

ארבעים שנה לסדר-הדין האזרחי

מאת

סטיבן גולדשטיין*

רבים שואלים, מה נשתנה בסדר-הדין האזרחי מאז קום המדינה, והתשובה ברורה: כמעט לא מאומה. מסקנה זאת יפה לגבי שני המישורים העיקריים של סדר-הדין האזרחי, היינו: (א) ניהול משפטים לפי התקנות; (ב) מבנה מערכת בתי-המשפט וחלוקת הסמכות בין בתי-המשפט במערכת.

אמנם השתנו דברים מסוימים במשך 40 השנים האחרונות. אשר לתקנות המורות על ניהול משפטים ניתן לציין שינויים, כגון הרחבת השימוש בסדר-דין מקוצר ובהמרצות פתיחה, יחד עם ביטול העדיפות שניתנה לתביעות אשר הוגשו בסדר-דין מקוצר אף לאחר מתן רשות להתגונן; אימוץ ההליך האמריקני הקרוי קדם-משפט; התפתחויות חשובות בדבר הפרשי הצמדה וריבית המתוספים לפסקי-דין כספיים; והרחבת השימוש בהודעה לצד שלישי.

אולם השינויים הנ"ל ואחרים הם שוליים לעומת העובדה העיקרית שלאחר 40 שנות עצמאות ושתי גרסאות כחול-לבן של תקנות סדר-הדין האזרחי – הן זאת של תשכ"ג–1963 הן זאת של תשמ"ד–1984 – תקנות סדר-הדין שלנו היום עדיין מהוות הלכה למעשה תרגום עברי של התקנות המנדטוריות שהנהיג השלטון הבריטי בארץ ב-1938 וב-1941, שלמעשה הועתקו מהתקנות האנגליות שהיו תקפות אז ב-High Court האנגלי.

הוא הדין בדבר מערכת בתי-המשפט. אמנם היו שינויים ב-40 השנים האחרונות. אלו היו: (א) הרחבה רבה של הסמכות העניינית של בתי-משפט השלום באמצעות העלאה ריאלית מתמדת של סכום התביעה או שווי הנושא אשר בתי-משפט השלום מוסמכים לדון בהם, יחד עם שינוי קטן בכיוון ההפוך. כוונתי להעברת תביעות בעניין חכירה לדורות לבתי-המשפט המחוזיים; (ב) הקמת בתי-משפט לתביעות קטנות כמחלקות בבתי-משפט השלום; (ג) יצירת סמכות נגרת על-ידי החקיקה וסמכות נכרת (כלל עיקר וטפל) על-ידי הפסיקה; (ד) הסרת המחסום של חוסר סמכות מקומית כמונע קיום משפט, כאשר קיימת סמכות בינלאומית, ובהתאם לכך – קבלת הכלל המרסן של פורום לא-נאות.

מן הדין לציין עוד שתי התפתחויות המקשרות בין ניהול המשפט ובין מבנה מערכת בתי-המשפט, שהן איחוד כללי סדר-הדין בבתי-המשפט המחוזיים ובבתי-משפט השלום – הליך שהתחיל בתקנות תשכ"ג והסתיים באיחוד מוחלט בתקנת תשמ"ד; וכן

* פרופסור מן המניין ודיקן הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

הרחבה מתמדת של סמכות הרשם המוסמך לטפל כיום כמעט בכל דבר, פרט לשמיעת המשפט לגופו.

אולם כמו המצב בדבר תקנות ניהול המשפט, השינויים הנ"ל אינם גורעים כלל ועיקר מהעובדה העיקרית שעדיין שוררת בארץ מערכת בתי-משפט שמבנה וחלוקת הסמכות בה לא רק שקדמו להקמת המדינה, אלא שורר בארץ-ישראל מאז ימי התורכים. ברם, יש להדגיש שהתיאור הנ"ל בדבר העדר שינויים עקרוניים בסדר-הדין האזרחי ב-40 השנים האחרונות נכון רק להיום, וזאת כיוון שעכשיו אנו נמצאים על פרשת-דרכים בדבר סדר-הדין בכמה היבטים חשובים, וייתכן מאוד שאם אוכה לסקור את הנושא הזה כשיימלאו יובל שנים למשפט הישראלי, ואף פחות מזה – אציג תמונה שונה לגמרי.

ללא גזומא ניתן לקבוע, שבחצי-השנה האחרונה התרחשו דברים מעידים על כך שסדר-הדין האזרחי עתיד להשתנות בשנים הקרובות יותר מאשר בכל 40 השנים האחרונות, וכוונתי היא לשלושת הדברים הבאים:

- (א) הצעת "הריפורמה" במבנה מערכת בתי-המשפט;
- (ב) הצעת השינויים בתקנות סדר-הדין האזרחי לגבי כתיב-טענות ותצהירים.
- (ג) קבלת המכשיר הדיוני "תוכנה ייצוגית", כפרק ט' לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 – פרק שהוכנס לחוק כחלק מהתיקון המקיף, מס' 9, התשמ"ח-1988, ביולי 1988.

אמנם שניים משלושת הדברים הנ"ל הם עדיין בגדר הצעות, והשלישי הוא תיקון חוק חדש שמוקדם מדי לקבוע את משמעותו בוודאות; אולם סבורני, שכולם מעידים על שינויים שאכן יתרחשו, וזאת משום ששעתם אכן הגיעה, ואם כן – פני סדר-הדין האזרחי הישראלי ישתנו עד-מאוד.

לכן אקדיש את עיקר הרצאה זו לסקירת שלושת החידושים הללו ולניתוח השלכותיהם האפשריות. עיקרי הריפורמה המוצעת במערכת בתי-המשפט הם איחוד שתי המערכות – בתי-משפט השלום ובתי-המשפט המחוזיים – לערכאה ראשונה אחת; והקמת בית-משפט לערעורים חדש בין הערכאה הראשונה המאוחדת הזאת ובין בית-המשפט העליון. על ההצעה הזאת אין צורך להרחיב את הדיבור כאן. דברים הרבה נאמרו וייאמרו בנדון. די לי להזכיר, שאני מידע לעובדה כי הריפורמה המוצעת איננה תרופת-פלא שתפתור את כל בעיות מערכת-המשפט; בעיקרון איני מאמין בתרופות-פלא לבעיות מורכבות. יחד עם זאת, משוכנעני שהריפורמה תשפר את המערכת באופן ניכר, הן מבחינת תפקודו של בית-המשפט העליון הן מבחינת יעילות המערכת בערכאה הראשונה.

