

פיצול סעדים

(תקנה 45 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984)

מאת

בנימין רוטנברג**

א. מבוא

ניתן לחשוב על שלוש סיטואציות עיקריות בהן תובע עשוי לבקש לשוב ולסמוך על עילה שעליה התבסס בתובענה קודמת אשר נסתיימה בפסקדין:

(1) כאשר לא צלחה דרכו בהודמנות הקודמת, והוא מבקש לשוב ולנסות את מזלו.
(2) כאשר תבע בהודמנות הקודמת רק חלק מן הסעדים שהוא זכאי להם – לדעתו – בגין אותה עילה והוא מבקש לתבוע את יתר הסעדים. למשל, כאשר תבע בפעם הראשונה צו פינוי על יסוד חוזה למכר דירה שהופר, ובתובענה שנייה מבקש לתבוע גם פיצויים בגין הפרת החוזה¹ (ההנחה שביסוד הדוגמא היא ש"עילת התביעה" זהה בשתי התובענות).

(3) כאשר תבע בפעם הראשונה רק חלק מבכמות הסעד שהוא זכאי לו בגין אותה העילה ועתה מבקש לתבוע את היתרה. למשל, כאשר נגרם לתובע נזק בגין תאונה בסך של 1,000 ובתובענה הראשונה תבע רק 500 מתוכם ועתה במסגרת תובענה שנייה, הוא מבקש להיפרע על היתרה.

הכלל של "עילה פסוקה" (או "השתק עילה" – Claim Estoppel) נועד לחסום תובע מלתבוע בשנית בשלוש הסיטואציות הנ"ל, והטעמים לכך ידועים: בין השאר, המגמה שלא להטריד שוב את הנתבע באותו עניין, למנוע בזבוז זמנו של בית-המשפט בדיון בתובענות חוזרות ונשנות הנסובות על אותו עניין עצמו, ולהימנע מהחלטות סותרות שעלולות להינתן בו דבר שיפגע במעמד בתי-המשפט בעיני הציבור². עליכן לא יוכל התובע לנסות

* החיבור מבוסס על עבודה שנכתבה במסגרת הסמינר "סופיות-הדין" בהנחיית פרופ' סטיבן גולדשטיין. תודתי נתונה לו על הערותיו החשובות.

** בעת כתיבת המאמר היה המחבר תלמיד שנה ד' בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 כוונתנו לסענת זכאות הן לסעדים מצטברים והן לסעדים חלופיים.

2 E. Harnon, *Res Judicata and Identity of Action Law and Rationale* Is.L.Rev V. 1 539, 542-550 (1966).

שוב את מזלו, והוא מחויב אפוא לרכז להליך אחד את כל סוגי הסעדים וכמותם – סעדים שהוא מבקש לזכות בהם, והם מבוססים על "עילה" אחת.

אלא שבתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: "התקנות החדשות") נקבע חריג לכלל זה. החריג מתייחס לסיטואציה השנייה מתוך השלוש שפירטנו לעיל והכונה היא לתקנה 45 סיפא לתקנות החדשות – היא, בשינוי נוסח קלים, תקנה 46 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג-1963 (להלן: "התקנות הישנות"); וזו לשונה כיום:

מי שזכאי לסעדים אחדים בשל עילה אחת, רשאי לתבוע את כולם או מקצתם; אך אם לא תבע את כולם, לא יתבע אחרי כן כל סעד שלא תבעו, אלא אם כן הרשה לו בית המשפט שלא לתבעו.

במשפט האנגלי העיקרון הוא כי אין לפצל הליכים כפי שניתן ללמוד מן הסיכום – הציורי משהו – של ההלכה ב"Commen Law:

... A party is entitled to swallow two separate cherries in successive gulps, but not to take two bites at the same cherry⁴.

בארצות-הברית – כפי שעוד ניווכח להלן – ההתמודדות עם השאלה היא מכיוון שונה.

3 השינוי בין התקנה כיום ללשון תקנה 46 לתקנות הישנות אינו אלא – כך נדמה – שינוי שבניסוח מקורה של תקנה זו בתקנות הפרוצדורה האזרחית, 1938, ולשונה בשפת המקור:

A person entitled to more than one relief in respect of the same cause of action may sue for all or any of such reliefs; but if he omits, except with the leave of the court, to sue for all such reliefs he shall not afterwards sue for any relief so omitted.

4 *Brownsden v. Bower*, *The Doctrine of Res Judicata*, sec. 331 (1924). וכך נפסק למשל ב-*Aumfrey* (1889) 14 Q.B.D.141; *Derrick v. Williams* (1939) 2 All, E.R. 559

5 אם כי ניתן למצוא קו של דמיון כלשהו בין תקנה 45 שלנו ואחד מן החריגים שנקבעו להגדרת "Claim" ב"Restatement השני:

The court in the first action has expressly reserved the plaintiff's right to maintain the second action.

וההסבר לחריג זה הוא כדלקמן:

It may appear in the course of an action that plaintiff is splitting a claim, but there are special reasons that justify his doing so, and accordingly that the judgment in the action ought not to have the usual consequences of extinguishing the entire claim;

The plaintiff should be left with an opportunity to litigate in a second action that part of the claim which he justifiably omitted from the first action.

מעניינת הדוגמא המובאת להדגמת החריג. יש לה השלכה מעניינת לסוגיה של תקנה 45, ומעניין להשוות בין הבעיות שהחריג הזה בא לפתור בשיטה שהקסייטמנט מגבש, ובין הבעיות שתקנה 45 נועדה לפתור בשיטתנו, כפי שנדון בכך להלן:

If the plaintiff fears that he may suffer in a strategic from mingling his case of breach of contract with his alternative case for restitution, he may apply to the court for the clear separation of the issues for trial (*Restatement of the law second Judgments* 2d (A.L.I. 1982) 196, 233, 216).

לאור זאת, מעניין לבדוק מה טעם בתקנה 45 לתקנות החדשות ואם היא רצויה לשיטת המשפט שלנו. ברשימה זו נבדוק מהן ההצדקות לקביעת חריג זה לכלל של "השתק עילה", ואם יש כאלה, מדוע הוגבל החריג לסיטואציה השנייה (כמניין שמנינו לעיל) ולא הוחל אף על הסיטואציה השלישית⁶. נבחן את טיבם של התנאים הנדרשים לתחולתו של החריג, כיצד פירשה אותם הפסיקה וכיצד נעשה שימוש בו הלכה למעשה.

ב. תקנה 44

1. היחס בין תקנה 44(ב) ותקנה 45 וכלל "השתק עילה"

תקנה 44(ב) (היא תקנה 45 לתקנות הישנות) קובעת:

תובע שלא כלל בתובענה חלק מהסעד או ויתר עליו, לא יגיש אחרי כן תובענה בשל חלק זה⁷.

תקנה זו מתייחסת לסיטואציה השלישית הנ"ל כדברי השופט לנדוי (כתוארו אז) בע"א 436/74 קירשנבאום נ' אריאל ואח"⁸:

תקנה 45 (היא – כאמור – תקנה 44(ב) לתקנות החדשות – ב' ר') חלה על פיצול כמות התביעה כאשר הסעד אחד הוא... רק תקנה 46 (היא תקנה 45 לתקנות החדשות – ב' ר') מאפשרת פיצול סעדים. ויתור על חלק מן התביעה לפי תקנה 45 אינו ניתן לריפוי אף ברשות בית-המשפט⁹.

מכאן מתבקשת המסקנה כי למעשה אין כל חידוש בתקנה 44(ב) על הנובע ממילא מן הכלל הפסיקתי של "השתק עילה". בעוד שתקנה 45 נחוצה כדי לקבוע חריג לכלל השתק העילה אין תקנה 44(ב) אלא מעגנת בחקיקה את הכלל של השתק עילה שגובש בפסיקה.

ואולם ניתן, לפחות לכאורה, לפרש את העולה מע"א 822/77 בסה נ' "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ¹⁰ כסותר את האמור לעיל. השופט אשר קובע:

שאין לערבב את שאלת ההשתק אשר קם במקרה של זהות עילה עם ענין ריבוי הסעדים שאפשר לתבוע על פי אותה עילה... הוראת תקנה 46 מבוססת אף היא על

6 לגבי הסיטואציה הראשונה, דומה שאין להטיל ספק בעמדה שלא יעלה על הדעת כי התובע אכן יוכל לשוב לנסות ולזכות בדין, שלא בדרך של ערעור, בגין "עילת תביעה" שעליה סמך בהליך משפטי קודם.

7 בתקנות הישנות נאמר במקום "סעד" "תביעה". הפסיקה פירשה "תביעה" כ"סעד", ואכן, כיום מנוסחת התקנה בהתאמה.

8 ע"א 436/74 קירשנבאום נ' אריאל ואח, פ"ד כז(1) 156.
• להלן כל הציטוטים מפסקי-הדין "תקנה 45" משמע תקנה 44(ב) לתקנות החדשות, ו"תקנה 46" משמע תקנה 45 לתקנות החדשות.

9 וראה גם ר"ע 235/72 ב"ש 196/76 טאנרו קרה ושות' נ' שגלר, פ"ד כט(1) 322.

10 ע"א 822/77 בסה נ' "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ, פ"ד לב(3) 21, 25.

הראציונלה המונח ביסודה של תורת מעשה בית דין (שאין להטריד ללא צורך נתבע בשני הליכים או יותר באותו ענין). אך אין זאת אומרת שתקנה 46 קובעת מעשה בית דין או שקיזמו של מעשה בית דין קשור עם השאלה איזה סעדים נתבעו בתביעה הראשונה ובתביעה הנוספת.

אם נתרכו ברישא של דברי השופט אשר, ניתן ללמוד מהם כאילו הוא סבור שתקנה 45 עצמה קובעת כלל אחר, עצמאי, של השתק עילה וחריג לו – להכריז מכלל "השתק העילה" כפי שתוכנו נתגבש בפסיקה. אם נקבל גישה זו תיתכן סיטואציה שבה חלה התקנה, ובית-המשפט נותן אישור לפיצול סעדים על-פייה; וכשיבקש התובע בהליך שני להתבסס על עילה שבגינה תבע בהליך הקודם סעד אחר ייתקל בטענת הנתבע כי אמנם תקנה 45 אינה משתיקה אותו, שכן קיבל מבית-המשפט היתר לפיצול סעדים, אך עדיין חל הכלל הפסיקתי של "השתק עילה". זוהי תוצאה שאינה מתקבלת על הדעת, שהרי מה טעם יש באישור הפיצול שניתן מכוח תקנה 45 כאשר אין האישור בבחינת חריג לכלל השתק העילה?

אנו סבורים, כי יש מקום לפרש אחרת את דברי בית-המשפט, בעיקר אם נתרכו בסיפא של הדברים שציטטנו לעיל מפסק-הדין. שמא כל שהתכוון השופט לומר הוא שהמבחן לבריקת "הזות העילות" אינו מבחן הזות הסעדים וכי כלל מעשה בית-דין אינו נובע מתקנה 45. דברים אלה תואמים את גישתנו הרואה בתקנה 45 הגדרת חריג לכלל "השתק העילה" שמקורו בפסיקה. דומה כי מתן פרשנות בכיוון זה לדברים הנ"ל של השופט אשר הינה אפשרית ודאי עדיפה היא על הפרשנות האחרת לאור הקשיים הנובעים ממנה, כפי שהצגנום לעיל.

ג. הטעמים לחריג

1. כללי

חשיבות איתורו של הראציונל העומד ביסוד החריג לעקרון "השתק העילה" כפי שנקבע בתקנה 45 אינה במישור העיוני בלבד, אלא גם במישור המעשי. זאת משום שמתן הרשות לפיצול סעדים מסור לשיקול-דעתו של בית-המשפט. בית-המשפט יבקש, מן הסתם, להפעיל את שיקול-דעתו ולהתיר פיצול סעדים באותם מקרים אשר יתאמו את המטרות אשר לשמן נקבע החריג. אלא שכרגיל בפרשנות חקיקה, קשה היא מלאכת איתור המטרות החקיקתיות העומדות ביסוד החיקוק, שהרי אין הן כתובות בגוף החיקוק או במקום אחר, ואין לנו אלא הגיזם של הדברים, הרקע וההקשר.

הכלל של מעשה בית-דין, ובכלל זה עקרון השתק העילה, נועד בעיקרו להגן על הנתבע ועל בית-המשפט מפני התדיינות כפולה. החריג לכלל זה ייעודו לסייע לתובע באותם מקרים שבהם כלל מעשה בית-דין עלול להחמיר עם המבקש לעמוד על זכויותיו המהותיות, וקשיים דיוניים עומדים כאבני-נגף בדרכו. נתן לכך ביטוי השופט ח' כהן בע"א 321/73 מלון סטפניה בע"מ נ' עזבון המנוחה מילר ואחר', באומרו, כי מתן היתר לפיצול סעדים נועד להינתן:

11 ע"א 321/73 מלון סטפניה בע"מ נ' עזבון המנוחה מילר ואחר', פ"ד כח(1) 19.

אם משום שקיימת סיבה עניינית לפצלן, ואם משום שהתובע בוחר לפצלן מטעמי נוחות או יעילות (ההדגשות אינן במקור – ב' ר').

ובע"א חב' החשמל בע"מ נ' שפיר דוידוביץ (שותפות רשומה)¹² הנשיא שמגר מצייין, כי תקנה 45 רלבנטית כאשר התובע יכול:

להצביע לפני בית המשפט על קיומו של אינטרס לגיטימי המצדיק פיצול התביעה למספר תובענות שונות (ההדגשות אינן במקור – ב' ר').

אך בכך אמרנו רק שהמחוקק ביקש לסייע לתובע "במקרים קשים" – קשים במובן זה שכלל השתק העילה עלול לפגוע בתובע עד כדי כך שהמחוקק סבור כי במקרים אלו האינטרסים המוגנים על-ידי כלל השתק העילה צריכים להיסוג מפני אינטרסים אחרים – אינטרסים של התובע. עדיין לא עמדנו על טיב אותם "מקרים קשים", או בלשון הפסיקה: מתי יהיה לתובע "אינטרס לגיטימי" המצדיק חריגה מן הכלל. ננסה לבחון שאלה זו – תחילה בדרך קוואליטטיבית, על-ידי פירוט מקרים שבהם התובע יכול להצביע על קשיים אובייקטיביים הנגרמים לו בעטיו של כלל השתק העילה, והיינו: מן התובה לרכו את תביעת כל סעדיו בגין עילה אחת למסגרת תובענה אחת¹³. רק אחר-כך ננסה להכליל ולעמוד על טעמו העקרוני של הכלל המחייב קיום חריג לכלל השתק העילה.

2. "מקרים קשים" לתובע

(א) מגבלות מכוח דין או חוזה

ייתכנו מקרים שבהם תובע יהיה מנוע מלרכו את כל הסעדים אשר להם הוא זכאי בגין עילה מסוימת למסגרת תובענה אחת, ולתבוע אותם מיד לאחר שנתגבשה העילה. המגבלות העלולות למנוע מתובע לעשות כן מתחלקות לשני סוגים, אלו הנובעות מכוח דין, ואלו הנובעות מכוח הסכם.

1. מגבלות מכוח דין

תקנה 202 לתקנות החדשות קובעת תובענות שניתן להגישן בסדרדין מקוצר. הגדרתן היא גם על דרך סיבו של הסעד המבוקש. מכאן שיהיו מקרים אשר בהם "עילת התביעה" תצמיח סעדים מן הסוג שניתן לתבוע במסגרת סדרדין מקוצר, ולצידם, סעדים שלא ניתן לתבועם במסגרת כזו. כדי שהתובע יוכל להנות מיתרונותיו של סדרדין מקוצר, עליו לוותר על תביעת הסעדים האחרים שלדעתו הוא זכאי להם בגין אותה עילה; שכן לאחר

12 ע"א 734/83 חב' החשמל בע"מ נ' שפיר דוידוביץ (שותפות רשומה), פ"ד (לח) 613.

13 נקודת-הזמן שבה אנו בוחנים את השאלה היא בטרם קיבל התובע פסקדין בגין חלק מסערייו. מובן שכל תובע שתביעתו לחלק מסעדיו נסתיימה בפסקדין והוא מושתק מלתבוע את יתר סעדיו בגין כלל השתק העילה, יכול להצביע בקלות על הקושי שנגרם לו כתוצאה מכלל השתק העילה; אך, מובן שלא לזאת כוונתנו. אנו עוסקים בתובע המבקש לתכנן מראש את דרך ניהול ענייניו בבית-המשפט, וכלל השתק העילה מקשה עליו בכך.

מתן פסקהדין בתובענה שבמסגרת סדרהדין המקוצר, וישתק התובע מלתובעם. אם ירצה התובע שלא לוותר על סעדים אלה, ייאלץ להימנע מתביעתם בדרך התדיינות מהירהדיחסית זו, ולתבוע את כולם בסדרהדין רגיל. תקנה 45 מאפשרת פתרון להתלבטות, כך שהתובע יוכל להנות גם מזה וגם מזה. בפסיקה הסבר מדוע יש לתובע אינטרס לגיטימי להנות מסדרהדין מקוצר, מחד גיסא, ומבלי לוותר על סעדים שאינם ניתנים לתביעה על דרך זו, מאידך גיסא. בע"א האז' נ' מזי¹⁴, הופר חוזה שבגיניו כבר שולמה חלק מן התמורה. הצד הנפגע ביקש להשיב לעצמו את הכספים ששילם בגין החוזה שהופר. מכיוון שסעד זה, להבדיל מן הסעדים המבוקשים האחרים, ניתן לתבעו בסדרהדין מקוצר, ביקש התובע לתבוע רק סעד זה בשלב ראשון, ובעתיד לתבוע בסדרהדין רגיל את האחרים. בהנחה שהסעדים השונים כולם נתבעים בגין אותה עילה (הנחה שאינה נקיה מספקות וניזקק לכך בהמשך), היה על התובע אלמלא תקנה 45, לוותר על תביעה בסדרהדין מקוצר או לוותר על שאר הסעדים שהוא טוען לזכאותו להם. השופט ברנזון אומר על כך:

אם עליהם לכלול באותה תובענה גם את עניין הפיצויים על הפרת חוזה או ביצוע בעין, הרי שמתקפחת זכותם ליהנות מסדר דין מקוצר לענין החזרת הכסף... אם בית המשפט לא ישתמש בשיקול דעתו לפי התקנה הנדונה לטובת תובע במקרה כמו זה שלפנינו קשה לראות באיזה מקרה בכלל ניתן להשתמש בו (הדגשה לא במקור - ב' ר')

ובפסקהדין אחר בסיטואציה דומה, ביתהמשפט אומר, כי אמנם פתוחה לפני התובע אפשרות להגיש תביעה לכל הסעדים בגין העילה המסויימת בסדרהדין הרגיל: אולם תביעה זו כפופה לדיון ממושך, ואין לבוא בטרזוניה על התובע שרוצה להשיג הפסק במהירות הגדולה ביותר¹⁵.

לא במעט מקרים יש לתבוע בגין העילה מיגוון סעדים שרק את חלקם ניתן לתבוע בסדרהדין מקוצר. החלת כלל השתק העילה כמלוא חומרתו היתה מסכלת אפוא, את האפשרות להיזקק להליכים בסדרהדין זה. תקנה 45 מאפשרת, אם כן, ליישב את ההדורים.

2. מגבלות מכוח הסכם

לעתים שני צדדים לחוזה מסכימים כי סעדים מסויימים יהיו ניתנים לתביעה רק משלב מסוים, או במסגרת שאינה ביתהמשפט - כגון במסגרת בוררות. במקרים כאלה מנוע התובע מלתבוע גם את הסעדים שאינם כפופים למגבלות אלו. שאם לא כן, יחסום לעצמו את האפשרות לתבוע את הסעדים הכפופים למגבלות החוזיות בכוא העת בביתהמשפט, ולכן ייאלץ התובע להמתין עד שיוכל לתבוע את כלל הסעדים, גם אם יהיה עליו להמתין

14 ע"א 115/64, 89 האז' נ' מזי, פ"ד (3) 435.

