

פעולות מקדמיות לפני הגשת תובענה: מה, למה ואיך

מאת

עידו באום* ואסף טבקה**

טיוטת תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ה–2014 מציעה לחייב בעלי דין פוטנציאליים לקיים הליך סדור מקדים של הידברות בטרם הגשת תובענה לבית המשפט (Pre-Action Protocol). לפי הצעת התקנות, ההליך המקדמי נועד להכנת הצדדים לקראת הבירור בבית המשפט ואחריתו עשויה להיות בירור יעיל יותר של התובענה או פשרה מחוץ לכותלי בית המשפט. רשימה זו עומדת על ההיסטוריה של ההליכים המקדמיים בעולם ועל תכליותיו ומטרותיו של מנגנון זה. הרשימה מציעה תשתית עיונית וניתוח ביקורתי של המודל המוצע בישראל, כמו גם דרכים לשיפורו.

מבוא. א. ניתוח תאורטי: תכליות, יישום, חזקות וחולשות. 1. אנגליה לפני דוח Woolf ולאחריו; 2. פעולות מקדמיות לפני הגשת תובענה: תכליות ומטרות; 3. מהות ומיחות: חזקות, חולשות, יתרונות וחסרונות; ב. דיון מעשי: ישראל בין עבר, הווה, עתיד. 1. דוח ועדת רונן והצעת משרד המשפטים; 2. היישום: תקנות גל; ג. הליך מקדמי ישן–חדש לקראת עיגון – הערכת התקנות המוצעות. 1. המישור העקרוני; 2. המישור היישומי; 3. מבט לעתיד: שבע המלצות; ד. סוף דבר.

מבוא

סדר הדין האזרחי קובע כיצד יתנהל הדיון בתובענה אזרחית בבית המשפט. בעקפיין משפיע סדר הדין האזרחי גם על אופן היערכות בעלי הדין לקראת בירור הסכסוך ביניהם בטרם באו בין כותלי בית המשפט. לעומת זאת, ככלל, תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984 (להלן: תקנות סד"א) אינן עוסקות בהסדרה דיונית של יחסי הצדדים בטרם הוגשו כתבי טענות ונפתחו הליכי בירור הסכסוך בבית המשפט. בהיבט זה טמונה מהפכה בטיטת תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ה–2014 (להלן: תקנות גל) אשר גובשה בידי צוות במשרד המשפטים ובהנהלת בתי המשפט בראשות שופט בית המשפט המחוזי בדימוס משה גל. תקנות גל מציעות לחייב את בעלי הדין הפוטנציאליים לקיים הליך סדור שתחילתו בחילופי מכתבים ומידע, המשכו בהידברות שמהותה הכנת הצדדים לקראת הבירור בבית המשפט

* מרצה בכיר וראש תכנית התואר השני, בית הספר למשפטים ע"ש שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל.

** מרצה, בית הספר למשפטים ע"ש שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל; שימש היועץ האקדמי של מנהל בתי המשפט (בדימוס) השופט משה גל ושל צוות הרפורמה בסדר הדין האזרחי, וחבר הצוות המנסח של טיוטת תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ה–2014. הדעות המובעות במאמר זה הן של המחברים בלבד. המחברים מודים לעו"ד מאיה דומן שפיטלניק על עזרתה המצוינת במחקר, למערכת משפטים על אתר ולעורכת נועה זעירא על ההערות המועילות.

ואחריתו עשויה להיות פשרה מחוץ לכותלי בית המשפט במקרה אחד, או בירור משפטי יעיל ומהיר יותר של התובענה, במקרה האחר.

הליכים מקדמיים מהסוג המוצע בתקנות גל אומצו במדינות רבות בעולם, בדרכים מגוונות. זכות ראשונים ביישום מקיף של המודל שמורה למשפט האנגלי, ובהמשך למערכות משפט קרובות אליו. מכאן שיש חשיבות לעמידה על התשתית העיונית בתחום, כמו גם על המגמות במשפט המשווה במדינות הקרובות לישראל במאפייני הדין הדיוני¹ כדי ללמוד מן הניסיון.

ברשימה זו נעמוד על ההיסטוריה של נוהל ההליכים המקדמיים, המכונה בלעז Pre-Action Protocol (להלן: הליך PAP), על תכליותיו ועל התובנות במחקר האקדמי בדבר יעילותה ואופן יישומה הרצוי של פרוצדורה זו. נבחן את גלגולו של ההליך הטרומי במסדרונות מערכת המשפט והחקיקה בישראל מרעיון היולי לכדי הצעה קונקרטית. בהמשך לכך נסקור את עיקרי הליך PAP המוצע בתקנות גל, נעריך את התאמתו לתשתית התאורטית ונצביע על קשיים יישומיים שעלולים לעלות מההצעה הנוכחית. נקדים ונאמר כי אנו סבורים שיש ביכולתם של הליכים מקדמיים המובנים נכון והמותאמים לתנאי הארץ ומתדייניה כדי ליעל את הברור המשפטי ואף לסייע ליישוב סכסוכים בדרכי פשרה.

רשימתנו בנויה כדלקמן: בפרק הבא נניח את המסגרת התאורטית לדיון בהליכים מקדמיים. פרק זה יעמוד תחילה על הרקע לאימוצו של הליך PAP באנגליה, שבה זכה ההליך לפיתוח הסדור ביותר. נרחיב בדבר תכליות ההליך המקדמי ונדון בביטוי המעשי של התאוריה בטרם נסקור את חזקותיו וחולשותיו של ההליך. פרק זה יתייחס בקצרה גם למודל האוסטרלי שבו פותח ויושם ההליך באופן שונה מהמודל האנגלי. בפרק ב נעמוד על השתלשלות הדיון בהליכים מקדמיים בישראל, למן הצעת משרד המשפטים בשנת 2006 ועד להצעת תקנות גל. בפרק ג נתמקד בהערכה ביקורתית של ההסדר המוצע בתקנות גל במישור התכליות שבבסיסו ובמישור המעשי על סמך התשתית התאורטית והמשפט המשווה. בטרם סיום נעלה המלצות לשיפור התקנות.

א. ניתוח תאורטי: תכליות, יישום, חזקות וחולשות

טיפוסים שונים של הליכים טרומיים יושמו בשיטות משפט ובמשפחות משפט שונות בעולם למן שנות התשעים של המאה הקודמת. בנוכחיה למשל מחויב תובע פוטנציאלי לשלוח לבעל דינו הודעה שתכיל מידע על אודות טענותיו (לרבות מידע על אודות המסמכים הנוגעים לטענות אלה) והזמנה להשיב לטענות אלה ולבררן מחוץ לכותלי בית המשפט;² בפינלנד אימצה לשכת עורכי הדין כללי התנהגות מקצועיים שלפיהם עובר

1 תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סד"א) הן פרי פיתוח עצמאי של המשפט הישראלי אך הן מושתתות על היבטים רבים על סדרי הדין באנגליה. ראו לעניין זה STEVEN GOLDSTEIN ET AL., CIVIL PROCEDURE IN ISRAEL 21 (2013).

2 לפירוט ולהרחבה אשר ללשון החוק ראו Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven), lov 17 juni 2005 nr. 90 (ikr. 1 jan 2008 iflg. res. 26 jan 2007 nr. 88) (Nor.) לניחות אקדמי של

להגשת תביעה בבית המשפט חייב עורך הדין להודיע ליריבו על כוונתו ולהעניק לו פרק זמן סביר לשקול את הדברים, וכן אפשרות להגיע לפשרה;³ בסקוטלנד מתקיימים הליכים טרומיים בתביעות נזיקין מסוימות וולונטרית בלבד;⁴ בשווייץ ובאזורים מסוימים באיטליה הליך PAP המבקש להביא את הצדדים לכדי פשרה הוא בגדר חובה;⁵ גם באזורים מסוימים בברזיל חלה על תובע פוטנציאלי חובה לנהל עם יריבו שיג ושיח מקדים לצורך בחינת אפשרות סיום הסכסוך ללא הליך משפטי מלא.⁶

בחלקו הראשון של פרק זה בחרנו להתמקד במאפייני הליכים טרומיים במסגרת ההליך האזרחי באנגליה לצורך סקירת התשתית התאורטית בתחום זה. בחירה זו נובעת מהיותו של ההליך בדין האנגלי מפותח דיו, מהצטברות מסה קריטית של מחקר המאפשר להסיק מסקנות מהמודל שאומץ באנגליה, מהעובדה שהמודל הישראלי המוצע מושתת במידה רבה על המודל האנגלי וכן מן הקרבה המשפחתית שבין מערכת המשפט הישראלית לזו האנגלית בכל הקשור לסדר הדין האזרחי. אשר ליישומו של ההליך המקדמי נתייחס גם לדין האוסטרלי, שבו ניתן למצוא מודל שונה בנוגע להיקף תחולתם של ההליכים המקדמיים.

1. אנגליה לפני דוח Woolf ולאחריו

(א) רקע היסטורי ורעיוני

עד שלהי שנות התשעים של המאה הקודמת, עת פורסם דוח הביניים של ועדת Woolf, לא קיים ההליך המשפטי באנגליה כל פיקוח על השלב שקדם להגשתה של התובענה האזרחית או הסדרה שלו. השלב שקדם להגשת התביעה, בהיותו זנוח, נותר בשליטתם הבלעדית של בעלי הדין העתידיים, וככזה היווה כר נרחב לניצול יכולותיהם – הכלכליות והמקצועיות – של החזקים שבהם, בין השאר לעניין עיכוב קידומו המהיר והיעיל של ההליך.⁷

פרק 10 בדוח הסופי של ועדת Woolf עסק מפורשות בצורך ובחשיבות של קיום רגולציה בשלב המקדמי האמור. לשיטתו של דוח Woolf, יש בהסדרה זו כדי לסייע, הן למתדיינים הן לבית המשפט, לקיים מסגרת שיח מובנית שתאפשר לקדם את פתרון הסכסוך עוד לפני הגשת התביעה לבית המשפט (ובמקרים מסוימים, אף תחסוך את ההתנהלות הדיונית עצמה). חשיבותו של פרק ה-PAP בתקנות סדר הדין האזרחי שהותקנו באנגליה בעקבות דוח זה בשנת 1999 טמונה אפוא לא רק בעיגונו של הליך מקדמי זה, אלא גם,

הדברים ראו Inge L. Backer, *The Norwegian Reform of Civil Procedure*, 51 SCANDINAVIAN STUD. L. 41 (2007).

3 לפירוט ראו Laura Ervo, *Scandinavian Trends in Civil Pre-trial Proceedings*, 26 CIV. JUST. Q. 466, 473–474 (2007).

4 Masood Ahmed, *An Alternative Approach to Repealing the General Pre-Action Protocol*, 32 CIV. JUST. Q. 256, 267–268 (2013).

5 VICT. LAW REFORM COMM'N, CIVIL JUSTICE REVIEW REPORT 120 (2008) (להלן: CIVIL JUSTICE).

6 שם.

7 NEIL ANDREWS, *ENGLISH CIVIL PROCEDURE: FUNDAMENTALS OF THE NEW CIVIL JUSTICE SYSTEM* 7–8 (2003); Neil Andrews, *The New English Civil Procedure Rules* (1998), in EUROPEAN TRADITIONS IN CIVIL PROCEDURE 161 (Cornelis Hendrik Van Rhee ed., 2005).

ובעיקר, בהחלטה להטיל על המתדיינים הפוטנציאליים דרישות דיוניות סדורות ותחומות בזמן עוד בטרם באו בשערי בית המשפט. לא בכדי כתב הלורד Woolf כי שלב ה-PAP יהיה חלק חשוב, נדבך מרכזי, בהליך האזרחי כולו.⁸ שלב זה הפך עם השנים לציר מכונן בבירור סכסוך אזרחי באנגליה: מבחינה כרונולוגית הוא קודם לכל התנהלות בין כותלי בית המשפט. מבחינה מעשית הוא דורש מהצדדים אקטיביות סדורה, בידעם כי חריגה מהפרוטוקול עלולה לגרור סנקציות חמורות מצד בית המשפט. מבחינה מהותית ההליך מרחיב ומחדד את הידע של המתדיינים אשר לחזקות ולחולשות של העמדות שלהם ושל הצד שכנגד, ובכך מאפשר להם לעגן באופן מיועד ומושכל את עמדתם ואת התמריץ לחתור או להסכים לפשרה. ולא פחות חשוב מכך, מבחינה סמלית יוצר ה-PAP זירה מובנית לניהול מקדמי של שיח בין הצדדים להליך. שלב הגשת כתבי הטענות הופך במצב דברים זה לנקודה שבה הסכסוך חותר לקראת סיומו, להבדיל מלתחילתו.⁹

(ב) ביטוי מעשי: היקפה של הפרקטיקה

תקנות סדר הדין האזרחי האנגליות, כפי שגובשו לאחר הדוח הסופי של הלורד Woolf, מחלקות את העיסוק ב-PAP לשניים: סוגי עניינים שבהם קיים פרוטוקול ייחודי הדורש מהצדדים לסכסוך ביצוע פעולות מקדמיות (נכון לכתיבת שורות אלה – סוף שנת 2015 – מדובר ב-13 סוגי תביעות) ועניינים שבהם אין פרוטוקול ייחודי שכזה, ועליהם חלות הוראות ה-Practice Direction הכלליות.¹⁰

אשר לעניינים מהסוג הראשון, הדין האנגלי עיגן פרוטוקולים ייחודיים בשורת עניינים, ואלו הם: סכסוכים הנוגעים להנדסה ולבניין (Construction and Engineering Disputes); תביעות הכפשה (Defamation); פגיעות גוף, נפש ורכוש נזיקיות (Personal Injury Claims); סכסוכים רפואיים (Clinical Disputes); תביעות רשלנות מקצועית (Professional Negligence); בקשות לבחינה שיפוטית של החלטה שנתן גוף ציבורי (Judicial Review); תביעות בגין חולי (Disease and Illness Claims); תביעות הזנחת מבנים (Housing Disrepair); תביעות חזקה קנייניות שונות;¹¹ תביעות נזיקין בשווי נמוך בגין תאונות דרכים (Cases);

8 ראו ברוח הסופי של הלורד Woolf: HARRY WOOLF, ACCESS TO JUSTICE: FINAL REPORT THE LORD CHANCELLOR ON THE CIVIL JUSTICE SYSTEM IN ENGLAND AND WALES, ch. 10 § 6 (1996) available at webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm (להלן: WOOLF, ACCESS TO JUSTICE).

