כדבר מובן מאליו הוא, לפסוק את ההוצאות "לפי התוצאות" (costs to follow the event). הצד שהדין הוכרע לחובתו יישא לא רק בהוצאותיו שלו, אלא גם יחויב בהוצאות היריב שזכה בדין. בזה, כאמור, שונה סדר הדין האזרחי מן הפלילי, המעלים עין לגמרי, במקרה זה, מהוצאות המשפט; וגם ליחוי זה ניתן להביא נימוקים².

הכלל של הטלת "ההוצאות לפי התוצאות" הוא כה טבעי, עד שלא יצפו מן השופט הפוסק על פיו שיגמק את החלטתו. באותה רוח של שיגרה אין עומדים על כך שהתובע, החייב לציין בפירוט בכתב-תביעתו את כל הסעדים שהוא דורש, ינהג כך גם ביחס להוצאות המשפט: הוצאות אלו נחשבות כ"סעד כללי נגרר", אשר בית המשפט מוסמך להעניקו, מבלי שנתבקש, כאילו נתבקש על כך³.

רק באותם המקרים בהם בית המשפט או הרשם רואים לסטות מן הכלל המקובל האמור, יתנו לסטייה זו "טעמים מיוחדים שיירשמו", ממש כאילו מלים אלה, המופיעות בתקנות אחרות, נכללו גם בתק' 475⁴. ואין צורך לומר כי, בין טעמים מיוחדים אלה תובא, לרוב, הדרך הבלתי-הוגנת בה ניהל בעל-דין את משפטו. פסיקת הוצאות המשפט תישמש לו לשופט הזדמנות נאותה להביע את סלידתו מהתנהגות זו⁵; והפעלת

§12

1 תק' 475.

2 הגה אחדים מהם:

(א) ההתדיינות האזרחית מחייבת כל הנוקט לה בתשלום אגרות (תק' בתי המשפט (אגרות), תשכ"ח-1967, תק' 2, 3((א)).

(ב) כל בעל-דין חייב לשלם או לערוב מראש את שכרם והוצאותיהם של עדיו, לרבות המומחים שבדעתו להומינם (תק' 195).

(ג) ביהוד לא יהיה, עליפי רוב, המתדיין האזרחי מסוגל לנהל את משפטו בעצמו; ואם ירצה למנות עורך-דין שייצגו בבית-המשפט, יאלץ להבטיח גם את שכר-טרתו, כי לא ימונה לו עורך-דין על חשבון אוצר המדינה.

בסיכום, העול הכספי הכרוך במשפט אזרחי הוא, בדרך כלל, כבד יותר מאשר במשפט פלילי. 3 תק' 13; ראה ד"ר י. זוסמן, סדר הדין האזרחי (מהדורה שלישית), §127; ע"א 26/56 טעם חיים בע"מ נ. יפה אפר, י"א פד"י, 550.

4 השווה ע"א 389/65 משה דימנשטיין נ. ישראל לטין אמריקן קומפני בע"מ וינגהם רב, ק"ר, י"ט פד"י (3), 391; ע"א 608/67 רפאל שפירא נ. מאיר כנל, כ"א פד"י (1), 491.

5 Andrew v. Grove [1902] 1 K.B. per Channel J., at p. 628. ("This discretion, like any other discretion, must, of course, be exercised judicially, and the Judge ought not to exercise it against the successful party, except for some reason connected with the case" (per Viscount Cave in Donald Campbell & Co., Ltd. v.

שיקול הדעת המוענק לשופט תקרב, בסופו של דבר, את הפרקטיקה האזרחית לדינים שנקבעו בפירוש בחוק הפלילי.

13. חיוב בהוצאות לפי התנהגות בעל הדין

עוד נזכיר כי, לצידה של ההוראה המרכזית שבתק' 475 קיימים חיקוקים לא מעטים הבאים להדריך את בתי-המשפט לכיוון הסלקטיבי המבואר לעיל. נביא כאן מספר דוגמאות:

(א) בהרשותה להוכיח ענינים מסויימים בהגשת מסמך בלבד, כגון חוות דעת מומחה או רופא, תעודת עובד ציבור או הצהרה בכתב (תצהיר), לא ביטלה פק' העדות את זכותו המסורתית של היריב לדרוש את התייצבותו האישית של המומחה, הרופא, העובד הציבורי או המצהיר¹ בבית המשפט, לשם חקירה שכנגד; אך היא מוסיפה שאם "נתברר לבית המשפט שבקשתו של בעל-דין... באה לשם קינטור או מתוך קלות ראש, רשאי הוא להטיל על המבקש את הוצאות החקירה"².

(ב) היו אחדים חבים לתובע יחד ולחוד בשל עוולה אחת, מותר לצרפם כנתבעים בתובענה אחת³, או לפצל אותה לתובענות נפרדות, על מנת שבית המשפט ידון בענין "ככל שהוא נוגע לבעלי הדין לפניו למעשה"⁴; אך אם הוגשה תובענת נזיקין גוספת, "לא יהיה התובע זכאי להוצאות, אלא אם סבור בית המשפט שהיה יסוד סביר להגיש את התובענה"⁵.

(ג) בעל-דין שפסק-דין ניתן לזכותו, לא יוחזרו לו ההוצאות הכרוכות בהוצאתו לפועל אם, לדעתו של ראש ההוצאה לפועל, ביקש את נקיטתם "שלא בתום לב"⁶.

Pollak [1927] A.C. 732, at pp. 811, 812), such as "the conduct of the parties to see whether either of them had in any way involved the other unnecessarily in the expense of litigation" (per Bowen L.J. in *Jones v. Curling* (1884) 13 Q.B.D. at p. 272).

§13

1 תק' 471 מתנה את הזכות הגידונה, ביהם לחקירת מצהיר על תצהירו, בתנאי שהבקשה חובא "בתום לב". אמנם גם הפקודה דורשת זאת, אך אינה מרשה כגראה לעורר את השאלה עד אשר נתקיימה חקירת המצהיר. במידה שישנה סתירה בין התקנה לבין הפקודה, הרי ברור שהפקודה היא הקובעת, כלומר שבעלי-הדין יהיו מוגנים בפני מטריד זה, לא על-ידי הוראה מוגעת, אלא בהטבת הנזק בלבד.

2 פק' העדות, ס' (2)30, (2)36, (2)39.

3 תק' 20.

4 תק' 27.

5 פק' הנזיקין, ס' (2)83; השוה לעיל §6.

6 חוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967, ס' (2)9. נעיר כי הערכת תום לבו של הזוכה תהיה די עדינה, כי יש להביא בחשבון שני שיקולים אלה:

א. אין נוקטים בשום הליך – וביתרוד בהליכים מצטברים – אלא באישורו של ראש ההוצאה לפועל, אשר ניתנת לו הסמכות למנוע נקיטת הליכים שלא בתום לב (ס' 8);

מיסרד ליריב

מאותו טעם הוכרה באנגליה זכותו של נתבע להתגונן בטענה שהציע כסף ב"הילך" (plea of tender). הגנה זו פירושה שהנתבע היה כאו ומתמיד מוכן לסלק את החוב ושהגשת התובענה היתה מיותרת וטרדנית. אם תתקבל הטענה – ועל מנת לעוררה חייב הנתבע לשלם מראש את הכספים לקופת בית המשפט⁷ – ההוצאות יוטלו על התובע; ומכאן הצורך במשלוח התראה בטרם תוגש התובענה⁸.

(ד) בכתב הגנתו רשאי הנתבע להכחיש כל טענת עובדה שבכתב התביעה⁹; אך אם יתברר לבית המשפט כי טענת עובדה אחר כך הוכחה, מן הראוי היה שיוודו בה, "רשאי הוא ליתן כל צו שייראה לו צורך בענין הוצאות יתרות שנגרמו עקב ההכחשה או אי-ההודאה"¹⁰. באותה רוח נקבע כי בעל-דין שסירב להודות במסמך או בעובדה לפי דרישת יריבו "ישלם את ההוצאות הכרוכות בהוכחת המסמך (או העובדות), יהיו תוצאות המשפט אשר יהיו"¹¹.

14. אחריות להוצאות אינצידנטליות

זאת ועוד: כשם שסדרי-הדין האזרחי הוא מסובך יותר מן הפלילי, כן הסמכות לפסוק הוצאות היא מגוונת יותר וניתן לפרקה לפי חוליותיה ולהפעילה בנפרד בכל אחת מהן, והדוגמאות שהובאו לעיל יוכיחו. כך, למשל, עשוי בעל-דין, הזוכה בתובענה, לזכות בכל ההוצאות, פרט להוצאות הכרוכות בהליך אינצידנטלי מסויים (כגון: חקירת מזהיר על תצהירו, או הוכחת עובדה או מסמך אשר לדעת השופט מן הראוי היה

ב. הליך – או צירוף הליכים – הנראה כמגוזם לגבי זוכה בודד, עלול להתברר שהינו סביר או אף בלתי מספיק, משיופיעו נושים אחרים, שיבואו להתחרות בו ואשר אין לו עליהם עדיפות או זכות קדימה (ס' 76).

7 תק' 236.

8 בארצנו אין הנתבעים מרבים לנצל את זכותם לשלם כסף לקופת בית המשפט לסיפוק התביעה למטרה אחרת, והיא להניע את התובע להסתפק בסכום המופקד והוא רק חלק מסכום התביעה. קיבל התובע את הצעת הנתבע, יוכל עוד לבקש צו להוצאותיו "שהוציא עד לזמן המשלום" (תק' 231). בין אם הענין הסתיים בפשרה כזו או בדרך הבירור הרגילה, בית המשפט כשהוא בא להשתמש בשיקול דעתו בדבר הוצאות יביא בחשבון הן את העובדה ששולם כסף לקופת בית המשפט והן את הסכום ששולם" (תק' 235). בדיקה מדוקדקת זו של סבירות ההוצאות מפותחת ביותר באנגליה (ראה Odgers on Pleading and Practice, 19th ed., pp. 407-9; The Mona, 1894 p., at p. 268; Griffiths v. School Board of Ystradyfodwg, 24 Q.B.D. 307). יתכן שגם בישראל היו מסיימים תובענות בפשרה כהוצאה מהפקדת כספים בקופת בית-המשפט אילו הפקדה זו היתה נהנית מאותה סודיות המובטחת לה באנגליה (O. 22, r. 7 R.S.C.).