15 המ" 3037/65 ת"א 293/65 "אזניקו בונה" חברה קבלנית בע"מ נ' פורטוגז גינגס ואח, פ"מ נח 252, 248.

זמן ניכר לאחר שנתגבשה העילה¹⁶. תקנה 45 מציעה פתרון לתובע כזה. בפסיקה הוסבר, מדוע הוא ראי לעזרה זו גם על חשבון אינטרס הנתבע ובית-המשפט, שימנע כפל התדיינות הנסובות סביב "עילת תביעה" אחת. בע"א 238/79 "המגן", חברה לביטוח בע"מ נ' יאנג אלום בע"מ¹⁷, בפוליסת-הביטוח של המשיבה נקבע, כי ביחס לסכומים שלגביהם תהיה מחלוקת לגבי חבות המבטחת לשלמם, יהיה על הצדדים לקיים בוררות בעניין. השופטת בן-פורת (כתוארה אז) סברה, שתקנה 45 צריכה לעזור לתובע לתבוע את הסכומים שאינם כפופים לסעיף הבוררות הנ"ל מיד עם התגבשותה של עילת התביעה, מבלי להמתין לקיום הבוררות לגבי הסכומים האחרים, אך גם מבלי לחסום את האפשרות להתדיין בעתיד ביחס אליהם¹⁸. והטעם לעמדתה זו:

בנסיבות אלה אין למשיבה כל אפשרות לפנות לבית המשפט בשלב זה בתביעת מלוא הסעדים המגיעים לה כתוצאה מעילת התביעה, כמבואר החלק בו אין המערערת כופרת היה ברתביעה מיד ואילו היתרה השנויה במחלוקת כפופה לתנאי המוקדם... השגת פסק דין בוררים תחילה¹⁹.

תקנה 45 מסייעת אפוא במקרה זה לצד החלש במערכת-יחסים הסכמית, שנאלץ לקבל על עצמו מגבלות שונות²⁰ ביחס לאפשרויות התביעה שלו את הסעדים, למרות שעילת התביעה המבססת אותם נתגבשה, וכדברי השופט בכור שהצטרף לדעתה של השופטת בן-פורת (כתוארה אז):

הצדק דורש לאפשר לו לתבוע ולקבל לעת עתה את הסכום המגיע לו לכל הדעות מבלי לפגוע בזכותו לתבוע את היתרה²¹.

תקנה 45 מחלצת אפוא תובע כזה מן המיצר שאליו נכנס בשל תנאי חוזה קשים, ובית-המשפט יכיר במקרים כאלה בקיומו של "אינטרס לגיטימי" בידי התובע, למרות הפגיעה באינטרס הנגדי למנוע כפל התדיינות²².

16 בנקודה זו מתעוררת שאלה התורגת מנושא רשימה זו: האם ניתן להתנות על העיתוי או הפורום שבו יתבע סעד לו זכאי תובע מכוח הדין, וכיצד יתייחס בית-המשפט להתנאה כזו בתמצית ניתן להשיב כי בתי-המשפט הכירו, בדרך-כלל, בהתנאות על עצם הזכות לתבוע סעד שהתובע זכאי לו (ע"א 186/77 סוכנויות (השכרת רכב) בע"מ נ' מ' טרבלום ואח', פ"ד לג' 197; ע"א 842/79 נס ואח' נ' גולדה ואח', פ"ד לו' 204; ולאחרונה ע"א 156/82 ליפקין נ' דור זהב ואח', פ"ד לט' 85. מכאן שאין סיבה, לכאורה, שבית-המשפט לא יכיר בהתנאה רק על עיתוי הזכות לתבוע או על הפורום: וגם אם התנאה כזו אינה שוללת את סמכותו הרגילה של בית-המשפט ליתן את הסעד שהתובע זכאי לו יכבד בית-המשפט הסכם כזה ולא יתן ידו להפרתו: ע"א 433/64 נברום מריטום בע"מ נ' הסנה בע"מ, פ"ד יט' 159, 163; וראה זוסמן, סדר הדין האזרחי (בורסי-פרץ את טובים, מהדורה 4, 1973) 31. ע"א 238/79 "המגן", תברה לביטוח בע"מ נ' יאנג אלום בע"מ, פ"ד לד' 449.

17 לגבי השאלה האם אכן אלו סעדים הניתנים לפיצול, שתקנה 45 מתייחסת אליהם, נדון להלן, בסעיף 2(ב).
18 שם, בעמ' 452.
19 שאלה היא, אם ראוי לסייע בדרך כזו לתובע שאינו במעמד של צד חלש, כדוגמת מבטוח מול חברת-ביטוח.
20 שם, בעמ' 456.
21 ואין אנו עוסקים כאן בדרכים אחרות להשתחרר מתנאים קשים בחוזה (כמו, למשל, חוק החוזים האחרים, תשמ"ג-1982).

(ב) שיקולים של התובע

סוג אחר של מקרים הוא זה שבו התובע מעדיף, מתוך שיקולים שלרעצמו, שלא לתבוע מיד את כל הסעדים, אלא רק את חלקם, תוך שמירת האופציה לתבוע אף את האחרים בבית-המשפט. בע"א 329/733 מלון סטסניה בע"מ נ' עזבון המנוחה מילר²³ הופר חרזה לרכישת קרקע ובניית בניין עליה. הצד הנפגע ביקש לפצל סעדים כך שבשלב הראשון תיתבע רק אכיפה, ובשלב מאוחר יותר סעדים אחרים כגון פיצוי על הנזקים שנגרמו לו עקב הפרת החוזה. על כך אמר השופט ח' כהן:

כאן מדובר באובייקט גדול ויקר מאד, וייתכן שאם המערערת תיזכה בצו ביצוע בעין של החזקה ותוכל להוציא תוכניות עסקיה מן הכוח אל הפועל, שוב לא תהא מעוניינת בפיצויים על הנזקים שנגרמו לה, אלא תנסה להיפרע על נזקים אלה מתוך רוחציה. או אם תפסיד והחזרה אינו מחייב תימנע המערערת מלכזבו כסף על הרצאות ולתבוע פיצויים בשל הפרתו. ואם ידחו הבקשה לביצוע בעין למרות שהחזרה תקף אין לראות מדוע שלא תוכל אז המערערת לתבוע פיצויים על נזקה²⁴.

האיפיון ההלם אולי סוד שיקולים זה הוא היותם מעין "אסטרטגיים"²⁵, למשל: במסגרת מערכת-יחסים מתמשכת ומורכבת בין בעלי-דין – כגון יחסי ספק ולקוח גדול – הצד שנפגע עשוי שלא לתבוע את כל הסעדים שהעילה שנתגבשה מאפשרת לו, וזאת כדי שלא להתחייף יתר-על-המידה את היחסים עם הצד השני; יחד עם זאת, אין הוא רוצה לסתום את הגולל על האפשרות שבכל-זאת, ביום מן הימים, ירצה להיפרע על יתר הסעדים. אלא שכאן מתעוררת השאלה, "האם" מחוקקה-משנה ביקש בתקנה 45 לעזור לתובע השוקל את שיקוליו הטאקטיים בניהול מאבקו המשפטי על חשבון אינטרסים נוגדים של בית-המשפט והנתבע? התשובה היא, כי ההצדקה להתיר בנסיבות אלה פיצול התובענות אינה רק בחישובו "האנוכי" של התובע אלא גם באינטרסים של הנתבע ובית-המשפט, העשויים להימצא נשכרים ממתן ההיתר לפיצול הסעדים. נבחר את דברינו: כלל השתק העילה, המחייב תובע לרכז את תביעות לכל סעדי הנזעים מעילה אחת למסגרת תובענה אחת, יש בו תכונה של החרפת הסכסוך המשפטי שבין בעלי-הדין. ייתכן שהתובע אינו מעוניין בשלב מוגדר בסכסוך שבינו ובין הנתבע אלא בסעד מסוים, אלא שכלל השתק העילה מחייב אותו לפרוש את כל תביעותיו לאורך "כל החזית". אבל אם נאפשר לתובע לתבוע בשלב ראשון רק חלק מן הסעדים מבלי סכנת השתק לגבי האחרים יש סיכוי שהוא יוותר בסופו של דבר על תביעת חלק מן הסעדים, או שהזמן שיחלוף ייתר בדרכים שונות את הצורך בתביעת הסעד בבית-המשפט. מכך עשוי לצאת נשכר לא רק בית-המשפט, שנחסכה ממנו חלק מן המלאכה, אלא בעיקר הנתבע שנהנה מן הסיכוי שלפיו לא תוגש בסופו של דבר התובענה ליתר הסעדים בבית-המשפט²⁶.

23 לעיל, הערה 11.

24 שם, בעמ' 20.

25 ראה התייחסות ב-*Restatement* (לעיל, הערה 5), בעמ' 216, והרגמת שיקולים "אסטרטגיים".

26 אם הנתבע יכיר בסיכוי הזה הוא עשוי ממילא להסכים לפיצול, ואז יש יסוד מוצק להניח, שלא יידרש היתר מבית-המשפט לפיצול מכוח תקנה 45.

(ג) הבהרת המצב המשפטי

יסוד לתחלתו של כלל "השתק העילה" הוא קיומה של עילה וזה העומדת ביסוד שתי התובענות. רא עקא, שהגדרת זהות "העילה" אינה קלה, והכלים שהפסיקה מספקת לנו לבחינת העניין קשים לשימוש²⁷. מכאן, שמצבו של תובע המבקש להיזקק לעזרת בית-המשפט בעמידתו על זכויותיו אינו פשוט: אין בידו הביטחון הראוי שבשל תביעתו לסעד מסוים בשלב כלשהו הוא חוסם לעצמו בעתיד את דרכו לבית-המשפט כנגד אותו נתבע. יתכן שבית-המשפט יגיע בעתיד לירי מסקנה – שאינה בולטת על-פני הדברים בשל המצב המשפטי הסבוך – כי תובענתו השנייה מבוססת על עילה שבגינה כבר ניתן פסק-דין, ועליכן הוא מושתק מכוח כלל השתק העילה. תקנה 45 עשויה להמציא לתובע נבון כזה, המבקש לכלכל צעדיו מראש, מעין "תעודת-ביטוח": הוא יבקש היתר לפיצול סעדים, ובהליך שני – אם ימצא בית-המשפט כי הסעדים הנתבעים מבוססים על עילה חדשה – אין כמוכן קושי, ואם ימצא שמדובר בעילה וזה לזו שכבר ניתן בגינה פסק-דין גם אז אין קושי, שהרי קיבל היתר מבית-המשפט לפצל את סעדיו²⁸.

הדברים האמורים כאן מעוררים שאלה: אם ערפול המצב המשפטי בשאלת הגדרתו של הביטוי "עילת תביעה" מוליד "אינטרס לגיטימי" המצדיק מתן היתר לפיצול סעדים, יוכל כל מי שמבקש היתר לפיצול על-פי תקנה 45 להצביע על אינטרס כזה. אם כך, מתן ההיתר לפצל יהפוך להליך שגרתי ויורחב היקף תחלתו של החריג לכלל. רומה שאין זו גישה סבירה, אולי נכון יותר לומר, כי אם למבקש היתר הפיצול בעיה מיוחדת בשל השתייכות העניין הנדון ל"תחום האפור" שבהגדרת זהות העילה יהיה זה שיקול נוסף שיפעיל בית-המשפט במסגרת הפעלת שיקול דעתו מכוח תקנה 45.

3. מן הפרט אל הכלל – הערכת-ביניים

מן המקרים הפרטיים שהבאנו עד כאן, המצביעים על הצורך בתקנה 45, אנו מבקשים ללמוד על ההצדקה הכללית-מהותית לקיומה של האפשרות לפצל סעדים בשיטתנו.

פרופ' Cassad, בספרו *Res Judicata*, אומר:

Modern procedure seeks to maximize the efficiency of judicial proceeding by encouraging the presentation of all claims that can conveniently be tried together in the frame-work of a single law suit²⁹.

השאלה שעליה כלל "השתק העילה" אמור להשיב היא, לאיזה מגזר של עובדות מערכת משפט יעילה צריכה להיזקק פעם אחת ולא יותר – זו השאלה האמיתית שביסוד דיני "סופיות הדין" ואשר כללים שונים בסדרי הדין מבקשים להשיב עליה. כלל "השתק

27 א' הרנט, הפלוגתא הפסוקה (Collateral Estoppel) כמעשה ב"דין, הפרקליט כנ (1967) 344. על הדיון במושג "עילת תביעה" להלן, ליד הערה 49 ואילך.

28 ובעצם מי שחושש, יכול לפתור לעצמו את הבעיה על-ידי כך שיתבע מיד את כל הסעדים שהוא חושב שהוא זכאי להם, אבל ייתכן שיהיו לתובע שיקולים שלא לתבע מיד את כל סעדיו.

29 R.C. Cassad, *Res Judicata* (West, 1976) 26.

העילה" מבוסס בשיטתנו על הביטוי "עילת תביעה"³⁰. ההנחה שביסוד גישה זו היא, כי ראוי ויעיל יותר שלמסכת עובדתית אחת יידרשו מערכת המשפט ובעלי-הדין פעם אחת. שני הסרונות יש לשיטה זו – האחד מעשי והשני מהותי: הקושי המעשי הוא במציאת מבחן ברור ונוח להפעלה אשר יגדיר את היקפה של "מסכת עובדתית אחת" במקרה נתון³¹.

הקושי המהותי הוא בכך, שאין ברור זו כדי ליתן תשובה ל"שאלה האמיתית" הנ"ל, והיינו: כמה ראוי לרדן פעם אחת; שכן, ההנחה הנ"ל כי יעיל לרדן פעם אחת במסכת עובדתית אחת אינה – כפי שהראינו בדוגמאות – בהכרח נכונה. שיטת המשפט המשרתת את בעלי-הדין צריכה להתחשב בשיקולים מעשיים-ענייניים של נוחות הדין שלהם, ושל יעילות מערכת המשפט עצמה. לכן את התשובה לשאלה כמה ראוי לרדן פעם אחת אין לפתור בדרך של הגדרת מבחן לשאלה מהי מסכת עובדתית אחת, אלא בדרך של תשובה לשאלה אחרת, והיא: מהו היקף העובדות שנוח ויעיל מבחינת בעלי-הדין ומערכת המשפט להידרש להן באותה מסגרת ריגורית.

בשאלה זו, עוסקות, כאמור, תקנות סדר-הדין האזרחי בכמה הקשרים. כך, למשל, כשתקנות הדין מאפשרות לאחד עילות לדין אחד (תקנה 46), או להפריד (תקנה 48), או תקנות המחייבות לצרף תובעים או נתבעים (תקנה 24, וראה תקנה 21, 22) ועוד דוגמאות. כך גם כלל השתק העילה אמור לשמש אמצעי להסדרה של נוחות ויעילות הדין במסגרת הליך אחד. ראינו כי בשיטת המשפט שלנו, לאור הגדרת הדיבור "עילה", אין בכלל השתק העילה כדי להבטיח בהכרח את נוחות הדין, ואולי במקרים מסוימים אף עלול להביא לסרבול הדין ולשיבושו (למשל, כשניתן לתבוע סעד מסוים בסדר-דין מקוצר)³².

הנה, תקנה 45 מאפשרת לתקן, בגבולות תחולתה, מעוות זה. התקנה מאפשרת לבית המשפט לשקול כאילו מן הסעדים ראוי ונוח לרדן במסגרת הליך אחד. כך מתאפשר ליתן פתרון, ולו גם חלקי, "לשאלה האמיתית" שביסוד העניין.

תקנה 45 משלבת, אם כן, התחשבות מגמישה בשיקולים מעשיים של נוחות ויעילות ההתדיינות במסגרת כלל השתק העילה המבוסס על הגדרות תבניות של הדיבור "עילת תביעה". שיקולים של נוחות ויעילות הם רבים ומגוונים וכדי להתחשב בשיקולים מסוג כזה יש צורך במכשיר משפטי רחב וגמיש. ואכן, תקנה 45 מציעה לבעלי-הדין מכשיר המקנה לבית המשפט שיקול-דעת שבמסגרתו יוכל להידרש בכל מקרה שזבא בפניו לכלל הנסיבות המיוחדות של העניין הנדון, ואת תחת הגדרות מוכנות מראש למונח "עילת תביעה".

רא עקא, שגבולות תחולתה של התקנה צרים מכדי ליתן פתרון לכל היקפה של "השאלה האמיתית".

30 ראה להלן, סמוך להערה 49 ואילך.

31 שם.

32 לעיל, סמוך להערה 15.

ד. היקף תחולת החריג

1. ביקורת

תקנה 45 מאפשרת פיצול ההתדיינות בגין עילה אחת רק כאשר מדובר בסעדים שונים (הסיטואציה השנייה). בעוד שכאשר מדובר בסעד אחד שהיה ניתן לפצל את תביעתו, שכן הוא מדיד כמותית, אין החריג מאפשר לפצל (הסיטואציה השלישית).

לאור ההצדקות לחריג שעליהן הצבענו לעיל יש לשאול, האם הן מאבדות את תוקפן כשמדובר בסעד אחד הניתן לפיצול, דהיינו: האם קיימת הצדקה להגבלה שהגביל המחוקק את החריג לסיטואציה השנייה בלבד; הרי אותם המקרים שבהם ראינו הצדקה לפיצול הסעדים השונים ייתכנו גם כשמדובר בסעד אחד הניתן לחלוקה כמותית. כך, למשל, ייתכן מקרה שבו רק חלק מאותו סעד ניתן לתבוע בסדרדין מקוצר בעוד שהיתרה (כי היא אינה "קצובה", למשל) איננה ניתנת לתביעה במסגרת זו; או שעלי-פי החוזה שבין התובע לנתבע ניתן לתבוע, עד שיעור מסוים מן הסעד, בבית-המשפט, בעוד שביחס ליתרת הסעד יש לפנות לבג"ד. או מקרה שבו התובע יבקש בשלב מסוים להפרע רק על חלק מן הסכום שלרעתו מגיע לו בעוד שלגבי היתרה יש לו סיבה להאמין שיגיע לפשרה, או שיצפה לנסיבות העשויות להביאו לידי העדפת ויתור על היתרה וכד'. הנהגה, אותם "מקרים קשים" שתקנה 45 עשויה לפתור קיימים גם כשמדובר בסעד אחד הניתן לחלוקה כמותית.

לא זאת אף זאת; הראינו קודם כי תקנה 45 משרתת עניין נוסף: לאור חוסר-הבהירות בכל הנוגע להגדרת הדיבור "עילה", תובע יכול להבהיר את מצבו במסגרת תקנה 45. בעוד שבקטע אחד – כשהסעדים שונים – המבוכה עשויה להיפתר, בקטעים אחרים אין התקנה פותרת אותה ואף יוצרת מבוכה אחרת: מתי מדובר ב"סעדים אחדים" הניתנים לפיצול ומתי הסעד אחד. כפי שאראה להלן, אין השאלה פשוטה ויש דעות סותרות בפסיקה בנוגע לה³³.

מעבר לכך: ההצדקות העקרוניות המחייבות את תקנה 45 נכונות באותה מידה גם כשהסעד הוא אחד: הגמישות דרושה גם כאן, הטעם לעסוק ב"שאלה האמיתית" תחת עיסוק בהגדרות טכניות של "עילת תביעה" אף הוא קיים.

2. הצדקות ההבחנה(?)