כבר ב-1982, במאמר שפרסמתי במשפטים¹, מתחתי ביקורת על כך שוועדת-לנדוי לא המליצה על איחוד בתי-משפט השלום ובתי-המשפט המחוזיים כערכאה ראשונה אחת ומאוחדת; ולעניות דעתי, הנימוקים שהבאתי אז לדעה זאת יפים הם גם היום. מבלי להרחיב יתר על המידה את הדיבור על דברים שכבר כתבתי, אסכם ואומר שמחד גיסא, אין שום תועלת בהמשך פיצול זה, היינו: הפיצול איננו תורם, הלכה למעשה, לניצול מומחיותם של שופטים, ומכל-מקום איננו נחוץ לניצול זה. הוא איננו גורם כלל

1 ס' גולדשטיין, "הערות על דו"ח הוועדה ובעית ההפרדה בסמכות בערכאה ראשונה" משפטים יב 160.

להתאמת הטיפול הדיוני לסוג העניין, ואין הוא יוצר, הלכה למעשה, הצבת שופטים בעלי מיומנות או ניסיון פחותים לדון בעניינים שחשיבותם פחותה. מאידך גיסא, הפיצול גורם נזק למערכת על-ידי יצירת כפילויות, מכביד על ניצול יעיל בכוח-אדם שיפוטי וגורם להתדיינות-סרק על שאלות הסמכות.

אשר לדבר השני, הצעת השינויים בתקנות סדר-הדין האזרחי לגבי כתיב-טענה ותצהירים, לכאורה הוא פחות מהפכני מאשר הריפורמה המוצעת במכנה כתיב-המשפט, אולם יש בו שינוי מיידי ניכר בסדר-הדין אצלנו וכן טמונים בו ניצנים לשינויים מרחיקי-לכת יותר, שאם הם יתגבשו – יחול מהפך בסדר-הדין.

בקיץ 1988 הפיצה הוועדה המייעצת לסדר-דין אזרחי, בראשותו של נשיא בית-המשפט העליון, כב' השופט מאיר שמגר – ולי הזכות להימנות עם חבריו – טיוטה לתיקון תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, שעניינה הוגדר על-ידי מכתב-הלוואי של הנשיא כ"שינוי הניסוח של כתבי טענות והנהגת השימוש בתצהירים בכתב..."

לפני שאדון בשינויים המוצעים לגופם, מן הראוי לציין את עצם הפצת הטיוטה לציבורים שונים עם בקשה, שציבורים אלה יגיבו עליה שהיא חידוש מבורך בהליך התקנת תקנות סדר-הדין אצלנו.

עיקר השינוי המוצע הוא הנהגת תצהירים בכתב של בעל-דין לשם אימות טענותיהם העובדתיות. תמצית השינוי מתוארת בדברי ההסבר להצעה (שגם זה, היינו; הוספת דברי הסבר להצעת תקנות, הוא חידוש מבורך), כדלקמן:

לבושם וצורתם של ההליכים יהיו, הלכה למעשה, כדלקמן: התביעה תביא פירוט עובדתי מלא הנשען על תצהיר של בעל הדין או של אדם אחר היודע את העובדות מידיעה אישית. ההגנה לא תוכל עוד להתבטא בהכחשות סתמיות אלא תכלול תצהיר של בעל הדין או של אדם אחר היודע את העובדות מידיעה אישית, בו תובא התיזה העובדתית של ההגנה. עם פתיחת הדיון יחליט בית המשפט אם התצהיר יבוא במקום חקירה ראשית, ותתחיל חקירה נגדית על אתר, או אם תקויים גם חקירה ראשית, מלאה או חלקית.

וכן:

ההצעה שוללת במפורש טענות עובדתיות חלופיות.

לפי דברי ההסבר הנ"ל:

מטרתה המרכזית של ההצעה היא הגברת הבהירות של הגירסה אשר מוצגת בכתב הטענות, וגילוי מירבי מראש של הטענות העובדתיות של כל הצדדים; דבר זה יאפשר לבעלי הדין לשקול צעדיהם ללא גישוש מיותר באפילה. אנו מאמינים שבכך תהיה הן בפני בית המשפט והן בפני בעלי הדין, מראש, תמונה ברורה יותר מזו העולה כיום מכתבי הטענות, ודבר זה יתרום ליעול הדיון, לפישוטו ולהחשתו².

2 דברי ההסבר להצעה, נוסח מתוקן, 5.8.88 (להלן: דברי ההסבר), סעיף 2. כוונת דברי ההסבר הנ"ל היא בעיקר לשינויים המוצעים, הצעה לתיקון תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ג, 3.8.88 (להלן: ההצעה), סעיפים 2, 3 ו-7.

דברי הוועדה הנ"ל מדגישים את היבט הגילוי של ההצעה. היבט זה מתחזק גם על-ידי פרטי ההצעה האחרים שטרם הוזכרו, שהם החובה לצרף לכתבי-הטענות את רשימת המסמכים אשר בעל-הדין עומד להגישם כראיה במשפט, יחד עם העתקי המסמכים עצמם, בכפופות להסדר מיוחד במקרה שבו מספרם רב מדי³; וכן החובה להמציא לבית-המשפט את רשימת העדים שבדעתו של בעל-הדין להעידם, עם ציון הנושא או התחום אשר עליו יעיד כל עד, וזאת תוך 60 יום מתום הגשת כתבי-הטענות⁴.

הצעות אלה לא רק מקדימות חלק ניכר של הגילוי הקיים היום מהשלב של גילוי מסמכים ועיון בהם לשלב כתבי-הטענות, אלא הן גם מרחיבות את הגילוי בכללותו, וכוונתי היא לחובה לצרף את רשימת העדים. חובה זאת מהווה חידוש בסדר-הדין שלנו, כי הרי היום אין שום אפשרות לחייב בעל-דין להעביר לבעל-דין אחר את רשימת עדיו, פרט למקרה של עדים מומחים⁵.

סבורני שהגברת הגילוי המוצעת תתווסף "ליעול הדיון, לפישוטו ולהחשתו" — כדברי הוועדה הנ"ל, אם אכן התביעה תדון לגופו. אולם יש להדגיש, שגילוי זה עשוי לתרום גם למניעת הצורך לדון כתביעות לגופן, וזאת על-ידי עידוד בעל-הדין להתפשר בשלב מוקדם.

על-ידי גילוי זה ילמד עורך-הדין על טיב העילה או ההגנה של יריבו, ועל-ידי כך הוא יוכל לא רק להתכונן טוב יותר לבירור המשפט לגופו, אלא גם להעריך טוב יותר את סיכויי היריב לזכות בטיעוניו. יתירה מזאת: הכנת כתב-טענות-יר-שלו, לרבות התצהיר הדרוש לאימות העובדות, רשימת המסמכים ורשימת העדים שהוא עומד להעידם — יחייב את עורך-הדין לבדוק היטב את עילתו או את הגנתו-שלו כבר בשלב המוקדם של כתבי-הטענות. בדיקה זאת עשויה להאיר את עיניו בדבר סיכוייו-הוא לזכות במשפט. הליך זה יקנה אפוא לעורך-הדין את המידע ואת הרבון הדרושים לויתורים ולפשרות; לעומת המצב הקיים היום שהלכה למעשה כתבי-הטענות מוגשים לעתים ללא בדיקה יסודית של טיב העילה או טיב ההגנה, ובדיקה זאת נעשית רק לקראת בירור המשפט לגופו או לכל המוקדם — לקראת קדם-המשפט.

במצב הנוכחי אין פלא שפשרות רבות מושגות סביב לקדם-משפט, וזאת לא דווקא בזכות המכשיר המיוחד של קדם-משפט, אלא הודות לעובדה שקיום קדם-המשפט מחייב את עורכי-הדין לפתוח את התיק ולבדוק היטב את עניין המשפט. השינויים המוצעים עשויים להקדים את הבדיקה הזאת לשלב של כתבי-הטענות ועל-ידי כך להקדים גם את השגת הפשרות.

ברם, התיקונים המוצעים אינם גורמים אך ורק להרחיב ולהקדים את הגילוי לשם יעולו של בירור המשפט לגופו ולצורך עידוד פשרות. דומני, שהוועדה גם מקווה, כי הצורך לאמת עובדות על-ידי תצהיר וכן האיטור המפורש על העלאת טענות עובדתיות חלופיות, שגם הוא כלול בהצעה⁶, ימנעו מבעל-דין ומבא-כוחם, או לפחות ירתיעו אותם, מהגשת טיעוני-סרק.

3 ההצעה, סעיפים 2, 7, ו-16.

4 שם, סעיפים 2, 7 ו-31.

5 ראה המ' 121/58 קרן קיימת לישראל בע"מ נ' כץ, פ"ד יב(2) 1472.

6 ההצעה, סעיף 15. וזאת לשון ההצעה בעניין:

אין לטעון בכתב טענות עובדתיות חלופיות או סותרות... אין בכך כדי למנוע טענות משפטיות חלופיות.

מההיבט הזה ניתן להתייחס לתיקונים המוצעים כהמשך המאבק נגד העלאת טיעוני-סרק ושימושים-לרעה אחרים בהליך המשפטי — מאבק שבא לידי ביטוי בשנים האחרונות בעיקר בהטלת עונשים כספיים על בעלי-הדין. כוונתי היא לפסיקת הוצאות למיניהן, הן הוצאות מוגדלות המטילות על המפסיד במשפט, המכוונות לא רק לפצות את הזוכה אלא גם, ואולי בעיקר, לשמש עונש מרתיע; הן הפחתת ההוצאות הנפסקות לזוכה, או סירוב לפוסקן כלל, כדי להענישו על התנהגותו הלא-רצויה במשפט למרות זכייתו; וכמובן, ובעיקר, "הוצאות" כביכול, הנפסקות לטובת המדינה, שהן בוודאי בגדר עונשין, הנועדים להעניש עבריינין וכן להרתיע עבריינים-בכוח⁷.

מן הדין גם לציין שהכבדה על כתבי-הטענות במגמה למנוע טיעוני-סרק מתיישבת גם עם הלוך-הרוחות במדינות אחרות, במיוחד במה שעשו האמריקנים ב-1983, כאשר בתקנם את תקנה 11 לתקנות סדר-הדין הפדרלי כדי לעודד את בתי-המשפט להטיל עונשים כספיים על בעלי דין ועל בא-כוחם, המגישים כתבי-טענות או כתבי בית-דין אחרים שאינם מבוססים דיים⁸.

תקנה 11 המתוקנת מחייבת עורך-דין המייצג בעל-דין לחתום על כל כתב בית-דין וכן התקנה קובעת במפורש, שבחותמו על המסמך, עורך-הדין מצהיר בכך "שלמיטב ידיעתו, מידעתו ואמונתו שהתגבשו אצלו לאחר בדיקה סבירה [המסמך המוגש] מבוסס היטב מבחינת עובדותיו ועל הדין הקיים או על טיעון הנטען בתום-לב להרחבת הדין הקיים לשינויו או לחידושו, ושהוא [המסמך] אינו מוגש למטרה לא-הגונה, כגון להציק או לגרום לעיכוב מיותר או להגדלה מיותרת של עלות ההתדיינות" (ההדגש שלנו — ס' ג').

אשר לעונש שניתן להטיל בגין עבירה על הכללים הנ"ל, תקנה 11 המתוקנת אומרת:

כאשר חותמים על כתב-טענות, בקשה או מסמך אחר בניגוד לתקנה זאת, יטיל בית-המשפט, בין בעקבות בקשה בין ביוזמתו, על עורך-הדין שחתם או על בעל-הדין המיוצג על-ידי או על שניהם, עונשים הולמים, לרבות צו לשלם לבעל-דין אחר או לבעל-דין אחרים סכום כסף השווה להוצאות הסבירות שנגרמו להם עקב הגשתם של כתבי-הטיעונים, הבקשה או מסמך אחר, לרבות שכר סביר של טרחת עורך-דין.