9 תק' 56.

10 תק' 58.

11 תק' 108 (ב) ו-109 (ב). אגב, הוראות אלו אינן מתיישבות עם "הזכות", כביכול, הניתנת לבעל-דין בתובענה אזרחית לכפור כאוות נפשו בעובדה אשר בקרב ליבו יודע על אמי-תותה. ולכן לא נוכל להסכים לשימוש בזכות זו כ"טכסיס מוצדק בהחלט" (לדעה ההפוכה, ראה י. זוסמן, סדר הדין האזרחי, מהדורה שלישית, §§240-1, עמ' 220-223 והאסמכתאות, שם).

שיחידה בה): הרי בית המשפט או הדין הוטל בפירוש לפסוק, ללא קשר לתוצאות המשפט לגופו, בענין הוצאות כל בקשת-ביניים שונים בה; "ואם בבקשה פלונית... ניתן צו להוצאות לא ייפגע צו זה על ידי כל צו אחר להוצאות שיינתן לאחר ככן שלא בדרך ערעור על הצו הראשון".¹

פרק ב

האחריות להוצאות המשפט כאחריות בנוזיקין

15. מהות האחריות

עינינו רואות: על כל בעל-דין רובצת אחריות מסויימת ליריבו ביחס להוצאותיו הכספיות. אחריות זו, מה טיבה ומתוחה? היתכן שהיא אחריות בנוזיקין? זוהי בודאי שאלה חשובה שאין להשיב עליה בקלות ראש. אין לפתרה מבלי לבדוק אם התנהגותו של בעל-הדין המזיקה ליריבו היא באמת עוולה במובן פקודת הנוזיקין. לבדיקה זו ניגש להלן; אך עוד בטרם נעשה כן, מן הראוי לבחון כיצד תעמוד האחריות להוצאות היריב במבחן הגדרת המונח "אחריות בנוזיקין", כפי שהוצעה לאחרונה על ידי קבוצת מומחים בני סמכא. אמנם, בעיני המציעים, ההגדרה היא בעלת אופי פרגמטי גרידא, אך היא "הטובה ביותר" שניתן להציע; וזוהי לשונה:

"אחריות בנוזיקין היא אחריות משפטית הנובעת מהוראות פקודת הנוזיקין המקומית וכל אחריות משפטית המחייבת אדם לשלם פיצויים על הנזק שגרם כחוצאה מהפרת חובה שבדין".²

אם נבהן כעת לאור הגדרה זו את אחריותו של בעל-דין להוצאות הבלתי-סבירות שגרם ליריבו, קשה להכחיש כי אמנם היא ממלאת את כל התנאים הדרושים. כך מסתבר שהאחריות הגידונה היא בעלת אופי משפטי ושהיא מחייבת לתשלום סכום כסף, אין גם ספק שההוצאות שבעל-הדין מתחייב בתשלומן באות לפצות את היריב. תוספת על זק ממון שנגרם לו.³ אשר להובאה שבדין שהפרתה היא היא הגורמת לנזק

514

1 חק' 475, סיפא; השווה חק' 304 (הוראות בענין הוצאות בקשה הגידונה על פי צד אחד בלבד); וכן חק' 106(2) (חייב בהוצאות התובענה עצמה בעת דחייתה על הסף לבקשת הנתבע).

515

1 י. אנגלרד, א. ברק ז"מ. חשין, דיני הנוזיקין, תורת הנוזיקין הכללית בעריכת ג. סדסקי, 87, עמ' 8 [ספר זה יאוזכר להלן לפי השם דיני הנוזיקין].
2 לעתים קרובות מתבטאים בתי-המשפט בסגנון זה: "על העובדה שהנתבע הוטרד... ניתן לפצותו בהוצאות" (מדברי השופט זוסמן בע"א 216/69—224—251 קונסטריקטן אנרגייטס קורפוריישן ואח' נ. מפעלי ים המלח, כ"ג פד"י (2), 157, 162, 88); כי "הרי מוכר פרח הפלאים המרפא פצעים כאלה, ושכו הוצאות" (המר' ת"א 710/52 חברת "עילמית" נ. חברת "הדור" ואח', ה' פ"מ 232, 237); והשווה י. זוסמן, סדרי-הדין האזרחי, §281 ואילך. בפרשת וילנבסקי נ. פקיד השומה (ע"א 357/64, י"ח פד"י (4) 729), ועל אף חילוקי הדעות

מיטרד ליריב

האמור, האין בכוחן המצטבר של הדוגמאות המרובות שהובאו לעיל – ואשר אפשר להוסיף עליהן – להוכיח בעליל את קיומה של חובה כללית המוטלת על כל מתדיין לנהוג כנות והגינות בהליכי המשפט? החיוב בהוצאות בא בפירוש כדי להטיב את הנזק שנגרם עקב הפרת חובה שבדין זה.

אכן, למען הנוחיות, נכנה הפרה זו, העומדת במרכז התענינותנו, בשם הקצר מיטרד-ליריב, ונגדירה כניחול הליך משפטי בזדון או ללא סבירות.

הליך משפטי יכול תובענה אזרחית או תביעה פלילית המוגשת "באחת הדרכים שנקבעו לכך"³, לרבות כל פנייה הגובעת ממנה או הקסורה לה (כבקשה או ערעור); ניהול הליך יכול הן פתיחתו או המשכתו, והן כל צעד שבעל-דין נוקט בו לקידומו או לסיכולו, לרבות הגנה והתנגדות לו, הזמנת עד ודרך חקירתו, טענה או טיעון.

16. המונח "מיטרד ליריב"

אין להניח שהעוולות המזכרות רשמית בפק' הנויקין ימהרו לקלוט את היצור החדש אשר לא שמעו עליו דבר עד הלום; ובודאי ירצו, בנוסף על מבחן ההגדרה, לבדוק את ציטיותיו.

ראשית הכל יעירו ששמו אינו מוצלח ביותר, על שני חלקיו⁴. השם "מיטרד", כך יטענו, כבר תפוס ע"י עוולה קיימת, אשר יסודותיו יונים הם לגמרי. אנו ערים לכך, אך לצערנו לא מצאנו שם מתאים יותר. המונח "נגישה" – אשר, אגב, אף הוא תפוס – מביע הפעלת לחץ, דבר שאינו נמצא בהכרח בהתנהגותו של המטריד-ליריב. גם במילה "קינטור" בא גורם מיותר של הכעסה או הרגזה. אשר לעוולה הנידונה, הפגיעה אשר בה היא בעצם ההטרדה המפריעה בעד עשיית משפט, ולכן אין כנראה שם קולע יותר מן ה"מיטרד" המוצע, המזכיר את טרדנותו של המזיק.

אנו גם ערים לקושי הנוסף הגובע מקיומם של שני מיטרדים אחרים, לציבור וליחיד⁵, כאילו הצטרף כעת, לקבוצת המיטרדים, סוג שלישי, בו המוטריד הוא יריבו של המטריד. בקורת זו תתחזק עוד לאור השיקול שהמטריד ליריב מטריד גם – ולעתים, ביחוד – לבית-המשפט, והתנהגותו קרובה ביותר לבזיון בית-המשפט⁶. בכל זאת, אל לנו לשכוח כי התרופות נגד בזיון מסוג זה מופעלות לטובת היריב המוטריד ולפי בקשתו⁷.

שהתעוררו על אופיה של אחריות עורך-הדין לשאת בהוצאות המשפט, הסכימו כל השופטים באופיה הקומפנסטורי; לרעת הנשיא אגרנט נועד לה, נוסף על כך, אופי עונשי או מעין-עונשי (ראה להלן, 546).

3 כלשון הגדרת המונח "תובענה" בתק' 1.

516

1 הופנתה תשומת ליבנו למילים "מיטרד למדיינים ולבתי-המשפט" במאמרה של ח. אבנור, "על חקירת עדים: גילוי האמת ומטריד", הפרקליט, כרך כ"ה (תשכ"ט), עמ' 513, בעמ' 518.

2 טק' הנויקין, ס' 42–48.

3 השווה הערה 1 לעיל: "מיטרד... לבית המשפט".

4 אך לא לטובתו בלבד, כי לאחרונה נפתחה אפשרות לפצות גם את אוצר המדינה על הנזק הנגרם לציבור כולו עקב המיטרד האמור. התק' 12 לתקנות בית המשפט (אגרות), תשכ"ח – 1968, מסמיכה את בית המשפט להטיל "אגרה נוספת", בגבולות מסויימים, על בעל-דין אשר, לדעת בית המשפט, "המשיך או האריך את הדיון בכל הליך על-ידי טענות סרק או

17. המטריד ליריב כמעשה הכרחי ברשלנות

יהיה שמה של ההתנהגות המבוקרת כפי שיהיה, לא יכירנו מקומה בין העוולות, כל עוד לא יבוא זכרה, בפירוש או מכללא, בין "הדברים המנויים להלן בפקודה זו", פקודת הנזיקין המקומית. כך קובע ס' 3 לפקודה.