ניתן לטעון, שבכל-זאת יש הצדקות להבחנה ולהגבלת החריג רק לסעדים הניתנים להפרדה. תקנה 45 אינה מבקשת לשנות באופן בסיסי את הכלל של השתק העילה וממשיכה לעמוד אחרי הרציונל שבבסיסו. והראיה: תקנה 45 אינה אלא חריג המופעל בשיקול-דעתו של בית-המשפט, ובפי שראינו, שיקול-הדעת יופעל לאודיוקא באופן העומד בסתירה לרציונל של כלל השתק העילה. לאמור: תקנה 45 אמורה לאפשר איזון ראוי בין האינטרסים של הנתבע ומערכת בתי-המשפט, מצד אחד, לבין האינטרסים של התובע, מצד שני. אשר על כן – הטענה ממשיכה – המחוקק היה סבור שהרחבת החריג

33 ראה להלן, פרק ה סעיף 2 ליד הערה 75 ואילך.

אף למקרים שבהם מדובר בסעד אחד, הניתן כמותית לחלוקה, תפר את האיוון המבוקש; שהרי כשיש סעד אחד אשר ניתן, כמותית, לפיצול ליחידות קטנות "פוטנציאל הפיצול" רב יותר.³⁴ יתירה מכך: כשמדובר בסעדים נפרדים, למרות העובדה שהעילה והה, בכל-זאת היו חלק מן הסענות שונות ומיוחדות לסעד הנדון.³⁵ אם נדגים זאת באופן פשטני: כשמדובר בחוזה למכר דירה שהופר, תביעת הפיצויים תבוסס על דיני החוזים, בעוד שתביעת הפינוי קשורה לדיני הקניין. על-כן, גם אם יש כאן כפל התדיינות בעקבות פיצול תביעת הסעדים השונים, הרי שהכפילות חלקית. לא כך הדבר, כשמדובר בסעד אחד המפוצל כמותית. כאן אין ספק שעסקינן בחפיפה מלאה בין החליכים שפוצלו. לכן בולטת יותר ההטרדה הנגרמת לנתבע וחוסר-היעילות שבעבודת בית-המשפט. על כך ניתן להשיב, כי דווקא ככל שהחפיפה רבה יותר כך הכפל בהתדיינות יטריד פחות; זאת לאור הכלל של "השתק פלוגתא".³⁶

נראה שהשופטת בדפורת (כתוארה אז) השתכנעה יותר מחוסר-הטעם שבהבחנה בין הסיטואציה השנייה לשלישית, מאשר מן הטעם שמבקש לחייב הבחנה כזאת. כך, בכל אופן עולה מגישתה להרחיב את ההגדרה של "סעדים אחדים", עד כדי טישטושה בפרשת "המגן" הבריה לביטוח בע"מ נ' יאנג אלום בע"מ.³⁷ בדרך זו מושגת למעשה התוצאה שחלק מן המקרים שלכאורה היינו סוברים שהם שייכים לסיטואציה השלישית, ועל-כן תקנה 45 אינה חלה עליהם, יסווגו למעשה כשייכים לסיטואציה השנייה שעליה חול החריג שבתקנה 45. להלן נדון במשמעות פסק-דין זה בהרחבה.³⁸

דומה, כי מה שלא עשה המחוקק השלימה הפסיקה ביחס לקטע נוסף, וזאת – על-ידי פרשנות מרחיבה של אחד התנאים לתחולת התקנה. כנראה שבאה לכאן לידי ביטוי אותה תחושה של חוסר-נחת ביחס לכלל השתק העילה – תחושה שהמריצה את בית-המשפט – כפי שהוא מעיד על עצמו³⁹ – להרחיב את תחום התפרשות החריג.

ה. התנאים לתחולת התקנה

את היקף תחולתה של תקנה 45 ניסינו לתחום לעיל. עתה נבדוק את התנאים לתחולתה. כבר רמזנו לעיל, שבהיות התנאים מושגים שאין הבהירות מאפיין אותם, היקף התפרשותו של החריג עשוי להיות גמיש.

שני תנאים צריכים להתקיים לפני שבית-המשפט יתבקש להפעיל את שיקול-דעתו ולבחון אם יש ליתן היתר לפיצול סעדים: שבמקרה הנדון יש למבקש הפיצול "עילת תביעה" אחת, ושביניה הוא תובע "סעדים אחדים".

34 ניתן להשיב לטענה זו ולומר, שגם אם הפוטנציאל לפיצול רב, הרי שבהיות ההיתר לפיצול בשיקול-דעת לא יאפשר בית-המשפט פיצול מרובה של אותו סעד לכמויות קטנות יותר.

35 ובהנחה – שיש לה יסוד – שאין בשינוי הבסיס המשפטי כדי לקבוע שהעילות שונות, להלן ליד הערה 36 ואילך.

36 ראה גם פרשת אשתר נ' נפתלי ודינונו בה בהקשר הזה להלן, בפרק 2 ליד הערה 128.

37 לעיל, הערה 17.

38 להלן, בפרק 4 ליד הערה 43 ואילך.

39 בפרשת המגן הנ"ל, במיוחד דברי השופט כחור שם, בעמ' 456, 457.

1. "עילה אחת"

כאן מתעוררות שתי שאלות שונות. האחת דיונית: מהי השיטה שבה יבחן בית-המשפט את שאלת התקיימותו של התנאי; והשנייה מהותית: מהי "עילה אחת" לצורך תחולת תקנה 45. כפי שנראה להלן, הרלבנטיות של השאלה המהותית תלויה בתשובה הניתנת לשאלה הדיונית לכן נדון תחילה בשאלה הדיונית.

(א) השאלה הדיונית

בפני בית-המשפט עומדות שתי דרכים אפשריות להתייחס לבחינת התנאי הראשון ("עילה אחת").

האחת – לבחון את השאלה לגופה עלי-די הפעלת המבחנים השונים, כפי שנתגברו בפסיקה. אם תוצאת הבחינה תהיה שאכן מדובר בעילה אחת, הדרך פתוחה בפני בית-המשפט להמשיך בדיון בבקשת הפיצול; ואם המסקנה תהיה כי בשתי עילות שונות מדובר, יהיה על בית-המשפט לדחות, כבר בשלב זה, את בקשת ההיתר לפצול; שכן אין המבקש זקוק כלל להיתר הפיצול, ובכל אופן התקנה אינה חלה במקרה שלו.

השנייה – להניח – לצורך תקנה 45 – כי הסעדים שאותם מבקש התובע לפצל הם אכן "בשל עילה אחת" ועל יסוד הנחה זו להמשיך בדיון, מבלי לבדוק את אמיתות ההנחה. הגיונה של הגישה הראשונה ברור: יש צורך בהיתר לפיצול סעדים רק כשהם מבוססים על עילה אחת, ולכן נקבע בתקנה שקיום עילה אחת בלבד הינו תנאי לתחולתה. על בית-המשפט לברר אפוא את שאלת זהותה של העילה לפני שיוכל להיזקק לבקשת הפיצול.

וההיגיון שבדרך השנייה – שאכנה אותה הגישה המניחה – הוא שאין תכלית מעשית לברר שאלת זהות העילה לגופה בשלב טרומי זה, שכן אם יסתבר בעתיד שבשתי עילות שונות מדובר, ההיתר שניתן, אם ניתן, יימצא מיותר. אם יתברר – כשתתעורר השאלה בעתיד מסיבה כלשהי – כי העילה אחת, יהיה התובע מצויד בהיתר לפיצול. למעשה, עלי-פי גישה זו ייתכן ששעתה של שאלת זהות העילה עשויה שלא להגיע כלל, כאשר יש בידי התובע היתר לפיצול הסעדים. מה טעם יהיה לברר את השאלה, כשממילא הוא יכול לתבוע את סעדיו בהליכים נפרדים? מכאן שעל-פי גישה זו, לא רק שמנענו את ביטול זמנו של בית-המשפט מבירור שאלה שאין תכלית להשיב עליה בשלב הטרומי של בקשת היתר הפיצול, אלא אף ייתכן שמנענו כליל את הצורך לבחינת זהות העילה אף בעתיד (אלא אם כן, משום-מה, יהיה צורך לבחנה לצרכים אחרים)⁴⁰.

לכאורה, יתרונותיה של הגישה השנייה בולטים: אלא שנשאלת השאלה: האם

40 יחד עם זאת, אם ינקוט בית-המשפט את גישת ההנחה, ומכוח שיקול-דעתו ירחיק את בקשת ההיתר לפצל, הרי שאם התובע יקח את הסיכון, ולא יתבע נחלק הראשון את כל הסעדים שלהם הוא טוען, יצטרך בית-המשפט בתביעה השנייה לברר לגופו של עניין, האם לתובע עילה אחת שמצותה בהליך הראשון. מכאן שבמקרה כזה הדיון בשאלה אם יש "עילה אחת או יותר לא נחסך ולא נדחה להליך השני.

בית־המשפט יכול לנוקטה אם יעמיד את השאלה במישור הסמכות. בית־המשפט מוסמך לתת אישור לפיצול סעדים רק כשמתקיימים שני התנאים המקדמיים ועליכן כדי שתצמח סמכותו לשיקול מתן היתר עליו לברר קודם־לכן לגופו של עניין אם מתקיימים התנאים לתחולת התקנה. יתירה מכך: גישה זו עלולה לעורר תחושה לא־נוחה כתוצאה מן האפשרות שבית־המשפט מעניק היתר לפיצול סעדים שייתכן כי הוא מיותר לחלוטין, שכן, למעשה, יש למבקש שתי עילות שונות המבססות את הסעדים הנרונים⁴¹. נקודת־תורפה נוספת של הגישה המניחה היא כהביאה את בית־המשפט לדרון בשאלה האם להפעיל את שיקול־דעתו ליתן את ההיתר לפיצול הסעדים אף־על־פי שייתכן כי בית־המשפט שוקל ברעתו לריק, שכן למבקש יש, למעשה, שתי עילות. ביקשנו לחסוך דיון בשאלה אחת, וייתכן שהבאנו את בית־המשפט לדרון בשאלה אחרת – מיותרת. על כך ניתן להשיב, כי בכל־זאת, על־פי הגישה המניחה, אנו עשויים יותר "להרוויח", מאשר "להפסיד": שכן, בעוד שבכל בקשות הפיצול, על־פי תקנה 45 הנוקטת את הגישה המניחה, נחסך דיון בהגדרת המונח עילה, הרי שרק בחלק מן המקרים הללו יסתבר בדיעבד⁴² כי בית־המשפט הפעיל לשווא את שיקול־דעתו, כאשר למבקש שתי עילות שונות – הברל סטטיסטי גרידא אך אינו נטול־משמעות.

לדעתנו, עדיפה הגישה המניחה גם מן הטעם הבא: הדיבור "עילת תביעה", בהקשר של מעשה בית־דין, הוא ניסיון להגדיר מתי יש "עניין אחד" שראוי לו שיתברר בבית־המשפט במסגרת הליך אחד. אמרנו לעיל, שבמסגרת שיקול־הדעת המופעל בתקנה 45 אנו חוזרים ל"שאלה האמיתית", כפי שכינינו אותה, ודראינו שזוהי חזרה מוגבלת מאוד בשל תנאי תחולתה של תקנה 45⁴³. אם ננקוט בדרך המניחה, חזרתנו ל"שאלה האמיתית" תהיה שלמה יותר; לא נשוב להיזקק להגדרות הטכניות של "עילת תביעה", ואף לא כתנאי מקדמי לתחולתה, וכל עיסוקנו יהיה בשאלה מהו היקף הסכסוך הראוי להדון במסגרת הליך אחד (אם כי עדיין אנו מוגבלים לתנאי שיש למבקש "סעדים אחרים", להלן נראה כי כנראה אין זה תנאי מכביד מדי).

בפסיקה קשה לאתר קו ברור המצדד בגישה הראשונה או השנייה, ולמעשה לא תועמדה השאלה באופן שהעמדה כאן; עלינו ללמוד אפוא את גישת בתי־המשפט מן הדרך שבה הלכו למעשה, בהפעלתם את תקנה 45 במקרים שהובאו בפניהם. בפרשת האזן נ' מני⁴⁴ השופט ברגוזן מעלה אפשרות שמא אין מבקשי הפיצול זקוקים להיתר, שכן ייתכן שיש להם שתי עילות נפרדות המבססות את הסעדים המסויימים, אלא שאין הוא מוצא לנכון להכריע בשאלה שהרי:

41 אך יש סיטואציות דומות שבהן בית־המשפט פועל על יסוד הנחות שאינן נכדקות לגופן, כגון ע"א 640/82 בהן נ' היועץ המשפטי, פ"ד ל(1) 673, בעמ' 679 גרין מתן אישור להסכם יחסי ממון בין בני־זוג על־פי חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973: ונשאלה השאלה, האם על בית־המשפט המתבקש לאשר ההסכם לברר לגופה את השאלה האם בני־הזוג "נשואים", שכן רק אז הם זקוקים לאישור, או שמא יכול בית־המשפט להסתפק בהנחה שהם נשואים. וראה גם ע"א 4/80 מדנק נ' מדנק, פ"ד ל(3) 421, בעמ' 429, בהקשר של צוואה בפני רשות (סעיף 22 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965).

42 למעשה, במקרה שבו קיבל המבקש היתר לפיצול סעדים השאלה לא תתברר – כך גרמה – אף בדיעבד.

43 ראה לעיל, דיוננו ליר הערה 32.

44 ראה לעיל, הערה 14.

כאן ברור מעצם הבקשה על ידי המשיבים ומתוכנה שהם עצמם סברו שיש להם עילה אחת בשל הפרת חוזה שהולידה זכות למספר סעדים. לפיכך זקוקים היו לרשות בית המשפט כדי לשמור על האפשרות לתבוע את הסעדים הנוספים בתובענות נפרדות⁴⁵.

דהיינו: ניתן להבין כי השופט ברנזון נוקט בגישה המניחה. בע"א 436/74 קירשנבאום נ' אריאל ואח'⁴⁶ השופט לנדוי בוחן את שאלת הזהות של העילות ומגיע למסקנה, כי מדובר בשתי עילות שונות המבססות את הסעדים שבהם היה מדובר שם. לכאורה לא היה השופט לנדוי צריך להמשיך ולהיזקק לבקשת הפיצול, אלא שלמרות זאת הוסיף ואמר: "...אבל אפילו היתה כאן עילה אחת...", ועל בסיס הנחה זו בוחן את השאלה, האם זהו מקרה מתאים שבו יפעיל בית המשפט את שיקול-דעתו ויתן היתר לפיצול סעדים, ותשובתו על כך חיובית. לכאורה השופט לנדוי מצדד בגישה המניחה. אמרנו לכאורה, שכן במקרה דנן היה סבור כי אפילו אם העילה אחת יש להתיר הפיצול. אך אם על יסוד אותה הנחה היה מגיע למסקנה שאין להתיר הפיצול, האם גם אז היה יכול להסתפק בהנחה? שאני. בדרך זו הולך גם השופט עציוני:

אני מסכים לתוצאה אליה הגיע חברי הנכבד השופט לנדוי, לפיה מן הדין היה להרשות למערערים לתבוע את הפיצויים בתביעתם השנייה על פי תקנה 46 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג-1963 ... לאור מסקנה זו אני כשלעצמי איני רואה צורך להכריע בערעור הזה בשאלה הנכבדה והמעוררת חילוקי דעות ביחס למשמעות המונח "עילה" בתקנות הדין ואם עניין לנו כאן בשתי עילות או בעילה אחת עם סעדים שונים⁴⁷.

אם ננסה לפתח את דרכם, היינו מציעים כי גם לו רחו את האפשרות שהוה מקרה מתאים לפיצול סעדים, לא היו צריכים לבחון את השאלה אם אכן יש יסוד להנחה שהעילה זהה. לשאלה זו יצטרך להיזקק בית המשפט שאליו תוגש התובענה השנייה והנתבע יטען שם "השתק עילה". אם דבר זה טרם קרה, הרי ששאלת זהות העילה (או העילות) הינה תיאורטית בשלב זה.

לעומתם, השופט י' כהן אינו מקבל גישה זו. לשיטתו, מאחר שמדובר בשתי עילות שונות אין לו עוד צורך להיזקק לשאלת הבקשה להיתר פיצול הסעדים. מדבריו משתמע כי הוא מצדד בגישה שאינה מסתפקת בהנחה; ואולי הלך בדרך זו רק משום שהיה ברור לו שהעילות שונות ולא מצא לאור זאת טעם להניח הנחות שלדירי הן מופרכות. אכן נראה, כי כאשר אין במקרה הספציפי המובא בפני בית המשפט כדי לעורר קושי בהגדרת זהותה של העילה, לא ימנע גם מי שמצדד בגישה המתונה מלהכריע בשאלת זהותה של העילה. כך, למשל, עושה השופט לנדוי בע"א 477/68 הופמן נ' לויטל⁴⁸. נקל לעמוד על ההיגיון שבגישה כזו: כשלשאלת זהותה של העילה אין תשובה מודקרת לעין הרי שאין תכלית וטעם – כפי שהסברנו לעיל – להיכנס לכירורה לגופה, ויש להסתפק בהנחה; אך כשהדברים ברורים וגלויים לעין יש טעם לקבוע את הדברים באורח פוזיטיבי, ואין

45 שם, בעמ' 441.

46 ראה לעיל, הערה 8.

47 שם, בעמ' 330.

48 ע"א 477/68 הופמן נ' לויטל, פ"ד כג(2) 53.

סיבה שבית-המשפט יעצום עיניו ויתיר פיצול סעדים במקום שבו אין ההיתר נחוץ. במסגרת דיונו להלן ב"שאלה המהותית" נצביע על דרך שלישית המבקשת לפתור את השאלה הדיונית על דרך פתרון מיוחד לשאלה המהותית: הגדרה מאוד רחבה למונח "עילה" שבתקנה 45. נפרטה להלן בהמשך הדברים.

(ב) השאלה המהותית

1. "עילת תביעה"

השאלה מהי "עילת תביעה" תתעורר רק על-פי הגישה המחייבת בירור בשאלת התקיימות התנאי של זהות העילה לגופה.

כבר הזכרנו לעיל בכמה הקשרים את הבעייתיות שהדיבור "עילה" מעורר. ידועים דבריו של השופט ווסמן בע"א 167/63 ג'ראח נ' ג'ראח⁴⁹ בעניין זה:

הדיבור "עילת התביעה" (Cause of Action) אינו חד משמעי, ומשהוגדר אין לזה ההגדרה יפה אלא לעניין פלוני בלבד. מקובלת עלינו ההגדרה, כי מסכת העובדות המעמידה את זכות התובע לקבל את הסעד המבוקש – היא עילת התביעה. אך אין זו אלא הגדרה לעניין תקנה 21(א), כשאנו דנים בשאלה, אם גילה כתב התביעה עילה או לא...

נמצאנו למדים: "עילת התביעה" לעניין חובתו וכוותו של בית המשפט לפסוק בתובענה אינה "בעילת תביעה" לעניין מעשה בית דין. לעניין הראשון המבחן הקובע הוא אם העובדה נטענה כראוי בכתב התביעה ועלתה על שולחן הדיונים, ולעניין השני אם יכול וחייב היה התובע לרכז את כל טענותיו הנוגעות למעשה הנוזקין בתובענה אחת...

הדין במהות המונח "עילת התביעה" בהקשר של מעשה בית-דין מהווה נושא בפני עצמו, ואין ביכולתנו ובכוונתנו לערוך דיון מקיף במבחנים להגדרתו. נסתפק כאן בדיון בו בהקשר המעניין אותנו במיוחד – תקנה 45.

