

רפורמה בהוצאות משפט בהליך האזרחי – מתווה לדיון

מאת

אלון קלמנט*

הרפורמה המוצעת בתקנות סדר הדין האזרחי, אשר מבטיחה לחולל מהפכות בתחומים שונים של ההליך האזרחי, משמרת במידה רבה את הדין הנוהג באשר לפסיקת הוצאות משפט. מאמר זה מציג מתווה רחב לרפורמה בכללי פסיקת הוצאות, המבוסס על ארבעה עקרונות יסודיים: 1. הבניית שיקול הדעת של בית המשפט בהחלטה אם לפסוק הוצאות משפט, ובקביעת שיעור ההוצאות שייפסקו; 2. פסיקת ההוצאות בשיעורים או בסכומים קבועים מראש, שיהיו בלתי תלויים בסכומים שהצדדים הוציאו למעשה בהליך מחד, אולם יהיו שווים בממוצע לעלויות בכל סוג הליך (בתלות בשלב שבו הוא נמצא), מאידך; 3. הרחבת "ארסנל" הכללים של פסיקת ההוצאות, לרבות הוצאות בבקשות ובהליכי ביניים והוצאות המותנות בכתבי הטענות ובהצעות פשרה של הצדדים; 4. התאמתם של כללי פסיקת ההוצאות להליך וקביעה מפורשת שהצדדים יכולים להתנות על כללי פסיקת ההוצאות לא רק לאחר פרוץ הסכסוך אלא אף לפניו.

מבוא. א. כללי פסיקת ההוצאות הנוהגים כיום והכללים המוצעים בתקנות החדשות. 1. כללי פסיקת ההוצאות הקבועים בתקנות סדר הדין האזרחי ובפסיקת בית המשפט העליון; 2. פסיקת הוצאות – הפרקטיקה הנוהגת בבתי המשפט; 3. המאפיינים של פסיקת ההוצאות הנוהגת כיום בבתי המשפט; 4. כללי פסיקת הוצאות המוצעים בתקנות החדשות; ב. הבעייתיות המובנית בקביעת כללים אופטימליים לפסיקת הוצאות. ג. מתווה מוצע לכללי פסיקת הוצאות בהליך האזרחי. 1. הבניית שיקול הדעת של בית המשפט בפסיקת הוצאות; 2. פסיקת הוצאות ראליות אולם בלתי מותנות בהוצאות שהוצאו למעשה; 3. הרחבת מסגרת הכללים לפסיקת הוצאות; 4. כללי פסיקת הוצאות מותנים בסוג ההליך או בהסכמת הצדדים מראש; סיכום.

מבוא

הרפורמה המוצעת בתקנות סדר הדין האזרחי מכוונת, על פי האמור בדברי ההסבר, להביא להליך משפטי ראוי והוגן, שיאפשר להגיע לתוצאה נכונה וצודקת, ביעילות מרבית. במסגרת זו מוצע להחליף את כל תקנות סדר הדין האזרחי בתקנות חדשות, מעטות יותר במספר, אשר כוללות הסדרים חדשים ומבטלות הסדרים קיימים. הצעת הרפורמה יוצרת מצע לדיון בשאלות רבות הנוגעות לנחיצותה, לעלויות הכרוכות ביישומה ולאופן שבו השינויים שהיא מחוללת יקדמו את מטרותיה או יפגעו בהן. דיון כזה, מטבעו, מתמקד בשינויים שהרפורמה מבקשת לעשות.

* אוניברסיטת תל-אביב, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן. אני מודה לרות רונן ולחברי מערכת משפטים על אתר על הערותיהם המצוינות, ולדרור שריג על עזרתה המעולה במחקר.

מאמר זה דן בתחום שבו הרפורמה המוצעת אינה משנה את הכללים מן היסוד – פסיקת הוצאות משפט. התקנות המוצעות משמרות במידה רבה את הדין על פי התקנות הקיימות ואינן משנות שינוי ניכר את האופן שבו הוצאות משפט נפסקות בבתי המשפט בפועל. מאחר שהדין ברפורמה נוטה להתמקד בשינויים שהיא מבקשת ליישם, כללי פסיקת ההוצאות הקבועים בה עלולים לעבור ללא בחינה ביקורתית. ההנחה עלולה להיות שמה שאינו משתנה ברפורמה ממילא אינו דורש בחינה וביקורת.

אולם הנחה זו מוטעית. יתרון חשוב של הרפורמה המוצעת הוא בהודמנות שהיא מציעה – לבחון מחדש מושכלות יסוד וכללים נוהגים. במובן זה, בחירתם של מציעי הרפורמה שלא לעשות שינוי ניכר בתחום פסיקת ההוצאות אינה שונה מבחירתם לערוך שינויים בתחומים אחרים. זו כמו זו צריכות להיבחן בעין ביקורתית.

מאמר זה מציע מתווה לכללי פסיקת הוצאות המבוסס על ארבעה עקרונות יסודיים: הראשון, הבניית שיקול הדעת של בית המשפט בהחלטה אם לפסוק הוצאות משפט, ובקביעת שיעור ההוצאות שייפסקו; השני, פסיקת ההוצאות בשיעורים או בסכומים קבועים מראש, שיהיו בלתי תלויים בסכומים שהצדדים הוציאו למעשה בהליך מחד, אולם יהיו שווים בממוצע לעלויות בכל סוג הליך (בתלות בשלב שבו הוא נמצא), מאידך; השלישי, הרחבת "ארסנל" הכללים של פסיקת ההוצאות, לרבות הוצאות בהליכי ביניים והוצאות המותנות בכתבי הטענות ובהצעות פשרה של הצדדים; הרביעי, התאמתם של כללי פסיקת ההוצאות להליך וקביעה מפורשת שהצדדים יכולים להתנות על כללי פסיקת ההוצאות לא רק לאחר פרוץ הסכסוך אלא אף לפניו.

המאמר אינו מתיימר למצות את הדיון בנושא פסיקת ההוצאות. מאחר שהליך גיבושה של הרפורמה המוצעת לא היה הליך ציבורי ושקוף, ומאחר שהצעת הרפורמה אינה מציגה את השיקולים שהנחו את מציעה לבחור בהסדר פסיקת ההוצאות שנבחר, יש צורך לייצר תשתית לדיון, שאני מקווה שיערך. המאמר הוא אפוא נקודת פתיחה לדיון כזה, ולא סיכמו.¹

המאמר ממשיך כדלקמן: פרק 1 סוקר את כללי פסיקת ההוצאות הנוהגים כיום ואת הכללים המוצעים במסגרת הרפורמה; פרק 2 מציג את הבעייתיות המובנית בקביעת הכללים של פסיקת הוצאות אופטימליים ומגדיר את מטרותיו של המאמר; פרק 3 משרטט את המתווה המוצע לכללי פסיקת הוצאות; הפרק האחרון מסכם בקצרה.

1 באופן מפתיע, נושא ההוצאות כמעט שלא זכה לבחינה תאורטית מעמיקה בספרות המשפטית בעברית. ראו שלו גנוסר "מיטרד ליריב – נגישה, קנטור וטרדנות בהליכי משפט" משפטים ב 221 (1970); חמי בן-נון וטל חבקין הערעור האזרחי 352–364 (מהדורה שלישית, 2012); יששכר רוזן-צבי ההליך האזרחי 145–153 (2015). כמה מחקרים אמפיריים בחנו את פסיקת ההוצאות במערכת המשפט, ואליהם אני מתייחס בהרחבה, בפרק א.2. להלן. כמו כן יש כמה מחקרים אמפיריים שבחנו את פסיקת ההוצאות בבתי משפט ספציפיים: שמואל בכר ואבישי קליין "פרדוקס הייצוג והכוח בבית המשפט לתביעות קטנות? על תביעות ביטוח, פערי כוחות וכף רגלו של השופט" הפרקליט נ 327 (2010); ענבר לוי ונדיב מרדכי "פסיקת הוצאות לעותרים הציבוריים בבג"ץ: האם כל השערים ננעלו?" משפטים על אתר ו 35 (2013); ארו בוקאי "ערעורי מס – סיכוי קבלת הערעור ופסיקת הוצאות משפט" מיסים כט/א-69 (2015).

א. כללי פסיקת ההוצאות הנוהגים כיום והכללים המוצעים בתקנות החדשות

כללי פסיקת ההוצאות הנוהגים על פי תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984 (להלן תקנות סדר הדין האזרחי או התקנות) מקנים שיקול דעת רחב לבית המשפט בפסיקת ההוצאות. לפיכך, כדי לעמוד על הדין הנוהג יש לתאר הן את הוראות התקנות הן את יישומן בפרקטיקה הנוהגת בבתי המשפט. לאחר מכן מתוארים השינויים שמשנה טיוטת תקנות סדר הדין האזרחי התשע"ה–2014 (להלן התקנות המוצעות) את הדין הנוהג.

1. כללי פסיקת ההוצאות הקבועים בתקנות סדר הדין האזרחי ובפסיקת בית המשפט העליון

נושא פסיקת ההוצאות בהליכים האזרחיים מוסדר בפרק ל"ד לתקנות. תקנה 511 מעניקה לבית המשפט שיקול דעת רחב בשאלה אם לפסוק הוצאות, ותקנה 512 מגדירה את מסגרת שיקול דעתו בקביעת סכומן של הוצאות אלו. אף שהתקנות אינן קובעות זאת מפורשות, הכלל הנוהג בפסיקת בתי המשפט הוא שההוצאות נפסקות לזכותו של בעל הדין שזכה בתביעה.²

(א) מסגרת שיקול הדעת של בית המשפט בפסיקת הוצאות

תקנה 512(ב) מונה, בין היתר, שיקולים שבית המשפט יכול להביאם בחשבון בפסיקת ההוצאות, לרבות שווי הסעד השנוי במחלוקת, שווי הסעד שנפסק בבית המשפט וכן הדרך שבה ניהלו בעלי הדין את הדיון. התקנה מאפשרת לבית המשפט להבחין בין הוצאות של שכר טרחת עורך הדין ובין הוצאות המשפט, אך הוא יכול להתייחס אליהם גם במשותף.³ לעניין שיעור שכר הטרחה קובעת תקנה 512(א) כי סכומו לא יפחת מהתעריף המינימלי המומלץ בכללי לשכת עורכי הדין (התעריף המינימלי המומלץ), התש"ס–2000, אלא אם

2 אורי גורן סוגיות בסדר הדין האזרחי 719–727 (מהדורה אחת עשרה, 2013); צבי זילברטל "הוצאות לטובת המדינה" משפטים טו 389, 392 (1985).

3 אם כי ראו ע"א 9535/04 סיעת "ביאליק 10" נ' סיעת "יש עתיד לביאליק", פ"ד ס(1) 391, פס' 9 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס (2005): "אי-הקפדה על ההבחנה בין הוצאות משפט לבין שכר טרחת עורך דין גורמת לתקלות, משום שקשה לדעת לאיזה חלק מן הסכום יצורף מע"מ [...] כדי למנוע תקלה ראוי שלא לעשות שימוש במונח "כולל" ביחד עם פסיקה של הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין"; ראו גם דו"ח הוועדה לבחינת דרכי ייעול ההליכים המשפטיים בראשות כבוד השופטת רות רונן (2008) (להלן: דו"ח ועדת רונן). ועדת רונן התייחסה גם היא לצורך בהבחנה בין הוצאות משפט לבין שכר טרחת עורך דין, והוצע כי תקנות סדר הדין האזרחי ישונו באופן שהן ישקפו את ההבחנה בין הוצאות משפט לבין שכר טרחת עורך הדין. הוועדה הציעה לשנות את המושגים באופן שבכל מקום שכתוב בו "הוצאות משפט" או "הוצאות הליך", ישונה המונח ל"הוצאות", וכך תיווצר התאמה בין המונח לבין הגדרת "הוצאות" שבתק' 511. כמו כן המונח "שכר טרחה" יובחן לפי ההגדרה שבתק' 511. ראו ס' 32 ו-34 בנספח ט' שם – "הצעה לתיקון תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984 בנושא הוצאות משפט".

הוחלט על פסיקת סכום נמוך יותר מטעמים מיוחדים.⁴ לעניין הוצאות משפט קובעת תקנה 513 את הפרטים שייכללו בחישוב ההוצאות כאשר בית המשפט הטיל הוצאות מבלי לפרש את סכומן.⁵

מלבד השיקולים המנויים בתקנות לשם קביעת שיעור הוצאות המשפט קבע בית המשפט העליון בעניין ביאליק 10 שיקולים נוספים שבהם רשאי בית המשפט להתחשב, כגון אופייה של התובענה ומידת מורכבותה, הסעד המבוקש והיחס שבינו לבין הסעד שנפסק, היקף העבודה שהשקיע בעל הדין, שיעורו של שכר טרחת עורך הדין ששילם בעל הדין והתנהגות בעל הדין בדיון.⁶ בעניין תנובה נקבע כי על בית המשפט לפסוק הוצאות משפט ראליות וסבירות באופן שלא יביא לפגיעה בזכות הגישה לערכאות או להרתעת יתר מהגשת תביעות.⁷ בעניין לואר נקבע כי השיקולים שבבסיס פסיקתן של הוצאות משפט ראליות לבעל הדין הם מניעת נזק כלכלי לבעל הדין המנצח בדיון, הרתעת תובעים פוטנציאליים מהגשת תביעות סרק וכן הפחתת תמריץ בעל הדין הנתבע מהתגוננות נגד תביעות מוצדקות. למרות זאת הדגיש בית המשפט כי על שיעור הוצאות המשפט הראלי להיות סביר, מידתי והכרחי לדיון.⁸ בעניין כץ נקבע כי לעתים נמנעים בתי המשפט מלפסוק

4 כללי לשכת עורכי הדין (התעריף המינימלי המומלץ), התש"ס-2000. התעריף המומלץ אינו מחייב ביחסים בין עורכי הדין ללקוחותיהם. התעריף המינימלי המומלץ בתביעות כספיות נקבע רגרסיבית כאחוז מסכום התביעה, בין 10% ל-15%. בתביעות נזיקין ובתביעות אזרחיות ששכרן תלוי בתוצאות המשפט התעריף נקבע רגרסיבית כאחוז מהסכום הנפסק, בין 10% ל-15%. באשר לתביעות לפי חוק פיזויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, נקבע בחוק ובתקנותיו תעריף מרבי לשכר הטרחה בשיעור של 13% מהסכום הנפסק אם התיק הסתיים בפסק דין, 11% בתיק שהסתיים בפשרה לאחר הגשת התביעה, ו-8% אם התביעה טופלה מחוץ לבית המשפט; עד שנת 1997 נדרש בית המשפט רק לטעמים שירשמו כדי לפסוק סכום נמוך מהתעריף המינימלי. בשנת 1997 תוקנה תק' 512(א) ובית המשפט נדרש ל"טעמים מיוחדים" לפסיקת סכום נמוך יותר כאמור. ראו ס' 32 בתקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 2), התשנ"ז-1997, ק"ת 5855.

5 אם כי ראו לעניין זה ע"א 1593/11 ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות עובדים עבריים בישראל בע"מ נ' דירות נ. שקד בע"מ (פורסם בנבו, 7.8.2013), שם נקבע כי ראוי שהשופט הנותן את פסק הדין ישום את ההוצאות בעצמו, שכן הוא בקיא בפרטי פסק הדין, והוא שיכול להחליט איזו מההוצאות הייתה מוצדקת. השופט עמית אף הרחיק וקבע: "אני סבור כי מן הראוי שועדת סדר הדין האזרחי תיתן דעתה לסוגיה זו ותעשה לתיקון התקנות, באופן שישלול את האפשרות להעביר לרשם את המטלה של שומת הוצאות, להוציא מקרים חריגים" (פס' 9 לפסק הדין).

6 עניין ביאליק 10, לעיל ה"ש 3, פס' 3 לפסק דינו של השופט גרוניס.

7 בג"ץ 891/05 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' הרשות המוסמכת למתן רישיונות יבוא-משרד התעשייה, המסחר, פס' 19-20 לפסק דינו של הרשם מרזל (פורסם בנבו, 30.6.2005). ראו גם רע"א 3788/06 יפת נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פס' 18 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 19.1.2012): "השתת שכר טרחת עורכי דין על מבקשים אלה, בשיעור של 25,000 ש"ח בצירוף מע"מ, בערעור על הליך ביניים, מכבידה בנסיבות, ועלולה לנעול בפניהם למעשה את זכות הגישה שלהם לערכאות".

8 רע"א 6793/08 לואר בע"מ נ' משולם לוינשטיין הנדסה וקבלנות בע"מ, פס' 19-20 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 28.6.2009); רע"א 1133/14 IATA INTERNATIONAL AIR TRANSPORT נ' שורץ, פס' 5 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 24.4.2014); ע"א 2617/00 מחצבות כנרת (שותפות מוגבלת) נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה, נצרת עילית, פס'

הוצאות לזוכה בשל נסיבות הכרוכות בצדדים, בשל שיקולים שלפנים משורת הדין, ובהתחשב בתחושת הצדק שלהם.⁹

(ב) שיעור ההוצאות הנפסקות – האם מכסה את מלוא הוצאותיו של הזוכה?

למרות פסיקת בית המשפט בעניין תנובה,¹⁰ במרבית המקרים שיעור הוצאות המשפט שפוסק בית המשפט אינו משקף את שיעור ההוצאות שהוציא בעל הדין בפועל.¹¹ הצדדים אינם מחויבים להציג בפני בית המשפט את ההוצאות שהוציאו במהלך הדיון, ולכן כאשר אינם מציגים הוצאות אלה, אין בפני בית המשפט המידע הנדרש כדי לקבוע את ההוצאות שהוצאו למעשה. בשנת 2002 הוציא נשיא בית המשפט העליון דאז אהרן ברק נוהל בדבר פסיקתו של שכר טרחת עורך הדין. לפי הנוהל, בית המשפט רשאי להתחשב, בעת קביעת שיעורו של שכר הטרחה, בהסכם שכר הטרחה שנקבע בין בעל הדין לבין עורך דינו, המוצג כראיה לבית המשפט. עם זאת הנוהל הדגיש כי הגשת ההסכם, אם קיים, אינה בגדר חובה, וכן כי בית המשפט אינו מחויב להביאו בחשבון בעת קביעת שיעור שכר הטרחה.¹² בשנת 2010 הוחלף נוהל זה בנוהל מטעמה של נשיאת בית המשפט העליון דאז דורית ביניש, אשר קבע כי בעל דין רשאי להגיש לבית המשפט את ההסכם שכר הטרחה שערך עם עורך דינו וכן תיעוד בדבר תשלום בפועל, כי על שכר הטרחה שייפסק להיות ריאלי (שהוצא בפועל), אולם זאת בתנאי ששכר הטרחה הזה הוא הכרחי, מידתי וסביר בנסיבות העניין.¹³

- 19–22 לפסק דינו של הרשם מרזל (פורסם בנבו, 30.6.2005); ע"א 4630/06 שפר נ' תרבות לעם (1995) בע"מ, פס"ד 4 לפסק דינה של הרשמת בנמלך (פורסם בנבו, 11.6.2013).
- 9 רע"א 6568/05 כץ נ' כץ, פס"ד ג(3) לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 17.8.2005). באותו עניין לא נפסקו הוצאות משום שהיה מדובר בסכסוך משפחתי. על שיקול זה חזר בית המשפט בפסקי דין נוספים, ראו למשל ע"א 119/05 חליפה נ' מדינת ישראל, פס"ד 48 לפסק דינה של השופטת ברלינר (פורסם בנבו, 10.9.2006); ע"א 9833/09 כהן נ' מדינת ישראל, פס"ד 47 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 25.8.2013). עם זאת ברע"א 6894/14 חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית, פס"ד 4 לפסק דינו של השופט זילברטל (פורסם בנבו, 24.12.2014), העיר השופט כי על בתי המשפט לפרט את הנימוקים שבבסיס החלטתם בעת סטייה מן הכלל הנוהג בפסיקת הוצאות לטובת הצד הזוכה, ולו בקיצור נמרץ. הערה זו מתיישבת עם תק' 158(ד) לטיוטת תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ה–2014 (להלן: התקנות המוצעות) המחייבת את בית המשפט לפרט את שיקוליו בעת פסיקת ההוצאות.
- 10 עניין תנובה, לעיל ה"ש 7.
- 11 בעניין זה ראו ע"א 3454/11 בלאל נ' אביטל (פורסם בנבו, 11.10.2011), שם נקבע שלאור תק' 512(ג) לתקסד"א בית המשפט אינו רשאי להוסיף מע"מ על שכר הטרחה שהוא פוסק בתביעות פיצויים לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים. השופט פוגלמן מזכיר בפסק דינו כי ייתכן שההוצאות שייפסקו לטובת בעל הדין לא יכללו מע"מ אף שעורך הדין שמייצג אותו גובה את שכר טרחתו בתוספת מע"מ, ובעל הדין ייאלץ אז לשאת בפער שנוצר (פס"ד 7 לפסק דינו של השופט פוגלמן). יש לציין שתק' 512 שונתה לאחר פסק הדין. ראו תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 8), התשע"ב–2012, ק"ת 7163. ראו גם בן-נרן וחבקין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 357–358.
- 12 נוהל נשיא בית המשפט העליון 1-98 "קביעת שכר טרחת עורך דין" (17.11.2002).
- 13 נוהל נשיאת בית המשפט העליון 1-10 "ייצוג ושכר טרחה" (1.11.2010). לפסקי הדין המתייחסים לנוהל זה ראו למשל עת"מ 38724-06-14 קיבוץ מעגן מיכאל נ' משרד המשפטים/רשם העמותות (פורסם בנבו, 6.11.2014); תא"מ 29162-04-14 ג'בארין נ' מז"מ טכנולוגיות בע"מ (פורסם בנבו, 30.10.2014).

(ג) כללי פסיקת הוצאות נוספים

נוסף על פסיקת הוצאות לטובת הזוכה בהליך מאפשרת תקנה 514 לבית המשפט להטיל הוצאות משפט על בעל דין שהאריך את הדיון שלא לצורך, בטענות סרק או בכל דרך אחרת, בשיעור שימצא לנכון, לטובת בעל הדין שכנגד או לטובת אוצר המדינה.¹⁴ כמו כן, כללי פסיקת ההוצאות הנוהגים כיום מאפשרים לבית המשפט לפסוק הוצאות בהליכי ביניים, מכוח תקנה 511, המאפשרת הטלת הוצאות "בתום הדיון בכל הליך..."¹⁵. עם זאת, השימוש בכלי זה נעשה במשורה, על פי שיקול דעתו של בית המשפט.

כמו כן בתקנות סדר הדין האזרחי פוזרות הוראות שונות בנוגע לפסיקת הוצאות בהליכים ספציפיים שבחינתן המפורטת חורגת ממסגרת מאמר זה.¹⁶ עם זאת ראוי לציון הוראת תקנה 509, המצויה בפרק ל"ג המאפשר לנתבע לשלם סכום כסף לקופת בית המשפט לסילוק התביעה או חלק מעילותיה. התקנה קובעת כי בית המשפט, בבואו להשתמש בשיקול דעתו בדבר הוצאות, יביא בחשבון הן את העובדה ששולם כסף לקופת בית המשפט, והן את הסכום ששולם. לכאורה היה ניתן להשתמש בהוראה זו כדי להגביל את ההוצאות שנפסקות לטובת תובע לאלו שהוצאו לפני שהופקד סכום כאמור, כאשר החבות הנקבעת בפסק הדין נמוכה מהסכום שהופקד. הסדר זה, אילו היה מיושם, היה דומה

14 בתי משפט פוסקים הוצאות לטובת המדינה אף אם אינם מפנים מפורשות להוראות תק' 514. ראו למשל רע"א 2623/14 מיטרי נ' דוברונסקי, פס' 8, 10 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 7.5.2014): "לטעמי, הבקשה שהוגשה על ידי המבקשים לבית משפט קמא, הכוללת תיקוני קולמוס רבים, היא טרדנית כשלעצמה [...] גם הבקשה שבפני מצטיינת בקנטרנות יתרה [...] המבקשים יישאו בהוצאות לטובת אוצר המדינה בסך 5,000 ש"ח; רע"א 646/14 אשטרם חברת קבלנות בע"מ נ' ניו קופל בע"מ, פס' 9 לפסק דינו של השופט זילברטל (פורסם בנבו, 8.5.2014): "חריגה ממשית מעקרון המידתיות עלולה במקרים מסוימים לעלות כדי שימוש לרעה בהליכי משפט ועילה לחיוב בהוצאות, אף לאוצר המדינה, שכן מהלך כאמור גורם לעומס מיותר על מערכת המשפט ולפגיעה באותם מתדיינים המנהלים הליכים לגיטימיים והמתחייבים ליומם בבית המשפט, כשהטיפול בעניינם משתהה ונדחה נוכח הצורך לעסוק בהליכי סרק"; רע"א 3848/12 נגר נ' עידה, פס' 6 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 11.7.2012): "אכן, בתי המשפט נדרשים להתחשב במצבם הכלכלי של בעלי הדין כאשר הם משיתים עליהם הוצאות משפט [...] אך אין משמעות הדבר כי צד שהפרוטה אינה מצויה בכיסו יהיה פטור תמיד מתשלום הוצאות כאלה, במיוחד כאשר מדובר בהליכי סרק". ראו גם בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 360-363.

15 לדין באפשרות זו ראו רע"א 519/08 ח'ורי נ' עוואד, פס' 14-15 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 19.8.2010).

16 כך למשל תק' 99(ג) קובעת כי בית המשפט רשאי לחייב בעל דין אשר לא התייצב לפגישת מהור"ת, בהוצאות המגשר ובהוצאות בעלי הדין שהתייצבו בפגישה, וכן רשאי להביא זאת בחשבון בפסיקתן של הוצאות ההליך בסופו. תק' 214(יא)(ד)(10) קובעת כי בישיבה מקדמית רשאי בית המשפט להטיל הוצאות על בעל דין, לטובת בעל הדין שכנגד או לטובת אוצר המדינה, בשיעור שיראה לנכון, אם הדיון מתעכב שלא לצורך. תק' 152(ב) מקנה לבית המשפט אפשרות לפסוק הוצאות לבעל דין מחמת דחייתו של מועד הדיון. תק' 187(א) מאפשרת לבית המשפט לצוות על תשלום הוצאות שכר עדים ובתוך כך דמי נסיעתו, שכר בטלה ודמי לינה. תק' 131(א) מאפשרת לבית המשפט לקבוע את שכרו והוצאותיו של מומחה ולהטילם על בעלי הדין או חלק מהם. תק' 65 מאפשרת לבית המשפט לדרוש פרטים נוספים ומפורטים יותר לכל עניין הנזכר בכתב טענות או נוגע לו ולהורות על הוצאות הנגזרות מודרישה זו ככל הנראה לו. בדומה לזה מאפשרת תק' 418 לבית המשפט להורות למערער להמציא פרטים נוספים לכל נימוק שבערער ולחייבו בתשלום הוצאות בגין הצורך במסירת פרטים אלה.

למנגנון פסיקת הוצאות המותנה בהצעות פשרה, שאותו אני בוחן בהמשך המאמר. אולם שימוש כזה כמעט שלא נעשה בפסיקה בישראל.¹⁷

2. פסיקת הוצאות – הפרקטיקה הנוהגת בבתי המשפט

בחנינתה של הפרקטיקה הנוהגת בבתי המשפט מעלה כי כלל בררת המחדל הנוהג הוא פסיקת הוצאות נגד המפסיד בתביעה.¹⁸ עם זאת בתי המשפט מיישמים את שיקול הדעת הרחב שניתן להם בשני מישורים – בשאלה אם לפסוק הוצאות לטובת הזוכה ובשאלה כמה הוצאות לפסוק לטובתו, כאשר אלה נפסקות.

בתי המשפט נמנעים מלפסוק הוצאות בשיעור ניכר מהתביעות. במחקר שערכה מחלקת המחקר של הרשות השופטת (להלן "מחקר הרשות השופטת")¹⁹ אשר בחן 2,000 תיקים אזרחיים שנדונו בבתי משפט השלום (1,565 תיקים) ובבתי המשפט המחוזיים כערכאה דיונית (435 תיקים) ונסגרו בין דצמבר 2008 לדצמבר 2011, נמצא כי בקרב סך ההליכים האזרחיים נפסקו הוצאות רק ב-30.7% מהתיקים, וביתר - 69.3% מהתיקים – לא נפסקו הוצאות.²⁰ עוד נמצא כי בהליכים שהסתיימו בפסק דין מנומק²¹ נפסקו הוצאות ב-66.6% מהתיקים.²²

כמו כן המחקר מראה כי החלטותיהם של בתי משפט השלום אם לפסוק הוצאות לטובת הזוכה שונות בין תובעים ונתבעים. שיעור התביעות שהסתיימו בפסק דין מנומק ונפסקו בהן הוצאות לטובת תובע-זוכה היה 70%, לעומת 52% בלבד מהתביעות שבהן זכה הנתבע.²³ בבתי המשפט המחוזיים לא נמצאה מגמה דומה באשר לשאלה אם לפסוק הוצאות.²⁴

- 17 מנגנון זה דומה למנגנון ה-Payment into Court במשפט האנגלי (ראו דיון בתת-פרק ג.3. להלן). להצעה כאמור ראו יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 851-852 (מהדורה שביעית, שלמה לויין עורך, 1995). בתי המשפט השתמשו מעט בתקנה זו. ראו למשל ת"א 12834/04 אליסאן נ' אריה חברה לביטוח בע"מ, פס' 16-19 לפסק דינו של השופט וינוגרד (פורסם בנבו, 1.1.2008); ת"א 9513/05 גייפמן נ' איילון חברה לביטוח בע"מ, פס' 13-16 לפסק דינו של השופט וינוגרד (פורסם בנבו, 4.1.2007).
- 18 גורן, לעיל ה"ש 2; יש מקרים בודדים שבהם נפסקות הוצאות לטובת המפסיד בתביעה. ראו לדוגמה ע"א 35178-09-12 מורגנשטרן נ' תאגיד איסוף מכלי משקה בע"מ, פס' 30 לפסק הדין (פורסם בנבו, 11.2.2013).
- 19 קרן וינשל-מרגל ויפעת טרבלוס "הוצאות משפט בהליכים אזרחיים בישראל" (לא פורסם).
- 20 שם, בעמ' 27, טבלה 1.
- 21 להבדיל מתיקים שהסתיימו בפסק דין בהיעדר הגנה, בפשרה שקיבלה תוקף של פסק דין, בחוסר מעש של התובע או בכך שמשך את תביעתו.
- 22 ראו לעיל ה"ש 20.
- 23 וינשל-מרגל וטרבלוס, לעיל ה"ש 19, בעמ' 30. ראו גם בכר וקליין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 364-365, שם נמצא כי בתי המשפט לתביעות קטנות פוסקים הוצאות לטובת תובעים הזוכים בתביעתם בשיעור גדול בהרבה מאשר פסיקת הוצאות לטובת נתבעים שהתביעה נגדם נדחתה. במחקר אשר בדק 150 תיקים ופסקי דין שנדונו בבתי המשפט לתביעות קטנות שרובן נדונו במהלך שנת 2007, נמצא כי בתיקים שבהם הצדדים הם יחידים, תובע שזכה בתביעתו זכה גם בהוצאות משפט ב-23 מתוך 24 המקרים (96% מהמקרים). לעומת זאת נתבע שזכה בתיק זכה בהוצאות משפט רק ב-12 מתוך 22 המקרים שנבדקו (55% מהמקרים).
- 24 וינשל-מרגל וטרבלוס, לעיל ה"ש 19, בעמ' 34. זאת, להבדיל מהפער הקיים בשיעור פסיקת ההוצאות בין תובע זוכה לנתבע זוכה (ראו דיון להלן).

במחקר אחר, שערכו תאודור איזנברג, טליה פישר ואיסי רוזן-צבי,²⁵ ואשר התבסס על פסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים אשר פורסמו בדינים בשנים 2005–2006, נמצא כי בהחלטתם אם לפסוק הוצאות, בתי המשפט המחוזיים נהגו באופן שמעדיף יחידים על פני תאגידים.²⁶ דפוס זה ניכר בעיקר בתיקים נזיקיים²⁷ ובתיקים שבהם אחד הצדדים היה תאגיד ציבורי.²⁸ לעומת זאת בתיקים אחרים נהגו בתי המשפט באופן שוויוני בפסיקת הוצאות משפט לטובת תובע מנצח או נתבע שהתביעה שכנגדו נדחתה, ונמנעו מפסיקת הוצאות כאמור בכרבע מהתיקים.²⁹

באשר לשיעורו של שכר טרחת עורך הדין שנפסק בבתי המשפט, נמצא כי הסכומים שנפסקים הם נמוכים, וככל הנראה אינם מכסים את שכר הטרחה שמשולם למעשה לעורך הדין. במחקר הרשות השופטת נמצא כי בתיקים שבהם הושתו הוצאות בבית המשפט המחוזי היה סכום ההוצאות החציוני שנפסק בפסקי דין מנומקים לטובת תובע שזכה, 25,000 ש"ח, והסכום החציוני שנפסק לטובת נתבע שזכה היה 20,000 ש"ח (הממוצעים היו 52,781 ש"ח ו-25,040 ש"ח בהתאמה).³⁰ הנתונים במחקר נוסף שערכו איזנברג, פישר, ורוזן-צבי דומים. על פיהם, בבתי המשפט המחוזיים שכר הטרחה החציוני שנפסק לתובעים

25 ראו Theodore Eisenberg, Talia Fisher & Issi Rosen-Zvi, *When Courts Determine Fees in a System with a Loser Pays Norm: Fee Awards and Denials to Winning Plaintiffs and Defendants*, 60 U.C.L.A. L. REV. 1452 (2013).

26 שם, בעמ' 1457. כך למשל נמצא כי בתיקים שבהם התובע המפסיד היה יחיד, ב-29.9% מהמקרים לא נפסקו הוצאות משפט, לעומת 18% מהמקרים שבהם התובע המפסיד היה תאגיד. בתיקים שבהם הנתבע המפסיד היה יחיד, ב-22.7% מהמקרים לא נפסקו הוצאות משפט, ואילו במקרים שבהם הנתבע המפסיד היה תאגיד, רק ב-9.8% מהמקרים לא נפסקו הוצאות. נמצא עוד כי בתיקים אשר הובאו בפני בתי המשפט בידי תובעים יחידים, ב-99% מהמקרים שבהם בעלי הדין שכנגד היו תאגידים, הם נשאו בהוצאות המשפט שלהם. במקרים שבהם נדחו התביעות שכנגד התאגידים הנתבעים, הם נאלצו לשאת בהוצאותיהם ב-52% מהמקרים.

27 שם, בעמ' 1488–1489. נמצא כי בתיקים נזיקיים, 42% מהנתבעים שהתביעה שהוגשה נגדם נדחתה, לא נפסקו לטובתם הוצאות משפט. זאת בהשוואה ל-4% בלבד של תובעים שניצחו בתביעתם, שלא נפסקו לטובתם הוצאות משפט. דפוס זה מצביע על העדפה ברורה של תובעים יחידים, שכן 92% מהתיקים הנזיקיים הוגשו בידי תובעים יחידים. בבחינתן של תביעות שבהן הצדדים לחיך הם יחידים מול תאגיד נמצא כי בתיקים שבהם התובע היחיד ניצח, ב-99% מהמקרים נפסקו הוצאות משפט לטובתו. גם במצבים שבהם ניצח התאגיד הנתבע, היה עליו לשאת בהוצאותיו ב-52% מהתיקים.

28 שם, בעמ' 1489–1490: מתוך 62 התיקים שבהם תובע יחיד זכה בתביעתו נגד תאגיד ציבורי, רק ב-4 תיקים (6.5%) לא נפסקו לטובתו הוצאות משפט. לעומת זאת מתוך 36 תיקים שבהם זכה התאגיד הציבורי מול התובע היחיד, ב-9 תיקים (25%) לא נפסקו הוצאות משפט לטובת התאגיד. עם זאת ראו בוקאי, לעיל ה"ש 1, שם נסקרו פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים תל-אביב, ירושלים, באר שבע, מרכז וחיפה, וכן פסקי דין של בית המשפט העליון, בנושאי מס הכנסה ומע"מ שניתנו בשנים 2012–2014 כפי שפורסמו במאגרי המידע של "מיסים און לייף". נמצא כי פסיקת ההוצאות לטובת המדינה גבוהה מפסיקת ההוצאות לטובת הנישום: פסיקת ההוצאות לטובת המדינה הייתה 28,847 ש"ח בממוצע, לעומת פסיקת ההוצאות לטובת הנישום שהייתה 19,413 ש"ח בממוצע – פער של כ-48%.

29 שם, בעמ' 1490–1491. מתוך כלל התיקים שבהם זכה התובע נמנע בית המשפט מפסיקת הוצאות ב-25.8% מהמקרים. מתוך כלל התיקים שבהם נדחתה התביעה, נמנע בית המשפט מפסיקת הוצאות ב-22.3% מהמקרים.

30 ראו וינשל-מרגל וטרבולוס, לעיל ה"ש 19, בעמ' 34.

הוא 31,000 ש"ח, ושכר הטרחה החציוני לנתבעים הוא 25,000 ש"ח.³¹ שתי מגמות ניכרות בנתונים אלה: ראשית, הסכומים שנפסקים נמוכים מאד והם כ-1% מסכום התביעה המינימלי שבסמכות בית המשפט המחוזי.³² חריגים למגמה זו הם תיקים שבהם לבתי המשפט יש מידע על שיעור שכר הטרחה המשולם, בין משום שהוא קבוע בחוק ובין משום ששיעורו בשוק קבוע באחוזים וידוע. כך, בתביעות בגין תאונות דרכים שכר הטרחה קבוע בחוק,³³ ובתי המשפט פוסקים שכר טרחה בשיעורים דומים. גם בתיקים נזיקיים אחרים נוהגים בתי המשפט לפסוק שכר טרחה בשיעור של 20% מהסעד שנפסק באופן שעוקב אחר הסכמי שכר הטרחה השכיחים בשוק;³⁴ שנית, סכום ההוצאות שנפסק לזכות תובע שזכה גבוה מהסכום שנפסק לטובת נתבע שזכה. בתיקים שהסתיימו בבתי המשפט המחוזיים בפסק דין מנומק היה הסכום הממוצע שנפסק לטובת תובע שזכה 52,781 ש"ח (חציון שווה ל-25,000 ש"ח), ואילו הסכום הממוצע שנפסק לטובת נתבע שזכה היה רק 25,040 ש"ח (חציון שווה ל-20,000 ש"ח).³⁵

בחינת תיקים של בתי משפט השלום מעלה מגמות דומות. כך, מחקר הרשות השופטת מצא כי סכום ההוצאות החציוני שנפסק לזכות תובע שזכה היה 2,569 ש"ח, וסכום ההוצאות החציוני שנפסק לזכות נתבע שזכה היה 1,500 ש"ח (הסכומים הממוצעים היו 6,289 ש"ח ו-3,810 ש"ח בהתאמה). עם זאת יש לציין שבתיקים שהסתיימו בבתי משפט השלום בפסק דין מנומק היו הסכומים הממוצעים שנפסקו לטובת התובע ולטובת הנתבע דומים מאוד (5,665 ש"ח ו-5,379 ש"ח, בהתאמה), והסכומים החציוניים היו זהים (2,000 ש"ח).³⁶

שיקול הדעת הרחב שניתן לבתי המשפט בפסיקת הוצאות מביא לשוונות גבוהה בין חלק מבתי המשפט והשופטים. למשל, בבית המשפט המחוזי נצרת שיעור התיקים שבהם צד זכה אולם לא נפסקו לטובתו הוצאות משפט, גבוה במיוחד – 46%, והוא גבוה במידה ניכרת מהשיעור המקביל בערכאות אחרות.³⁷ עם זאת ייתכן ששוונות זו נובעת מהשוונות בסוגי

Theodore Eisenberg, Talia Fisher & Issi Rosen-Zvi, *Attorney Fees in a Loser Pays System*, 31 162 U. PA. L. REV. 1619, 1648, table 5 (2014).

שם, בעמ' 1656.

ס' 16 (א) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975.

ראו Eisenberg, Fisher & Rosen-Zvi, *Attorney Fees in a Loser Pays System*, 31 בעמ' 1657-1656.

ראו וינשל-מרגל וטרבולוס, לעיל ה"ש 19, בעמ' 36, טבלה 3.

שם, בעמ' 32, טבלה 2.

ראו Eisenberg, Fisher & Rosen-Zvi, *When Courts Determine Fees in a System with a Loser Pays Norm*, לעיל ה"ש 25, עמ' 1478, טבלה 6. ניתן לראות ששיעור התיקים שבהם תובע זכה ולא נפסקו לטובתו הוצאות משפט גבוה משיעור זה בתיקים שבהם הנתבע ניצח: ב-56% מהתיקים לא נפסקו לטובת התובע הוצאות, לעומת 29% מקרים שבהם לא נפסקו הוצאות לנתבע. כך גם בפסיקת שכר טרחתו של עורך הדין המייצג, ניתן לראות שבית המשפט המחוזי בנצרת נוהג להימנע מפסיקת שכר טרחה לעורך הדין באחוזים גבוהים מאלה שפוסקות יתר הערכאות, אם כי לא במובהק. כך למשל בכל השנים שנבדקו במחקר (2005-2006, 2011-2012), שיעור התיקים שבהם זכה התובע בתביעתו אך לא נפסק שכר טרחה היה הגבוה ביותר בנצרת. אולם לא זה המצב בתיקים שבהם הנתבע ניצח, שם שיעור אי-פסיקת שכר טרחה בנצרת אינו גבוה מביתר הערכאות, ובשנת 2011 אף היה הנמוך ביותר. ראו

התיקים המטופלים בבתי המשפט המחוזיים ובהרכב הצדדים (יחידים או תאגידים) המתדיינים בפניהם.³⁸

לבסוף, ממחקר הרשות השופטת עולה כי בתי המשפט ממעטים לפרט את שיקוליהם בפסיקת הוצאות. מתוך כלל התיקים במדגם שבהם לא נפסקו הוצאות, רק כ-40% מהתיקים נכתב במפורש כי לא ייפסקו הוצאות.³⁹ יתרה מזאת, מתוך תיקים אלה רק כ-20% נימק השופט את החלטתו זו. מבין התיקים במדגם שבהם הושטו הוצאות נימק בית המשפט את החלטתו בכ-10% מהתיקים.⁴⁰

יש לציין כי בית המשפט העליון חזר אין-ספור פעמים על ההלכה שלפיה ערכאת הערעור אינה מתערבת בקביעת הערכאה הדיונית בעניין הוצאות המשפט. התערבות בעניין זה נעשית במשורה ורק במקרים חריגים, במצבים שבהם נפלה טעות משפטית, או כאשר דבק פגם מהותי בשיקול דעתה של הערכאה הדיונית.⁴¹ מאחר שברוב פסקי הדין בתי המשפט אינם מפרטים את שיקוליהם בפסיקת הוצאות, אפשרויות הערעור מוגבלות עוד יותר.⁴² התוצאה המרכזית מהלכה זו היא מתן שיקול דעת רחב לערכאות הדיוניות בפסיקת הוצאות, המאפשר שונות רבה בין השופטים וגם בין בתי המשפט השונים, ואשר מקשה על בית המשפט העליון לכפות שינוי באופן שבו הערכאות הדיוניות פוסקות הוצאות משפט.

Eisenberg, Fisher & Rosen-Zvi, *Attorney Fees in a Loser Pays System*, לעיל ה"ש 31, טבלה 3, בעמ' 1641–1642.

38 ראו Eisenberg, Fisher & Rosen-Zvi, *When Courts Determine Fees in a System with a Loser Pays Norm*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 1468. יותר מ-50% מהתיקים שנדונים במחוזי נצרת קשורים לסוגיות קנייניות, שיעור הגבוה מבכל ערכאה מחוזית אחרת. חשוב לציין שבמרבית מהתיקים העוסקים בסוגיות קנייניות שני הצדדים הם יחידים. השונות בפסיקת הוצאות המשפט בין בתי המשפט השונים באה לידי ביטוי גם בתיקי מס הכנסה ומע"מ, ראו בוקאי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 5–6.

39 ראו וינשל-מרגל וטרבולוס, לעיל ה"ש 19, בעמ' 29. התפלגות דומה ניכרת גם כאשר מסתכלים על אי-פסיקת הוצאות רק בתיקים שהסתיימו בפסק דין מנומק, וכך כ-55% מהתיקים לא כתב השופט מפורשות על החלטתו שלא לפסוק הוצאות.

40 שם, בעמ' 37.

41 גורן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 728–729. כן ראו ע"א 1937/92 קוטלר נ' קוטלר, פ"ד מט(2) 233, פס' 13 לפסק דינו של השופט אור (1995); ע"א 6768/01 רגב נ' מדינת ישראל פ"ד נט(4) 625, פס' 6 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2004); ע"א 11512/04 קרניל חברה לעבודות הנדסיות בע"מ נ' גב ים חברה לקרקעות בע"מ, פס' 15 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 16.11.2006).

42 אם כי ראו ע"א 7079/09 שיבלי נ' בית החולים האנגלי, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 13.2.2012), שם עמד בית המשפט על החשיבות בפרוט השיקולים שבבסיס פסיקת הוצאות המשפט, בקבעו כי ערכאת הערעור תתערב בהחלטת הערכאה הדיונית בעניין הוצאות המשפט, אם זו לא פירטה את שיקוליה: "אכן, בדרך כלל זכאי בעל דין שזכה לקבל הוצאותיו, מתוך המגמה שלא יצא שכרו בהפסדו. משכך, רק בנסיבות מיוחדות רשאי בית המשפט להימנע מלפסוק לו הוצאות. בית משפט זה יטה להתערב במצבים בהם נמנעה הערכאה המבררת מפסיקת הוצאות בלי לנמק הדבר [...]" (יצוין כי בעניין זה לא התערבה לבסוף ערכאת הערעור בהחלטת הערכאה הדיונית בעניין ההוצאות בשל מורכבותן של נסיבות המקרה ונסיבותיו האישיות של המערער).

3. המאפיינים של פסיקת הוצאות הנוהגת כיום בבתי המשפט

לאור האמור לעיל ניתן לאפיין את כללי פסיקת הוצאות הנוהגים בבתי המשפט כדלקמן: ראשית, הכללים הנוהגים מותירים שיקול דעת רחב לבתי המשפט. אמנם כלל הוצאות הבסיסי קובע פסיקת הוצאות לטובת הזוכה, בדומה לכלל המכונה "הכלל האנגלי", אולם במקרים רבים בתי המשפט אינם פוסקים הוצאות כלל, בין היתר משיקולים הנוגעים ליכולתם הכלכלית של הצדדים ומשיקולים אחרים התואמים את תחושת הצדק של השופט. באשר לקביעת שיעור הוצאות שייפסק, בית המשפט יכול וצריך לשקול שיקולים הנוגעים לתשומות שהשקיעו עורכי הדין בניהול ההליך; לסבירותן של תשומות אלה; להכוונת התנהגותם של הצדדים בהגשת ההליך ובניהולו (לרבות הרעתם מפני תביעות והגנות סרק); להיבטים חלוקתיים הנוגעים ליכולתם הכלכלית של הצדדים ולתחושת הצדק של השופט. מרחב הוצאות שניתן לפסוק לפי שיקולים אלה הוא גדול. אם נוסף על זה את העובדה שבתי המשפט אינם מנמקים ברוב המקרים את החלטותיהם בפסיקת הוצאות ואת הימנעותם של בתי המשפט של ערעור להתערב בהחלטות אלה, התוצאה היא ששיקול הדעת בפסיקת הוצאות ובקביעת שיעורן הוא כמעט בלתי מוגבל. שנית, אף שההלכה הפסוקה והנחיותיהם של נשיאי בית המשפט העליון מאפשרות פסיקת הוצאות בסכום רָאלי, הוצאות הנפסקות למעשה רחוקות מלתת שיפוי מלא לזוכה בגין הוצאות שהוציא. זאת, הן משום שבמקרים רבים אין נפסקות הוצאות כלל, הן משום שכאשר נפסקות הוצאות, שיעורן נמוך מההוצאות שהוצאו למעשה, והן משום שצדדים זוכים אינם מגישים לבית המשפט נתונים בדבר הוצאותיהם בפועל. שלישית, לבד מכלל הוצאות לפי תוצאות התביעה, בתי המשפט נוטים שלא להשתמש בכללי הוצאות אחרים, לרבות בפסיקת הוצאות בהליכי ביניים.

4. כללי פסיקת הוצאות המוצעים בתקנות החדשות

נושא פסיקת הוצאות מוסדר בפרק כ"א לתקנות המוצעות. התקנות המוצעות שומרות על עיקרי ההסדרים הקבועים בתקנות הקיימות, וחלק מהשינויים שנערכו מטמיעים לתוך התקנות המוצעות את העקרונות שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון אשר פירש את התקנות הקיימות.⁴³ עם זאת יש כמה שינויים בתקנות המוצעות אשר אינם קיימים בדין הנוהג, ואליהם אתייחס להלן:

43 כמה תקנות חוזרות על הוראותיהן של התקנות הקיימות. כך, תק' 158 לתקנות המוצעות, המתווה כללים מנחים לקביעת שיעורו של שכר טרחת עורך הדין, דומה להוראה הקבועה בתק' 512 לתקנות הקיימות; תק' 158 (א) לתקנות המוצעות זהה במהותה לתק' 512 (א) לתקנות הקיימות; תק' 158 (ג) לתקנות המוצעות דומה לתק' 512 (ב) לתקנות הקיימות, אולם מוסיפה עוד שיקולים: מורכבות ההליך, השקעת המשאבים בהכנתו ובניהולו וסכום ההוצאות שהתבקש (כמו כן תק' 158 (ד) לתקנות המוצעות, המחייבת את בית המשפט לפרט שיקוליו, אינה מופיעה בתקנות הקיימות); תק' 161 לתקנות המוצעות, הקובעת כי בית המשפט רשאי להטיל על בעל דין הוצאות לטובת בעל הדין שכנגד או לטובת אוצר המדינה, ללא תלות בתוצאות ההליך, אם אותו בעל דין האריך את הדיון ללא צורך, זהה להוראה הקבועה בתק' 514 לתקנות הקיימות; תק' 162 (א) לתקנות המוצעות, המאפשרת לבית המשפט לצוות על התובע למסור ערובה לתשלום הוצאותיו של הנתבע, זהה להוראה הקבועה בתק' 519 (א) לתקנות הקיימות. עם זאת,

(א) מסגרת שיקול הדעת של בית המשפט בפסיקת הוצאות

תקנה 156 המוצעת כוללת שתי הוראות המתוות מסגרת כללית לשיקול דעתו של בית המשפט בפסיקת הוצאות. תקנה 156 (א) קובעת שחייב בתשלום הוצאות נועד לשפות בעל דין על הוצאותיו בהליך בהתאם לתוצאותיו, למשאבים שנדרשו ולהתנהלות הצדדים. תקנה 156 (ב) קובעת כי החלטתו של בית המשפט בעניין פסיקת ההוצאות ושיעורן תבטא את האיזון הראוי שבין הבטחת זכות הגישה לערכאות, להגנה על זכות הקניין של הפרט ולשמירה על שוויון בין בעלי הדין. שיקולים אלו אמנם בוטאו בפסיקה כאמור, אולם לא עוגנו בתקנות הקיימות.

אולם התקנות המוצעות אינן מסתפקות במסגרת הכללית הזו, והן קובעות הוראות נוספות אשר מצרות את שיקול דעתו של בית המשפט בהחלטה אם לפסוק הוצאות משפט ובקביעת שיעור ההוצאות שייפסקו. באשר לשאלה אם לפסוק הוצאות משפט – תקנה 157 המוצעת קובעת בררת מחדל שלפיה ייפסקו הוצאות משפט בסוף ההליך, בכפוף להיותן סבירות והוגנות.⁴⁴ התקנה קובעת כי בית המשפט רשאי שלא לפסוק הוצאות "מטעמים מיוחדים בלבד". בכך משנה התקנה את הדין הנוהג מכוח תקנה 511 לתקנות סדר הדין, אשר הותירה לבית המשפט שיקול דעת שאינו מוגבל באשר להחלטה אם לפסוק הוצאות משפט. כפי שהוצג לעיל,⁴⁵ בתי המשפט השתמשו רבות באפשרות זו ונמנעו במקרים רבים מלפסוק הוצאות משפט לטובת הזוכה. התקנה המוצעת מצרה את שיקול דעתו של בית המשפט בעניין זה ומנחה אותו להימנע מפסיקת הוצאות רק כאשר מתקיימים טעמים מיוחדים.

באשר לשיעור הוצאות המשפט שייפסקו – מלבד המסגרת הכללית הקבועה בתקנות 156 (א) ו-156 (ב) מפרטות התקנות המוצעות שיקולים ספציפיים שבית המשפט צריך לשקול. תקנה 158 (ג) קובעת כי בבחינת שיעור ההוצאות יתחשב בית המשפט, בין היתר בשווי הסעד שנפסק וביחס שבינו לבין הסכום שנתבע, בדרך שבה ניהלו בעלי הדין את הדיון, במורכבות ההליך, בהשקעת המשאבים בהכנתו ובניהולו ובסכום ההוצאות שהתבקש.⁴⁶ מה שתקנה זו משקפת דומה למה שנקבע בתקנה 512 (ב) לתקנות הקיימות,

לעומת תק' 162 (ב) המוצעת, שבה נקבע כי אם הערובה לא תינתן במועד שנקבע, יימחק כתב התביעה, בתק' 519 (ב) לתקנות הקיימות נקבע כי אם הערובה לא תינתן במועד שנקבע, תידחה התובענה. גם תקנות שמחוץ לפרק הוצאות המשפט הועתקו בתקנות החדשות. כך למשל תק' 80 לתקנות המוצעות זהה לתק' 381 לתקנות הקיימות (עיקול זמני לטובת תובע שזכה בתביעתו); תק' 125 לתקנות המוצעות זהה לתק' 187 (א) לתקנות הקיימות (שכר עדים והוצאותיהם). בנוסף, תק' 110 (ז) לתקנות המוצעות קובעת בדומה לתק' 152 (ב) לתקנות הקיימות אפשרות פסיקת הוצאות כנגד מי שביקש את דחיית הדיון. עם זאת, התקנה המוצעת מחייבת פסיקת הוצאות כאמור אם בית המשפט ראה שהנסיבות מצדיקות זאת, בעוד התקנה הקיימת מותירה לבית המשפט שיקול דעת רחב.

44 תק' 157 לתקנות המוצעות. תק' 513 (2) לתקנות הקיימות קובעת כי רשם בית המשפט ישום את הוצאות המשפט לפי בקשת בעלי הדין ולאחר שנתן להם הזדמנות להשמיע טענותיהם, אם היה סבור שההוצאות היו סבירות ודרושות לניהול המשפט. דרישת הסבירות וההוגנות באה לידי ביטוי גם בפסיקה. ראו למשל עניין תנובה, לעיל ה"ש 7, ועניין לואר, לעיל ה"ש 8.

45 ראו דיון לעיל, תת פרק א.2.

46 תק' 158 (ג) לתקנות המוצעות.

אולם היא מפרטת שיקולים נוספים על אלה המנויים בתקנה.⁴⁷ כך גם סעיפים קטנים (א) ו-(ב) לתקנה 158 חוזרים על הדין הקיים בתקנה 512. לבסוף, תקנה 158(ד) המוצעת קובעת שבית המשפט יפרט את השיקולים שהנחו אותו בקביעת שיעור ההוצאות, חיוב אשר לא קיים בתקנות הקיימות.⁴⁸ כאמור לעיל, בתי המשפט נהגו במקרים רבים לפסוק הוצאות מבלי לפרט את השיקולים שהנחו אותם.⁴⁹

(ב) שיעור ההוצאות הנפסקות – האם מכסה את מלוא הוצאותיו של הזוכה ?

נראה שהתקנות המוצעות מבקשות לעגן את פסיקת ההוצאות בסכום הוצאות המשפט שהוצאו למעשה. תקנה 160(א) המוצעת מתנה את פסיקת ההוצאות לטובת בעל דין בכך שפירט בסיכומי טענותיו במפורש ובמפורט את הוצאות המשפט כפי שנדרשו לצורך ההליך וצירף מסמכים התומכים בכך,⁵⁰ ותקנה 160(ב) קובעת שסכום הוצאות המשפט יהיה צירופן של כל ההוצאות שהוצאו בעין ושנדרשו להליך כפי שיקבע בית המשפט.⁵¹ התניה כזו אינה קיימת בדין הנוהג.⁵² בנוסף, תקנה 158(ג) קובעת בין יתר השיקולים שבית המשפט צריך לשקול בפסיקת הוצאות גם את "סכום ההוצאות שהתבקש".

עם זאת אין קביעה מפורשת בתקנות המוצעות שלפיה ההוצאות ושכר הטרחה שייפסקו יהיו בשיעורים ריאליים. יתרה מכך, מסגרת השיקולים שבית המשפט צריך לשקול בפסיקת ההוצאות מאפשרת לו לפסוק אותן בשיעורים שאינם ריאליים, שכן עליו להתחשב בכל השיקולים שפורטו לעיל.

(ג) כללי פסיקת הוצאות נוספים

התקנות המוצעות מוסיפות, בתקנה 41, ברירת מחדל לפיה ייפסקו הוצאות לאחר כל בקשה, ללא קשר לתוצאות ההליך העיקרי. כפי שיוסבר בהמשך, הוראה זו חיונית לניהולו היעיל והצודק של ההליך, ואם תיושם היא תביא לשינוי משמעותי ורצוי באופן שבו נפסקות הוצאות משפט בדין הנוהג כיום.

בנוסף, התקנות המוצעות מאפשרות לבית המשפט להתחשב בדרך התנהלות הצדדים, בעת הדיון, כשיקול בפסיקת הוצאות המשפט. תקנה 156(ג) קובעת אפשרות לבית המשפט להטיל על בעל דין הוצאות לטובת בעל הדין שכנגד או לטובת המדינה, אם מצא כי עשה

47 כך, גם תק' 512 לתקנות הקיימות וגם תק' 158(ג) לתקנות המוצעות מונות שיקולים של שווי הסעד השנוי במחלוקת בין בעלי הדין, שווי הסעד שנפסק בתום הדיון והדרך שבה ניהלו בעלי הדין את הדיון. אולם תק' 158(ג) מפרטת שיקולים נוספים של מורכבות ההליך, השקעת המשאבים בהכנתו ובניהולו וסכום ההוצאות שהתבקש.

48 תק' 158(ד) לתקנות המוצעות.

49 ראו לעיל, תת פרק א.2.

50 תק' 160(א) לתקנות המוצעות.

51 תק' 160(ב) שם.

52 כאמור לעיל, תק' 511(ג) לתקנות הקיימות מאפשרת לבעלי הדין הזדמנות להשמיע טענותיהם בדבר סכום ההוצאות או שיעורן קודם למתן צו ההוצאות. כמו כן נהלי בית המשפט העליון קבעו כי, בעת קביעת שיעור שכר הטרחה בית המשפט רשאי להתחשב בהסכם שכר הטרחה שנקבע בין בעל הדין לבין עורך דינו, המוצג כראיה לבית המשפט. אולם אין בדין הנוהג חיוב לעשות כן או התניה של פסיקת ההוצאות בהצגת הנתונים כאמור. ראו ראו לעיל טקסט לה"ש 12 ו-13.

שימוש לרעה בהליכי המשפט, ובנסיבות מיוחדות רשאי הוא לחייב אף את בא כוחו של בעל הדין.⁵³ הוראה זוהי אינה נמצאת בתקנות הקיימות. עם זאת ההוראה הקבועה בתקנה 161 שלפיה רשאי בית המשפט להטיל על בעל דין הוצאות לטובת בעל הדין שכנגד או לטובת אוצר המדינה ללא תלות בתוצאות ההליך, אם אותו בעל דין האריך את הדיון ללא צורך,⁵⁴ אינה משנה את הדין הקיים הקבוע בתקנה 514 לתקנות הקיימות. התקנות המוצעות מוסיפות הוראות שנוגעות לפסיקת הוצאות כאשר ניתן פסק דין ללא הגנה,⁵⁵ וכן מתייחסות לפסיקת הוצאות בהתייחס להתנהגות הצדדים בשלב הפעולות המקדמיות, אשר אינו קיים בתקנות הקיימות.⁵⁶ אולם הוראות אלה אינן משנות מכללי היסוד בפסיקת ההוצאות בהליך העיקרי, ולכן אינן דן בהן במאמר זה. אם כן, בהשוואה לדין הנוהג כיום לאור תקנות סדר הדין האזרחי, התקנות המוצעות מבקשות להגביל את שיקול דעתו של בית המשפט בהחלטתו אם לפסוק הוצאות משפט; הן מורות לבית המשפט לפרט את שיקוליו בקביעת שיעור ההוצאות וקובעות מסגרת מפורטת יותר של השיקולים שיביא בחשבון; הן מבקשות להניע את הצדדים להציג את ההוצאות ואת שכר הטרחה ששילמו למעשה, כבסיס לפסיקת ההוצאות; והן קובעות ברירת מחדל לפיה ייפסקו הוצאות בסוף כל בקשה, ללא תלות בתוצאת ההליך העיקרי.

53 תק' 156(ג) לתקנות המוצעות.

54 תק' 161 שם.

55 כפי שנקבע בתק' 512(א) לתקנות הקיימות, גם התקנות המוצעות קובעות בתק' 158(א) ששכר טרחת עורך דין שנפסק יהיה לפחות על פי כללי לשכת עורכי הדין (התעריף המינימלי המומלץ), התש"ס-2000, וזולת אם הורה בית המשפט, בנסיבות מיוחדות, על תשלום נמוך מזה. אולם שלא כתקנות הקיימות, תק' 159 לתקנות המוצעות קובעת מפורשות כי כאשר ניתן פסק דין ללא הגנה, יהיה שיעור שכר הטרחה לפי התעריף המינימלי המומלץ שנקבע בכללי לשכת עורכי הדין, אלא אם הורה בית המשפט אחרת מטעמים מיוחדים. תקנה זו אינה מופיעה בדין הקיים. בכך מבקשות התקנות המוצעות לתקן, ככל הנראה, את המצב הקיים שבו בתביעות שהסתיימו בפסקי דין בהיעדר הגנה בתי המשפט נוהגים לפסוק הוצאות לטובת התובע-הזוכה כמעט תמיד על פי בקשתו המדויקת. ראו וינשל-מרגל וטרבולוס, לעיל ה"ש 19, בעמ' 55-56, וטבלה 10. כמו כן נמצא כי מתוך כלל התביעות שהסתיימו בפסק דין בהיעדר הגנה, ב-86.9% מהן נפסקו הוצאות משפט. עוד נמצא כי בתביעות שנמחקו מחוסר מעש ובתיקים שבהם התובע חזר בו לאחר שהבין כי תביעתו חסרת סיכוי, בתי המשפט אינם נוהגים לפסוק הוצאות משפט – מתוך כלל התיקים שנמחקו מחוסר מעש, ב-89% מהמקרים לא נפסקו הוצאות. מתוך כלל התיקים שבהם התובע חזר בו, ב-94.1% מהמקרים לא נפסקו הוצאות. ראו שם, בטבלה 1.

56 התקנות המוצעות מוסיפות הוראות שנוגעות לפסיקת הוצאות בהתחשב בהתנהגותם של בעלי הדין בשלב הפעולות המקדמיות. בעיקר תק' 12(ב) קובעת כי בית המשפט יטיל לאלתר, ולא יאחר משיבת קדם-המשפט האחרונה, הוצאות על צד שלא מילא אחר הוראות פרק הפעולות המקדמיות במלואן או בחלקן מבלי שהייתה לכך סיבה מוצדקת. התקנה מורה שההוצאות יוטלו גם אם אותו צד מילא אחר ההוראות לאחר מכן. תק' 12(ג) פורסת את השיקולים בפסיקת הוצאות כאמור, בהתחשב בין היתר בחומרת התנהגותו של בעל הדין ובחוסר תום לבו. מאחר שפרק הפעולות המקדמיות אינו קיים בתקנות הנוהגות, גם הוראת ההוצאות אינה קיימת בהן. עם זאת יש לציין שגם בתקנות הקיימות יש התייחסות לפסיקת הוצאות בגין אי-התייצבות להליך המהיר, אשר בתקנות המוצעות אמור להתקיים עוד בשלב הפעולות המקדמיות. לעניין זה תק' 10(י) לתקנות המוצעות דומה לתק' 99(א) לתקנות הקיימות, למעט הקביעה המפורשת בתקנה הקיימת שלפיה בית המשפט רשאי להביא בחשבון את אי-התייצבות לפגישת המהיר גם בפסיקת ההוצאות בסוף ההליך.

כפי שאסביר להלן, השינויים שנעשו בתקנות המוצעות מובילים מגמה רצויה. עם זאת שיקול הדעת שנותר לבית המשפט עודנו רחב, ויש לחשוש שהשינוי בתקנות המוצעות לא יביא לשינוי ניכר באופן שבו בתי המשפט והשופטים השונים יפסקו למעשה הוצאות בהליך האזרחי, בעיקר בשל הימנעותן של ערכאות הערעור להתערב בפסיקת ההוצאות.⁵⁷ יתרה מזאת, התקנות המוצעות נמנעות משימוש בכללים נוספים לפסיקת הוצאות, שהעיקרי שבהם מאפשר התניה של ההוצאות שייפסקו בהצעות פשרה של הצדדים.

ב. הבעייתיות המובנית בקביעת כללים אופטימליים לפסיקת הוצאות

הסדרה אופטימלית של כללי סדר הדין האזרחי נושאת בתוכה בעייתיות מובנית. הבעייתיות נובעת מהשפעתם של כללי סדר הדין, החלים לאחר פרוץ הסכסוך בין הצדדים, על התנהגותם של הצדדים מראש, לפני פרוץ הסכסוך, ולפיכך על האופן שבו יקוימו מטרותיו של הדין המהותי. על כללי סדר הדין לנסות ולהקטין את עלויותיו של ההליך האזרחי, ובה בעת להבטיח שמטרותיו של הדין המהותי (שאותן אמור ההליך האזרחי להוציא לפועל) יקוימו. כלל פרוצדורלי אשר מקיים טוב יותר את מטרות הדין המהותי עלול להיות כלל שיגדיל את עלויותיו של ההליך, ולהפך: כלל פרוצדורלי אשר מקטין את עלויות ההליך עלול להביא לפגיעה בקיום מטרות הדין המהותי. מאחר שאין דרך מוסכמת לשקלל את שני סוגי השיקולים הללו, יש קושי מובנה להשוות בין כללים אלטרנטיביים המשפיעים על שניהם.⁵⁸

קושי מובנה זה מצטרף לקשיים בחיזוי השפעותיו של הכלל הפרוצדורלי על כל אחד מהשיקולים הללו בנפרד. חיזוי כזה דורש מודל התנהגותי לאופן שבו יגיבו כל השחקנים הרלוונטיים לכלל הפרוצדורה, הן לפני פרוץ הסכסוך הן לאחריו. יתרה מזאת, חיזוי כזה דורש להגדיר את האפשרויות השונות שיייתכנו ואת האופן שבו ישפיע הכלל הפרוצדורלי על התנהגות השחקנים הרלוונטיים בכל אחת מהאפשרויות הללו.⁵⁹

57 ראו לעיל, תת-פרק א.2.

58 לניתוח מפורט של בעייתיות זו ראו אלון קלמנט "סדר הדין האזרחי" הגישה הכלכלית למשפט 997 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012) (להלן: קלמנט "סדר הדין האזרחי"); Avery W. Katz & Chris W. Sanichirico, *Fee Shifting, in PROCEDURAL LAW AND ECONOMICS* 271, 271–273 (Chris Sanichirico ed., 2012).

59 מודלים כלכליים של ההליך האזרחי מניחים שהמטרה שלאורה יש לבחון את כללי סדר הדין היא השאת הרווחה החברתית. הרווחה החברתית שווה לתועלת מהפעילות הרלוונטית, בניכוי עלויותיה, עלויות מניעת הנוזקים הנובעים ממנה, עלויות הנוזקים עצמם ועלויות ההליך המשפטי. אולם הניתוח של השגת המטרה הזו לפי כללים פרוצדורליים שונים מסובך מאוד. זאת בין היתר משום שיש לשקלל את עלויות ההליך המשפטי בסיכויים שאכן יתממשו (הסיכוי לסכסוך בין הצדדים, אשר יביא לתביעה), שהם עצמם תוצאה של הדין המהותי והפרוצדורלי. ראו Daphna Kapeliuk & Alon Klement, *Changing the Litigation Game: An Ex Ante Perspective on Contractualized Procedures*, 91 TEX. L. REV. 1475, 1486–1491 (2013).

קשיים אלה חלים גם כשמדובר בכללי פסיקת הוצאות. כך למשל כלל הוצאות אשר מביא לסינון ניכר של תביעות עלול לפגוע בתמריצי הנתבע לקיים את הוראות החוק. לעומת זאת כלל הוצאות אשר מביא להשקעה רבה של הצדדים בהליך עשוי להביא לתוצאה מדויקת יותר, אולם זאת במחיר הגדלת עלויות ההליך. יתרה מזאת, כלל הוצאות אשר מגדיל את השקעת הצדדים בהליך עלול להרתיע יותר תובעים מלהגיש את תביעתם, ובכך לפגוע במטרות ההליך. כפי שיוסבר להלן, גם ניסיון לנתח את השפעתם של כללי הוצאות השונים על החלטות ספציפיות בהליך כגון ההחלטה אם לתבוע ואם להתפשר, נתקל בקשיים לא מבוטלים.

היה ניתן לחשוב שבהשוואה לכללי סדר דין אחרים, כללי פסיקת הוצאות ניתנים לניתוח פשוט בהרבה. לכאורה, כלל פסיקת הוצאות אשר יביא את הצדדים "להפנים" את מלוא עלויות המשפט יביא אותם לקבל החלטות רצויות ויעילות חברתית, ולפיכך זו צריכה להיות המטרה העיקרית בעיצובם של כללים אלה. למעשה אין זה כך. החלטותיהם של הצדדים אם לתבוע ולהתגונן, כמה זמן ומשאבים להשקיע בניהול התביעה, אם להתפשר ועבור כמה להתפשר, תלויות בתועלת הפרטית הנובעת מכל אחת מההחלטות הללו אל מול העלויות הכרוכות בהן. כלל פסיקת הוצאות יכול להשפיע על צד העלויות, אולם הוא אינו יכול להביא את הצדדים להפנים את צד התועלת. מאחר שאין זהות בין התועלת הפרטית לתועלת החברתית מניהול ההליך, אין סיבה לחשוב שההחלטות שיקבלו הצדדים להליך, אם יפנימו את מלוא העלויות החברתיות, יהיו ההחלטות הרצויות מבחינה חברתית.⁶⁰ לפיכך קשה לקבוע מסמרות בהשוואה בין הכללים השונים, ומאמר זה אינו מתיימר לעשות כן.

עם זאת אין להסיק מן האמור לעיל שהפתרון הראוי הוא להשאיר את כללי פסיקת הוצאות הנוהגים כיום על כנם ולהימנע משינויים. כמו כן אין להסיק מכך שאי אפשר להשוות בין כללי פסיקת הוצאות שונים, ובעיקר בין כללי פסיקת הוצאות הנוהגים בבתי המשפט כיום לבין כללים אחרים שניתן ליישם. כשם שנערך דיון בכלל כללי סדר הדין האזרחי מתוך רצון לשפר את האופן שבו הם מקיימים את מטרותיו של הדין המהותי ומשפיעים על עלויות ההליך האזרחי, כך ראוי לערוך דיון גם בכללי פסיקת הוצאות. יתרה מזאת, דיון כזה צריך לכלול בתוכו את האפשרות לשרטט סוגים שונים וחדשים של כללי פסיקת הוצאות, המותנים לא רק בתוצאת ההליך אלא גם בהתנהגותם של הצדדים במשך ההליך. הפרק הבא מתווה את המסגרת לקביעתם של כללי פסיקת הוצאות תוך התייחסות להשפעותיהם הצפויות על עלויות ההליך האזרחי ועל האופן שבו הוא מקיים את מטרות הדין המהותי.

ג. מתווה מוצע לכללי פסיקת הוצאות בהליך האזרחי

כללי פסיקת הוצאות קובעים תנאים שבהתקיימם ישפה צד אחד את הצד האחר בגין הוצאות המשפט, לרבות שכר הטרחה שנשא בהם, כולם או חלקם. הכללים הפשוטים ביותר

60 ראו Steven Shavell, *The Social Versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System*, 11 J. LEGAL STUD. 333 (1982).

הם אלה המתנים את השיפוי בתוצאת ההליך. מחד, הכלל המכונה הכלל ה"אמריקאי" קובע כי כל צד יישא בהוצאותיו, ללא תלות בתוצאות ההליך. מאידך, הכלל המכונה הכלל ה"אנגלי", קובע כי הצד המפסיד ישפה את הצד הזוכה בגין מלוא הוצאותיו.⁶¹ נוסף על כללים "הדדיים" אלה יש גם כללים "חד-צדדיים" – כלל הקובע שיפוי של התובע אם זכה, אולם לא להפך, וכלל הפוך, הקובע שיפוי של הנתבע אם זכה, אולם לא להפך.

על בסיסם של ארבעה כללי יסוד אלה ניתן ליצור כללים נוספים אשר מאופיינים בשיעור השיפוי מתוך כלל ההוצאות שבהן נשא הצד שכנגד; בהבחנה בין הוצאות משפט, שכר עדים ושכר טרחת עורך דין; בשאלה אם ההוצאות נפסקות בכל הליך ביניים ובקשה בנפרד או רק בסיום ההליך כולו; באפשרות לפסוק הוצאות לטובת המדינה במקום לטובת הצד שכנגד; בהתניית כלל ההוצאות במאפיינים נוספים של ההליך, כגון הטענות בכתבי הטענות, התנהלות הצדדים בהליך והצעות פשרה שהציעו; במתחם השיקולים שבת המשפט יכול לשקול כבואו לפסוק הוצאות ולקבוע את שיעורן, לרבות שיקולים שאינם נוגעים לניהול ההליך, כגון מצבם הכלכלי של הצדדים.

פרק זה משרטט מתווה מוצע לכללי פסיקת הוצאות בהליך האזרחי, על סמך האפשרויות השונות לתכנון כללים כאלה, על בסיסם של כללי היסוד. הפרק מתווה ארבעה עקרונות מוצעים: א. הבניה של שיקול דעתו של בית המשפט בפסיקת הוצאות ומעבר ממשטר של אמות מידה למשטר של כללים בהקשר זה; ב. פסיקת הוצאות בשיעורים שיהיו שווים בממוצע להוצאות שמוצאות בהליך, אם כי יהיו בלתי תלויים בהוצאות שהוצאו למעשה באותו הליך; ג. הרחבת מסגרת הכללים לפסיקת הוצאות, לרבות כללים המתנים פסיקת הוצאות בתוצאה בהליכי ביניים, כללי פסיקת הוצאות לטובת המדינה וכללי פסיקת הוצאות המותנים בכתבי הטענות ובהצעות פשרה שהצדדים הציעו; 4. התאמת כללי פסיקת הוצאות להליך וקביעה מפורשת שהצדדים יכולים להתנות על כללי פסיקת הוצאות, הן לאחר פרוץ הסכסוך הן לפניו.

1. הבניית שיקול הדעת של בית המשפט בפסיקת הוצאות

כפי שהוסבר לעיל, כללי פסיקת הוצאות בישראל מבוססים על שיקול דעת רחב שניתן לבית המשפט. שיקול הדעת הרחב מתבטא בשלושה מובנים: ראשית, התקנות הקיימות מציבות קריטריונים רחבים להחלטת בית המשפט בשאלה אם לפסוק הוצאות, ואם כן – בקביעת שיעורן. גם אמות המידה שהותוו בפסיקת בית המשפט העליון אינן מגבילות

61 Mathias Reimann, *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: a Synthesis*, in COST AND FEE ALLOCATION IN CIVIL PROCEDURE 3, 10–13 (Mathias Reimann ed., 2012). לעומת הכלל האמריקאי, הנוהג רק בארצות הברית, הכלל האנגלי נוהג למעשה במדינות אירופה רבות שבהן הנוהג שיטת המשפט הקונטיננטלית: אוסטרליה, צ'כיה, גרמניה, הולנד, שווייץ, פולין, רוסיה, סרביה, סלובניה, דנמרק, פינלנד, נורווגיה, שוודיה וטורקיה. גם במדינות שאינן נמצאות בגרעין של שיטת משפט זו, הנוהג הוא הכלל האנגלי: איטליה, ספרד ולאחרונה גם בלגיה, וכן מדינות מחוץ לאירופה כגון ברזיל, הונג קונג, ונצואלה ומקסיקו בתיקים אזרחיים. דווקא באנגליה הכלל האנגלי אינו נוהג במלואו – אמנם הכלל הנוהג הוא "המפסיד משלם", אולם שיעור הוצאות שנפסק אינו מבקש לפצות את המנצח בסכום המלא שהוציא בפועל. דהיינו בתי המשפט פוסקים שיעור הוצאות חלקי, או לחלופין אינם פוסקים שכר טרחת עורך הדין. חוץ מאנגליה, הכלל מיושם בדרך זו במדינות כגון אוסטרליה, קנדה וזילנד.

באופן משמעותי את מתחם שיקול הדעת בשאלות אלה; שנית, במקרים רבים בתי המשפט אינם מפרטים את שיקוליהם בפסיקת הוצאות, ולכן אי אפשר לדעת מה הנחה את החלטותיהם, ואם הן הונחו על ידי המסגרת, רחבה ככל שהיא, בתקנות ובפסיקת בית המשפט העליון; שלישית, ערכאות הערעור כמעט אינן מתערבות בפסיקת הוצאות, ולכן שיקול הדעת הסופי והכמעט מוחלט נותר בידי הערכאות הדיוניות, על מגוון הגישות הקיים בין בתי המשפט והשופטים השונים.

התקנות המוצעות מגבילות במידה מסוימת את שיקול הדעת של בית המשפט: הן קובעות ברירת מחדל שלפיה על בית המשפט לפסוק הוצאות סבירות והוגנות בתום הדיון, אשר ממנה רשאי בית המשפט לסטות ולהימנע מחיוב רק מטעמים מיוחדים; הן מתוות אמות מידה מנחות לשיקולים שעל בית המשפט לשיקול בפסיקת שיעור ההוצאות; הן דורשות מבית המשפט לפרט את שיקוליו בפסיקת ההוצאות; הן דורשות מהצדדים לפרט את הוצאות המשפט שנדרשו לצורך ההליך ולגבות טענות אלה במסמכים המתאימים.⁶² אולם מסגרת שיקול הדעת בפסיקת ההוצאות נותרת רחבה, והשאלה כיצד יישמו הערכאות הדיוניות את הכללים האמורים, ובאיזו מידה יתערבו ערכאות הערעור ביישומן, נותרת פתוחה. על התקנות להבנות את שיקול הדעת הבניה ברורה ומפורטת יותר ולהותיר מרחב מצומצם בהרבה לבית המשפט בשאלה אם לפסוק הוצאות, ובקביעת שיעורן.

שיקול דעת נרחב לבית המשפט גורר שונות גבוהה בפסיקת ההוצאות בין בתי משפט ושופטים שונים. שונות זו מביאה לכמה תוצאות בעייתיות: ראשית, כאשר הצדדים להליך אינם יכולים לחזות את האופן שבו ייפסקו ההוצאות בתביעתם, השונות הגבוהה מטילה עליהם סיכון רב. ככל ששנאת הסיכון (במובנה הכלכלי)⁶³ של צד להליך גדולה יותר, כך השונות בפסיקת ההוצאות מטילה עליו עלות גבוהה יותר. עלות זו פוגעת בכוננותו לנהל את ההליך, ובעקבות זאת גם מרעה את מצבו במשא ומתן לפשרה. מאחר שבדרך כלל שנאת הסיכון גבוהה יותר אצל מתדיינים שיכולתם הכלכלית מועטת, השונות בפסיקת ההוצאות עלולה לפגוע במתדיינים אלה. היא עלולה להרתיע מתדיינים אלה מלתבוע ולהתגונן, והיא עלולה להביא אותם להסכים לפשרות גרועות יותר מבחינתם כדי להימנע מהסיכון בהתדיינות משפטית מלאה.⁶⁴

שנית, כאשר הצדדים להליך, ובעיקר תובעים, יכולים לחזות את האופן שבו בתי משפט ושופטים שונים פוסקים הוצאות, הם ייטו לבחור באותם בתי משפט שנוחים להם. כדי לממש את מטרותיו של הדין המהותי צריך שתביעות מוצדקות יוגשו, שאחריותו של הנתבע תיגזר מהאופן שבו קיים את הוראות הדין, ושסך האחריות המוטלת עליו, לרבות עלויות

62 כאמור לעיל בתת פרק א.4. התקנות המוצעות קובעות מפורשות גם כי בפסק דין בהיעדר הגנה יהיה שכר הטרחה שנפסק לפי התעריף המינימלי המומלץ על פי כללי לשכת עורכי הדין, ללא שיקול דעת לבית המשפט. ראו תק' 159 לתקנות המוצעות.

63 להגדרתה של שנאת סיכון ראו STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 258–259 (2004).

64 אלון קלמנט ורועי שפירא "יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה" משפט ועסקים ז 84–87 (2007).

המשפט שהוא נושא בהן, תביא לכך שהתנהגותו ורמת הפעילות שלו יהיו אלו הרצויות.⁶⁵ אם בחירה של צדדים בבתי משפט מונעת מהאופן שבו הם פוסקים הוצאות (מעין forum shopping), היא עלולה להביא להטיה עקבית בתוצאותיהם של הליכים באופן שפוגע בהשגת מטרותיו של הדין המהותי.⁶⁶ תובעים יבחרו באותם בתי משפט שנוחים להם משיקולים של פסיקת הוצאות, ומאחר שפסיקת ההוצאות היא חלק מתוצאתו של ההליך, הן לתובע והן לנתבע, ההשפעה על התנהגותם של צדדים מראש עלולה להיות בעייתית.

לבסוף, ככל שהשונות בפסיקת ההוצאות נובעת מגישות שונות של שופטים ובתי משפט, היא פוגעת בשוויון בין בעלי הדין במערכת המשפט. אמנם פגיעה זו בשוויון אינה קשורה בהכרח למאפיינים ידועים ונצפים של בעלי הדין (לבד מהאמור לעיל בנוגע לשנאת הסיכון), ולכאורה כל בעל דין צפוי לסיכון להיפגע או לסיכוי להרוויח מחוסר השוויון באופן דומה.⁶⁷ אולם חוסר השוויון הזה עלול להיתפס כבעייתי מסיבות שאינן תוצאתיות אלא קשורות לתפיסת ההליך בעיני בעלי הדין והציבור.⁶⁸

הבניית שיקול הדעת משמעותה קביעה של כל אותם שיקולים שניתן להגדירם מראש באופן שמצמצם את שיקול דעתם של בתי המשפט, בדיעבד. פסיקת ההוצאות תתנהל אז לפי כללים שתוכנם ידוע מראש ותסתמך פחות על אמות מידה שתוכנן נקבע רק בדיעבד.⁶⁹ המשמעות אינה שפסיקת ההוצאות צריכה להיות אחידה. כך למשל הוצאות המשפט עדיין יכולות להיגזר מהסכומים שנתבעו בכתב התביעה, שהודו בהם בכתב ההגנה, ושנפסקו למעשה; מפרמטרים מדידים באשר למצבם הכלכלי של הצדדים (כשם שהכללים הקובעים אפשרויות לפטור מאגרות המשפט או מהפקדת ערבות מתחשבים בפרמטרים כאלה);⁷⁰ מההכרעה בבקשות השונות שהוגשו במהלך ההליך המשפטי. אולם פרמטרים אלה יהיו ודאיים וברורים יותר לצדדים להליך, שכן הם יהיו קבועים וידועים מראש. בעקבות זאת תקטן השונות בין פסיקת ההוצאות במקרים דומים בידי שופטים שונים.⁷¹

65 יש לזכור שכאשר נתבע מפר את חובותיו על פי דין, הוא לא גורם רק לנזקים לצד הנפגע אלא גם לעלויות שנדרשות להליך המשפטי בשל הפרה זו. לפיכך עליו להפנים גם את העלויות הללו. ראו SHAVELL, לעיל ה"ש 63, בעמ' 398–400.

66 ראו קלמנט "סדר הדין האזרחי", לעיל ה"ש 58, בעמ' 1029.

67 זו גם הסיבה ששונות בפסיקת הוצאות אינה יוצרת השפעה שלילית על התנהגותם של צדדים מראש (למעט ההשפעות הנובעות מהגדלת הסיכון עבור שונאי סיכון) אם אינם יכולים לצפות מה תהיה התוצאה בעניינם. ראו שם, בעמ' 1010–1012.

68 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 70, ובעמ' 224–227; ראו גם Tom R. Tyler, *What is Procedural Justice?: Criteria Used by Citizens to Assess the Fairness of Legal Procedures*, 22 LAW & SOC. REV. 103 (1988).

69 Louis Kaplow, *Rules versus standards: An economic analysis*, 42 DUKE L.J. 557, 609 (1992); מנחם מאוטנר *ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי* (1993).

70 לפטור מאגרה, ראו תק' 14 לתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז–2007 ולפטור מערבות ראו תק' 364(א) לתקנות סדר הדין האזרחי. להצעה שלפיה כלל ההוצאות יהיה תלוי בעושרם היחסי של הצדדים, על סמך נתונים שאפשר שהם יציגו בפתיחת ההליך, ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 152–153.

71 הבניית שיקול הדעת השיפוטי זכתה לדיון נרחב בתחום הענישה בדין הפלילי. על האופן שבו הקטינה הבניית שיקול הדעת השיפוטי בתחום זה את השונות ברמת הענישה ראו למשל קרן וינשל-מרגל וענבל גלון "השפעת תיקון החוק בענין הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה על גזירת מאסרים" בעמ' 31–32, 48–49 (לא פורסם).

ניתן לטעון שתי טענות מרכזיות נגד צמצום שיקול הדעת השיפוטי בפסיקת הוצאות: האחת, כי שיקול הדעת השיפוטי מאפשר לבית המשפט לשיקול שיקולים חלוקתיים ושיקולי צדק בפסיקת הוצאות; השנייה, כי שיקול דעתו של בית המשפט בפסיקת הוצאות מאפשר לו לשלוט בהליך ולנהלו, וזאת באמצעות האיום שיטיל הוצאות על בעלי דין שאינם פועלים כראוי ובתום לב.⁷² שתי הטענות מסתמכות על ההבחנה בין כללים לאמות מידה – הן מניחות שיש פרמטרים שאי אפשר לקבוע אותם מראש, לפני תחילת ההליך, אלא רק בדיעבד, לאחר שההליך התנהל. יתרה מזאת, טענות אלה לא רק משמיעות שהקביעה על סמך פרמטרים אלה היא אפשרית רק בדיעבד אלא גם שקביעה זו היא רצויה. להלן אסביר מדוע יש לדחות טענות אלה.

כאמור לעיל, שיקולים חלוקתיים רבים ניתנים לזיהוי מראש עם פתיחת ההליך. כך, הצדדים יכולים להביא בפני בית המשפט נתונים בנוגע למצבם הכלכלי, בריאותם, מגבלות שמהן הם סובלים, מוצאם, מגדרם או כל נתון אחר שיש לו השלכות חלוקתיות. קשה להעלות על הדעת מקרים שבהם הנתונים הללו יכולים להתברר רק בסוף ההליך ולא היו ידועים בתחילתו. השאלה באילו מבין הנתונים הללו ראוי להתחשב בפסיקת הוצאות היא שאלה שצריך לענות עליה תשובה כללית, וליישם את הקריטריונים הנובעים בכל ההליכים במערכת המשפט יישום אחיד. באשר לשיקולי צדק, הדוגמאות בפסיקה מועטות, ורובן ככולן מתייחסות לשיקולים חלוקתיים.⁷³ כשיש שיקולי צדק שאינם חלוקתיים, בית המשפט יכול להתחשב בהם במקרים חריגים, כפי שיוסבר להלן.

באשר לאפשרות של בית המשפט לשלוט בהליך ולנהלו, הטענה מתעלמת מהאפשרות לפסוק הוצאות בהליכי ביניים, אשר תפורט להלן. פסיקת הוצאות בהליכי ביניים תתבסס, בעיקרה, על תוצאת הליך הביניים, אולם בית המשפט יכול לפסוק הוצאות גם במקרה שבו אחד הצדדים חרג מהוראות התקנות או מהוראות בית המשפט, ובמקרים חריגים גם בגין פעולה של צד שלא בתום לב. הבניית שיקול הדעת של בית המשפט בפסיקת הוצאות גם בהליכי ביניים תחייב אותו לנמק את פסיקת הוצאות ותשלול ממנו כוח לא ראוי לפסוק הוצאות לפי שרירות לבו, או על פי שיקול דעתו שאינו נתון לביקורת. מאחר שהכוח שניתן לבית המשפט לפסוק הוצאות בהליכי ביניים מיועד לוודא שהצדדים לא יחרגו מסדרי הדין ושינהגו בתום לב, הבניית שיקול דעתו של בית המשפט והטלת חובת הנמקה בעניין זה לא

72 ראו לוי ומרדכי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 64–66.

73 ראו לעיל, ה"ש 9: בעניין חליפה נמנע בית המשפט מלהטיל הוצאות משפט על תובע שתביעתו נדחתה, בשל מום מולד שממנו הוא סובל: "נראה לי כי אין צורך להוסיף על כתפי המערער, אשר הוכה קשות על ידי הגורל, בנוסף לעול מומו אותו יישא לאורך חייו, גם את עול תשלום הוצאות המשפט" (פס' 48 לפסק דינה של השופטת ברלינר); בעניין כהן דחה בית המשפט את ערעורה של המדינה על אי פסיקת הוצאות משפט לטובתה, על אף שהתביעה שהוגשה נגדה נדחתה, וקבע כי הימנעותה של הערכאה הדיונית מלפסוק הוצאות לטובת המשיבה, תוך התחשבות במצבו הקשה של המערער ובמצבם של הוריו, מוצדקת (פס' 47 לפסק דינו של השופט שהם); בעניין AIG דחה בית המשפט בקשת רשות ערעור של המבקשת, שעניינה אי-זיכוי בהוצאות משפט אף שהתביעה שהוגשה נגדה נדחתה. בית המשפט ציין כי משתמע מהחלטת הערכאה הקודמת כי החלטתו שלא לפסוק הוצאות משפט לטובת המבקשת נובעת "הן ממהות המערערת שעמדה בפניו ומצבה, והן מכך שסבר כי אין להגדיר את ערעורה כערעור סרק" (פס' 4 לפסק דינו של השופט זילברטל).

תפגע ביכולתו של בית המשפט לנהל את ההליך כל עוד הדבר נעשה לפי כללים ועקרונות ראויים של ההליך האזרחי.

הבניית שיקול הדעת של בתי המשפט משרתת מטרה נוספת וחשובה – היא מאפשרת פרורמה בסכום ההוצאות הנפסקות. כל עוד פסיקת ההוצאות נתונה לשיקול דעת רחב של השופטים, כל אחד מהם מתקשה לשנות את אופן פסיקת ההוצאות, גם אם הוא סבור שהאופן הנוהג אינו ראוי. יתרה מזאת, שופטים שאינם מסכימים עם כללי פסיקת הוצאות חדשים חופשיים במידה רבה לסטות מהם. רק הפחתת שיקול הדעת של השופטים יכולה לשנות את האופן שבו נפסקות הוצאות משפט בהליך האזרחי. בהנחה שיש צורך בפרורמה בתחום זה, הדרך ליישמה היא באמצעות הבניית שיקול הדעת השיפוטי.

עם זאת יש לציין שכדי שהכללים אכן ייושמו, על האפשרות לערער על פסיקת ההוצאות להיות רחבה מזו הנהוגה כיום. הימנעותם של בתי המשפט של ערעור להתערב בפסיקת הוצאות נובעת, בין היתר, מהחשש מפני הגדלה במספר הערעורים שיוגשו בנוגע להוצאות שנפסקו ומהעלויות שיידרשו להכרעה בהם.⁷⁴ מאחר שהמלצתי היא ממילא להגביל את שיקול דעתם של בתי המשפט, גם אפשרויות הערעור על החלטותיהם יהיו מצומצמות. אולם כדי לאכוף את הכללים, אם יתוקנו, יש לאפשר לבתי המשפט של ערעור להתערב בהחלטות הערכאות הדיוניות החורגות מכללים אלה, ולפיכך יש להניח שמספר הערעורים בנושא זה יגדל בהשוואה למצב הקיים.

כאמור לעיל, התקנות המוצעות פורשות את מסגרת השיקולים שצריך בית המשפט לשקול בפסיקת ההוצאות. אולם מאחר שהמסגרת הזו רחבה וכוללת שיקולים הנוגעים לתוצאת ההליך, למורכבותו, לאופן ניהולו, להוצאות שהוצאו ולסבירותן, היא אינה

74 בתי המשפט אינם נוהגים להתערב בהחלטת הערכאה הדיונית בפסיקת הוצאות המשפט משום שהיא הערכאה הבקיאה בפרטיו של ההליך ובאופן התנהלותם של הצדדים, בדרך ניהולם את ההליך ועוד שיקולים המשפיעים על פסיקת ההוצאות. עם זאת בית המשפט העליון ביטא חשש נוסף, מפני הצפת בתי המשפט בערעורים בעניין הוצאות. ראו למשל ע"א 286/78 פיוניר קונקרטי (ישראל בע"מ) נ' א' אנקרליקין קונטרקטינג אגד פינס א.ס., פ"ד לג(1) 547, פס' 2 לפסק דינו של השופט כהן (1979): "לאחרונה מוצף בית משפט זה בערעורים על הוצאות בלבד. לא הועילו הדברים שנאמרו ונשנו מפי שופטים בית משפט זה פעמים רבות, שערעורים אלה אינם רצויים: 'אין זה מדרכו של בית המשפט לערעורים להתערב בשיקול דעתו של בית משפט קמא, ובמיוחד לא בקלות יענה בית משפט לערעורים לערעור המתייחס להוצאות בלבד' (כלשון השופט קיסטר בע"א 600/67 פקיד שומה, חיפה נ' נובה ברגר בע"מ, פ"ד כב(2) 485, 487) – ואזהרה זו השמיע בית המשפט זה הלך והזהר – מאז ע"א 44/53 א.צ. ברנוביץ בע"מ, ר"ב 2 אח' נ' חיים ומונדלה צימרמן, ר"ב 3 אח', פ"ד ח(3) 1245; פ"ע יז 17 ועד היום (ע"א 524/77, פנינה עטיה נגד נח לוי, ואח', פ"ד לב(1) 642, והתקדימים המובאים שם). היטב התנקם בו בבית משפט זה רוחב לבו, שביטל את ההלכה שהייתה רווחת בתקופת המנדט, שלפיה לא היה בפסיקת ההוצאות בלבד משום עילה לערעור (ע"א 230/44 Adalbert Farkas & Ors. V. Oscar, 230/44, P.L.R 586 (1944) Spiegler & Ors.), ואם תימשך המגמה הנוכחית להציף בית משפט זה בערעורים על הוצאות, מצדי אציע שנשקול אם פיקוח עבודתנו השיפוטי – בחינת פיקוח נפש השיפוט אינו מצדיק ומחייב החזרת ההלכה המנדטורית על כנה". השאלה אם חשש זה מוצדק צריכה אף היא להיבחן בחינה ביקורתית. יש להניח שאם הכללים לפסיקת הוצאות היו ברורים ופשוטים, לא היו הערעורים על החלטות בעניין זה רבים. לעניין זה, הגבלת הערעור על פסיקת ההוצאות של הערכאה הדיונית רק כאשר ערעור זה הוא חלק מערעור על פסק הדין לגופו אינה מסייעת רבות, שכן צדדים עלולים לערער אסטרטגית על גוף פסק הדין, רק כדי לאפשר את ערעורם על פסיקת ההוצאות.

מבטיחה פסיקת הוצאות אחידה וברורה. שתי הוראות שבכל זאת עשויות לקדם ודאות בפסיקת ההוצאות הן הוראת תקנה 157, המחייבת את בית המשפט לפסוק בתום ההליך הוצאות סבירות והוגנות ולהימנע מכך רק "מטעמים מיוחדים", והוראת תקנה 158(ד), המחייבת את בית המשפט לפרט בהחלטתו את השיקולים שהנחו אותו בקביעת שיעור ההוצאות. הוראות אלה מקדמות הבניה של שיקול הדעת השיפוטי בפסיקת הוצאות. אולם כפי שהסברתי, יש לקבוע שיקולים ברורים יותר וצפויים בתחילת ההליך, ויש לאפשר ערעור על החלטות בתי המשפט בעניינים אלה כדי להקטין את השונות בפסיקת ההוצאות בין בתי המשפט וכדי לאפשר רפורמה בסכומי ההוצאות שייפסקו.

הסעיפים הבאים מציעים כללי פסיקת הוצאות שתלויים במידה רבה בפרמטרים מדידים ונצפים בנקל (כגון סכום התביעה, הסכום שנפסק בפסק הדין, הצעות פשרה שהגישו הצדדים), ובמידה פחותה בשיקול הדעת של בית המשפט. עם זאת יש להדגיש שהפחתת שיקול הדעת של בתי המשפט אינה משמיעה את ביטולו. גם במשטר משפטי שבו שיקול הדעת של בית המשפט בפסיקת הוצאות הוא מצומצם, יכול השופט לסטות מכללי פסיקת הוצאות במקרים שהוא רואה בהם חריגים.⁷⁵ הפחתת שיקול הדעת של בית המשפט מיועדת להגדיל את הוודאות בהליך המשפטי, להקטין את השונות הלא רלוונטית בין שופטים ובתי משפט שונים ולהקטין את העלויות הנדרשות לפסיקת הוצאות המשפט.

2. פסיקת הוצאות ראליות אולם בלתי מותנות בהוצאות שהוצאו למעשה

אחת השאלות שזכו לדיון מקיף ביותר בספרות המשפטית היא מהו שיעור ההוצאות שראוי לפסוק לטובת הזוכה בהליך. בעניין זה שני כללי הקצה הם הכלל האמריקאי – שלפיו שיעור ההוצאות הוא אפס – והכלל האנגלי – שלפיו יש לפסוק לזוכה את מלוא הוצאותיו. הספרות המקיפה בנושא לא הגיעה למסקנות חד-משמעיות, שכן לכלל כלל יתרונות וחסרונות אשר מוצאים ביטויים בנסיבות שונות. במקום אחר עמדתי על השפעותיהם של כללי סדר הדין בכלל על ארבע החלטות מרכזיות:⁷⁶ א. ההחלטה אם לתבוע ולהתגונן; ב. ההחלטה כמה להשקיע בתביעה; ג. ההחלטה אם להתפשר ואם כן עבור כמה; ד. ההחלטה כיצד להתנהג לפני פרוץ הסכסוך, ובעיקר אם וכיצד לקיים את החובות שבדין. להלן אסקור סקירה כללית את המסקנות שניתן לבססן על סמך הספרות האמפירית והתאורטית בנוגע להשפעתם של שני כללי הבסיס על החלטות אלה:

(א) ההחלטה אם לתבוע ולהתגונן

לעומת הכלל האמריקאי, הכלל האנגלי מעודד תביעות שסיכויי ההצלחה שלהן גבוהים ומרתיע תביעות שסיכויי ההצלחה שלהן נמוכים. הסיבה לכך היא שעלויות התביעה תלויות בסיכויי ההצלחה בתביעה רק לפי הכלל האנגלי. לפי כלל זה, שוויין הצפוי של עלויות התביעה לתובע שווה למכפלה של סכום עלויות המשפט של התובע והנתבע בסיכויי ההצלחה בתביעה. לפיכך לפי הכלל האנגלי, סיכויי ההצלחה משפיעים לא רק על שווי

75 עניין כץ, לעיל ה"ש 9.

76 קלמנט "סדר הדין האזרחי", לעיל ה"ש 58, בפרק א – המודל הבסיסי.

התביעה הצפוי אלא גם על עלויות המשפט הצפויות. ככל שהסיכויים גבוהים יותר, כך העלויות הצפויות נמוכות יותר. לעומת זאת לפי הכלל האמריקאי, עלויות התביעה של התובע שוות תמיד לעלויותיו בפועל, ללא תלות בתוצאות המשפט. לפיכך כאשר עלויות המשפט של הצדדים דומות, הכלל האנגלי, לעומת הכלל האמריקאי, מעודד תביעות שסיכוייהן גבוהים מחצי ומרתיע תביעות שסיכוייהן נמוכים מחצי.⁷⁷ כמו כן הכלל האנגלי מעודד תביעות שעלותן גבוהה יותר ממחצית סכום התביעה, ואילו הכלל האמריקאי מעודד תביעות שעלותן נמוכה ממחצית סכום התביעה.⁷⁸ עם זאת יש לציין שהכלל האנגלי מביא לשונות גבוהה יותר בתוצאת ההליך, בעיני כל אחד מהמתדיינים. שונות גבוהה זו עלולה להרתיע צדדים מהתדיינות משפטית ולהשפיע לרעה על פשרות שיסכימו להן, בעיקר כאשר הם שונאי סיכון. אם כן, הטענה שלפיה הכלל האנגלי פוגע בזכות הגישה לבית המשפט של תובעים אינה נכונה באופן גורף.⁷⁹ לכלל האנגלי השפעה מרתיעה עקב השונות הגבוהה יותר בתוצאות המשפט. מלבד זאת, הכלל האנגלי מרתיע יותר רק את אותן תביעות ששוויין ביחס לעלויותיהן גבוה, ושסיכוייהן נמוכים. לעומת זאת הכלל האנגלי מעודד הגשתן של תביעות שבהן העלויות גבוהות ביחס לשווי התביעה, ושסיכוייהן גבוהים.⁸⁰ יתרה מזאת, אף שהספרות התמקדה בהתנהגותו של התובע, כללי פסיקת ההוצאות משפיעים גם על החלטתו של הנתבע אם להתגונן בפני תביעה שהוגשה נגדו או לא. החלטותיו של הנתבע דומות לאלו של התובע. כשם שהתובע לא יגיש תביעה שעלויותיה הצפויות גבוהות מתועלתו מהתביעה, כך גם הנתבע לא יתגונן בפני תביעה שעלויותיה

77 נניח שסיכויי התביעה הם p , סכום התביעה J , והוצאותיו של כל צד שוות ל- c . לפי הכלל האמריקאי תביעה תוגש עם עלויותיה נמוכות מ- pJ . לפי הכלל האנגלי תביעה תוגש אם עלויותיה נמוכות מ- $J/2(1-p)$. ניתן לראות שכאשר סיכויי התביעה נמוכים מחצי, יותר תביעות יוגשו לפי הכלל האמריקאי, ואילו כאשר סיכויי התביעה גבוהים מחצי, יותר תביעות יוגשו לפי הכלל האנגלי.

78 באותן הנחות המופיעות לעיל ה"ש 77, לפי הכלל האמריקאי תביעה תוגש אם הסיכוי לזכות בה גדול מ c/J . תחת הכלל האנגלי תביעה תוגש אם הסיכוי לזכות בה גדול מ $2c/(J+2c)$. ניתן לראות שכאשר עלות התביעה של כל צד נמוכה ממחצית סכום התביעה, יותר תביעות יוגשו לפי הכלל האמריקאי, ואילו כאשר עלות התביעה של כל צד גבוהה ממחצית סכום התביעה, יותר תביעות יוגשו לפי הכלל האנגלי.

79 לטענה שהכלל האנגלי מרתיע תובעים מפני מימוש זכות הגישה שלהם לבית המשפט ראו למשל: Edward F. Sherman, *From Loser Pays to Modified Offer of Judgment Rules: Reconciling Incentives to Settle with Access to Justice*, 76 TEX. L. REV. 1863, 1863–1864, 1870–1871 (1998); David A. Root, *Attorney Fee-Shifting in America: Comparing, Contrasting, and Combining the American Rule and English Rule*, 15 IND. INT'L & COMP. L. REV. 583, 607–608 (2005); Thomas D. Rowe, Jr., *American Law Institute Study on Paths to a "Better Way": Litigation, Alternatives, and Accommodation: Background Paper*, DUKE L.J. 824, 888 (1989); Issachar Rosen-Zvi, *Just Fee Shifting*, 37 FLA. ST. U.L. REV. 717, 740 (2010).

80 ראו Steven Shavell, *Suit, Settlement and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs*, 11 J. LEGAL STUD. 55 (1982) עם זאת יש לציין שככל שהכלל האנגלי מעודד את הצדדים להשקעה רבה יותר בתביעה (ראו דיון להלן), השפעתו המצננת על הגשת תביעות תהיה גדולה יותר. לניסיון לניתוח השוואתי כזה ראו Amy Farmer & Paul Pecorino, *Legal Expenditure as a Rent-Seeking Game*, 100 PUB. CHOICE 271 (1999).

גבוהות מהחיסכון הצפוי לו מניהולה. לפיכך, כלל שמעודד את הפנייה לערכאות של התובע בסוג תביעות מסוים, מרתיע את גישתו של הנתבע לערכאות, ולהפך. כאשר עלויות ההתדיינות של הצדדים אינן דומות, סיכויי ההצלחה שמעליהם הכלל האנגלי משפר את מצבו של התובע עשויים להיות שונים מחצי. כאשר עלויותיו של הנתבע גבוהות בהרבה מאלו של התובע, ישפר הכלל האנגלי את מצבו של התובע רק בתביעות שסיכוייהן גבוהים מאוד, ולהפך: כאשר עלויותיו של התובע גבוהות בהרבה מעלויות הנתבע, ישפר הכלל האנגלי את מצבו של התובע גם בתביעות שסיכוייהן גבוהים מסיכוי סף נמוך (מחצי). באופן כללי יותר, כאשר עלויות ההתדיינות של הצדדים אינן דומות, השפעתו המסנת של הכלל האמריקאי תהיה גדולה יותר על הצד שעלויותיו גבוהות, ואילו הכלל האנגלי ירתיע יותר את הצד שעלויותיו נמוכות.

(ב) ההחלטה כמה להשקיע בתביעה

הכלל האנגלי מעודד את הצדדים להשקיע יותר משאבים בתביעה, בהשוואה לכלל האמריקאי. הסיבה לכך כפולה: ראשית, לפי הכלל האמריקאי כל צד נושא בהשקעה שהשקיע בתביעה במלואה, ואילו לפי הכלל האנגלי הוא נושא בהשקעה זו רק אם הוא מפסיד. מאחר שהסיכוי לכך קטן מ-1, כל שקל שהוא משקיע עולה לו פחות משקל; שנית, התועלת לכל צד מכל השקעה לפי הכלל האנגלי גדולה יותר משום שהיא מגדילה לא רק את סיכויי לזכות בסכום התביעה (או מבחינת הנתבע, מקטינה את סיכויי להפסיד את הסכום הזה) אלא גם את הסיכויים שיזכה לשיפוי בגין כל ההוצאות שהוציא, ומקטינה את הסיכון שיצטרך לשאת בהוצאותיו של הצד האחר. ככל שהצדדים אופטימיים יותר בדבר סיכוייהם לזכות בתביעה, כך יגדלו תמריצי ההשקעה שלהם לפי הכלל האנגלי בהשוואה לכלל האמריקאי.⁸¹

עם זאת יש לשים לב שהשקעתו של צד אחד בתביעה עשויה להשפיע על השקעתו של הצד שמנגד. כך למשל ייתכן שתובע שסיכויי גבוהים ישקיע בהוכחת תביעתו במידה שתאפשר לסתור את ראיותיו של הנתבע ובכך יביא להקטנת תמריציו של הנתבע להשקיע.⁸² בנסיבות כאלה הכלל האנגלי יפעל לטובתו של הצד שסיכויי גבוהים, ויגדיל אותם עוד יותר, בהשוואה לכלל האמריקאי.

(ג) סיכויי הפשרה ותוכנה

כפי שהוסבר לעיל, הכלל האנגלי גורר עלויות משפט גבוהות יותר לשני הצדדים, אולם הוא גם מביא לכך שהשווי הכולל המונח על הכף בתביעה גדול יותר. שתי ההשפעות הללו משפיעות על סיכויי הפשרה בכיוונים הפוכים. ככל שהשווי הכולל גבוה יותר, כך סיכויי הפשרה נמוכים יותר. מנגד, ככל שהעלויות הצפויות גבוהות יותר, כך סיכויי הפשרה גבוהים יותר. יתרה מזאת, ככל שההליך מתקדם יותר, כך העלויות הצפויות פוחתות,

81 ראו Avery W. Katz, *Measuring the Demand for Litigation: Is the English Rule Really Cheaper?*, 3 J.L. ECON. & ORG. 143 (1987); Charles R. Plott, *Legal Fees: A Comparison of the American and English Rules*, 3 J.L. ECON. & ORG. 185 (1987).

82 ראו Farmer & Pecorino, לעיל ה"ש 80.

והעלויות שנצברו מצטרפות לשווי הכולל של התביעה לפי הכלל האנגלי. לפיכך הכלל האנגלי יעודד פשרות בתחילת התביעה, אולם ירתיע פשרות ככל שמתקדמים לקראת סופה.⁸³

אולם, ניתוח זה אינו שלם. גורם מרכזי לכך שצדדים אינם מתפשרים הוא הערכותיהם השונות לגבי תוצאות התביעה, אשר נובעות ממידע פרטי שבידיהם או מהטיות בהערכת סיכויים. ניתן להראות שכאשר הפערים בהערכות הצדדים נוגעים לסיכויי התביעה (להבדיל מהסכום שייפסק בה), ההשפעה המצננת על סיכויי הפשרה גדולה יותר לפי הכלל האנגלי, בהשוואה לכלל האמריקאי.⁸⁴ מאחר שהפערים הללו גדולים בתחילת התביעה, השפעתו המצננת של הכלל האנגלי על סיכויי הפשרה גדולה בתחילת ההליך. השפעה זו היא בכיוון הפוך להשפעת העלויות הצפויות, שתוארה לעיל. לפיכך קשה לחזות כיצד ישפיע הכלל האנגלי על סיכויי הפשרה, וכיצד, לעומתו, ישפיע הכלל האמריקאי.

בנוסף, כל אחד מכללי פסיקת ההוצאות משפיע לא רק על סיכויי הפשרה אלא גם על תוכנה. צד להליך לא יסכים לפשרה שמבחינתו היא גרועה מניהול ההליך המשפטי. מאחר שכללי פסיקת ההוצאות משפיעים על שווי של ההליך לכל צד, ממילא הם משפיעים גם על שווי הפשרה שיסכים לה.⁸⁵ ההשוואה בין הכלל האנגלי לאמריקאי בהשפעתם על היחס שבין שווי הפשרה לבין פסק הדין הצפוי במשפט היא מורכבת.

(ד) השפעה על התנהגות הצדדים לפני פרוץ הסכסוך

כדי לממש את מטרותיו של הדין המהותי צריך שהתביעות שיוגשו יהיו מוצדקות, שאחריותו של הנתבע תיגור מהאופן שבו קיים את הוראות הדין, ושסך האחריות המוטלת עליו, לרבות עלויות המשפט שהוא נושא בהן, תביא לכך שהתנהגותו ורמת הפעילות שלו יהיו אלו הרצויים.⁸⁶

83 למודל הכלכלי של פשרה בהליכים משפטיים ראו קלמנט "סדר הדין האזרחי", לעיל ה"ש 58, בעמ' 1012-1015.

84 ראו Shavell, לעיל ה"ש 80, בעמ' 65-66. הסיבה לכך היא שכאשר הצדדים אופטימיים באשר לסיכויי ההצלחה שלהם, סך העלויות שהם רואים לפנייהם נמוך מסך העלויות למעשה. לשם הדוגמה, נניח שעלויות המשפט של התובע הן 40 ועלויות המשפט של הנתבע הן 60. לפי הכלל האמריקאי סכום העלויות שלהם הוא 100. לעומת זאת לפי הכלל האנגלי כל אחד מהם סבור שעלויותיו שוות ל-100 כפול הסיכוי שיפסיד. מאחר שהצדדים אופטימיים, סכום הסיכויים קטן מ-1, ולכן סכום העלויות קטן מ-100 (נניח שהתובע סבור שהסיכוי שיפסיד הוא 0.3 והנתבע סבור שהסיכוי שיפסיד הוא 0.5). במקרה כזה העלויות הצפויות לתובע, לפי הערכתו, הן 30, והעלויות הצפויות לנתבע, לפי הערכתו, הן 50, וביחד – 80. לתוצאה דומה במודל שבו אחד הצדדים מחזיק במידע פרטי ראו Lucian A. Bebchuk, *Litigation and Settlement Under Imperfect Information*, 15 RAND J. ECON. 404, 412-413 (1984).

85 ראו Lucian A. Bebchuk, *The Effect of Fee-Shifting Rules on Settlement Terms* (Harvard Law Sch. Center for Law, Econ. & Bus. Discussion paper No. 202, 10/96), available at http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Bebchuk_202.pdf.

86 יש לזכור שכאשר נתבע מפר את חובותיו על פי דין, הוא גורם לא רק לנזקים לצד הנפגע אלא גם לעלויות שנדרשות להליך המשפטי בשל הפרה זו. לפיכך עליו להפנים גם את העלויות הללו. ראו SHAVELL, לעיל ה"ש 63, בעמ' 398-400.

הבעיה היא שההליך המשפטי מאופיין באי־ודאות עובדתית ומשפטית, בטעויות של הצדדים ושל בית המשפט, במידע א־סימטרי אשר מצוי בידי אחד הצדדים ולא בידי האחר ובהתנהגות אסטרטגית מורכבת של הצדדים להליך. על רקע כל אלה, בהצטרפם לקיומה של אי־ודאות גם באשר לתוצאותיו של מעשה או מחדל של הנתבע טרם פרוץ הסכסוך, הערכת השפעותיו של כלל פסיקת ההוצאות על התנהגות הצדדים לפני פרוץ הסכסוך מסובכת מאוד.

למרות זאת ניתן להצביע על כמה השפעות של כללי פסיקת ההוצאות על התנהגות הצדדים לפני פרוץ הסכסוך, אשר יכולות להנחות את הבחירה ביניהם:

ראשית, מאחר שכל התנהגות, בין במעשה ובין במחדל, גוררת תועלות ועלויות, נשיאה במלוא העלויות הללו הכרחית כדי שמי שנוקט התנהגות זו יביא אותן בחשבון בהחלטותיו כיצד לנהוג. זהו עקרון ה"הפנמה". מאחר שעלויות הסכסוך וההליך המשפטי המוגש בגינו גם הן נובעות מהפעולה או מהמחדל, הרי יש להטילן על מי שמחליט אם לפעול כאמור. לפיכך כלל מהותי המכוון את התנהגותו של הנתבע הפוטנציאלי (דוגמת כללי נזיקין במקרים שבהם הפוגע הוא מונע הנזק היעיל, ואילו השפעתה של התנהגות הנפגע על הסתברות הנזק ושיעורו מועטה) צריך להיות מלווה בכלל המטיל על הנתבע את מלוא הוצאות ההליך המשפטי. רק כך יביא הנתבע את העלויות הללו בחשבון כאשר הוא מחליט כיצד לפעול. בראייה זו, לכלל חד־צדדי המטיל את מלוא הוצאות ההליך על הנתבע כאשר הפסיד בתביעה יש יתרון ברור על פני יתר הכללים.⁸⁷

עם זאת במקרים שבהם גם התובע יכול להשפיע על הסתברות הנזק ושיעורו, על התובע לשאת בעלויות ההליך המשפטי או בחלקן כדי שיהיו לו התמריצים להתנהגות יעילה. מאחר שכללי היסוד (להבדיל מכללים מורכבים יותר שיידונו בפרק הבא) מעבירים את העלויות מצד אחד לאחר, אף אחד מהם אינו יכול לתת תמריצים להתנהגות אופטימלית לפני פרוץ הסכסוך גם לתובע וגם לנתבע. יתרונו היחסי של כלל זה או אחר תלוי בשאלה למי משניהם השפעה רבה יותר על הסתברות הנזק ושיעורו.⁸⁸

שנית, אם המטרה היא לעודד התנהגות רצויה של תובעים ונתבעים מראש, ההבדל בין עלויותיהם במקרה שבו נהגו כדין לבין מקרים שבהם נהגו שלא כדין צריך להיות מרבי. בהנחה שהליכים משפטיים מסתיימים (בדרך כלל) בתוצאות נכונות – הקובעות אחריותו של נתבע רק כאשר לא נהג כדין – כלל פסיקת הוצאות שקושר בין תוצאת המשפט לבין הנשיאה בעלויות יביא לפער מרבי בין עלויותיו של הנהוג כדין לעלויותיו של מי שאינו נוהג כדין. יתרונו של הכלל האנגלי בהקשר זה הוא ברור.⁸⁹ אולם גם כאן, ככל שאי הוודאות באשר לתוצאת ההליך גדולה יותר וככל שהסיכויים לטעות של בית המשפט הם גדולים יותר, כך יתרונו של הכלל האנגלי הופך ברור פחות.

87 ש.ם.

88 למודל שבו הן הפוגע הן הנפגע יכולים להשפיע על הסתברות הנזק ושיעורו ראו ש.ם, בעמ' 182–192, 206–199.

89 ראו Alon Klement & Zvika Neeman, *Against Compromise: A Mechanism Design Approach*, 21 J.L. ECON. & ORG. 285 (2005).

(ה) הכלל המוצע: פסיקת הוצאות בסכומים שישקפו את עלויות הצדדים במוצע אולם לא יהיו תלויות בהוצאות שהוצאו למעשה

מהניתוח לעיל עולה כי יש יתרונות בשימוש בכללי פסיקת ההוצאות כדי לתת לצדדים תמריצים בעלי משקל בהחלטותיהם לאחר פרוץ הסכסוך ולפניו. לשם כך יש לפסוק הוצאות ראליות ולא חלקיות, כפי שנוהגים בתי המשפט כיום. פסיקת הוצאות ראלית תעודד תביעות שסיכוייהן גבוהים, בעיקר כאשר שוויין אינו גבוה ביחס לעלויותיהן.⁹⁰ יתרון נוסף של פסיקת הוצאות ראליות הוא בכך שהיא עשויה לממש טוב יותר את הוראות הדין המהותי ולהשפיע על צדדים לקיים את חובותיהם החוקיות עוד טרם פרוץ הסכסוך. כפי שהסברתי, תוצאות אלה אינן ודאיות, ולכן יש לנסות ולבחון את השפעתו של כלל פסיקת הוצאות ראליות על סמך ממצאים אמפיריים שייאספו. אולם יש לשקול רפורמה בכיוון זה על יסוד היתרונות שעשויים לצמוח ממנה.

עם זאת התליית סכום ההוצאות שנפסק בהוצאות שהוצאו למעשה גוררת שתי עלויות נכבדות: האחת נובעת, כפי שהוסבר לעיל, מכך שצדדים אשר יודעים שהשקעתם תוחזר אליהם, במלוואה או בחלקה, אינם נושאים בכל שקל שהם מוציאים במלוואה. לפיכך השקעתם בהליך המשפטי גדלה. הדרך היחידה להתמודד, ולו חלקית, עם עלות זו היא לבקר את ההוצאות שהוצאו ולבחון את סבירותן. אולם אז גדלה עלותו השנייה של הכלל – זמנו של בית המשפט אשר נדרש לברר את ההוצאות שהוציא הצד שמבקשים לשפותו. אם השיפוי מוגבל להוצאות סבירות, ובעיקר כאשר מדובר בשכר טרחת עורך דין, על בית המשפט לערוך בירור מהן ההוצאות שהוצאו ואשר עומדות בתנאים לשיפוי. בירור כזה דורש השקעה נוספת של זמן ומשאבים, הן על ידי בית המשפט והן על ידי הצדדים.⁹¹ נוסף על שתי העלויות הללו, פסיקת הוצאות בסכום שהוצא למעשה רגישה להבדלים בעלויותיהם של הצדדים, באופן שעלול להיות בלתי רצוי.

מכאן שאף אם ההוצאות שייפסקו יהיו בערך שווה לעלויות הצדדים, יש להפריד בין ההוצאות שהוציאו למעשה ובין סכום ההוצאות שייפסק. מסקנה זו מנוגדת לאופן שבו בחרו התקנות המוצעות לגזור את סכום ההוצאות שייפסק מהעלויות שהוצאו למעשה.⁹² הדרך הפשוטה ביותר ליישם את העקרונות האמורים היא פסיקת הוצאות בסכום קבוע או כאחוז מהסכום שנפסק או מסכום התביעה, ב"תעריף" קבוע מראש, שיהיה שווה

90 עם זאת יש להדגיש שסיכויי התביעה אינם מעידים בהכרח על תועלתה החברתית. כאשר מידע וראיות מצויים רק בידי צד אחד להליך, סיכוייו של הצד שכנגד עשויים להיות תלויים במידע זה. לדוגמה, רופא הנתבע בתביעת רשלנות עשוי להחזיק במידע שמוכיח את התרשל. תובע שאינו חשוף למידע זה בפתחת ההליך עלול לעמוד אל מול סיכויי הצלחה נמוכים, בהנחה שברוב המקרים רופאים אינם מתרשלים. עם זאת ראוי שתביעות מסוג זה יוגשו, ולו כדי לעודד נתבעים לגלות את המידע לתובעים, מראש. לפיכך אף שבמקרים שבהם המידע שבידי הצדדים הוא סימטרי, יהיה בדרך כלל רצוי מבחינה חברתית להרתיע תביעות שסיכוייהן נמוכים, ככלל אין הדבר נכון. כלל זה אינו נכון בעיקר כאשר אחד הצדדים מחזיק במידע פרטי. לדיון בהקשר של תובענות ייצוגיות ראו אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו–2006" הפרקליט מט 131, 141–144 (2006).

91 יתרה מזאת, הבחינה איזה חלק משכר הטרחה היה סביר והכרחי לדיון מרתיעה עורכי דין מלהציג את שכר הטרחה שגבו מהלקוח. הכרותו של בית המשפט שחלק משכר הטרחה ששולם לעורך הדין לא היה הכרחי לדיון משמעותה שהתשלום ששילם הלקוח בגין חלק זה היה מיותר.

92 ראו לעיל דיון בתת-פרק א.4(ב).

בממוצע להוצאותיו של כל צד בהליך דומה. בנוסף ניתן להתנות את הסכום או האחוז שייפסק בשלב שבו נמצאת התביעה. ככל שהשלב יהיה מאוחר יותר, כך הסכום או האחוז שייפסק יהיה גבוה יותר.⁹³ מאחר שעל פי הצעה זו סכום או אחוז ההוצאות שנפסק הוא קבוע מראש ואינו תלוי בשיקול דעתו של בית המשפט, עלויות הברור הנדרשות לפסיקת שכר הטרחה מצומצמות, הודאות מראש של הצדדים באשר לשכר הטרחה שייפסק להם, אם יזכו בתביעה, גדלה, התמריץ להשקעת יתר של הצדדים מנוטרל, ונמנעות הבעיות הנובעות מחוסר סימטריה בין הוצאותיהם.⁹⁴

למעשה, ההסדר המוצע כאן מרחיב את הכללים הנוהגים בפסיקת הוצאות בתביעות פלתי"ד להליכים אחרים.⁹⁵ יתרה מזאת, הסדר כזה כבר נוהג בכמה מדינות.⁹⁶ כמובן, יש הליכים שאין להם ערך כלכלי שממנו ניתן לגזור את סכום ההוצאות שייפסק. בהליכים אלה יש לקבוע את ההוצאות בסכום קבוע, בדומה לזה שבו נוהגות תקנות האגרות.⁹⁷ כלל ההוצאות המוצע ייתן מענה גם לבעיה שנוצרה בדין הנוהג, שצדדים אינם מגישים את סכום ההוצאות שהוציאו, ובעיקר אינם מציגים לבית המשפט את שכר הטרחה ששילמו. אשר לסיבות שאינם עושים זאת ניתן רק להעלות השערות, אולם ככל הנראה הסיבות נעוצות בשיקולים של עורכי הדין ולא של לקוחותיהם. למשל, סיבה אחת שהועלתה בספרות היא שעורכי הדין אינם מעוניינים לחשוף את שכר הטרחה שהם גובים.⁹⁸ סיבה אחרת היא שהכלל שלפיו בית המשפט מתיר רק הוצאות שהיו "סבירות" מציב בפני עורך הדין בעיה. אם יקבע בית המשפט שחלק משכר הטרחה שגבה עורך הדין היה לא סביר, כיצד ייראה הדבר ללקוח, אשר כעת צריך לשאת בשכר הטרחה הזה מבלי שיקבל בגינו שיפוי מהצד שהפסיד? אם זו אכן הסיבה שצדדים אינם מציגים בדרך כלל את שכר הטרחה ששילמו, הרי גם התקנות המוצעות לא יפתרו בעיה זו, שכן גם בתקנות המוצעות אחד השיקולים שצריך בית המשפט לשקול הוא סבירות ההוצאות שהוצאו.⁹⁹ לפיכך הפתרון הוא בנייתו הקשר הישיר בין ההוצאות שייפסקו לבין ההוצאות שהוצאו למעשה.

93 להמלצה שלפיה יש לקבוע "תעריף" קבוע לכל חלק בדיון ראו דו"ח ועדת רונון, לעיל ה"ש 3, בעמ' LORD JUSTICE JACKSON, REVIEW OF CIVIL LITIGATION COSTS: FINAL REPORT ch. 15 (2009). 13-12. כן ראו

94 כאשר האחוז נגזר מסכום התביעה, הוא עשוי להשפיע על האופן שבו תובעים ינסחו את כתב התביעה שלהם. ראו להלן, תת-פרק ג.3. (ב), לדיון מקיף באפשרות זו. כאשר האחוז נגזר מהסכום שנפסק, עלולים בתי המשפט להביא זאת בחשבון כאשר הם מכריעים בתביעה לגופה. עם זאת החשש שאכן כך יהיה הוא קטן, שכן פסיקת בתי המשפט לגוף התביעה חייבת להיות מנומקת והיא חשופה לערעור, שלא כפסיקת ההוצאות.

95 ראו ס' 16 (א) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים. כן ראו Eisenberg, Fisher & Rosen-Zvi, *Attorney Fees in a Loser Pays System*, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1656-1657.

96 ראו Reimann, לעיל ה"ש 61, בעמ' 11-12.

97 ראו תק' 3 לתקנות בתי המשפט (אגרות).

98 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 150.

99 כך תק' 156 (א) קובעת שחייב בהוצאות נועד לשפות בעל דין בגין "המשאבים שנדרשו" ותק' 157 קובעת שבית המשפט יפסוק הוצאות "סבירות והוגנות". כאמור, כלל כזה הוא הכרחי אם ההוצאות נפסקות על סמך ההוצאות שהוצאו למעשה, וזאת כדי למנוע השקעת יתר של הצדדים.

3. הרחבת מסגרת הכללים לפסיקת הוצאות

שני החלקים הראשונים במתווה המוצע דנו בכללי פסיקת ההוצאות ה"ראשוניים" – כללים הקובעים את הזכות לשיפוי בין הצדדים בגין הוצאות ההליך, בסופו, בתלות בתוצאותיו. החלק השלישי משרטט מסגרת רחבה יותר של כללי פסיקת הוצאות – כללים אשר מאפשרים פסיקת הוצאות בהליכי ביניים ופסיקת הוצאות בתלות בטענות הצדדים בכתבי הטענות ובהצעות פשרה שהציעו בהליך. המסגרת הרחבה הזו מאפשרת לבית המשפט להתמודד עם חלק מהבעיות הקיימות בכללי פסיקת ההוצאות ה"ראשוניים" ולהשיג מטרות נוספות שאי אפשר להשיג באמצעות כללים אלה.

(א) פסיקת הוצאות בבקשות ובהליכי ביניים

כללי פסיקת ההוצאות ה"ראשוניים" מתייחסים לתוצאת התביעה. אולם ניתן לקבוע כללי שיפוי גם בתלות בתוצאתם של בקשה או הליך ביניים, ללא קשר לתוצאה הסופית בתביעה. לעומת כללי פסיקת ההוצאות ה"ראשוניים" המיועדים להשפיע על החלטותיהם של הצדדים אם לתבוע או להתגונן ולשפותם במידה חלקית או מלאה בגין הוצאותיהם בהליך, כאשר זכו בו, כללי פסיקת הוצאות בבקשות ובהליכי ביניים מיועדים למטרות אחרות. כללים אלה מיועדים לכוון את התנהלותם של הצדדים במהלך ההליך המשפטי, להמריצם להגיע להסכמות דיוניות ככל שהדבר אפשרי ולהרתיע מפני הגשת בקשות סרק ובקשות מיותרות ומפני סירוב חסר בסיס לבקשות מוצדקות. לכן מוקטנות עלויות ההליך מבלי שתהיה לכך השפעה על תוצאותיו.

היתרון בפסיקת הוצאות באופן זה אינו רק בהקטנת עלויות ההליך. פסיקת הוצאות באופן כזה מאפשרת למנוע התנהגות אסטרטגית של צד המעוניין להעמיס עלויות מיותרות על הצד שכנגד כדי להרתיעו מניהול התביעה ולהביאו להסכים לפשרה שתנאיה אינם מיטיבים עמו. צד המגיש בקשות מיותרות ונמנע מלהגיע להסכמות דיוניות עם הצד שכנגד ובכך מאלצו להגיש בקשות לבית המשפט, מגדיל את עלויותיו הכוללות של הצד שכנגד. לכך יש שתי השפעות בעייתיות: ראשית, עלויותו הצפויות של הצד שכנגד, אשר יודע שיידרש לדיונים רבים בבקשות ובהליכי ביניים, עלולות להיות כה גבוהות עד שניהול ההליך הופך להיות לא כדאי מבחינתו; שנית, גם אם ניהול ההליך כדאי, שוויו בניכוי עלויותיו פוחת, באופן שהופך פשרות טובות פחות, לכאלה שאותו צד יהיה מוכן לקבלן. השאלה אם אסטרטגיה כזו היא אפשרית, שכן גם הצד הנוקט אותה צריך לשאת בעלויות בגינה, נוגעת לכוחם היחסי של הצדדים במשא ומתן, לרגישותם לסיכון, וליכולתם לממן את עלויות המשפט. אולם באותם מקרים שבהם האסטרטגיה אפשרית, היא תינקט בידי צד שמרוויח ממנה באופן שמשפיע על תוצאות ההליך המשפטי ללא קשר למאפייניו המשפטיים והעובדתיים. לפיכך כללי פסיקת הוצאות אשר מותנים בתוצאה בבקשות ובהליכי ביניים, מצמצמים את האפשרות להתנהגות אסטרטגית כזו, ומיטיבים את התוצאה הסופית בהליך.

לכלל פסיקת הוצאות בהליכי ביניים ובבקשות יש עלות ברורה הנובעת מהצורך לדון בשאלת ההוצאות, נוסף על ההכרעה לגופו של עניין. ההכרעה בשאלת ההוצאות דורשת בחינה הן של ההוצאות שהוצאו הן של השאלה באיזו מידה הייתה הבקשה בקשת סרק או

להפך – עמדת המשיב הייתה עמדת סרק. עם זאת ניתן לצמצם את העלות הזו באמצעות צמצום מסגרת שיקול דעתו של בית המשפט בפסיקת ההוצאות. כך למשל כלל שיקבע הוצאות בסכום קבוע, לפי תוצאת הבקשה, ללא תלות בשאלה אם היתה בקשת סרק או לא, הוא כלל שהעלות הכרוכה ביישומו נמוכה. כדי למנוע עלויות מיותרות והכבדה על בית המשפט, פסיקת ההוצאות צריכה להיות אוטומטית, על פי תוצאת הליך הביניים ובסכום קבוע או אחוז קבוע מסכום התביעה או משוויה.

פסיקת הוצאות בהליכי ביניים אפשרית על פי התקנות הנוהגות כיום, אולם השימוש בהן מועט.¹⁰⁰ התקנות המוצעות מבקשות לשנות את הפרקטיקה הנוהגת וקובעות, בתקנה 41, ברירת מחדל לפיה יפסקו הוצאות בתום הדיון בכל בקשה, ללא תלות בתוצאת ההליך העיקרי. שינוי זה הוא מוצדק ורצוי. כפי שהוסבר לעיל, פסיקת הוצאות בבקשות ובהליכי ביניים אכן אינה צריכה להשפיע על ההוצאות שייפסקו בסוף ההליך, שכן מטרותיה, כאמור לעיל, שונות.¹⁰¹

יש לציין שתקנה 41 מאפשרת לבית המשפט שלא לפסוק הוצאות אם החליט שנסיונות העניין מחייבות זאת. מוצע כי בית המשפט לא יעשה שימוש נרחב באפשרות זו, וכי יקפיד לפסוק הוצאות, ככל הניתן בסכומים קבועים, על יסוד התוצאה בכל בקשה.¹⁰²

(ב) פסיקת הוצאות מותנית בפער שבין סכום התביעה או הסכום שהודו בו בכתב ההגנה ובין פסק הדין הסופי

כללי פסיקת ההוצאות ה"ראשוניים" מתייחסים לתוצאת ההליך כדיכוטומית – זכייה או הפסד של התובע, אולם תוצאותיו של ההליך המשפטי מורכבות יותר. לשם הדוגמה, תובע אשר תבע סך של 100 ש"ח אולם בית המשפט פוסק לזכותו רק 40 ש"ח, זכה בתביעה באופן חלקי בלבד. פער כזה עשוי לנבוע, בין היתר, מכך שחלק מעילות התביעה של התובע נדחו, או מכך שלא עלה בידו להוכיח את מלוא הנזק שטען שנגרם לו. למעשה, אם הנתבע

100 ראו עניין חזרי, לעיל ה"ש 15.

101 זו גם הייתה עמדת בית המשפט העליון בעניין חזרי, שם.

102 דו"ח ועדת רונן, לעיל ה"ש 3, המליץ על קביעת כלל שלפיו תשלום אגרה עבור הגשת בקשות ביניים כאשר תיקבע גם רשימה של בקשות ביניים שיהיו פטורות מתשלום אגרה. על מנת לאזן את העלות הנוספת של כלל זה הוצע לשקול אפשרות של הקטנת סכום האגרה הכוללת שמשלמת בגין ההליך העיקרי. הוועדה ציינה כמה טעמים להצעה זו: בעלי דין נוטים לעתים להגיש בקשות רבות, שחלקן מיותר ואינו מועיל לקידום ההליך. אם תוטל אגרה על הגשתן, יוגשו בקשות הכרחיות בלבד. כמו כן יש בקשות שהגשתן נובעת ממחדל של המבקש. כלל זה יביא את הצדדים להתאמץ ולהביא את כל החומר בפני בית המשפט מלכתחילה. ראו נספח ח' שם, וכן בעמ' 9; ראו גם החלטה 2043 של הממשלה ה-33 "ייעול ההליכים השיפוטיים בתי המשפט" 81–82 (15.7.2010), זמין ב- www.pmo.gov.il/Secretary/ GovDecisions/Documents/takziv2011.pdf. בהחלטה זו, המתבססת על דו"ח ועדת רונן, הוחלט לתקן את תקנות סדר הדין האזרחי באופן שתיקבע בהן חובת פסיקתם של הוצאות משפט ותשלום שכר טרחת עורכי דין בגין כל הליך שהתבצע בתיק המנוהל בבית המשפט, כאשר שיעורי ההוצאות ושכר הטרחה כאמור ייקבעו בידי השופט הדין בתיק על פי נסיבות המקרה הספציפי. כמו כן הוחלט לתקן את תקנות האגרות כך שיוטלו אגרות בגין הגשת בקשות ביניים בהליך האזרחי. החלטות אלה לא הוצאו אל הפועל. לבעייתיות הנובעת מהטלת אגרות על כל בקשה ללא פסיקת הוצאות בסופה ראו אלון קלמנט "הדרך ליעל את הדיון המשפטי אינה עוברת בהטלת אגרות" *The Marker* 16.8.2015 www.themarker.com/opinion/1.2708789

כפר בכתב ההגנה בכל האמור בתביעה, ניתן לומר שזכייתו של התובע היא רק ב-40% מהפער שבין סכום התביעה לבין הסכום שהודה בו הנתבע, ואילו הנתבע זכה ב-60% מפער זה.

כלל פסיקת ההוצאות יכול להתנות את ההוצאות שייפסקו במיקום של תוצאת המשפט ביחס לאמור בכתבי הטענות. התקנות המוצעות מציינות את היחס שבין הסכום שנפסק לסכום שנתבע כשיקול שביית המשפט צריך להתחשב בו בפסיקת הוצאות.¹⁰³ אולם זהו רק שיקול אחד מני רבים, הוא אינו מתייחס לסכום שהודה בו הנתבע, והוא אינו קובע בפירוט את דרך פסיקת ההוצאות, כפי שיוסבר להלן.¹⁰⁴ על פי הכלל המוצע כאן, כל סכום הוצאות שנפסק, בין שהוא שווה לסך ההוצאות שהוציאו הצדדים ובין שהוא אחוז מסכום התביעה, יחולק בין הצדדים לפי היחס בין הפרש שבין סכום התביעה לסכום שנפסק ובין הפרש שבין הסכום שנפסק לבין הסכום שהנתבע הודה בו בכתב ההגנה.¹⁰⁵

יישומו של כלל כזה בדוגמה לעיל יביא לכך שהתובע יישא ב-60% מסך ההוצאות, ואילו הנתבע יישא ב-40% מתוכן. אם ההוצאות הנפסקות שוות לסכום ההוצאות של שני הצדדים, הרי בהנחה שהוצאותיו של כל צד היו 10, סכומן שווה 20. מאחר שהתובע צריך לשאת ב-60% מהוצאות אלה, עליו לשאת ב-12, ולכן עליו לשפות את הנתבע ב-2 מהוצאותיו. לעומת זאת אם נשנה את הדוגמה ונניח שהתובע זכה במלוא התביעה, על הנתבע לשאת במלוא ההוצאות, ולכן עליו לשפות את התובע בגין הוצאותיו. במקרה ההפוך, שבו התביעה נדחתה במלואה, התובע הוא שצריך לשאת במלוא ההוצאות, ולכן עליו לשפות את הנתבע בגין הוצאותיו.

השלכותיו של כלל זה ברורות – הכלל נותן לצדדים תמריץ למתן את טענותיהם בכתבי הטענות ולהימנע מנקיטת עמדות קיצוניות. בצד התובע, הכלל מצנן את תמריצו לנפח את סכום התביעה לסכומים שסיכוייהם להתקבל נמוכים. בצד הנתבע, הכלל מעודד את הנתבע להורות בחלקים מהתביעה שסיכוייהם להתקבל גבוהים. יתר השפעותיו של הכלל דומות

103 כלל זה קבוע בתק' 158(ג) לתקנות המוצעות. תקנה זו דומה לתק' 512(ב) לתקנות הקיימות. ראו דיון לעיל, תת-פרק 4.א. (א).

104 להצעה דומה לזו המוצעת כאן ראו תק' 512(ב) לתקנות המוצעות בדו"ח ועדת רוני, לעיל ה"ש 3: "בתביעה לסעד כספי, זולת תביעה לפיצויים בשל נזק גוף כהגדרתה בתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007 יחולו ההוראות הבאות: (1) זכה התובע בפסק הדין בסכום העולה על 80% מהסכום שתבע, ישא הנתבע במלוא ההוצאות ושכר הטרחה כפי שנקבע בתקנת משנה (א); (2) זכה התובע בפסק הדין בסכום השווה ל-80% מהסכום שתבע, או למטה מכך, ישא הנתבע בשיעור ההוצאות ושכר הטרחה כאמור בתקנת משנה (א) באופן יחסי בין הסכום שנתבע לסכום שנפסק. (3) זכה התובע בפסק דין בסכום השווה לפחות מ-30% מהסכום שתבע, לא יחויב לשאת בהוצאות התובע."

105 לניתוח כללי פסיקת הוצאות המותנים במידה שבה תביעתו של התובע (או, מנגד, הגנתו של הנתבע) נמצאה מוצדקת בפסק הדין, ראו Lucian A. Bebchuk & Howard F. Chang, *An Analysis of Fee Shifting Based On the Margin of Victory: On Frivolous Suits, Meritorious Suits, and the Role of Rule 11*, 25 J. LEG. STUD. 371 (1996). ההצעה המוצעת כאן זהה במהותה לכלל פסיקת ההוצאות בגרמניה. ראו LORD JUSTICE JACKSON, REVIEW OF CIVIL LITIGATION COSTS: PRELIMINARY REPORT vol. 2, 555-558 (2009). ראו גם Burkhard Hess & Rudolf Huebner, *Cost and Fee Allocation in German Civil Procedure*, in COST AND FEE ALLOCATION IN CIVIL PROCEDURE 151, 154-156 (Mathias Reimann ed., 2012).

להשפעותיו של הכלל האנגלי, אשר נותחו לעיל, בכפוף לכך שפסיקת ההוצאות על פיו משתנה באופן הדרגתי, בהתאם לאמור בכתבי הטענות. מאחר שפסיקת ההוצאות תלויה בפער שבין סכום התביעה (הסכום שהנתבע הודה בו) ובין פסק הדין, כלל זה עשוי להרתיע ביעילות ובסקלטיביות תביעות (או טענות הגנה) שבסיסן המשפטי רעוע.

(ג) פסיקת הוצאות מותנית בהצעות פשרה של הצדדים

פסיקת הוצאות המשפט יכולה להיות מותנית לא רק בתוצאת המשפט אלא גם בהצעות פשרה שהציעו הצדדים.¹⁰⁶ הצעות פשרה אלו יירשמו אך יהיו חסויות מפני בית המשפט אשר יראה אותן רק לאחר שייתן את פסק דינו. הן לא ימנעו מהצדדים להציע הצעות פשרה אחרות, אשר לא יירשמו, ולפיכך גם לא ישפיעו על פסיקת ההוצאות.

בצורתו הפשוטה ביותר, כלל כזה יקבע שכאשר צד מציע הצעת פשרה והצד האחר אינו מקבל אותה, אזי אם התוצאה הסופית במשפט טובה לצד המציע יותר מהצעת הפשרה, ישפה אותו הצד האחר בגין כל ההוצאות שהוציא לאחר הצעת הפשרה. כך, לדוגמה אם התובע הציע הצעת פשרה על סך 50 ש"ח, הנתבע לא נענה להצעה, ופסק הדין הסופי קבע את חברותו של הנתבע ל-60 ש"ח, ישפה הנתבע את התובע בגין כל ההוצאות שהוציא לאחר הצעת הפשרה.¹⁰⁷

כלל פסיקת ההוצאות יכול להיות תלוי באופן מדויק יותר בפער שבין הצעת הפשרה ובין פסק הדין הסופי. כך למשל הכלל יכול לקבוע שכאשר התובע הציע את הצעת הפשרה, יהיה שיפוי שווה ליחס בין ההפרש שבין פסק הדין להצעת הפשרה, ככל שפסק הדין גבוה יותר,¹⁰⁸ ובין ההפרש בין סכום התביעה (כאשר התובע הציע את ההצעה) לבין הצעת הפשרה. אם סכום התביעה הוא 100, הצעת הפשרה היא 50, ופסק הדין הסופי הוא 60, יזכה התובע לשיפוי השווה ל-20% מהוצאותיו $((100-50)/(60-50))$.

מובן שכדי לקבוע כלל פסיקת הוצאות מסוג זה יש לתאר גם את ברירת המחדל – את כלל פסיקת ההוצאות החל בהיעדרה של הצעת פשרה. בדוגמאות לעיל ההנחה הייתה שכלל

106 בארצות הברית כלל 68 לכללי הפרוצדורה הפדרליים קובע כי נתבע יכול להציע הצעת פשרה, הקרויה Offer of Judgment. אם התובע אינו מקבל את ההצעה, ולאחר מכן זוכה בפסק דין ששוויו נמוך מהסכום שהוצע, עליו לשאת במלוא הוצאותיו של הנתבע, אשר הוצאו לאחר שההצעה הוצעה. בכך סוטה הכלל מכלל פסיקת ההוצאות האמריקאי, שעל פיו שום צד אינו נושא בהוצאותיו של הצד שכנגד. ראו FED. R. Civ. P. 68. בבריטניה שני הצדדים יכולים להציע הצעת פשרה, המכונה Offer to Settle. צד שרוחה הצעת פשרה שמתברר שבשבילו היא טובה מהתוצאה במשפט, יחוב בסנקציה, השונה בין תובע לנתבע. כאשר הנתבע הציע הצעת פשרה, התובע דחה אותה, ופסק הדין נמוך מהצעת הפשרה, יחוב התובע בכל הוצאותיו של הנתבע, החל מהמועד האחרון שבו היה יכול להיענות להצעה. כאשר התובע הציע הצעת פשרה, הנתבע סירב לה, ופסק הדין גבוה מההצעה, יחוב הנתבע בריבית יתר על הסכום שבו חויב בפסק הדין. ראו Civil Procedure Rules, 1998, Part 36, part 36.6 and part 36.17 (Eng.) (as amended).

107 עקרונית ניתן לקבוע שכאשר פסק הדין הסופי נמוך מהצעת הפשרה, יידרש התובע לשפות את הנתבע בגין הוצאותיו. כלל כזה יצנן כמובן את התמריץ להציע הצעת פשרה, לעומת הכלל החד-צדדי המוסבר בטקסט.

108 כאשר פסק הדין נמוך מהצעת הפשרה של התובע, הצעת הפשרה לא תשפיע על פסיקת ההוצאות, וזאת כדי שלא להרתיע צדדים מלהציע הצעות פשרה שיגרמו להם "להיקנס".

ברירת המחדל הוא הכלל האמריקאי. אולם ניתן לשלב את כלל פסיקת ההוצאות המותנה בהצעת פשרה גם עם כללים אחרים, בין היתר בדרך של החלת שני הכללים ומתן אפשרות לפסיקת הוצאות "כפולה". לדוגמה, ניתן ליצור כלל הקובע שיפוי יחסי כתלות בטענות הצדדים בכתבי הטענות ושיפוי יחסי נוסף התלוי בהצעות פשרה שהציעו, כך:

בהיעדר הצעת פשרה ייקבע שיעור ההוצאות לפי מיקומו של פסק הדין ביחס לסכום התביעה ולסכום שבו הודה הנתבע, כפי שהוסבר לעיל. כאשר התובע מציע הצעת פשרה, הוא יזכה לשיפוי בגין ההוצאות שהוציא לאחר הצעת הפשרה, אשר אינו תלוי בחלוקת ההוצאות על פי הכלל הראשון, ואשר ייקבע על פי כלל השיפוי היחסי שתואר לעיל. לפיכך בדוגמה לעיל יחולקו סך ההוצאות באופן שהתובע יישא ב-40% מהן והנתבע ב-60%, אולם התובע יזכה בנוסף לשיפוי השווה ל-20% מההוצאות שהוציא לאחר הצעת הפשרה. התוצאה הסופית היא שאם הוצאותיו של כל צד הן 10, ומתוכן חצי הוצאו לאחר הצעת הפשרה, הרי הנתבע יישא ב-13 (12 לפי הכלל הראשון, ו-1 לפי הכלל השני) והתובע ב-7. לפיכך יהיה על הנתבע לשפות את התובע בסך של 3.

יש לשים לב שלפי גישה זו, הנתבע עלול לפצות את התובע בסכום גדול מהוצאותיו אם פסק הדין הסופי יקבל את מלוא תביעתו של התובע. במקרה כזה הנתבע צריך לשאת ב-100% מסך ההוצאות שהוצאו, לפי הכלל הראשון, והוא צריך לשפות את התובע, בנוסף, בגין מלוא ההוצאות שהוציא לאחר הצעת הפשרה. לפיכך ישפה הנתבע את התובע בסכום כולל של 15.

המטרה בכללי פסיקת הוצאות המותנים בהצעות פשרה היא לעודד את הצדדים להתפשר בשלבים מוקדמים של ההליך. השפעותיהם של כללים אלה על סיכויי הפשרה ועל תוכנה זכו לניתוחים רבים ומעמיקים בספרות התאורטית והאמפירית.¹⁰⁹ המשותף לניתוחים אלה כולם הוא ניסיונם להבין את הפרמטרים המשפיעים על תוצאות המשא ומתן לפשרה בין הצדדים להליך, פרמטרים שהם רבים ומורכבים. למרות מורכבות זו ניתן להצביע על יתרונותיהם של כללים אלה בעידוד פשרות תוך שמירה על העיקרון שלפיו תוכנן של הפשרות ישקף את ערכה הצפוי של התביעה על יסוד מרכיביה העובדתיים והמשפטיים.¹¹⁰

109 ראו למשל George L. Priest, *Regulating the Content and Volume of Litigation: An Economic Analysis*, 1 SUP. CT. ECON. REV. 163 (1982); Geoffrey P. Miller, *An Economic Analysis of Rule 68*, 15 J. LEG. STUD. 93 (1986); David A. Anderson, *Improving Settlement Devices: Rule 68 and Beyond*, 23 J. LEG. STUD. 225 (1994); Tai-Yeong Chung, *Settlement of Litigation under Rule 68: An Economic Analysis*, 25 J. LEG. STUD. 261 (1996); Kathryn E. Spier, *Bargaining and the Design of Fee-Shifting Rules*, 25 RAND J. ECON. 197 (1994); Lucian Arye Bebchuk & Howard F. Chang, *The Effect of Offer-of-Settlement Rules on the Terms of Settlement*, 28 J. LEG. STUD. 489 (1999); Robert Cooter, Stephen Marks & Robert Mnookin, *Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior*, 11 J. LEG. STUD. 225 (1982); Janice Toran, *Settlement, Sanctions, and Attorney Fees: Comparing English Payment into Court and Proposed Rule 68*, 35 AM. U. L. REV. 301 (1986); Daniel L. Ward, *New Carrots and Sticks: Proposals for Reform of CPR Part 36*, 70 MODERN. L. REV. 278 (2007).

110 בדו"ח מקיף שכתב הלורד Jackson לאחר רפורמת Woolf והוגדר ס' 36 כהצלחה. ראו JACKSON, לעיל ה"ש 93, בעמ' 420. עם זאת הדו"ח המליץ לצמצם את שיקול דעתו של בית המשפט בקביעה מתי המציע זכאי לפסיקת הוצאות לטובתו, שיקול דעת שנבע מפסיקת בית המשפט בעניין Carver v. BAA.

כאמור לעיל, התקנות הקיימות כוללות את פרק ל"ג, שכותרתו "תשלום לקופת בית המשפט וממנה", אשר יכול לאפשר פסיקת הוצאות מותנית בתשלום כזה, בדומה להצעה כאן. כפי שצינתי, שימוש כזה בתקנות, אף שהוצע, כמעט שלא נעשה מעולם.¹¹¹ מאחר שהתקנות המוצעות מבטלות את התקנות בפרק ל"ג, מבוטלת לכאורה גם האפשרות (התאורטית) שהייתה קיימת בעבר לפסיקת הוצאות באופן זה.

4. כללי פסיקת הוצאות מותנים בסוג ההליך או בהסכמת הצדדים מראש

מורכבותם של כללי פסיקת ההוצאות וההשפעות השונות שלהם על ההליך האזרחי ותוצאותיו מחייבות בחינתה של האפשרות לקביעתם של כללי פסיקת הוצאות שונים בהליכים שונים.¹¹² כך למשל בהליכי תביעות קטנות, שמיועדים לעודד תובעים שתביעותיהם בסכומים נמוכים, ייתכן שראוי להחיל כלל פשוט וחד-צדדי לטובת התובע. לעומת זאת בהליכי סדר דין מהיר, ששוויים נמוך ושהמידע בהם הוא במקרים רבים סימטרי, ראוי להחיל כלל פסיקת הוצאות לטובת הזוכה, בצירוף פסיקת הוצאות מותנית בהצעות פשרה. כדוגמה נוספת, בתביעות בגין רשלנות רפואית, שבהן ראוי שנתבעים (ומבטחיהם) יפנימו את מלוא הנזק והעלויות (ובדרך כלל גם לא נקוב בהם סכום התביעה בגין נזק כללי), שבהן השפעתם של התובעים על התרחשות הנזק או שיעורו היא מועטה, ושהמידע בהן מצוי בדרך כלל במלואו בידי הנתבע, כלל ברירת המחדל יכול להיות כלל חד-צדדי לטובת התובע, בשילוב עם כללים המותנים בהצעות פשרה של הצדדים. כדוגמה אחרונה, הליכים שבהם הסעד היחיד הוא סעד הצהרתי או צו מניעה דורשים התייחסות שונה מהליכים שהסעד הנתבע בהם הוא כספי. הבחנה כזו בין סוגי ההליכים השונים יכולה להבטיח פתרון שיהיה מותאם להליך, וזאת ללא גרירת עלויות מיותרות הקיימות כיום כאשר בתי המשפט עורכים הבחנות כאלה בדיעבד, לפי שיקול דעתם.

111 plc [2008] EWCA Civ 412 כמו כן הומלץ לקבוע כלל פשוט שלפיו כאשר התובע הציע את הצעת הפשרה שסורבה וזכה בסכום גבוה מההצעה שבפסק דין, יזכה הוא לפיצוי בסך 10% נוסף על הסכום שנפסק לטובתו (עמודים 425–426 לדו"ח). כמה מחקרים אמפיריים בדקו את השפעתו של כלל פסיקת הוצאות המותנה בהצעות פשרה על הסיכוי לפשרה ועל תוכנה. חלקם הגיעו למסקנה שהכלל מגדיל את סיכויי הפשרה. ראו למשל Don L. Coursey & Linda R. Stanley, *Pretrial Bargaining Behavior within the Shadow of the Law: Theory and Experimental Evidence*, 8 INT'L REV. L. ECON. 161, 170 (1988); Albert Yoon & Tom Baker, *Offer-of-judgment Rules and Civil Litigation: An Empirical Study of Automobile Insurance Litigation in the East*, 59 VANDT. L. REV. 155, 189–190 (2006). אחרים מצאו השפעה מועטה. ראו למשל Brian G.M. Main & Andrew Park, *The Impact of Defendant Offers into Court on Negotiation in the Shadow of the Law: Experimental Evidence*, 22 INT'L REV. L. ECON. 177, 188–189 (2002).

112 ראו לעיל הדיון בתת-פרק א.1.ג).

יש לציין שאחד המאפיינים של הרפורמה המוצעת הוא ניסיונה להאחיד הליכים ולפשט ההסדרים הדינוניים בהליך האזרחי. הרפורמה מציעה לצמצם הסדרים שאין בהם, לגישת מציעי הרפורמה, שימוש בפועל. מוצע שפתיחתו של הליך אזרחי תיעשה בדרך אחת של הגשת תובענה בסדר דין רגיל תוך ביטול הסדרים מיוחדים, כגון סדר דין מקוצר והמרצת פתיחה. אשר לסדר דין מהיר מוצע לא לשנותו שינוי מהותי, אולם פתיחת ההליך תיעשה בדומה לפתיחת כל הליך אחר. ההנחה בסעיף זה היא שלמרות זאת יתקיימו כמה סוגי הליכים שונים, ושיהיה ניתן לאפיין את ההליכים בפשטות ובקלות לפי סוג העילה או הסעד.

בנוסף, כאשר יש קשר בין הצדדים קודם לפרוץ הסכסוך, ראוי לאפשר להם להתנות על כלל פסיקת ההוצאות שיחול אם יתגלע סכסוך אשר יובא לפתחו של בית המשפט. מאחר שהצדדים, מראש, יכולים לכוון את התנהגותם טרם הסכסוך ולאחריו באופן שיהיה הטוב ביותר מבחינתם, יש לכבד בדרך כלל את הסכמתם בעניין זה ולאכוף אותה. כיבוד הסכמות אלה יביא לפתרון מדויק, יעיל וצודק יותר, המותאם לצדדים ולסכסוך, כפי שהסברתי בהרחבה במקום אחר.¹¹³ מאחר שקיים חוסר ודאות בדין הקיים בשאלה אם צדדים אכן יכולים להתנות על כללי פסיקת הוצאות מראש, לפני שהתגלע ביניהם סכסוך, מוצע לקבוע אפשרות זאת במפורש בתקנות.

סיכום

נושא פסיקת ההוצאות בהליך האזרחי הוא מורכב וזכה לדיונים איך-ספור בספרות בארץ ובעולם. אולם כמו בשאלות אחרות הנוגעות לבחירה בכללי סדר הדין האזרחי, גם בנושא זה המסקנות מהדיונים הרבים אינן חד-משמעיות. הסיבות לכך הן הפער המובנה בהליך האזרחי בין האינטרס הפרטי לאינטרס החברתי, הפער בין האינטרסים של הצדדים להליך האזרחי לאחר פרוץ הסכסוך לבין האינטרסים שלהם בטרם פרץ, והקושי לנתח ולבודד את השפעתם של כללי ההוצאות על התנהגות הצדדים לפני פרוץ הסכסוך ולאחריו.

הרפורמה המוצעת בתקנות סדר הדין האזרחי, אשר מביטחה לחולל מהפכות בתחומים שונים של ההליך האזרחי, מציעה שינויים מעטים בדין הנוהג באשר לפסיקת הוצאות. עיקרם של השינויים אלה הוא בהבניה מסוימת של שיקול הדעת של בתי המשפט בהחלטותיהם אם לפסוק הוצאות ובאיזה שיעור, ובהוספת הוראה כללית המחייבת פסיקת הוצאות לאחר כל בקשה, ללא תלות בתוצאת ההליך העיקרי. למרות השינויים אלה הם בכיוון הרצוי, מציעי הרפורמה בחרו שלא לבחון לעומק שינויים מרחיקי לכת יותר באופן שבו בתי המשפט פוסקים הוצאות. בחירה זו אינה מוצדקת.

מאמר זה הציג מתווה לכללי פסיקתן של הוצאות בהליך האזרחי: הומלץ לצמצם את מרחב שיקול הדעת של בתי המשפט בפסיקת הוצאות ולקבוע כללים ברורים מראש; לקבוע את שיעור ההוצאות כאחוז קבוע מסכום התביעה או הסכום שנפסק באופן שערך יהיה שווה בממוצע להוצאותיהם של הצדדים בהליך, בתלות בשלב שבו ההליך נמצא; להתלות את פסיקת ההוצאות בסכום שנתבע, בסכום שבו הודה הנתבע ובהצעות פשרה שהוצעו בהליך; לפסוק הוצאות בסכום קבוע לזוכים בבקשות ובהליכי ביניים; להתאים את כללי פסיקת ההוצאות להליכים השונים ולמאפייניהם; לאפשר לצדדים להתנות על כללי פסיקת ההוצאות הן לפני פרוץ הסכסוך הן לאחריו.

כל אחד מחלקיו של מתווה זה יכול לעמוד בפני עצמו ואינו דורש אימוצם של כל יתר החלקים. יש לבחון את ההמלצות כולן בחינה מעמיקה, תאורטית והשוואתית ולבדקן אמפירית באמצעות התנסות מוגבלת (פיילוט) במערכת המשפט, בניסיון להגיע להסדר שיהיה צודק ויעיל.

113 ראו אלון קלמנט ודפנה קפליוק "חוזים דיוניים" עיוני משפט לג 187, 225 (2010).