אם כי היא טרם זכתה להכרה בתור עוולה פרטיקולרית, לא תהיה מניעה לקבלה תחת חסותה של אחת משתי "עוולות-המסגרת", אשר יסודותיהן לא הוגדרו לפרטיהם המדויקים, כיוון שמלאכת הגדרתן הופקדה ע"י המחוקק בידי בתי-המשפט על-פי ההנחיות הכלליות שהורה אותן. עוולות מסגרת אלו הן, כידוע, עוולות הרשלנות והפרת חובה חקוקה.¹

אכן החיזוקים שאוזכרו לעיל הם די מרובים ומגוונים כדי לשמש יסוד, "לפי פירושם הנכון", לעוולה של הפרת חובה חקוקה. כך, למשל, הוראות החוק המאיימת בהטלת הוצאות ההגנה על מי שגרם לאישומו של הזולת "בקלות ראש או לשם קינטור או ללא יסוד"², משתמעות, לפי פירושן הנכון, כאסורות על כל אדם להגיש תלונות כאלו; והחייב בהוצאות האמורות יבוא ללא ספק כפיצוי לנזק הכספי של הנאשם, אשר נפגע עקב הפרת חובה חקוקה זו. ברם יתכנו אולי מקרים בהם חסרה הוראה סטטוטורית מפורשת החוזרת על האיסור הכללי להטריד את היריב, ויתעוררו ספקות מה גם שיחסה של הפסיקה לעוולות מסגרת זו הוא קנאי למדי.³

משום כך, נוח יותר לפנות לשם חסות לעוולת-המסגרת השניה, היא עוולת הרשלנות: המטריד את יריבו ישא באחריות בגין רשלנות, באשר עשה מעשה אשר, כלשון ס' 35 לפקודה, אדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, בעוד שהיה חב ליריבו המוטריד שלא לנהוג כפי שנהג. יהיה זה שטח כיבושה החדש של הרשלנות, "הסופגת אל תוכה במדה גדלה והולכת את העוולות הספציפיות"⁴ וה"פולש[ת] גם

בכל דרך אחרת"; ואגרה נוספת זו לא תיכלל ביציאותיו של בעל-הדין ששילם אותה. הרעיון המונח תחת הוראה זו הוא ברור: כל אגרה היא, לפי מהותה, תשלום הנדרש מן הפרט עבור שירות ציבורי שהמדינה מספקת לו (אם כי "הקשר הסיבתי בין התשלום והשירות אינו עושה את האגרה ל'תמורה' במשמעותה המסחרית של המלה": ראה א. ויתקון וי. נאמן, דיני כספים, (מהדורה רביעית, עמ' 6). אולם בעל-דין המגצל לרעה את המנגנון השיפוטי מסב בזה נזק למדינה, באשר הוא מבטל לריק את זמנו של בית המשפט, והאגרה שנקבעה להתנהגות הוגנת וסבירה לא תספיק עוד.

יתכן שהערובה הנדרשת לשחרורו של עצור משמשת, אף היא, למניעת התנהגות טרדנית: סכום הערובה נקבע מראש לפי מידת הנזק המירבי המסוער שייגרם למדינה המאשימה אם העצור המשוחרר לא יתייצב, ובמקרה זה בית-המשפט יתן את דעתו לסיבות ההפרה ונסיבותיה כדי להחליט על חילוט הערובה, כולה או מקצתה, אם בכלל (חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה–1965, ס' 43; פק' סדר הדין הפלילי (מעצר וחפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט–1969, ס' 14).

§17

1 ראה דיני הנזיקין, §§64–63 (מ. חשין, המבוסס על מאמרו "דין נזיקין ודין אבות נזיקין במשפט ישראל", משפטים, כרך א', עמ' 364).

2 ראה §11 הערה 3, לעיל.

3 השווה ד"נ 6/66 כאלר שהאדה נ. עתמאן אבראהים ואח', כ' פד"י (4), 617.

4 מ. לנדוי, בהעריכו את ספרו של M. A. Millner, *Negligence in Modern Law* (1967), משפטים, כרך א', עמ' 661.

מיטורד ליריב

אל מעבר לדיני הגזיקין⁵. כפי שהוכיח חוקר בכשרון רב, התפתחות מרשימה זו אשר טרם נסתיימה, נבעה ביחוד משתי תפניות, הראשונה בשנת 1932, שעה שקמה "הסינתזה הפוריה של רעיון השכנות"⁶ וקבע השופט Lord Macmillan: "The categories of negligence are never closed"⁷. והשנייה בשנת 1963, עם הרחבת מושג השכנות האמור על "יחסים מיוחדים"⁸. גם בישראל אומצה נטייה זו, כפי שיוכיח קטע זה מפסק דינו של בית-המשפט העליון⁹:

"סעיף 50 (2) לפקודת הגזיקים האזרחיים, 1944–1947, מטיל על בית-המשפט תפקיד נורמטיבי מובהק, המקופל במלים "צריך היה" ("ought"). למי חב אדם אותה חובת זהירות או מוכחיות שהפרתה מהווה "רשלנות" לפי סעיף קטן (1) ומחייבתו בפיצויים לפי סעיף קטן (3)? משיב סעיף קטן (2): לכל מי שאדם סביר צריך היה, בנסיבות הענין, לצפות שהוא עלול להיפגע, במהלך הדברים הרגיל, על-ידי המעשה או המחל הרשלני. זוהי, כידוע, הנוסחה בה ביקש לורד אטקין, ב-*Donoghue v. Stevenson* (1932), A.C. 562 בעמ' 580, לתרגם את הצו המקראי "ואהבת לרעך כמוך" ללשון המשפט המקובל (קדם לו הלל הזקן בתרגומו "דעלך סני לחברך לא תעבד")¹⁰: איזהו "רעך" שאתה חב לו חובת זהירות על-פי דין? הוזה אומר, כל אדם שצריך היית לצפות שהוא עלול להיפגע עקב מעשך או מחלך הבלתי זהיר, המסגרת החוקית נקבעה על-ידי המחוקק, ואילו התפקיד היוצר למלא את מסגרת הסעיף 50, הלכה למעשה, בהתאם לצרכי החברה המשתנים, הופקד בידי בית-המשפט.

אם כך הוא הדבר, כלום יהיה זה מוגזם לומר שגם יחסי התדיינות יוצרים בין המתדיינים חובת זהירות הדדית, המגבילה את חופש פעולתם? ו"חובת הכנות והאכזר" שכל בעל-דין חב לבית המשפט¹¹, כלום אינו חב גם ליריבו?

18. קיום הסדרים שליליים

לא זו בלבד שמקומו של המיטורד-ליריב נפקד ברשימת העוולות הפרטיקולריות, אלא ביניהן כבר מופיעה עוולה ספציפית הקשורה בפתיחת הליך או המשכתו, היא עוולת הנגישות: האין לראות בקיומה הסדר שלילי, המונע כיבוש שטחים הסובבים את תחומה ע"י הרשלנות כעוולת מסגרת?

חשש הסדר שלילי זה מתחזק עוד יותר מחמת קיומה של עוולה פרטיקולרית אחרת המוכרת במשפט האנגלי, ושמה *abuse of process*, אשר לא באה במנין העוולות הפרטיקולריות בפקודת הגזיקין, ומגדירים עוולה זו: השימוש בהליך משפטי, אף

5 שם, 662.

6 שם, 661: הכוונה היא ל-*Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562.

7 Ibid., at p. 619.

8 מ. לגרדי, שם, עמ' 662; הכוונה היא ל-*Hedley Byrne v. Heller* [1964] A.C. 465. לדיון מפורט בבעיה, ראה את האסמכתאות המאוכרות בהערה 1, לעיל.

9 ע"א 451/66 קורנפלד נ. שאולוב, כ"א פד"י (1), 310, מדברי השופט הלוי, עמ' 324, 325.

10 ע"א 625/68 מסקל הבניה של הקיבוץ המאוחד ושות' נ. החברה הדורמית בע"מ, כ"ג פד"י (2), 721, 726.

בדרך הקבועה בחוק, כדי להשיג בו מטרה (purpose) שונה מזו אשר למענה קיים ההליך; והנוהג כך אחראי לנזק שגרם לזולת.¹

ואולם על שאלה זו עונים הסופרים המלומדים: "העובדה שמערך מסוים הוכר בפקודה, בתחומיה של עוולה פרטיקולרית, אינה, כשהיא לעצמה, מחייבת את המסקנה שכל מקרה 'דומה' – שאינו ממלא אחרי כל היסודות של העוולה הפרטיקולרית שבה מדובר, אין לנפגע סעד בעוולת הרשלנות. השאלה הנשאלת היא: מה תחומי ההיקפו של ההסדר השלילי, הסובב אותה עוולה".²

ולענין הנגישה, אין בה כל סימן המצביע על הסדר שלילי כאמור, כפי שעוד נברר בהמשך דברינו.

19. היסוד הנפשי

פחות ודאי הוא ענין היסוד הנפשי הכרוך במיטרד-ליריב. לעתים דרושה "טרדנות" או כוונת "קינטור" ממש, לעתים יסתפקו ב"קלות ראש" או העדר "תום לב": היסוד הנפשי אינו אחד ויציב, אך מבתנה לפי הענין.

אפשר להשיב, כי המכנה המשותף, המינימלי, הוא מידת הסבירות, כפי שנקבעה בס' 35 לפקודת הנוזיקין, אך, טוב, כל אימת שהיסוד הנפשי הוא חמור יותר, יש הרואים בזה שלילת עקרון הרשלנות.³ ברם, הדעה המקובלת כיום נוחה יותר, והיא כי "עילת הרשלנות, כקובעת התנהגות סבירה, דיה גם כדי לכלול בתוכה נזק שנגרם בודון".⁴

20. המטרד ליריב תובענה בנוזיקין

אך כלום תואם המיטרד-ליריב את דיני הנוזיקין ביחס לזכותו של הנוזק לסעד? כלשון ס' 3 לפקודה, "כל הנפגע או הנוזק על ידי עוולה... יהא זכאי לתרופות המפורטות בפקודה...": האמנם חלה נורמה זו גם על ההתנהגות שאנו דנים בה? אחריותו של המטרד לפצות את יריבו המטרד כבר תוארה לעיל די צורכה, והיא שעוררה כאלה את המחשבה של אחריות בנוזיקין דוקא. אגב, גם את יתר תגובותיו של סדר-הדין ניתן לשלב לתוך מערכת התרופות המוענקות נגד עוולה. כך אפשר להתייחס לאמצעי-המנע שנימנו לעיל כאל ציוויים (צווי-מניעה injunctions), ולאמצעי-ביטול למיניהם כלסעדים מעין-הצהרתיים.⁵

§18

1 הגדרה זו לקוחה מספרו של Prosser on Torts (3d ed.), §115, p. 876: "Misusing or misapplying process justified in itself for an end other than that which it was designed to accomplish". ראה גם: Clerk and Lindsell on Torts (12th ed.), pp. 915 s.; Street, *The Law of Torts*, (3d ed.), p. 406; *Restatement of the Law of Torts* (1938), vol. 3, §682.

2 דיני נוזיקין, §77, קטעים (4)–(5) (מ. חשין).

§19

1 ג. טדסקי, "נוזקי גוף ללא שימוש בכוח והרשלנות הוידונית", הפרקליט, כרך כ"ג (תשכ"ז), עמ' 170, 180 ואילך.