שלושה מרכיבים עשויים לשמש להגדרת המונח עילה: הסעדים הנכבשים, מערכת העובדות, והטענות (ההנמקות) המשפטיות. גישה אחת שיש לה יסודות ב"Commen Law גורסת, כי המבחן לזהות בין העילות הוא מבחן זהות הסעדים⁵⁰. תקנה 45 מתייחסת לסיטואציה שבה עילת התביעה היא אחת והסעדים שונים. סיטואציה כזו אינה אפשרית בשיטה הרואה בזהות הסעדים מבחן להגדרת העילה. משמע, שקיומה של תקנה 45 בשיטת המשפט שלנו מחייבת אותנו לדחות מבחן זה⁵¹. בפרשת האז נ' מני⁵² הנפגעים מהפרת התחובה ביקשו לתבוע בתובענה אחת השבת הכספים ששילמו מכוח החובה ויחד עם זאת לשמור לעצמם האופציה לתבוע בעתיד סעדים אחרים, כגון פיצויים בגין הפרתו.

49 ע"א 167/63 ג'ראח נ' ג'ראח, פ"ד יז(4) 2618, 2624.

50 ראה הרנון (לעיל, הערה 27) בעמ' 348.

51 למרות זאת, ראה בע"א 126/51, פלמן נ' שחב, פ"ד ו 313, 324.

52 לעיל, הערה 14.

למרות תקנה 45, השופט ברנזון מעיד כי ייתכן שבקשת הפיצול מיותרת, שכן מדובר, אולי, בעילות שונות; זאת, לאור פסיקה מנדטורית⁵³ שקבעה כי תביעת השבה על יסוד חוזה ופיצויים בגין הפרתו הן עילות נפרדות, אלא שהשופט ברנזון אינו נוטה לאמצה. בע"א 247/66 קלוזנר נ' שמעוני⁵⁴ נדחה במפורש המבחן של זהות הסעדים, אם כי לא השתמשו שם כנימוק לדחיית הגדרה זו בעצם קיומה של תקנה 45⁵⁵. "משפחה" אחרת של מבחנים נזקקת לפן המשפטי של התובענה, היינו: לטענות המשפטיות הנטענות⁵⁶, לזהות ההנמקה המשפטית⁵⁷ או למבחן של זכויות מהותיות⁵⁸ שנתבעת ההגנה עליהן (ולא נפרט את ההבחנות שבין הואריראציות השונות של המבחנים הללו).

בפרשת קירשנבאום נ' אריאל⁵⁹ ביקשו המערערים לפצל בין תביעתם לריבית על הסכומים ששילמו בגין חוזה שהופר ובין תביעתם לפיצויים בגין הפרת אותו החוזה. השופט לגרדי סבר כי מדובר בשתי עילות נפרדות, שכן התשתית העובדתית – הפרת החוזה, זהה, אך בעניין הריבית מדובר בזכות חוזית לתשלומה ואילו הפיצויים מבוססים על הדין (סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תש"ל-1970). מבלי להיכנס לנכונותה של עצם ההבחנה, עולה כי חלקו של השופט לגרדי עם אלה הסבורים שנוסף על מסכת העובדות, הזכות המשפטית קובעת את הגדרת העילה.

באותו פסקדין השופט י' כהן דוחה את מבחן "המסכת העובדתית". השופט יוצא מן ההנחה, כי ההתאמה במסכת העובדתית צריכה להיות מוחלטת ולכן כל שינוי עובדתי בין שתי תובענות יוצר "עילה" חדשה. אך כנראה, המבחן בהגדרתו היותר הגיונית אינו דורש התאמה מוחלטת כזו, אלא די בהתאמה בעיקר העובדות⁶⁰.

השופט י' כהן מתייחס, ככל הנראה, "למשפחה" אחרת של מבחנים להגדרת "עילה" בדרך של בחינת המסכת העובדתית⁶¹ או מבחן זהות בראיות⁶². בארצות-הברית ניתן לאתר במדינות השונות נטיה לסוג זה של מבחנים. ה-Restatement השני מציע את המבחן המכונה "המבחן הפרגמטי", המבקש לראות "בסיפור המעשה" עילה אחת כל עוד יש טעם ענייני והגיוני לדרון בכולו במסגרת אחת:

...The claim extinguished includes all rights of the... plaintiff to remedies against the defendant with respect to all or any part of the transaction or

53 (פ"מ) 53 / 45 (Tel-Aviv) Rashid Ahmad Abu Laban v. Abu Laban (1946) S.D.L. p. 205.

54 ע"א 247/66 קלוזנר נ' שמעוני, פ"ד כב(2) 561.

55 וראה ע"א 303/79 אבני נ' גליקסמן, פ"ד לה(1) 92, 99.

56 ע"א 153/71 אלטשולר נ' בניינים ברחוב אלנבי בת"א בע"מ, פ"ד כו(1) 695.

57 גישה שנדחתה כנגד 578/82 נעים נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים, פ"ד לו(2) 701, 706.

58 לה נזקקו בע"א 68/55 תעשיות איי לנחישות נחישותן בע"מ נ' לובן בע"מ, פ"ד י 1298.

59 לעיל, הערה 8.

60 ע"א 9/75 אליעקובי נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד כט(1) 322. ולאחרונה ע"א 8/83 גורדון נ' בפר

מונאש – מושב עובדים ואח, פ"ד לח(4) 797, 801. וע"א 259/83 אריה חברה לביטוח בע"מ נ'

סקים (ישראל) בע"מ, פ"ד לט(4) 141, 146.

61 ראה פרשת קלוזנר נ' שמעוני (לעיל, הערה 5).

62 ראה פרשת קירשנבאום נ' אריאל (לעיל, הערה 8).

series of connected transactions, out of which the action arose. ...What factual grouping constitutes a "transaction" and what groupings constitute a "series" are to be determined pragmatically giving weight to such consideration as whether the facts are related in time, space, origin, or motivation, whether their treatment as a unit conforms to the parties' expectations or business understanding or usage⁶³.

כבר אמרנו, שיש בגישה זו משום ניסיון לזנוח את סבך המבחנים האמורים להגדיר את המונח "עילה", ולחזור לאותה "שאלה אמיתית" שעניינה הדרך הנכונה והיעילה ביותר לדיון משפטי⁶⁴. זוהי הקירבה המסויימת שניתן לזהות בין "השיטה הפרגמטית" ובין תקנה 45 שלנו. שתיהן עשויות לפטור אותנו מן הצורך לעסוק בהגדרת הדיבור "עילה"⁶⁵, ובה יתרונן – בדילוג על השאלה, הקשה לפתרון, מהי מסכת עובדתית אחת והתרכזות בעניין המהותי עצמו. גם "הגישה הפרגמטית" מאפשרת לבית-המשפט שיקול-דעת רחב, בהיותה גמישה מאוד, ויש הסבורים מעורפלת⁶⁶.

כמובן, שתי השיטות בהגדרתן שונות ויש להניח שהתוצאות שהמעשיות לגבי היקף תחולתו של כלל השתק העילה תהיינה שונות; שהרי לפי תקנה 45 תחולת כלל השתק העילה, במקרה שבו נדחתה בקשת ההיתר לפצל (היינו: בית-המשפט סבר שיש טעם כי הדיון ייערך במאוחד), תוכרע בסופו של דבר על-פי ההגדרה הקלסית של "עילת תביעה" אשר עשויה להוביל לתוצאה שהעילות נפרדות, ולכן התובע יכול להגיש תובענות נפרדות. בעוד שבאמצעות-הנרית, כאשר בית-המשפט יגיע למסקנה כי יש טעם בדיון אחד בעניין, זו תהיה התוצאה ואין כמעט⁶⁷ מפלט ממנה.

מובן שההשוואה שניסינו לעשות בין שתי השיטות מוגבלת, בשל תחולתה המצומצמת של תקנה 45, למקרה שבו יש "סעדים אחדים", ולא נסתרה ההנחה (אם בית-המשפט ניאזת להסתפק בהנחה) כי יש "עילה אחת" עליה מבוססים הסעדים הנתבעים.

אין אנו מבקשים, ואיננו יכולים, במסגרת זו, לעסוק בהרחבה הראויה "בשיטה הפרגמטית", וכל שביקשנו הוא להצביע על הקשר המעניין בין תקנה 45 ובין "הגישה הפרגמטית". לאור המבחנים השונים שהצגנו כאן להגדרת המונח "עילה", ניתן לעמוד ביתר-בהירות על היתרונות הטמונים בגישה המבקשת להתמודד עם "השאלה האמיתית" בדרך המקנה שיקול-דעת לבית-המשפט כדי שיתחשב בכל הנתונים הנוגעים לדרך ההתדיינות היעילה והנכונה. כך תקנה 45, בדרכה המוגבלת, וכך "הגישה הפרגמטית", המבקשת לתת פתרון כולל.

63 196 (A.L.I. 1982) *Restatement of the law, second Judgments* 2d.

64 ראה ריונו בכך לעיל, ליד הערה 31 ואלך.

65 ביחס לתקנה 45, על-פי הגישה המסתפקת בהנחה כי יש למבקש הפיצול עילה אחת.

66 ביקורת כיוס לערפול הגישה הפרגמטית ראה R.C. Cassad, *Res Judicata* (supra n. 29) Ref. (29) 28.

67 למעט ההיגדים לכלל, ראה לעיל, הערה 5.

2. הגדרה מיוחדת למונח "עילה" בתקנה 45

כנאמר לעיל למונח "עילה" משמעויות שונות בהקשרים שונים. מאחר שתקנה 45 הינה חלק מן הכלל של השתק עילה. בהיותה חריג לו, הרי לצורך הגדרת הדיבור "עילה", יש לומר בשני אלה שהמדובר באותו הקשר ולכן תהיה למונח אותה ההגדרה. למרות סברתנו זו, בפסיקה הוצע לפרש "עילה" במסגרת תקנה 45 באופן שונה ממובנה בהקשרים אחרים. זאת, כפי שכבר רמזנו כפתרון ביניים לשאלה הדיונית (כיצד יש לבדוק את התקיימות התנאי בתקנה 45 שב"עילה אחת" מדובר) על דרך פתרון במישור המהותי של הגדרת ה"עילה". כזכור, אמרנו שדרך אחת היא לבחון לגופה את השאלה, האם יש בפנינו "עילה אחת", כאשר המשמעות של המונח זהה לזו שניתנה לו בהקשר של כלל השתק עילה. לעומתה, הדרך השנייה מניחה קיומה של "עילה אחת" – שוב במשמעות הדיבור "עילה" לצורך כלל השתק עילה. והנה בע"א 477/69 הופמן נ' לויטל⁶⁸ ניתן ללמוד מדברי השופט זילברג גישה אחרת. לאחר שמביא את הגדרתו של השופט ווסמן ל"עילת תביעה" בהקשר של מעשה בית דין בפרשת גיראח נ' גיראח⁶⁹, כפי שהבאנו אותם לעיל, השופט זילברג מוסיף:

ולענין המושג "עילת תובענה" הבאה בתקנה 45 לתקנות הדיון – המבחן הוא עוד יותר רחב ופירושו הוא: כל אשר בלשון בני אדם נחשב לסיבה הדומיננטית של התביעה או התביעות שהוגשו⁷⁰.

שם נדון שימוש בנכס ללא זכות לאורך זמן, והשאלה היתה, האם הסגת גבול נמשכת זו מצמיחה כמה עילות תביעה או אחת, השופט זילברג אומר על כך:

בלשון בני אדם הסיבה לכל התביעות כאן היא הסגת הגבול שבוצעה ולכן מהווה תביעה אחת...

השופט לנדוי לא התייחס להגדרה חדשה זו, כי ממילא באמצעות הכללים הרגילים הנוגעים למונח "עילה" בהקשר של מעשה בית דין, הגיע לאותה המסקנה. אם אכן ניתן ליחס לשופט זילברג באמירתו זו גישה חדשה⁷¹ לתקנה 44(ב), ומכאן שגם ביחס לתקנה 45 עליידי הגדרה אקסקלוסיבית מרחיבה של הדיבור "עילה", הרי שמעניין לבדוק אם יש הצדקה לגישה כזו, ואם כן מהי. השופט זילברג אינו מסביר מה טעם מצא בחידושו זה, אם אכן ביקש לחדש. אנו ננסה לעמוד על הצדקה אפשרית לגישה זו: כבר הראינו לעיל מדוע אין תכלית בבירור לגופה של השאלה, האם מדובר ב"עילה אחת" על-פי ההגדרות המקובלות בהקשר של השתק עילה, אך עוררנו את השאלה האם ייתכן שבית-המשפט יפעיל את שיקול-דעתו מבלי שיבדוק תחילה האם מתקיימים התנאים המקדמיים הנדרשים בתקנה לתחולתה. הבענו שם אף חשש מפני דיון בעניין מיותר אחר

68 לעיל, הערה 48.

69 לעיל, הערה 49.

70 (לעיל, הערה 48), 55.

71 שהרי אין זו אלא אמירה אחת קצרה, שאין הנמקה בצדה, ומימלא היה ניתן להגיע במקרה שנדון שם לאותה המסקנה עליידי הפעלת ההגדרות המקובלות.

– דיון במסגרת הפעלת שיקולי הדעת מכוח תקנה 45, כשלמעשה הסעדים מבוססים על שתי עילות שונות. והנה יש דרך ביניים – זו המוצעת כאן כפתרון לקשיים הללו: הגדרה כה רחבה ל"עילה" כפי שהוצעה עלייך השופט זילברג (אם כי גם היא לא נקיה מקשיים) לא תאלץ את בית המשפט להתקשות בהגדרות הרגילות. לשון התקנה עשויה לסבול פירוש מרחיב כזה, ולא תתעורר שאלת סמכותו של בית המשפט לרוח בבקשת הפיצול מבלי שהחיל את אותן הגדרות רגילות של הדיבור "עילה". כמובן ההגדרה הרחבה עדיפה על הנחה בלתי-ברורה ברבר והות העילה, מאחר שתסנן חלק מן המקרים אשר בהם אין צורך בהיתר פיצול מכיוון שהסעדים מבוססים על עילות שונות, וכך נמנע חלק מן המקרים שלהם יקדיש בית המשפט דיון מיותר בבקשת היתר.⁷²

אלא שגישת זו יוצרת קושי משלה: נניח מקרה שבו תובע לא ביקש היתר לפצל את סעדיו, או שביקש, ונדחה מטעמים שבשיקולי דעתו של בית המשפט (אס"כ על-פי ההגדרה הרחבה סעדיו מבוססים על עילה אחת). אותו תובע כלל בתובענה אחת חלק מן הסעדים, ולאחר זמן הגיש תובענה נגד אותו נתבע לסעדים האחרים. הנתבע יטען, כי אמנם על-פי מונחי השתק העילה הרגילים אין התובע מושתק, שכן הסעדים הנתבעים בהליך הנוכחי מבוססים על עילה נפרדת שלא "נתמזגה" בפסקי דין שניים את ההליך הקודם; אלא שמושתק הוא – על-פי הטענה – מכוח תקנה 44(ב), שכן בידו עילה אחת על-פי ההגדרה המרחיבה של המונח במסגרת תקנות אלה. משלא קיבל היתר לפיצול, הוא מושתק מכוח תקנה 44(ב) ר"ל⁷³. תוצאה כזו אינה מתקבלת, כמובן, על הדעת שהרי תקנה 45 באה "לדכך" כלל השתק העילה, ובדרך זו נמצאת מוסיפה על הכלל הפסיקתי החמורות נוספות. מקור הקושי הוא בניסיון לתת למונח אחד באותה מטריה משמעויות שונות, והתוצאה היא חוסר-התאמה המביא לתוצאות מוזרות שכאלה. אבל אין לומר בואש מגישה כזו, אפשר לפתור את הקושי אם ייקבע כי ההגדרה הרחבה הזו של המונח "עילה" תשמש רק לשלב שבו תובע מבקש לפצל סעדים, ולא תוכל לשמש יסוד לטענות שבמסגרות אחרות ובשלבים אחרים. דומה, שבכך התקרבונו קירבה רבה לגישה האחרת המסתפקת בהנחה, כי בעילה אחת מדובר, שכן גם שם ההנחה טובה רק לשלב של בקשת ההיתר לפצל; אס"כ אפשר לטעון, שבכליזאת יש הברל: בעוד שעל-פי גישת ההגדרה הרחבה לא תמיד יגיעו למסקנה כי העילה אחת, הרי שעל-פי הגישה המניחה, יניחו כך תמיד. אך ראינו שגם המצדדים בגישה המניחה לא תמיד יניחו כך, ובמקרים בולטים יכריעו לגופו של עניין, ואם אלו הם פני הדברים, ספק אם יש הבדל מהותי בין הגישות הללו.⁷⁴

72 אס"כ למעשה, ספק אם אכן זהו יתרון אמיתי, שכן גם הגורסים את הגישה המניחה, שכאשר יש מקרים ברורים ובוולטים אשר בהם גם על-פי ההגדרות המקובלות קל לברר את זהות העילה, אין נמנעים מלברר את השאלה לגופה, ועליכן גם על-פי גישת ההנחה הנ"ל יסוננו המקרים הברורים לגישה שאנו מציגים כאן בשיטת ההגדרה הרחבה של "עילה".

73 גישה כזו מזכירה, במובן זה, את גישת השופט אשר ביחס לתקנות 44(ב) ו-45, כפי שהצגנוה לעיל, בדיון הסמוך להערה 10.

74 דומה כי את דבריו של השופט י' כהן בפרשת קירשנבאום נ' אריאל: "מה משמעות המלה 'עילה' לצורך תקנה 46 אין להבין כגישה המבקשת למצוא הגדרה אקסקלוסיבית למונח 'עילה' לצורך תקנה 46, אלא כניחוח כללי של מונח זה.

כך או כך: דומה כי גישה כזו, למרות היותה פתרון מעניין לבעיה שהמונח עילה מעורר בכלל, ובמסגרת תקנה 45 בפרט, אין לה מהלכים של ממש בפסיקה, ונראה שעלינו לפקפק בסיכוי שזקקו לה בעתיד לבוא.

2. "סעדים אחדים"

(א) ההגדרה

ההגדרה המבוקשת היא למונח "סעדים אחדים", שרק כאלה ניתן לבקש לפצל. אמנם אין הגדרה למונח בתקנות או בפסיקה, אך לכאורה התשובה צריכה להיות קלה בהיות הביטוי מוגדר מתוכו. אלא שמסתבר כי יש "תחום אפור" במקרים שבהם לא ברור אם מדובר בחלקים כמותיים של אותו סעד עצמו, או שמא בסעדים שהם לצורך ההגדרה "אחדים". המקרים הברורים הם שבהם מדובר, למשל, בסעד של פיצויים בגין הפרת חוזה וצו מניעה⁷⁵, צו למסירת החזקה וצו להעברת בעלות⁷⁶, סעד פיצויים מוסכמים מראש בחוזה וצו ביצועי-בעין לחוזה כזה⁷⁷, סעד לסילוק יד ולפיצויים⁷⁸ (לסעד הצהרתי נייחד פרק להלן). לעומת זאת, לכאורה ברור מתי בכמות של אותו סעד מדובר ולכן אין "סעדים אחדים": למשל, נזקי גוף בגין תאונה הוערכו בסך של 1,000 ש"ח, וכל חלק קטן מסכום זה אינו סעד נפרד⁷⁹. או, למשל, מחיר נכס מסויים שתובעים תמורתו תביעת חלקים מן התמורה אינם בבחינת סעדים נפרדים. אך כיצד נסווג תביעת תמורה בגין עשרה נכסים שהם נשוא חוזה-מכר אחר שהופר. האם התמורה בגין כל פריט הינה סעד נפרד? האם לצורך העניין משנה אם הפריטים שבהם מדובר זהים (כמו בקבוקי-משקה מאותו סוג), לעומת מכר של פריטים שונים בתכלית, אך במסגרת חוזה אחד (כמו הסכם ביחס לתכולתה של דירת-מגורים)? האם יש לומר כי כאשר תמורתו של נכס שונה ונקבעה עלי-פ ערכו ואז הסעדים "אחדים", להבדיל ממכר של עשרת אלפים בקבוקים זהים שסך תמורתם היא תרגיל חשבוני של מכפלת מחיר פרט אחד כפול מספר הפריטים? קשה לאתר הגדרות כלליות מניחות את הרעת העשויות לעזור בפתרון השאלה. דומה כי הפתרון טמון, בסופו של דבר, בגישתנו לשאלה מתי יהיה נוח למעשה לדון בכל העניין בנפרד ומתי יהיה נוח והגיוני לדון בהם במאוחד ("השאלה האמיתית"), ואם ננקוט לשון תקנה 45, נשאל את עצמנו האם אנו רואים בקיומו של החריג שבתקנה דבר ראוי, ואם כן, האם נראית לנו סבירה ההגבלה של החריג לסעדים המוגדרים כ"אחדים" (הסיטואציה השנייה, לעומת הסיטואציה השלישית). אם החריג נראה לנו רצוי כמדיניות, ולעומת זאת אין הגבלתו לעניין הסעדים הנפרדים נראית לנו מוצדקת, תגבר נטייתנו להגדיר יותר מקרים של סעדים כ"אחדים": בעוד שאם גישתנו לחריג שונה, יחסנו לעניין הגדרתו של שוני הסעדים

- 75 ע"א 9/84 אגודת ארתור רובינשטיין למוסיקה ואח' נ' החברה הממשלתית למדליות ומטבעות, פ"ד לח(1) 566.
- 76 ר"ע 236/84 אסתר ואח' נ' נפתלי ואח', פ"ד לח(2) 665.
- 77 ע"א 329/73 מלון סטפניה בע"מ נ' עזובן המנוחה מילר ואח', פ"ד כח(1) 19.
- 78 ע"א 460/80 ויכל נ' גיאן, פ"ד לח(2) 558.
- 79 ע"א 61/77 אנגל נ' מיש, פ"ד לא(3) 673, 678.

תיטה לפרשנות אשר תביא לתוצאה שתקנה 45 לא תחול. שהרי הגדרה מחייבת אין, והביטוי, אם כי הגבולות ידועים, ניתן לפירוש "כחומר ביד היוצר" בידי השופט כפרשן, המונחה גם משיקולים שבמדיניות⁸⁰. ואכן, דומה שלאור הדברים שאמרנו כאן יש להבין את הנעשה בעניין "המגן", חברה לביטוח בע"מ נ' יאנג אלום בע"מ⁸¹. שם, כזכור, קבעה פוליסת הביטוח כי אם תהיה מחלוקת בין המבוטח ובין המבוטח לגבי דברים גנובים שבוטחו, תתקיים בוררות. המבוטח ביקש לתבוע בנפרד את הסכומים שלגביהם לא היתה מחלוקת ולקבל היתר פיצול סעדים כדי שיוכל בעתיד לבוא לתבוע את יתרת סכומי הביטוח. אחת השאלות שנתעוררה היתה, אם אכן ניתן לרבר על שני סעדים נפרדים. בית דמשפט המחוזי סבר, כי הסכום הכולל של הנזק שנגרם בשל הגניבה הוא סעד אחד ולכן תקנה 45 אינה חלה⁸². השופטת בךפורת (כתוארה אז) דוחה גישה זו וסבורה כי המדובר בסעדים נפרדים:

ראשית, מדובר בשישה סוגים של גנובים אשר ערכם המצטבר מהווה את הסעד המלא ועל כן הוא ממילא מורכב מכמה "סעדים", שנית, יהא זה בלתי הגיוני לקבוע שסעד לפי סעיף אחד בחוזה ניתן להפרדה מסעד לפי סעיף אחר באותו חוזה, אך הסעד המצטבר מכל אלה הופך ליחידה שאינה ניתנת להפרדה...⁸³.

הטעם הראשון הוא אפוא, כי סוגי הפריטים הם שונים, והחשוב של סך כל הסעד אינו אלא חיבור כל הסכומים יחדיו, ולזה אין כנראה – לדעתה – אלא משמעות חשבונית. מכאן אנו יכולים אולי לחשוב כי אם היה מדובר בכמה פריטים מסוג אחד של גנובים, היתה השופטת מגיעה למסקנה שונה. אלא להלן נראה כי אין הדברים פשוטים כל-עיקר. הטעם השני לגישתה מניח, כי אם סעיפי החוזה המקיימים את הזכאות לסעדים שונים, הכרחי לומר כי יש לראות גם את הסעדים כשונים. דומה כי זהו מבחן טכני מאוד, וטיבו של מבחן טכני שקל לעקוף אותו, ועל-ידי כך תסוכל ההבחנה שביקש המחוקק לעשות בין סעד אחד ל"סעדים אחדים". אכן, מי שהבחנה אינה נראית לו מוצדקת לא יוטרד מן האפשרות הזו. התמונה המתקבלת מפסקי דין זה מסתבכת יותר למקרא המשך הנמקתה של השופטת בךפורת (כתוארה אז):

אין כל הברל, דרך משל, בין מכר של אלף חליפות בסכום המחושב לפי מחיר החליפה כפול הכמות לבין מכר של יהלום אחד. כשם שמותר להרשות פיצול סעדים במקרה הראשון, כך הדעת נותנת שאפשר להרשות גם במקרה האחרון. גישה המאבחנת בין שתי הדוגמאות דלעיל אינה עומדת, למיטב הבנתי, במבחן השכל הישר⁸⁴.

ההנחה שביסוד ההנמקה היא, כי ניתן לפצל את הסעדים בדוגמת 1,000 החליפות ושאינו – לדעתה – להבדיל בין דוגמא זו לדוגמת היהלום. השופטת מגיעה למסקנה, כי ניתן

80 א' ברק, "חקיקה שיפוטית" משפטים יג (תשמ"ג) 25, 46.

81 לעיל, הערה 17.

82 אלא שבית דמשפט המחוזי סבר כי הואיל וביחס לחלק מסכומי הביטוח שבהם הודתה המבטחת בתבותה יש עילה נפרדת הנובעת מן "ההודאה", שוב אין המבוטח זקוק להיתר לפיצול.

83 ולעיל, הערה 17, 453.

84 שם, שם.

לפצל גם תביעת תמורתו של יהלום אחד. אך מדוע היסוד להנחה שבדוגמת החליפות יש 1,000 סעדים שונים ולא סעד אחד הניתן רק לחלוקה כמותית ולכן תקנה 45 אינה חלה עליו? והרי מתחילת ההנמקה היינו סבורים – כאמור לעיל – כי מאחר שבמקרה הנדון מדובר בסוגים שונים של גנובים והסעדים השונים, הרי שאם מדובר בכמות פרטים של נכס מסוג אחד, יהיה אף הסעד אחד; ונמצאנו למדים שאין השופטת עושה הבחנה כזאת, יתירה מזו: כנראה שאין – עליפי גישתה – להבחין בין מקרה שבו מדובר ב־1,000 עיסקאות נפרדות למכר חליפות לבין עיסקת־מכר אחת של 1,000 פריטים ב"חבילה אחת".

אם זו שיטתה, אכן קשה להבחין בין דוגמת החליפות ובין דוגמת היהלום, שבשניהם מדובר בסכומי כסף בגין אותה עיסקה הניתנים למדידה כמותית נפרדת. האין המשמעות המעשית העולה מגישתה זו של השופטת ב"דפורת (כתוארה אז) טשטוש ניכר (אם לא כמעט סילוק) של ההבחנה שביקש המחוקק להבחין בין סעד אחד ו"סעדים אחדים"? שהרי מתי – לשיטתה זו – נגרס כשמדובר בסעד כספי כי אחד הוא? והרי היינו סבורים, וכך אף בפסיקה⁸⁵, כי כאשר סכום כסף בגין נכס או נזק נתבע כסעד הוא שייך לסוג המקרים הברורים שתקנה 45 אינה חלה עליהם (אלא תקנה 44(ב)). השופטת אומרת כי, גישה המבחינה בין דוגמת החליפות ודוגמת היהלום אינה עומדת במבחן ההיגיון. אך האין זה הגיוני להבחין בין דוגמת החליפות ודוגמת היהלום ובין דוגמא שבה מדובר בסעד של פיצויים ושל צרימניעה? ניסינו להצביע לעיל על הצדקות כאלה⁸⁶ ובכל אופן מלשונה המפורשת של תקנה 45 – כהבנתה של הפסיקה אותה עד פרשת "המגן" חברה לביטוח – דומה כי המחוקק סבר שיש הצדקה להבחנה כזאת. נראה שהשופטת ב"דפורת (כתוארה אז) אינה סבורה כך. נשאלת השאלה, אם אין השופטת נוקטת פרשנות שקשה ליישבה עם הבחנה מפורשת שהבחין המחוקק. יכול להיות שהשופטת אינה מייחסת לביטוח "סעדים אחדים" משמעות מהותית, אלא טכנית גרידא, והיינו: כדי לפצל סעדים צריך שיהיו, מן הסתם, לפחות שניים. לכן אם יש רק צרימניעה, אין לתובע מה לפצל. לעומת זאת, כל סעד שהוא "בר־פיצול", בין אם הסעדים שונים ובין אם הוא סעד אחד אך הוא כספי וניתן לפיצול כמו־מתי, תקנה 45 מתייחסת אליו. גם אם הכתוב סובל פרשנות כזו, אין היא משכנעת כל־עיקר, שהרי ברור מאליו כי כאשר יש לתובע סעד שמטבעו אינו ניתן לפיצול שאלת הפיצול כלל לא תתעורר (למשל, שהתובע זכאי רק לצו מניעה), ואין צורך לסייג את התקנה ולקבוע שאין היא חלה על מקרה כזה. אם ציין המחוקק "סעדים אחדים" הרי שכיוון, מן הסתם, להבחנה מהותית בין מקרים שבהם הפיצול אפשרי מבחינה טכנית. לעומת זאת, כבר אמרנו לעיל, שקשה לנו לאתר הצדקה משכנעת להבחנה בין הסיטואציות השנייה והשלישית⁸⁷ ולכן אנו מחייבים עם כל הכבוד, את התוצאה שהשופטת מגיעה אליה. גישתה מערפלת את ההבחנה הבעייתית הזו ומאפשרת החלתה של תקנה 45 על תחום מקרים רחב יותר. השופט בכור, שהיה שותף לפסק־דין זה, חושף את השיקולים שעמדו ביסוד פסק־דינה של כב' השופטת, שהוא מצטרף אליו:

85 ראה פרשת אנגל נ' מיש (לעיל, הערה 179).

86 ראה דיון לעיל, ליד הערה 34.

87 שם.

פוליסת הביטוח מקנה למבוטח זכות לקבל סכום הפיצוי המגיע לו, וניתן לומר שזהו סכום חד פעמי שאין לפצלו בדרך כלל. כפוליסה נושא הדיון אין כל הוראה לפיה זכאי המבוטח לדרוש תשלום חלקי כלשהו מיד או לפני תום קביעת הסכום הסופי. לכן עלול להיווצר לא פעם מצב (ומקרה זה הוא הדוגמא לכך) שחברת הביטוח לא תסכים לשלם למבוטח את הסכום המגיע לו גם לפי גרסתה היא, אלא אם יוותר המבוטח על זכותו לתבוע את היתרה המגיעה לו לדעתו. גישה זו של מבטח אינה הוגנת, לדעתנו, והצדק דורש לאפשר למבוטח להתגבר על הקושי, לפניו הוא ניצב ולאפשר לו לתבוע ולקבל לעת עתה את הסכום המגיע לו לכל הדעות, בלי לפגוע בזכותו לתבוע את היתרה...⁸⁸ (הדגשות לא במקור – ב' ר').

דהיינו, זהו מקרה שבו הפעלת כלל השתק העילה יגרום אי-צדק והחריג שבתקנה 45 נועד בדיוק למקרים מן הסוג הזה, אלא שהמחוקק הגביל החריג למקרים שבהם הסעדים נפרדים. והנה מקרה המדגיש, כי יש הצדקה לקיומו גם במקרים שבהם אין מדובר בסעדים שונים דווקא.

השופט בכור מודה בהרחבה המוקשה הנעשית במקרה זה עלידי בית המשפט, אך מגסה להסביר מדוע למרות מה שאמר לעיל – כי בסעיף אחד מדובר – המקרה הנדון מחייב התייחסות מיוחדת (כפי שאמר, כמצוטט) ומאפשר פרשנות רחבה כזאת עלידי אבחון:

...אני מוכן לראות בהודאת החייב, או בעובדה שאין הוא חולק על חבותו בחלק זה של התביעה כדבר המקנה לנושה זכות לקבל סעיף זה מיד בהליך מיוחד בסדר דין מקוצר, כסעיף נפרד מן הסעיף הנוסף...^{89,90}

לאור כל הדברים הללו יש מקום לשאול בשלב זה מהו המצב המשפטי כיום: העולה, לכאורה, מלשון התקנה וההלכה הפסוקה עד עניין "המגן" חברה לביטוח בע"מ הנ"ל או שהלכת "המגן" חברה לביטוח בע"מ מחייבת אותנו לקרוא את תקנות 44(ב) ו-45 ככפופות לאמור בה. אנו, שלא מצאנו הצדקה משכנעת להבחנה בין הסיטואציות השנייה והשלישית, נצטר בהלכת "המגן" חברה לביטוח בע"מ עליאף הקשיים שהיא מעוררת. מעניין לראות כיצד תנהג הפסיקה בעתיד לבוא ביחס לשאלה האמורה.

(ב) סעיף הצהרתי

אנו מבקשים להקדיש פרק נפרד לסעיף מסוג מיוחד ולבדוק את השתלבותו במערכת ההגדרות שתיארנו לעיל.

תובע יכול לבקש סעיף שאין לו נפקות אופרטיבית לביצוע, אלא סעיף הצהרתי בלבד (תקנה 14(א) ס"פא). לסעיף כזה יכולות להיות מטרות שונות. כבג"צ 202/57 סידים נ'

88 (לעיל, הערה 17), 455.

89 שם, בעמ' 456.

90 מעניינת אמירתו של השופט בכור בסוף פסקדינו, אם לא נתקבל דעתו של המחוקק לפתור את אי-הצדק שנגרם כאן למבוטח. דומה שיש רמז בדברים אלו לתחושתו של השופט כי הפרשנות הננקטת כאן רחבה כמידה רבה.

בית הדין הרבני הגדול ואח"י⁹¹ מוסבר, כי סעד הצהרתי נועד לשמור על הזכות הנדונה "מפני כפירה והכחשה עתידה". מובן שיעד זה יושג רק אם פסקידין הצהרתי יצור מעשה ביתדין בכל מה שנוגע למה שהצהרה מתייחסת אליו⁹². אבל, להבריל מסעד רגיל, אין הכרח שתובע המבקש סעד הצהרתי יבסס עילת תביעה שבגינה הוא מבקש את הסעד ההצהרתי⁹³. לכן אמר מ"מ הנשיא זוסמן (כתוארו אז):

בתביעה כזאת (לסעד הצהרתי – ב' ר') שאינה נשענת בהכרח על עילה, קשה לדבר על מציוי העילה ולנהוג כלפיה כמצוות תקנה 45⁹⁴.

לכאורה יש בדברים אלה משום תשובה שלילית לשאלה המעניינת אותנו כאן, האם מי שרוצה לתבוע תחילה סעד הצהרתי, ואחר כך סעדים אופרטיביים, צריך להיזקק לתקנה 45 ולבקש היתר לפצל. השופט זוסמן פותר את הבעיה בקובעו, כי יש מקרים שבהם אין הבקשה לסעד הצהרתי מבוססת על עילת תביעה; ולא יפלא הדבר, שכן זו טרם נתגבשה ולפיכך אין בידי התובע לתבוע סעד אופרטיבי שחייבים לבסס את תביעתו על עילה מגובשת; ומכיוון שכך, אין לדבר על תחולת כלל השתק העילה כשהעילה בבית המשפט טרם נוצלה. אבל מה לגבי מקרים שבהם יש בידי התובע עילת תביעה, אך מטעמים שונים רוצה לתבוע בשלב ראשון רק סעד הצהרתי? כאן חסרה ההנמקה המעיין פורמלית בעניין עילת התביעה. ואכן בידי השופט זוסמן מצויה תשובה מהותית השוללת את החלתו של כלל השתק העילה במקרה שבו קיבל התובע סעד הצהרתי:

אם נתן בית המשפט לתובע הצהרה כדי לשריין את זכותו, הדעת נותנת שיוזקק לתביעה נוספת בה הוצרך התובע לתבוע את הסעד המהותי, שאם לא תאמר כן, לא תשמור ההצהרה על זכותו, אלא תכשיל את ביצועה⁹⁵.

אכן, אין היגיון ליתן סעד הצהרתי המיועד להגן על זכות מפני הכחשה עתידית, ועל ידי כך לשלול האפשרות לממש את הזכות האופרטיבית בתובענה נוספת. אך על כך ניתן להשיב, שבקשת אותו תובע היתה לפיצול סעדים על בסיס תקנה 45, ובמסגרתה י שקול בית המשפט האם יש מקום לאפשר כפל התריינויות ואם יקבל היתר פיצול, לא יחול כלל השתק העילה. אלא – כידוע – אף סעד הצהרתי הינו סעד התלוי בשיקול דעתו של בית המשפט⁹⁶.

תוכן-שיקול הדעת תואר בתמצית:

- 91 ע"א 202/57 סידים נ' בית הדין הרבני הגדול ואח, פ"ד יב 1528.
 92 *Guarantee Trust Co. of New York v. Hanny & Co.* (1915), 2 K.B (92); וכשיטתנו לראשונה בע"א 440/70 עאנב נ' עאנב, פ"ד כו(2) 829, 837.
 93 I. Zamir, *The Declaratory Judgment*.
 94 עאנב נ' עאנב (לעיל, הערה 92) בעמ' 837.
 95 שם.
 96 למשל, ע"א 436/59 נחום נ' דוהמ"ש, פ"ד יד 145; ע"א 288/69 יעקובוביץ נ' החברה להוצאת אנציקלופדיה בע"מ, פ"ד יח(4) 339; ע"א 464/75 פרומטסין נ' קלדרון ואח, פ"ד ל(2) 191, ועוד רבים.

לקבוע נקודת איזון בין שני אינטרסים מנוגדים: האינטרס של הנתבע שלא יוטרו פעמיים בשל אותו עניין בנסיבות שבהן פיצול הסיכסוך לתובענות שונות עשוי להיות שימוש לרעה בהליכי בית המשפט מחד, והאינטרס של התובע בנסיבות המיוחדות של העניין הממשי הנדון, לקבל הצהרה בלבד באותו שלב⁹⁷.

הנה כי כן, אותו סוג של שיקולים במסגרת תקנה 45 נשקלים במסגרת השאלה האם יש ליתן סעד הצהרתי, ואפילו באותו מונח משתמשים בשני ההקשרים: האם יש למבקש סעד הצהרתי "אינטרס לגיטימי" לקבל סעד כזה ולפצל ההתדיינות כתוצאה מכך⁹⁸. ולא יפלא הדבר שהרי בשני ההקשרים מתמודדים עם אותה השאלה של כפל התדיינות על אותו עניין (אם כי, כמובן יש סוג מיוחד של שיקולים בהקשר של בקשה לסעד הצהרתי, אך השיקולים שבמסגרת תקנה 45 כלולים בתוכם במידה רבה). מכאן שלכאורה אין טעם להחיל את תקנה 45 שתחייב הפעלה נוספת של שיקול-דעת שעניינו באותה שאלה עצמה של כפל התדיינות. לכן אין טעם לתחולת כלל השתק העילה שנועד למנוע כפל התדיינות: שכן משניתן סעד הצהרתי, משמעות הדבר שבית-המשפט סבר שיש לתובע אינטרסים המצדיקים פיצול ההתדיינות. דומה שזו היתה הרעה המקובלת⁹⁹.

כך, למשל, בעניין בנק ברקלים דיסקונט בע"מ נ' ברנר¹⁰⁰ השופט ש' לוי קובע, כי מאחר שתביעת סעד הצהרתי אינה טעונה ביסוס על עילה כפי שנדרש שעה שתובעים סעד מהותי "לפיכך אין התובע נזוק לעניינה לרשות לפיצול הסעדים באותה עילה כמצוות תקנה 46¹⁰¹. בע"א 822/77 בסה נ' "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה לישראל בע"מ¹⁰² נדחתה התביעה לסעד הצהרתי ונתעוררה השאלה אם יוכל התובע לתבוע בעתיד סעד ממשי בגין אותה העילה.

השופט אשר מבקש להשאיר "שאלה נכבדה" זו (כלשונו) בצריך עיון:

האם ניתן, ואם רצוי לחבל בעקרונות תורת מעשה בית דין על ידי שיקולי צדק ויושר... אך ברור שגם אם קיים בידו כוח מעין זה ישתמש בו בית המשפט רק אם זכותו של המבקש ברורה כל כך עד שאין כל אפשרות לחלוק עליה, ורק מכוח הנסיבות ושלא באשמתו, נמנעה ממנו בפעם הראשונה ההכרעה לטובתו.

השופט מניח שנוצר כאן השתק עילה לאור הפסיקה שהבאנו לעיל, וגם אם אכן יש במקרה כזה תחולה לכלל השתק העילה השופט סבור, כי כללים של "צדק ויושר" יאפשרו להתגבר על כך; והרי קיים המכשיר של תקנה 45 המאפשר להתגבר (מראש) על הקושי שעליו הוא מצביע. כאן יש לעורר שאלה נוספת, בהנחה שכלל השתק העילה חל עקב

97 ע"א 227/77 בנק ברקלים דיסקונט בע"מ נ' ברנר, פ"ד (1) 85, 90.
98 ראה, למשל, ע"א 61/76 רייטמן נ' בנק המזרחי המאוחד ואח', פ"ד לא (1) 281; ע"א 539/78 לואל נ' לויס, פ"ד לד (4) 286, 288-287.
99 ראה, למשל, ס' גולרשטיין, "עוד בעניין תביעת יצוג קבוצתית – התפתחות המשפט האנגלי" משפטים יא (תשמ"א) 412.
100 לעיל, הערה 97 בעמ' 89.
101 אם כי לא ברור שם, האם כוונתו רק למקרים שבהם אין למבקש סעד הצהרתי עילה מגובשת.
102 לעיל, הערה 10.

מתן סעד הצהרתי ומי שאינו רוצה להיות מושתק צריך להיזקק לתקנה 45: האין בית המשפט שעה שהוא נענה לבקשה לסעד הצהרתי מעניק, מכללא, גם היתר לפיצול סעדים מכוח תקנה 45? לו השיבונו עליך בחיוב, היינו פותרים את הבעיה מהכיוון הזה, דהיינו: כלל השתק העילה אמנם חל, אך אנו נמנעים ממנו בעצם קבלת הסעד ההצהרתי הכולל בחובו היתר לפיצול סעדים, ונמנע הסרבול הפורמלי של הבקשה ודיון נפרד בה במסגרת תקנה 45. אלא שבסוגיא חלה התפתחות מעניינת רק לאחרונה. בפרשת חב' החשמל בע"מ נ' שפיר דוידוביץ (שיתפות רשומה)¹⁰³ זכתה המשיבה במכרז, ועל פי החוזה נקבע כי המערערת תשלם 90% מהשכר לשיעורין, ו-10% מן השכר ישארו כפיקדון בידי המערערת עד להשלמת הביצוע. בתובענה הראשונה תבעה המשיבה וקיבלה פסקדין הצהרתי שלפיו היא זכאית להפרשי הצמדה על הכספים המעוכבים ביחס ל-5% מהם. בתובענה השנייה תבעה ריבית בגין הסכומים המשולמים לה לשיעורין ובתובענה השלישית ביקשה לממש זכותה כפי שהוכרה בפסק הדין ההצהרתי שניתן בתובענה הראשונה. התובענה השלישית הוגשה בסדר דין מקוצר, והדיון בערעור היה במסגרת בקשה למתן רשות להתגונן¹⁰⁴ בטענת המערערת, כי המשיבה פיצלה סעדיה מבלי שקיבלה לכך היתר מכוח תקנה 45 ולכן מיצתה עילתה כבר בתובענה הראשונה, בה זכתה בפסק הדין הצהרתי. ראשית, הנשיא שמגר בודק את "זהות העילה" ומגיע למסקנה כי הבקשה לסעד הצהרתי נתבססה על עילה הוזה לעילה נשואת התובענה הנוכחית. כב' הנשיא מבחין בין מקרה זה למקרים שבהם נאמר בפסיקה כי אין צורך בעילה כדי לבקש סעד הצהרתי:

יש להבדיל בין תביעה לסעד הצהרתי – אשר בשעה שהוגשה לא יכול היה המבקש מחמת חוסר סמכות בית המשפט או בשל העדר ידיעה שיסודו בנסיבות אובייקטיביות, לצפות, כי יצטרך בעתיד להגיש תובענה נוספת אשר יסודה באותה מערכת עובדות ואשר בה יתבקש מתן סעד מהותי – לבין בקשה לסעד הצהרתי כאשר המבקש יכול היה להגיש בד בבד עם הבקשה לסעד הצהרתי תביעה לסעד מהותי והוא לא עשה כן, על אף הסבירות הגבוהה שתוגש תובענה בעתיד. על בקשות סעד הצהרתי מן הסוג השני תחולנה תקנות 45 ו-46 לתקנות סדר הדין האזרחי (ההדגשות במקור – ב' ר"י)¹⁰⁵.

גם הפסיקה הקודמת התייחסה למקרים שבהם יש למבקש סעד הצהרתי אופציה לתבוע את הסעד הממשי עצמו. נתון זה היווה שיקול כבד-משקל שלא להיענות לבקשה למתן סעד הצהרתי¹⁰⁶. בדרך זו ביקשו למנוע כפל התדיינויות, ולא בדרך של כלל השתק העילה, והניחו – כך נדמה – כי אינו חל רק משום שניתן סעד הצהרתי; שהרי אם היו סבורים כך, לא היו צריכים לחשוש כלל מכפל התדיינויות משום שהתובע, עם קבלתו פסקדין הצהרתי, היה מושתק ולא היה יכול לממש את זכותו נשואת פסקהדין ההצהרתי

103 לעיל, הערה 12.

104 לאחר שנדחתה בקשת המערערת למחוק התובענה שהוגשה בסדרדין מקוצר ולאחר שנדחתה בקשתה למתן רשות להתגונן, הגישה בקשת רשות ערעור שגרונה כערעור.

105 (לעיל, הערה 12), 621.

106 ע"א 227/77 בנק ברקלים דיסקונט בע"מ נ' ברנר, פ"ד לכו(1) 85, 88.

(תקנה 45 לא נזכרה שם). לכן אנו סבורים שאין כב' הנשיא מאבחן את המקרה שנדון בפניו מן הפסיקה הקודמת – כפי שמתקבל לכאורה הרושם – אלא, לאמיתו של דבר, מבקש לשנות ההלכה בעניין ולהמיר את "שדה המערכה" כנגד כפל ההתדיינויות שמתן הסעד ההצהרתי גורם, משדה שיקול-הדעת של בית-המשפט הנותן את הסעד ההצהרתי, לשדה כלל השתק העילה, דהיינו: לשיקול-דעתו של בית המשפט במסגרת תקנה 45. התוצאה של כל "הטרה" הזאת היא אפוא מוגבלת למעשה: שיקול-דעת שתוכנו רומה (על המבקש להצביע על "אינטרס לגיטימי") יישקל תחת כותרת שונה. כך ותו לא. בגישתו זו אף רחה הנשיא שמגר את הפרופוזיציה שניסנו להציע לעיל, שלפיה יראו במתן הסעד ההצהרתי אף מתן היתר, מכללא, לפצל סעדים לפי תקנה 45¹⁰⁷. אמרנו, כי בגישתו מחליף הנשיא שמגר את המסגרת שבה יופעל שיקול-הדעת אשר יכריע אם יאפשר בית-המשפט לתובע לגרום כפל התדיינויות. לכאורה לא דייקנו באמירה זו, שכן אין הנשיא מחליף מסגרת אלא מוסיף מסגרת – את תקנה 45. אם אכן אלו פני הדברים, הרי שבמקום ששיג את מטרותו להמעיט התדיינויות, הוסיף התדיינויות במסגרת תקנה 45. אך לאמיתו של דבר, אנו סבורים כי בפועל ישקול בית-המשפט פעם אחת את מכלול השיקולים במסגרת ששמה יהיה זה או אחר. נראה שפרשת חב' החשמל בע"מ נ' שפיר דווירוביץ (שותרפות רשומה)¹⁰⁸ תיצור רק את הצורך להוסיף בשולי ההחלטה ליתן סעד הצהרתי אמירה פורמלית כי בכך גם ניתן היתר לפיצול סעדים מכוח תקנה 45. אם יבקש בית-המשפט לנהל הליך נפרד במסגרת תקנה 45, יוכל המבקש להצביע על "אינטרס לגיטימי", שלאור בקשתו לסעד הצהרתי הוא זקוק להיתר לפצל, שאם לא כן לא יוכל לקבל הסעד ההצהרתי. על ה"אינטרס הלגיטימי" למתן סעד הצהרתי יצביע – כך יטען – במסגרת בקשתו לסעד ההצהרתי.

1. פיצול סעדים שאינו טעון היתר

כדי שתושלם התמונה על היקף תחולת תקנה 45, עלינו להגדיר את סביבתה הקרובה. כאשר פיצול הסעדים נכפה על בעלי-הדין, וזאת בשל היקף סמכותו העניינית של בית-המשפט, תקנות 44 ו-45 אינן חלות והתובע יוכל לפצל את סעדיו כמתחייב מן הסמכות העניינית בלי צורך בהיתר מיוחד לכך. על זאת אנו למדים מתקנה 45 עצמה, שכן נאמר בה, כזכור: "רשאי לתבוע כולם או מקצתם..." במקרה שבו הפיצול ניכפה בשל הסמכות העניינית המוגבלת של בית-המשפט אין לומר שהוא "רשאי לתבוע את כולם..." שאלה היא אם אלו הם פני הדברים כאשר תובע פיצל מרצונו את התביעות, אף-על-פי שהיה יכול שלא לעשות כן, למשל, על-ידי הגשת כולן לבית-המשפט המחוזי חרף העובדה שחלק מן הסעדים מצויים בתחום סמכותו של בית-המשפט השלום, אך ניתן לתובעם גם בבית-המשפט המחוזי מכוח סמכות נספחת. נדגים: בעל-דין התובע אכיפת חוזה מכר בעלות במקרקעין חייב לעשות זאת בבית-המשפט המחוזי, שם יוכל לתבוע גם סעד

107 על מתן היתר לפיצול סעדים מכללא, ראה עוד להלן ליר הערה 151 ואילך.

108 לעיל, הערה 12.

למסירת ההחזקה, הגם שכשלעצמו הוא מצוי בסמכותו העניינית של בית המשפט השלום. שאלתנו היא, אם יגיש תביעה לסעד בעניין ההחזקה לבית המשפט השלום יוכל אחר־כך לתבוע את הבעלות בבית המשפט המחוזי, מבלי לקבל קודם היתר לפצל מכוח תקנה 45. אנו מבדילים כאן בין המקרה הזה ובין המקרים שהלכת לוי נ' עקריש¹⁰⁹ מתייחסת אליהם. למשל, מקרה שבו משכיר התובע משוכר פינוי הדירה, סעד המצוי בסמכותו של בית המשפט השלום, וכן את דמי השכירות שלא שולמו והם מעל לשיעור הסכום שבסמכותו העניינית של בית המשפט השלום.

הלכת לוי נ' עקריש קובעת, כי כלל "הסמכות הנכרכת" אינו חל בנסיבות כאלה ומן ההכרח לפצל את התובענות, דהיינו, בעוד שבדוגמא האחרונה אין התובע יכול להתגבר על הפיצול הנובע מכללי הסמכות העניינית, הרי שבדוגמא הראשונה התובע יכול להתגבר על הבעיה על־ידי כך שיגיש את התובענות לכל הסעדים לבית המשפט המחוזי "ויכרוך סמכויות".

המשנה־לנשיא בדפוסות מביעה את עמדתה בעניין בפרשת אשתר נ' נפתלי¹¹⁰ ששם מדובר היה בסעד להעברת ההחזקה במקרקעין ובסעד להעברת הבעלות במקרקעין. התובעים תבעו שם, כזכור, רק את ההחזקה בבית המשפט השלום. עליכם המשנה־לנשיא אומרת:

יהיה על המשיבים לקבל רשותו של בית משפט השלום לפצל את הסעדים ובהעדר רשות כזאת יש לראותם כמוותרים על שאר הסעדים¹¹¹.

לעומת זאת, סיטואציה דומה נדונה בע"א 510/82 חפן נ' פלדמן¹¹², אך שם לא עורר השופט גולדברג את שאלת הצורך בהיתר לפיצול סעדים:

אפשר היה כי מייסבים היו המערערים לעשות לו הגישו התביעה לאכיפת החוזה כולו לבית המשפט המחוזי שבסמכותו היה לדון גם במסירת החזקה זאת כדי למנוע פיצול הדיון... אך הם לא הלכו בדרך זו וזה לא יסגור בפניהם שערי בית המשפט כשהם באים לבקש סעד, אשר החוק מעניק להם.

בפרשה זו הנתבעים לא טענו, ככל הנראה, פיצול ההתדיינות והשתק עילה עקב כך, ואף שאלת תחולתה של תקנה 45 לא עלתה שם. בית המשפט לא עורר את הבעיה ביוזמתו. לו עלתה השאלה, היינו סבורים כי היה מקום לקבוע שתקנה 45 חלה במקרה כזה, ועל התובע לבקש היתר לפיצול סעדים. אין להשאיר בידי התובע את החופש לבחור בין פיצול הדיון ובין האפשרות לכרוך את כל תביעותיו לבית המשפט שתהיה לו על־ידי כך סמכות עניינית לדון בכל שמבוקש. הרציונל העומד ביסוד הכלל של השתק העילה קיים גם כאן, והאינטרס למנוע כפל התדיינות וטירדות מיותרות אינו נעלם בשל שאלות הנוגעות לסמכות העניינית של בית המשפט, כאשר ניתן לפתור אותן.

109 ע"א 29/50 לוי נ' עקריש, פ"ד כג(1) 459.

110 ר"ע 236/84 אשתר נ' נפתלי, פ"ד לח(2) 665.

111 שם.

112 ע"א 510/82 חפן נ' פלדמן, פ"ד לו(3) 1.

אמת, יש לתובע, בנסיבות מסוימות, אינטרס לפצל את התובענות שלו בין בית-משפט השלום, ובית-המשפט המחוזי – אינטרסים שעליהם מצביע בית-המשפט בעניין חפן נ' פלדמן, כמו, למשל, שבבית-משפט השלום יוכלו ביתר מהירות לקבל את ההחזקה ולהיכנס לדירה. אך עדיין יש להעמיד אינטרס כזה ואחרים מול האינטרסים של הנתבע ובית-המשפט למנוע כפל התדיינויות, ובדיקה זו יש לעשות במסגרת תקנה 45. מוסד "הסמכות הנכרכת" נועד, בין השאר, לצמצם פיצול התדיינויות הנובע מן הסמכות העניינית המחלקת בין בית-המשפט, ומדוע אפוא נאפשר לתובע להחליט בעצמו אם הוא רוצה לנצל זאת ולמנוע כפל התדיינויות. ראוי הוא שהדברים יהיו כפופים לשיקול-דעתו של בית-המשפט¹¹³, כך שרק במקרה שבו אין פתרון לפיצול ההתדיינויות בשל חלוקת הסמכות העניינית לא תהיה תחולה לתקנה 45.

ז. שיקול הדעת

1. מדוע?

תקנה 45 אינה מטילה חובה על בית-המשפט לתת היתר לפיצול סעדים, והדבר נתון לשיקול-דעתו. שיקול-דעת המוענק על-ידי המחוקק לבית-המשפט יכול שיינתן בשתי שיטות: שיקול-דעת מונחה ושאינו מונחה. בתקנה 45 ניתן שיקול-דעת ללא הנחיה, אך ברור כי שיקול-דעת זה צריך להיות מונחה אף הוא בהתאמה, בראש-זכראשונה למטרות המונחות ביסוד המכשיר שאותו בית-המשפט מתבקש להפעיל; שהרי גם כאשר ניתן לבית-המשפט שיקול-דעת שאינו מונחה, לא הוסמך בית-המשפט להכריע על-פי תחושות או גורמים שאינם רלבנטיים, ואין הבחירה חופשית או סובייקטיבית¹¹⁴. אך לפני שנבחן מהם הנתונים הרלבנטיים שעל בית-המשפט לבחון במסגרת של הפעלת שיקול-דעתו, אנו מבקשים לבחון את השאלה מדוע בחר המחוקק בדרך זו של מתן שיקול-דעת, ואפילו ללא כל הנחיה; שהרי עוסקים אנו בסדר-ידין האמורים לספק מכשיר ברור ויעיל לניהול תובענה בבית-המשפט ולכן עליהם להיות מאופיינים בהגדרה חדה וברורה – כמעט טכנית – של תכונות המוגדרות לרעיון של מכשיר משפטי המופעל בשיקול-דעת. את התשובה ניתן למצוא – כך נדמה – בהצדקות הכלליות שהצענו לעצם הרעיון שבמתן האפשרות לפצל סעדים. בשל הרצון לרכך את הכלל הנוקשה והפורמלי של השתק העילה באותם המקרים שבהם "תחושת הצדק" עלולה להיפגע מהחלתו, נקבע חריג לכלל ואף הכלל עצמו הוגמש בדרך של מתן שיקול-דעת. כן ראינו כי התשובה ל"שאלה האמיתית", היינו: כמה נוח ויעיל לדון במסגרת הליך אחד, תלויה, במידה רבה, בנסיבות המיוחדות של העניין הספציפי. לכן מתאים מכשיר משפטי המופעל בשיקול דעת:

No rule can provide for every possible case. Some measure of case of discretion, therefore, is valuable where circumstances alter cases¹¹⁵.

113 על כמה מן השיעולים שעל בית-המשפט לשקול במקרה כזה מצביעה המשנה-לנשיא בפרשת אשתר נ' נפתלי, ונביא את הדברים להלן, בפרק ז סעיף 2 ליד הערה 130.

114 Salmond, on Jurisprudence (London, 12th ed., 1966) 185; וראה מ' לנורי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית המשפט", משפטים א (תשכ"ח) 292, 293.

115 Salmond (לעיל, הערה 114), שם.

ראינו לעיל שגם ב־*Restatement* מעבירים את ההכרעה בשאלת "יחידת התביעה" האחת הראויה לבית־המשפט¹¹⁶, אלא ששם נעשה הדבר בעקיפין עלידי כך ששיקול הדעת "מסתתר" במונחי "השסתום" שבאמצעותם מוגדר הכלל, בעוד שאצלנו נמסר שיקול הדעת בתקנה 45 במישרין לבית־המשפט.

לטענה נגד הענקת שיקול דעת בהקשר זה – שכן נגרע מן הוודאות שהיא חיונית בתחום הפרוצדורה – ניתן להשיב, כי במטריה שבה אנו עוסקים כאן, ממילא יש חוסר־וודאות בשל הקשיים שהדיבור "עילה" מעורר, ותקנה 45 באה דווקא לעזור בנקודה זו. לטוען כי שיקול הדעת מאריך ומייקר את ההליך ניתן להשיב, כי יש בתקנה 45 דווקא כדי לחסוך בזמן ובעלות בשל "הדילוג", בעיקר על־פי אחת מן הגישות האפשריות בהפעלת התקנה¹¹⁷, על הצורך בהגדרת המונח "עילה" ועל הצורך ליישמו במקרה נתון.

2. כיצד?

אמרנו כי גם שיקול־דעת שאינו מונחה יש להפעיל לאור נתונים רלבנטיים לעניין עצמו. כאן מבקשים אנו לבחון אילו מהם.

הכלל הוא שעל המבקש לפצל סעדים לשכנע את בית־המשפט כי המקרה הנדון מצדיק פיצול סעדים, דהיינו, הגטל הוא על מבקש הפיצול, שהרי הכלל הוא שאין לפצל סעדים, והמבקש לסטות מן הכלל צריך להראות טעם לכך¹¹⁸. כבר הראינו שעל המבקש להצביע על "טעם מוצדק" או "אינטרס סביר" המחייב פיצול. ניסינו לבדוק מהו התוכן של המושגים הללו עלידי כך שעמדנו על הצדקות אפשריות ומטרות תקנה 45¹¹⁹.

בית־המשפט, שעה שיבדוק אם יש מקום להפעיל את שיקול־דעתו ולהתיר הפיצול, יבחן אם מתן אישור הפיצול יגשים את המטרות שאותן ביקש המחוקק להשיג באפשרו פיצול סעדים. לכן יהיה "אינטרס לגיטימי" למי שכלל השתק העילה מציב בפניו בעיה שתקנה 45 נועדה לפתור.

דומה שניתן למצוא בפסיקה הנחיה לגילוי יחס שאינו נדיב לבקשות פיצול והדגשה כי תקנה 45 אינה אלא חריג ויש לשמור על אופייה בתור שכזה. לכן, ולאור המגמה הזאת, גם במקרים השייכים לאותו סוג שבו יש לכאורה למבקש היתר הפיצול "אינטרס לגיטימי", על בית־המשפט להעמיד לנגד עיניו את האינטרסים הנוגדים המחייבים מניעת כפל ההתדיינויות. כך, למשל, בע"א 409/78 גולן נ' פרקש¹²⁰ אמר השופט בכור:

נראה לי, שהנסיון מוכיח שפיצול של עניינים המובאים להכרעה גורם לרוב בזבוז זמן, ריבוי התדיינויות ואינו רצוי. לדעתי מטרת בית המשפט צריכה להיות בדרך

116 לעיל, הערה 5.

117 על־פי הגישה המניחה כי יש לתובע "עילה אחת" ולא בודקים לגופה את שאלת התקיימותו של תנאי זה.

118 ראה לעיל, פרק ג סעיף 1.

119 ראה לעיל, פרק ג.

120 ע"א 409/78 גולן נ' פרקש, פ"ד לד(1) 813, 819.

כלל לנסות ככל האפשר לפתור את כל השאלות במחלוקת בנושא הדיון ולא לפצל את העניין לכמה משפטים נפרדים...
הרשות לפצל סעדים על פי תקנה 46 לתקנות סדר הדין האזרחי רצוי שתינתן רק במקרים יוצאים מן הכלל...¹²¹

ועל מי מוטל לשכנע את בית המשפט שזוהי אותו מקרה בלתי-שגרתי המצדיק בכליזאת פיצול התדיינויות? לכאורה הדברים פשוטים: מבקש ההיתר לפצל צריך להצביע על אותו "אינטרס לגיטימי" המצדיק את הפיצול¹²². בעניין זה יש לבחון התבטאויות אחדות בפסיקה, הסותרות לכאורה את הדברים הללו. כך, למשל, בעניין מלון סטפניה בע"מ נ' עזבון המנוחה מילר ואח'¹²³. השופט ח' כהן (כתוארו אז) אומר:

על המשיבים (המתנגדים לבקשת הפיצול של המערער - ב' ר') להראות טעם סביר למה לא תינתן למערער הרשות המבוקשת לפצל את תביעותיה כרצונה (ההדגשה לא במקור - ב' ר').

בעניין קירשנבאום נ' אריאל¹²⁴ השופט לנדוי (כתוארו אז) אומר:

בקבלת בקשת הפיצול לא היתה שום פגיעה באינטרס לגיטימי כלשהו של המשיבים. הדוגמא הטיפוסית לפגיעה כזו שמציין השופט זוסמן בספרו היא בקשה לתיקון תביעה שהיתה מאפשרת לצד להתגבר על טענת התיישנות עקב "יחוס" התיקון למפרע למועד הגשת התביעה המקורית (גם כאן המשיבים הם אלו המתנגדים לבקשת הפיצול של המערער - ב' ר').

אין להניח כי השופטים בהתבטאויותיהם הנ"ל ביקשו להפוך את היוצרות ולהטיל את הנטל על המתנגד למתן ההיתר במקום על זה שמבקש אותו. נראה שעלינו להבין את ההתבטאויות הללו כחלק ממסגרת יותר רחבה שבדרך הפעלת שיקול-הדעת על-ידי בית המשפט על-פי תקנה 45: לאחר שמבקש ההיתר לפיצול הצליח להצביע על "אינטרס לגיטימי" שיש לו, המצדיק מתן ההיתר לפיצול סעדים, לא מסיים בית המשפט, הן בבקשת הפיצול, את מלאכתו ועליו לבדוק האם יש אינטרסים של הנתבע העלולים להיפגע ממתן ההיתר לפיצול - מעבר לאינטרס של הנתבע שלא להיות מוטרד יותר מפעם אחת בשל אותו העניין הקיים כרגיל, ואם כך נבין את דברי השופטים, הרי שבדרך זו מוגשם הרעיון שבתקנה 45: לאזן בין האינטרסים של התובע המבקש היתר הפיצול מצד אחד, והאינטרסים של הנתבע ובית המשפט מן הצד השני. אין לקבל כפרשנות סבירה של הדברים הנ"ל כאילו גישתם היא להסתפק בהתקיימות התנאים המקדמים כדי שתחול

121 ראה גם פרשת האד נ' מני ובפרשת חברת החשמל נ' שפיר דווידוביץ (שותרות רשומה) (לעיל, הערה 12), 120; ובאותה נימה הנשיא שמגר בע"א 141/81 (ב"ש 73/83) תעשיות רונזון בע"מ נ' נילית בע"מ, פ"ד לו(1) 664, 666.

122 כפי שהראנו בפרק ג לעיל.

123 לעיל, הערה 11, ספ.

124 (לעיל, הערה 8), 327.

תקנה 45 למתן היתר הפיצול, אלא-אם-כן הנתבע מצליח להצביע על "אינטרס לגיטימי" שלו השולל את מתן ההיתר לפצל¹²⁵.

מעניין לעמוד על דרכו של השופט לנדוי (כתוארו אז) בהפעלת שיקול-הדעת במסגרת תקנה 45 גם מהמשך דבריו בפרשת קירשנבאום נ' אריאל¹²⁶:

תובע שהגיש שתי תביעות בנפרד כאשר אפשר היה להגישן ביחד, והוא הטריד בכך את הנתבע, אפשר להענישו בתשלום הוצאות, ובמקרה הקיצוני כאשר גלוייה הכוונה להציק לנתבע על ידי פיצול התובענות, אפשר אולי גם למחוק את התובענה השנייה בהיותה קנטרנית לפי תקנה 105(ב).

לכאורה לפחות, הדברים אינם מתיישבים עם תקנה 45, שהרי אחת מהשתיים: אם הגיש תובע את שתי התביעות בנפרד מלמע שקיבל היתר לפיצול, כי יש לו אינטרס לגיטימי לכך ואז אין מקובל להענישו בהוצאות; ואם אין לפיצול הצדקה וכל יעודו להטריד את הנתבע, ודאי שאין מקום להתיר לו לפצל סעדים ולא יהיה צורך להזקק לתקנה 100(2) (היא תקנה 105(ב) לתקנות הישנות) כדי למחוק את התובענה השנייה, והוא ממילא יושקק מכוח כלל השתק העילה בפעם השנייה¹²⁷. יתירה מכך: תוצאה מתחייבת מפיצול תובענות הינה הטרדת הנתבע. מכאן – לגישתו של השופט לנדוי – יש מקום לשקול כי מי שקיבל היתר לפיצול סעדים, מן הראוי שישא בהוצאות הנגרמות לנתבע בשל הפיצול, ואולי אף בהוצאות עונשיות; והרי זהו תרתי-ידסתר: אנו מתירים פיצול סעדים משום שיש למבקש הפיצול אינטרס לגיטימי לכך, ויחד עם זאת אנו מבקשים להעניש אותו עלי-כך. ואולי יש כאן רמז לרעיון מעניין בדבר הפעלת הכוח של בית-המשפט בתקנה 45 והוא, כי בית-המשפט יכול להתיר פיצול סעדים, אך על-תנאי: והתנאי: מבקש ההיתר ישא בהוצאות שייגרמו לנתבע כתוצאה מן הפיצול. גם אם אין בדברי השופט לנדוי רמז לכך, הרעיון מעניין ואנו מבקשים לבחון אותו: האפשרות ליתן היתר פיצול על-תנאי עשוי לאפשר מתן היתר לפיצול סעדים בהיקף רחב יותר של מקרים, שכן ההתנאה מאפשרת פשרה נוחה בין אינטרסים משכנעים של התובע, מזה, ואינטרסים לא פחות חזקים של הנתבע מזה. ההיתר לפצל יגן על האינטרסים של מבקש ההיתר; יחד עם זאת, האינטרס של הנתבע, שנפגע כתוצאה מכך על-ידי הטרדתו פעם נוספת בגין אותה העילה ימצא פיצוי מסוים על-ידי ההוצאות שייפסקו לטובתו. אמרנו "פיצוי מסוים", שכן אין להניח כי יש מקום לפצות על הטרדה, אלא רק על ההוצאות הנגרמות כתוצאה מן הצורך להתגונן פעם נוספת בפני תביעה בגין אותה העילה. בלשון תקנה 45 אין דבר השולל את האפשרות ליתן היתר מותנה לפיצול סעדים. אך מובן שבאפשרות לתת היתר לפצל על-תנאי יש משום מתן פירוש מרחיב לסמכותו של בית-המשפט מכוח תקנה 45.

דומה כי אם יבוא בפני בית-המשפט מקרה קשה במובן זה שבו יש למבקש היתר פיצול "אינטרס לגיטימי" המחייב לתת לו היתר כזה, ויחד עם זאת הטרדה שתגרם לנתבע חורגת

125 ראה, למשל, פסקי-דין המאזכרים בהערות 11, 12, 14 ודברינו כיחס אליהם, שם.

126 (לעיל, הערה 8), 328.

127 ולא עולה מדבריו כי כוונתו למקרה שבו יש שתי עילות נפרדות.

ממידת הטרדה הנגרמת כרגיל כתוצאה מן הפיצול¹²⁸, עדיף שבית-המשפט יוכל להתנות מתן ההיתר בתשלום הוצאות, מאשר רחייתה של הבקשה¹²⁹. בפסיקה עדיין לא נבחנה אפשרות זו בחינה של ממש. בהתאם לגישתנו כי תקנה 45 רצויה לשיטת המשפט שלנו ובמהלך הדברים צידדנו בכמה הקשרים בפירוש שיאפשר החלתה על היקף עניינים רחב ככל האפשר – אנו סבורים גם כאן, כי רצוי לפרש שלבית-המשפט סמכות להתנות את מתן ההיתר בפיצוי הנתבע בהוצאות הנגרמות לו בשל ההכרח להתדיין יותר מפעם אחת על אותו עניין עצמו.

שיקול נוסף שעל בית-המשפט להביא בחשבון במסגרת תקנה 45 מעלה המשנהלגשיא, השופטת בר-ע 236/84 אשתר נ' נפתלי¹³⁰. שם הנפגעים מהפרת חוזהמכר תבעו בבית-משפט השלום מסירת החזקה בדירה נשואת החוזה, ולאחר שניתן צוהפינוי והתובעים ירצו, למשל, בסעד להעברת בעלות, יהיה עליהם לתבוע זאת כסעד נפרד בבית-המשפט המחוזי (לשאלה אם במקרה זה הם זקוקים להיתר לפיצול סעדים מכוח תקנה 45, כבר התייחסנו לעיל¹³¹). אמרה שם המשנהלגשיא כך:

רצוי שבית משפט השלום המתבקש להעניק רשות פיצול כמתואר, ישקול היטב אם ההכרעה במסירת החזקה שתידון לפניו, תביא מעשית לחיסול כל השאלות במחלוקת, בלי שיאלץ להכריע בעניין שבגררא. אם התשובה לכך היא בחיוב, קיצור הדרך נראה לי רצוי. אם התשובה לכך היא בשלילה – מוטב לדחות את הבקשה לפיצול סעדים, לטובת הצדדים ובתי המשפט גם יחד.

הטעם לדבר הוא, שאם יתן בית-המשפט היתר לפיצול, ייווצר כפל התדיינות מוחלט: בית-משפט השלום יאלץ לרדן בשאלות שאינן בסמכותו במישרין. כשאלות שבגררא, ובאותן שאלות עצמן יאלץ בית-המשפט המחוזי לרדן וקביעותיו של בית-משפט השלום לא יצרו אפילו "השתק פלוגתא", שכן ההכרעות העובדתיות נפלו במסגרת דיון שבגררא. ניתן, לכאורה, לתמוה על הדברים, שכן מטבע מתן היתר הפיצול הוא שנוצר כפל בהתדיינות: בדרך-כלל לא יהיה נזק רב מדי בכך שכן הכפילות תהיה חלקית בשל תחולת כלל "השתק הפלוגתא", וכידוע אין תחולה לכלל "השתק הפלוגתא" ביחס להכרעות שהוכרעו במסגרת אינצידנטלית. משמע, המשנהלגשיא סבורה, כי תקנה 45 באה אמנם לוותר על האינטרס להימנע מכפל התדיינות בשל אינטרסים אחרים של התובע, אבל זאת רק כאשר מדובר ב"כפל ההתדיינות" חלקי. אבל כאשר הכפילות תהיה מלאה, הרי שבמאזן האינטרסים בית-המשפט מתבקש לעשות במסגרת שיקול-הדעת הניתן לו בתקנה 45. אם כתוצאה מן הפיצול ייגרם כפל התדיינות מלא, במובן האמור לעיל, כפי-המאזניים תיטה לכיוון האינטרס המחייב מניעתו. כאשר כפל ההתדיינות הוא חלקי בשל כלל

128 טרדה רבה יותר תהיה, למשל, במקרה שבו ייגרם, בשל היתר הפיצול, כפל מלא של התדיינות מאחר שכלל השתק הפלוגתא אינו חל. ראה דיון במקרה כזה להלן; וראה להלן, הערה 149.

129 אך מי "יפצה" את בית-המשפט על כפל ההתדיינות שייגרם?

130 (לעיל, הערה 110), 670.

131 ראה לעיל, פרק ו' ליד הערה 109 ואילך.

"השתק הפלוגתא", יקטן משקלו של צד זה של המאזניים ו"האינטרס הלגיטימי" של התובע עשוי להטות לכיוון הנגדי המחייב מתן היתר לפצל¹³². המשנה לנשיא סבורה, כי הפיתרון במקרה כזה צריך להיות לכאורה בדחיית הבקשה לפיצול. ניסינו להציע פיתרון ביניים שלפיו יותנה ההיתר בפיצוי הנתבע על הוצאות שנגרמו לו.

לסיכום: במסגרת שיקול הדעת שבתקנה 45 בית המשפט ישקול תחילה, האם למבקש הפיצול בעיה הנובעת מכלל השתק העילה שתקנה 45 נועדה לחלץ אותו ממנה¹³³, והאם לא תיגרם, כתוצאה מכך הטרדה רבה מן הרגיל כתוצאה מהיתר הפיצול, או שייפגע אינטרס אחר של הנתבע¹³⁴.

ח. שאלות שבפרוצדורה

ככל כלל משפטי, אף כללי סדר הדין מעוררים שאלות פרוצדורליות. כוונתנו לדרכים הטכניות הקשורות לתחולת הכלל המשפטי. עד כאן עסקנו בשאלות מהותיות שתקנה 45 מעוררת, עתה אנו מבקשים לעסוק בהיבטים פרוצדורליים בנוגע לתחולתה.

1. המועד לבקשת היתר לפצל

שאלה מעשית חשובה היא עד מתי יכול התובע לבקש ולקבל היתר לפיצול סעדים. בתקנה אין תשובה ישירה לשאלה זו. במהדורה הראשונה של ספרו "סדר הדין האזרחי", סבר השופט זוסמן שיש יסוד לומר כי לפני שהתובע מבקש להזקק לעילת התביעה שלו לראשונה, עליו לבקש את רשות בית המשפט לפצל סעדים בהתאם לתקנה 45. אלא שבפסיקה סברו אחרת. לראשונה נקבע בעניין חברת המזקקים הישראלית בע"מ נ' זלסקי ואח'¹³⁵, כי אין מניעה בלשון התקנה מלבקש היתר לפצל "כל זמן שלא נסתיים המשפט הראשון". ההיגיון העומד ביסוד הקביעה הזאת הוא בכך שלתובע יש עד סיום

132 שאלה מעניינת היא, אילו אינטרסים אחרים של הנתבע עלולים להיפגע כתוצאה מן הפיצול. שאלה זו מחייבת דיון מקיף במישור המשפט המהותי על תחומי השונים ולכן לא נדון בה בפרוטרוט. כך, למשל, האם מירוצ תקופת ההתיישנות מופסק כתוצאה ממתן אחר הסעדים בבית המשפט והיתר לתביעת האחרים בעתיד? האם מתן סעד הצהרתי מפסיק את המירוצ? ואס"כ, האין בכך פגיעה באינטרס לגיטימי של הנתבע ליהנות מן ההתיישנות? כך ניתן לחשוב על אינטרסים שונים של הנתבע הקשורים לשינויים בערך המטבע, דהיינו: כיצד יחושב סכום הפיצויים שיצטרך לשלם בעתיד בהשוואה ליכולתו, לאור תנאי משק הכספים, למנוע מעצמו פגיעה נוספת כתוצאה מן הדחייה שמאפשרים לתובע בתביעת סכום הפיצויים שלו. או, למשל, הקשיים הנגרמים למאזן הכספים של הנתבע כתוצאה מארהוודאות ביחס להיקף הפיצויים שיחויב בהם, ועוד; שהרי, לולא ניתן ההיתר לפצל היה התובע ממחר ותובע את כל הסעדים יחד שכן הנחתנו היא שיש לתובע סעד שהיה וקוק לו לאלתר, ומשום כך הוא מבקש היתר לפיצול סעדי, שיאפשר לו לתבוע את הסעד הרחוק לו מיד.

133 ראה לעיל, פרק ג ליד הערה 14 ואילך.

134 ראה לעיל, הערה 132.

135 ע"א 91/63 חברת המזקקים הישראלית בע"מ נ' זלסקי ואח', פ"ד יד 2157.

המשפט הראשון אופציה לבקש לתקן את כתב התביעה ולהוסיף סעדים¹³⁶. אם כך, יש מקום לאפשר לתובע להשתמש במכשיר אחר שימנע השתקתו בעניין הסעדים האחרים – בקשת היתר לפיצול סעדים שתוגש עד לאותו מועד. אלא שהנשיא אולשן מצביע בפסקה דין הנ"ל, כי יש בכך משום סיכון לתובע: עדיף לו לתובע שיכרר מהן האופציות העומדות לרשותו בשלב מוקדם ככל האפשר ורצוי כי יבקש את פיצול הסעדים לפני הגשתו את התובענה הראשונה, ואם תידחה בקשתו זו יוכל להגיש מלכתחילה את כתב התביעה כאופן שיתייחס לכל הסעדים שלהם, לטענתו, הוא זכאי. הסיכון שממנו הנשיא אולשן חושש הוא זה: אם ידחה התובע את הגשת הבקשה על פי תקנה 45 למועד מאוחר ממועד הגשתו את התובענה הראשונה לחלק מן הסעדים שלהם הוא זכאי, ובקשתו זו לפיצול הסעדים תידחה, "עלול הוא להיתקל בהתנגדות הנתבע שיטען שיש בהגשת התביעה לפני הבקשה משום הזנחת הסעד הנוסף וויתורו עליו"¹³⁷.

עם כל הכבוד, אין הנתבע יכול לעורר טענה כזו; שכן אם הפרשנות הנכונה של תקנה 45 היא שניתן להגיש עליה את הבקשה עד סוף המשפט הראשון (וזוהי פרשנותו של בית המשפט), הרי שבאִי־הגשת תביעה ביחס לכל הסעדים אין לראות משום ויתור, על דרך התנהגות, מצד התובע על יתר הסעדים (אלא כאשר מדובר בסעדים שעליהם ההלכה הפסוקה, עצם תביעתם נחשבת כוויתור על אחרים¹³⁸). אך נכון הוא, שמבחינתו של התובע קיים סיכון ברחיית הבקשה לפיצול סעדים למועד יותר מאוחר ממועד הגשת התובענה הראשונה לחלק מן הסעדים. הסיכון הוא בכך, שאם תרחה בקשתו של התובע לפצל סעדים, יוכל הלה לבקש לחזור בו מתביעתו (ולהגיש במועד שבו יוכל לתבוע את כל הסעדים) או לבקש רשות מבית המשפט לתקן את כתב התביעה ולהוסיף לו את הסעדים (למשל, תקנות 91, 92, 154). אבל בשתי הבקשות הוא תלוי בשיקול־דעתו של בית המשפט¹³⁹. לתובע עדיף לשלוט לבדו בתובענותיו ולא להיות תלוי בבית המשפט בעניין זה. זאת ישיג עלידי כך שיכרר את האופציה לפיצול הסעדים טרם שיגיש את כתב התביעה ואם תידחה תביעתו, יכלכל את צעדיו כרצונו; או שיגיש תביעה ביחס לכל הסעדים, יבקש היתר לפצל, ואם יינתן לו ההיתר, יבקש למחוק את התביעה לחלק מן הסעדים שאין לו עניין בהם בשלב זה (אם כי כאן שוב הוא תלוי בבית המשפט, אך אין להניח שבית המשפט שהתיר לו את פיצול הסעדים לא ייעתר לבקשת תיקון כתב התביעה כרצון התובע). אך הדברים הללו אינם אלא בגדר "עצה טובה" מבחינת האפשרות העקרונית של מבקש פיצול הסעדים ואין מגיעה שידחה את בקשתו עד סמוך לתום המשפט הראשון. השופט הלוי מסביר בפרשת חברת המזקקים הישראלית בע"מ נ' זלסקי ואח'¹⁴⁰ הנ"ל מדוע אין טבע

136 ע"א 15/62 כץ נ' דררי, פ"ד סז 1337, 1342 ורבים בעקבותיו.

137 שם, בעמ' 2161.

138 עליפי עיקרון Election of Remedies. ראה למשל ע"א אגין נ' בהן, פ"ד (1) 64, 73: ע"א 268/67

אסל נ' לאופלד ודקנר, פ"ד כא(2) 383, 388.

139 ראה זוסמן, סדר הדין האזרחי (לעיל, הערה 16) 259, ואילך. בקשת הפסקת תובענה עליפי סעיף 154 לתקנות החדשות בעניין זה ראה ע"א 216/69 קונסטריקשן אנדרייטס קורפוריישן נ' מפעלי ים המלח,

פ"ד יס(2) 157, 160.

140 לעיל, הערה 135.

העניין – להבריל מן הטעמים המעשיים שהצבענו עליהם כאן – מחייב שהבקשה לפיצול תוגש לפני הגשת התובענה הראשונה; חשיבותו של ההיתר מתייחסת רק לתובענה השנייה. רק שם תתעורר השאלה אם התובע מושתק בשל פסקדין שניתן בהליך קודם שבין בעליהדין. מכאן, שעד לשלב שבו עשוי להיווצר השתק עילה – היינו: מתן פסקדין בהליך הראשון – אין חשיבות עניינית לשאלה אם ניתן היתר לפיצול סעדים אם לאו. השופט ברנזון שב ומאשר הדברים בפרשת האז נ' מני¹⁴¹. זוהי, אם כן, ההלכה, אך אין היא ברורה לחלוטין, שכן גבול הזמן המוגדר כ"סיום המשפט" אינו נהיר דיו: האם הכוונה עד מתן פסקהדין, סיום פרשת הראיות כולה, או שמא של התובע – מבקש ההיתר. דומה שיש להחיל כאן את הכללים המתייחסים לתיקון כתביהתביעה לאור ההקבלה והקשר בין שני העניינים, שהרי כל עוד תובע יכול לבקש רשות לתיקון כתביהתביעה התלויה ועומדת בפני בית-המשפט ולהוסיף לו סעדים, יוכל אף לבקש היתר לפיצול סעדים¹⁴².

אם בשל טעותו של בית-המשפט לא נדונה הבקשה לפיצול סעדים שהיתה מונחת בפניו בטרם ניתן פסקדין, ניתן הדבר לתיקון בדרך של ערעור. מקרה שנדון בע"א 460/80 ויכל נ' גאן¹⁴³: בעוד שבבית-משפט המחוזי סברו כי משניתן פסקדין ביחס לחלק מן הסעדים בבית-משפט השלום, מאוחר לרון בבקשת ההיתר לפיצול, שכן נוצר כבר השתק עילה, סבור היה בית-משפט העליון (פסקדינו של השופט ש' לוי) כי הטעות ניתנת לתיקון אך מאחר שאין אפשרות, בנסיבות שנוצרו, ליתן היתר לפצל, הוא מבטל את פסקהדין שסיים את התובענה הראשונה ויצר את השתק העילה ביחס ליתרת הסעדים בגין אותה העילה, מחזיר את התיק לבית-משפט השלום שיתן אישור לפצל, ומיד אחר-כך, ללא טיעון נוסף, יינתן פסקדין זהה לזה שבוטל. בשל העובדה – המובאת בפסקהדין – שבבית-המשפט המחוזי סברו כי לולא נפלה הטעות והבקשה לפיצול לא היתה נשכחת, היה מקום להיעתר לבקשה, ולא היתה בעיה מהותית בדבר הפעלת שיקול-הרעת במסגרת תקנה 45, אלא רק בעיה פורמלית וזו נפתרה בדרך של ערעור, כמפורט^{144,145}.

2. דרך הדיון בבקשה

מעשה שנדון בע"א 571/79, 49/81, 57/81 דירות מקפים בע"מ ואח' נ' גרבי ואח'¹⁴⁶: לבית-המשפט המחוזי הוגשה תביעה לאכיפת חוזה ופיצויים בגין העיכוב בביצועו. לאחר-מכן ביקש התובע להפסיק את התובענה לפיצויים על פי תקנה 154 לתקנות. בית-המשפט נתן לו היתר לפיצול סעדים. שני פגמים מצא השופט כך שנתן את פסקהדין בערעור. הפגם האחד: התובע לא ביקש כלל היתר לפצל על יסוד תקנה 45, ובית-המשפט

141 לעיל, הערה 14.

142 הערות 136 ו-139 והטקסט הסמוך להן.

143 ע"א 460/80 ויכל נ' גאן, פ"ד לה(2) 558.

144 רק שופט, להבריל מרשם, מוסמך ליתן אישור לפיצול סעדים (פרשת ויכל נ' גאן הנ"ל).

145 דומה שלא מתעוררת בעיה של סמכות עניינית, שכן השיקולים הרלבנטיים אם ליתן היתר אינם טבועים בסוג העניין הנדון (כגון אם מדובר בשאלת חוקה במקרקעין או שמא בבעלות).

146 ע"א 571/79, 49/81, 57/81 דירות מקפים בע"מ ואח' נ' גרבי ואח', פ"ד לו(1) 589.

בכל זאת נתן לו זאת. מדברים אלו אנו למדים כי נדרש שהפיצול יינתן לאחר שהמבקש יזם את הבקשה, בית המשפט לא יכול ליזום זאת. תוצאה זאת אינה הכרחית לאור לשון התקנה, אך לכאורה מחייבת מן ההגיון. הפיצול הרי פוגע הן באינטרס הנתבע והן באינטרס בית המשפט להימנע מכפל התדיינות ואין להניח שבית המשפט יזום צעד הפוגע בנתבע (ובעצמו). אך אמרנו שלכאורה זוהי המסקנה, שכן אין אנו משוכנעים כי תמיד זוהי הגישה הראויה. ראינו לעיל, כי פיצול סעדים עשוי, בנסיבות מסוימות, להשתלב גם עם האינטרסים של הנתבע ובית המשפט.¹⁴⁷

בכל אופן דומה כי צריכה לגבור הגישה שלפיה על הנתבע להיות אדון לדרך שבה הוא מנהל את תביעתו. אלא שמפרשת חברת החשמל לישראל בע"מ נ' שפיר דוידוביץ (שותפות רשומה)¹⁴⁸ עולה, לכאורה, גישה אחרת מדבריו של הנשיא שמגר: "על צד למשפט, המודע לחלקיות הגלויה לעין שבהליך. להפנות את תשומת לב בית המשפט ולבקש ברור משפטי של המצב לאשורו..." לכן כב' הנשיא סבור, כי על המערערת היה:

להתריע על ההטרדה, שנגרמת לה ולבית המשפט עקב פיצול ההליכים. הסכמתה לפיצולם הכפול של ההליכים ושתיקתה מלמדות, כי בנסיבות המקרה שלפנינו גם המערערת סברה כי יש מקום לניהול המשפט בדרך בה נוהל. לא מצאתי על כן מקום לקבל, בשלב מאוחר זה של ההתדיינות בין הצדדים, את ההגנה, המתבססת על תקנות 45 או 46...¹⁴⁹

הנה כיוון הנשיא סבור כי אם הנתבע לא יזום, על הנתבע מוטלת החובה ליזום ברור השאלה אם יש היתר לפצל הסעדים; שאם לא כן, יזשק בבוא העת מלטעון להשתק עילה בשל פיצול הסעדים ללא היתר. גישתו זאת מבטאת הסתייגות מניצול הפרוצדורה ל"תרגילים" של בעלי דין ב"מגרש" ההתדיינות. לפנות לכאורה מפתיעה גישתו של הנשיא, כאילו הנתבע צריך לדאוג לאינטרסים של בעלי דינו ולשמש עור כנגדו. השאלה מעניינת ונוגעת לשאלות רחבות אחרות מעבר לדינו כאן, ולא נוכל להרחיב הדיון בה. אך יוהר הנתבע, שאם בעלי הדין שנגדו מפצל את סעדיו, מבלי שקיבל היתר לכך מבית המשפט, אין הוא יכול להחריש ועליו לעורר השאלה, שאם לא כן עלול הנתבע להשמיט מידו את האפשרות להתנגד בעתיד לפיצול.

הפגם השני שמצא השופט בן בפרשת דירות מקסים בע"מ הנ"ל היה בכך, שהבקשה נשמעה בנוכחות הצד המבקש בלבד. הפרוצדורה בהפסקת תובענה מחייבת שהבקשה תושמע בנוכחות כל הצדדים וזה חל באותה מידה גם ביחס לדיון בבקשה לפיצול סעדים על-פי תקנה 45.¹⁵⁰

הדברים ברורים: ההחלטה לתת היתר לפיצול סעדים אינה עניין שבין המבקש לבין בית המשפט הגם שמדובר בין השאר באינטרס של בית המשפט, הרי שלנתבע אינטרסים

147 ראה לעיל, בסמוך להערה 26.

148 לעיל, הערה 12.

149 שם, בעמ' 623.

150 לעיל, הערה 146.

חשובים הנוגעים לעניין ויש לאפשר לו להשמיע דעתו ביחס לבקשה, ואולי כוונתו יטה את הכף שלא ליתן את ההיתר לפצל¹⁵¹.

מפסקדין זה אנו לומדים דבר נוסף, שחשיבותו אף עולה על ההערות הכמעט-טכניות הנ"ל: לא רק שאין ללמוד על קיומה של בקשה לפיצול סעדים מכללל, אלא אין גם ללמוד על מתן היתר כזה מכללל. כשם שאין ללמוד מבקשה למחיקת תובענה כי המבקש מעוניין גם מכללל בפיצול סעדים למרות העובדה שלכאורה כל תובע היה מעוניין למנוע השתקתו בעתיד ביחס לתובענה הנמחקת (אם היא נובעת מאותה עילה שעליה מתבססת התובענה האחרת אשר נותרת תלויה ועומדת בפני בית-המשפט). קל-יחומר שאין ללמוד מעצם מתן ההיתר להפסיק את התובענה לפי תקנה 154, כאלו ניתן בדיבכר גם מתן היתר לפיצול סעדים מכוח תקנה 45. זוהי אף גישתו של הנשיא שמגר בעניין חב' החשמל לישראל בע"מ נ' שפיר דוידוביץ (שיתפוט רשומה)¹⁵². מרביו עולה, כי אין הוא מוכן לראות בעצם הבקשה לסעד הצהרתי בקשה לפיצול סעדים על פי תקנה 45 ואין הוא מוכן לראות בעצם מתן הסעד ההצהרתי משום היתר מכללל לפיצול סעדים על-פי התקנה.

הדים לגישה כזו ניתן למצוא בפסקדין ישן יותר: ע"א 61/77 אנגיל נ' מייש¹⁵³, שם ביקשו להגדיל את סכום הפיצויים במהלך ההתדיינות, והבקשה נדחתה בבית-משפט השלום, שבהחלטתו נאמר: "שאת היתרה יתבעו בנפרד". בעלי-הדין ניסו לטעון כי באמירתו זו נתן, למעשה, לבית-משפט השלום היתר לפיצול הסעדים. בית-המשפט העליון לא היה צריך להכריע בשאלה, האם אכן זהו היתר מכללל לפיצול סעדים; שכן ממילא סבר שתקנה 45 כלל אינה חלה על האירוע הגרונ מכיוון שלא היו שם "סעדים אחרים" אלא סעד אחד שחולק לכמויות נפרדות. אך נדמה כי מרוח הדברים עולה, שבית-המשפט אינו סבור כי באותה אמירה של בית-המשפט יכולה להיחשב כמתן היתר מכללל לפיצול סעדים על-פי תקנה 45. איננו בטוחים שזוהי הגישה הראויה, שכן יש מקרים שבהם ברור כי בית-המשפט מתיר פיצול סעדים והדברים מונחים ביסוד החלטתו בעניין אחר; כך כשבית-המשפט נותן סעד הצהרתי, מוחק אחד הסעדים מכתב-התביעה או מציין כי אין התובע נפגע, יוכל לתבוע אותו סעד בעתיד לבוא בהליך נפרד. מה חפץ לנו, בנסיבות כאלו, באמירה פורמלית כי אף ניתן היתר לפיצול על-פי תקנה 45¹⁵⁴.

חוסר החשיבות של מתן ההיתר הפורמלי במקרים כאלה מודגש לאור גישה בה נוקטים שופטים להתגבר על העדר מתן ההיתר, וגם כשלא נתבקש, בדרך של שימוש בתקנה 526 לתקנות, ובשימוש בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973¹⁵⁵. וכך נאמר בפרשת פארג' נ' פארג'¹⁵⁶:

151 ראה, למשל, גישתה של המשנה-לנשיא בן-פורת בפרשת אשתר ודאה דיונו לעיל, בסמוך להערה 130.

152 לעיל, הערה 12.

153 ע"א 61/77 אנגיל נ' מייש, פ"ד לא(3) 673.

154 ראה ביקורתנו בעניין לעיל, ליד הערה 108.

155 ת"א (ת"א) 2047/84, המ' (ת"א) 8415, 2417/84 פארג' נ' פארג', פס"מ תשמ"ה (חלק א) 482, 484.

156 שם, שם.

על מנת למנוע עשיית עוול למשיב, אשר זכותו המוזנת להשבת הכספים שהלווה תחסם מחמת אי קיום הוראה ריונית אפעיל את תקנה 526 על נסיבות המקרה. משום כך תהא התוצאה כי התובענה תידון על אף שלא נתבקש פיצול סעדים כיאות.

ט. סוף דבר

תקנה 45 מבקשת להגמיש את כלל "השתק העילה" המוגדר בחומרה שבשיטתנו. ראינו שתחולתו עלולה לעתים שלא להתיישב עם הוראות אחרות שבסדר-הדין, להחריף את הסכסוך המשפטי שבין בעל-הדין ולגרום במקרים מסויימים ל"מחסום בלתי-מוצדק, המונע מיצוי זכויותיהם המהותיות של הצדדים"¹⁵⁷.

תקנה 45 מאפשרת לא רק להקל מתחושת אי-הצדק ש"השתק העילה" עלול לגרום במקרים קשים, אלא גם לתרום להגשמה שלימה יותר של הרציונל שביסוד כלל השתק העילה, אף-על-פי שהתקנה לכאורה עומדת בניגוד לכלל בהיותה חריג לו.

יש כמה אפשרויות פרשניות ביחס לתנאים המקדמיים לתחולת התקנה וכמה דרכים לבחון את שאלת התקיימותם במקרה נתון. עדיפה בעינינו הדרך שתרחיב את היקף התפרשותה, לאור הסתייגותנו מגבולותיה הצרים מדי ומתוך עמדתנו המחייבת את תרומתה של התקנה לכללי סופיות הדיון שבשיטתנו.

מצאנו עניין בתקנה, אך לא רק בתחומי תחולתה, אלא גם ברמזים שמצאנו בה לעקרונות החשובים לפתרון השאלה הכללית יותר בדבר רדך ההתמודדות הראויה עם שאלת סופיות הדיון. סוגיית סופיות הדיון עניינה בעצם בשאלה מהי "יחידת התובענה" במובן של נוחיות הדיון ויעילותו. במסגרת תקנה 45 כיתיהמשפט אמור ליתן תשובה לשאלה זו בהתייחסותו הספציפית אליה בכל מקרה שנדון בפניו. זאת ייעשה על-ידי כך שיבחון מהו ההיקף היעיל והנחוץ לבעלי-הדין ולכיתיהמשפט עצמו, לאו דווקא מתוך התעלמות מהמבחנים הקלסיים שניסו לתת תשובה לשאלה, אלא גם מתוך התחשבות בנסיבות המיוחדות של המקרה הנדון. גישה גמישה כזו עדיפה בעינינו על עיסוק בהגדרת קשיחות ובעייתיות של המונח "עילת תביעה".

תקנה 45 הינה למצער בכחינת תמרור המצביע לכיוון של גישה חדשה להסדרת נוחיות הדיון המשפטי ויעילותו באמצעות השתק. יש טעם – לדעתנו – לבחון כיצד להמשיך ולהצמיד את כל היקף הסוגיה של סופיות הדיון שבשיטתנו לכיוון זה, בדומה לשיטה הפרגמטית שהוגדרה ב"Restatement".

157 פרשת חברת החשמל לישראל בע"מ נ' שפיר דוידוביץ (שנותנות רשומה) (ולעיל, הערה 112), 623.