

- (4) מבחן ריחוק הנזק צריך להתייחס גם לתהליך התפתחות הנזק ולא רק לסוג האינטרס שנפגע. יש לאבחן בהתאם לכך את הלכת רינגר.
- (5) ההבחנה בין תהליך התפתחות הנזק שלגביו נדרשת קירבה, לבין היקף הנזק שלגביו אין דרישה מקבילה, ניתנת להיעשות באמצעות מושג האירוע. השימוש במכשיר זה מאפשר לקבוע את התייחסות בין כללי הקשר הסיבתי לכללי ריחוק הנזק, ובין הנזק הראשוני לנזק השני והשלישי וכו'.
- (6) מבחן הצפיית אינו מבחן מתאים לריחוק נזק, גם לא ברשלנות, ויש להעדיף על פניו את מבחן הסיכון.

אגב פסיקה

תביעה נגזרת: דרכי פתיחתה וניהולה

(ע"א 52/79 פולימני נ' בראנר ואח', פ"ד לה (3) 617)

מאת

פרופ' סטיבן גולדשטיין *

א. מבוא

לא מן הנמנע יהיה זה לומר שהגשת תביעה נגזרת, דהיינו: תביעה שבה בעל מניות תובע, בשם החברה, חוב שחב הנתבע לחברה, היא תופעה שכיחה במשפט הישראלי; אולם על-אף נדירותה היחסית, מוכרת התביעה הנגזרת בישראל, וכיום אין ספק שהיא התקבלה כחלק מהמשפט הנהוג במדינה.

מאז מאמרו המאלף של א' ברק, שהיה חלוץ לפני המחנה בהציגו את הנושא ב-1969¹, בטרם נזקקו בתי-המשפט בישראל לתובענה כזאת, הוכרה התביעה הנגזרת על-ידי הפסיקה הישראלית. בשלושה פסקי-דין, שכולם נפסקו בסמיכות-זמנים מפליאה בשנת 1976, אימץ בית-המשפט העליון את התביעה הנגזרת כחלק מהמשפט הישראלי ופתח את עקרונותיה העיקריים². ב-1980 נתוסף לסידרה זאת פסק-הדין בפרשת פולימני נ' בראנר³. כן התוספו למאמרו של א' ברק עוד שני מאמרים בנדון⁴. אולם עיקר ההתייחסות לתביעה הנגזרת בארץ, הן בפסיקה והן במאמרים, נגעה בשאלת התנאים

* תודתי נתונה לצבי וילברטל על עזרתו המעולה בהכנת רשימת זו.

1 א' ברק, "דיקת התערבותו של בעל-המניה בניהול החברה על-ידי מנהליה: כוחו של בעל-המניה לתבוע על הפרת זכות על ידי מנהליה" הפרקליט כה (תשכ"ט) 333.

2 ע"א 726/74 מלגות נווהיים של חוף אכזיב בע"מ נ' צבי כהן, פ"ד ל (2) 517 (להלן: "פרשת מלגות נווהיים"); ע"א 180/75 יגאל לכיב נ' בנק לפיתוח תעשייה לישראל בע"מ, פ"ד ל (3) 225 (להלן: "פרשת לכיב"); ע"א 585/75 דבורה בן-טל נ' רם בן-טל, פ"ד לא (1) 57 (להלן: "פרשת בן-טל"). ראה גם ת"א 3479/69 ד"ר ברנמן נ' "כורי" חברת חרושת ומלאכה בע"מ, פ"מ תשל"ד (2) 95; בג"צ 284/74 אברהם אורן ואח' נ' שר המכתר והתעשייה ואח', פ"ד כט (2) 193.

3 ע"א 52/79 פולימני נ' בראנר ואח', פ"ד לה (3) 617 (להלן: "פסק-הדין" או "פרשת פולימני").

4 א' יורן, "אחריות מנהלים: אכיפתה וביטוח נגדה" משפטים ט (תשל"ט) 453; ר' בכר, "התפתחויות בדיני תביעה נגזרת" משפטים יא (תשמ"א) 174.

הדרושים להעניק לבעלי מניות "זכות עמידה" לתבוע בשם החברה, למרות אישיותה המשפטית הנפרדת של החברה. בפסק-דינו האחרון בפרשת סולימני, שהוא נושא דיוננו ברשימה זאת, התייחס בית-המשפט העליון מפורשות לשאלה, כיצד יש להגיש תביעה נגזרת ומהם דרכי ניהולה?

ב. היחס בין תביעה נגזרת ובין תקנה 29

השאלה הראשונה הנשאלת בדבר אופן הגשת תביעה נגזרת ודרך ניהולה היא, האם קיים אצלנו הסדר תהיקתי בגדון, וכוונתנו לאפשרות תחולתה של תקנה 29 לתקנות סדר הדין, תשכ"ג—1963, על ההליך האמור. וזה לשון התקנה:

"היה מספר המעוניינים בתובענה אחת גדול, יכולים מקצתם — לבקשת תובע אם הם תובעים, או לבקשת תובע או נתבע אם הם נתבעים, וברשות בית-המשפט או הרשם — לייצג באותה תובענה את כל המעוניינים".

לפי פשט הכתוב ברור, שהתקנה איננה חלה על תביעות נגזרות. אמנם בתביעה נגזרת "מייצג" בעל המניות גוף אחר, היינו: החברה, שהוא הגוף המעוניין בתביעה, אולם לא מדובר במצב שבו קיים מספר גדול של מעוניינים בתובענה אחת עד כדי כך שמספרם הגדול הוא-הוא המצדיק את הייצוג — מצב שאליו מכוונת תקנה 29. "המייצג" בתביעה נגזרת הוא אישיות משפטית אחת, היינו: החברה.

אמנם ייתכן שאנשים רבים "מעוניינים", במידה מסוימת, בתוצאותיה של התביעה הנגזרת — הלא הם כל בעלי המניות של החברה. אולם בתביעה נגזרת, בעל המניות התובע בשם החברה אינו מייצג לא את עצמו ולא את יתר בעלי המניות אלא הוא תובע אך ורק בשם החברה.

אין לטעות ולערבב תביעה נגזרת שבה תובע בעל מניות בשם החברה את זכותה של החברה עם תביעה אישית, אשר בה הוא תובע את זכותו-שלו הנובעת מהיותו בעל מניות.

אכן, קיימים מקרים שבהם קשה להחליט אם זכות הנובעת מנסיבות מסוימות שייכת לחברה, או שמא לבעלי מניותיה באופן אישי; מה גם שיתכנו מקרים שבהם נובעות שתי זכויות שונות באותן הנסיבות: האחת שייכת לחברה, והאחרת — לבעלי מניותיה. לגבי האחרונה, עשוי בעל מניות אחד לנצל, ובצדק, את תקנה 29 כדי לתבוע במרוכז את כל התביעות האישיות השייכות לכלל בעלי המניות על-ידי תביעת-ייצוג קבוצתית⁵. אולם עלינו להבדיל היטב בין תביעות אישיות של בעלי מניות אפילו הן מרוכזות בתובענה אחת ומוגשות על-ידי בעל מניות אחד בשם עצמו ובשם יתר בעלי המניות לפי תקנה 29, ובין המצב שבו בעל מניות תובע בשם החברה את זכותה-היא. רק זה

5 דוגמא לתובענה הכוללת גם תביעה נגזרת וגם תביעת-ייצוג קבוצתית עבר התביעות האישיות של בעלי המניות נמצאת בפרשה האנגלית *Prudential Assurance Co. v. Newman Industries et al.* [1980] 2 W.L.R. 339, [1979] 3 All E.R. 507; *Prudential Assurance Co. Ltd. v. Newman Industries et al.* (No. 2) [1981] Ch. 257, [1980] 3 W.L.R. 543, [1980] 2 All E.R. 841, [1982] 2 W.L.R. 31.

האחרון מהזות תביעה נגזרת.

על-אף הניתוח הנ"ל אכן ייחסו, במידה מסוימת, את תקנה 29 לתביעות נגזרות. כוונתנו היא לדברי השופט זוסמן בע"א 180/79 יגאל לביב נ' בנק לפיתוח התעשייה לישראל בע"מ ואח', שבו הוא אומר:

"אגב, תביעתו הנגזרת של בעל מניות יוצאת-דופן גם מבחינה אחרת. מקובל על בתי-המשפט לראות תביעתו של בעל מניות בודד כתביעת-ייצוג, בהתאם לתקנה 29, ולחייבו לתבוע בשמו ובשם שאר בעלי המניות (פרט לנתבעים, אם אף הם בעלי המניות). חיוב זה ייתרון מעשי בצדו, שעקב התביעה קם מעשה בית-דין, המונע בעל מניות אחר לשוב ולתבוע באותה עילה. אבל למעשה אין התובע מייצג את שאר בעלי המניות המקופחים, אלא את החברה וזכותה הוא אוכף על כורחה".⁶

כלומר: למרות שבתביעה נגזרת בעל המניות אינו מייצג את יתר בעלי המניות אלא תובע בשם החברה, "מקובל" לחייבו לתבוע גם בשם כל יתר בעלי המניות, וזאת — במסגרת תקנה 29. השופט זוסמן לא הביא כל אסמכתא לחובה זו אשר מקובל להטילה על בעל מניות בתביעה נגזרת, אולם הוא הסתמך, כנראה, על דבריו הנאים של המלומד האנגלי Gower בדבר הכלל האנגלי:

"The plaintiff shareholder should sue in a representative capacity on behalf of himself and all the other members other than the real defendants. On the face of it this seems anomalous. As we have already pointed out, the plaintiff is not really suing on behalf of the shareholders, but on behalf of the company. But the requirement fulfils a useful purpose, for it ensures that all the other shareholders are also bound by the result of the action. If, therefore, judgment is given for the defendants a second derivative action cannot be brought by another member, for the matter will be *res judicata* as regards all of them".⁷

אין לחלוק על כך, שיש להתנות את השימוש בתביעה נגזרת במתן הגנה לנתבע מפני ריבוי תביעות נגזרות המוגשות על-ידי בעלי מניות שונים. ברם, עם כל הכבוד הן למלומד הישראלי והן למלומד האנגלי, עלינו לחלוק על הקביעת שפתרון הבעיה נמצא בהחלת תקנה 29 על תביעות נגזרות. הן זוסמן והן Gower מסכימים, שעקרונית תקנה 29 אינה חלה בעניין תביעות נגזרות. וככל-זאת הם רוצים להחילה, אף כי בדרך מלאכותית ביותר, אך ורק כדי להשיג את המטרה הנכספת, היינו: השתקם של יתר בעלי המניות על-ידי קשירתם לתוצאות הנובעות מהתביעות הנגזרות. לעניות דעתנו, אין צורך להיעזר בתקנה 29 דווקא כדי להגשים שאיפה זו. אין חולקים על כך שבכל

6 (לעיל, הערה 2), עמ' 229, ראה גם אברהם אורן ואח' נ' שר המסחר והתעשייה ואח' (לעיל, הערה 2), עמ' 195, מול האות א.

7 Gower, *The Principles of Modern Company Law* (London, 4th ed., 1979) 652.

תביעה נגזרת צירוף החברה כבעל-דין הוא חובה⁸, וזאת כדי שיהיה אפשר להעניק לה את פירות הנצחון אם אכן יוכה בעל המניות, וכדי להשתיקה על-ידי מעשה בית-דין אם יפסד בעל המניות. Gower גורס שחובת צירוף החברה במגמה להבטיח את השתקתה יחד עם צירוף שאר בעלי המניות להליך על-ידי השימוש המלאכותי בתקנה האנגלית המקבילה לתקנה 29 אצלנו – צירוף שאכן מבטיח את השתקתם – מביאים יחדיו להשגת המטרה של מניעת ריבוי תביעות.⁹

אולם, לדעתנו, לאחר שהחברה עצמה הושתקה ומנועה מלהגיש תביעה משלה בגדון, אין צורך למכשיר בוסף כדי להשתיק את יתר בעלי המניות מלהגיש עוד תביעות נגזרות. עלינו לזכור כי מדובר בתביעה נגזרת מתביעתה של החברה. כאשר החברה מושתקת ומנועה מלהגיש תביעה אין ממה לגזור את התביעה הנגזרת. לפיכך מיותר השימוש בתקנה 29 המיועד להשיג מטרה זו.

גישה זו היא, כנראה, גישת המשפט האמריקני הפדרלי בגדון. אין ספק, שלפי המשפט האמריקני הפדרלי מושתקים בעלי מניות אחרים בעקבות תוצאותיה של תביעה נגזרת, בין אם הן לטובת בעל המניות התובע ובין אם הן לרעתו, וזאת רק כתוצאה מן החובה לצרף את החברה כבעל-דין וללא שום צורך לתבוע בשם בעלי המניות האחרים.¹⁰ נכון הוא, שהמקורות האמריקניים אינם מרבים לפרט את בסיסו של השתק זה החל כלפי יתר בעלי המניות, אולם כבי' השופט L. Hand, אחד המשי-פטנים הדגולים שבתולדות ארצות-הברית, הטעים בפירושו כי השתקת יתר בעלי המניות נובעת מהשתקת החברה עקב היותה בעל-דין. בפרשת *Greenberg v. Giannini*¹¹ זכה הנתבע Giannini בטענתו, שאין לתובעו כיוון שהחברה Transamerica Corp. לא צורפה לתובענה כדין, ואלה הם דברי השופט:

"It is hornbook law that the claim is the corporation's and for that reason the delinquent directors will not be protected by any judgment which does not conclude the corporation. If they succeed in defeating the action, *other shareholders may bring another*; if the recovery is too little, the same thing is possible. Therefore, as soon as the service of process upon the Transamerica Corporation was set aside in the case at bar, it became inevitable that the complaints against Giannini should be dismissed¹²".

(הדגשה שלנו. פ. 5.)

מן הראוי להוסיף עוד, כי למרות דבריו הנ"ל של כבי' השופט זוסמן, לא נמצא בשום פסק-דין ישראלי אחר העוסק בתביעה נגזרת כל רמז, לא בכותרות פסקי-הדין ולא

8 ינאל לביב ב' בנק לפיתוח תעשייה לישראל בע"מ (לעיל, הערה 2), עמ' 195; ד"ר ברנמן ב' "כור" חברת תרופות ומלאכה בע"מ (לעיל, הערה 2), עמ' 98–99; J. W. Moore, [1] 23.2.21 (Albany, 2nd ed., 1948), Vol. III B, para. 23.2.21.

9 (לעיל, הערה 7), עמ' 652.

10 ראה Moore (לעיל, הערה 8) para. 23.1.24.

11 *Greenberg v. Giannini et al.* 140 F. 2d 550 (1944).

12 שם, עמ' 554.

בדרך ניהול תהליכים הלכה למעשה, שהתובענה אכן הוגשה לפי כללי תקנה 29. המסקנה המתבקשת היא, שתביעות אלה אכן לא הוגשו לפי הכללים הקבועים בתקנה 29. המצב באנגליה שונה במקצת מכיוון ששם המקובל הוא, או לפחות היה מקובל — כאמור בדבריו של Gower — להגדיר את התובענה כמוגשת "על-ידי פלוני (בעל מניות) עבורו ועבור כל יתר בעלי המניות של החברה". למרות זאת, פסקי-הדין האנגליים אינם כוללים שום רמז, שהתליכים אכן התנהלו לפי כללי התקנה האנגלית המקבילה לתקנה 29 הישראלית.

מכל-מקום, בפרשת פולימני הסכימו שני השופטים שנוקו לשאלה (כב') הנשיא לנדוי וכב' השופט אלון)¹⁴, שהוראות תקנה 29 אינן חלות על תביעות נגזרות ואין להגיש תביעות נגזרות בדרך הקבועה בתקנה. לדעה זו יש סימוכין גם באנגליה בפסקי-דינו של הלורד Denning בפרשת *Wallersteiner*¹⁵.

גם אם אין כיום ספק, שתקנה 29 איננה מהווה הסדר תחיקתי להגשתן של תביעות נגזרות, אין זה אומר כי לא קיים קשר כלשהו בין סוג התביעות המוגשות לפי תקנה 29, או שעשויות להיות מוגשות לפי תקנה זו אם יתקבל פירוש רחב יותר לתקנה¹⁶, ובין תביעות נגזרות. בשני המקרים מדובר בתביעות המוגשות על-ידי התובע בשם אחרים, כאשר "הנציג" יוזם את התהליך ללא הסכמתו מראש של "המיוצג". בנקודה זו חמור יותר מצבו של "המיוצג" בתביעה נגזרת ממצבו בתביעה-ייצוג קבוצתית, משום שבתביעה נגזרת החברה "המיוצגת", כביכול, לא רק שלא הסכימה מראש לניהול התביעה בשמה, אלא שלפי החלטת האורגן הממונה שלה היא מתנגדת לו.

יתירה מזו: בשני המקרים עניינו הכספי האישי של הנציג בתביעה הוא בדרך-כלל קטן מאוד לעומת סך-הכול שנתבע עבור המיוצגים. מצב זה מעורר חשש מפני שימוש לרעה בהליכים אלה, על חשבון הנתבע או על חשבון המיוצגים. נתבע העומד בפני תביעה גדולה, ייתכן שיהא נוטה להשתדל "ליישב" את העניין עם הנציג אפילו אם הוא סבור שאינו חייב, מכיוון שאם בסופו-של-דבר יחויב בדיון, הרי שייאלץ לשלם את הסכום הגדול במלואו. מצב זה מאפשר שימוש לרעה במכשירים אלה כאמצעי "סחיטה". לעומת זאת, במקרה שאכן הנתבע חייב — ייתכן שהתובע-הנציג יהיה מעוניין ביישוב המחלוקת בדרך של קבלת "שוחד" תמורת הסכמתו להפסיק את התליך; שכן, כאמור לעיל, עניינו הכספי של התובע בסכום הנתבע הכולל הינו, בדרך-כלל, קטן מאוד יחסית. ייתכן אפוא שהתובע-הנציג יסתפק בקבלת שווי עניינו האישי כפול

13 מדובר בשני פסקי-דין ינאל לביב נ' בנק לפיתוח תעשייה לישראל בע"מ (לעיל, הערה 2) ודבורה בן-טל נ' רם בן-טל (לעיל, הערה 2); שהם פסקי-דין היחידים שבהם הוגשו תביעות נגזרות ממשיות. ראה גם הדיון להלן.

14 פסקי-הדין, עמ' 625, 633. הנשיא לנדוי השכיל להבחין בין התביעה הנגזרת שבה בעל מניות תובע בשם החברה את זכותה ובין תביעה-ייצוג קבוצתית, שבה בעל מניות תובע בשמו ובשם יתר בעלי המניות את תביעותיהם האישיות.

15 *Wallersteiner v. Moire* (No. 2) (C.A.) [1975] 2 W.L.R. 389, [1975] 2 All E.R. 849, [1975] Q.B. 373 (C.A.).

16 לגבי תביעות-ייצוג קבוצתיות כבר הרחבנו את הדיבור בשני מאמרים: ס' גולדשטיין, "תביעות-ייצוג קבוצתיות — מה ועל שום מה?" משפטים ט (תשל"ט) 416; ס' גולדשטיין, "עוד בעניין תביעות-ייצוג קבוצתיות — ההתפתחות במשפט האנגלי" משפטים יא (תשמ"א) 412.

פעמים רבות, וכן תשלום לעורך-דינו, וכל-זאת — על חשבון המיוצגים; בכך נוצרים התנאים המעודדים סחיטה ושחד.¹⁷

ואכן, כדי להגיש את הקירבה שבין ההסדרים, נציין כי עד לתיקון התקנות הפדרי-ליות בארה"ב ב-1966 הוסדרה הגשת תביעה נגזרת שם בתת-תקנה לתקנה 23, הלא היא התקנה העוסקת בתביעות-ייצוג קבוצתיות.

ב-1966 הותקנה תקנה חדשה להסדר תביעות נגזרות — היא תקנה 23.1. תקנה זו כוללת, בין היתר, הוראות בדבר פיקוחו של בית-המשפט על ניהול ההליך — בדומה לפיקוחו על ניהול תביעות-ייצוג קבוצתיות — במיוחד במה שנוגע להגנותו של הייצוג, לצורך בהסכמת בית-המשפט ליישוב הסכסוך בדרך של פשרה בין הנתבע ובין התובע, בעל המניות, ולעניין הפסקת התובענה מרצונו של התובע, בעל המניות.¹⁸

מבלי להתייחס לפרטי ההסדר האמריקני ומבלי לאמצם מראש, מן הראוי להקדים ולומר שלפי דעתנו נכון יהיה לקבוע הסדר לעניין תביעה נגזרת הדומה להסדר הרצוי בדבר תביעות-ייצוג קבוצתיות.¹⁹ ברם, בטרם נדון ברצוי עלינו לסקור את המצוי לגבי הגשת תביעות נגזרות בארץ, ובעניין זה מן הראוי יהיה להפריד הדיון בשלושת פסקי-הדין שקדמו לפרשת סולימני, שבהם לא דן בית-המשפט העליון מפורשות בשאלה כיצד מגישים תביעות נגזרות מן הדיון בפרשת סולימני, שבה היתה זאת הפלוגתא העיקרית.

ג. הגשת תביעות נגזרות בארץ — הניסיון שקדם לפרשת סולימני

פסקי-הדין הראשון בניסיון זה הוא פסקי-הדין בפרשת מלונות נווהיים של חוף אבויה בט"מ ואח' נ' צבי כהן ואח' ²⁰, שנפסק בבית-המשפט העליון ב-1976. בפרשה זו חפץ בעל מניות, בין היתר, לחייב את החברה לממש עיסקה מסוימת בינה לבין צדדים שלישיים למרות החלטת מועצת-המנהלים שלה שלא לעשות כן. לכן פנה הלה בבקשה בדרך המרצה לבית-המשפט המחוזי וביקש לצוות על החברה להגיש תביעות נגד הצדדים השלישיים לאכיפת חוזה לרכישת מקרקעין. הבקשה הוגשה אך ורק נגד החברה ומנהליה ולא נגד הצדדים השלישיים.

17 במקום אחר כבר דנו בבעיה זו בקשר לתביעות-ייצוג קבוצתיות. ראה ס' גולדשטיין, "תביעות-ייצוג קבוצתיות — מה ועל שום מה?" (לעיל, הערה 16), עמ' 427—432. השווה את הדיון על תביעות נגזרות אצל א' ברק (לעיל, הערה 1), עמ' 504—506, וכן אצל השופט אלון בפסקי-הדין, עמ' 624—625.

18 סקירה מקיפה על תקנה 23.1 נמצאת אצל Moore (לעיל, הערה 8) para. 23.1. ניתוח הסדר לגבי תביעות-ייצוג קבוצתיות נמצא בשני מאמריו שכתבנו על נושא זה (לעיל, הערה 16).

19 כבר הבענו את דעתנו בדבר ההסדר הרצוי לגבי תביעות-ייצוג קבוצתיות. ראה ס' גולדשטיין, "תביעות-ייצוג קבוצתיות — מה ועל שום מה?" (לעיל, הערה 16), עמ' 443—451. ראה גם ס' גולדשטיין, פיתוח שיטת תביעות ייצוג קבוצתיות כמגן לצרכן (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, ירושלים 1978) 56—74.

20 לעיל, הערה 2.

בתצהיר-ההגנה שהוגש מטעם החברה נטענו טענות שונות, ביניהן זו שגרסה כי לבעל המניות המבקש לא היה שום מעמד בחברה משום שעסקת רכישת שליש ממניות החברה על-ידי חסרה תוקף משפטי. בתגובה לטענה זו, הוסיף המבקש לבקשת המקורית עתירה לחייב את החברה לרושמו בפנקס החברים כבעל שליש ממניותיה.

בשלב זה נתן בית-המשפט המחוזי לחברה, לפי בקשתה, שתי ארכות רצופות לשם מימוש החוזה עם הצדדים השלישיים. כאשר עברו הזמנים הללו ודבר לא נעשה, נענה בית-המשפט המחוזי לבקשת המבקש בדבר תיקון הרישום בפנקס החברים "וגם נתן לו היתר והוראה להגיש בשם החברה תביעה נגורת של בעל מניות (derivative action) לאכיפת החוזה" עם הצדדים השלישיים²¹ (ההדגשה שלנו. פ.ג.).

ההחלטה לתת היתר והוראה להגשת תביעה נגורת במקום לצוות על החברה עצמה לתבוע את הצדדים השלישיים באה, כנראה, בעקבות השתלשלות העניינים כדלקמן: בא-כוחה של החברה טען, שאפילו אם החברה היתה מכירה במבקש כבעל שליש ממניותיה, הרי בעלי שני השלישים האחרים החליטו שלא לתבוע את הצדדים השלישיים, ובמצב כזה אין מקום לאפשר למיעוט לשוב ולדרוש שהחברה תתבע, "ומכל-מקום — על המיעוט להבטיח את הוצאות התביעה"²².

על שתי החלטות אלה, היינו: תיקון פנקס החברים ומתן היתר והוראה למבקש להגיש תביעה נגורת, ערערו המשיבים לבית-המשפט העליון. הלה, בדחותו את הערעור, דן באריכות הן בשאלת תיקון פנקס החברים והן בשאלה, האם בנסיבות הפרשה קמה למבקש זכות עמידה להגיש תביעה נגורת.

מתבקשת השאלה מנין הפסיקה המשוונה הזו. מתן "היתר והוראה" מבית-המשפט לקראת הגשת התביעה, וזאת דווקא בתליך נפרד מהתביעה עצמה? למרבה הפלא, הליך זה גובע, לכאורה, מן הניתוח העיוני המקורי של התביעה הנגורת כפי שנעשה בפסיקה האנגלית. המשפט האנגלי הכיר בעיקרון שלפיו רק אורגניה המוסמכים של חברה רשאים לתבוע בשם החברה. אולם מה ניתן לעשות כאשר אלה אשר היו צריכים להיות נתבעים על-ידי החברה הם השולטים באורגנים אלה? במצב כזה, בלשון הלורד Denning:

"In one way or another some means must be found for the company to sue. Otherwise the law could fail in its purpose. Injustice would be done without redress"²³.

וכן כבר בפסק-הדין האנגלי המנחה בנושא התביעה הנגורת *Foss v. Harbottle*²⁴. משנת 1843, נזכרת האפשרות שבנסיבות מוגדרות יכולה החברה לתבוע:

"This suggestion found its fulfilment in the *Merryweather* case (...). It was accepted there that the minority shareholders might file a bill

21 שם, עמ' 520 וראה גם שם, עמ' 528, שבו משתמש בית-המשפט העליון בביטוי "הרשות וההוראה" בהתייחסו להחלטת בית-המשפט המחוזי.

22 שם, עמ' 527.

23 *Wallersteiner v. Moire* (no. 2) (C.A.), (לעיל, הערה 15), עמ' 395 ב'-W.L.R. 24 Hare 467 (1843).

asking leave to use the name of the company: (and if the specified conditions were met) (...) the court would appoint the minority shareholders as representatives of the company to bring proceedings in the name of the company against the wrong-doing directors. By that means the company would sue in its own name for the wrong done to it. That would be, however, a circuitous course (...).

To avoid the circuitry, Lord Hatherley L.C. held that the minority shareholders themselves could bring an action in their own names (but in truth on behalf of the company) against the wrong-doing directors for the damage done by them to the company, provided always that it was impossible to get the company itself to sue them"²⁵.

דהיינו: התליך המפוצל צמח, אמנם באופן טבעי, מבסיסה העיוני המקורי של התביעה הנגזרת, אולם בהמשך השנים ייתרה הפסיקה האנגלית את הצורך בהגשת בקשה מיקדמית לבית-המשפט כדי שבעל המניות יוכל להגיש תביעה בשם החברה. גם בארץ, בשני המקרים שנדונו לאחר פרשת מלחיות נוהדים, ואשר נפסקו אף הם על-ידי בית-המשפט העליון ב-1976, נטשו בעלי המניות-התובעים את "הדרך הפתול-תלה" של תובענה טרומית לקבלת היתר להגיש תביעה נגזרת, והגישו את התביעות הנגזרות במישרין.

בע"א 57/75 רבורה בן-טל נ' רם בן-טל ואח'י²⁶, הוגשה התביעה הנגזרת כתביעה רגילה בדרך של כתב-תביעה אשר בו בעל המניות תבע את הנתבע האמיתי וצירף את החברה כנתבעת נוספת, בעוד שבע"א 180/75 יגאל לכיב נ' בנק לפיתוח תעשייה לישראל בע"מ ואח'י²⁷ הוגשה זו בדרך של המרצת פתיחה, שאליה צורפו כמשיבים הן החייב לחברה והן החברה.

אולם אין להבדל שבין אופני הגשתן של שתי התובענות האלה—זו על דרך של כתב-תביעה וזו על דרך של המרצת פתיחה—כל השפעה בדבר נושא דיונו, היינו: אופן הגשת תביעות נגזרות. זאת, משום שההבדל לא נבע מהעובדה כי הוגשו תביעות נגזרות דווקא, אלא מהשוני בין הסעדים שנתבקשו בשתי התובענות. בפרשת לכיב, הסעד המבוקש היה הצהרה ולכן המקרה התאים להמרצת פתיחה. לעומת זאת, בפרשת בן-טל ביקש בעל המניות פיצויים עבור החברה—סעד שחייב אותו להגיש את התוב-ענה על-ידי מסירת כתב-תביעה. בשני המקרים הוגשו תובענות רגילות ללא כל ייחוד

25 Wallersteiner v. Moire (no. 2) (C.A.) (לעיל, הערה 15), עמ' 395 ב" W.L.R. מתמקורות האנגליים לא ברור מה טיב המינוי הדמיוני הזה. האם הוא מעין מינוי של אפוטרופוס-לדין או ידיד קרוב. השווה את סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסית, תשכ"ב-1962, ואת תקנות סדר-הדין האזרחי, תשכ"ג-1963, תקנות 32-35; או שמא מדובר לא במינוי נאמן אלא בהעברת סמכות לתבוע עבור החברה מאורגן אחד שלה (מועצת-המנהלים או ההנהלה) לאורגן אחר (בעל המניות). ניתוח שאלה זו, לרבות ההשפעות שתיכונה לתשובה עליה, היה חורג מנושא הדיון של המאמר.

26 לעיל, הערה 2.

27 לעיל, הערה 2.

הנובע מהיתכן תביעות נגזרות, וזה עיקר ענייננו²⁸. באף לא אחד מפסקי-הדין הללו התייחס בית-המשפט העליון במישרין לשאלה, מהי הדרך הנכונה להגשת תביעה נגזרת. ברם, כפי שיתברר להלן, הדרך שבה הוגשו התובענות אכן השפיעה על התייחסותם של כמה שופטים לפלוגתות שהתעוררו ביניהם.

ד. פרשת סולימני

לדרך הנכונה של הגשת תביעה נגזרת התייחס בית-המשפט העליון מפורשות רק ב-1980, בפרשת סולימני. במשפט זה הגיש בעל המניות לבית-המשפט המחוזי בקשה לקבלת פסק-דין הצהרתי שיקבע כי הוא זכאי להגיש תביעה נגזרת בנסיבות המקרה המוצג. תובענה זו הוגשה בדרך של המרצת פתיחת המשיבים היו שני מנהלי החברה, שלפי טענת המבקש היו חייבים לחברה עקב הפרתם את חובת הנאמנות כלפיה וכן החברה עצמה. בית-המשפט המחוזי נענה לבקשה ונתן את פסק-הדין ההצהרתי שנת-בקש. על החלטה זו הוגש ערעור לבית-המשפט העליון. שם נחלקו הדעות. כב' השופט אלון חייב את ההליך שהשתמש בו במשפט זה. לדעתו, הליך זה לא רק מותר אלא רצוי. אולם הוא נרתע מלפסוק שזה אכן ההליך הבלעדי להגשת תביעה נגזרת.

בחייבו הליך זה, לא התעלם השופט אלון מהקשיים הנגרמים כתוצאה מפיצול התוב-ענה. אדרבה: הוא הזכיר ש"בדרך-כלל מן הראוי למנוע פיצול התדיינות ודיונים כפולים שיש בהם להטריד את הנתבע, להכביד על בירור יעיל ותכליתי של התביעה ולבזבז את זמנם של בתי-המשפט, העמוסים לעיפה"²⁹. לכן חזר השופט אלון ואישר את ההלכה הקובעת, שבדרך-כלל אין לתת לתובע לפצל תובענה ולתבוע הצהרה בלבד כאשר לתובע סעד מלא ממשי שהוא יכול לתבוע³⁰.

אולם, לדעתו, מתקיימות בתביעות נגזרות נסיבות מיוחדות המצדיקות את הפיצול, וזאת משום שבתביעה נגזרת בעל המניות איננו תובע את זכותו-הוא, אלא את זכותה של החברה עם כל ההשפעות שהזכרנו לעיל בדבר האפשרות שבעלי המניות ינסו לנצל לרעה את התביעה הנגזרת כמכשיר סחיטה.

אי-לכך, לדעת השופט אלון "מן הדין ומן הרצוי הוא" שבדיון נפרד, ולפני היכנס בית-המשפט לבירור התובענה ממש, ידון ויכריע בית-המשפט בבקשה בדרך המרצת פתיחה להגשת תביעות נגזרות בשתי השאלות הבאות: "האחת, אם יש לו לבעל המניות, לכאורה, זכות עמידה לשמש כתובע בשם החברה; והשאלה השנייה, אם מצויה תוכחה לכאורה בדבר קיומה של עילת תביעה מטעם החברה כנגד מנהל הנתבע"³¹.

בנמקו את דעתו, הסתמך השופט אלון גם על הליך מיוחד בדבר תביעות נגזרות שהציע באנגליה הלורד Denning בחוות-דעתו בפרשת Wallersteiner, כדי שיובטח מראש לבעל המניות התובע שהחברה תשא בהוצאותיו אפילו אם יפסיד בתביעה הנג-

28 ראה גם ד"ר ברנמן נ' "כור" חברת חרשות ומלאכה בע"מ (לעיל, הערה 2).

29 פסקי-הדין, עמ' 623.

30 שם, עמ' 623-624; ראה ע"א 227/77 בנק ברקלים דיסקונט בע"מ נ' ברנר ואח', פ"ד לב (1) 85, 90.

31 פסקי-הדין, עמ' 625-627.

זרת שהוא מגיש בשמה³². לצורך הבטחת החזר הוצאותיו, כנ"ל, מציע הלורד Denning שייערך בירור טרומי לפני הרשם על סיכוייה של התביעה להצלחה, ואם לאחר בירור זה יחליט הרשם שעילת התביעה הנגזרת סבירה, על החברה לשאת בהוצאות בעל המניות התובע אף אם תידחה התביעה בסופו של דבר.

נמצא, כי המלצתו של הלורד Denning אינה מתייחסת אלא לשאלה ספציפית הנוגעת למימון התביעה הנגזרת, ואין בה כדי ללמדנו על הדרך הדיונית הנאותה להגיש תביעה נגזרת.

לעומת דעתו הנ"ל של השופט אלון, הביע כב' הנשיא לגדוי את דעתו הנחרצת שאין להתיר פיצול התובענה בהגשת תביעות נגזרות, ואלו הם דבריו התקיפים:

"דעתי היא שהמראצת פתיחה, שהיא נושא הערעור הזה, צריכה היתה להידחות על הסף, מפני שהדרך הדיונית של פיצול ההליכים, שבה בחר המערער בהגשתה, אין לה בסיס בדין ובפסיקתו של בית-משפט זה, וגם יעול ההליכים אין בה – והשתלשלות הדיונים עד כה תוכיח:

המראצת הפתיחה הוגשה ביום 23.11.77, היא הגיעה לדיון בפברואר 1978. נותני התצהירים – המערער מזה, והמשיב הראשון (להלן – המשיב) מזה – נחקרו חקירה נגדית, ולאחר-מכן הוחלט בגלל ריבוי התומר שבתיק, כמו שכתבה השופטת המלומדת, על סיכומים בכתב. אלה הוגשו, ובספטמבר 1978 הגישו פרקליטי-הדין בקשה להחשת מתן ההחלטה בהמראצת פתיחה. על בקשה זו רשמה השופטת, כי בגלל עומס העבודה בתיקים דחופים יותר יינתן פסק-הדין אחרי סוכות תשל"ט. פסק-הדין ניתן ביום 7.12.78. הוגש ערעור לבית-משפט זה, שגם בו הוגשו סיכומים בכתב, ורק עתה, ביוני 1980, אנו עומדים לפני מתן פסק-הדין בערעור – כל זאת עדיין בשלב מיקדמי של ההליכים. עתה מציע חברי הנכבד השופט אלון, שהדין יחזור לערכאה הראשונה כדי שיתחיל עכשיו השלב השני בדיון הדו-שלבי, שבו הוא דוגל בחוות-דעתו. בוודאי יסכימו הכול, שאין זו דוגמא טובה לאותו דיון מהיר, נוח וזול, שאליו יש לחתור – ושוב מתאמת לקח הנסיון המעשי, שהדרך הנראית, לכאורה, קצרה יותר ויעילה יותר, ואולי היא גם מושכת את הלב מבחינה עיונית גרידא – מתגלית לבסוף כדרך הארוכה והמסורבלת. חברי הנכבד מציע, שבשלב הראשון יברר בית-המשפט שתי שאלות בירור, לכאורה, לאמור:

- (א) האם יש למערער זכות לעמוד בדין בשם החברה בתביעה נגזרת?
- (ב) האם הוכיח המערער, וגם זאת לעת-עתה רק לכאורה, שיש לחברה, שהוא מבקש לייצגה בתביעה, עילת תביעה טובה נגד הנתבע? אני מגיש, שגם לפי שיטה זו יהיה הצורך לא רק בבירור לכאורה, במה שנוגע לשאלה הראשונה, אלא בבירור מלא וסופי, שאם לא כן אינני רואה טעם בהנהגת היגיון דו-שלבי אף לפי שיטה זו עצמה. העיקר הוא אפוא הדיון בעילת התביעה שיש או אין לחברה. בנדון זה אין ספק בלבי, שבירור לכאורה

32 (לעיל, הערה 15), עמ' 397 ב"ב, W.L.R., דברי הלורד Denning בנדון מובאים במלואם על-ידי השופט אלון בפסק-הדין, עמ' 626.

בשלב הראשון, ללא הכרעה סופית, על-מנת שהבירור היסודי יחזור ויתקיים רק בשלב השני, אם נמצאה תחילה עילה טובה לכאורה – אך יגרום לכפי-לות, שהיעילות ממנה והלאה.³³

הפטיר הנשיא לנדוי והסתמך על ההלכה הפסוקה שאין להתיר פיצול תובענה על-די הגשת המרצת פתיחה לשאלות טרומיות לפני הגשת התביעה העיקרית, אלא אם קיימות נסיבות מיוחדות ביותר, מצב שאינו קיים – לדעתו – כאשר מוגשת תביעה נגזרת כמיון שלל הנשיא לנדוי את הסתמכותו של השופט אלון על השיטה האנגלית שהציע הלורד Denning, משום ששם מדובר בדיון שמתנהל על-פי צד אחד. לבסוף מעיר הנשיא לנדוי:

"שגם את תביעה נגזרת תתנהל בהליך אחד כולל לפי שהיא חייבת – לדעתי – להתנהל, עדיין יוכל הנתבע לבקש שבית-המשפט יחתוך את גורל התביעה בשלב מוקדם, זאת בבקשה לדחיית התביעה על הסף. אבל כידוע, דן בית-המשפט בבקשה כזאת על-פי ההנחה, שכל הנטען בפרשת התביעה יוכח, ולמרות זאת דין התביעה להידחות – מה שאין כן בבירור, שבו נדרש התובע להוכיח את תביעתו, ולא רק לכאורה".³⁴

33 פסקי-הדין, עמ' 631.

34 שם, עמ' 633–634. בחוות-דעתו הקצרה לא התפתה השופט השלישי, מ"מ הנשיא ח' כהן, להאריך בפלוגתאות שלגביהן נחלקו דעותיהם של חבריו. לעומתם פתר השופט ח' כהן את הבעיה בצורה פשוטה יותר. ראשית-כול הסתמך על פרשת מלונות נווהיים, שבה קיבל בעל המניות "היתר והוראה" להגשת תביעה נגזרת כתקדים להליך המפוצל שהשתמשו בו בפרשת פולימני. מה גם, שלדעת השופט ח' כהן על הפרוצדורה שהונהגה בפרשת מלונות נווהיים, "סמך הנשיא דאז זוסמן את ידו בפסק-דין" בפרשת לביב: "בנסיבות אלו ומתוך הכנעה גמורה למומחיותו של הנשיא זוסמן בשטח סדרי-הדין, אין אני מוכן לומר שההליך, שפתח בו המערער דנו, 'אין לו בסיס בדיון ופסיקתו של בית המשפט זה', כלשון חברי הנכבד, הנשיא, בראש חוות-דעתו" (עמ' 634). משום-כך היה מחליט מ"מ הנשיא ח' כהן, כי "מאחר שהיה לו למערער תקדים (שבפרשת מלונות נווהיים) הנ"ל ללכת בעקבותיו ובעניינים שבפרוצדורה הולכים אנו אחר תקדימנו, חוששני שלא היה מקום לדחות את המרצת הפתיחה של המערער על הסף, ואף אין אנו יכולים לצאת ידי חובתנו בערעור זה בדרך הקפנדריה הדיונית" (עמ' 634–635). כל זאת, למרות דעתו אשר הובעה בקיצור נמרץ, "שההליכים כפי שהתנהלו בעניין לפנינו, מעידים על עצמם, בחינת אומדנא מוכחת, שיש בהם משום הטרת חינום של הנתבע ושל בתי-המשפט...". (עמ' 634). אין אנו חפצים להתעכב על חוות-דעת זו, אך לעומת זאת, עלינו להתייחס לשאלת תוקפו של פסקי-הדין בדבר מלונות נווהיים כתקדים. מהד גיסא, נראה לנו, שאין לפסקי-הדין במלונות נווהיים תוקף כתקדים מחייב במידה שמושג זה נוגע למחויבותו של בית-המשפט העליון לתקדימו – ולו משום שלא דנו בו לגופה של השאלה האם ההליך המפוצל שהונהג בפרשה מותר הוא. לדעתנו, מעמדו התקדימי של פסקי-הדין גם לא חזק על-ידי סמיכת ידו של הנשיא זוסמן עליו בפרשת לביב כפי שסבר מ"מ הנשיא ח' כהן. לעניות הבנתנו בפרשת לביב, לא רק שהנשיא זוסמן לא אימץ את ההליך שהונהג במלונות נווהיים, אלא אפילו לא התייחס כלל להיבט זה של פסקי-הדין והסתפק באיזכורו כמקרה של תביעה נגזרת שדיון לא מכבר בבית-המשפט העליון. לכן, לדעתנו, יש בהסתמכותו של השופט ח' כהן על פסקי-הדין משום הגזמה לא-מבוטלת. מאידך גיסא, פרשת מלונות נווהיים אכן מהווה תקדים "עובדתי" לשיטת ההליך המפוצל ולבדיקה טרומית של זכות

בהתייחסותו הנ"ל של הנשיא לנדוי לבקשה רגילה לסילוק תובענה על הסף הוא התכוון, כנראה, לבקשת מחיקה מחמת העובדה "שאין הכתב מראה עילת תביעה"³⁵. מן הראוי להדגיש, שבהחליטו בבקשת מחיקה כזאת על השופט לא רק להניח שכל העובדות הנטענות על-ידי התובע נכונות, אלא הוא מצווה גם לנטות לצד התובע לגבי השאלות המשפטיות ולא להיענות לבקשת המחיקה אלא-אם-כן "ברור כי בשום אופן אין התובע יכול לקבל – על יסוד הטענות שבתביעתו – את הסעד המבוקש"³⁶. לאמור: ניתן למחוק תובענה עקב חוסר-עילה אך ורק כאשר ברור לחלוטין בשלב הטרומי של פתיחת המשפט שאין לתובענה כל סיכוי להתקבל לאחר דיון לגופה. מבחן זה מחמיר מאוד בהגבילו את האפשרות לסלק תובענות על הסף. אין ספק, שהוא רחוק מאוד מהבדיקה הטרומית המבוצעת בתביעות נגזרות כפי שמחייבה השופט אלון.

לאמיתו של דבר, זו השאלה העיקרית השנויה במחלוקת בין השופטים אלון ולנדוי בפרשת פולימני. על פני הדברים, דעותיהם חלוקות בשאלת ההליך המפוצל (המרצת

העמידה ושל טיב העילה, והרי הן השאלות שלגביהן נחלקו דעותיהם של השופטים אלון ולנדוי. נכון הוא, שבפרשת מלית נזוהיים קיבל המבקש דרך ההמרצת "היתר והוראה" להגשת תביעה נגזרת ולעומתו ביקש בעל המניות בפרשת פולימני הצהרה שהוא "זכאי" להגיש תביעה נגזרת. והרי הצהרת זכאות, דהיינו: הצהרה על קיום זכות משפטית מקובלת לפי דיני פסק-דין הצהרתיים. לעומתה, הליך של מתן "היתר והוראה" על-ידי בית-המשפט – חסר כל עיגון תחיקתי והלכתי.

אולם לפי ההלכה המקובלת בארץ, שעליה חזר השופט אלון בפסק-דינו בפרשת פולימני ללא ערעורין מטעם חברי, הגשת תביעה נגזרת אינה דבר שבזכות אלא ברשות בית-המשפט בבואו להפעיל את שיקול-דעתו, ומכאן שאין להבדיל הנ"ל משמעות ניכרת. לכן תמוה הוא, שהשופט אלון לא ראה לנכון אפילו להזכיר את פרשת מלית נזוהיים, כאשר ניתן היה למצוא בה תימוכין לדעתו. וגם אין, לעניות דעתנו, להצדיק את מאמרו הפסקני של כב' הנשיא לנדוי, שלפיו ההליך שהונהג בפרשת פולימני "אין לו בסיס בדין בפסיקתו של בית-המשפט זה" (עמ' 631), מכיוון שבפרשת מלית נזוהיים "לא נדונה הבעיה, אם ניתן לפצל את ההליכים בתביעה כזאת" (עמ' 632).

מן הדין לציין עוד, כי השופט ח' כהן סיים את חוות-דעתו בפרשת פולימני באומרו, שלאמיתו של דבר אין שום משמעות לקביעה לטובת המבקש בשלב הטרומי לפי ההליכים שהונהגו בפרשת פולימני, ואלה הם דבריו: "למעשה אין בקבלת הערעור משום פגיעה כלשהי בזכויות המשיב הראשון או במצבו המשפטי: בא-כוחו מודה בסיכום טענותיו לפנינו, בהגיגות הראויה לשבח, שהרשות בידי המערער להגיש נגדו תביעה נגזרת אף ללא רשות מיוחדת מאת בית-המשפט – ומה לו תובענה, המוגשת נגדו ברשות, ומה לו תובענה, המוגשת נגדו בלא רשות; כבר אמרתי, שלגופם של דברים אין מתן הרשות מעלה או מורידה והם פתוחים לטעון ולהכרעה מבראשית" (עמ' 635).

תקנות הדין האזרחי, תשכ"ג–1963, תקנות 105 (א) (1). הנשיא לנדוי השתמש בציטטה הנ"ל בביטוי "דחיה על הסף"; אולם נראה שהתכוון לסילוק על הסף מחמת העובדה, שאין הכתב מראה עילת תביעה" וזהו נימוק ל"מחיקה", לפי תקנה 105, ולא לדחיה על הסף, לפי תקנה 106. כבר עמדנו על האבחנה בין שני המושגים האלה ועל העובדה ששופטים אינם מדייקים דיים בשימושם בהם (ס' גולדשטיין, "סמכות ביגלאומית מבוססת על תפיסת הנתבע – הלכה למעשה כיום" משפטים י (תש"ס) 409, 434–435). משום-כך בהמשך רשימה זו נשתמש בביטוי "מחיקה", כאשר הכוונה היא לסילוק על הסף שאליה התכוון הנשיא לנדוי.

ע"א 206/75 פלון נ' כע"מ נ' פנטריסק בע"מ ואח', פ"ד ל (1) 732, 735; ראה גם דבורה בן-מל נ' רם בן-טל (לעיל, הערה 2), עמ' 64 (דעתו של כב' השופט ויתקון).

פתיחה מיקדמית לבירור שאלת זכאותו של התובע, בעל המניות, להגיש תביעה נגזרת ורק לאחר-מכן, ובהליך נפרד, הגשת התביעה הנגזרת עצמה) כפי שמחייב השופט אלון, לעומת הליך מאוחר (שבו מוגשת במישור התביעה הנגזרת) כפי שמחייב הנשיא לנדוי. אולם הוויכוח האמיתי ביניהם – לדעתנו – מתייחס לשאלה עקרונית יותר: האם בשלב טרומי כלשהו של הדיון בתביעה הנגזרת על בית-המשפט לבדוק לעומק רב יותר מאשר לפי המבחן הרגיל של מחיקה בשל חוסר-עילה את שתי השאלות הבאות:

- (1) "אם יש לו לבעל המניות, לכאורה, זכות עמידה לשמש כתובע בשם החברה?"
- (2) "אם מצויה הוכחה, לכאורה, בדבר קיומה של עילת תביעה מטעם החברה כנגד מנהלה – הנתבע?"³⁷

השופט אלון חייב את התליך המפוצל של סולימני משום שלדעתו, הליך זה הוא דרך יעילה מאוד לבדוק את השאלות האלה לעומקן בשלב טרומי. הנשיא לנדוי שלל את התליך הזה בעיקרו-של-דבר משום שהוא שולל בדיקה טרומית כזאת.³⁸

37 פסק-הדין, עמ' 627.

38 אין ספק, שהנשיא לנדוי שולל מכול-יכול בדיקה טרומית יותר מעמיקה מזו הנובעת מבקשת מחיקה רגילה לגבי השאלה השנייה לעיל, דהיינו: טיב העילה השייכת לחברה. אולם פחות ברורה היא עמדתו לגבי השאלה הראשונה, לאמור: זכאותו של בעל המניות לתבוע בשם החברה. אין ספק שהוא היה שולל ליבון שאלה זו דרך המרצת פתיחה נפרדת. אולם בשאלת השאלה, האם הוא היה מתנגד לבדיקה מעמיקה של שאלה זו בשלב טרומי של הדיון בתביעה רגילה ומאוחדת?

על-פי פסק-דינו ניתן להסיק, שלבדיקה כזאת לא היה מתנגד, משום שלעומת בדיקת העילה לגופה, הנחתו של הנשיא לנדוי לגבי השיטה שמחייב השופט אלון היא, שבדיקת זכאותו של התובע-בעל המניות בשלב טרומי תהא מלאה וסופית. ראה את דברי הנשיא לנדוי שהבאנו לעיל, הערה 34. אולם, נוטים אנחנו לדעה שגם לגבי שאלה זאת הוא היה מגביל את הבדיקה הטרומית לבדיקה מצומצמת מאוד הנוגעת בבקשות מחיקה רגילות. ראשית, עלינו לשים לב, שהנשיא לנדוי "מניח" כי קיים צורך בהכרעה סופית ומלאה לגבי שאלה זו ואינו קובע מסמרות בנדון. אך גם הנחה זו מנוגדת לדברי השופט אלון המפורשים שבהם הוא מגדיר שאלה זו, כ"אם יש לו לבעל המניות, לכאורה, זכות עמידה..." (תהגש שלנו, פ. 2). יתירה מזו: לגופו של עניין, אמנם מטבע הדברים תיתכן הכרעה "סופית" יותר בשאלה זו מאשר בשאלה השנייה שהיא-היא השאלה לגופה של העילה. אולם אין זה אומר, שגם לגבי שאלה זו המצב לא ייראה אחרת בשלבי המשפט המתקדמים יותר ואין ספק שיותר לשופט לשנות את החלטתו בשלבים אלה.

הדבר נכון לגבי תנאי זכות העמידה, כגון המועד שבו בעל המניות רכש את המניות בחברה, תום-לבו ברכישת המניות ובהגשת התביעה הנגזרת, והסבר לעובדה שהחברה, על-ידי אורגניה המוסמכים לכך, החליטה שלא לתבוע – תנאים שאינם בהכרח קשורים לעילת התביעה של החברה. קל-יחומר לגבי תנאי זכות העמידה הקשורים קשר הדוק עם עילת התביעה. ברור הוא, שאם מייחדים את זכות העמידה של בעל מניות לסוג התביעות שבהן קיימת חריגה מסמכות על-ידי המנהלים, תרמית, עושק המיעוט וכיו"ב, אין שום אפשרות להכריע בדבר קיומם של תנאים אלה מבלי לבדוק את עילת התביעה של החברה לגופה. והא-הדין גם לגבי המבחן הגמיש יותר של דרישות הצדק. אין שום אפשרות לדעת אם הצדק דורש הגשת תביעה נגזרת בנסיבות המקרה מבלי לבדוק לגופם את מעשיהם של הנתבעים-המנהלים. זוהי הסיבה העיקרית, לדעתנו, שלפי גישתו יתנגד

אולם לנו נראה, שאין בין שני הדברים קשר הכרחי, דהיינו: ניתן יהיה לקיים את הבירור הטרומי שחפץ בו השופט אלון מבלי להזקק להליך המפוצל של פולימני. לכן מן הראוי הוא לדון בשתי השאלות האלה בנפרד. מאחר שבענייננו השאלה האם רצוי לקיים דיון טרומי בשתי השאלות הנ"ל לגבי תביעות נזרות היא השאלה העיקרית והעקרונית יותר מהשאלה המשנית של ההליך המפוצל לעומת המאוחד — נתחיל ונדון בה.

ה. בדיקה טרומית מעמיקה לעומת המבחן של סילוק על הסף

שאלת טיבה של הבדיקה הטרומית, במנותק משאלת ההליך שבו מתנהלת הבדיקה, נדונה אצלנו כבר ב־1976 בפרשת בן־טל³⁹. כפי שהוכרנו לעיל, בפרשה זו הוגשה התביעה הנזרות כתביעה רגילה שבה תבע התובע־בעל המניות בשם החברה סעד כספי המגיע לה. בית־המשפט המחוזי, בעקבות בדיקה מעמיקה לגבי זכות העמידה של התובע וטיב עילתה של החברה, "דחה"⁴⁰ את התביעה על הסף, וזאת — בעקבות בקשת הנתבעים למחוק את התביעה או לדחותה על הסף.

בבית־המשפט העליון נהפכה החלטה זו פה אחד. ברם, הדעות נחלקו בדבר ההליך שהתנהל בבית־המשפט קמא.

השופט ברנזון גרס, שבית־המשפט המחוזי טעה בסלקו את התביעה על הסף, וזאת — מבלי להתייחס מפורשות לטיב הבדיקה שצריכה להיעשות בשלב טרומי של ניתוח תביעה נזרת. ברם, משתמע מפסק־דינו של השופט ברנזון שהוא הסכים עם הנהגת בדיקה מעמיקה, כפי שעשה בית־המשפט קמא, משום שגם הוא ניהל בדיקה מעמיקה לגבי שתי השאלות — זכות העמידה של התובע וטיב העילה של החברה — בתגובה למסקנה, שאין לסלק את התביעה על הסף בגסיבות המקרה הנדון.

לעומתו, כב' השופט ויתקון חלק בחרישות על שיטה זאת. הוא גרס, שלא היה מקום כלל לסטות מכללי הסילוק על הסף הרגילים — כללים שאינם מחייבים בדיקה מעמיקה של התובענה והמתירים מחיקתה של התביעה רק במקרה נדיר שבו אין לתובענה שום סיכוי להצלחה. לדעה זו גם הסכים מפורשות השופט השלישי, הלא הוא השופט חיים כהן⁴¹.

הנשיא לנדוי גם לבדיקה טרומית מעמיקה של שאלת זכות העמידה; למרות ההפרדה העיונית בין שתי השאלות, הן בפסק־דינו של השופט אלון והן בזה של הנשיא לנדוי, הרי שלמעשה שתי השאלות שלובות זו בזו ואין להפריד ביניהן.

39 לעיל, הערה 2.

40 ראה הערה 35.

41 מן הדין גם להצביע על כך, שלמרות דעתנו כי מן הראוי להבדיל בין השאלה העיקרית של טיב הבדיקה הטרומית ובין השאלה הטפלה של ההליך הרצוי, השוואה בין פסק־דינו של השופט ויתקון בפרשת בן־טל ובין הסכמתו לפסק־הדין בפרשת מלונות נווהיים מעידה על ההשפעה שיש לאופן ניתוחו של ההליך המתנהל על שאלת טיב הבדיקה הטרומית; כל זאת משום שגם בפרשת מלונות נווהיים שנפסקה בבית־המשפט העליון רק חמישה חודשים לפני פסיקת פרשת בן־טל, ניהל השופט ברנזון בדיקה מעמיקה בשלב טרומי בכל הנוגע לשאלה בדבר זכות עמידתו של התובע וטיב עילת החברה, והשופט ויתקון,

לגופה של השאלה, האם רצוי בתביעות נגזרות לנהל בדיקה מעמיקה בשלב טרומי, דעתנו היא חד-משמעית – הן. לפי השיטה הישראלית אין בודקים תובענה רגילה לגופה בשלב טרומי ומסתפקים בבדיקה שטחית מאוד לפי כללי המחיקה הנזכרים לעיל. אולם כבר הבאנו בפרק ב לעיל את הנימוקים, שלדעתנו מבדילים בין תביעות נגזרות ובין תובענות רגילות, ומצדיקים בדיקה טרומית מעמיקה לגבי תביעות נגזרות. מבלי לחזור על כל מה שנכתב שם, ניתן לסכם נימוקים אלה על-ידי ציון העובדות, שבתביעה נגזרת בעל מניות תובע בשם החברה חרף התנגדותם של אורגניה המוסמכים להגשת התובענה ושעניינו הכספי של בעל המניות בתובענה הוא, בדרך-כלל, קטן מאוד לעומת הסכום המבוקש בשם החברה. במצב כזה, היינו: כשייתרונו האישי של התובע בהצלחת תביעתו (סכום א) קטן בהרבה מסכום התביעה (סכום ב), קיים תמריץ חזק לפשרה שלפיה הנתבע ישלם לתובע אישית יותר מסכום א ופחות מסכום ב – וזאת כ"סחיטה" על-חשבון הנתבע אם הוא איננו חייב כלל, "וכשיחוד" על-חשבון החברה ויתר בעלי מניותיה אם הנתבע אכן חייב לה.

מכאן, שתביעות כאלה טעונות טיפול מיוחד כדי להגן על כל הגורמים המעורבים ללא הסכמתם מראש, היינו: הנתבעים, החברה ובעלי המניות האחרים. טיפול מיוחד זה אינו מוגבל – לדעתנו, כפי שיתברר בהמשך רשימה זו – לבדיקה טרומית מעמיקה, אולם הוא בוודאי כולל אותה.

סילוקן על הסף, באמצעות בדיקה טרומית מעמיקה של התובענה, של תביעות נגזרות שאינן ראויות להתנהל בין מחוסר זכות עמידה של התובע-בעל המניות ובין מחוסר עילה טובה לגופה – שלושה תפקידים חשובים. ראשית, הסיכון שתביעה נגזרת לא מבוססת היטב תימחק סמוך למועד הגשתה עשוי להתרועע בעלי מניות מהגשת תביעות נגזרות סחטניות. שנית, סילוק על הסף ימנע מצב שבו התביעה תהיה תלויה ועומדת שנים עד לבירורה הסופי ועל-ידי כך הוא יצמצם את הנזק העלול להיגרם, הן לנתבעים והן לחברה עצמה, מעצם קיומו של הליך התלוי ועומד זמן רב. הכוונה בעיקר לנזק לשמם הטוב של הנתבעים ולמוניטין החברה – נזק העלול לפגוע גם במישרין וגם בעקיפין ברווחיותה של החברה.

לבסוף, הנסיון שהצטבר בארה"ב מראה, שאחת הדרכים לשימוש לרעה בהליך זה הוא בתביעה נגזרת כדי לנהל "מסע דיג" (fishing expedition) ברשימות החברה על-ידי ניצול האפשרות לחייב גילוי מסמכים ועיון בהם. לכן דרושה בדיקה טרומית מדוקדקת לפני שמאפשרים לתובע-בעל המניות להיעזר במכשירים אלה. זאת ועוד: הן גילוי מסמכים והן הצגת שאלונים ודרכי גילוי אחרים עלולים להכביד מאוד על החברה ועל תיפקודה. הכבדה כזו תחזק את ידו של התובע-בעל המניות הרוצה לנצל את התביעה הנגזרת כדי לסחוט כסף מהחברה. גם מסיבה זאת רצוי סינון מוקדם לקראת השימוש במכשירים אלה.⁴²

שישב בדיון גם בפרשה זו, הסכים בשתיקה.

מה נשתנתה פרשת מלונות נווה-ים מפרשת בן-של בעיני השופט ויתקון? כנראה השפיעה על החלטתו העובדה, שהשלב הטרומי בפרשה הראשונה התנהל בנפרד לפי השיטה המפוצלת ובשנייה התנהל השלב הטרומי כחלק בלתי-נפרד מהתובענה הרגילה המאוחדת. 42 אמנם אין בתקנות המסדירות הצגת שאלונים וגילוי מסמכים (ראה תקנת סדר הדיון ואזרחי, תשכ"ג–1963, תקנות 123–131) הוראה מפורשת שהיתה מונעת השימוש במכשירים אלה

הצבענו כבר על הדמיון בהקשר זה בין תביעות נזרות ובין תביעות-ייצוג קבוצתיות. לכן מן הראוי לציין שלגבי תביעות-ייצוג קבוצתיות אין חולקים על כך, שטיפול נאות בהן מחייב הליכים מיוחדים הכוללים בדיקה טרומית של הזכאות והזדאיות שבהגשת תביעת-ייצוג קבוצתית.

הוא-הדין הן על-פי תקנה 29 לתקנת סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963, המחייבת קבלת רשות מבית-המשפט כתנאי מוקדם לניהול תביעת-ייצוג קבוצתית, הן על-פי התקנה המפורטת בהרבה של סדר-הדין הפדרלי האמריקני⁴³, והן על-פי ההצעות השונות להתקין תקנות חדשות בנדון⁴⁴. את דעתנו בעניין זה כבר הבענו באריכות ואין טעם כאן לחזור עליה⁴⁵.

בנוסף לתביעות-ייצוג קבוצתיות קיימות דוגמאות אחרות בסדר-הדין הישראלי לבדיקת תובענות לעומק בשלבים טרומיים, וזאת כאשר התובע מבקש כבר בשלבים אלה סעדים יוצאי-דופן. הבולטות שבהן הדוגמאות האלה והקרובות לענייננו הן הבדיקה הטרומית של טיב העילה המתנהלת כאשר תובע רוצה בצו-מניעה זמני והבדיקה הטרומית המתבצעת כאשר הוא מבקש היתר להמציא הזמנה למשפט לנתבע הנמצא בחוץ-לארץ ועל-ידי-כך להקנות לבית-המשפט הישראלי סמכות בינלאומית כלפי הנתבע.

אין צורך להאריך את הדיבור על העובדה, שאחד ממרכיביו המסורתיים של שיקול-דעת בית-המשפט במתן צו-מניעה זמני הוא בדיקת סיכויי ההצלחה של התביעה והנחת דעתו של השופט כי לתובע סיכוי "לכאורה", לפחות, לזכות בתובענתו⁴⁶, וכן מן

בטרם התקיימה הבדיקה הטרומית המוצעת. ברם, התקנות מעניקות שיקול-דעת נאות לבית-המשפט כדי לדחות את הליכי הגילוי המוקדם עד לאחר הבדיקה הטרומית, עד כמה שהגילוי אינו נוגע לעצם בדיקה זו.

43 ראה ס' גולדשטיין, "תביעות-ייצוג קבוצתיות — מה ועל שום מה?" (לעיל, הערה 16), עמ' 417—431.

44 שם, עמ' 443—451; ס' גולדשטיין, "פיתוח שיטת תביעת-ייצוג קבוצתית כמגן לצרכן" (לעיל, הערה 19), עמ' 54—74; Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions*, 1982; Australian Law Reform Commission, "Access to the Courts — 11 Class Action", *Discussion Paper*, No. 11, 1979; Australian Law Reform Commission, *Class Actions: A Panacea of Disaster* (1978) c. 27/78; Law Reform Committee of South Australia, *Class Action 36th Report to the Attorney General*, 1977.

45 ראה ס' גולדשטיין, "תביעות-ייצוג קבוצתיות — מה ועל שום מה?" (לעיל, הערה 16), עמ' 443—451; ס' גולדשטיין, "פיתוח שיטת תביעת-ייצוג קבוצתית כמגן לצרכן" (לעיל, הערה 19), עמ' 54—74.

46 ראה לדוגמא ע"א 238/73 ישראל שרעבי נ' ניסים המצני, פ"ד כח (1) 85, 88; ע"א 217/63 רביאון נ' הולצמן, פ"ד יז 2717; ע"א 144/79 יוטבין, מהנדסים וקבלנים בע"מ נ' מדינת ישראל ו-3 אחי, פ"ד לד (2) 344, 349—350, 354—355; י' זוסמן, סדרי הדין האזרחי (בורסי-פרץ את טובים, מהדורה רביעית, תשל"ד) 473. ראה גם פקודת הגזיקין [נוסח חדש] סעיף 73: "בית-המשפט לא יתן ציווי לשעה [היינו: צו-מניעה זמני] אלא אם ראה להגות-דעתו, על-פי תצהיר או בדרך אחרת, כי קיימת שאלה של ממש שיש לדון בה, וקרוב לוודאי שהתובע יהא זכאי לתרופה...". מן הדין לציין, שכאשר מטרת צו-המניעה הזמני איננה למנוע, כל עוד מתנהל המשפט, את ביצועה של אותה הפעולה שהתובע תפץ למונעה באמצעות צו-המניעה הסופי המבוקש, אלא מטרתו היא אך ורק לשמור על מצבו

המפורסמות הוא שאחד המרכיבים החשובים במתן היתר להמצאת הומנה לדין לחול הוא בדיקה טרומית של טיב העילה.⁴⁷ בדבר המבחן שיש להפעיל לצורך הבדיקה משתמשת תקנה 369 בביטור, "שיש לתובע עילת תובענה טובה". הפסיקה מתמודדת עם הגדרת המבחן על-ידי הצגת ביטויים שונים: "תביעה ראויה לסעון"⁴⁸, "ראיה לכאורה" להוכחת עילת התביעה.⁴⁹ קיום "יסוד" ⁵⁰ לתובענה, או "בסיס" לה⁵¹, קשה מאוד לקבוע מבחן מילולי מדויק לבדיקה המוקדמת הזאת. מחד גיסא, ברור שבאותו שלב מוקדם אין המבקש חייב להראות שיש לו עילה טובה באותה מידת ודאות הדרושה במשפט עצמו.⁵² מאידך גיסא, אין ספק שהכוונה היא לבדיקה, הן לגבי העובדות והן לגבי הטענות המשפטיות, מחמירה יותר מאשר הבדיקה הנערכת לפי הכללים המקובלים למחיקת רגילה לפי תקנה 105.⁵³

שביל-הזהב נמצא בקיום הדיון על-סמך תצהירים, לרבות חקירה נגדית של המצהיר אם אכן זו נדרשת ⁵⁴ במקום עדויות שבעל-פה, על-סמך המודעות לעובדה שמדובר

המשפטי הקיים של נכס מסוים (בשוא התובענה), היינו: מטרה המקבילה לאחת ממטרותיו של העיקול הומני – קיימת פסיקה ישראלית הקובעת שעל בית-המשפט לתת את הצו ללא בדיקה טרומית מעמיקה של סיכויי התובע להצליח. ראה ע"א 497/61 חיים פיאני נ' פקדיה יצהרי, פ"ד טו 2310; ע"א 418/79 תאני ואח' נ' ימי כהן, פ"ד לד (4) 162.

זאת ועוד: באנגליה, ודווקא במסגרת תובענה שבה ציר-המניעה הומני שהתבקש בא לאסור, עד תום המשפט, על ביצוע אותה הפעולה שמבקש התובע לאסורה באמצעות ציר-המניעה הסופי, נפסק לא מכבר, כי ההלכה שלפיה נדרשה הוכחת העילה לכאורה, ואף יותר מזה, כתנאי הברחי למתן ציר-המניעה זמני כבר אינה תקפה, ועל בית-המשפט, בשוקלי בקשה לציר-המניעה זמני, להסתפק, בכל הנוגע למרכיב זה של מתן הצו, בהנחת דעתו שעילת התובענה איננה חסרת בסיס כלל או שאינה טרדנית: *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.* (H.L.) [1975] 2 W.L.R. 316, [1975] 1 All E.R. 504.

ברם, על ההלכה זו נמתחה ביקורת. ראה I. H. Jacob, *The Reform of Civil Procedure* (London, 1982) 267–268.

נפקות ההלכה החדשה באנגליה מעבר לסוגיא שבה עסק פסק-הדין, היינו: תובענה לאסור על ייצור מצרך בניגוד לזכות הפטנט של התובע, מוטלת בספק. ראה D. B. Casson & I. H. Dennis, *Modern Developments in the Law of Civil Procedure* (London, 1982) 39–42; *NWL Ltd. v. Woods* (H.L.) [1979] 3 All E.R. 614, 625. מה גם שהלכה זו נדחתה באוסטרליה אפילו בענייני פטנטים. ראה *The Supreme Court Practice* 1982, Vol. I (London, ed. by I. H. Jacob, 1981) 518.

47 ראה לדוגמא ע"א 98/67 הנס ליבהר נ' "עזית ושהם" חברה לבניין בע"מ ואח', פ"ד כא (2) 243, 250–248; ע"א 625/73 ג'ו יוסף קורונל נ' נחמה ושרון קורונל, פ"ד כט (2) 259, 265–268; ע"א 565/77 אפרים מזרחי נ' *Nobel's Explosives Co. Ltd.* פ"ד לב (2) 115; בר"ע 210/81 *Holz & Sohn – Rapid* נ' שנין ואח', פ"ד לו (3) 633.

48 ראה הנס ליבהר נ' "עזית ושהם" חברה לבניין בע"מ ואח' (לעיל, הערה 47), עמ' 248. ביטוי זה מתורגם מהביטוי האנגלי "good, arguable case". ראה גם ג'ו יוסף קורונל נ' נחמה ושרון קורונל (לעיל, הערה 47), עמ' 268, מול האות ה.

49 אפרים מזרחי נ' *Nobel's Explosives Co. Ltd.* (לעיל, הערה 47), עמ' 118.

50 ג'ו יוסף קורונל נ' נחמה ושרון קורונל (לעיל, הערה 47), עמ' 268, מול האות ה.

51 שם, מול האות א.

52 ראה שם, עמ' 267–268; ישראל שרעבי נ' נסים חמצני (לעיל, הערה 46), עמ' 88.

53 ראה את המקורות המובאים לעיל בהערות 46, 47.

54 ראה ג'ו יוסף קורונל נ' נחמה ושרון קורונל (לעיל, הערה 47), עמ' 268. ראה גם I. H. Jacob (לעיל, הערה 46), עמ' 264–266.

בליבון הסכסוך בשלב טרומי גרדא ובהסתמכות על חרש המומחיות של השופט-המשפטן — חוש המדריכו בניווט הדיון בין ה"סקילה" של דיון לגופה של התובענה ובין ה"כריבדה" של דיון שטחי המתאים לתקנה 105.

כך מקובל לבצע את הבדיקות הטרומיות לגבי מתן צו-מניעה זמני ולגבי המצאתה לחו"ל. כך הן צריכות להתבצע גם לגבי תביעות נגזרות. לא למותר יהיה להוסיף, שאכן כך כבר בוצעו הבדיקות לגבי תביעות נגזרות בשלוש מארבע התביעות מסוג זה שהגיעו לבית-המשפט העליון, היינו: בכל פסקי-הדין, פרט לפרשת לביב. מן הדין גם לשוב ולהזכיר בתקשר זה את התקנה המסדירה את הגשת התביעות הנגזרות וניהולן לפי סדר-הדין האמריקני הפדרלי — תקנה הדורשת, בין היתר, שהתביעה תאומת על-ידי תצהיר ושתניה דעתו של השופט, בשלב טרומי, שהתובע-בעל המניות, באכפר את עילת התביעה, מייצג בצורה הוגנת ומשביעת-רצון את עניינם של בעלי המניות האחרים.⁵⁵

קרובה יותר לענייננו היא ההלכה האנגלית בנדון. הוכרנו את הסתמכותו של השופט אלון על פסק-דינו של הלורד Denning בפרשת *Wallersteiner*⁵⁶ בדבר הבירור הטרומי הדרוש להבטחת מימון התביעה על-ידי החברה. בעניין זה נוטים אנו להסכים עם השופטים לגדודי וכהן שאין ללמוד מפסק-דין זה לענייננו, וזאת משום ששם מדובר בהליך מיוחד שנוהל בדרך-כלל על-פי צד אחד, ושנועד למטרה הספציפית של הבטחת המימון.

אולם לאחר שנפסק פסק-הדין פולימני, נקבע על-ידן High Court האנגלי שבכל תביעה נגזרת על השופט לנהל בשלב טרומי בדיקה מעמיקה, הן לגבי זכות העמידה של התובע-בעל המניות והן לגבי טיב העילה השייכת לחברה, וזאת — ללא שום קשר למימון המשפט.⁵⁷

משום-כך דעתנו היא, שרצוי יהיה לקיים בדיקה טרומית מעמיקה לגבי תביעות נגזרות אף אם בדיקה כזאת תגרום "לכפילות שהיעילות ממנה והלאה", כפי שטוען הנשיא לגדודי בפרשת פולימני.⁵⁸ ברם, לאמיתו של דבר איננו משוכנעים שאלה אכן תהיינה התוצאות של עריכת הבדיקה הטרומית המוצעת.

ראשית, ייתכן שבעקבות הכרעת בית-המשפט בבדיקה הטרומית המעמיקה יוותר הצד המפסיד או שבעלי-הדין יתפשרו, ולכן לא ייערך כלל בירור המשפט לגופו. לפי עדותו של המלומד האנגלי Sir Jack I. H. Jacob, הרשם הראשי לשעבר של ה-High Court, אמנם כך קורה לעתים קרובות באנגליה בעקבות בדיקות טרומיות מעמיקות לגבי בקשות לסעדים ארעיים בכלל.⁵⁹ ולצווי-מניעה זמניים בפרט.⁶⁰ ויתורים ופשרות

55 מדובר בתקנה 23.1. סקירה מקיפה על תקנה זאת נמצאת אצל Moore (לעיל, הערה 8).

56 לעיל, הערה 15.

57 *Prudential Assurance Co. Ltd. v. Newman Industries Ltd. et. al.* (No. 2) (C.A.) (לעיל, הערה 5), עמ' 47-48 ב" W.L.R.

58 פסק-הדין, עמ' 631.

59 ראה I. H. Jacob (לעיל, הערה 46), עמ' 265-266.

60 שם, עמ' 267-268, לכן מבקר Jacob את הלכת *American Cyanamid* (ראה לעיל, הערה 46), שהפחיתה את מידת הבדיקה לגבי סיכויי התובע להצליח בטענתו כתנאי מוקדם למתן צו-מניעה זמני ועל-ידי כך הפחיתה בחשיבותה של ההחלטה לתת או לא לתת את הצו כתמריץ לויתורים ולפשרות.

כאלה רצויים מאוד מבחינת שיקולי הצדק, משום שהם אינם מבוססים על שיקולים כגון יחסי הכוחות הכלכליים של הצדדים אלא על הכרעת בית-המשפט המהותי יסוד להערכת בעלי-הדין את סיכוייהם להצליח במשפט לגופו.

שנית, אף אם ייערך בירור המשפט לגופו אין זה אומר בהכרח שהבדיקה הטרומית היוותה שלב מיותר שלא הועיל כלל לבירור המשפט לגופו. לעתים ניתן לצמצם את הכפילות שבתבאת הראיות על-ידי הסתמכות בעת בירור המשפט לגופו על ראייה שהובאה בדיון הטרומי⁶¹. יתירה מזאת: כאשר נערכת בדיקה טרומית מעמיקה ולאחר-מכן מתברר המשפט לגופו, הלכה למעשה, מתנהל המשפט כולו בשני שלבים כאשר השלב הראשון, היינו: הבדיקה הטרומית, מתנהל בדרך-כלל באמצעות מסמכים ותצהירים שמגישים בעלי-הדין ועל-ידי חקירה נגדית של בעלי-הדין על תצהירים⁶²; והשלב השני הוא בעיקרו הבאת ראיות העדים בעל-פה מגורמים שלישיים. כאשר מתייחסים כך לבדיקה הטרומית, היינו: לא כהליך נפרד מבירור המשפט לגופו אלא כשלב ראשון בבירור עצמו, השיטה הנוצרת דומה במידה ניכרת לשיטת דיון שנחשבת בעיני מלומדים מסוימים רצויה באופן כללי במשפטים אזרחיים, היינו: בירור המשפט המפוצל, כאשר בשלב הראשון הדיון מתנהל באמצעות מסמכים ועדות בעלי-הדין גרידא, ובשלב השני, אם יהיה צורך בכך, תובאנה ראיות מגורמים שלישיים⁶³.

החסיד הגדול של שיטה זו בישראל הוא פרופ' גנוסר ומאמציו להנהיג הסדר זה במסגרת המשפט הישראלי נשאו פרי מסוים ב-1975 בהתקנת תקנות חדשות לגיהול תביעות למזונות⁶⁴. אמנם ניתן להבדיל בין ההסדר, שאותו פרופ' גנוסר מחייב והבא לידי ביטוי בתקנות בדבר תביעות למזונות, ובין ההסדר הנוצר מעריכת בדיקה טרומית מעמיקה בדבר טיב העילה לגבי תביעות גזורות או בקשות לצווי-מניעה, וזאת משום שלפי השיטה המוצעת על-ידי פרופ' גנוסר בשלב הראשון אין השופט מכריע לגבי טיב העילה, ולו גם באופן ארעי. הכרעה כזאת היא לב-לבה של הבדיקה הטרומית המוצעת לעיל לגבי תביעות גזורות והמבוצעת כבר לגבי בקשות מיוחדות כגון צווי-מניעה זמניים.

61 ראה תקנות סדר-הדין האזרחי, תשכ"ג-1963, תקנה 308 (א). השווה את תקנות סדר-הדין הפדרלי האמריקני, תקנה (2) 65, לגבי צווי-מניעה זמניים.

62 ראה תקנות סדר-הדין האזרחי, תשכ"ג-1963, תקנות 303-308 (א), 471-474; ע"א 217/63 ראוון רב און ואח' ג' צבי הולצמן, פ"ד יז 2717; ג' יוסף קורונל ג' נחמה ושרון קורונל (לעיל, הערה 46), עמ' 268; I. H. Jacob (לעיל, הערה 46), עמ' 264, 266.

63 ראה ש' גנוסר, "עיכוב הדין הפרקליט לא (תשל"ז) 29; R. Bender, "The Stuttgart Model", *Access to Justice* (London, M. Cappelletti gen. ed., 1978-1979), Vol. II, 433; R. Bender & C. Strecker, "Access to Justice in the Federal Republic of Germany", *op. cit.*, Vol. I, 529, 551-556; M. Cappelletti & B. Garth, "Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective: A General Report", *op. cit.*, I, 5, 56-57.

64 תקנות סדר-הדין האזרחי, תשכ"ג-1963, פרק כג 3. ראה גם ההסדר המיוחד שחל בדבר קביעת תשלום תכופ לנפגעי תאונות-דרכים: תקנות פיצויים לנפגעי תאונות-דרכים (סדר דין מקוצר לתשלום תכופ), תשל"ו-1976. השווה גם את סמכותו של השופט להורות, שבעל-דין יתייצב בגופו לקדם-משפט, תקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג-1963, תקנה 147, וגיהול חובענה המוגשת בהמלצת פתיחה, שם, תקנות 310-319.

יש גם המחייבים, כהסדר רגיל בסדר-הדין האזרחי את ניהול המשפט בשלבים הדומים לאלה שבהצעתו של פרופ' גנוסר, בתוספת הכרעה ארעית לגופה של התובענה על-ידי בית-המשפט בתום כל שלב. הסדר כזה, הקרוי "דגם שטוטגרט" (Stuttgarter Model), כבר הונהג ב-1967 במחוז שטוטגרט שבגרמניה ומופעל כיום בהדרגה במקומות אחרים בגרמניה⁶⁵. חסידי דגם זה מצביעים לא רק על התמריץ לפשרה הוגנת הנובע משיטה זאת, אלא גם על הייתרונות הנובעים ממנה אף אם המשפט מתנהל עד תום, וזאת משום שהמשפט מתנהל לא כהצגה חד-צדדית של בעלי-הדין שבסופה מכריע בית-המשפט במעשה חד-פעמי, אלא כדו-שיח מתמיד בין בעלי-הדין ובין בית-המשפט. בצורה כזאת – כך טוענים חסידי דגם שטוטגרט – התכרעה הסופית גם טובה יותר וגם מקובלת יותר על בעלי-הדין.

אין בכוונתנו לטעון, שבדיקה טרומית מעמיקה לגבי תביעה נגזרת יוצרת הסדר הונהג לזה שבהצעתו של פרופ' גנוסר או לזה שבדגם שטוטגרט. יתירה מזאת: אין בכוונתנו לנקוט כאן עמדה כלפי קבלת הצעתו של פרופ' גנוסר או אימוץ דגם שטוטגרט כהסדר כללי אצלנו. נקיטת עמדה לגבי הסדרים אלה היתה דורשת ניתוח מקיף של הייתרונות והחסרונות של כל אחד מהם – דבר שהיה חורג בהרבה ממטרת רשימה זו. מטרתנו כאן, בהזכירנו את הצעתו של פרופ' גנוסר ואת דגם שטוטגרט, היא צנועה יותר ומוגבלת להצבעה על כך שאין בהכרח לראות בקיום בדיקה טרומית מעמיקה משום "כפילות שהעילות ממנה והלאה"⁶⁶; וזאת – אפילו אם אחרית ייערך בירור המשפט לגופו כשהוא אינו מבוסס על הראיות שהובאו בדיון הטרומי.

לאור כל האמור לעיל אנו מסכימים עם השופט אלון, שראוי ואף רצוי הוא שתתנהל בשלב טרומי בדיקה מעמיקה לעניין שתי השאלות שצוינו על-ידי: (א) זכאותו של תובע-בעל מניות להגיש את התביעה הנגזרת; ו(ב) טיב העילה השייכת לחברה. אולם היינו אף מרחיקים לכת עד כדי קביעה כי בדיקה מעין זו היא בגדר חובה. השופט אלון לא נימק מדוע, לאור הנימוקים כבדי-המשקל שהביא כתמיכה לדעתו שבדיקה טרומית רצויה, אין לקבוע שבדיקה כזאת תהא חובה לגבי תביעות נגזרות. ייתכן שהסיבה נעוצה בנסיבות המקרה כפי שהוא הגיע לבית-המשפט העליון, בפרשת פולימני. בפועל התנהלה בדיקה טרומית והשאלה היחידה שנשאלה בשלב הערעור היתה, האם מותר לעשות כן? כדי להשיב על שאלה זו לא היה צורך להתייחס לשאלה האם בדיקה כזאת אינה רק מותרת אלא עניין שבחובה.

ברם, לאמיתו של דבר לא התייחס השופט אלון לבדיקה הטרומית, בין אם ברשות ובין אם כחובה, אלא במסגרת הליך מפוצל, היינו: הגשת תובענה נפרדת דרך המרצת פתיחה שבמסגרתה מתנהלת הבדיקה הטרומית. גם אנחנו מסכימים שאין לחייב הליך מפוצל. אולם, לדעתנו אין קשר הכרחי בין קיום בדיקה טרומית ובין ניהול ההליך המפוצל. ניתן, ואפילו עדיף, לגהל את הבדיקה הטרומית בהליך מאוחד, היינו: כחלק טרומי של דיון בתביעה רגילה שבה מתבקש סעד ממשי עבור החברה.

65 ראה את שלושת המאמרים המופיעים ב-Cappelletti (לעיל, הערה 63).

66 כדברי הנשיא לגדוי בפסק-הדין, עמ' 631.

ו. הליך מפוצל מול הליך מאוחד

אין ספק, שניתן לנהל בדיקה טרומית בדרך של הליך מפוצל, כפי שהיא התנהלה הן בפרשת סולימני והן בפרשת מלונות נווהיים. בדרך זו, הבדיקה הטרומית היא התכלית הבלעדית של תובענה המוגשת כהמרצת פתיחה.

כאשר בוחנים את האפשרות לנהל את הבדיקה הטרומית לא בדרך הנ"ל, אלא כשלב טרומי בהליך מאוחד, עלינו להתייחס תחילה לשאלה, האם בכלל ניתן לנהל כך את הבדיקה הטרומית? ורק אם התשובה לשאלה זו חיובית, ניתן יהיה לגשת לקביעת העדיפות בין שתי הדרכים. אין ספק, שמעצם טיבו של ההליך המאוחד לא נובעת כל מניעה מלנהל את הבדיקה הטרומית במסגרת הליך זה. אין כל סתירה בין קיום הליך מאוחד לבין בדיקה טרומית המתנהלת כחלק בלתי-נפרד ממנו. יתירה מזו: בכל הדוגמאות לבדיקה טרומית שהבאנו לעיל, לרבות תביעות-ייצוג קבוצתיות, צווי-מניעה זמניים והמצאות לחו"ל, נעשית הבדיקה דווקא בשלב טרומי של הליך מאוחד, ולא בהליך נפרד לפי השיטה המפוצלת. לאמיתו של דבר, אין אנו מכירים שום דוגמא, פרט לפרשת מלונות נווהיים ולפרשת סולימני, שבה בדיקה טרומית כזו לא נעשתה כשלב טרומי בהליך מאוחד. ואם כבר מזכירים בדיקות טרומיות לגבי תביעות נגזרות ראוי להדגיש את פרשת בן-טל, שבה התנהלה הבדיקה כשלב מוקדם בניהול תובענה מאוחדת. והיה אם יקשו ויטענו שברוב המקרים הנ"ל הבדיקה הטרומית קיימת על-פי מצוות המחוקק, לעומת המצב לגבי תביעות נגזרות, ניתן להשיב ולומר שמבחינה זו דומה צו-המניעה הזמני לתביעה הנגזרת. גם צו-המניעה הזמני אינו מוסדר בעיקרו של דבר בשום חיקוק אלא בפסיקה גרידא⁶⁷, וכאשר בית-המשפט מאמץ או ממציא מכשיר דיוני דרך "חקיקה שיפוטית" שומה עליו לדאוג להסדרת ההיבטים הדיוניים השונים במיוחד בכל הקשור למניעת השימוש לרעה בו. לפיכך, כאשר אימצו בתי-המשפט הישראליים את צו-המניעה הזמני ככלי דיוני הם אימצו גם את סדר-ההגנה הכרוך בו, לרבות בדיקה טרומית של טיב העילה. כך עליהם לעשות גם לגבי תביעות נגזרות. יוסיפו המקשים ויטענו כי המשל אינו דומה לנמשל, זאת משום שלגבי צווי-מניעה זמניים אין שום הסדר תחיקתי שאפשר לראותו כחל על מכשיר זה. מכיוון שכך, היו בתי-המשפט חופשיים לגמרי להתאים להם הסדר כראות עיניהם. לעומת זאת, הנושא שבו אנו עוסקים כעת מוסדר בתקנות 105 ו-106 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963—הן התקנות המסדירות סילוק על הסף. במלים אחרות: השאלה הנשאלת היא, האם ההסדר התחיקתי הנ"ל, אשר לפיו מחיקת תובענה מחוסר עילה אפשרית רק במקרה הנדיר בו אין לתובע שום סיכוי כלשהו לזכות בתביעה, גם אם מניחים שכל העובדות הנטענות בפרשת התביעה הן נכונות ובנות-הוכחה, מהוות הסדר ממצה

67 אמנם קיים הסדר תחיקתי לגבי "ציווי שעה" בפקודת הנוזקין [נוסח חדש] (לעיל, הערה 46). אולם הסדר זה, הלכה למעשה, שולי ביותר. לא ידועה לנו שום פסיקה המתבססת עליו לעומת הפסיקה העניפה המבוססת על ההסדר הפסיקתי לגבי צווי-מניעה זמניים. זאת ועוד: ניתן בהחלט לטעון שההסדר בפקודת הנוזקין בא רק לצלם את ההסדר הפסיקתי שכבר היה קיים באנגליה לפי המשפט המקובל. ראה א' ברק, דיני הנוזקין (תורת הנוזקין הכללית, מאגנס, ג' טדסקי עורך, מהדורה 2, תשל"ז) 548—551.

המונע הנהגת בדיקה מעמיקה ומחמירה יותר באשר לטיב העילה לצורך סילוקן על הסף של תביעות נגזרות.

נקודת-המוצא בליבון שאלה זו היא, כמובן, כוונת המחוקק (או ליתר דיוק מחוקק-המשנה) בהתקנת התקנות. לנו נראה שאין להסיק כי כוונת המחוקק בהתקנת תקנות 105 ו-106 היתה למנוע עריכת בדיקה טרומית קפדנית יותר לגבי תובענות יוצאות-דופן, כגון תביעות נגזרות.

ראשית, עלינו לזכור שהמבחן המקל על התובע העומד למול בקשת הנתבע לסילוק תביעתו על הסף, אינו מצוי בתקנות עצמן אלא פותח בפסיקה שפירשה אותן. התקנות עצמן שומרות על שתיקה בדבר המבחן. אך יתירה מזו: אין ללמוד מתקנות סדר-הדין האזרחי, תשכ"ג-1963, כי לדעת המחוקק (או גם לדעת השופט שניסח את המבחן בדרך של פירוש התקנות), שבכל סוגי התובענות אין להתנות בשלב הטרומי את המשך ניהול התובענה בדרישות יותר מחמירות מהדרישות המינימליות המצויות בתקנות 105 ו-106 לפי פירושן המקובל, וראיה לכך היא תקנה 29 המתנה את האפשרות לנהל תביעות-ייצוג קבוצתיות בקבלת רשות מבית-המשפט, וזאת – בנוסף לדרישת תקנות 105 ו-106⁶⁸.

כבר הזכרנו, שתביעת-הייצוג הקבוצתית דומה מאוד לתביעה הנגזרת, ודמיון זה עולה לאין שיעור על הדמיון בין תביעות נגזרות ובין התביעות הרגילות המטופלות לפי דרישותיהן המקלות של תקנות 105 ו-106. מדמיון זה לא היינו מסיקים מסקנה מרחיקת-לכת שמצוות המחוקק היא לשאוב מתקנה 29 הסדר דומה לגבי תביעות נגזרות, אולם נראה לנו בבירור שעצם קיומו של ההסדר בתקנה 29 דיו כדי להפריך את הטענה שמתקין התקנות התכוון ליצור בתקנות 105 ו-106 הסדר בלעדי המונע בדיקה טרומית יותר קפדנית לגבי תביעות נגזרות, כאשר הן מוגשות במישרין בהליך מאוחד. אמנם הסדר זה לגבי תביעות-ייצוג קבוצתיות מעוגן במפורש בתקנה 29 ואין עיגון דומה בתקנות לגבי בדיקה טרומית מעמיקה בדבר תביעות נגזרות. אולם אין להסיק מהעדר עיגון זה שמתקין התקנות התכוון לשלול בדיקה טרומית מעמיקה לגבי תביעות נגזרות, וזאת מהטעם הפשוט שאין הסדר כלשהו בשום חיקוק בדבר תביעות נגזרות. יוצא אפוא שכאשר בתי-המשפט מכינים את ההסדרים הדרושים לגבי תביעות נגזרות מותר להם בהחלט לכלול בהסדרים אלה בדיקה מוקדמת מעמיקה של טיב העילה ושאלות טרומיות אחרות בדומה להסדר התחיקתי הקיים לגבי תביעות-ייצוג קבוצתיות. סיכומו של דבר, עקרונית ניתן לנהל את הבדיקה הטרומית הרצויה, הן במסגרת ההליך המפוצל והן במסגרת ההליך המאוחד. ניגש אפוא לדון בשאלה: איזה מהם עדיף?

כפי שכבר הזכרנו, בהתירו את הבדיקה הטרומית במסגרת הליך מפוצל, לא התייחס השופט אלון כלל לאפשרות שהיא תתנהל כחלק מהליך מאוחד, ולכן לא נערכה על-ידו כל השוואה בין השיטות לצורך זה.

68 מן הראוי להזכיר גם את הדרישות המחמירות בדבר המצאת הומנה לדין לחוץ-לארץ, שבהן כבר דנו. אמנם התוצאה המיידית מסירובו של השופט להתיר המצאה לחוץ-לארץ איננה סילוק התובענה על הסף; ברם, מובן שבעקבות סירוב כזה לא יהיה מגוס מלמחוק את התביעה לגבי הנתבע הנמצא בחו"ל. ראה ע"א 565/77 מזרחי נ' Nobel's Explosives Co. Ltd. (לעיל, הערה 47), עמ' 120.

לעומת זאת, הוא רק הוכיר שתי מעלות שהן תוצאות-לוואי לקיום בדיקה טרומית דרך המרצת פתיחה נפרדת ואשר ראוי להתעכב עליהן לשם השוואת שתי הדרכים. ואלה הם דבריו:

"ושתי מעלות טובות נוספות להליך מיקדמי נפרד זה בענייננו. הענקת הסעד בהמרצת פתיחה מסורה היא, כידוע, לשיקול-דעתו של בית-המשפט, והרשות בידו להימנע מהענקת הסעד; והרי ההכרעה בדבר זכות להגשת תביעה נגזרת כל-כולה היא עניין שבשיקול שני הפנים שבעניין, כמתואר לעיל, ומן הראוי שתיעשה במסגרת הליך, שבו מסורה ההכרעה לבית-המשפט על-פי שיקול-דעתו, ולא כזכות, אשר התובע זכאי או אינו זכאי לה. והמעלה הנוספת היא השוני במידת ההוצאות למימון ההתדיינות, שקטן הוא בבירור בקשה מיקדמית ונפרדת מאשר בבירור התובענה כולה. גורם חשוב בסוגיית הגשת התביעה הנגזרת הוא בעיית מימון ההתדיינות. שהרי גם אם יוכה בעל המניות, התובע את התביעה הנגזרת, פסק-הדין ינתן לטובת החברה — שכאמור, בשמה הוגשה התביעה הנגזרת והחברה היא שתהיה הזוכה, למעשה, בסכום הפיצויים, דרך משל, שנפסקים בעקבות התביעה הנגזרת, ובגורלו של בעל המניות אינו עולה אלא חלקו היחסי במניות החברה, שהוא — עקב היותו במיעוט — קטן וזעיר. וסכום ההוצאות שנפסק לתובע אין בו, כידוע, אף כדי לכסות את הוצאותיו הממשיות ביעוץ משפטי ובתופעה בבית-המשפט. בוודאי רע וקשה מצבו, אם לא יוכה בתביעתו ויפסיד בה".⁶⁹

לגבי המעלה הראשונה הנ"ל, המתייחסת לשיקול-הדעת, אמנם מתן פסק-דין הצהרתי, שהוא תשלוב הראשון והטרומי לפי השיטה המפוצלת, הוא הליך "שבו מסורה ההכרעה לבית-המשפט על-פי שיקול דעתו ולא כזכות". אולם, במידה שמבחן הזכאות לניתול תביעה נגזרת אכן מבוסס על שיקול-הדעת, אותו שיקול-הדעת ניתן להפעיל דרך דיון טרומי מאוחד, כפי שמעידות הדוגמאות שהבאנו לעיל.

וכן בדבר עלות הליך מבחינת שכר טירחת עורכי-דין, אין — לדעתנו — שום הבדל בין שני סוגי ההליכים, המפוצל מול המאוחד. ברם, קיים מרכיב עלות, שלא נזכר במפורש על-ידי השופט אלוז, הנמוך יותר במסגרת ההליך המפוצל מאשר במסגרת ההליך המאוחד, וכוונתנו היא לאגרת בית-המשפט.

בהליך המפוצל, הדיון הטרומי מתנהל במסגרת תובענה לפסק-דין הצהרתי שיצהיר על זכאותו של התובע-בעל המניות להגיש תביעה נגזרת. הסעד הצהרתי הזה נחשב כבלתי ניתן לביטוי בכסף על-פי מובנו של ביטוי זה בתקנה 5 לתקנות בית-המשפט (אגרות), תשל"ו-1976, ולכן אגרת בית-המשפט איננה נקבעת לפי שווי התובענה אלא מבוססת בסכום קבוע וסמלי מאוד, שהיום מסתכם ב-600 שקל.

לעומת זאת, לפי השיטה המאוחדת, מוגשת התובענה כתביעה רגילה לטובת החברה ובה הסעד המבוקש הוא הסעד הממשי המגיע לחברה — בדרך-כלל סעד כספי. לפיכך האגרה נקבעת כאחוז משווי הסעד המבוקש — אגרה העשויה להסתכם באלפי שקלים או יותר.

69 פסק-הדין, עמ' 625—626.

לכן לכאורה, מבחינת התובע-בעל המניות יש בהבדל בגובה האגרה משום ייתרון לטובת השיטה המפוצלת. אולם מידת הייתרון המדויקת תלויה בגסיבות המקרה. ערכו של הייתרון שואף לאפס אם הסעד הממשי הנתבע עבור החברה אינו כספי אלא סעד שאינו ניתן לביטוי בכסף, לפי מובן ביטוי זה בתקנה 5 הנ"ל.⁷⁰ יתירה מזו: גם במקרה השכיח יותר, שבו הסעד המבקש עבור החברה הוא כספי, מידת הייתרון להסדר המפוצל מבחינת התובע-בעל המניות תלויה בתוצאות ההתדיינות. הוא אפסי גם במקרה זה, כאשר התובע זוכה להצהרה שהוא אכן זכאי להגיש תביעה נגזרת והוא אמנם מגישה; זאת, משום שהוא ממילא יצטרך לשלם את האגרה המבוססת על שווי הסעד הכספי המבקש עבור החברה בתביעה השנייה, היינו: בתביעה הנגזרת.⁷¹

הייתרון מבחינת התובע-בעל המניות ניכר וברור דווקא כאשר נפסק בשלב הטרומי שהוא אינו זכאי להגיש תביעה נגזרת. החלטה כזו במסגרת ההליך המפוצל, היינו: הפסדו בתובענה לסעד הצהרתי, יעלה לו לתובע רק סכום האגרה הקבוע — 600 שקל. לעומת זאת, הפסד דומה במסגרת ההליך המאוחד, היינו: מחיקת התביעה עקב בדיקה מעמיקה בשלב טרומי של התביעה הנגזרת, יעלה לו מחצית האגרה שנקבעה לפי שווי הסעד המבקש — דבר העשוי להסתכם בסכום ניכר.⁷² במידה שייתרון זה אכן מעודד הגשת תובענות על-ידי תובעים-בעלי מניות, הוא מעודד רק במקרה של תובע חשש סביר שהוא יפסיד בשלב טרומי. מסופקים אנו, לאור הסכנה שבעלי מניות ינצלו לרעה הגשת תובענות כמכשיר סחיטה, אם אכן רצוי לעודד הגשת תובענות אלה. משום-כך אין אנו רואים בהבדל שבתשלום האגרה נימוק לטובת השיטה המפוצלת דווקא, ואף ניתן לזקקו לטובת השיטה המאוחדת.⁷³

70 ראה לדוגמה ינאל לביב נ' בנק לפיתוח תעשייה לישראל בע"מ ואח' (לעיל, הערה 2).

71 אגב אורחא, כדאי להזכיר שבשני המקרים אם התובע-בעל המניות יזכה לקבל סעד ממשי עבור החברה הוא זכאי לקבל מהנתבעים את מלוא החזר האגרה ששילם, ללא שום קשר לעובדה הנכונה שציין השופט אלון, שבדרך-כלל אין החזר התוצאות שמקבל הזוכה במשפט מספיק לכסות את מלוא שכר-הטירחה שהוא שילם לעורך-דינו. נפסק לטובת הזוכה החזר שכר-טירחה בסכום כלשהו, הוא זכאי לקבל החזר האגרה במלואה (ראה תקנות סדר-הדין האזרחי, תשכ"ג—1963, תקנה 476 (ב)).

72 העלות היא רק מחצית האגרה ולא האגרה כולה, משום שזו משתלמת בשני שלבים: מחציתה בהגשת התובענה והחצי השני לקראת בירור התובענה לגופה. תקנות בית-המשפט (אגרות), תשל"ו—1976, תקנות 21. סילוק התביעה על הסף חוסכת אפוא לתובע את מחצית האגרה.

73 התמקדנו בדיוננו בהיבט אחד של ההבדל באגרה בהקשר עם עידוד הגשת תביעות נגזרות לאי-מוצלחות, כי לנו נראה שזה הנושא היותר עקרוני בהקשר זה. כמובן ניתן לדון בהיבטים אחרים בדבר ההבדל באגרה. כל הוזה באגרה מטילה על משלם המסים עול כבד יותר במימון מערכת בתי-המשפט. כמו-כן ניתן לטעון, שהזולות באגרה מעודדות הגשת יותר תביעות — דבר המהווה תופעה שלילית כשלעצמו, ללא שום קשר לטיב התביעה שהגשתן מעודדת, וזאת — בעקבות העומס הגדול הרובץ על בתי-המשפט. אולם, לדעתנו, בגלל מספרן המועט של תביעות נגזרות המוגשות או שיש לצפות שתוגשנה, אין בעידוד הגשתן על-ידי אגרה מוזה שום השפעה של ממש במישורים האלה. מה גם שההבדל שבין שתי השיטות אינו נובע מהבדל עקרוני ביניהן אלא הוא תוצאת-לווי של הסדר האגרה — הסדר שהוא בעייתי מאוד בעינינו. ראה S. Goldstein, "The Influences of Constitutional Principles on Civil Procedure in Israel", 17 *Isr. L. Rev.* (1982) 467, 493—496.

עתה עלינו לדון בעוד ארבעה נושאים, שלגביהם ייתכנו הבדלים בין השיטה המפוצלת ובין השיטה המאוחדת. ואלה הם: (א) עידוד ויתורים ופשרות; (ב) סופיות הדין; (ג) יעילות מבחינת חיסכון בזמן; (ד) זכות הערעור על ההחלטה בדיון הטרומי.

כבר הזכרנו לעיל, שייתכן כי לאחר ההכרעה בבדיקה הטרומית יותר המפסיד או יתפשרו בעלי-הדין. בכך לא רק שייחסך לצדדים ולמערכת השיפוטית בירור המשפט לגופו, אלא מדובר בויתורים ובפשרות שמטבעם הם רצויים מכיוון שהם מבוססים על מידע מהימן לגבי סיכוייהם של בעלי-הדין לזכות במשפט לגופו. עכשיו עלינו לבדוק, האם לעריכת הבדיקה הטרומית לפי אחת השיטות לעומת זולתה השפעות על השגת ויתורים ופשרות בעקבות הבדיקה הטרומית.

אם התובע-בעל המניות זוכה בבדיקה הטרומית ייתכן שעמדו במשא-ומתן לאחר הבירור הטרומי תהא חזקה יותר לפי ההסדר המפוצל לעומת השיטה המאוחדת, וזאת משום שיש להניח כי לפסק-דין הקובע את זכאותו של התובע-בעל המניות להגיש תביעה נגזרת השפעה פסיכולוגית חזקה יותר על הצדדים מאשר להתגברותו של התובע על בקשת מחיקת התביעה, למרות שבשני המקרים מתקיימת אותה בדיקה – הן מבחינת העובדות והן מבחינת המצב המשפטי.

זאת ועוד: בדבר נכונותם של בעלי-דין להתפשר לאחר הבירור הטרומי תיתכן השפעה של ההבדל באגרה שהזכרנו לעיל, וגם זאת, לכאורה, לטובת השיטה המפוצלת (משום שלפי השיטה הראשונה הוציא התובע פחות על תשלום האגרה, היינו: רק סכום סמלי הקבוע מראש לעומת אחוז משווי העניין). מרכיב כספי ניכר בכל פשרה צריך להיות החזר הוצאותיו של התובע. לכן, מטבע הדברים הוצאות נמוכות יותר תעזורנה להשגת הפשרה. יתירה מזו: תובע-בעל מניות הצופה מראש שייתכן כי יוכל להתפשר עם הנתבעים לאחר החלטה טרומית שלפיה הוא אכן זכאי להגיש תביעה נגזרת, עשוי להעדיף את השיטה המפוצלת על-פני השיטה המאוחדת לא רק משום שהוא יצטרך להתמקח עם הנתבעים על החזר פחות הוצאות, אלא גם משום שיצטרך להוציא פחות כסף כדי להגיע לשלב זה. אפילו אם בסופו של דבר יחזר לו סכום האגרה ששילם, ייתכן שהוצאת סכום ניכר זה מראש תכביד עליו בשל בעיות מימון ונזילות. במקרים מסוימים הצורך להוציא מראש סכום כזה עלול למנוע ממנו לתבוע. ברם, גם בנושא זה ייתרונותיה של השיטה המפוצלת אינם חד-משמעיים, לא מבחינת בעלי-הדין ולא מבחינת טובת הכלל. ראשית, באותה מידה שהחזר ההוצאות יהיה נמוך יותר לפי השיטה המפוצלת מאשר לפי ההסדר המאוחד, שני הצדדים יודעים שאם לא יתפשרו בשלב זה, הרי שעל-פי ההסדר המפוצל יהיה על התובע לשלם מכיסו יותר כדי להגיע לזכיה סופית ממה שיהיה עליו לשלם לפי השיטה המאוחדת. אין לדעת כיצד עובדה זאת תשפיע על נכונותם להתפשר. זאת ועוד: לאמיתו של דבר אגרות בתי-משפט, אפילו אלה נקבעות לפי שווי העניין, אינן מהוות בדרך-כלל מרכיב בעל ערך רב בהוצאות המשפט, קל-יחומר כאשר מדובר בפשרה אשר המרכיב העיקרי בה הם הפיצויים המשתלמים לחברה. לכן קשה מאוד למדוד את השפעת מרכיב האגרה על השגת הפשרה.

יתירה מזו: לפשרה המושגת לאחר הבירור המוקדם לפי ההסדר המפוצל יש חסרונות, הן מבחינת הצדדים והן מבחינת הסדר התקין. מיגרעות אלה נובעות מעצם העובדה שלפי השיטה המפוצלת הצדדים מתפשרים לאחר מתן פסק-דין בתובענה הבלעדית

שהוגשה, היינו: הפשרה מושגת מחוץ לכותלי בית-המשפט. לעומת זאת, לפי ההסדר המאוחד מושגת הפשרה לאחר הבירור הטרומי במסגרת הליך תלוי ועומד. להבדל זה השפעות שונות: ראשית, לעומת ההסדר המאוחד, אין לפי השיטה המפוצלת אפשרות שהפשרה תקבל תוקף של פסק-דין ועל-ידי-כך תגן על הנתבעים מפני תביעות נשנות המוגשות הן על-ידי החברה והן על-ידי בעלי מניות אחרים. עובדה זו עלולה להשפיע לרעה על גבולותם להתפשר. שנית, העובדה שלפי ההסדר המפוצל הפשרה מנותקת לגמרי מכל התדיינות תלויה ועומדת, עלולה לעודד את הצדדים להתפשר ביניהם על-חשבון החברה. עובדה זו בולטת וברורה יותר לעומת פשרה הגעשית במסגרת משפט תלוי ועומד, לפי ההסדר המאוחד, כאשר במסגרתה בית-המשפט מפקח באופן מיוחד על תוכן הפשרה במגמה למנוע קנוניא בין הצדדים על-חשבון החברה.⁷⁴ אולם ייתכן שתבדל, ולו קל, קיים אפילו כאשר אין פיקוח מיוחד מופעל על-ידי בית-משפט, אמנם ניתן לטעון שהעדר הפיקוח במסגרת ההליך המפוצל מתקוו בעובדה, שפשרה כזו לא תשתיק לא את החברה ולא את יתר בעלי המניות. יחד עם זאת, למרות אי-תחולת מעשה בית-דין עקב הפשרה, ייתכן שעצם השגתה הלכה למעשה תסיים את העניין מחמת חוסר-נכונות של גורמים אחרים להמשיך במלאכה.

נקודה אחרונה זו מובילה לבחינת ההבדלים העשויים להתקיים בין שני ההסדרים הנובעים מעקרונות סופיות הדיון. בדיון זה נתמקד בכללי מעשה בית-דין (שהם הכללים החשובים ביותר של עקרונות סופיות הדיון) ותחילה עלינו לציין ולהדגיש שתנאי הכרחי לתחולת מעשה בית-דין, הן במובן עילה פסוקה והן במובן פלוגתא פסוקה, הוא קיומו של פסק-דין. כללי מעשה בית-דין עוסקים בהשתקים הנוצרים עקב מתן פסק-דין בהליך משפטי, והיכולים להיות מופעלים בהליך מאוחר יותר.

לאור התיאור הנ"ל ניתן לחשוב שיהיו הבדלים משמעותיים וברורים בין שני ההסדרים מבחינת מעשה בית-דין, וזאת – בגלל השוני הבולט בין ההסדר המפוצל, שבו השלב הראשון מהווה תובענה עצמאית המסתיימת בכל מקרה במתן פסק-דין, לבין ההסדר המאוחד, שבו הבירור הטרומי נערך כשלב-ביניים בהליך נמשך. אולם, כפי שיתברר מיד, המצב מורכב במידה רבה יותר.

את ההבדלים בין שני ההסדרים מבחינת מעשה בית-דין נבחן תוך הבחנה בין שתי הסוגיות הכלולות במושג מעשה בית-דין, היינו: עילה פסוקה (או השתק עילה) ופלוגתא פסוקה (או השתק פלוגתא). מבלי להתייחס עתה למכלול התכונות של כל אחת מה-סוגיות הנ"ל, ניתן לומר בקיצור שעל-פי עקרון העילה הפסוקה, לאחר מתן פסק-דין לגבי עילה מסוימת אין להגיש שנית תובענה המבוססת על אותה עילה, וזאת בין אם זכה התובע בהליך הראשון ובין אם הפסיד בו.⁷⁵ עקרון הפלוגתא הפסוקה קובע, שלאחר שהכריע בית-משפט בפסק-דין בפלוגתא מסוימת מושתקים בעלי-הדין וחליפיהם

74 לגבי הצורך בפיקוח כזה ראה את הדיון בפרק הבא וכן את המקורות המובאים בו.

75 במקרה שהתובע זוכה בדיון אומרים, שעילת תביעתו "נבלעה" (Merged) בפסק-הדין ואיננה קיימת עוד, ובמקרה שהנתבע זוכה במשפט אומרים שקם "מחסום" (Bar) המשתק את התובע מלחזור שנית על עילתו. ראה ע"א 246/66 שמואל ורחל קלוזינר נ' רנה שמעוני, פ"ד כב (2) 561, 583–584; ע"א 165/76 רשות הפיתוח ואח' נ' קלי חילי קזאב, פ"ד לא (1) 253, 259; E. Harnon, "Res Judicata and Identity of Actions, Law and Rationale", 1 Isr. L. Rev. (1966) 539.

מלספור את הקביעה הזאת בהליך אחר. בהמשך דיונו נתייחס בנפרד לכל אחת משתי הסוגיות לגבי כל אחד מההסדרים ולפי שני מצבים, היינו: זכיותו של התובע-בעל המניות בבירור הטרומי והפסדו בו. נפתח בבדיקת ההשלכות שיש לעקרון העילה הפסוקה על שני ההסדרים במקרה שהתובע-בעל המניות זוכה בבדיקת הטרומית.⁷⁶ זכיות התובע לפי ההסדר המאוחד תבטא בדחיית הבקשה למחיקת התביעה — דחיה שהיא בגדר החלטת-ביניים ולא פסק-דין, ולכן אין לדבר כלל על עילה פסוקה במקרה זה. לעומת זאת, זכיות התובע-בעל המניות לפי השיטה המפוצלת תבטא במתן פסק-דין לטובתו, שבעקבותיו תיווצר עילה פסוקה.⁷⁷ אולם אין משמעות ממשית להיווצרות עילה פסוקה במקרה זה. מובן מאליו, שקיומה של עילה פסוקה לא יחסום את דרכו של התובע-בעל המניות שזוכה מלהגיש את התביעה הנגזרת לגופה. הסדר המפוצל מבוסס על ההנחה, שהעילה הנתבעת בתובענה למתן סעד הצהרתי בדבר זכאותו של התובע-בעל המניות להגיש תביעה נגזרת, איננה אותה העילה הנתבעת בתביעה הנגזרת עצמה.

ברם, אין להרחיק לכת ולהסיק שאין משמעות כלשהי מבחינת סופיות הדיון לזכיות התובע-בעל המניות לפי ההסדר המפוצל. אכן, בעקבות זכיה זו ייתכן שתיווצר פלוגתא פסוקה לגבי קביעות מסוימות; על כך נדון בהמשך. יתירה מזו: את התקבל דעתנו, שבדיקת טרומית מעמיקה אינה רק רצויה אלא שהיא בגדר חובה לגבי תביעות נגזרות, ואם בניגוד לדעתנו — כפי שיוסבר בהמשך רשימה זו — תונהג בדיקה זו לפי ההסדר המפוצל, ייצא שזכיות התובע-בעל המניות בהצהרה שהוא זכאי להגיש תביעה נגזרת תהיה תנאי מוקדם להגשת התביעה הנגזרת לגופה, ובזכותו יקיים התובע תנאי זה. יוצא אפוא, שפסק-דין הצהרתי לטובת התובע יהווה עובדה הכרחית לקיום עילת התביעה הנגזרת.⁷⁸ נשאלת השאלה, האם פסק-דין הצהרתי לטובת בעל מניות פלוני יכול למלא את התנאי ההכרחי להגשת תביעה נגזרת גם על-ידי בעל מניות אחר, במקרה שפלוני משהה את הגשת התביעה הנגזרת? לדעתנו, התשובה לשאלה זו היא חיובית בתנאי שאין הבדל של ממש בין מצבו של פלוני ובין מצבו של בעל המניות האחר, החפץ להסתייע בזכיותו של פלוני מבחינת זכאותו לתבוע תביעה נגזרת בשם החברה.⁷⁹

עתה נבחן את תחולתם של כללי העילה הפסוקה, בהנחה שהתובע-בעל המניות הפסיד בבירור הטרומי. לפי השיטה המאוחדת, הפסד כזה יבוא לידי ביטוי במחיקת

76 דיונים כלליים על מעשה בית-דין על שני היבטיו הנ"ל מצויים במקורות המובאים בהערה 75 לעיל. ראה גם בג"צ 578/82 נעים נ' בית-הדין הרבני, פ"ד לו (2) 701.

77 העובדה, שלפי ההסדר המפוצל מדובר בפסק-דין הצהרתי שניתן בתובענה המוגשת בהמצת פתיחה אינה גורעת מתוקף פסק-הדין כמעשה בית-דין, לרבות תחולת עילה פסוקה. ראה ע"א 165/76 רשות הפיתוח ואח' נ' עלי הליל קזאב (לעיל, הערה 75); Restatement of the Law, Judgments 2nd. (St. Paul, 1982) sec. 33.

78 ראה א' הרנון, דיני ראיות ב' (המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי, תשל"ו) 348.

79 מצב זה עשוי להתהוות אם לבעל המניות האחר תכונות אישיות שלא היו לתובע-בעל המניות שזוכה. טול לדוגמא את המקרה שבו בעל המניות האחר רכש את מניותיו בחברה לאחר שנוצרה עילת התביעה. ראה בעניין זה ע"א 726/74 מלונות נווה-ים של הוף אכזיב בע"מ נ' צבי כהן (לעיל, הערה 2); ע"א 180/75 יגאל לכיב נ' בנק לפיתוח תעשייה לישראל בע"מ (לעיל, הערה 2).

התביעה הנגזרת מחוסר עילה. מחיקה זו לא תהווה עילה פסוקה ולא תמנע את חידוש התובענה על-ידי אותו תובע-בעל המניות⁸⁰. קל-וחומר שהמחיקה גם לא תמנע הגשת תובענה חדשה, בין אם על-ידי בעל מניות אחר ובין אם על-ידי החברה עצמה. לעומת זאת, אם התובע בעל המניות מגיש תובענה עצמאית בדרך של המרצת פתיחה לפי ההסדר המפוצל, הוא יושתק כתוצאה מדחיית תובענתו זו. הדחייה תגרום להיווצרות עילה פסוקה ותמנע את חידוש התובענה על-ידי אותו תובע-בעל המניות שהפסיד⁸¹. אולם, לשם בחינת התוצאות הנובעות מתחולת עילה פסוקה במקרה זה עלינו לשוב ולדייק בתחיימת גבולותיה של עילת התביעה המושתקת.

כפי שהסברנו לעיל, העילה המושתקת איננה עילת התביעה הנגזרת לגופה, אלא העילה הטרומית בדבר הזכאות להגיש את התביעה הנגזרת. לכן, אם יונהג ההסדר המפוצל בנוסח הצעתו של השופט אלון שעל-פיה מתן פסק-הדין ההצהרתי שהתובע-בעל המניות זכאי להגיש תביעה נגזרת אינו תנאי הכרחי להגשת התביעה הנגזרת עצמה – לא תהיה משמעות ממשית להיווצרות עילה פסוקה כאן.

לעומת זאת, אם יונהג ההסדר המפוצל על-פי הגישה שהזכרנו לעיל, שבה קבלת פסק-דין המצהיר כי בעל מניות פלוגי זכאי להגיש תביעה נגזרת היא תנאי הכרחי להגשת התביעה הנגזרת, תהיה משמעות ניכרת להפסדו של התובע-בעל המניות לפי ההסדר המפוצל. במקרה זה תחולת עילה פסוקה תמנע מהתובע שהפסיד מלחדש את תובענתו לקבל את פסק-הדין ההצהרתי הדרוש, ועל-ידי-כך תמנע ממנו מלקיים את התנאי הכרחי להגשת התביעה הנגזרת עצמה.

נשאלת השאלה, האם לתוצאה הנ"ל השפעות לא רק לגבי התובע-בעל המניות שהפסיד, אלא גם לגבי החברה ושאר בעלי המניות. בדבר החברה העניין פשוט וברור. אמנם, לדעתנו, החברה חייבת להיות מצורפת כבעלת-דין גם בשלב הראשון של ההסדר המפוצל (כפי שאכן היתה מצורפת בפרשת פולימני) ועל-ידי-כך ניתן לטעון שתחול גם עליה העילה הפסוקה שנוצרה עקב הפסדו של התובע בעל המניות בהליך הטרומי הנפרד. כאמור, עילה זו היא העילה בדבר זכאותו של התובע-בעל המניות להגיש את התביעה הנגזרת. ברם, אין כלל משמעות לעילה פסוקה זו לגבי החברה, משום שהחברה, בניגוד לבעלי המניות, אינה זקוקה לשום הצהרת זכאות כתנאי מוקדם להגשת תביעתה-שלה, שאינה אלא תביעה רגילה לכל דבר.

אולם מתעוררת השאלה מהן ההשפעות, מבחינת העילה הפסוקה, על בעלי מניות אחרים בעקבות הפסדו של התובע-בעל המניות בהליך הטרומי לפי ההסדר המפוצל? אם נמשיך ונניח שבניגוד לדעתו של כב' השופט אלון, בדיקת טרומית מעמיקה המונהגת לפי השיטה המפוצלת היא עניין שבחובה, אזי בעל מניות אחר, לעומת החברה,

80 תקנות סדר-הדין האזרחי, תשכ"ג-1963, תקנות 105, 490. ראה גם את הדיון על תחולת פלוגתא פסוקה בעקבות מחיקת התביעה (להלן, סמוך להערה 85). ייתכן, כמובן, שהתביעה תידחה על הסף לפי תקנה 106 בעקבות בקשתו של הנתבע המסתמכת על הגנה (כגון התיישנות). לגבי עילת התבונה, ללא קשר ישיר לבדיקת הטרומית המיוחדת בדבר תביעה נגזרת – במקרה זה תיווצר, בדרך-כלל, עילה פסוקה בעקבות הדחייה. ראה הערה 75 והמקורות המובאים בה. ראה גם י' זוסמן (לעיל, הערה 46), עמ' 319–321, וכן הערה 82 והמקורות המובאים בה.

81 ראה את הדיון לעיל, סמוך להערה 77, ואת המקורות המובאים בהערה 77.

אכן יודקס להצהרה על זכאותו להגיש תביעה נגזרת כתנאי להגשתה. לכן, נשאלת השאלה: האם במקרה כזה תחולת העילה הפסוקה החוסמת את הדרך בפני התובע בעל המניות שהפסיד, אכן חוסמת את הדרך גם לפני בעלי מניות אחרים? לדעתנו, התשובה לשאלה זו היא שלילית, מאחר שבעלי מניות אחרים לא היו בעלי דין בהליך שבו הפסיד התובע בעל המניות ואף לא יוצגו בו, לא על-ידי התובע בעל המניות ולא על-ידי החברה. בראשית רשימה זאת נימקנו את דעתנו, כי בתביעה נגזרת התובע בעל המניות אינו מייצג את שאר בעלי המניות, אלא הוא תובע אך ורק בשם החברה. אמנם, גם הבענו את דעתנו, שבעקבות צירופה של החברה כבעלת-דין בתביעה נגזרת יושחקו כל בעלי מניותיה לגבי עילת החברה באותה המידה שהחברה עצמה מושחקת; אלא שהשחק זה אינו נובע מייצוג בעל המניות על-ידי החברה אלא מהעובדה שהתביעה הנגזרת — כפי שמעיד על עצמו הביטוי — נגזרת מעילת החברה. לכן אם החברה מושחקת לגבי עילתה היא, יושחקו בעלי המניות באותה מידה לגבי עילת החברה המהווה בסיס לתביעה הנגזרת. כבר הזכרנו לעיל, שהעילה הפסוקה הנוצרת בעקבות הפסדו של התובע בעל המניות לפי ההסדר המפוצל אינה עילת החברה ואף אינה התביעה הנגזרת לגופה, אלא היא אך ורק עילת התובע בעל המניות לקבלת הצהרה שהוא זכאי להגיש את התביעה הנגזרת. לגבי עילה זו, בעלי המניות האחרים אינם מושחקים ולכן פתוחה לפניהם הדרך לקבל הצהרה כזאת כתנאי מוקדם להגשת התביעה הנגזרת עצמה. יוצא אפוא, שמצבם של בעלי מניות אחרים זהה בשני ההסדרים, מבחינת תחולת עילה פסוקה, בעקבות הפסד התובע בעל המניות בבירור הטרומי.⁸² עתה נבחן את תחולתה של הסוגיא השנייה, פלוגתא פסוקה, לגבי שני ההסדרים

82 ייתכן שניתן לחלוק על דעתנו הנ"ל ולטעון, שיש להחיל עילה פסוקה על יותר בעלי המניות כיוון שהם יוצגו בהליך על-ידי התובע בעל המניות או על-ידי החברה. אם מקבלים טיעון זה, המסקנה המתבקשת, לפחות לכאורה, היא, שתחום דרכם של שאר בעלי המניות לזכות בהצהרת הזכאות הנדרשת כפי שהיא חסומה לפני התובע בעל המניות, שהפסיד. תוצאה זו בהחלט תבדיל בין ההסדר המפוצל ובין ההסדר המאוחד. במישור הרצוי שתי התוצאות סבירות בעינינו כל עוד הפסדו של התובע בעל המניות לפי ההסדר המפוצל לא התבסס על תכונות אישיות שלו, להבדיל מטיב עילתה של החברה וגורמים אחרים שהם משותפים לכל בעלי המניות. במקרה זה שבו הפסיד התובע בעל המניות מחמת תכונה אישית, כגון רכישת מניותיו לאחר שנוצרה עילת התביעה של החברה (ראה לעיל, הערה 79 והמקורות המובאים בה), לא יהיה זה רצוי לחסום את הדרך לפני שאר בעלי המניות מלוכות בהצהרת הזכאות הדרושה. כמו-כן תיתכן אפשרות לפתור בעיה זו בהסתמך על הטיעונים, שבמקרה זה הפסדו של התובע בעל המניות לא היה "לגופו של עניין" או שמא עילתו של בעל מניות אחר איננה אותה העילה שהגישת התובע בעל המניות, שהפסיד. אין זה המקום להרחיב את הדיבור במסגרת רשימה זאת על הנושאים המסובכים ביותר של זהות העילה לצורך עילה פסוקה ושל הסייג לעילה פסוקה, המבוסס על העובדה שפסק-הדין לא ניתן לגופו של עניין. לכן נסתפק באומדנו, כי למרות שניתן למצוא סימוכין לטיעונים אלה, הרי שמיסודם הם בעייתיים מאוד, לדעתנו.

ראה מאמרו של א' ארנון (לעיל, הערה 75); י' זוסמן (לעיל, הערה 46), 319—321; R. C. Casad. *Res Judicata* (St. Paul, 1976) 18—60, 97—119; Restatement of the Law, Judgments 2nd, Sec. 20 (לעיל, הערה 77).

ונעשה זאת שוב תוך הבחנה בין שני המצבים, היינו: זכירתו של התובע-בעל המניות והפסדו.

כפי שכבר הוכחנו, זכירתו של התובע לפי ההסדר המאוחד תבטא בדחיית הבקשה למחיקת התביעה – דחייה שאיננה פסק-דין ולכן איננה יוצרת מעשה בית-דין, לרבות פלוגתא פסוקה⁸³. לעומת זאת, זכירתו של התובע-בעל המניות לפי השיטה המפוצלת תשתקף במתן פסק-דין לטובתו, שבעקבותיו תיווצר פלוגתא פסוקה⁸⁴. אולם בדרך-כלל תיווצרות פלוגתא פסוקה זו לא תהא בעלת משמעות לגבי בירור התביעה הנגזרת לגופה בהמשך, משום שרוב רובן של הפלוגתאות אשר לגביהן יחול ההשתק אינן אותן הפלוגתאות שבהן יכריע בית-המשפט בהכריעו את התביעה הנגזרת לגופה. בבירור הטרומי תבסס זכירתו של התובע-בעל המניות, בעיקרו של דבר, על מימצאים הקובעים ש"לכאורה" לתובע זה זכות עמידה לתבוע בשם החברה ו"לכאורה" לחברה עילה טובה נגד התביעה. לעומת זאת, ההכרעה בפלוגתאות הטעונות הכרעה בעת בירור התביעה הנגזרת לגופה תהא הכרעה סופית ומושלמת ולא רק לכאורה, לכן המימצאים "הלכאוריים" הכלולים בפסק-הדין שניתן לטובת התובע-בעל המניות בתום הדין בהליך הטרומי הנפרד לא ישתיקו את הצדדים בעת בירור התביעה הנגזרת לגופה בכל הקשור לפלוגתאות הטעונות הכרעה בשלב זה.

אולם עלינו לציין, כי למרות שהמצב הנ"ל הוא שישורו בדרך-כלל, ייתכן שבמסגרת הסקת המסקנה שלחברה עילה טובה "לכאורה", אכן יכריע בית-המשפט בפלוגתא מסוימת בצורה החלטית. זה ייתכן, לדוגמא, בקשר עם הגנות כנגד עילת החברה כאשר הנתבעים מעלים אותן במסגרת הדין הטרומי. במקרה כזה עשוי בית-המשפט לדחות את התגנה תוך כדי קביעת הכרעה החלטית; ואם כן, לפי ההסדר המפוצל הממצא אכן ייצור פלוגתא פסוקה וישתיק את התביעה בתביעה הנגזרת לגופה.

זאת ועוד, לא רק התובע-בעל המניות שזכה בפסק-הדין ההצהרתי על זכאותו להגיש את התביעה הנגזרת יוכל לנצל השתק זה, אלא גם החברה תוכל לנצלו מכיוון שהיתה מצורפת כבעלת-דין בהליך, וכן גם בעלי מניות אחרים משום שתביעתם הנגזרת הינה גגורת מעילת החברה ולכן היא נהנית מאותם ההשתקים שמהם נהנית עילת החברה.

נשארת לבחינה רק ההשוואה בין ההסדרים לגבי פלוגתא פסוקה במקרה שהתובע-בעל המניות הפסיד בבדיקה המוקדמת. בדרך-כלל במקרה שכזה לא יהיה שום הבדל בין שני ההסדרים – דין אחד יהיה לשניהם והוא שלא תקום פלוגתא פסוקה, כיוון שהפלוגתאות שתוכרענה נגד התובע-בעל המניות לא תבססנה על "מימצאים חיוביים". אין צורך להרחיב כאן את הדיבור על הפסיקה הישראלית הדורשת קיומו של "מימצא חיובי" כתנאי הכרחי לתחולת פלוגתא פסוקה. המושג "מימצא חיובי" בוודאי כולל מימצא שהוא חיובי מכל הבחינות, כגון "התרשל הנתבע", גם מימצא שאינו נחשב חיובי בלשון העם, כגון "לא התרשל הנתבע", ייחשב לחיובי. נשאלת אפוא השאלה: מהו מימצא שאינו חיובי במובן הדרישה למימצא חיובי לצורך תחולת פלוגתא פסוקה? הכוונה היא למימצא אשר אינו קובע שום דבר לגופו אלא רק מצהיר על כשלון הוכחה, כגון "לא הוכח שהתרשל הנתבע".

83 ראה ע"א 188/60 רי"ס נ' רי"ס פ"ד יד 1314. כמו-כן אין בדחייה כזאת שום סופיות בהשתק או מגיעות אחרות.

84 ראה את המקורות המובאים לעיל, הערות 75 ו-77.

לא מן הדין יהיה, במסגרת רשימה זו, לדון בדרישת המימצא החיובי על ייתרונותיה ועל חסרונותיה. לנו חשובה רק העובדה שדרישה זאת קיימת בהלכה הישראלית והיא, בדרך-כלל, תמנע את תחולת הפלוגתא הפסוקה בשני ההסדרים גם יחד.

כפי שהוכרנו לעיל, מטבעו של הבירור הטרומי, בין אם הוא נערך לפי ההסדר המפוצל ובין אם הוא נערך לפי ההסדר המאחד, הוא מיקדמי, לא סופי ולא מושלם. לכן, בדרך-כלל, קביעותיו השליליות של בית-המשפט שתיעשנה במהלכו לא תהוונה מימצאים חיוביים במובן הנ"ל, אלא תהיינה בגדר "שלא הוכח", ולו לכאורה, שלתובע זכות עמידה לתבוע בשם החברה, לחברה עילה טובה נגד הגנתכעים או שלא הוכחו שני אלה גם יחד.

אולם ייתכנו מקרים, בדומה למה שאמרנו לעיל לגבי זכיותו של התובע-בעל המניות, שאפילו במסגרת הבדיקה המוקדמת יקבע בית-המשפט מימצא חיובי לגבי פלוגתא מסוימת. לגבי מקרים אלה עלינו לדון בנפרד בשני ההסדרים; ברם, כפי שיתברר להלן, הרי שבסופו של דבר גם במקרים אלה לא יהיה הבדל בין שני ההסדרים.

לפי ההסדר המפוצל המשתקף בפסק-דין, ברור הוא שהתובע-בעל המניות יושקע על-ידי המימצאים החיוביים. זה יהיה הדין הן לגבי החברה שצורפה כבעלת-דין בתליך והן לגבי בעלי מניות אחרים שתביעתם הוגזרת מושקת באותה מידה שמושקת עילתה של החברה.