2 כדברי מ. לנדוי, *משפטים*, כרך א', עמ' 662; וראה דיני נוזיקין, §66 (מ. חשין).

§20

1 הרי הסעד הניתן בצורת ביטול הליך או דחיית טענה (כגון התנגדות לשאלה או לתשובת עד)

אויב האט 'מצא היריב במיטרה' שנגרם 'י' ציית' תובענה כמו בכר עוולה אחרת לרבות עוולת רשלנות? הלא בפקודה 'מדבר המחוקק לא אחת ב'תובע' ב'נתבע' וביעילת תובענה' ולא ב'ניזוק' ב'מוזיק' או ב'זכות' 'המשמשת יסוד לתובענה' נודה בפה מלא כי באסמכתאות שהובאו לעיל לענין החיוב בהוצאות המשפט, רא הוטל חיוב זה עקב תובענה שהוגשה לשם כך. מכוח פקודת הניזוקין, כי אם המדובר תמיד בצו הניתן במהלך אותו דיון בו אירע המיטרד עצמו.

בהעדר נסיון מעשי חיובי או שלילי, אין לדעת כיצד היו הערכאות מתייחסות לתובענה נפרדת כזו, אילו הוגשה. נראה להלן שאמנם הובאו תביעות-פיצוי על מיטרד-ליריב, ואף נידונו, אם כי הסעד המבוקש לא היה דווקא להחזרת הוצאות משפט קודם. אשר לתובענה מן הסוג האחרון, יתכן שהיו מהססים להזקק לה, על אף הצדק שיש בה לגופה, כל עוד לא הוסבר מדוע לא באה על סיפוקה לאלתר, במסגרת אותה תובענה קודמת בה בוצע המיטרד. במלים אחרות, כפי שהערנו לעיל בהקשר אחר, הסמכות הישירה, הדחופה, היא כה נוחה וחסכונית, עד שיש אולי משום מיטרד-שכנגד לזנתה ולהעדיף עליה את הדרך החלופית, הרגילה כביכול, אך המסובכת ומכבידה ללא צורך.

אם כך הוא הדבר, התובענה הנפרדת תיראה לא כ'בלתי-מוותרת', אלא רק כ'מיותרת' בגלל קיומה של תרופה נוחה יותר. פסיקת הוצאות משפט מכוח הסמכות הסומארית אין בה כדי לסתור את עקרון האחריות בנוזיקין, אלא להיפך, היא מגישה אותו בדרך יעילה ומקוצרת להפליא. כי הרי לא יחסר אף אחד מהגורמים הנמצאים בכל תביעת נוזיקין רגילה: בעלי-הדין, הם המטריד והמוטרד, העומדים בפני השופט, אשר נהירים לו כל פרטי המיטרד, לרבות גובה הנזק, המתבטא בהפסד כספי, וכן הקשר הסיבתי בין המיטרד לבין הנוזיק. כלום נייחס להגשת תובענה מיוחדת, פורמלית, חשיבות מהותית שהפקודה עצמה אינה מייחסת לה בהעריכה את האחריות לאשמו של אדם?

21. גורמים המשמשים את התחומים

מלבד הסמכות הדחופה, הישירה, המייתרת כאמור את הגשתה של תביעת נוזיקין

אינו בריבוע בהוצאה לפועל (זולת לענין ההוצאות) ולכן אפשר לראות בו a declaration of remedy (I. Zamir, *The Declaratory Judgment*, pp. 1-2) 2 דיני נוזיקין, §82, עמ' 107 (מ. חשין). אגב, בהגדרה המובאת לעיל (§15) והמבוססת על נוסחתו של Winfield (redressible by an action for unliquidated clamages) הושט משום מה ענין ה'תובענה'; והשווה, בספרו הנ"ל על דיני הנוזיקין, את הכותרת ל-§5: "התרופה: תביעת פיצויים".

1 ווסמן §442; ע"א 223/47 אהרון צבי טפראי נ. יונה נובק, ה' פ"ע 269, 273. המגמה לפצות את הנוכה מורגשת אפילו בעל-הדין הנוכה הוא בעצמו עורר-דין "הטוען לעצמו, הוא גופו או באמצעות משרדו" (תק' 480). או המדינה "כשהיא מיוצגת על-ידי היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו" (חוק לתיקון סדר הדין האזרחי (המדינה כבעל-דין) תשי"ח-1958, ס' 9) — אם כי החיוב אינו מתייחס להוצאות ממשיות. אלא רק להוצאות שבעל-הדין "היה מקבל אילו העסיק עורך-דין".

4 ע"א 62/59 ליי ורשביאק נ. אריה ויכטי פנתי, י"ד פד"י 1182: אך ראה ע"א 71/68 שרה רייס נ. אברהם קשמן ו'דף, כ"ג פד"י (1) 639.

נפרדת, באים עוד גורמים אחרים ותורמים את שלהם לטישטוש תחומי אחריותו של המטריד-ליריב.

ראשית, שיקולים הנובעים מניהול בלתי-הוגן או בלתי-סביר של המשפט ישמשו לעתים כנימוק, לא להטלת החיוב, אלא לקביעת היקפו, כלומר לשומת סכום הוצאות; ומכיוון שרוב הפריטים המרכיבים את חשבון ההוצאות מתבטאים בסכום ידוע וקבוע, שאינו ניתן להערכה, יתרכזו שיקול דעתו של השופט בעיקר סביב לענין שכר-טרחת עורך-דין, כך שלפי הענין עלול שכר זה להיקבע לסכום גמור או גבוה מן הרגיל. כמו כן, לא פעם יש לזול השופט כליל מבעל-הדין הנוכח את כל הוצאותיו. במקרים אלה תיבלע כולה האחריות לזנז, המובאת בחשבון ההוצאות, ותיעלם אל תוך חשבון זה, כך שלא תיראה לעין הבודק אלא אחרי ניתוח קפדני. שנית, לא תמיד יבוא חטא המיטרד על עונשו, מסיבות טכניות. יש והתנהגות המטרידית כלל לא תמשוך את תשומת ליבו של השופט, אשר בדרך כלל – ובצדק – יתענין יותר בענין לגופו מאשר בדרך בה מתנהל הדיון. יש והמיטרד לא יתגלה לו, לשופט, אלא בשלב כה מאוחר של הדיון, עד שלא יהיה עוד טעם להגיב עליו במיוחד, ולכל היותר תוקדש לאספקט זה הערה קצרה בפסק הדין. ולא פעם יימנע השופט בכוונה מכל תגובה, פן יעורר חשש של נזיה או ייראה חוטא כמצר את חופש ההתדיינות, שהוא כה יקר לבעלי-הדין.

שלישית, האמצעים לפיצוי הצד המוטרד יאבדו את יעילותם אם שני היריבים מטרידים זה את זה. בד בבד עם ירידת מידת ההגינות ביחסי התדיינות תוצר התוצאה ה-הירירמאלית של ניטרול האחריות ההדדית, עקב קיומה ההדדי!

22. הבלעת המטרד ליריב בחיוב לגופו של עניין

ובעיקר: המיטרד-ליריב הוא, על פי רוב, מפלטו של אותו בעל-דין המפקפק בסיכויו, ומעיד על חולשתו של המטריד. אם, בסופו של דבר, כפי שיקרה, יוכרע הדין לחובתו, מה איכפת לו ענין אחריותו להוצאות המשפט? הרי הוא יחוייב בהן ממילא, לפי התוצאות, מכוח הכלל היסודי והשגרתי, ואחריותו זו לא תוגבר במאומה בגלל הדרך השפלה בה נידה את משפטו. התוצאה הפרדוכסאלית והמאכזבת תהיה, איפוא, שמחד גיסא, מאמציו של המטריד להביא לידי עוות הדין יעלו בתוהו ולא יקדמו את ענינו; אך, מאידך, התרופה בה יזכה יריבו המוטרד, דהיינו החזרת הוצאות המשפט, לא תהיה אלא אותה התרופה ממש שהיה זוכה בה בלאו הכי!

23. האבהנה בין אחריות להוצאות לפי התוצאות לבין אחריות למיטרד היריב

האם לא טומן פרדוקס שני זה בתוכו פרדוקס שלישי, העלול להביאנו עד לגבול האבסורד? הנה הוא, בכל חריפותו:

אם האחריות להוצאות המשפט היא באמת אחריות בנוזיקין, למה לנו להגביל ולצמצם

§21

1. זהו כנראה יתרונו העקרי של החיוב ב"אגרה נוספת" שניתן להטיל על שני היריבים גם יחד לטובת אוצר המדינה והנושא למעשה, אם לא להלכה, אופי מעין-עונשי. השווה לעיל §16, ה"ש 4, וכן את הערותיו של השופט ת. כהן בסיום פסק-דינו בע"א 625/68 טסקל הבניה של הקיבוץ המאוחד ושות' נ. החברה הירדמית בע"מ, כ"ג פד"י (2), 721, 726.

מיטרד ליריב

הערכה זו למקרה של מיטרד-ליריב? ילמה יא נרחיבה גם להתדיינות התגונה ביותר? הלא אף ללא כל מיטרד עלול בעל-הדין להתחייב בהוצאות יריבו, לפי תוצאות המשפט. כלום אין להבין שבעל-דין זה, בהגישו את התובענה שנדחתה משום מה, עשה אף הוא מעשה שאדם סביר וגבון לא היה עושה באותן נסיבות? או, אם הוא הנתבע שנמצא חייב, שהתיר, באשר התגונן והתנגד לתובענה ללא טעם סביר? והאין להתייחס, בשני המקרים, להכרעת-הדין כלמבחן הסבירות? המסקנה תהיה, כי לא יתכן משפט שבו לא יהיה לפחות אחד הצדדים אישם בעוולה וכי רק בתום כל ההליכים אפשר יהיה לוודא מי הוא המעוול ומי הניזוק!