כדי להבין את משמעות העונשים הנ"ל עלינו להיזכר שלפי השיטה האמריקנית המקובלת, ההוצאות הנפסקות במשפט אינן כוללות שכר טרחת עורך-דין, ולכן פסיקת שכר-טרחת כאן מהווה עונש מיוחד וכבד המוטל על אי-קיום חובת התקנה. זאת ועוד: התקנה מורה במפורש שניתן להחיל את העונש על עורך-הדין עצמו. יתירה מזאת: התקנה מתמקדת לא בבעל-הדין, אלא בעורך-הדין, בהטילה עליו את האחריות לבדיקה סבירה בדבר נכונותם של הטיעונים המוגשים וכן מזכירה אותו כנושא הראשי בעונש. לבסוף יש לשים לב לחובה ברורה על בית-המשפט בדבר: לא רק שהוא רשאי להטיל את העונשים, אלא לפי נוסח התקנה הוא חייב לעשות כן ("הוא יטיל" — The court... shall impose), וכן מיוזמתו-הוא — אם לא הוגשה בקשה.

7 ראה S. Goldstein, "Reflections on the Possibilities and Problems of Accelerating the Civil Litigation Process" 7 Tel Aviv Studies in Law 51, 59-66; זילברטל, "הוצאות לטובת המדינה" משפטים טו 389.

8 ראה גולדשטיין (לעיל, הערה 7).

השוואה בין תקנה 11 המתוקנת ובין הצעת התיקונים בדבר אימות כתבי-טענות, שעליה אנחנו דנים, בשילוב עם העונשים הכספיים שכבר קיימים אצלנו, מראה הקבלות ניכרות הן לגבי המטרות הן לגבי ההסדר הבא להגשימן. גם בדבר יוזמת בית-המשפט יש להזכיר, שהן תקנה 514 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, הן תקנה 6 לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, תשמ"ד-1984 — ששתיהן מתירות, בין השאר, פסיקת "הוצאות" לטובת המדינה — מרשות את בית-המשפט לפעול מיוזמתו. כמובן לפי ההצעה החדשה, בית-המשפט רשאי בכל עת לצוות על מחיקת כתב-טענות אשר אינו מקיים את הוראות התקנות המוצעות, וזאת לאחר מתן הזדמנות לבעל-הדין לתקנו, בין אם הוגשה בקשה לעשות כן בין אם לאו.⁹

יחד עם הדמיון הברור בין שני ההסדרים — האמריקני הקיים והישראלי המוצע — יש לציין את ההבדל העיקרי ביניהם: לפי ההסדר האמריקני, כובד האחריות רובן על עורך-הדין וכן עליו לשאת בעונש העבירות. לעומת זאת, ההסדר הישראלי הוא מסורתי יותר, בהטילו את כובד האחריות וכן את העונש על בעל-הדין; וזאת, בכפיפות לפסיקה הקיימת, שהיא גם מוגבלת וגם ללא שום ניגון בדבר חיקוק, ולפיה בית-המשפט רשאי לחייב עורך-דין שייצג בעל-דין בהליך פלוני בתשלום הוצאות אותו ההליך, כולן או מקצתן, מכיסו, כאשר לדעת בית-המשפט אותן ההוצאות נגרמו במעשהו או במחדלו של עורך-הדין שלא על-פי הוראותיו של בעל-דין וכדיעתו, ושהיה במעשהו או במחדלו, כאמור, משום רשלנות או משום התנהגות שלא כהלכה במילוי תפקידו.¹⁰ עד כאן בדבר השפעת התיקונים המוצעים על המתרחש לפני בירור המשפט לגופו. נשאלת השאלה, מה תהיה השפעתם של התיקונים המוצעים על בירור המשפט לגופו. האם הבירור ינוהל יותר על-ידי שימוש בתצהירים לעומת עדות בעל-פה, כמו השיטה הנוהגת ביבשת אירופה לעומת המסורת האנגלית הנוהגת אצלנו? התשובה לשאלה זאת, הנובעת מהתיקונים המוצעים וכן מדברי ההסבר, היא, שאין בתיקונים המוצעים שינויים מרחיקי-לכת לגבי בירור המשפט לגופו, לפחות על-פני התיקונים ובשלב המידי.

אמנם, נוסף על תצהירי החובה, בעל-דין רשאי לצרף לכתב-טענותיו תצהירים נוספים של עדים אשר העובדות, כולן או מקצתן, ידועות להם מידיעה אישית.¹¹ אולם מדובר ברשות גרידא, ולגבי עדים אלה ניתן לבעל-דין להסתפק בכלילתם ברשימת העדים יחד עם קיצורי הנושא או התחום שעליהם יעידו. תובה על בעל-דין רק לצרף "תצהירי-עילה", לעומת "תצהירי-עדות", היינו; תצהירים המאמתים, על-יסוד ידיעה אישית, את העובדות הנטענות בכתב-הטענות. תצהיר עילה זה יינתן על-ידי בעל-הדין עצמו, ואם העובדות, כולן או מקצתן, אינן ידועות לו מידיעה אישית — עליו להצהיר לפי מיטב אמונתו, לציין את הנימוקים לאמנה זאת וכן לצרף עוד תצהיר אחד או יותר, לפי הצורך, של עד אחר אשר העובדות הנטענות ידועות לו מידיעה אישית. בעל-דין שאינו יודע את העובדות הנטענות מידיעה אישית ונבצר ממנו לצרף את התצהיר הדרוש של עד אחר, אין בכך כדי להכשילו, אלא עליו לציין בתצהירו את הסיבות לאי-המצאת התצהיר, ובכלל זה מה הצעדים הסביריו שנקט כדי להגיש תצהיר.¹²

9 ההצעה, סעיף 29.

10 ע"א 357/64 רקבין נ' פקיד השומה, פ"ד יח(4) 729.

11 ההצעה, סעיפים 3, 7 ו-36.

12 שם, סעיפים 3 ו-7.