לכאורה המצב בהסדר המאוחד שונה, שהרי על-פי הסדר זה הפסדו של התובע-בעל המניות משתקף במחיקת תביעתו לפי תקנה 105 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963, בעקבות קביעתו של מחוקק-המשנה בתקנה 490 ש"מחיקת התובענה אינה מעשה בית-דין ואין בה, כשהיא לעצמה, כדי למנוע את התובע מלהגיש תובענה חדשה בשל אותה עילה"⁸⁵.

בהוראה זו התכוון מחקין התקנות לאפשר לתובע "לתקן" את הפגם שגרם למחיקת כתב-תביעתו על-ידי פתיחת הליך חדש שבו הפגם כבר לא קיים. במקרה השכיח, שבו נמחקה התביעה בשל העובדה שכתב-התביעה לא הראה עילה, ניתן לתובע "לתקן" את הפגם על-ידי הגשה מחודשת של אותה העילה — הפעם בכתב-תביעה המראה עילה. כדי להגשים מטרה זו שלל מחוקק-המשנה כליל את תחולת העילה הפסוקה על מחיקת התובענה. אולם הוא לא התכוון לשלול תחולת פלוגתא פסוקה לגבי מימצאים חיוביים שהוכרעו במסגרת מחיקת התובענה.

טול את המקרה של מחיקה משום ש"שולמה אגרה בלתי-מספקת והתובע לא שילם את האגרה הנדרשת תוך הזמן שנקבע לכך". בעקבות מחיקה כזאת לפי תקנה 490, ניתן לתובע להגיש את אותה התובענה מחדש. אולם אם במסגרת החלטתו למחוק את התביעה מחמת אי-תשלום האגרה הנדרשת קבע בית-המשפט, כי האגרה הנדרשת לתובענה זו תיקבע לפי שווי הנושא ולא תעמוד על סכום סמלי הקבוע מראש, או קבע דבר אחר לגבי שיעור האגרה — קביעות אלה תהוונה פלוגתאות פסוקות כאשר התובענה תוגש מחדש.

וזאת ועוד, מחיקה המבוססת על קביעת בית-המשפט ש"אין הכתב מראה עילת תביעה" איננה חוסמת את הדרך לחידוש התביעה, אולם אם התובע היה מגיש שנית

85 ראה גם לעיל, הערה 80, והדיון הסמוך לה.

את אותו כתב-התביעה בדיוק, מלת במלת, שכבר נפסק לגביי שאין הוא מראה עילה, הרי שלדעתנו דינה של התביעה החדשה להימחק מחמת פלוגתא פסוקה לגבי כתב-תביעה זה.

יוצא אפוא, שלמרות הוראת של תקנה 490, שלפיה מחיקה איננה מהווה מעשה בית-דין, יושחק התובע-בעל המניות על-ידי מימצאים חיוביים הנקבעים במסגרת מחיקת התובענה לפי ההסדר המאוחד באותה המידה שיושחק על-ידי המימצאים החיוביים במסגרת דחיית תובענתו הטרומית לפי ההסדר המפוצל. כמו-כן יושחקו הן התברה והן בעלי מניות אחרים באותה מידה שווה לפי שני ההסדרים.

בכך סיימנו את עריכת ההשוואה בין שני ההסדרים מבחינת תחולתם של הכללים לסופיות הדיון בכלל, ולמעשה בית-דין בפרט. ברם, אנו מתקשים להסיק מסקנות ברורות בדבר הקושיא העיקרית, היינו: איזה הסדר עדיף מבחינת התוצאות הנובעות מתחולת הכללים במעשה בית-דין בשל סיבות אחדות?

לגבי מצבים רבים אין הבדלים ניכרים בין שני ההסדרים מבחינת כללי מעשה בית-דין. כאשר קיימים הבדלים, הם קשורים למקרה שבהם יחול השתק לפי ההסדר המפוצל ולא יחול השתק לפי ההסדר המאוחד. האם במקרים אלה עדיף השתק, ולכן עדיף ההסדר המפוצל, או להיפך? עקרונית ניתן לטעון לכאן ולכאן. ואם היינו בוטים להעדיף השתק, עדיפות זו היתה מעידה על העובדה שאין אנו שלמים עם הוראת מחוקק-המשנה שלא תחול עילה פסוקה בעקבות מחיקת כתב-תביעה מחוסר עילה, היינו: העדפה כלשהי במקרה זה כרוכה בגישה עקרונית יותר בדבר תחולת כללי מעשה בית-דין.

זאת ועוד: גייסנו להשוואה את שני ההסדרים לפי הכללים המקובלים של מעשה בית-דין. ברם, במקרים רבים כללי מעשה בית-דין שהיו חלים כאן אינם ברורים דיים כדי לקבוע מסמרות לגבי התוצאות.

יתירה מזו: פרט להוראות מתקין התקנות, שמחיקת כתב-תביעה איננה יוצרת עילה פסוקה, כל הכללים שהתייחסנו אליהם בדיון לעיל הם תוצרי הפסיקה ומבוססים בסופו-של-דבר על מדיניות משפטית. לכן אין לדעת מראש כיצד יחליט בית-משפט כאשר ידון בבעיות המיוחדות הנובעות מקיום הבדיקה הטרומית בנוגע לתביעות נגזרות. במקרה כזה ייתכן שבית-המשפט יחליט שרצוי יהיה, ולו במקרים מסוימים, לסטות מהכללים שהבאנו לעיל.

לבסוף: אף אם היינו מסיקים שקיים ייתרון קל להסדר המפוצל על-פני ההסדר המאוחד לגבי התוצאות הצפויות של מעשה בית-דין, היה ייתרון זה מתקוון, לדידנו, בעובדה שמבחינת מעשה בית-דין דווקא ההסדר המפוצל יוצר סבך בעיות קשות מאוד לעומת ההסדר המאוחד, שלגבי תוצאות מעשה בית-דין הן ברורות יותר וקלות יותר ליישום.

יוצא אפוא, שמבחינת מעשה בית-דין לא היינו מסיקים מסקנות נחרצות כלשהן בדבר העדפת אחד ההסדרים על-פני משנהו.

עתה עלינו להתייחס לנקודה נוספת שהיתה שנויה במחלוקת בין השופטים בפרשת סולימני: איזו שיטה יעילה יותר מבחינת החיסכון בזמן? בפסק-דינו מרמז השופט אלון, שאחת המעלות של המרצת הפתיחה היא שההליך מזורז. ואמנם המרצת פתיחה נועדה לתזזז הסדר מזורז לעומת ניהול התביעה לסעד ממשי עד תומה. ברם, זו איננה ההשוואה הנכונה לענייננו.

אנו מעוניינים דווקא בהשוואה בין ניהול הבריור המוקדם לפי המרצת פתיחה עצמאית (היינו: השיטה המפוצלת) ובין ניהול בשלב טרומי בתובענה רגילה למימוש העילה השייכת לחברה (היינו: השיטה המאוחדת).

כבר הבאנו לעיל את דברי הגשיא לגדוי, שבהם הוא קובל על כך שלפי השיטה "המזורזת והיעילה" של הגשת המרצת פתיחה לקביעת הזכאות להגשת תביעה נגזרת חלפו שנתיים וחמישה חודשים בין הגשת התובענה בבית-המשפט המחוזי ובין פסיקת בית-המשפט העליון בתובענה ש"כל זאת עדיין בשלב מיקדמי של ההליכים"⁸⁶.

מהתיאור לעיל עולה, שהתובענה הגיעה לדיון בערכאה הראשונה תוך זמן סביר לאחר הגשתה, היינו: תוך ארבעה חודשים. העיכוב בערכאה הראשונה חל לאחר-מכן ופסק-הדין לא ניתן עד שחלפה קצת יותר משנה מיום הגשת התובענה. משך טיפול זה אינו חורג מהטיפול הרגיל בהמרצות הפתיחה.⁸⁷

יותר חשוב לענייננו הוא, שאין לצפות להבדל בין משך הטיפול בהמרצת פתיחה ובין זה של בירור טרומי בתביעה רגילה לטובת הראשונה. אם קיים הבדל כלשהו בין שתי השיטות לגבי משך הטיפול נראה, שהטיפול מזוז יותר לפי השיטה המאוחדת של הגשת תביעה רגילה מאשר לפי השיטה המפוצלת של המרצות פתיחה.⁸⁸

מכל-מקום, בפרשת פולימני העיכוב הגדול ביותר לא חל בערכאה הראשונה דווקא, אלא אחריה. חלפה שנה-ומחצה בין מועד מתן פסק-הדין בבית-המשפט המחוזי לבין מועד קבלת הערעור בבית-המשפט העליון. עניין זה מוליך אותנו לגקודה האחרונה של השוואת שני ההסדרים: ההבדל החשוב לגבי זכות הערעור.

אמנם, לפי נסיבות פרשת פולימני אין הבדל בין שני ההסדרים בדבר הערעור. לפי השיטה המפוצלת שהופעלה בפולימני, החלטתו של בית-המשפט המחוזי שהתובע אינו

86 פסק-הדין, עמ' 631.

87 עד לשנת 1980 לא פורסמו נתונים לגבי משך הטיפול בהמרצות פתיחה דווקא. ב-1980 משך הטיפול הממוצע בהמרצות פתיחה בבית-המשפט המחוזיים היה 15.5 חודשים. ראה הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, סטטיסטיקה משפטית 1980 (ירושלים, תשמ"ב) לוח 29, עמ' 50-51. בשנתיים האחרונות פורסמו נתונים לגבי משך הטיפול בהמרצות פתיחה בבית-המשפט המחוזיים לא לפי הממוצע אלא לפי החציון והוא 8.1 חודשים ב-1981 (ראה הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, סטטיסטיקה משפטית 1981 (ירושלים, תשמ"ג) לוח 29, עמ' 50-51) ו-6.7 חודשים ב-1982 (ראה הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, סטטיסטיקה משפטית 1982 (ירושלים, תשמ"ד) לוח 29, עמ' 50-51).

88 לא מצאנו שום סטטיסטיקה לגבי משך הטיפול בבקשות לסילוק על הסף של תביעות רגילות. ברם, ב-1980 משך הטיפול בכל התביעות הרגילות (היינו: למעט המרצות פתיחה, המרצות ותביעות שהוגשו בסדר-דין מקוצר) היה רק 16.8 חודשים בממוצע, שם, סטטיסטיקה משפטית 1980, לוח 29, עמ' 50-51. וכן משך הטיפול בתביעות כאלה ב-1981 היה 8.4 חודשים ו-8.5 חודשים לפי חציון החודשים, ראה שם, סטטיסטיקה משפטית 1981, לוח 29, עמ' 50-51; סטטיסטיקה משפטית 1982, לוח 29, עמ' 50-51 ולעיל, הערה 8. כמובן שנתונים אלה על משך הטיפול כוללים הרבה תביעות שלא סולקו על הסף. מפליא שאין הבדל ניכר במשך הטיפול בין התביעות האלה ובין המרצות פתיחה (ראה לעיל, הערה 87). משתמע אפוא שהטיפול בבירור הטרומי בתביעות רגילות יהיה קצר באופן ניכר מאשר הטיפול הסופי בהמרצות פתיחה. דעה זו מתחזקת על-ידי העובדה שבכל שלוש השנים הנ"ל יותר ממחצית התביעות הרגילות הסתיימו תוך תשעה חודשים מהגשתן (1980-50.2 אחוז; 1980-55.1 אחוז; 1982-55.1 אחוז). ראה את הלוחות הנ"ל.

זכאי להגיש תביעה נגזרת היוותה פסק-דין שעליו ניתן לתובע לערער בזכות. אותו הדין היה חל לפי השיטה המאוחדת כאשר בית-המשפט היה מוחק את התביעה עקב החלטתו שהתובע אינו זכאי להמשיך ולנהל את התביעה הנגזרת. גם מחיקה זו היתה מהווה פסק-דין שעליו יינתן לערער בזכות.

אולם יש הבדל בין שני ההסדרים במצב הפוך שבו מחליט בית-המשפט, שהתובע בעל המניות זכאי לנהל תביעה נגזרת. במקרה כזה, החלטת בית-המשפט לפי השיטה המפוצלת של הגשת המרצת פתיחה נפרדת עדיין מהווה פסק-דין המזכה את הנתבע לערער עליו בזכות. לעומת זאת, החלטה דומה לפי ההסדר המאוחד, היינו: דחיית הבקשה למחיקת התובענה עקב הקביעה שבעל המניות זכאי להמשיך ולנהל את התביעה הנגזרת, מהווה החלטה אחרת שהערעור עליה הוא רק ברשות. בכך טמון ייתרון גדול לשיטה המאוחדת על-פני השיטה המפוצלת.

אין ספק שערעור בזכות על החלטה לטובת התובע לאחר בירור טרומי אינו רצוי. ערעור כזה יאריך את משך הטיפול בתובענה ויכביד על בית-המשפט לערעורים, שברוב המקרים יהיה בית-המשפט העליון. תוצאה זו נובעת במישור מהשימוש בשיטה המפוצלת, המפרידה את החלטת הזכאות מהסעד הממשי המבוקש והופכת את הראשונה לפסק-דין סופי במקום החלטה אחרת הניתנת בשלב טרומי של משפט מתמשך. תוצאה זו מחזירה אותנו לנקודת-המוצא של ההלכה המקובלת בדבר שימוש בהמרצת פתיחה לקבלת הצהרה על זכות במקום תובענה אחת ומאוחדת, שבה שאלת הזכות תוכרע כחלק בלתי-נפרד מההחלטה על הסעד הממשי המבוקש. הלכה זו קובעת, כפי שמקבל השופט אלון עצמו, שאין להתיר פיצול כזה אלא-אם-כן קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות אותו. השופט אלון קבע, שקיימות נסיבות מיוחדות כשמדובר בתביעות נגזרות משום שלגבי תביעות אלה רצוי לנהל בירור מוקדם על זכאותו של התובע בעל המניות להגיש את התביעה בשם החברה.

ברם, עלה בידינו להפריך את הטענה שצריך להתיר פיצול התובענה כדי להגשים מטרה זו. ניתן ואף רצוי להשיגה בתובענה מאוחדת שבה הבירור המוקדם מתנהל בשלב טרומי. בכך נעלמות הנסיבות המיוחדות ויובה וחלה ההלכה העקרונית, שאין להתיר לפיצול תובענה על-ידי תביעת הצהרה על זכאות גרידא כאשר לתובע אפשרות לתבוע את הסעד הממשי בתובענה רגילה.

ז. סיכום

אין הסדר תחיקתי בדבר הגשת תביעות נגזרות, למרות שתביעות אלה כבר השתרשו במשפט הישראלי. לכן אין מנוס מהסדרת הכללים על-ידי בית-המשפט. במאמר זה הסתפקנו בהיבטים דיוניים מובהקים של תביעות נגזרות ובמיוחד הת- מקדנו בשאלת דרך פתיחתן וניהול בדיקה טרומית מיוחדת לגביהן. מסקנותינו הן, שתייבת להתנהל בדיקה מקדימת הן בדבר זכאותו של התובע בעל המניות לתבוע בשם החברה והן בדבר טיב העילה השייכת לחברה. בזה מסכימים אנו עם דעת השופט אלון בפרשת פולימני. אולם, משום שניתן ואף רצוי לנהל את הבדיקה הטרומית הו כשלב מוקדם בתובענה רגילה שבה תובעים את הסעד הממשי המגיע לחברה, אין

להתיר הגשת תובענה נפרדת שבה הסעד המבוקש הוא רק הצהרה שהתובע זכאי להגיש תביעה נגזרת בשם החברה. בזה אנו מגיעים לאותה התוצאה לגבי התובענה הנפרדת, שבה רצה הנשיא לגדול בפרשת פולימני.

ניהול הבדיקה הטרומית הוא הכרחי להתרת תביעות נגזרות תוך כדי מניעת השימוש בהן לרעה, במידת האפשר. אולם למטרה זו הבדיקה המוקדמת כשלעצמה איננה מספקת. בדומה לתביעות ייצוג קבוצתיות גם בדבר תביעות נגזרות דרושים אמצעי פיקוח המופעלים על-ידי בית-המשפט במשך התקופה שבה מתנהל המשפט, לרבות השגחה קפדנית על סיומו באמצעות פטירה או הפסקת התובענה.⁸⁹

כבר דנו באריכות הן על הצורך לנקוט אמצעים אלה לגבי תביעות ייצוג קבוצתיות⁹⁰ והן על האפשרות שאפילו ללא הסדר תחקיתי מפורש בתי-המשפט יאמצו אותם על-ידי "חקיקה שיפוטית"⁹¹. דיון מורחב דומה על תביעות נגזרות היה חורג ממטרותיה של רשימה זו. ניתן לומר כאן בקיצור, שדיון בצורך לנקוט אמצעי פיקוח מיוחדים לגבי תביעות נגזרות היה דומה לזה שכבר ניהלנו לגבי תביעות ייצוג קבוצתיות; כמו-כן היו דומים הדיונים על האפשרות לאמץ את האמצעים הדרושים באמצעות חקיקה משפטית, פרט לעובדה החשובה שלגבי תביעות ייצוג קבוצתיות כבר קיים הסדר תחקיתי כלשהו, הלא הוא תקנה 29, שלמרות מיגרעותיה הברורות, מהווה תשתית שעליה ניתן לבנות בחקיקה משפטית.

לעומת זאת, לגבי תביעות נגזרות אין שום הסדר תחקיתי כלל. לכן אפילו אם ניתן לפתור חלק ניכר של הבעיות בניהול תביעות נגזרות על-ידי פסיקה יצירתית, רצוי בהחלט שייקבע הסדר תחקיתי מקיף בנדון.⁹²

89 בדבר החיסכון בזמן מן הראוי להזכיר גם, שאם הבירור הטרומי נערך לפי ההסדר המאוחד קיים הסדר תחקיתי המאפשר בפירוש הסתמכות על ראיות שהובאו בבירור הטרומי בעת בירור התביעה לגופה; ראה תקנות סדר-הדין האזרחי, תשכ"ג-1963, תקנה 308 (א), ולעיל, הערה 62. אין הסדר תחקיתי כזה לגבי השיטה המפוצלת וספק בעינינו אם לפי השיטה המפוצלת ניתן יהיה להיעזר בתביעה הנגזרת בראיות שהובאו בתובענה העצמאית כדי לקבוע את זכותו של התובע-בעל המניות להגיש את התביעה הנגזרת.

90 ראה שני המאמרים הנזכרים לעיל, בהערה 16.

91 ראה ס' גולדשטיין, "עוד בעניין תביעות ייצוג קבוצתיות – התפתחות במשפט האנגלי" (לעיל, הערה 16), עמ' 433-434.

92 וכך סיכמנו לגבי תביעות ייצוג קבוצתיות (ראה שם), קל-והומר הוא המצב בדבר תביעות נגזרות.