אין כמובן להשלים עם השקפה זו, המחזירה אותנו, בשינוי הרקע, לפתרונות הקיצוניים של המשפט הקדום², כי בין האחריות ה"נורמלית" להוצאות המשפט לבין מושג הרשלנות אין ולא כלום. או, יותר נכון: על פי דין חב כל מתדיין חובת זהירות ליריבו, כי צריך לצפות שהיריב עלול להיפגע עקב מעשה או מחדל בלתי זהיר במהלך המשפט. כל אימת שמנהל המתדיין את משפטו או הגנתו בתום לב ובכנות, לא יפר את חובת הזהירות והחייב בהוצאות המשפט "לפי התוצאות" אינו אלא סיכון הכרוך בעצם ההתדיינות. אמנם אין אדם סביר וגבון נוהג להגיש כל הליך או להתגונן בו מבלי להעריך בכובד ראש הן את העובדות, כפי שהן ידועות לו, והן את השאלות המשפטיות המתעוררות מהן; ובמידה שאינו מסוגל לעשות כל אלה לבדו, ידרוש עצתו והדרכתו של אדם אחר, כגון עורך-דין, לפי מיטב הבנתו והאמצעים העומדים לרשותו. אך אם טעה או הוטעה בהערכתו – ואף השופט המגוסה ביותר עלול לטעות כמותו – אין לומר שהפר חובתו "שלא לנהוג כפי שנהג"³. בקיצור, אחריותו להוצאות היריב אינה קשורה לשום הפרת חובת זהירות כלפי יריבו⁴.

אדרבא, במיטרד-ליריב כפי שהגדרנוהו, אין הערכה מוטעית בלבד, בגבולות חופש ההתדיינות, אשר בחסותו בן-חורין כל בעל-דין לכלכל את צעדיו, בתום לב ועל סיכוגו הוא; כי אם המיטרד יש בו משום חריגה מתחום המותר והפרת חובה שבדין. פירושו הוא התנהגות אסורה, בהיותה מזיקה ומפריעה ביוזעין, מכוונת, או לפחות עלולה, לעוות את הדין או לעכב את הדיון ללא הצדקה; ולא פעם יודגש שהתנהגות זו יש בה משום בזיון בית משפט או מעשה הגובל בבזיון כזה⁵.

§23

1 דיני נזיקין במקום דיני עונשין – במידה שאבחנה זו היתה ידועה בימים אלה.

2 השווה לעיל, §2.

3 כך, למשל, אין לבוא בטריביה אל בעל-דין על שכפר באחריותו, כי הרי שמורה לו זכותו להתגונן בפני הערכאות. אך, בכל הכבוד, אין ודאות אם בית המשפט העליון לא גילה יחס סלחני מופרז לגבי נתבע שכפר באחריותו ללא הצדקה וגרם בזה להארכת הדיון בשתי ישיבות נוספות, מתוך נימוק ש"ממילא שכר הטרחה של עורך-דין מבוסס על ההנחה שהצד השני כופר בתביעה": כאילו ניתנת בזה גושפנקא רשמית למיטרד-ליריב (אם אמנם היה מיטרד כזה)! (ע"א 77/67 מדינת ישראל ואח' נ. יחיאל דהאן ואח', כ"א פד"י (2), 128, 138).

4 ראה H. Solus et R. Perroz, *Droit Judiciaire Privé*, t. 1er (Paris 1961), §114, p. 112. אך אולי, בכל זאת, מוצדקת הטלת ההוצאות, אף ללא הטרדה או קינטור, על שיקול מאון האינטרסים המנוגדים (social engineering)? ראה דיני נזיקין, §18, עמ' 26 (א. ברק).

5 השווה ע"א 425/69 פוטרמילק נ. פלד (כ"ג פד"י (2), 385, 388): הפרת הבטחת בעל-דין לא להשתלט בכוח על הנכס נושא התביעה.

אך לא תמיד שמר על עקביות מוחלטת. הנה דוגמא אופיינית :
בתביעה לדמי נזק נדרשה התובעת להיבדק ע"י רופא מטעם הנתבעים, ומיטלרבה, בקשו הנתבעים מבית-המשפט לקבוע מומחה רפואי מטעמו בהתאם לתק' 171 (1). אם כי הוראה זו אינה נותנת ברירה לבית המשפט ("יקבע ביהמ"ש מומחה רפואי"), התנגד ב"כ התובעת למינוי מבלי לתרץ התנגדותו זו בנימוק כלשהו, "משום שלדעתו יש ברשום התנגדות כזו משום יתרון פרוצידורלי בניהול המשפט" (כך!). לכל הדעות היה בה, בהתנהגות זו, משום "אובסטרקציה חסרת טעם במהלכם התקין של הליכי בית המשפט [אשר] גרמה לבזבוז זמנו היקר של בית-המשפט". השופט חייב בשל כך את התובעת בהוצאות היישובה בסך — 50. ל"י; וערעורה נדחה בבית המשפט העליון ברוב דעות. לשוא הדגישה דעת המעוט (השופט ח' כהן) כי במקרה הנדון לא גרם ב"כ התובעת "לבזבוז ישיבתו של בית המשפט כל עיקר, אם כי אולי האריך אותה במקצת על-ידי טענות שוא", כך ש"שום נזק לא בזמן ולא בכוח לא נגרם לבעל-הדין שכנגד"; ובהעדר "הוצאות מיוחדות... לא היה... על מה לפצות את הנתבעים או באי-כוחם".¹ על אף שיקולים אלה, שהם נכונים מבהינה מתימטית, גברו כנראה שיקולים אחרים, שאין להסבירם אלא ברצון לגנות מעשה הצופ שאין להשלים עמו כלל ועיקר.

פרק ג

עוולת הנגישה

25. כאב וכפר

על אף היקפם ורבי-גזוניהם של הכלים הדיוניים אין בכוחם לכסות את כל הנזקים העלולים להיגרם כתוצאה מהליך משפטי — וביחוד מהליך טרדני. היופקרו בעלי-הדין באותה מידה, ללא תרופה וללא סעד?
אמנם שוררת, בדרך כלל, אדישות ניכרת לגבי כל נזק שאינו נזק ממון: סבל וכאב, עגמת נפש, ביטול זמן וטרדה, דאגה ונזק רוחני כיוצא באלה, נחשבים, כפי הנראה, לתרומתו של כל מתדיין להשלטת הצדק²: ומצפים מכנו שיתפק בהכרעת הדין וכן, אם תינתן לזכותו, בהחזרת הוצאותיו הכספיות: אכרי היוצא מן המערכה וידו על העליונה!

(2) 385. יתר על כן, בהטלת הוצאות על עורך-הדין אישית ראה בית המשפט העליון כגמה עונשית המצטרפת לכגמה הקומפנסטורית (ע"א 357/64 חייב רקביץ ויהיים וילמזבסקי נ. פקיד המבחנה, גרש דן, י"ח פד"י (4), 729 (להלן 546 הערה 3 ו-548 הערה 1)).
2 ע"א 71/68 שרה רייס נ. אברהם קשמן וז'רז', כ"ג פד"י (1), 639.
3 ש"ב, 643.

§25

1 "אכדן שלוות נפש הינו סבל סובייקטיבי שאינו מכין הנזק שבעבורו זכאי אדם לפיצויים בתביעה נזיקין" (ע"א 82/59 בנימין תוק נ. קריניצי ואח', ט"ו פד"י, 237, 245); והשווה פק' הנזיקין, ס' 4.

26. הוצאת שם רע, פגיעה בחרות

יותר אדיב הוא יחסו של הדין לחבלה באשראי של אדם, בשמו הטוב, או לפגיעה בחירותו. לשם כך הובאה לכאן מעבר לים אותה עוולת הנגישה ונכללה כאחת העוולות המוכרות המנויות בפק' הנוזיקין.

אך ענין זה, היחיד שבו טיפלה הפקודה במישרין, הוא המאכזב ביותר. בדמותו הישראלית נגזרו ציפוניו וקוטעו כנפיו עוד יותר מאשר במקורו האנגלי, כאילו התכוון מלכתחילה המחוקק לרוקנו מכל תוכן של ממש; והנסיון יוכיח: מאז נכנסה פק' הנוזיקין לתוקפה מונחים ס' 60—61 כאות מתה — או כמעט¹.

לנזחיותו של הקורא, מובאות שתי הוראות אלו להלן, במלואן:

סימן ח: נגישה

נגישה 60. נגישה היא פתיחתו או המשכתו של הליך נפל — למעשה, ובזדון, ובלי סיבה סבירה ומסתברת — של הליך נפל, נגד אדם, בפלילים או בפשיטת רגל או בפירוק, וההליך חיבל באשראי שלו או בשמו הטוב או סיכן את חירותו, ונסתיים לטובתו, אם היה ההליך עשוי להסתיים כך; אך לא תוגש תובענה נגד אדם על נגישה רק מכיוון שמסר ידיעות לרשות מוסמכת שפתחה בהליכים.

סיג לתובענה 61. על אף האמור בפקודה זו לא יהיה שולח או מעביד אחראי לנגישה על נגישה שהתחיל בה שלוחו או עובדו, אלא אם במפורש הרשה או אישר אותה.

526

1 משפט נגישה ראשון (פרשת בנימין תיק) הוגש בשנת 1958 בשל הריסת בנין עליידי עיריית רמת-גן או מטעמה. הנתבעים טענו שהתריסה בוצעה עליידיהם בתוקף צויהריסה שניתן עליידי בימ"ש-השלום במשפט פלילי שהוגש נגד התובע על בניה ללא רשיון. בתובענה עצמה ובדרך גיהולה לא חסרו סימני טרדנות (ראה ע"א 527/60, ט"ו פד"י, 970, 972; וכן בין אותם הצדדים, ע"א 161/53, ט' פד"י, 1956) — ואולי אף טרדנות הרדית... (השווה לעיל 521 הערה 1). כך הסתבך הדיון ללא צורך וללא מידה, ותגיע לא פחות משלוש פעמים לבית המשפט העליון (ע"א 193/59, י"ג פד"י, 1569; ע"א 351/60, נ"א פ"ע 98; ע"א 189/61 וי"ד 371/62, ט"ו פד"י, 2636; וראה, באותה פרשה, ע"פ 103/60, י"ד פד"י, 1666; ע"א 241/60, י"ד פד"י 2489; ע"א 82/59, ט"ו פד"י 237).