9 אשר לנקודה אחרונה זו ראו Simon Roberts, 'Listing Concentrates the Mind': The English Civil Court as an Arena for Structured Negotiation, 29 OXFORD J. LEGAL STUD. 457, 463, 475 (2009).

10 בדין הדיוני האנגלי האזרחי והפלילי, Practice Direction היא תוספת המהווה נוהל התנהגות ופעולה נדרש מבעלי הדין. בתקנות סדר הדין האזרחי האנגליות שלאחר רפורמת Woolf קיימים כמה Practice Directions. אחד מהם, ה-Practice Direction – Pre-Action Conduct, להלן ה"ש 16, מסדיר את הליך ה-PAP.

11 מקרים אלה מחולקים לשניים: תביעות של בעלי מקרקעין ציבוריים בגין פיגור בתשלומים (Possession Claims based on Rent Arrears) ותביעות קנייניות מבוססות-משכנתה או הלוואות דיור שהיה בהן

(Low Value Personal Injury Claims in Road Traffic Accidents); תביעות בגין נזקים שגרמו דיירים לקניין מסחרי עם תום תקופת השכירות (Claims for Damages in Relation to); תביעות נזיקין בשווי נמוך שאירעו בעיקר בסביבת העבודה (Low Value Personal Injury (Employers') (Liability and Public Liability) Claims).

ככלל, מטילים פרוטוקולים אלה דרישה משולשת על בעלי הדין: ראשית, קיום שיח ושיח, הכולל חלופת מכתבים, שבה יימסר הדדית מידע חיוני על אודות הממדים העובדתיים, המשפטיים והראייתיים של הסכסוך; שנית, גילוי והחלפה הדדית של המסמכים הרלוונטיים לעילת התביעה; שלישית, הצעות בעניין אפשרויות בירור הסכסוך באמצעות מנגנון חלופי לסיומו. ודוק: פרוטוקולים אלה נתפסים, הן בראי התקנות הן בהוראות הפסיקה, כדרישות מחייבות.¹² בהתאמה, אי-עמידה בכללים מאפשרת לבית המשפט להטיל על בעל הדין הסרבן או הרשלן סנקציות, בעיקר השתת הוצאות כספיות לטובת המדינה או לטובת בעל הדין שכנגד.¹³ כמו כן אם החל ההליך וראה בית המשפט כי הוראות ה-PAP לא מולאו, או לא מולאו עד תום, הוא רשאי להורות על עיכוב ההליך על מנת לאפשר את קיומו התקין של שלב זה.¹⁴

המאפיין המרכזי של כל הפרוטוקולים – סממן המסייע להבין את היחס של התקנות האנגליות להליך טרומי זה – הוא האופן שבו הם מוצגים לקורא. הפרוטוקולים כולם ממוקמים בהוראות סדר הדין במרוכז, הם ארוכים ומפורטים, והם קובעים לוח זמנים סדור ונוקשה שבמסגרתו על הצדדים לנהל ביניהם את השיח המקדים. חלק מהפרוטוקולים מכילים תבניות (templates) של מכתבי דרישה. כך, כל שנדרש מהמשתמש הפוטנציאלי הוא למלא את הפרטים הרלוונטיים לסכסוך הנתון. חלק אחר של הפרוטוקולים כולל תרשימי זרימה, המבקשים לפשט למען הקורא – התובע והנתבע הפוטנציאליים – את שלבי ההתנהלות של הפרוטוקול ולהקל את ההבנה והביצוע. ההנגשה, ההפשטה וקביעת המסגרת המאורגנת והברורה מבקשות אפוא ליצור בקרב בעלי הדין – בכוח ובפועל – קוד דיוני שלם שלאורו וסביב צירו יתנהל ההליך האזרחי כולו מתחילתו ועד סופו.

לכל הפרוטוקולים מבנה דומה. בכולם מתבקש אדם המעוניין להגיש תביעה לשלוח לנתבע הפוטנציאלי פנייה בכתב שבה יפרט, לצד הפרטים האישיים המלאים שלו ושל יריבו, סיכום תמציתי של עובדות המקרה מושא הסכסוך (לרבות תאריכים ומיקומים מדויקים הרלוונטיים לעניין), הנזקים או הבעיות שנגרמו לו (לרבות אופן חישובם של הנזקים מקום שמדובר בו בכימות כספי) והסעדים שהוא מבקש לקבל.

פיגור בתשלומים (Possession Claims based on Mortgage or Home Purchase Plan Arrears in) (Respect of Residential Property).

NEIL ANDREWS, THE MODERN CIVIL PROCESS: JUDICIAL AND ALTERNATIVE FORMS OF 12
DISPUTE RESOLUTION IN ENGLAND 29–30 (2008) (להלן: ANREWS, MODERN CIVIL PROCESS).

Charles Church Developments Ltd v. Stent Foundations Ltd., [2007] EWHC (TCC) 955 13
ראו (Eng.); Straker v. Tudor Rose (A Firm), [2007] EWCA (Civ) 368 (Eng.).

STUART SIME, A PRACTICAL APPROACH TO CIVIL PROCEDURE 53 (2013) 14

השלב הבא הוא תשובת הצד שכנגד. כל הפרוטוקולים מכתיבים לנתבע הפוטנציאלי פרק זמן קצוב (המשתנה לפי סוג התביעה, לפי מהותה של התשובה הנדרשת ולפי היקפה) שבמסגרתו עליו להשיב לטענות הפונה. גם בעניין זה מפורטים הפרוטוקולים: הוראותיהם קובעות את המסגרת שבתוכה יישלח מכתב התשובה, לרבות היקף העובדות והנתונים שהנתבע הפוטנציאלי נדרש למסור לבעל דינו, היקף הטענות שעליהן קיימת הסכמה – חלקית או מלאה – בין הצדדים וסוג המסמכים שיש לצרף לתשובה. בחלק מהמקרים נדרש הפונה להגיב לתשובת המשיב או לספק מסמכים נוספים שיבהירו את טענותיו ויתמכו בהן, בפרק זמן סדור ונוקשה.

בשלב הבא מצופים הצדדים, במסגרת כל אחד מהפרוטוקולים, לשקול בחיוב את יישוב הסכסוך מחוץ לכותלי בית המשפט, בידעם כי סירוב לקיים משא ומתן כן כשכית המשפט יסבור כי הדבר מוצדק בנסיבות העניין או התנהלות שאינה ראויה במסגרת חלופית זו עלולים להוביל להשתתפות הוצאות כספיות.¹⁵ אם נכשל הניסיון לסיום הסכסוך בדרך חלופית, יבחן בית המשפט את התנהלות בעלי הדין בשלב הטרומי, ואף יידרש לכל אותן הסכמות, מחלוקות, טענות ומסמכים שעלו במסגרתו.

מלבד המסגרת הדומה של כל הפרוטוקולים, כוללות ההוראות הסדרים המותאמים למהותן השונה של התביעות ולמיהות המשתנה של בעלי הדין. כך למשל בתביעות נזיקיות נדרשים הצדדים לבחון את הסכמתם באשר לזהותו של המומחה הרפואי שעתיד לתת את חוות דעתו על אודות מהותם והיקפם של הנזקים שבבסיס התביעה; בתביעות לשון הרע נדרש הפונה לתאר את הביטוי הפוגעני שהופנה נגדו, ואף להצביע באילו אופנים ביטוי זה הוא אכן מוטעה, שקרי או לא מבוסס; בתביעות שבהן חברות ביטוח משמשות צדדים שלישיים בהליך, קובעים הפרוטוקולים הוראות ברורות – ותחומות בזמנים נוקשים – הן בעניין עדכון חברות הביטוח במכתב הפנייה הן בעניין תשובותיהן, השגותיהן ותחום אחריותן. גם סוגיית הזמנים בפרוטוקולים השונים אינה עשויה מקשה אחת. בחלק מההוראות הוקצב לנתבע הפוטנציאלי זמן קצר של 14 יום להשיב לפונה. בחלק אחר הוקצבו זמנים ארוכים יותר, לפי מורכבות התביעה, לפי מספר הגורמים המשתתפים בה ולפי סוגם והיקפם של המסמכים שיש לגלות בין בעלי הדין.

גם במקום שבו אין פרוטוקול ספציפי לסוג תביעה מסוים (בעיקר בעניינים מסחריים וחוזיים) נדרשים הצדדים לקיים התנהלות מקדימה. הוראות ה-Practice Direction הכלליות מעגנות, גם כאן, ציפייה להתנהלות סבירה העולה בקנה אחד עם האתוס של הליך ה-PAP. הוראות ה-Practice Direction הכלליות קובעות כי על הצדדים לנקוט פעולות אקטיביות לצורך החלפת מידע ומסמכים רלוונטיים לתביעה כדי לנסות להימנע מהליך משפטי.¹⁶ התנהלות זו כוללת מכתב פנייה של התובע הפוטנציאלי ומכתב תשובה של הנתבע בכוח, שבו יפורטו נסיבות הסכסוך והפרטים הרלוונטיים, ויוחלפו מסמכים והצעות הדדיות לפתרון. שיח מקדים זה אינו מחויב בפירוט ובעיגון של כל תו ותג הנוגע לפלוגתא, אך

15 ראו Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust, [2004] EWCA (Civ) 576 (Eng.).
 16 Liverpool City Council v. Chavasse Ltd., [2000] CP Rep. 8 (Eng.); Civil Procedure Rules, 1998, Practice Direction – Pre-Action Conduct, Rules 1.1(2), 1.2 (as amended) (Eng.) (להלן: (Practice Direction – Pre-Action Conduct).

מטיל על הצדדים למסור זה לזה את הנקודות העקרוניות שיאפשרו לקיים שיח סביר וימנעו את הכשלתו.¹⁷ אי-עמידה בציפיות נתפסת בעיני הפסיקה כהתנהלות דיונית לא מקובלת ולא הוגנת, והיא עלולה להוביל לחיוב בעל הדין (בעיקר התובע הפוטנציאלי שחדל מלבצע פנייה מוקדמת ליריבו) בתשלום הוצאות לצד שכנגד.¹⁸

באנגליה אפוא מודל דיוני סדור המבטא תפיסה כוללת על אודות מקומו וחשיבותו של הליך ה-PAP בהליך האזרחי. לשיטתה של תפיסה זו, לא רק שהליך טרומי זה נחוץ לצורך פתרון פשוט ויעיל יותר של הסכסוך, אלא שאף עריכתו במתכונת התחומה המתוארת היא רכיב נחוץ לשם השגת יעד זה.

(ג) אוסטרליה: מודל יישום פרטני

הדין האוסטרלי משקף מודל שונה באשר להיקף תחולתם של הליכים מקדמיים. ההליך הטרומי לא התקבל באוסטרליה כחלק מרפורמה סדורה ואחידה ואינו מוחל על כל ההליכים האזרחיים. ההליך אף אינו ממוקם בתקנות סדר הדין האזרחי או מקושר אליהן אלא מובנה כחלק מהוראות החוק הכלליות הרלוונטיות למדינות מסוימות באוסטרליה (שהעיקריות שבהן יפורטו להלן) או כהוראות חוק פדרליות באשר לתחומי משפט מסוימים שבהם הוחלט על היישום האמור, שהעיקרי שבהם הוא תחום דיני המשפחה.¹⁹

בקווינסלנד למשל יושמו לאורך השנים תיקוני חוק המחייבים צדדים לסכסוך לנהל הליך מקדמי עובר להגשת תביעה בבית משפט בשלושה חוקים מרכזיים: Personal Injuries Proceedings Act 2002 (Qld), Motor Accident Insurance Act 1994 (Qld), Workers Compensation and Rehabilitation Act 2003 (Qld).²⁰ חוקים אלה מחייבים תובע פוטנציאלי להודיע ליריבו על כוונתו להגיש תביעה, דורשים מהצדדים גילוי והחלפה של מסמכים וכופים עליהם ישיבה משותפת שבה ילבנו את המחלוקות ביניהם ויעבירו זה לזה הצעות לפתרון הסכסוך, והכול בהסמכת בית המשפט להשית תשלום הוצאות על צד שחדל מלשתף פעולה עם רעהו.

17 TJ Brent Ltd & Anor v Black & Veatch Consulting Ltd., [2008] EWHC (TCC) 1497 ראו (Eng.).

18 BLACKSTONE'S CIVIL PRACTICE – THE COMMENTARY 138 (Stuart Sime & Derek French eds., 2013).

19 ראו את ההוראות המפורטות של Family Law Rules 2004 (Cth) (Austl.) אשר לחובותיהם של צדדים בסוג סכסוך זה לציית לכללי ה-PAP. עם זאת ראוי לציון ה-Civil Dispute Resolution Act 2011 (Cth) (Austl.), המבקש לעודד מתדיינים בכוח ובפועל לעשות צעדים של ממש (Genuine steps) לפתרון הסכסוכים שבהם הם מעורבים ללא הגשת תביעה לבתי המשפט. לדיון הער שהתקיים באוסטרליה על אודות משמעותם של צעדים נדרשים אלה, כמו גם לבחינת משמעותה של התנהלות דיונית החורגת מסטנדרט זה, ראו: TANIA SOURDIN, EXPLORING CIVIL PRE-ACTION REQUIREMENTS: RESOLVING DISPUTES OUTSIDE COURTS 55–58 (2012).

20 Personal Injuries Proceedings Act 2002 (Qld) (Austl.), Motor Accident Insurance Act 1994 (Qld) (Austl.), Workers Compensation and Rehabilitation Act 2003 (Qld) (Austl.), והשוו לחוק נוסף בקווינסלנד הכולל הוראות שונות בעניין קיומו של שלב מטרים כאמור: WorkCover Queensland Act 1996 (Qld) (Austl.).