ברור מהתיאור הנ"ל, שכאשר עדים שאינם בעלי-הדין עצמם יעידו במשפט, אין לצפות שרוב עדות זאת תימצא בתצהירים שצורפו לכתבי-הטענות. זאת ועוד: גם בדבר העדויות הנמצאות בתצהירים שצורפו לכתבי-הטענות אין בכך כדי להפוך על-אתר את התצהיר לעדות, ואף הוא אינו בא בהכרח במקום חקירה ראשית. אשר לשימוש בתצהיר כזה כעדות במשפט, התיקון המוצע מרשה את בית-המשפט להחליט, לפי שיקול-דעתו, לגבי כל תצהיר ותצהיר, לפעול לפי אחת משלוש הדרכים הבאות:

- (א) לקרוא לעד שמסר תצהיר, קודם-כול לחקירה ראשית; או
- (ב) לבקש מן העד הרצאה רצופה של דבריו ורק לאחר שמיעת דבריו להחליט אם להתיר חקירה ראשית נוספת או לעבור מיד לחקירה נגדית; או
- (ג) לעבור על אתר לחקירה נגדית, היינו: לראות מיד באמור בתצהיר את החקירה הראשית.¹³

כנאמר בדברי ההסבר של הוועדה:

שיקול הדעת של בית המשפט מבטא את מסקנתנו כי יש מקרים בהם יעדיף בית המשפט את שמיעת הדברים מראשיתם מפי העד, כדי להתרשם ממנו במישרין. מאידך גיסא, יהיו מקרים בהם יהפוך התצהיר את החקירה הראשית למיותרת והדיון יתחיל בחקירה הנגדית.¹⁴

לבסוף, כתיבה במסקנה שאין התיקונים המוצעים יוצרים שינויים מרחיקי-לכת בהליך בירור המשפט לגופו לעומת החלק הקודם לו, יש לציין שבדברי ההסבר הוועדה אומרת, שהיא שקלה ודחתה הצעה להנהגת תצהירים בכתב של כל העדים.¹⁵ ברם, ישנו גם פן שני לתיקונים המוצעים בדבר השפעתם על בירור המשפט לגופו, ולו על-סמך הנחות מסוימות ולטווח הרחוק. ראשית, בהתאם לאפשרות הניתנת לבעל-דין לצרף תצהירי-רשות לכתב-טענותיו, נוסף על תצהירי-החובה, הוועדה מציעה לתקן תקנה 169 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, שהיום מתירה מסירת עדות על-ידי תצהיר רק "בדיון שלא לפי כתב-תביעה" ולהתיר מסירת עדות על-ידי תצהיר בכל דיון. בכפיפות, כמובן, לאפשרויות הנ"ל הניתנות לשיקול-הדעת של בית-המשפט בדבר שימוש בתצהירים כעדות.¹⁶

שנית, ולטווח הארוך חשוב יותר, יש בעיני משמעות רבה לעובדה שהוועדה דנה בכובד-ראש באפשרות לחייב הגשת כל העדות על-ידי תצהירים וכן לא דחתה את האפשרות הזאת בצורה מוחלטת, ואלה הם דברי הוועדה:

כאמור, הוחלט לא לעשות, בשלב זה, צעד החלטי של מעבר לשיטת דיון בה כל העדויות חייבות ללוש מראש את צורת התצהיר; רק לימוד הדרגתי, תוך נסיון מעשי, של השתלבותה של השיטה החדשה לתוך סדרי הדין שלנו, תלמד על הכדאיות והסבירות של ההרחבה המוזכרת לעיל (ההדגשים במקור).¹⁷

13 שם, סעיף 34.

14 דברי ההסבר, סעיף 5.

15 שם.

16 ההצעה, סעיף 36.

17 דברי ההסבר, סעיף 5.

האם אין בזה רמז לשינויים מרחיקי-לכת יותר בעניין העתידים לבוא? נחיה ונראה. זאת ועוד: ייתכן שבתיקונים המוצעים טמון שינוי בהליך בירור המשפט, שהוא פחות מרחיק-לכת מאשר לחייב הגשת כל העדות מראש בצורת תצהירים, אולם ניתן ליישמו במסגרת התיקונים עצמם. וכוונתי לשינוי ניכר בסדר הבאת העדויות. כפי שמשקף בתקנה 158(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, סדר הבאת הראיות אצלנו הוא לפי המסורת האנגלית, שלפיה התובע מביא קודם את כל ראיותיו ואחר-כך חורו של הנתבע להביא את כל ראיותיו. זאת, לעומת המסורת ביבשת אירופה שלפיה מתייחס השופט לראיותיו של שני בעלי-הדין עצמם בטרם ישמיעו עדים אחרים את עדותם.

בזמנו תמך פרופ' שלו גנוסר ז"ל בהנהגת חובה לצרף תצהירי בעלי-הדין לכתבי-הטענות לאו דווקא לצורכי גילוי, עידוד פשרות ומניעת טיעוני-סרק — כפי שהזכרנו לעיל — אלא בעיקר משום שלדעתו, צירוף תצהירי בעלי-הדין לכתבי-הטענות יוביל לפתיחת בירור המשפט לגופו בחקירה נגדית של בעלי-הדין על תצהיריהם בטרם יישמעו עדים אחרים, ועל-ידי כך ישתנה, הלכה למעשה, סדר הבאת הראיות¹⁸. כך נעשה אצלנו בתקנות המיוחדות הזולות על תביעה למזונות, שהותקנו ב-1975¹⁹, וכן בהסדר המיוחד שחל בדבר קביעת תשלום תכופ לנפגעי תאונות-דרכים²⁰. אין שום רמז, לא בתיקונים המוצעים עצמם ולא בדברי-ההסבר של הוועדה, שזוהי הכוונה בהצעה הנדונה בדבר תצהירי בעלי-הדין. יחד עם זאת, ההצעה תגרום לכך שבמקרה השכיח, שבו בעלי-הדין מגישים תצהירי-עילה, יהיו לפני בית-המשפט בפתיחת הדין גרסאות בעלי-הדין, וזאת בטרם ישמע השופט עדים אחרים שלא הגישו תצהירים. מצב זה כבר עונה הלכה למעשה, ולו חלקית, על דרישתו של פרופ' גנוסר ז"ל בדבר סדר הבאת הראיות. זאת ועוד: כבר היום תקנה 158(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, מתירה לבית-המשפט, ביוזמתו או לפי בקשת בעל-הדין, להורות שבעלי-הדין יעידו בפניו לפני שיעידו שאר העדים במשפט. סביר להניח, שקיומם של תצהירי בעלי-הדין כחלק מכתבי-הטענות יעודד שופטים לנצל את הסמכות הזאת יותר מאשר הם נמצלים אותה היום; ואם כן, התיקונים המוצעים עשויים להגשים באופן מוחלט את השינוי בסדר בהבאת הראיות שהציע פרופ' גנוסר ז"ל. עם כל הכבוד, גם אני מחייב את הצעתו²¹.

עד כאן סקרנו את עיקרי ההצעה לתיקון סדר-הדין ומטרותיה, וכן העלינו תחזיות לגבי השלכותיה של ההצעה אם היא תתקבל. הגיעו כבר לוועדה תגובות רבות, חלקן חומכות בהצעה ללא סייג או בהסתייגויות קלות, וחלקן חולקות על ההצעה, חלקית או לחלוטין. אין בכוונתי להתעמק בהרצאה קצרה זאת בכל הכעיות שההצעה מעוררת. מאידך גיסא, מן הדין יהיה להתייחס, ולו בקצרה, לדברי ההתנגדות העיקריים שהושמעו. דברי מתנגדים אלה מתמקדים בחובה לאמת את כתבי-הטענות כתצהירים המפרטים את עובדות העילה או את עובדות ההגנה לפי העניין. עיקר ההתנגדות לחובה

18 ראה ש' גנוסר, "עיצוב הדין" הפרקליט לא (תשל"ז) 29.

19 כיום התקנות האלה מצויות בפרק כא לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984.

20 תקנות פיצויים לנפגעי תאונות-דרכים (סדר מקוצר לתשלום תכופ), תשל"ב-1976. השווה גם את סמכותו של השופט להורות שבעל-הדין יתייב בגופו לקדם-משפט, תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, תקנה 146; וניהול תובענה המוגשת בהמרת פתיחה, תקנות 248-258.

21 השווה ס' גולדשטיין, "תביעה נגזרת — דרכי פתיחה וניהולה" משפטים יד, 48, 66-67.

זו איננו לעצם החובה אלה לעיתויה, היינו: המתנגדים טוענים, שאין לחייב הגשת תצהירי-עילה עד לשלב מאוחר יותר מאשר כתבי הטענות, ומצביעים על קדם-המשפט כשלב מתאים. זאת, בגלל העובדה שאחוז גבוה של המשפטים מתסיימים לפני בירור המשפט לגופו ואף לפני קיום קדם-המשפט, ולכן – לדעת המתנגדים – החובה לצרף תצהירים לפני שלב זה תגרום עבודה רבה ומיותרת. כי הרי מה הטעם בהצגת תצהירים רבים ובטרחן הרבה הכרוכה בהכנתם אם ממילא התיק לא יגיע להכרעה שיפוטית. עם כל הכבוד, אני חולק על דעה זאת. ראשית לדעתי, הדוגלים בגישה זאת מגזימים בתיאור הטרחה הכרוכה בהגשת תצהירי-עילה ובמספר התצהירים שיוגשו, כי הרי כמשפט שכית יוגשו שני תצהירים בלבד – אחד על-ידי כל אחד מבעלי-הדין. שנית, ואף חשוב הרבה יותר, דחיית הגשתם של התצהירים עד שלב מאוחר בהליך תחטיא שתי מטרות חשובות של החובה לצרף תצהירים, שהן – כפי שכבר הזכרנו – מניעת הגשתן של טענות-סרק ועידוד השגתן של פשרות בשלב מוקדם.

מן הדין להדגיש, שהשאפה למניעת טענות-סרק איננה מתייחסת רק לכתב-התביעה אלא גם לכתב-ההגנה, ובעיני, מטרה חשובה היא לשרש את הנוהג הקיים אצלנו, שלפיו בכתב-ההגנה מכחיש הנתבע הכחשה סתמית את כל טיעוני התובע ללא שום התייחסות ממשית לעילת התובענה. כמורכב, צירוף מוקדם של תצהירים לא רק שיעודד השגת פשרות בשלב מוקדם מבחינת נכונותם של בעלי-הדין להתפשר, אלא הוא גם יאפשר לשופט היושב בבקשות מוקדמות לדעת טוב יותר את התיק כדי שגם הוא יכול לקדם השגת פשרות באופן יעיל והוגן יותר. זאת, לעומת המצב היום, כאשר במקרים רבים השופט לוחץ על הצדדים להתפשר כדי שהוא יוכל "לחסל" את התיק, בלי שהוא יודע במה מדובר לגופו של עניין. דבר זה איננו הולם את כבודה של מערכת-השפיטה וגורם להרגשה אצל בעלי-דין שהם נלחצו להתפשר בלי שהיה להם "יוםם בבית-המשפט". התוצאה היא שבמקום ההרגשה הרצויה בעקבות פשרה שאף בעל-דין לא הפסיד, שני בעלי-הדין מרגישים לעתים שהם קופחו והפסידו. כאשר השופט יתמצא בעובדות התיק, התקווה היא שפשרות שתושגנה עקב התערבותו תהיינה הגונות יותר בפועל וכן תיראנה כך בעיני בעל-הדין.

להבדיל משני הדברים הנ"ל, שהם בגדר הצעות גרידא, אתייחס עתה, ובקיצור, לתיקון חוק שכבר התקבל וכוונתי היא לתיקון לחוק ניירות הערך, שהתקבל ביולי 1988²² ואשר הכניס למשפטנו "תובענה ייצוגית" (לפי לשון החוק) או "תביעת ייצוג קבוצות", כפי שבזמנו תרגמתי לעברית את המונח האמריקני class action. על תובענה ייצוגית נוסח ארצות-הברית אפשר להקדיש הרצאה שלימה, אם לא כמה הרצאות, ומובן שאין ביכולתי להקיף את הנושא במשך כמה דקות שאקדיש לו במסגרת הרצאה זאת. מה גם שכבר חיברתי דו"ח²³ ושני מאמרים על הנושא הנדון והמעוניין בו יוכל למצוא בהם דיון מקיף יותר²⁴.

באופן כללי, ובקיצור רב, תביעת ייצוג קבוצתית היא תביעה שבה פלוני, שלו תביעה אישית נגד הנתבע תובע לא רק עבור עצמו אלא גם עבור אחרים הקשורים כמוהו לאותו

22 תיקון (מס' 9) ס"ח התשמ"ח 188, 208–209.

23 ס' גולדשטיין, "פיתוח שיטת תביעות-ייצוג קבוצתיות כמגן לצרכן" דו"ח שהוגש למועצה הישראלית לצרכנות, 1978.

24 ס' גולדשטיין, "תביעות-ייצוג קבוצתיות – מה ועל שום מה?" משפטים ט 416; ס' גולדשטיין, "עוד בעניין תביעות-ייצוג קבוצתיות – התפתחות במשפט האנגלי" משפטים יא 412.

מעשה או לעסקה או לסדרת מעשים או לעסקאות, וזאת בתובענה אחת ועל-אף שלכל אחד שפלוני תובע עבורו תביעה אישית הנבדלת מתביעות האחרים גם במוכן שכל אחד זכאי לסעד, לרבות סעד כספי, נפרד כמובן אין התובע זקוק לאישורם של אלה שעבורם הוא תובע ולעתים זהותם אף אינה ידועה לו.

ובהתאם לתיאור זה, הסעיף החדש לחוק גיירות ערך המתוקן, הלוא הוא 54א(א), מורה שבאישור בית-משפט ובהתקיימם של תנאים מסוימים,

מחזיק בנייר ערך (להלן: התובע) רשאי לתבוע בשם קבוצת מחזיקים בניירות ערך בשל כל עילה אשר בשלה יכול על פי דין התובע לתבוע בשמו ונגד כל נחבע אשר התובע יכול לתבוע בשמו (להלן: תובענה ייצוגית).²⁵

סעיף קטן זה נמצא בפרק חדש לחוק שהוא פרק ט ו, הנקרא "תובענה ייצוגית" בהמשכו של הפרק ישנן הוראות אחרות הדרושות להסדר הנקבע, לרבות הוראות חדישות המאפשרות מימון התביעה הייצוגית מאת הרשות לניירות-ערך; וכן פסיקה לתובע המייצג את הקבוצה חלק מהסכום הנפסק לטובת כל חברי הקבוצה, נוסף על זה שמגיע לו עבור עילתו-שלו.

לא ארחיב יותר את הדיבור על פרטי ההסדר בתיקון החדש לניירות-ערך, שגם הוא נושא המצדיק הרצאה עצמאית שלימה. וחת זאת, ברצוני לדון בקיצור במשמעותו של אימץ מכשיר זה במשפטנו.

התפתחות עולמית חשובה, ואולי החשובה ביותר, בסדר-הדין האזרחי מאז מלחמת-העולם השנייה היא המגמה השואפת להקל על הגישה למערכת בתי-המשפט — מגמה שזכתה לכינוי "התנועה לשיפור נגישותה של מערכת הצדק", או בלע"ז: The Access to Justice Movement.

כפי שהשכילו המלומדים מאורו קפלטי ובריינט גרת לתארה בדו"חם הכללי לסדרה הגדולה על מגמת ה-"Access to Justice",²⁶ מגמה בינלאומית זאת מורכבת מגלים שונים. הגל הראשון מתייחס לבעיה של נגישות המערכת המשפטית כלפי התובע היחיד, שלו עילה טובה, אולם אין זה מעשי שהוא יתבע עבורה, וזאת מסיבות שונות, כגון חוסר-יכולתו לממן את ההתדיינות או העובדה שהערך הכספי הפחות של עילתו איננו מצדיק את העלות שבתובענה. כגל זה הושגו הקלות, כגון הסדרי סיוע משפטי לעניים וכן הקמת בתי-משפט לתביעות קטנות במדינות שונות, לרבות מדינת ישראל. ללא זלזול, חלילה, בחשיבותו של הגל הזה, יש לציין שהוא איננו מהפכני מבחינת השימוש בהתדיינות אזרחית. אדרבא: הוא שואף לאפשר ליותר אנשים לנצל התדיינות אזרחית לצורך המסורתי ביותר של התדיינות זאת, היינו: מתן סעד אישי לאדם שלו עילת תובענה נגד אדם אחר, ועל-ידי כך להיטיב עם התובע שנגרם לו נזק כספי או עוול אחר על-ידי הנתבע.

אמנם, בכל תחומי המשפט שבהם חובת הנתבע להיטיב עם התובע מבוססת על אשמו של הראשון יש במתן לתובע לממש את חובתו של הנתבע גם משום תמיכה

25 ראה גם דברי ההסבר לסעיף זה, האומרים: "מטרת ההליך היא לאפשר למשקיע בנייר ערך לתבוע סעד כספי או אחר גם כאשר הנזק הנגרם לו הוא יחסית קטן, אך סך כל הנזק שנגרם לכלל המשקיעים באותו נייר ערך יכול להיות גדול". ה"ח התשמ"ז 301, 282.

26 ראה, M. Cappalletti & B. Garth, "General Report" Access to Justice 1978 (M. Cappalletti, B. Garth, gen. ed.) I. I.

לאכיפת החוק המהותי, לרבות הטלת עונש על הנתבע שעבר על החוק וכן הרחעתם של אנשים אחרים מלהתנהג כמו הנתבע שחויב בדין. אולם יש להדגיש את העיקר בגל זה, שהוא מתן סעד לתובע הניזוק, כאשר ההיבט העונשי וההרתעתי של מתן סעד זה הוא משני.

זאת, לעומת הגל השני המתייחס לפיתוח מכשירים הנועדים להגן על זכויות שניתן להגדירן כפוזררות או קבוצתיות, וכוונתי למקרים שבהם על-ידי מעשהו או מחדלו של הנתבע נגרם נזק להרבה ניזוקים, כשכל אחד מהם אמנם סבל נזק קטן בלבד, אבל בסך הכול נגרם נזק גדול לציבור. במקרים כאלה ההנחה היא, שהנזק שנגרם לכל אחד מהניזוקים לחוד הוא כה קטן, שלניזוק לא יהיה כדאי לתובעו אפילו בהתקיימן של ההקלות על הגישה לבתי-המשפט, שהושגו בגל הראשון, היינו: סיוע משפטי ובתי-משפט לתביעות קטנות.

המטרה העיקרית שבחיפוש אחרי מכשירים והליכים שיאפשרו ואף יעודדו הגשת תביעות אזרחיות במקרים אלה איננה דווקא מתן סעד לניזוק היחיד (מטרה זו היא משנית לכל היותר), אלא שימוש בהטלת חיוב משפטי אזרחי על מפר חוק כמכשיר עונשי-הרתעתי לאכיפת החוק.

במובן זה, הגל השני כולל פיתוח מכשירים, כגון ה-*Private Attorney General* במשפט האמריקני, ה-*actio popularis* במשפטן של מדינות יבשת אירופה וכן תביעות נגזרות. כל אלה הצטרפו למכשירים מסורתיים יותר, כגון תביעה פרטית על מטרד לרבים וקובלנות פליליות פרטיות.

ברם, ההיבטים המהפכניים ביותר בגל באים לידי ביטוי בפיתוח המכשיר של תביעת-ייצוג קבוצתית בארצות-הברית וכן בהתרת הגשתן של תביעות על-ידי ארגונים לא-ממלכתיים כפי שזאת התפתחה במדינות אחרות, בעיקר ביבשת אירופה.²⁷ מה בינינו ובין הגל השני? כמה מכשירים שהזכרתי לעיל, כגון תביעות פרטיות על מטרד לרבים וכן קובלנות פליליות פרטיות, קיימים במשפטנו מלפני קום המדינה, מאז קום המדינה התפתחה התביעה הנגזרת על-ידי הפסיקה. גם חוק החוזים האחדים, התשמ"ג-1982, התיר ל"כל ארגון לקוחות ורשות ציבורית שנקבעו בתקנות, וכן ארגון לקוחות שיאשר שר-המשפטים לעניין מסוים" לתבוע ביטול תנאי מקפח בפני בית-הדין לחוזים אחדים.²⁸

אולם עד אימון תביעות-ייצוג קבוצתיות על-ידי התיקון לחוק ניירות-ערך, הגל השני בא לידי ביטוי במשפטנו בעיקר בהרחבת זכות העמידה בפני בג"צ. ברצוני להדגיש שלעניות דעתי, הנהגת תביעת-ייצוג קבוצתית אצלנו קשורה יותר, מבחינה עיונית, להרחבת זכות העמידה בפני בג"צ מאשר להקמת בתי-המשפט לתביעות קטנות. הוא-הדין לגבי המכנה המשותף לכל התפתחויות הגל השני, הרחבת זכות העמידה. לעומת הגל הראשון, מטרתו העיקרית של הגל השני איננה השימוש בהתדיינות אזרחית כדי לפצות את הניזוק היחיד או להעניק לו סעד אישי אחר, אלא להבטיח קיום החוק המהותי. היינו: המטרה העיקרית של המכשירים הנ"ל היא לכפות ציות לחוק באמצעות הכוח ההרתעתי של האיום להטיל עונשין ממשיים ויעילים אם יופר החוק, וכן הטלת עונשין כאלה לפי הצורך.

27 שם.

28 ראה S. Goldstein, "La Protezione degli interessi diffusi nel diritto processuale civile israeliano" 38 *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 1220 (1984).

מדובר כאן ב"אזרח", היינו: ניצול יוזמות פרטיות בשירות אכיפת החוק על-ידי פיתוח מכשירים דיוניים המעוררים ומדרבנים אנשים פרטיים או ארגונים פרטיים לפעול כדי לכפות ציות לחוק.

לעניות דעתי, מעולם לא היו הסיווגים בין התדיינות אזרחית לבין התדיינות ציבורית, ובין התדיינות אזרחית לבין התדיינות פלילית, חדים כפי שהם מתוארים לעתים. אולם פיתוחן של תביעות-ייצוג קבוצתיות ושל תביעות על-ידי ארגונים פרטיים מטשטש יותר, ובמידה ניכרת, את הסיווגים הנ"ל.

אימוצם של שני המכשירים הדיוניים גם מעורר את ההבחנה המקובלת בין תפקידם של גורמים ממלכתיים באכיפת החוק ובין זה של יזמים פרטיים.

לכסוף, וגם לא במנותק מהדברים העיוניים הנ"ל, קיימות בעיות מעשיות בשימוש בשני המכשירים הנ"ל ובמיוחד בשימוש בתביעות-ייצוג קבוצתיות, והן קשורות לסכנה בשימוש-לרעה במכשיר וכן לנטל המוטל אפוא על בתי-המשפט לפעול לצמצום סכנה זאת, אם לא למונעה כלל.

אין להתפלא אפוא, ששיטות-משפט רבות הססו ועדיין מהססות מלאמץ את המכשירים האלה, והוא-הדין גם לגבי המשפט הישראלי. אצלנו מתן זכות עמידה לארגונים פרטיים להגיש תביעות אזרחיות מוגבל למקרה של חוזים אחידים שהזכרתי לעיל, ובמקרה זה מדובר בבית-דין מיוחד ולא בבית-משפט רגיל; וכן מסופקני אם ניתן להגדיר את הגופים שזכו למעמד זה כארגונים פרטיים הלכה למעשה.

עד לעת האחרונה לא התקבלו כלל תביעות-ייצוג קבוצתיות במשפטנו. הפסיקה פירשה את התקנה הקיימת אצלנו, הלא היא תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (שגם היתה בתקנות תשכ"ג-1963 לפי אותו הנוסח ואותו המספר), פירוש מצומצם שאיננו מאשר תביעות-ייצוג קבוצתיות כפי שתיארנו אותן לעיל²⁹. הגם שבמשרד-המשפטים מכינים עתה הצעת חוק בעניין זה כעשור שנים, טרם הושלמה המלאכה.

אולם עכשיו קיים התיקון החדש לחוק ניירות-הערך, המכניס את המכשיר של תביעות-ייצוג קבוצתיות למשפטנו בתחום זה. האם זה מעיד על כך שבקרוב המכשיר יאומץ גם עבור תחומי משפט אחרים?

בעיני, סביר להניח שכן. דעה זאת מוצאת חיזוק גם בפסק-דין חדש של בית-המשפט העליון מפי הנשיא, כב' השופט שמגר, שבו משתקפת גישה אוהדת יותר למכשיר זה מאשר בפסיקה הישראלית הקודמת³⁰. אנו כך יקרה, פירושו של דבר שינוי מהותי בדיון אזרחי אצלנו גם מבחינה עיונית וגם מבחינה מעשית.

29 ראה ס' גולדשטיין, "תביעות-ייצוג-קבוצתיות" (לעיל, הערה 11), 431-438.

30 ב"ש 195/88 מדינת ישראל נ' קרן הופר, עמותה, פ"ד (3) 32.