בהודמנות אחרת הוגשה תביעת נזיקין בטל סירובו של הנתבע להסכים להריסת קיר, סירוב שנתבך בצורמניעה ומגי אשר ניתן עליידי בית משפט השלום. בערכאה ראשונה דחה בית המשפט המתוח את התובענה עקב נסיונו של התובע לעשות דין לעצמו; וערעורו נדחה מהסעם הנוסף, כי התביעה היתה, לפי מהותה, תביעת נגישה, ובחור שכזו גידונה לכשלוש (ע"א 688/68 מאיר טייכמן ואח' ג. אריה ליב מנוביץ, כ"ג פד"י (1), 482).

אין פלא אפוא שהנזיק יעדיף לחפש את תרופתו בעילת נזיקים אחרת, כגון מאסר-שוא או הוצאת לשון הרע (השווה ע"א 326/58 יוסף אבא ג. כשה ליבנה ואח, כ"ג פד"י (2), 23 — בו נדחו גם התביעה והערעור כ"חסרי שחר" ונפסקו בערעור הוצאות "עונשיות", שם, עמ' 27).

27. נגישה בפלילים

למראית עין, עילת נגישה תופסת לגבי הליכים פליליים, אך בסייגים כה חמורים שאינם משאירים לה מקום בו תהיה לה תחולה למעשה.

(א) ראשית, מי הנושא באחריות בנוזקין? לפי לשון הפקודה, הוא האדם הפותח (או הממשיך) בהליך. דין זה היה תואם את המצב באנגליה, כשהקדמה נתונה בעיקר בידי מאשים פרטי; אך כיום, בישראל, המאשים הוא המדינה, המוצגת ע"י תובע, שהוא היועץ המשפטי לממשלה או נציגו או שוטר¹, כלומר, על פי רוב, עובד ציבורי הנהנה מחסינות רחבה למדי לכל מה שעושה בתחום סמכותו².

אשר לאזרח, אין בכוחו לפתוח בהליכים פליליים, אלא לגבי עבירות מועטות, אשר הדיון בהן אינו מעמיד את חירותו של הנאשם בסכנה של ממש³. הנזק הממשי היחיד שכנראה יבוא בחשבון בתביעת פיצוי, יהיה מקורו בחבלה בשמו הטוב של התובע, בקובלתו של הנתבע על פי חוק איסור לשון הרע⁴, על כל פנים נדמה שבארצנו לא ישא המתלונן בשום אחריות בשל נגישה. הרי להלכה, אף אם נקרא להעיד כעד הקטיגוריה, המתלונן אינו אלא אדם "שמסר ידיעות לרשות מוסמכת שפתחה בהליכים", (כלשון ס' 60) ופטור משום כך מכל אחריות. אמנם, הדין האנגלי מבחין בין מסירת ידיעות לבין גרימת אישום (instigating a prosecution); אך אין ודאות אם אבתנה זו מחייבת גם בישראל, לאור לשונה של הפקודה: הרי אין לראות את היועץ המשפטי או נציגו כעובדו של המתלונן⁵, כשלוחו⁶, או כמי שהמתלונן משתף עצמו במעשיו, מיעץ או "מפתח" לעשייתם⁷, אלא לכל היותר כמי ש"גורם" להם⁸.

פירוש צר זה נתמך במילה "למעשה" (במקור: actually) המופיעה בס' 60 והמצמצמת כנראה — וללא קשר למקורות האנגליים — את האחריות בשל נגישה לאדם שבעצמו פתח (או המשיך) את ההליך. נזכיר בנידון שבאנגליה ובארצות הברית נוטל האחריות על עורך הדין אשר הגיש את תלונת הלקוח או עזר בהגשתה, אם ידע שאין לה *probable cause*⁹.

(ב) התנאי השני הוא, שההליך נסתיים לטובתו של התובע-הניזוק, "אם היה ההליך עשוי להסתיים כך", כי בזה ראוי הוא לזמו "הליך נפל"¹⁰. הטעם לכך

§27

- 1 חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה—1965, ס' 9—10.
 - 2 פק' הנוזקין, ס' 7.
 - 3 כך, למשל, בענין הסגת גבול פלילית שבית-המשפט ראה בו משום "שערוריה ציבורית", לא הוטלו על הנאשמים אלא קנס בסך — 50 ל"י (ע"א 103/60 יהושע פרישנבקי ואח' נ. בנימין תיק, י"ד פד"י, 1666).
 - 4 ראה לעיל, 55, הערה 1.
 - 5 פק' הנוזקין, ס' 13.
 - 6 שם, ס' 14.
 - 7 שם, ס' 12.
 - 8 השווה ס' 62.
 - 9 *Johnson v. Emerson* (1871), L.R. 6 Exch. 329; Prosser on Torts (3d ed.), p. 856
 - 10 השווה כללי לשכת עורכי-הדין (האתיקה המקצועית), תשכ"ו—1966, ס' 9(3), המחייב את עורך-הדין לציין את שמו בכל תלונה שהוא מנסח אותה או מסייע לניסוחה.
- 10 בנוסח החדש מופיע המונח, בטעות, פעמים!

הוסבר כך: "אחרת יכול להוצר קונפליקט בין הצדק כפי שהוא נראה מבחינה פלילית ולבין הצדק כפי שהוא נראה מבחינה אזרחית וכל הנקודות אשר הסמכות היחודית להחליט עליהן היא בידי בית-המשפט לענינים פליליים יידונו מחדש בדרך של מעין ערעור בלתי פורמלי... האדם שהורשע לא ירשה לעשות בעקיפין מה שאינו רשאי לעשות במישרין"¹¹.

שיקול זה היה משכנע יותר אילו בתי המשפט היו מגלים לו דבקות דומה בתחומים אחרים.¹² אדרבא, באותה פרשה ממש, פישת בנימין תיק נ. עיריית רמת-גן, בה התעורר הסכסוך עקב הריסת בנין מכוח צו-הריסה אשר ניתן נגד התובע עלידי בית משפט פלילי, עמד בית המשפט העליון בתוקף על העקרון שתביעת הנגישה לא תתקבל כל עוד לא יבוטל צו-ההריסה. אך כעבור שנים אחדות, כששופט השלום דן מחדש באישומו של התובע, נמנע מלתת כל החלטה בענין הצו, מה גם שכבר בוצע מזמן; ומכיוון שאשמתו של התובע לא בוטלה, היתה תובעתו לפיצויים צריכה להדחות מעיקרה...¹³ ועוד נצביע על חוסר תיאום בין אחריות המתלונן בנוזקין לבין אחריותו הפלילית לאותו מעשה, כפי שהיא נקבעה בפקודת החוק הפלילי, 1936: הרי ס' 123 לפקודה ההיא, המגדיר את העבירה הידועה בשם "סכסוך ידיעות כוזבות", מפרט כי "אין נפקא מינה אם הוגש המו"מ המשפטי בהתאם לידיעה [הכוונת] או אם לא הוגש". הלא מוטב היה להתייחס לזיכוי של התובע בתובעת נגישה, אם אמנם זוכה, לא כתנאי קודם אלא — כדוגמת החוק הפלילי — כעובדה שיש בה כדי להעביר על שכמו של הנתבע-המתלונן את נטל הראיה "כי לא ידע כי אותה ידיעה היתה כוזבת".¹⁴

(ג) אולת ידה של פק' הנוזקין לגבי עוולת הנגישה בולטת עוד יותר בדרישותיה לענין היסוד הנפשי, והוא, כי הנתבע פעל "בודון, בלי סיבה סבירה ומסתברת". העדרה של "סיבה סבירה ומסתברת" הוא ללא ספק תנאי סביר¹⁵, מה גם שיש לפרש את הביטוי "סבירה ומסתברת", לא כמורכב משני שמות-תואר מצטברים, אלא כענין אחד¹⁶ — ודיינו!

11 קסע מספרם של Clerk & Lindell on Torts (11th ed.), p. 858 כפי שהובא עלידי הנשיא אולשן בע"א 193/59 קריניצי, עיריית רמת-גן ואח' נ. בנימין תיק, י"ג פד"י, 1569, 1572.

12 כוונתנו היא ביהוד לאייקבילותו של פסקדין פלילי כראיה במשפט אזרחי, לפי הלכת ע"א 158/53 מנחולין נ. פופלוביץ, ח' פד"י, 1570, וכן, לאחרונה, בע"א 680/66 בריצאנו נ. בראן, כ"א פד"י (2), 285; והשווה ד. פרידמן, "פסקדין פלילי כראיה במשפט אזרחי", הפרקליט, כרך כ"ה (תשכ"ט), עמ' 92—101 ועמ' 372—391.

13 "ביום 26.3.61 הוא הרשיע את המערער מחדש, בשל בניה ללא רשיון, אך לא אישר את צו-ההריסה שניתן בדיון הראשון, וגם לא נתן צו-הריסה חדש..." (ע"א 189/61 בנימין תיק נ. קריניצי, ט"ז פד"י, 2636, 2639). ראה §26 הערה 1, לעיל.

14 עקב החלפת מקום הפסיק (.), בתרגום הרשמי לעברית נשתבש תוכנה של הפסקה (2) לסעיף 123.

15 ובלבד שהמלה "סיבה" תוחלף במלה מתאימה יותר, כגון "נימוק", "יסוד" או "עילה", כי הרי קיומו של קשר סיבתי בין התנהגות ונוק הוא ביסודה של כל עוולה, ואין לתת אף רמז לקיומה של עוולה בהעדר "סיבה"... גם באנגליה משתמשים לא פעם במונח reasonable ground(s). ראה: Hicks v. Faulkner (1878) 8 Q.B.D. 167, 171 per Hawkins J.; Salmond on Torts (14th ed.), §171, p. 591; Prosser, §860; Fleming, The Law of Torts (3rd ed.), p. 584.

16 Fleming, loc. cit., note 14: "There is no distinction between these adjectives..."

מיסרד ליריב

אך משום מה המחוקק לא הסתפק בזה, ובעקבות המשפט האנגלי הוא קבע, כתנאי נוסף, את הצורך בהוכחת קיומו של זדון (malice). דרישה זו מעוררת תביחה מכמה בחינות. לכל עוולה אחרת נקבע יסוד נפשי מסוים, המתאים לה, לפי סולם הדרגתי: ואילו לענין הנגישה נקבע צירוף של שני יסודות נפשיים, אשר השני, החמור יותר הנקרא זדון, הוא פרובלימטי בפני עצמו¹⁷: ואם אין לבטלו כליל, היה רצוי לפחות להחליפו, ובלבד שתחומו יהיה ברור יותר¹⁸. אך מותר לטאול מה בכלל הצורך בו. מאחר שהיסוד הנפשי הראשון, העדרה של סיבה סבירה, מתפרש בדרך כלל, כשהוא לעצמו, כגורם שיש בו כדי להוכיח את קיומו של השני, הזדון¹⁹.