באוסטרליה הדרומית מוכרים הליכי PAP עוד מתחילת שנות התשעים של המאה הקודמת, ולאורך השנים הורחבו הליכים אלה באמצעות תיקוני חקיקה בהדרגה. מה שהחל כיוזמה נקודתית לעניין החלפת מידע, מסמכים והסכמה על אודות זהותו של מומחה בתביעות נזיקין, הורחב בשנות האלפיים בשיעור ניכר: ה-Supreme Court Rules 2006 וה-District Court Rules 2006²¹ קובעים כי תובע פוטנציאלי בתביעה כספית שאינה בהולה ושאין מחייבת צו זמני חייב, 90 יום לפני הגשת תביעתו, להודיע לנתבע על כוונתו האמורה, למסור לידיו מידע וחומרים תומכים (supporting material) אשר לסכסוך ביניהם (ובתוך כך חוות דעת מומחה, אם זו מצויה בידיו), ואף להגיש לידי הנתבע הצעת פשרה.²² גם הנתבע חייב, בתורו, בחיובים שונים הנוגעים לקיומו של השיח המקדים בינו ובין התובע, ושניהם חשופים לחיוב בהוצאות אם לא יצייתו להוראות אלה.²³

גם בוויקטוריה אומצו כללי PAP בשנים 2004–2005 בעיקר בתביעות תאונות דרכים, וגם הם מחייבים החלפה הדדית של מידע, בעיקר כדי לקדם את ניווט הפלוגתא אל מחוץ לכותלי בית המשפט.²⁴

בניגוד לדין האנגלי, כללי ה-PAP האוסטרליים אינם תוצר של רפורמה כוללת בסדר הדין, אינם מרוכזים בקודקס דיוני אחד, אינם חלים על כלל התביעות האזרחיות ואינם מחייבים את כל המתדיינים בכל מדינות הפדרציה. ההוראות עצמן לעתים מפורטות מאוד, ובמקרים אחרים מסתפקות בדרישה מבעלי הדין לנהל ביניהם שיח מקדים כלשהו או בעידוד לעשות זאת. גישה זו מבטאת תפיסה שונה מזו שמגלם הדין האנגלי העוסק בסוגיה, הן לעניין עצם קיומו של שלב מקדמי להליך המשפטי הן לעניין ההבנה שיש לקיים שלב זה באופן אחיד, סדור וכולל. גישה זו תומכת אפוא באימוץ הליכים טרומיים תוך התאמה פרטנית לעניינים המהותיים שעליהם הם חלים.

2. פעולות מקדמיות לפני הגשת תובענה: תכליות ומטרות

הליך ה-PAP חותר להשגת שלוש תכליות דיוניות בעלות משמעות תוצאתית בין כותלי ההליך האזרחי. בצד זאת יישום תכליות אלה יש בו כדי להקרין על התנהלות חברתית, תרבותית וכלכלית ראויה במישור רחב ומשמעותי הרבה יותר.

התכלית הראשונה של ההליך המקדמי היא לעודד – אף לחייב – צדדים לסכסוך, בטרם יתגבש לכדי תביעה אזרחית, להחליף ביניהם מידע רלוונטי לפלוגתא ומסמכים שיש בהם כדי להאירה באור בהיר יותר. כך אמור הליך ה-PAP לאפשר לניצים הבנה ברורה יותר של

21 Supreme Court Civil Rules 2006 (SA) s. 33 (Austl.); District Court Civil Rules 2006 (SA) s. 33 (Austl.).

22 תכליתן של הוראות אלה, כך בית המשפט העליון של אוסטרליה הדרומית, היא לקדם את אפשרות סיום הסכסוך אל מחוץ לכותלי בית המשפט. ראו 78 §, [2000] SASC 198, Stewart v. Jacobsen.

23 הוראות דומות, בשינויים קלים בלבד, מצויות אף ב-Magistrate Court (Civil) Rules 1992 ונוגעות למה שמוכר במקומותינו כבית משפט השלום. ראו rr. 20, 20A, 20B, 21 Magistrate Court (Civil) Rules 1992 (SA).

24 לפירוט ולהרחבה, הן לעניין ההוראות גופא הן לעניין אופן פיתוחם ויישומם בדין האוסטרלי ראו Michael Legg & Dorne Boniface, Pre-action Protocols in Australia, 20 J. JUD. ADMIN. 39 (2010); CIVIL JUSTICE, לעיל ה"ש 5, בעמ' 129–133.

החזקות והחולשות של טיעוניהם, ולא פחות חשוב מכך, של יריבם.²⁵ בכך הוא עשוי להעניק לצדדים תמונה מיועצת שתוכל להניעם לקבל החלטה מושכלת בנוגע לניתוב הסכסוך ביניהם, אם להתדיינות בפרוצדורה משפטית מלאה ואם לפשרה.²⁶ המטרה השנייה של ה-PAP היא לעודד צדדים לסכסוך לשקול בחיוב את סיום הפלוגתא באמצעות הגעה לפשרה והימנעות מהליך מלא בבית המשפט.²⁷ הנחת המוצא של דוח Woolf, כפי שבאה לידי ביטוי בתקנות האנגליות, היא כי יש לשאוף לבירור ולסיומם של סכסוכים רבים ככל האפשר שלא במסגרת הליך משפטי.²⁸ הגישה שלפיה דיון משפטי מלא צריך להיות בבחינת "מוצא אחרון" באה לידי ביטוי בעבר אך ורק במסגרת פרקטיקה של חתירה לפשרה לאחר הגשת כתבי הטענות, לעתים בשלבי המשפט המאוחרים. בהקדמת הפשרה יש אפוא כדי לחסוך לצדדים זמן, כסף וטרחה בבואם לפתור סכסוכים, והכול במסגרת פשרה שתתאים לצורכיהם ותביא למימוש האינטרסים שאותם ביקשו לממש בהליך האזרחי.²⁹

הייעוד השלישי של הליך ה-PAP מניח כי גם אם קיימת הידברות בין הצדדים, הליך משפטי אינו תמיד מן הנמנע. במצב זה ההליך המקדמי נועד להביא את בעלי הדין לבית המשפט ברמת מוכנות גבוהה ככל האפשר, לאחר ליבון יריעת המחלוקת והצעדים הנדרשים לצורך ההכרעה בה, תוך גילויים הדדיים ושקיפות. ההנחה היא כי ההליך המקדמי יבטיח בכך דיון משפטי יעיל ותמציתי שיאפשר לסיים את בירור הסכסוך במהירות, בעלות נמוכה ובתוצאה מדויקת.³⁰

3. מהות ומיחות: חזקות, חולשות, יתרונות וחסרונות

לפני הדיון המתבקש באופני היישום המוצע של הליך PAP בישראל נעמוד על היתרונות והחסרונות של הליך זה. במסגרת זו, שתכליתה דסקריפטיבית ולא נורמטיבית, נאיר אף בעניין נפקותו של ההליך על סוגי תביעות ועל סוגי מתדיינים שונים.

25 ANDREWS, MODERN CIVIL PROCESS, לעיל ה"ש 12, בעמ' 30: "One of the aims of this new system is that each side should know the strengths of his opponent's case"

26 Ford v. GKR Construction Ltd., [2000] 1 WLR 802, 807 (CA) (Eng.): "Civil litigation is now developing a system designed to enable the parties involved to know where they stand in reality at the earliest possible stage, and at the lowest practicable cost, so that they may make informed decisions about their prospects and the sensible conduct of their cases"

27 Black v. Sumitomo Corporation, [2001] EWCA (Civ) 1819 (Eng.)
28 Harry Woolf, *Civil Justice in the United Kingdom*, 45 AM. J. COMP. L. 709, 722 (1997): "Litigation will be avoided wherever possible [...] People will be encouraged to start court proceedings to resolve disputes only as a last resort, and after using other more appropriate means when these are available"

29 ראו WOOLF, ACCESS TO JUSTICE, לעיל ה"ש 8, פרק 10, §§ 2-3.
30 Daejan Investments Ltd v. The Park West Club Ltd, [2003] EWHC (TCC) 2872 (Eng.); Cundall Johnson and Partners LLP v. Whipps Cross University Hospital NHS Trust, [2007] EWHC (TCC) 2178 (Eng.)

(א) חולשות ההליך המקדמי וחסרונותיו

ניתן למקד את הביקורת על הליך PAP בפסיקה, בדוחות המחקר הבין-לאומיים ובכתיבה האקדמית בשלושה חסרונות עיקריים:

החולשה הראשונה מתמקדת בכך שלצורך פתרון הסכסוך הוא כופה על צדדים להשקיע, כבר בשלב מוקדם, זמן ומשאבים רבים מאלה שיהיה עליהם להשקיע במועד תחילת הבירור הרשמי.³¹ נוסף על הקדמת העומס (המונח האנגלי הוא Front Loading) מטיל ההליך על הצדדים נטל רב יותר מבעבר בשל הדרישה לקיומו של שיח מקדים וממוסמך ביניהם, דבר שיחייבם להשקיע זמן לא מבוטל בעודם מצויים בפרוזדור בית המשפט להבדיל מבטקלינו. דרישות אלה יוצרות בעיות בשלושה מצבים עיקריים: ראשית, מקום שבו מי מהצדדים מקדם את הסלמת ההליך בשל העובדה כי השקעת המשאבים האמורה היא "הוצאה שקועה" (Sunk Cost); שנית, מקום שבו ההליך המקדמי האמור אינו מצליח להוביל את הצדדים לפשרה, או אז הוא התקיים לשווא; שלישית, מקום שבו אחד מבעלי הדין – ובעיקר התובע הפוטנציאלי – הוא דל אמצעים או לא מיוצג. במצב דברים אחרון זה קם קושי כפול: קודם כול, ספק אם יוכל בעל הדין לקיים את ההליך המקדמי הנדרש כדבעי נוכח הדרישות המקצועיות הגלומות בו. נוסף על כך, ואף אם יצליח לעשות כן, ברי כי הדבר לא רק גוזל ממנו זמן וממון שספק אם יש בידיו, אלא גם מחייב אותו לקבל החלטות בעלות משמעות לעצם בירור הסכסוך ולפתורו, שספק אם הוא מבין נכוחה את השלכותיהן.

חיסרון עקרוני שני נובע ישירות מהחיסרון הראשון. הליך ה-PAP כרוך מטבעו בהקדשת זמן לא מבוטל לניהול השיח והתכתובת בין הצדדים. ראשית, הדבר מביא לעיכוב מימושה של זכות הגישה לערכאות של התובע בשל חיובו בביצוע שורת פעולות מקדמיות מול כל יריב וכמעט בכל סוג תביעה. זאת, גם כאשר הסיכויים לפשרה נמוכים, אם בשל פערי העמדות ואם בשל אי-שיתוף פעולה אמתי מצד הנתבע. חיסרון זה נובע מהיעדר גורם אובייקטיבי חיצוני שיכול להעריך את סיכויי ההליך להסתיים בפשרה. שנית, וכאשר בתובעים חלשים עסקינן, עצם חלוף הזמן והעיכוב במימוש זכותו של התובע לקבלת הסעד עלולים לגרור בעלי דין אלה להסכים לפשרות באיכות נמוכה, כאלו שמקפחות את זכותם המהותית בשל הכורח הכרוך בהמתנה הארוכה והצורך בסעד בטווח זמנים קצר יחסית.

31 דוח ההוצאות הכספיות בהליך האזרחי באנגליה (המכונה דוח ועדת Jackson על שם מי שעמד בראשו, שופט בית המשפט לערעורים באנגליה ובוויילס, Sir Rupert Jackson) עמד על הדברים מפורשות הן במסמך הביניים (שפורסם במהלך שנת 2009) והן בדין וחשבון הסופי שפורסם בסוף אותה שנה אך הוצג לראשונה בינואר 2010. להרחבה ראו RUPERT JACKSON, REVIEW OF CIVIL LITIGATION COSTS: PRELIMINARY REPORT 422 (The Stationery Office, 2010) (להלן: JACKSON, REVIEW OF CIVIL LITIGATION COSTS: FINAL); REPORT 344-345 (The Stationery Office, 2010) (להלן: JACKSON, FINAL REPORT). גם דוח הביניים של רפורמת הדין האזרחי בהונג קונג (משנת 2009) עומד על הדברים. ראו CHIEF JUSTICE'S WORKING PARTY ON CIVIL JUSTICE REFORM, CIVIL JUSTICE REFORM: INTERIM REPORT AND CONSULTATIVE PAPER 7, 76, 106 (2009) (להלן: דוח הונג קונג). להרחבה נוספת בעניין זה ראו אף VARDA BONDY & MAURICE SUNKIN, THE DYNAMICS OF JUDICIAL REVIEW LITIGATION: THE RESOLUTION OF PUBLIC LAW CHALLENGES BEFORE FINAL HEARING 25 (2009).

הקושי השלישי קשור אף הוא לעובדה שעל ביצועו של השלב המקדמי אמונים הצדדים הניצים בלבד. החשש הוא כי בהיעדר פיקוח של בית המשפט ישררו חוקי הג'ונגל האדוורסרי. מקום שבו מדובר בבעלי דין שפערי כוחות גדולים מאפיינים אותם, וכאשר נתונים תובע ונתבע אלה בהליך מקדמי ללא פיקוח, ניהול או הסדרה שיפוטית מובנית, עלול בעל הדין החזק, העשיר או הממוסד לנצל את יתרונו כדי לעכב את ההליך או את עצם קיומו, להעמיד בפני יריבו דרישות שונות כדי להקשות עליו או להפעיל מניפולציות דיוניות שונות.³²

(ב) חזקות ההליך המקדמי ויתרונותיו

הדין ביתרונותיו של הליך ה-PAP עונה, בחלקו, לטענות הביקורת ומוסיף חזקות העומדות על רגליים עצמאיות. נעמוד על ארבעה יתרונות:

היתרון הראשון משיב לחשש מפני העמסת העלויות על השלב המקדמי (Front Loading). בהסתכלות לטווח ארוך ניתן לטעון כי יש בהליך זה משום חיסכון בהוצאות הכספיות הכוללות ככל שהוא מאפשר לצדדים להימנע מהתדיינות ארוכה ויקרה ומעודדם לסיים את הפלוגתא בפשרה, מבלי שהשקיעו משאבים ניכרים בניהול משפט.³³ הגדלת ההשקעה ex-ante מביאה אפוא לחיסכון בעלויות ex-post. טענה זו על אודות היות ההליך המקדמי אמצעי לחיסכון בזמן ובכסף במישור הכולל, נתמכת במחקרים אמפיריים שנערכו באנגליה³⁴ ובאוסטרליה.³⁵ נתונים אלה מעידים שלא רק זמן ההגעה לפשרה בתיקים מסוימים קוצר מאוד, כי אם גם כמותן והיקפן של הפשרות שבוצעו בפועל על רקע השימוש בהליך ה-PAP גדל ביחס למצב שנהג בעבר בשיעור ניכר.³⁶

טיעון שני משיב לביקורת שלפיה השקעת זמן ומשאבים בהליך ה-PAP מעכבת את מימוש זכות הגישה לערכאות. הטיעון הוא כי ההפך הוא הנכון. מצדדי ה-PAP טוענים כי

32 השוו JACKSON, PRELIMINARY REPORT, לעיל ה"ש 31, בעמ' 424, 427. כמו גם ממצאים של דוח מחקר אוסטרלי שהצביע על בעיות בהליך ה-PAP מקום שבו מדובר בבעלי דין שפערי כוחות משמעותיים מצויים ביניהם. ראו SOURDIN, לעיל ה"ש 19, בעמ' 171–185.

33 NEIL ANDREWS, THE THREE PATHS OF JUSTICE: COURT PROCEEDINGS, ARBITRATION AND SIME ; MEDIATION IN ENGLAND 8–9 (2012), לעיל ה"ש 14, בעמ' 46, SOURDIN, לעיל ה"ש 19, בעמ' 146: "The material gathered in this Research Project in relation to pre-action: requirements suggests that they can be effective in saving time. This is partly because they can be effective in many cases in prompting settlement without litigation being commenced"

34 TAMARA GORIELY, RICHARD MOORHEAD AND PAMELA ABRAMS, MORE CIVIL JUSTICE? THE IMPACT OF THE WOOLF REFORMS ON PRE-ACTION BEHAVIOUR 156 (2002); Christos S. Konstantinou, *Pre-Action Protocols 14 Years on: Have they Been Proven to be Conducive to Settlement?*, 3, 7 SSRN (2012), <http://ssrn.com/abstract=2175448>; דוח הונג קונג, לעיל ה"ש 31, בעמ' 77, JACKSON, FINAL REPORT, לעיל ה"ש 31, בעמ' 352.

35 SOURDIN, לעיל ה"ש 19, בעמ' 65.

36 כך למשל מציין JACKSON, FINAL REPORT, לעיל ה"ש 31, בעמ' 352 כי לאחר שליחת המכתב המקדים הנדרש בהליך האמור 60% מתביעות הבחינה השיפוטית ובין 90%–95% מתביעות הרשלנות המקצועית הסתיימו בפשרה. הנתונים הללו לא הוכרו ולא נהגו עובר לעיגונו של ההליך האמור בתקנות סדר הדין. ודוק: הנתונים האמורים בחנו את מספר הפשרות שבוצעו בפועל ולא את איכותן.

הוא הופך את בירור הסכסוך, גם אם עוכב מעט, לפשוט, מהיר וזול יותר.³⁷ תרומתו של הליך ה-PAP לזירוז המשפט ולהפחתה כוללת של העלויות והזמן שיקדישו הצדדים לבירור הסכסוך מגדילה את יכולתה של מערכת המשפט לאפשר לבעלי הדין את מימוש זכות הגישה לערכאות, מגדילה את הרווחה החברתית המצרפית ואף מעניקה לבעלי הדין מסגרת סדורה שבה יוכלו לקדם את אפשרות ההגעה לפשרה כחלופה דיונית ראויה וצודקת. יתרה מכך, השלב המקדמי האמור עשוי לסייע, כך הטענה, גם כאשר עסקינן בתובעים חלשים. תובעים אלה, כמו שאר בעלי הדין הפוטנציאליים, יזכו לקבל מידע מקיף על אודות הסכסוך שבו הם נתונים, כמו גם על עמדותיו, חזקותיו וחולשותיו של הצד שכנגד. בכך, ובאמצעות חיובם של הצדדים לפעול בהגינות ובגילוי מרביים במסגרת "משחק בקלפים פתוחים",³⁸ יוכלו להעריך ביתר בהירות ומודעות את דרכם בהליך ואם פשרה מסתמנת היא כראית.

מעלה שלישית שגלומה בהליך ה-PAP קשורה להשפעתו על תרבות פתרון הסכסוכים. מחקרים איכותניים שנערכו באנגליה ובאוסטרליה העלו כי משפטים מתחומים מגוונים שנדרשו לקיים את ההליך דיווחו על שיפור בתרבות הדיון, על פתיחות גדולה יותר ועל פתיחת ערוץ הידברות ביניהם שפעמים רבות אפשר את סיום הסכסוך ללא הליך משפטי מלא.³⁹

37 ראו John Anthony Jolowicz, *Civil Litigation: What's It For?*, 67 CAMBRIDGE L.J. 508, 515 (2008); GORIELY, MOORHEAD & ABRAMS, לעיל ה"ש 34, בעמ' xiii, 82, 161-160; Konstantinou, לעיל ה"ש 34, בעמ' 4, 6. דוגמה לחיסכון זה ניתן למצוא בהסכמה שיש בהליך האמור כדי לקדם בין הצדדים אשר לזהותו של מומחה מוסכם בתביעות גוף, נפש או רכוש נזיקיות. ראו את דברי Lord Justice Brooke בפסק דין [2001] EWCA (Civ) 511, ¶ 24: "The introduction of pre-action protocols, and of the procedures they suggest for the obtaining of expert evidence, represents a major step forward in the administration of civil justice. Any practitioner or judge with significant experience of personal injuries litigation will have been very familiar with the mischiefs they seek to remedy. Under the former regime, in many disputed cases of any substance nothing very effective seemed to happen until a writ was issued close to the expiry of the primary limitation period. So far as the use of experts were concerned, there were often complaints that they appeared to be playing too antagonistic a role on behalf of the client who was paying for their services, so that it was most unlikely that the other side would accept their report. This led to further delay and expense while the other side instructed their own expert, who might well adopt an equally antagonistic position".

38 JOHN O'HARE & KEVIN BROWNE, *CIVIL LITIGATION* 77 (2007); Paula Gerber & Diana Serra, *Construction Litigation: Are We Doing it Better?* 35 MELB. U.L. REV. 933, 968 (2011).

39 ראו BONDY & SUNKIN, לעיל ה"ש 31, בעמ' 27: "The overall impression given by interviewees was that the PAP, if used properly, operates to establish a channel of communication between the parties that leads to the conclusion of many disputes without recourse to litigation". "The good news is that almost everyone thought that there had been at least some improvement in the culture of negotiations. There was general agreement that there was now more 'openness', with parties willing to exchange more information earlier. This was widely believed to be a change for the better" Paula Gerber & Bevan Mailman, *Construction Litigation: Can We Do it Better?* 31 MONASH U.L. REV. 237, 238 (2005).

יתרון רביעי הוא יכולתו של ההליך להקטין את הגשתן של תביעות מיותרות. ההליך מונע מעצם טיבו הגשת תביעות בהפתעה ובכך מגדיל את הסיכוי למניעת תביעות בוסר שמוגשות אך על מנת לשריין בשביל התובע מיקום מוקדם בתור התביעות הממתינות לבירור.

בהערכת מכלול הכתיבה העוסקת בתחום, ועל אף קיומה של ביקורת לא מועטה, נראה כי הליך ה-PAP זוכה ליחס אוהד יחסית ונתפס כתורם לקיומה של ליטיגציה נכונה ומועילה יותר ביחס לזו שנהגה לפניו.⁴⁰

ב. דיון מעשי: ישראל בין עבר, הווה ועתיד

בפרק זה נעמוד תחילה על השתלשלות ההצעות לאימוצו של הליך ה-PAP בדין הישראלי. לאחר מכן נסקור את מודל ההליך המוצע כעת, את התכליות המוצהרות שלו ואת יישומן בתקנות גל. בהמשך נבחן את המודל המוצע על רקע התובנות התאורטיות שהוצגו בחלק הראשון של רשימתנו ובהתחשב בתכליות המוצהרות של מנסחי המודל.

1. דוח ועדת רונן והצעת משרד המשפטים

היזמה לאמץ בישראל הליכים מקדמיים הועלתה לראשונה בעשור הקודם, בהשראת המודל האנגלי. הצעה זו נדונה בוועדה בראשות השופטת רות רונן אשר מונתה בידי מנהל בתי המשפט בשנת 2007 כדי להציע דרכים לייעול ולשיפור ההליך המשפטי והגישה את הדוח המסכם שלה בחודש יוני 2008.⁴¹ בדוח זה המליצה הוועדה לשקול את אימוצה של הצעה שלפיה "בהליכים מסוימים תוטל על התובע חובה לפעול בהתאם לפרוטוקול קבוע לפני הגשת התביעה, כגון חיוב התובע לפנות בכתב לנתבע, להציע להיפגש איתו או לערוך ישיבת גישור" (ההדגשה שלנו – ע"ב וא"ט).⁴² ועדת רונן הציעה לבחון את המודל האמור,

40 כדוגמה מייצגת ראו את פסק הדין בעניין Carlson, לעיל ה"ש 37, בפס' 31: "These protocols are not agreements made for valuable consideration, on which one or other party can bring an action to compel compliance. Nor are they documents drafted with the precision of the products of a parliamentary draftsman. They are guides to good litigation and pre-litigation practice, drafted and agreed by those who know all about the difference between good and bad practice" להרחבה נוספת ראו SOURDIN, לעיל ה"ש 19, בעמ' 164: "it is fair to say that, to the extent that they contribute toward effective, timely and cost-effective resolution of disputes, they are 'solicitors generally value the : 31, בעמ' 31: BONDY & SUNKIN, לעיל ה"ש 31, בעמ' 31: PAP and believe that it plays a positive role in enabling early settlement by improving channels of communication between the parties and helping to clarify issues"

41 הוועדה לבחינת דרכי ייעול ההליכים המשפטיים בראשות כבוד השופטת רות רונן דוח הוועדה (2008) (להלן: דוח ועדת רונן).

42 שם, בעמ' 18.

בין היתר על רקע תובנות מהניסיון בדין האנגלי וכן בהתייחס לתיקון שאומץ באותה עת בתקנות סד"א בישראל וכוונן חובה לקיים פגישת מהו"ת בתובענות מסוימות.⁴³ ועדת רונן התבססה על הצעה לתיקון תקנות סד"א שהניח משרד המשפטים בפני הוועדה המייעצת לשר המשפטים לנושא סדר הדין האזרחי.⁴⁴ הצעת משרד המשפטים ראתה לנגד עיניה את חיזוק מגמת הניהול השיפוטי, הבאה לידי ביטוי בדרכים מגוונות אשר אחת מהן היא אימוץ גישה מונעת (preventive) לפתרון הסכסוך.⁴⁵ נראה כי לנגד עיניהם של מנסחי ההצעה עמד בראש ובראשונה השיקול של התמודדות עם העומס הגובר על מערכת המשפט בישראל. בהקשר זה גם הצביעה הצעת משרד המשפטים על תופעה של הגשת תובענות שטרם הבשילו כדי "לתפוס תור" במערכת בתי המשפט, הסובלת מעומס קבוע.⁴⁶

סוגיה נוספת שעליה עמדה הצעת משרד המשפטים היא הצורך לשפר את מוכנות בעלי הדין בהגיעם לדיון ואת בשלותו של הסכסוך להכרעה. לפי ההצעה, בדרך כלל הצדדים מוזמנים לשיבה הראשונה בתובענה מבלי שניתנות להם הנחיות כלשהן באשר לחלקם בהכנת התיק לדיון, ללא מצע מוגדר, ללא הגדרה מדויקת של השאלות השנויות במחלוקת ותוך שהם רשאים להעלות בהזדמנות זו כל טענה העולה על רוחם ללא כל הודעה מוקדמת.⁴⁷ לפיכך עמדה ההצעה על שורה של נושאים אשר הטיפול בהם בידי בעלי הדין ובאי כוחם טרם קיומו של הדיון הראשון בתיק עשוי לייעל מאוד את הדיון לגופו של התובענה ואולי אף להביא לפשרה. בהקשר זה ציינה ההצעה את הצורך להגדיר טרם הדיון את הנושאים השנויים במחלוקת, להסדיר את גילוי המסמכים ולהחליף מידע רלוונטי אחר ככל שנדרש.⁴⁸

הצעת משרד המשפטים התבססה על המודל האנגלי לעומקו בבואה להגדיר את מטרות ההליך הטרומי ככזה שנועד "לעודד את עורכי הדין לברר מהן הסוגיות העובדתיות והמשפטיות הנתונות במחלוקת אמיתית בין הצדדים, לבחון את חומר הראיות ולהימנע מהגשת תובענות בוסר", ולשקול דרכים חלופיות ליישוב הסכסוך (פשרה, גישור וכיוצ"ב).⁴⁹ כפי שמציינת הצעת משרד המשפטים,⁵⁰ כללי ה-PAP באנגליה מבוססים על

43 תק' 99א–99א לתקנות סד"א מחייבות את בעלי הדין לקיים פגישה מהו"ת (מידע היכרות ותיאום) בטרם יחל הדיון בתובענה, בתביעות שהוגשו לבתי משפט השלום שעליהם הוכרז בהודעה של מנהל בתי המשפט.

44 דוח ועדת רונן, לעיל ה"ש 41, נספח י"ב.

45 שם.

46 שם. בעניין זה מתבססת ההצעה על דוח רביבי. הוועדה לבדיקת מבנה מחלקת ניהול שיפוטי דין וחשבון 12 (1999).

47 דוח ועדת רונן, לעיל ה"ש 41, נספח י"ב. למעשה, הדין אף מעודד את הצדדים להעלות בהזדמנות זו כל טענה דיונית אפשרית, שכן הכלל הוא כי בית המשפט לא ייזקק לטענה דיונית בשלב מאוחר יותר אם היה ניתן להעלות אותה בקדם-המשפט או בשלב ראשוני אחר. השוו': תק' 149(ב) לתקנות סד"א, הקובעת כי בעל דין לא יורשה להעלות בשלב מאוחר טענה שהיה יכול להעלות בקדם-המשפט, אלא מטעמים מיוחדים שיירשמו.

48 שם.

49 שם.

50 שם.

מודל של קוד פרופסיונלי שהוא חלק בלתי נפרד מכללי סדר הדין האזרחי, אך הוא מנוסח בשיתוף מלא עם עורכי הדין, ואף שאינו מחייב חיוב מוחלט, סטייה ממנו עשויה לגרור סנקציות מצד בית המשפט. הצעת משרד המשפטים אף נותנת את הדעת לעובדה שבאנגליה פותחו פרוטוקולים שונים לסוגי תביעות שונות. ברוח זו הציע משרד המשפטים לכלול בתקנות סדר הדין כללי מסגרת שיאפשרו את קיומו של הליך PAP ולפתח בשיתוף עם לשכת עורכי הדין כללי PAP פרטניים להליכים שונים, אשר ייכללו בתוספת לתקנות.⁵¹

הצעת משרד המשפטים עומדת נכונה על העובדה שמודל ה-PAP האנגלי חותר בראש ובראשונה ובמובהק להביא לחילופי מידע בין הצדדים כדי לעודדם לפתרון הסכסוך מחוץ לכותלי בית המשפט. מטרה משנית בחשיבותה בדין האנגלי היא הכנת הצדדים למשפט עצמו. מדרג זה מקבל ביטוי בהצעת תקנות סדר הדין האזרחי (הליכים טרם הגשת תובענה) התשס"ו-2006, שניסח משרד המשפטים, שממליצה לקבוע כי מטרות ה-PAP תהיינה:

1. "להביא להחלפת מידע מלא בין הצדדים לסכסוך לפני פתיחת ההליך, ולמנוע פתיחת הליכים שאינם נחוצים;

2. לעודד את הצדדים לבחון אפשרויות ליישוב הסכסוך ביניהם באמצעות מנגנונים ליישוב סכסוכים בהסכמה;

3. לסייע בניהול הוגן יעיל וחסכני של ההליך המשפטי אם ייפתח הליך בבית המשפט".⁵² לטעמנו אפוא לשון הצעת 2006 מעניקה משקל דומה להיותו של ההליך הטרומי אמצעי להכנת הצדדים לקראת הדיון הראשון בתיק ואפשרות שיהיה בו כדי לקדם את פתרון הסכסוך מחוץ לכותלי בית המשפט. עם זאת ההישענות על המודל האנגלי ואימוץ המטרות המוצעות במודל האנגלי יש בהן כדי להעיד כי המטרה של יישוב הסכסוך מחוץ לכותלי בית המשפט היא מטרה דומיננטית אשר לשמה נועד ההליך המקדמי בעיני משרד המשפטים ובעיני ועדת רונן. לאור זאת, ובהתבסס על התובנות העולות מהמשפט המשווה באשר לתכליות ההליכים הטרומיים, אנו סבורים – כפי שיוסבר בפרק הבא – כי אימוצם של הליכים אלה בישראל צריך להיעשות לכל הפחות תוך מתן משקל שווה לכל התכליות שנועד הסדר PAP לקדם, ומכל מקום אין הצדקה משכנעת להעניק בכורה דווקא לתכלית הכנתם של בעלי הדין לקראת ההליך המשפטי.

2. היישום: תקנות גל

תקנות גל⁵³ נועדו להחליף את תקנות סד"א הקיימות, והן מציעות לכוון הליך PAP במתכונת ייחודית לישראל. עתה נסקור את ההצעה. קודם לכן חשוב לציין כי תקנות גל כוללות פרק דברי הסבר, שעליו יש לבסס את הבנת תכליתן של התקנות בכלל ושל מנגנון ה-PAP בפרט. דברי ההסבר קובעים כי "תכליתן של התקנות המוצעות הוא, אפוא, לסייע בידי בית המשפט לנהל את המשפט תוך קיום הליך שיפוטי ראוי והוגן, שיאפשר הגעה לתוצאה נכונה וצודקת תוך יעילות מירבית".⁵⁴

51 שם.

52 דוח ועדת רונן, לעיל ה"ש 41, נספח י"ב.

53 טיוטת תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ה-2014 (להלן: תקנות גל).

54 שם, בעמ' 1.

דברי ההסבר הם בעלי חשיבות מיוחדת, שכן מדובר בפעם הראשונה שבה מונחת תשתית מסבירה לתקנות סדר הדין האזרחי בישראל. דברי ההסבר מנהירים את המוטיבציה לאימוצו של הסדר ה-PAP. עולה מהם כי אחת הסיבות העיקריות לאימוץ ההסדר היא כי "הכנת התיקים לקראת הדיון בבית המשפט אינה תמיד מלאה ולא אחת נתקל השופט בקדם המשפט בעובדה שעד לאותו שלב הצדדים טרם מצאו לנכון לשוחח ביניהם אודות המחלוקת".⁵⁵ דברי ההסבר מדגישים אפוא כי המטרה בהסדר היא קידומה של מוכנות רבה יותר בקרב מתדיינים ומודעות של כל צד לטענות משנהו.⁵⁶ רק בעקיפין, כך עולה מדברי ההסבר, "עשוי התהליך המוצע לאפשר לבעלי הדין אף להגיע לפשרה במידה רבה יותר, אם הם חפצים בכך, וזאת עוד לפני קיומו של הליך משפטי. עם זאת יוטעם כי תכלית ההליך היא בהכנת המשפט באופן מיטבי וביתר מוכנות מצד הצדדים ולא לשם הפשרה בהכרח".⁵⁷ עוד חוזרת בדברי ההסבר הטענה שלפיה תביעות רבות מוגשות רק על מנת "לתפוס תור", וכי הסדר PAP ימזער תופעה לא רצויה זו.⁵⁸

פרק ב לתקנות גל מפרט את מנגנון ה-PAP לגופו. הפרק נפתח בתקנת מטרה המיוחדת לפרק זה, תקנה 6. בשל היעדרן של תקנות מטרה מסוג זה בתקנות סד"א הקיימות ראוי להתייחס לתקנה זו בכובד ראש. תקנה 6 קובעת כי "מטרת הפעולות המקדמיות לפני הגשת כתב תביעה היא להביא לידי כך שהצדדים ייערכו היטב לקראת ההליך המשפטי וילבנו את יריעת המחלוקת עוד לפני שננקטו הליכים משפטיים, תוך גילוי הדדי ושקיפות מלאה בין הצדדים, בכפוף לכל דין, ובאופן שיאפשר להם להיות מוכנים כראוי לתחילת המשפט וכן לבחון את האפשרות ליישב את הסכסוך מחוץ לכותלי בית המשפט".⁵⁹

מכאן ניכר, והדבר עולה בקנה אחד עם דברי ההסבר, כי מטרתו הדומיננטית של הליך PAP המוצע אינה יישוב הסכסוך בשלב הטרם-דיוני אלא הכנת הצדדים למשפט, כאשר יישוב הסכסוך עשוי להיות תוצאה מסתברת של ההכנה אך הוא אינו היעד הראשון במעלה. בחינת התקנות בפרק ב לתקנות גל לגופן מאפשרת להעריך כיצד באה לידי ביטוי התכלית של הכנת הצדדים לקראת המשפט ובאיזו מידה של הצלחה צפוי ההסדר המוצע לקדם תכלית זו, כמו גם את תכלית יישוב הסכסוך בדרכים חלופיות. על כך נעמוד להלן.

ג. הליך מקדמי ישן-חדש לקראת עיגון – הערכת התקנות המוצעות

בפרק זה נבקש להעריך את ההסדר המוצע בהתבסס על התשתית התאורטית ביחס להליכי PAP.

55 שם, בעמ' 3.

56 שם.

57 שם, וראו גם בעמ' 5.

58 שם. נעיר כי דברים אלה מתבססים על דוח ועדת רונן ולא על ממצאים אמפיריים התומכים בקיומה של תופעה זו, כעשור לאחר שהוזכרה לראשונה כקושי המצדיק התייחסות. ספק אם טענה עובדתית זו יכולה לעמוד כצידוק יחיד להליך.

59 תק' 6 שם.

1. המישור העקרוני

ההליך המוצע בתקנות גל, הן לאור דברי ההסבר הן לאור תקנה 6 הממששת כתקנת המטרה, מבקש לקדם חילופי מידע בין בעלי הדין הפוטנציאליים בראש ובראשונה כדי להכניס לקראת הברור בבית המשפט. אמנם מוצע מנגנון שנועד לקדם את פתרון הסכסוך מחוץ לכותלי בית המשפט, אך פתרון כזה הוא תוצאה אפשרית ולא מטרה עיקרית של ההליך המקדמי. בכך מהדהדת תכליתו של הליך PAP את תכליתו של הליך קדם-משפט בתקנות סד"א הנוכחיות. בתקנה 140 לתקנות סד"א נקבע כי בית המשפט רשאי להורות על קיומו של הליך קדם-משפט כדי "לייעל את הדיון, לפשטו, לקצרו, ולהחישו או כדי לברר אם יש מקום לפשרה בין בעלי הדין".⁶⁰

ראשית כול, לטעמנו, התשתית התאורטית הקיימת בתחום, שהוצגה כאן, אינה תומכת בהבניית תכליתו של הסדר PAP בישראל באופן זה. הבניית תכליתו של ההליך המקדמי באופן שמעמיד את מטרת הכנת הדיון המשפטי כמטרה דומיננטית אינה עולה בקנה אחד עם תכליתו של הליך PAP באנגליה, שממנה אומץ ההליך.⁶¹ הבניה זו אף אינה תואמת את הצעת 2006 שנכללה בדוח ועדת רונן. דברי ההסבר לתקנות גל אינם מספקים נימוק או הצדקה לסטייה מההבניה המקובלת בשיטות משפט אחרות. ניתן להעלות את ההשערה כי בעלי הדין ומייצגיהם בישראל סובלים מתרבות הכנה לקויה של תיק למשפט שהיא חמורה עד כי רק בשל כך ראוי לאמץ הבניה ייחודית של תכליות ההליך. אם זהו הנימוק להבניה השונה של תכליות ההליך, אין לכך ביטוי ממשי בפרק ההסבר לתקנות גל.⁶²

שנית, וזהו העיקר, הבחירה בתכלית הכנת הצדדים לקראת הברור המשפטי כתכלית הדומיננטית של ההליך המקדמי מקשה את הצדקתו. האם בשם ייעולו של הדיון מוצדק להשית עלויות כספיות על הצדדים ולהערים משוכה בפני מימוש זכות הגישה לערכאות? ייעול הדיון הוא מטרה ראויה ומוצדקת, אלא שיש להניח כי ניתן למצוא חלופות אחרות לייעול הדיון שפגיעתן במתדיינים פחותה. למשל, היה ניתן להטמיע חלקים מהליך PAP במסגרת קדם-משפט או מיד לאחר הגשת כתבי הטענות. הא ראייה, תקנה 12(א) לתקנות

60 תק' 140 לתקנות סד"א. והשוו תק' 55(ב) לתקנות גל שם נקבע כי "בישיבת קדם המשפט יקבע בית המשפט את דרכי הדיון בתובענה במטרה לייעלו, לפשטו ולהחישו". לעומת זאת האפשרות לקדם פשרה במסגרת קדם-משפט מוזכרת רק בשולי התקנה בסעיף קטן (16). תק' 55(ב)(16) שם.

61 אף שמטרת-העל (Overriding Objective) של התקנות האנגליות היא לאפשר לבית המשפט לקיים הליכים אזרחיים באופן צודק ובעלות פרופורציונלית (ראו Civil Procedure Rules, 1998, §1.1) הרי שכאשר הרברים אמורים בהליך ה-PAP, קובעות התקנות מפורשות כי תכליתו של זה האחרון הן לאפשר הבנה והכרה של עמדות הצדדים, לקבל החלטות בנוגע להמשך ההליך, לנסות לסיים את הסכסוך על דרך פשרה, לתמוך את ניהולו של הליך יעיל ככל האפשר ולהקטין את העלויות הכרוכות בברור הפלוגתא (ראו Practice Direction – Pre-Action Conduct, לעיל ה"ש 16, ¶ 3).

62 נוסף על כך, הצדקה כזו היה ראוי לעגן במחקרים אמפיריים. היבט זה אינו ההיבט היחיד שבו הליך PAP המוצע בתקנות גל נשען על הצדקות אשר קשה לעגן אותן בנתונים מבוססים. כך למשל בהיעדר נתונים אמפיריים על התופעה של הגשת תביעות לא בשלות שכל מטרתן "לתפוס תור", קשה לראות בשאיפה לסכל תביעות כאלה הצדקה עצמאית לקליטתו של הליך PAP בישראל. אף אם קיימת תופעה כזו, בידי בית המשפט סנקציות, כדוגמת הטלת הוצאות משפט או סילוק תביעה על הסף, להרתעת תובעים המגישים תביעות שלא היה מקום להגישן.

גל אינה שוללת את האפשרות שבית המשפט יחייב את הצדדים לקיים את ההליך המקדמי לאחר הגשת כתבי הטענות אם לא עשו כן קודם לכן. אילו נעשה כך, פיקוחו של בית המשפט על ההליך בזמן אמת היה מגביל את היכולת של בעלי דין חזקים לנצל את ההליך לטובתם.

2. המישור היישומי

בחלק זה נעמוד על מבחר מייצג של קשיים העולים בבחינה פרטנית של ההסדר המוצע בתקנות גל ושל דרכי יישומו. בדוגמאות שעליהן נצביע ניתן לראות כי יש חשש שההסדר המוצע מגדיל את הסיכוי לניצול לרעה של החסרונות המרכזיים של הליך ה-PAP כגון העמסת העלויות על השלב המקדמי, עיכוב זכות הגישה לערכאות והתנהלות המיטיבה עם מתדיינים חזקים, וזאת מבלי להבטיח בהכרח כי יתקיימו גם יתרונותיו העיקריים של ההליך, כגון יישוב סכסוכים מחוץ לכותלי בית המשפט ושיפור התרבות הדיונית.⁶³

One size does not fit all

אחת התובנות החשובות הנלמדת מיישומו של מנגנון ה-PAP במשפט האנגלי היא כי אין בנמצא מנגנון אחד המתאים לכל סוגי ההליכים. על כן קשה להלום את ההסדר האחד המוצע בישראל.⁶⁴ הדברים אמורים לא רק בנוגע לסוג מכתבי הדרישה אלא גם למועדים אשר מן הדין שיהיו שונים, על פי סוג התביעות. כך למשל ראוי שהמועדים בתביעה שכרוך בה תשלום תכוף יהיו קצרים (ואפשר שלא ראוי כלל לדרוש את קיומו של הליך PAP בתביעות מסוג זה). בתביעה שעניינה הוצאת לשון הרע יהיה פרק הזמן הנחוץ למשיב קצר מזה שנחוץ למשיב בתביעה קבוצתית של דיירים נגד קבלן בגין ליקויי בנייה. בתביעה תאגידית שעניינה בקשה של בעל שליטה לסווג בעל מניות מיעוט מסוים כננוע ב"עניין אישי שלילי" באישור עסקת בעלי עניין באספת בעלי מניות, תלוי פרק הזמן לתשובת המשיב – אם יש מקום לתת כזה בכלל – במידת הדחיפות של אישור העסקה.⁶⁵ לפיכך בהיעדר התאמה של הליך ה-PAP לסוג המחלוקת, אי אפשר לומר כי ההליך יביא בהכרח לבירור משפטי מהיר ויעיל יותר. ייתכן אף שההפך הוא הנכון.

מכתב הדרישה

תקנה 7, המפרטת את אופן התחלת ביצועו של הליך ה-PAP, מעלה כמה תהיות. התקנה מטילה חובה על אדם הסבור שיש בידיו "מידע מספיק לביסוסה של עילת תביעה" נגד אחר לפנות לנתבע המיועד במכתב דרישה "שבו יודיע על כוונתו להגיש כתב תביעה נגדו ויודא

63 לסקירת היתרונות והחסרונות ראו לעיל פרק א.

64 השוו ליישום באמצעות פרוטוקולים ייחודיים במשפט האנגלי, לעיל פרק א.1. (ב).

65 לדיון בשאלה על מי מוטלת החובה לפנות לבית המשפט בשאלת סיווג בעל מניות מיעוט כבעל "עניין אישי שלילי" ומשמעות הסוגיה לעניין עיכוב בקבלת החלטות על עסקאות באספת בעלי המניות: ה"פ (מחוזי י-ם) 7236-05-11 גולדפון בע"מ נ' ב. יאיר חברה קבלנית לעבודות בניה 1988 בע"מ (פורסם בנבו, 11.8.2011); ה"פ (מחוזי ת"א) 44660-12-11 איי אל ישראל אקוויטי בע"מ נ' תדיב בע"מ (פורסם בנבו, 10.1.2012).

את קבלתו; מכתב הדרישה יכלול פירוט של עילת התביעה וכן מסמכים מהותיים המהווים חלק ממנה, לרבות כתב ויתור על סודיות רפואית בעילת תביעה לנזק גוף, טענות הפונה והסעדים המבוקשים.

ראשית כול עולה השאלה מה דינו של אדם שפנה במכתב דרישה כאשר לא היה בידיו, בדיעבד, מידע מספיק לביסוסה של עילת תביעה? אדרבה, האם רשאי הנתבע הפוטנציאלי להימנע מלהשיב על מכתב הדרישה אם לטעמו מכתב זה אינו מבסס את הנדרש לקיומה של עילת תביעה? לשון תקנה 11 טומנת בחובה את האפשרות שלפיה נתבע הטוען כי המכתב שקיבל מהפונה אינו מכתב דרישה כמשמעותו בתקנות, לא ישיב למכתב האמור, אך ידרוש את מחיקת התביעה על הסף בשל אי-קיום תנאי תקנה 11, אם התביעה תוגש.⁶⁶ האם מוטלת על הצד שכנגד החובה להודיע לשולח מכתב הדרישה כי מכתבו לאו מכתב דרישה הוא ולהבהיר את סיבת סירובו להשיב? לטעמנו, מי שלא הודיע על סיבת סירובו, מבלי שהיה לו הצדק סביר לכך, לא יהיה רשאי לטעון כי לא קיום התנאי של מכתב דרישה לכשתוגש נגדו תובענה. ניתן לפתור קושי זה באמצעות פירוט מדויק יותר של המבנה, של הפרטים ושל המידע אשר על הפונה לכלול במכתב הדרישה. לחלופין ניתן לאמץ את השיטה האנגלית של תבניות מכתבי דרישה, בתוספת לתקנות, שתהיינה מותאמות לנושאי התביעה הכלולים בהסדר.⁶⁷ עם זאת אין בהצעתנו כדי לפתור את הקושי הגלום ביכולתו של הנתבע הפוטנציאלי לעכב את הגשת התביעה נגדו לפרק זמן של ארבעה חודשים לפחות.⁶⁸ דברי ההסבר אמנם מדגישים כי "התהליך כולו מתוחם לפרק זמן של ארבעה חודשים, כדי למנוע אפשרות מנתבע לגרור את התובע פרקי זמן שאינם מתקבלים על הדעת".⁶⁹ עם זאת אפשר שבהיעדר חובה כזו הייתה התביעה מוגשת בדחיפות רבה יותר. נוסף על כך, התקנה מאפשרת לנתבעים פוטנציאליים המבקשים לעכב הגשת תביעה "לגרור" את תשובתם עד ארבעה חודשים, ורק אז להשיב לפונה ולהתחיל בשיח המקדמי באופן שיוביל לעיכוב נוסף בהגשת התביעה.

שנית, הדרישה בתקנה 7 לכלול במכתב הדרישה מסמכים "מהותיים" מזכירה את נוסח תקנה 75 לתקנות סד"א קודם לתיקונה בשנת תשע"ד. כיום מחייבת תקנה 75 את התובע לצרף את כל המסמכים הנזכרים בכתב התביעה, להבדיל מהדרישה לכלול רק מסמכים מהותיים.⁷⁰ לנוכח שינויה של התקנה האמורה ובהתחשב בכך שבכל מקרה רשאי הצד

66 תק' 11 לתקנות גל הופכת את ההליכים המקדמיים לתנאי להגשת תביעה. התקנה קובעת כי "אדם יהא רשאי להגיש כתב תביעה בהתקיים אחד מאלה: (1) הושלמו הפעולות המקדמיות בהתאם להוראות פרק זה; (2) הצד שכנגד לא התייצב לפגישת המהו"ת; (3) חלפו ארבעה חודשים מיום שהצד שכנגד קיבל את מכתב הדרישה; (4) נשיא בית המשפט או שופט שמונה על ידו לכך התיר מטעמים מיוחדים את הגשת כתב תביעה, אף אם לא התקיימו כל התנאים הנדרשים בפרק זה".

67 ראו את תיאור הדברים לעיל בפרק ב.

68 פרק הזמן המינימלי שיש להמתין עד להגשת תובענה, לפי תק' 11(3) לתקנות גל.

69 שם, בעמ' 5.

70 מעניין כי תקנות גל משיבות לאחור את המצב שנוצר לאחר תיקון תק' 75 לתקנות סד"א. בתק' 75 בניסוחה הנוכחי תובע מחויב לצרף לכתב התביעה העתק של כל מסמך הנזכר בו, ואילו בתק' 20(ב)(2) לתקנות גל מוצע כי בעל דין יחויב לצרף לתצהיר המצורף לכתב הטענות מסמכים "מהותיים" בלבד. עם זאת יחויבו בעלי הדין לצרף לכתב הטענות תצהיר גילוי מסמכים המפרט את "רשימת כל המסמכים

שכנגד לדרוש מידע ומסמכים נוספים, ברי כי קיים סיכוי רב שממילא ידרוש המשיב מהפונה לצרף את כל המסמכים שיופיעו בכתב התביעה. בנוסף, ממילא מחייבות תקנות גל את בעלי הדין בגילוי מסמכים אוטומטי כחלק מהגשת כתבי התביעה וההגנה.⁷¹ ניסוחה הנוכחי של תקנה 7 עלול לאפשר לבעלי דין מתוחכמים למשוך את השלב המקדמי ולהקשות על הצד שכנגד לקדם את בירור המחלוקת, מבלי שיהיה בכך כדי לתרום בהכרח לחידוד תמונת המידע שבידי בעלי הדין באופן שיש בו כדי לקדם פשרה. כדי למונע התמשכות הליכים סביב גילוי מסמכים נוספים, ראוי ללטש את ניסוחה של תקנה 7 באופן שייכלל במכתב הדרישה כל מסמך מהותי וכל מסמך שבכוונת הפונה לכלול בכתב התביעה. תקנה 8, שעניינה אופן תשובתו של נתבע פוטנציאלי, עלולה בנוסחה הנוכחי להעמיד את הפונה ואת הצד שכנגד במצב א-סימטרי. תקנה 8 מסדירה את אופן תשובתו של הנתבע הפוטנציאלי למכתב הדרישה. הצד שכנגד נדרש להשיב במכתב תשובה שיכלול "התייחסות מפורטת לעובדות, לטענות שהעלה הפונה במכתב הדרישה ולסעדים המבוקשים על ידו, לרבות טענות סף, ציון מפורש של העניינים השנויים במחלוקת וכן מסמכים רלבנטיים המבססים את טענותיו". התקנה קובעת כי אם נחוץ "מידע חיוני" לצד שכנגד לשם גיבוש התשובה לרבות "מסמכים מהותיים נוספים" הנחוצים לשם כתיבת המכתב האמור, "רשאי הוא לפנות לפונה בדרישה להמצאתו; הפונה ישיב לדרישה בתוך ארבעה עשר יום מיום שהומצאה לו או יפרט מדוע אין להיענות לדרישה כאמור". התקנה קובעת עוד כי מסגרת הזמנים למתן מכתב התשובה תהיה "ארבעה עשר יום מיום שהומצא מכתב הדרישה לצד שכנגד או מיום שקיבל לידיו מידע נוסף, לפי המאוחר, זולת אם אישר הפונה לצד שכנגד להשיב בתוך פרק זמן ארוך יותר".

מנוסח התקנה עולה כי הפונה מתבסס בפנייתו על מידע המצוי בידיו מבלי שהתקנות מקנות לו כלים לקבלת מידע מהצד שכנגד קודם לשליחת מכתב הדרישה. לעומת זאת הצד שכנגד רשאי לבקש מידע מהפונה ואף לדרוש ממנו מסמכים מהותיים נוספים על אלה שלא נכללו במכתב הדרישה. התנאי שהתקנה מעמידה כחסם בפני העלאת דרישות מידע מופרזות מצד המשיב הוא כי המידע "חיוני" למתן התשובה, וכי המסמכים הנדרשים הם "מהותיים". מצב זה מעניק למשיב כלים לעכב את תשובתו כמניפולציה בטענה שנחוצים לו מסמכים ומידע מהפונה. כמו כן מתדיינים מתוחכמים המבקשים להימנע מפשרה ולהתיש את היריב עלולים לנצל את עמימות הביטוי "חיוני" לצורך התכתשות דיונית בשלב מקדמי זה. בצדו האחר של המטבע, חשיפת המידע שהצד שכנגד נדרש לה במכתב התשובה אינה זהה לחלוטין לחשיפת המידע הנדרשת מהפונה. כך, הצד המשיב נדרש לצרף לתשובתו אך ורק מסמכים "רלוונטיים", אך אין הוא נדרש לספק את כל המסמכים המהותיים שבידיו. פער זה עשוי אף הוא להביא לחשיפה לא מלאה של מידע ומסמכים בין הצדדים, להרחיק פשרה ולהרבות התדיינויות מוקדמות.

כדי להימנע ממכתבי דרישת מסמכים חוזרים ונשנים, על התקנות לקבוע כי המשיב למכתב דרישה יכלול במכתבו הודאה בעובדות שאינו חולק עליהן. דרישה להודאה כזו

הנוגעים לעניינים השנויים במחלוקת, המצויים או שהיו מצויים ברשותו או בשליטתו של בעל הדין ושאותרו על ידו לאחר חקירה ודרישה".

71 תק' 20(ב) שם.

משתמעת מהדרישה בתקנה 9 לתקנות גל, המחייבת את הצדדים ללבן את הסוגיות שנותרו שנויות במחלוקת, אך ראוי לחייב את המשיב לכלול הודאה כזו במפורש.

נתבעים מחוץ לתחום המדינה

המודל המוצע בתקנות גל מעורר קושי בנוגע לנתבעים השוהים מחוץ לתחומי ישראל. תקנות גל עלולות לאפשר לתובע הפוטנציאלי לרכוש בקלות סמכות בין-לאומית נגד נתבע זר, אך למציאות שכזו עלולה להיות השפעה מצננת על הנכונות של נתבעים זרים לקיים את ההליך המקדמי. נסביר: תנאי מסירת מכתב הדרישה בתקנות גל רכים בהרבה מתנאי ההמצאה הרגילים של כתב תביעה.⁷² לפיכך, לכאורה, אין מניעה למסור את מכתב הדרישה באמצעות דואר אלקטרוני (דוא"ל) אף לנתבע השוהה מחוץ לתחום המדינה. כל שתקנה 7 לתקנות גל דורשת הוא כי הפונה "יודא את קבלתו" של מכתב הדרישה. מרגע זה ואילך מחויב הנמען לקיים את ההליך, שאם לא כן יהא הפונה רשאי להגיש את כתב התביעה נגדו.⁷³ ניטול לדוגמה נתבע זר אשר קיבל בדוא"ל את מכתב הדרישה, אישר את קבלתו ואף ניהל עם הפונה הליך PAP כנדרש באמצעות התכתבות דוא"ל, אשר לא הוביל את הצדדים ליישוב הסכסוך. עתה נדרש התובע להמציא את כתב התביעה לנתבע הזר, בחו"ל. החשש הוא כי הליך PAP ייחשב לידיעה של הנתבע על אודות כתב התביעה שהוגש נגדו.

בתקנות סד"א במתכונתן הנוכחית מחויב מי שמבקש לתבוע נתבע המצוי מחוץ לתחום המדינה לבקש היתר המצאה מחוץ לתחום ולעמוד בתנאי תקנה 500 לתקנות סד"א. במצב זהיום השתרשה תפיסה שלפיה בנסיבות מסוימות – אם כי נדירות – הכירה הפסיקה בכלל הידיעה ואף העדיפה אותו על פני כלל ההמצאה, דהיינו ידיעת הנתבע כי הוגשה נגדו תביעה תיחשב תחליף להמצאה כדין.⁷⁴ תקנות גל מרחיבות גישה זו. תקנה 56(ב) לתקנות גל קובעת כי "הנמען ייחשב כמי שידוע את תוכנו של מסמך אם הוא הומצא לו בהתאם לתקנות אלה או אם הוכח כי הוא יודע את מלוא תוכנו בדרך סבירה אחרת". מכאן שתובע יוכל לטעון כי בית המשפט מוסמך להטיל את מרותו על נתבע אשר קיים הליך PAP כדבעי, או אף על נתבע אשר קיבל מכתב פנייה אשר צורף לו עותק של כתב התביעה העתידי. בהיעדר הבהרה בתקנות גל כי אין לראות בהליך PAP משום המצאה או חלופה להמצאה עלולים נמענים של מכתבי דרישה שלא להשיב עליהם כדי שלא ייתפסו כמי שהסכימו למרותו של בית המשפט בישראל. זוהי תוצאה לא רצויה, שעלולה, בין היתר, להביא תובעים להוציא הוצאות בשלב המקדמי מבלי שתהיה מובטחת להם היכולת לממש את זכות התביעה.

טענות סף

72 תק' 60 לתקנות גל.

73 תק' 11 שם.

74 ראו לדוגמה ת"א (מחוזי מרכז) 28840-11-09 Spin Master Ltd נ' אל שריכא אל יקוביאי (פורסם בנבו, 26.10.2010); ע"א 1560/07 מינהל מקרקעי ישראל נ' עובון עסאף, פס' 3-4 (פורסם בנבו, 20.1.2010).

בעיה נוספת מתעוררת אם נתבע זר שקיבל מכתב דרישה לקראת תביעה בישראל מעוניין לטעון כי בית המשפט הישראלי נעדר סמכות בין-לאומית לדון בסכסוך.⁷⁵ יש חשש כי הליך PAP שינוהל בין הצדדים לא יתמקד במהות הסכסוך, שכן בשלב הטרומי ימקד הנתבע את טיעוניו אך ורק בהיעדר סמכות בין-לאומית.⁷⁶ במקרים כאלה לא יהיה מנוס מהזזת הליך ה-PAP לשלב מאוחר יותר, לאחר ההכרעה בסוגיית הסמכות הבין-לאומית, דבר שיש בו כדי לסבך את ההליכים המקדמיים ואין בו כדי לקדם פשרה. בעיה זו תתעורר אף במקרים אחרים שבהם תועלה טענה מקדמית שמטרתה להביא לסילוק התביעה על הסף ללא דיון מהותי, כגון טענת התיישנות. אף במקרים אלה אין מנוס מהכרעה שיפוטית בטענה המקדמית והפניית הצדדים לקיום הליך PAP לאחריה, אם הטענה המקדמית תידחה.

הידברות בין הצדדים

תקנה 9 לתקנות גל מחייבת את הצדדים להידבר. לכאורה, יש בתקנה כזו כדי לקדם פשרה. דא עקא שהתקנה אינה עוסקת כלל באופן ההידברות אלא בנושאי ההידברות. היא אף אינה קובעת סטנדרטים שלאורם ינהלו הצדדים הידברות זו. מכאן שאין חובה להידבר פנים-אל-פנים. הצדדים רשאים להידבר באמצעות עורכי דינם, בטלפון ואף בהתכתבות. ככל שרמת החשדנות בין הצדדים גבוהה יותר, כך גובר החשש כי הצדדים יעדיפו להידבר בכתב, והדבר עלול להקשות קידום פשרה. המגמה בנוסח התקנות ממילא אינה מניחה את עיקר כובד המשקל על יישוב הסכסוך אלא על ליבון הפלוגתאות. למרות האמור, תקנה 9 כוללת מנגנון חילופי דברים שנועד לעודד את הצדדים לבחון דרכים ליישוב סכסוכים חלופי. התקנה קובעת כי "הפונה יציע את המנגנון הנראה לו מתאים וינמק זאת, ואם לא הסכים הצד שכנגד למנגנון שהציע הפונה, יציע מנגנון חלופי וינמק עמדתו או ייתן טעם מדוע אין מנגנון מתאים בנסיבות העניין". במקרה שיהיה אי אפשר למנוע הליך שיפוט, נדרשים הצדדים לפי תקנה 9 לבחון "לכל הפחות, את האפשרות להסכים על הצעדים שיש לנקוט על מנת לצמצם ולייעל ככל האפשר את ההליך המשפטי, לרבות הקדמה של העמדת נושא חוות הדעת, אדם או חפץ, לבדיקה בידי מומחה מטעם הצד שכנגד או מינוי של מומחה מוסכם". כפי שיובהר בהמשך פרק זה בהתייחס לסוגיית תיעוד ההידברות, הותרת ההידברות לצדדים והיעדר יכולת פיקוח מספקת של בית המשפט על הידברות זו עלולים להביא לכך שההידברות תהפוך לעוד קרדום בידי בעלי הדין להאריך את ההליכים המקדמיים מבלי שיהיה בה כדי לקדם את יישוב הסכסוך מחוץ לבית המשפט. תקנה 10 לתקנות גל עניינה פגישת מהו"ת. עד כה קוימה פגישת המהו"ת לאחר הגשת כתבי הטענות.⁷⁷ כעת מוצע להעביר את פגישת המהו"ת – אם התביעה נופלת בגדרם של

75 לפי תנאי תק' 63 לתקנות גל, אשר ביטלה את הצורך לקבל מבית המשפט היתר המצאה מחוץ לתחום טרם הגשת תביעה נגד נתבע המצוי מחוץ לגבולות ישראל אך הותירה על כנה את החובה לעמוד בקריטריונים זהים בעיקרם לחלופות תק' 500 לתקנות סד"א בכל הקשור להמצאת תביעות כאלה.

76 נעיר כי בעיה זו עלולה להתעורר בכל מקום שבו הנתבע בכוח טוען כי יש בידיו טענות סף חזקות שיש בהן כדי להביא לדחיית התביעה על הסף. במקרה כזה ייטו הנתבעים להימנע מדיון לגופו של הסכסוך, ולא יהיה מנוס מהבאתו לבית המשפט ומהכרעה בטענות הסף, שאחריה יוכל בית המשפט להורות לצדדים לקיים הליך PAP מהותי.

77 תק' 99 לתקנות סד"א.

הסכסוכים שיש לקיים בהם פגישת מהו"ת – לשלב המקדמי, בטרם הוגשו כתבי הטענות. בדברי ההסבר לתקנות גל נכתב כי בהעברת פגישת המהו"ת לשלב זה יש משום חיסכון בזמן שיפוטי.⁷⁸ ראוי לזהות על אודות טיבה של נקודה זו, שהרי ממילא תקנה 99 לתקנות סדר הדין האזרחי מחייבת כיום כי פגישת המהו"ת תתקיים בטרם יובא התיק בפני שופט ולכן היא אינה גוזלת זמן שיפוטי. לחיוב ניתן לטעון כי הסטת פגישת המהו"ת לשלב שלפני הגשת כתבי טענות עשויה לחסוך לבעלי הדין עלויות אשר במקרה של פשרה יתבררו כהוצאה שקועה. בגלל תופעת "הטיית העלות השקועה" עלולים בעלי דין להימנע מפשרה לאחר שגיבשו את כתבי הטענות, ועל כן הקדמת פגישת המהו"ת עשויה להגדיל את הסיכוי לפשרה. מנגד, בהיעדר כתבי טענות מגובשים עלולים בעלי הדין לחוש כי לא ניתן בידם סיפק לגבש את מסגרת הטענות המלאה ולעמוד היטב על מגוון הטענות העובדתיות והמשפטיות שיש בידם לטעון ועל מגוון התשובות האפשריות של הצד שכנגד, והדבר עלול לסכל ניסיון להגיע לפשרה. קשה אפוא לקבוע במובהק אם השינוי המוצע בתקנות גל אכן יגדיל את הסיכוי לקידום פשרות בהליך מהו"ת.

תיעוד

קיים לטעמנו קושי בהיעדר חובת תיעוד של ההידברות בין הצדדים. תקנה 12 לתקנות גל מפקידה בידי בית המשפט את הפיקוח, בדיעבד, על קיומו של הליך PAP תקין. לפי תקנה 12, בית המשפט מוסמך למחוק תביעה שהוגשה מבלי שהפונה קיים את החובה לשלוח מכתב דרישה. סנקציה נוספת בגין אי-קיום הוראות הליך PAP, אף אם קיומו לאחר התערבות בית המשפט, היא הוצאות שיוטלו לאלתר ולא יאוחר משיבת קדם-המשפט האחרונה בתיק. בעניין שיעור ההוצאות נדרש בית המשפט לשקול את חומרת התנהגותו של בעל הדין, את נמרצותו בקיום הוראות ההליך ואת תום לבו וכנותו בקיום ההוראות. תקנה 12(ג) כוללת רשימה של התנהגויות שיש בהן כדי להעיד על פגמים בקיום ההליך מצדו של בעל דין, ובכללם אי-מתן תשובה במועד, אי-גילוי מידע מספיק שהיה על בעל הדין לגלות, פעילות מועטה ביחס למורכבות המחלוקת או פעילות שאינה כנה, אי-הודאה בעובדה, חוסר הוגנות או חוסר נכונות לתקן את ההפרה.

ואולם, כאמור, תקנה 9 העוסקת בהידברות בין הצדדים אינה מחייבת את הצדדים לתעד את השיח ביניהם בכתובים, ואף אם תועד – לא חלה חובה לשמור תיעוד כזה.⁷⁹ לפיכך

78 עמ' 5 לתקנות גל. ראוי לזהות על טיבה של נקודה זו, שהרי ממילא תק' 99 לתקנות סד"א מחייבת כיום כי פגישת המהו"ת תתקיים בטרם יובא התיק בפני שופט. הסטת פגישת המהו"ת לשלב שלפני הגשת כתבי טענות עשויה לחסוך לבעלי הדין עלויות אשר במקרה של פשרה יתבררו כהוצאה שקועה. בגלל תופעת "הטיית העלות השקועה" עלולים בעלי דין להימנע מפשרה לאחר שגיבשו את כתבי הטענות, ועל כן הקדמת פגישת המהו"ת עשויה להגדיל את הסיכוי לפשרה. לעומת זאת בהיעדר כתבי טענות מגובשים עלולים בעלי הדין לחוש כי לא ניתן בידם סיפק לגבש את מסגרת הטענות המלאה ולעמוד היטב על מגוון הטענות העובדתיות והמשפטיות שיש בידם לטעון ועל מגוון התשובות האפשריות של הצד שכנגד, דבר שעשוי לסכל ניסיון להגיע לפשרה. לא נרחיב מעבר להערה ראשונית זו, שכן היתרונות והחסרונות של הקדמת פגישת המהו"ת חורגים ממסגרת רשימתנו זו.

79 תק' 20(א)(1) מחייבת את בעלי הדין לציין בתצהיר המצורף לכתב טענותיהם את פירוט הפעולות המקדמיות שהם נקטו. תק' 20(ב)(1) מחייבת לצרף את מכתבי הדרישה והתשובה אם בעל הדין האחר

קיים חשש כי בית המשפט לא יוכל לעמוד בוודאות על קיומם של רכיבי תקנה 9 לתקנות גל: כיצד ניסו הצדדים לנסח את הפלוגתאות ביניהם? מה היו ההצעות ליישוב הסכסוך בדרכים חלופיות? מדוע כשלו? בהיעדר תיעוד עלול בית המשפט להשחית זמן רב בבירור אם הצדדים קיימו כנדרש את ההליך הטרומי או בשאלה מדוע לא התקיים, מי נושא באחריות לכך, ועל מי יש להטיל סנקציות, וכך תחת החיסכון והיעילות המבוקשים תבוא התדיינות נוספת שרק תאריך את ההליך.

הודעת צד שלישי

הליך ה-PAP המוצע אינו מתייחס לצירוף בעלי דין נוספים. למשל, לא ברור כיצד יש לנהוג במקרה שבו הנתבע מבקש לשלוח הודעה לצד שלישי. מחד גיסא צירוף צד שלישי, כגון חברת ביטוח, עשוי לקדם פשרה, ומאידך גיסא צד שלישי בעל משאבים כלכליים עלול להביא לניהולו של הליך מורכב וממושך יותר ולהתנגד לפשרה. תקנה 25(א) לתקנות גל מתירה לנתבע לשלוח הודעת צד שלישי לבעל דין בתובענה "במקרים שבהם הוא זכאי ממנו להשתתפות, לשיפוי או לביצוע פעולה ביחס לסעד הנתבע ממנו או כאשר מתקיים קשר עובדתי או משפטי משותף בסוגיה שבינו ובין הצד השלישי, הכרוכה בנושא התובענה, ומן הראוי לבררה במשותף".⁸⁰ לא ברור אם מעמדו של בעל הדין כצד שלישי מחייב שיג ושיח במסגרת הליך PAP בינו לבין שולח הודעת הצד השלישי. יתרה מכך, לא ברור אם נתבע היודע כי בדעתו לשלוח הודעת צד שלישי לבעל דין אחר מחויב להודיע על כך לבעל הדין האחר כבר בשלב ההליך הטרומי. ברי כי אם יש לנתבע כוונה כזו, שילובו של צד שלישי בחילופי המידע לקראת הדיון יועיל להכנתו המלאה של הבירור ואולי אף לקידומה של פשרה, ועל כן ראוי לפרש את התקנות המוצעות באופן שכוונה לשלוח הודעת צד שלישי לפי תקנה 25(א) תחייב אף היא את הצדדים להידבר במסגרת ההליך הטרומי של בירור הסכסוך.

דא עקא שתקנה 25(ב) לתקנות גל קובעת כי הודעת צד שלישי הנשלחת למי שאינו בעל דין מחייבת את אישורו של בית המשפט. יוצא מכך כי נתבע אינו יכול לדעת בשלב הטרומי אם יותר לו לצרף כצד שלישי מאן דהוא שאינו בעל דין. בנסיבות אלה קיימות שתי אפשרויות: האפשרות האחת היא לחייב את הנתבע לפנות לצד שלישי במסגרת הליך PAP אף אם אינו יודע בוודאות אם יאשר בית המשפט את ההודעה; האפשרות האחרת היא שלא לחייב פנייה כזו. במקרה הראשון עלול הצד השלישי לסרב להשיב לפנייתו של הנתבע הפוטנציאלי לגופו של עניין, שכן צד שלישי עלול להעדיף לטעון טענות סף נגד צירופו להליך. במקרה כזה לא תצמח תועלת רבה מקיומו של הליך PAP בין צדדים אלה, שכן ההליך לא יעסוק במהות הסכסוך. באשר לאפשרות השנייה, שבה לא יחויב הנתבע בפנייה לצד שלישי, קיים חשש כי בית המשפט ייטה שלא להסכים לצירופו של צד שלישי לסכסוך בדרך של הודעת צד שלישי בשלב המשפט. מדוע? משום שבעלי הדין שבפני בית המשפט כבר קיימו ביניהם הליך PAP, ועל כן הכנת הבירור המשפטי של הסכסוך ביניהם כבר

לא צירף אותם. לבד ממסמכים אלה אין חובה לצרף מסמכים אחרים המעידים על אופן השיח שבין הצדדים או על תוכנו.

80 תק' 25(א) לתקנות גל.

הושלמה. מנגד, צירופו של צד שלישי שלא היה חלק בהכנת הדיון צפויה לסבך ולהאריך את ההליכים. אם כך, דווקא נכונותו של נתבע לקיים הליך PAP כדבעי עלולה לגרום שלא יוכל לממש את זכותו הדיונית להודעת צד שלישי.

לטעמנו, עדיפה האפשרות הראשונה, שלפיה תידרש שליחת הודעת צד שלישי אף בהיעדר ודאות באשר לשאלה אם יאשר בית המשפט את צירופו אם וכאשר יובא העניין לבירור משפטי. זאת, על אף הסיכון שנתבע ישלח הודעות כאלה לצדדים שלישיים רבים כדי לסבך ולהאריך את הליך ה-PAP. ראשית כול, קציבת הליך ה-PAP בזמן מפחיתה את החשש מפני גרירת רגליים של הנתבע. שנית, ככל שהצד שלישי ישיב לגופו של עניין יהיה בכך כדי לקדם את מטרות ההליך הטרומי. שלישית, אף אם בית המשפט לא ירשה צירופו של הצד השלישי אין בכך כדי למנוע מהנתבע לתבוע לאחר סיום ההליך את הצד השלישי ישירות, ובמקרה כזה יהיה ניתן לראות בהליך ה-PAP שקיים ביניהם בעבר מילוי החובה בתקנות באופן שפוטר מקיום הליך נוסף.

מהדיון בפרק זה עולה אפוא כי החסרונות והחולשות המוכרים מהליכים דומים בעולם מצויים גם בתקנות גל. ההליך המקדמי המוצע מקדם עלויות רבות יותר לשלב טרומי ואף מתנה את האפשרות להגיע לבירור משפטי בקיומו של שלב זה כדבעי. ככזה, ההליך עלול להקשות על תובעים מעוטי יכולת. אלה עלולים להיעתר להצעות פשרה לא ראויות או לוותר לחלוטין על הגישה לערכאות. מנגד, בעלי דין חזקים עלולים לעשות בהליך המקדמי כבשלהם, בהיעדר פיקוח שיפוטי אפקטיבי בזמן אמת שימנע מניפולציות שכל מטרתן להתיש את היריב הפוטנציאלי ולמנוע ממנו להגיע לבירור משפטי.

מנגד, אחד היתרונות המכוננים הטמון בהליכי PAP – הגדלת ההסתברות לפתרון הסכסוך בדרכים חלופיות – אינו עומד בראש מעייניהן של תקנות גל. אף על פי כן יש להניח כי יישום נכון של ההליך יגדיל את מספר הפשרות בסכסוכים וכן יקל על בית המשפט לפשר בין בעלי דין. לנוכח מחקרים אמפיריים התומכים בתזה שלפיה הליכי PAP מגדילים את הסיכויים לפתרון סכסוכים מחוץ לכותלי בית המשפט,⁸¹ אנו סבורים כי השימוש בהליך הוא מוצדק, אך ראוי להעמיד מטרה זו בראשו או לכל הפחות להעמידה במקום שווה לתכלית הכנת הצדדים לקראת המשפט.

אחד היתרונות הגלומים בהליך מקדמי הוא החשיפה ההדדית של מידע המייצרת משחק "בקלפים פתוחים". היבט זה אמור לסייע במיוחד לתובעים חלשים. לטעמנו, תקנות גל אינן סימטריות ואינן מבטיחות חשיפה מלאה של מסמכים ומידע מצד הנתבע הפוטנציאלי כלפי הפונה. לפיכך המודל המוצע מאפשר לנתבע מתוחכם להערים קשיים על הפונה שעלולים לכרסם כרסום מהותי ביתרון זה של ההליך.

יתרון נוסף המיוחס להליכי PAP הוא שיפור התרבות הדיונית. לכאורה, יש בהליך המוצע בתקנות גל כדי לקדם תכלית זו. עם זאת שינויים משפטיים הם מהירים יחסית, ואילו שינויים תרבותיים אורכים זמן ממושך. יכולתו של המשפט להניע שינוי תרבותי היא סוגיה

81 ראו למשל המחקרים המובאים לעיל בפרק א.3(ב).

שנויה במחלוקת.⁸² אף אם היה ניתן לקבוע בוודאות כי הליך PAP יחולל את השינוי התרבותי המבוקש, הטענה כי מוצדק להערים קשיים על זכות הגישה לערכאות בשם שיפורה של תרבות דיונית, חשובה ונחוצה ככל שתהא, מוקשית בעינינו.

3. מבט לעתיד: שבע המלצות

הליך PAP הוא תוספת דיונית שעשויה לשפר ולייעל את הדיון האזרחי בישראל. עם זאת נדרשת חשיבה נוספת על אודות תצורתו העתידית, כמו גם על אופן ניסוחו. בליטוש התקנות המוצעות ראוי להביא בחשבון שבע נקודות עיקריות:

ראשית כול, יש לתת משקל נכבד יותר לתכלית סיום הסכסוך שלא באמצעות הליך משפטי במסגרת שלב ה-PAP. מנגנון חלופי לפתרון סכסוכים, השלוב בהליך PAP, עשוי לקדם פשרות בהיקף רב יותר ובאיכות גבוהה יותר. המשפט המשווה מלמד כי זוהי תכלית מרכזית להליך הטרומי. לטעמנו תכלית זו היא גם ההצדקה החזקה ביותר לקיומו של ההליך, וככל שיעלה הדבר בידי הצדדים, כן ייטב הן לבתי המשפט הן למתדפקים על שעריהם.

שנית, הטמעה הדרגתית באמצעות "פיילוט"⁸³ ליישום הליך ה-PAP השלכות רוחב לא מעטות ולא צפויות. מוטב לבחון מעשית את השלכות ההליך באמצעות הפעלה אטית וזהירה של הדברים ביחס לתביעות מובחנות, במקומות מובחנים, בדומה לדרך ההטמעה שהופעלה בהליך המהיר (ובאופן העולה בקנה אחד עם הגישה האוסטרלית, המבכרת את אימוץ ההליך באופן שאינו גורף וחובק-כול). בדרך זו יהיה ניתן להעריך גם את מידת שיתוף הפעולה של ציבור עורכי הדין עם החידוש הדיוני האמור (למשל באמצעות פנייה מכוונת או הימנעות מפנייה מכוונת לאותם בתי משפט שבהם מופעל הנוהל ברגיל) וגם את משמעויותיו בעולם המעשה.

שלישית, מומלץ לשקול יצירת מסלולים של הליכים טרומיים המותאמים לסוגי תביעה שונים: תביעות בנושאים שונים, ובין סוגי מתדיינים שונים, יתנהלו טוב יותר אם תצורת ההליך המקדמי תותאם למאפייניהן הייחודיים. דברים אלו אמורים הן לעניין לוח הזמנים שייקבע לצורך ההתנהלות בשלב זה הן לעניין הדרישות המופנות כלפי התובע והנתבע הפוטנציאליים ביחס לחליפת המידע והמסמכים וביחס להסכמות שיש בידם להשיג בשלב זה. במסגרת זו ראוי להנגיש את יישום ההליכים המקדמיים בתביעות שבהן רוב התובעים הם הדיוטות או שחקנים חד-פעמיים (למשל בתביעות נזיקין בערך לא גבוה) באמצעים כגון תבניות מכתבי דרישה.

82 Paul S. Berman, *The Enduring Connections Between Law and Culture: Reviewing Lawrence Rosen, Law as Culture, and Oscar Chase, Law, Culture, and Ritual*, 57 AM. J. COMP. L. 101, 109 (2009).

83 על יתרונות השימוש בניסויים כדי לבחון אפקטיביות של הסדרים חדשניים ראו Zachary J. Gubler, *Experimental Rules*, 55 B.C.L. REV. 129 (2014); Michael Abramowicz, Ian Ayres & Yair Listokin, *Randomizing Law*, 159 U. PENN. L. REV. 929 (2011).

רביעית, פיקוח הדוק יותר של בית המשפט: כדי למזער את יכולת המניפולציה של צדדים חזקים נגד צדדים חלשים מומלץ לאפשר מידה מסוימת של מעורבות שיפוטית, במקרה הצורך, גם בזמן אמת ולא רק לאחר סיום ההליך הטרומי.⁸⁴ חמישית, ובהמשך להמלצה הקודמת, נדרשת הרחבה של ההוראות החלות על ההליך הטרומי בשני מישורים: האחד, סטנדרטים להתנהגות בשלב זה, והשני כללים הנוגעים לתיעוד השיח המקדים. הוראות מהסוג הראשון עשויות לסייע בעקירה מן השורש – או למצער בהסדרה ובפיקוח – של התנהגות בריונית של מי מהצדדים כלפי יריבו. הוראות מהסוג השני יאפשרו לזהות מי נושא באחריות להתנהגות כאמור ויניחו את התשתית לפיקוחו ולהתערבותו של בית המשפט במידת הצורך. שישית, נדרשת חשיבה מחודשת על סוג התביעות שלא ראוי לקיים בהן PAP: למשל, על אפשרות ההחרגה של תביעות שיש בהן חשיבות לממד הזמן והדחיפות (כדוגמת אלו שנדרש בהן תשלום תכופ) יכול שהיא דורשת חשיבה נוספת והרחבה של שורת המקרים שבהם רצוי לוותר על קיומו של הליך זה.⁸⁵ שביעית, נחוץ סנכרון הדוק יותר עם תקנות משיקות, כפי שעולה מהקשיים שעליהם הצבענו בעניין הודעה לצד שלישי ונתבעים מחוץ למדינה.

ד. סוף דבר

תכליתו של מאמר צנוע זה הייתה להעמיק את ההבנה בכל הנוגע להיתכנות יישומו של הליך מקדמי חדש וחשוב בתקנות סדר הדין האזרחי בישראל. על אף היחס האוהד יחסית של כותבי שורות אלה להליך זה, לא באו הדברים על מנת להצדיק את הטמעתו בהליך האזרחי הישראלי אלא על מנת לנתח את מאפייניו, להבהיר את מהותו, ובכך לאפשר חשיבה מושכלת ומודעת על עיגונו. אנו תקווה כי הדברים יאפשרו את ביסוסו של שיח עשיר יותר ואינטואיטיבי פחות שיתרום לחשיבה וליישום הדברים במסגרת תקנות סדר הדין האזרחי החדשות.

84 והשוו לדברי הלורד Woolf, *Civil Justice in the United Kingdom*, לעיל ה"ש 28, בעמ' 710: "Without effective judicial control, however, the adversarial process is likely to encourage an adversarial culture and to degenerate into an environment in which the litigation process is too often seen as a battlefield where no rules apply. In this environment, questions of expense, delay, compromise and fairness may have only low priority. The consequence is that expense is often excessive, disproportionate and unpredictable; and delay is frequently unreasonable"

85 באנגליה סבר Jackson כי לא ראוי לקיים את ההליך הטרומי בתובענות מסחריות (מה שהוא כינה בשם Commercial pre-action protocol). ראו JACKSON, FINAL REPORT, לעיל ה"ש 31, בעמ' 347. לדידנו, אין מניעה לקיים את ההליך בתביעות מסוג זה, בכפוף לדברים האמורים ולפי הליטושים המוצעים.