יתר על כן, אין כל סיבה סבירה ומסתברת להפלות לרעה את הניזוק ולגלות למאשים הכוזב יחס רק ועדין אשר שקרנים אחרים לא יזכו בו. כבר ראינו, למשל, שהחוק מרשה לחייב בהוצאות ההגנה את המתלונן שתלונתו גרמה להליך הפלילי, אם מתברר שתלונתו הוגשה "בקלות ראש או לשם קינטור או ללא יסוד"²⁰: כלום תיחשב הבלה או פגיעה כאמור בס' 60 פחות ראווה לפיצוי מאשר הוצאות הגנה? זאת ועוד. נאשם שהורשע ונפתח משפטו החוזר מאחר שראיה "מהראיות שהובאו... היה יסודה בשקר", ינתן לטובתו, עם צאתו זכאי, "כל צו הנראה" בעיני בית המשפט כדי לפצותו²¹. כלום לא יוטל חיוב זה על העד השקרן כדבר מובן מאליה? או שמא תידרש גם כאן הוכחת זדון? ובכלל, מה טעם להחמיר בסוגיית הנגישה, בעוד שלענין תביחה כעילה נזיקין, מסתפקים ב"קלות ראש, כשלא איכפת למציג אם [העובדה] אמת היא או כוזב"²²? לא יובן משום מה יסוד נפשי זה, המגן על האדם שהוטעה ופעל על פי ההצג לרעת עצמו, לא יספיק אם הכוונה היא שתפעל לרעתו הרשות השופטת והגרום, במילוי תפקידה, לכליאתו ולחבלה בשמו הטוב.

28. הנגישה במשפטים אזרחיים

אם נעבור כעת מן הנגישה הפלילית לנגישה האזרחית, הופכות אדישות והזנחה להפקרות גמורה: העוולה "קיימת רק לגבי הליכים פליליים... ולא לגבי הליכים אזרחיים"¹; וגם בזה הולכת פק' הניזקין בתלם המשפט האנגלי:

"The bringing of an ordinary civil action... is not a good cause of action, however unfounded, vexatious and malicious it may be."²

17 דיני הניזקין, §§106-104, וביחוד ההערות 4 ו-19 (אנגלרד): "The terms 'malice' and 'malicious' have caused more confusion in English law than any judge can hope to dispel" (per Scrutton L.J. in *Shapiro v. Lamorta* (1923) 130 L. T. 622).

18 כך מציע Fleming את המונח improper purpose (p. 589). *Brown v. Hawkes* [1891] 2 Q.B. 718; *Johnson v. Emerson* (1871) L.R. 6 Exch. 329. 19 per Kelly B. at pp. 398-9; Clerk & Lindsell. §1722. p. 909; Prosser, p. 868.

20 השווה לעיל §11. הערה 3.

21 חוק בתי המשפט, השי"ז-1957. ס' 19(ג).

22 פק' הניזקין. ס' 56.

§28

- 1 ע"א 688/68 טאיר טייכמן וא' נ. אריה לים מנובין, כ"ג פד" (1), 482, 484.
- 2 *Quartz Hill Gold Mining Co. v. Eyre* (1883), 11 Q.B.D. p. 689, per Bowen L.J.; *vide Salmond on Torts* §170. p. 588. לא ברור כיצד מתיישבת אמרה זו עם קיומה של עוילת ה"abuse of process" הנזכרת לעיל §18.

לכלל זה קיים בישראל רק סייג אחד, לגבי הליכי פשיטת רגל או פירוק (שהם בעצם ענין אחד); ובגלל העדר תאום ביניהם לבין הליכי הוצאה לפועל, מסתבר שאין ערך מעשי רב לסייג. משום מה לא הועברו לארצנו סייגים אחרים המקובלים באנגליה, ביחס למאסר בשל חוב, והטלת עיקול. גרוע מזו, לא נזכרה כלל בפק' הנזיקין הישראלית עוולה מיוחדת והרבה יותר רחבה, הידועה בשמה הכללי *abuse of process*, מה גם שברוב המדינות של ארצות-הברית שולבו דיני הנגישה לתחום האזרחי.³

29. ביקורת ההצעת

הובאו טעמים להצדקת יחס עוין זה לתביעות נגישה. הראשון נובע מעקרון חופש ההתדיינות, המשמש רקע כללי לעניננו: אין להרתיע אדם מפנייה לרשות השופטת כאוות נפשו; אדרבא, יש לעודדו לרדוף צדק, ואם הדבר כרוך באי-נוחות לרעהו, הרי תהיה זו מנת חלקו של כל אחד מאתנו ועלינו לקבל מעמסה זאת וסיכון זה ברצון. השאלה היא, אם מותר להסב לנו סבל כזה "למען הצדק" באמצעים פסולים? לזה עונים, כי העיקר הוא הנצחון בזירה המשפטית, ואם יתגלה שקרו של המטריד, הרי הוא שיפסיד במערכה. יתר על כן, בדיני ממונות הוא יחוייב בתשלום הוצאותיו של יריבו, אשר יזכה בדין וימצא בזה שיפוי מלא.⁴ צמצומה של עוולת הנגישה לתחום הפלילי נובע מאי-יכולתו של בית-משפט פלילי לפסוק לגאשם שזוכה הוצאות פיצוי כאלה, ומאז שסמכות זו ניתנה לו בארצנו ירדה באותה מידה הזיקה לתביעות נגישה.

3 אם כי אין לעכב הליכי הוצאה לפועל אלא לפי הוראות החוק או לפי צו של בית משפט (חוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967 ס' 17(א)), רשאי ראש ההוצאה לפועל לקבוע את סדר נקיטתם של הליכים שונים שהזוכה ביקש נקיטתם, או להורות שהליך פלוני לא יינקט ויוחלף בהליך פחות חמור (ס' 8). כמו כן רשאי הוא לצוות על תשלום החוב הפסוק במועד או בשיעורים (ס' 69). ברם, הזוכה בנזיקין לפתוח בהליכי פשיטת רגל, על אף הוראותיו של ראש ההוצאה לפועל, והטענה שיהיה בזה משום ניצול לרעה של הליכים משפטיים נדחתה (ע"א 353/69 יוסף צרפתי נ. אולף שמרסמן, כ"ג פד"י (2), 8).

4 ב-Daniel v. Fielding (1846) 16 M. & W. 200, 207 הוחלט כי תתקבל תביעת נזיקין אם התובע נעצר לפי צו שופט אשר הושג עליידי תלונה כוזבת מטעם הנתבע או ידיעה בה הטעה את השופט. תובענה כזו דומה לתביעת נגישה. ראה גם Churchill v. Siggers (1854) 3 E. & B. 937.

5 Churchill v. Siggers, op. cit.

6 Prosser, §114, pp. 870 s.

§29

1 Prosser, loc. cit.; השווה לעיל §25, הערה 1.

2 Prosser, loc. cit.; Winfield on Torts (7th ed.), p. 716.

עוד יש לבדוק אם אין פער גיבוי בין ההוצאות הנפסקות לזוכה לבין הוצאותיו הממשיות. בנידון זה מתקרב הדין למציאות באנגליה, וכן בישראל לאור הפסיקה החדשה השואפת לקבוע לזוכה את הוצאותיו המלאות (ע"א 443/58 עיריית חולון נ. אליהו זיו, י"ג פד"י, 365) והמקבלת את התעריף המינימלי של לשכת עורכי-הדין כקנה-מידה מנחה (ע"א 600/67 פקיד השומה, חיפה נ. נוכה כרנר בע"מ, כ"ב פד"י (2), 485). שונה לחלוטין בנידון הוא המצב בארצות-הברית ובצרפת, בהן שכר טרחת עורכי-הדין אינו נכלל בהוצאות המשפט.

מיטרד ליריב

ברם, לא תמיד מתבטא הנזק למוטרד בהוצאות כספיות בלבד. לעתים יגרם לבעל-דין – בין שיוכה ובין שיחויב בדין – נזק אחר, כפי שנוזכר בהגדרת עוולת הנגישה. והשאלה היא: האין לדאוג להטבתו של נזק זה? וכיצד? היש להתחייב למיטרד כלעולה בין שאר העוולות ולקבל את תביעת הנזיקין של המוטריד? האין בזה כדי לסתור עקרון אחר, שגם הוא יקר לתורת המשפט, עקרון הסופיות? כפי שנאמר: "Litigation must end somewhere, and... if a cross-action may be brought, so may another, and another."³

אם כך הוא הדבר, האין בעצם פתיחת חזית חדשה מכוס הטרדה נוספת, מעין מיטרד-שכנגד? הנסיון בארצנו בגידון אינו מעודד ביותר.⁴

בכל זאת סוברים החכמים שטענת השוללים אינה משכנעת, "for litigation should end only where common justice has been done or at least attempted."⁵

לדעתנו קיימת דרך נוחה לתת למוטרד הגנה שתהיה באמת מלאה נגד המיטרד, בלי לפגוע, במידת האפשר, בעקרון הסופיות. לשם כך אין צורך בתובענה נפרדת דוקא, אשר תנציח את ההסתכסכות וההתנצחות ההדדית. למה לא יורשה בית-המשפט להפעיל את סמכותו הרחופה, הסומארית, כדי להעניק את הסעדים הדרושים במהלך הדיון בו נתקיימה ההתנהגות המטרידה? למה לא ינוצל לשם פיצוי מלא המסלול הקיים והמקובל של פסיקת ההוצאות? הרי, כפי שצויין לעיל, פסיקת ההוצאות תהווה עבור המוטריד פיצוי מלא, כל עוד לא נגרם לו נזק מלבד ההפסד הכספי, בסכום קצוב או הניתן להערכה על נקלה על סמך תעריף קבוע (כנהוג לשכר עורר-הדין). נתברר לו לשופט שבעל-דין סבל נזק נוסף, כגון חבלה בשמו הטוב או באשראי שלו או פגיעה בחירותו, יהיה השופט מסוגל להטיל בשל כך על אתר את החיוב הכתאים, ביהוד את תשלום הפיצויים, שבלאו הכי ייקבעו לפי אומדנתו ללא צורך בראיות מדוייקות. העיקר הוא, שפסיקת פיצויים כזו תעשה לפי עקרונות האחריות בנוזיקין, שצריכים לחול גם על יחסי התדיינות; ובגידון זה, מכיוון שדיני הנגישה מקוטעים יתר על המידה, נצטרך להזקק לדיני הרשלנות הכלליים.⁶

כאן ישאל הקורא, אם הדרך המוצעת כבר פתוחה, או שמא תלויה פתיחתה בתיקון מתאים לחוק החרות?

בתחום הפלילי יהיה בודאי צורך בהרחבת המסגרת החוקית, והצעתנו מופנית אפוא לרשות המחוקקת. אך אין לצפות להתנגדות עקרונית, מה גם שאגב הכרעת הדין בפלילים כבר ניתנות לבית המשפט סמכויות גרובות שגם אותן הוא רשאי להפעיל

3. Prosser, *loc. cit.*

4. השווה לעיל §26, הערה 1, ולהלן §39 (סיפא) ו-§40 (רישא).

5. Winfield, p. 716. משום כך אומצה העוולה כעילת תביעה ב- s. §674, *Restatement*.

6. לדעת Prosser (p. 860) דומה מאוד גורם הסבירות הנדרשת בעוולת הנגישה לסבירות בעוולת הרשלנות. גם Fleming (p. 584) רואה את המשותף בין שתי העוולות, אם כי מפנה גם לשוני שביניהן.

בדרך סומארית⁷; ואין סיבה למה השופט יזיכה את הנאשם וחייב את המחלונן בהוצאות ההגנה, בשל אופיה הטרדני של התלונה, לא יוסיף לחיוב זה חיוב בנוקי הנאשם בשל כליאתו ופגיעה בשמו הטוב.

בהתדיינות האזרחית נדמה שתיקון התקנות — שניתן לבצע בקלות יחסית — אינו הכרחי; אפילו לא יראו חיוב בנוקי היריב המוטריד "סעד כללי" שמותר להעניק ללא עתירה מפורשת, בהתאם לתק' 13. למה לא יצרף המוטריד את תביעתו זו, כתובענה-שכנגד⁸? אמנם בארצות הברית הוחלט שתביעה-שכנגד לנוקין, בשל אופיה הטרדני של התובענה העיקרית, אין לקבלה באשר היא מוקדמת (premature), ולכן לא תקום יו' לנתבע עילתי-תביעה-נגדית שלמה עד אשר התובענה הראשית נדחתה והפכה להליך

7. הרי כמה מסמכויותיו של בית משפט פלילי, בנוסף על הטלת העונש גופו:
 - (א) להביא לידי גמר חווה שכירות לדיוור אשר נמצא אשם על שהרשה במזיד שהמושכר ישמש בית זנות (ס' 164 לפק' החוק הפלילי, 1936 — אשר בוטל בשנת תשכ"ב);
 - (ב) לצוות על החרמתם, השמדתם או ההזרמתם של מכשיר, כסוגה או דבר אשר שימש לבשתק בלתי חוקי (ס' 51190 לאיתנה פקודה);
 - (ג) לצוות על החרמת בנקונט שנמצא מזויף או מהוקה וכל מכשיר לעשייתו או לחיקוי של גיר המשרש לבנקוטים (ס' 354 לאיתנה פקודה);
 - (ד) לצוות על החרמתו של כל מטבע מזויף וכל מכשיר, כלי או מכונה לזיוף מטבע (ס' 368 לאיתנה פקודה);
 - (ה) לצוות על מסירת ילד להשגחתו של קרוב או של אדם או של מוסד (ס' 389 לפקודה, כפי שהוקדו בשנת תש"ד);
 - (ו) לצוות על מה שיעשה בהפץ תפיס בידו המוטריד לצרכי חקירתה (פקודת סדר הדין הפלילי, "מעצרי יחידים" (ניכח הדש), תשכ"ט—1969, ס' 36), לחלטו (ס' 39) או למסירתו לאדם הטוען לזכות בו (ס' 40);
 - (ז) לחייב את הנאשם בהשלום פיצויים לאדם הניזק על-ידי העבירה (חוק לתקון דיני העונשין (דרכי ענישה) תשי"ד—1954, ס' 31—32 כפי שתוקנו בתשכ"ג ותשכ"ה);
 - (ח) לצוות על איסור הפצה של עותקי פרסום המכיל לשון הרע, או החרמתם, ועל פרסום תיקון אי הכחשת של דבר המהווה לשון הרע, או על פרסום פסק-הדין (חוק לשון הרע, תשכ"ה—1965, ס' 9(A));
 - (ט) לצוות על הריסת בנין שנבנה ללא היתר אי בטחיה ניכרת מתנאיו (חוק התכנון והבניה, תשכ"ה—1965) ס' 205 ואילך;
 - (י) לצוות על הפסקת עיסוק סנוהל ללא רשיון (חוק רישוי עסקים, תשכ"ה—1968, ס' 16);
 - (יא) לצוות על ביטול רשיון סבידי הנאשם, כגון רשיון נהיגה (פק' התעבורה, ס' 21 ואילך).
- כל אלה — ואחרים — הם ענינים אזרחיים (או מנהליים) הנובעים מן התרשעה (או הכרעת דין אחרת), אשר בית המשפט ידון בהם אגב שפיטה באופן סומארי, כלומר ללא פתיחת משפט נפרד.
- התפתחות מצערת, לדעתנו, היא שהביאה לביטולם, בזה אחר זה, של ס' 55 ו-56 לפק' הפרוצדורה הפלילית (שפיטה על-פי כתב אישום). לפי הוראות אלו היה בית-משפט פלילי, משנתברר לו שעד פלוני מסר בפניו עדות שקר או עדות סותרת בפני רשויות שונות, מוסמך להעמיד את העד לדין בפני בית-המשפט המוסמך בשל עבירות אלו ולצוות על מעצרו או על שחרורו בערובה. לנו נדמה שבמקום לבטל סבסית זו, היה כן הראוי להרחיבה ולהרשות את בית-המשפט שגבה את העדות, לדון בעצמו, ברישיון, בענין אשמתו של העד, אך מובן מאליו שמשפט שני זה מן הדין לברר לפי סדר-הדין המקובל, אם כי ללא צורך בחקירת משטרה והעבדה לדין מטעם היועץ המשפטי.

8. זוהי, אגב, הפרקטיקה המקובלת בצרפת, t. 1er, *Solus et Perrot Droit Judiciaire Prive*, §115, p. 112.

נפל פ. אך גם בדיון בהודעת צד שלישי לא תקום לו לנתבע כל עילת שיפוי או השתתפות כל עוד לא ניתן פסק-דין המחייבו – ובכל זאת מתירים לו לצרף את תביעתו לשיפוי או להשתתפות לתביעה הראשית, על מנת ששתיהן תידוננה בעת ובעונה אחת. אין הצדקה לנהוג אחרת בענין נזקי היריב המוטרד, ולנו נדמה שאין מניעה לפסוק לו נזיקין אלה בגוף פסק-הדין, כסעד שבגררה, מכוח אותה סמכות "דחופה" המופעלת ממילא לפסיקת הוצאות המשפט.

יחד עם זאת, אין חשש שירבו תביעות נזיקין אינצידנטליות וייראו כשגרתיות, כי למניעת מיטרד או לפיצוי יספיקו בדרך כלל הכלים הדיוניים הרגילים. רק לעתים רחוקות תוגש תובענה אשר עצם הגשתה עלול לגרום לנתבע סבל מיוחד שהשופט לא יוכל להתעלם ממנו. נביא כדוגמא את תביעתו של "פלוגי" נגד "אלמוני ואלמונית"⁹, למתן הצהרה על התובע כאביו של ילדם של הנתבעים, אשר נולד להם, (כזוג הנשוי זה עשר שנים) לפני חמש שנים: אין פלא שתובענה זו נדחתה על הסף; אך בעוד שרוב השופטים בבית המשפט העליון (בהרכב של חמישה) הצטרפו לדעת השופט דלמטה, כי התביעה חסרה כל עילה, הרגישו שני השופטים האחרים באופיה הטרדני: לדעתו של השופט לנדוי היתה התביעה ראויה להמחק על הסף, לא בגלל צורתה, "אלא מהות הענין"¹⁰; השופט ויתקון הצטרף להערכתו כהיה כאן "שימוש לרעה" חמור ביותר; והנשיא אולשן תאר את עצם הגשתה כ"שערוריה שאין דוגמתה"¹¹. מלים כדרבנות! וספק בלבנו אם הנתבעים מצאו בצו-להוצאות פיצוי שקול כנגד הנזק שנגרם להם...¹²

אך גודה שבהתדיינות האזרחית בעלי-הדין אינם צפויים, בדרך כלל, לנזק לשמם הטוב, לחירותם האישית, או כיוצא באלה. רק בשני ענינים – שהם אחד – תורגש סכנה כזו: הם הליכי ההוצאה לפועל וכן הפעלת סעדים ומנייים, המשימשים "הקדמה" להליכים אלה. הדינים שנתגבשו בשני ענינים אלה יתרמו לא מעט להעמידנו על דינו של המיטרד ליריב, כפי שיבואר להלן.

(המשך בחיברת הבאה)

9 Prosser, *op. cit.*, p. 868, note 32.

10 ע"א 447/58 פלוגי נ. אלמוני ואלמונית, י"ג פד"י, 903.

11 שם, 914.

12 שם, 7–906.

13 אמנם הוקטן הנזק במידת-מה באיסור שהוטל על פרסום שמותיהם של הצדדים; אך "בהשאת התביעה לדיון רגיל (היה) משום נזק ודאי" (אליבא דנשיא אולשן, עמ' 913) – ויושם לב גם לשאלונים שהומצאו לנתבעים (כנראה ברשות הרשם? שם, עמ' 913): במידה שהיה כאן נסיון לסחיטה, אין לומר שצו-הוצאות רגיל יספיק להרתיע ממעשים כאלה: