

המאסדר כידידו של בית המשפט - שאלת סמכותו של בית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר

מאת

חאלד כבוב*, רעות אברהם-גדליה, ** נדב קליין***

פנייה למאסדר בהליך שהוא אינו צד לו מהווה פרקטיקה נוהגת הן בערכאות הדיוניות והן בבית המשפט העליון. פנייה זו נעשית בשים לב ליכולתו של המאסדר לסייע לבית המשפט בהרחבת היריעה ובקבלת מלוא התמונה טרם הכרעתו בסוגיה שלפניו. זאת, במיוחד כאשר על בית המשפט להכריע בסוגיה בעלת השלכות חורגות מדלת אמותיו של הסכסוך שלפניו. במאמר זה נבקש לבחון מה מקור סמכותו של בית המשפט להורות למאסדר, כצד שאינו מעורב בהליך, להגיש עמדתו. לאחר שנעמוד על מקור הסמכות – אשר לעמדתנו קיימת לבית המשפט – נבקש לדון גם בשאלה אימתי ראוי שיעשה שימוש בסמכות זו; ובכך להניח את אבני הדרך הראויות לטעמנו להתוויית שיקול דעתו של בית המשפט בעניין זה.

מבוא. א. המאסדר כמומחה בתחומו - סקירת הספרות והפסיקה. 1. מומחיות המאסדר בתחומו. 2. המאסדר כגורם אובייקטיבי. **ב. פנייה למאסדר בסוגי ההליכים השונים.** 1. תובענות ייצוגיות. 2. תובענות נגזרות. 3. הליכי הסדר לפי סעיף 350 לחוק החברות. 4. בקשות לפי סעיף 303 לחוק החברות. 5. תביעות אזרחיות. **ג. מקורות סמכות בית המשפט להורות על מתן עמדת המאסדר.** 1. על סמכותו הטבועה של בית המשפט. 2. סמכות בית המשפט - מוסד "ידיד בית משפט" (Amicus Curiae). 3. עמדות נוגדות - היעדר סמכות לבית המשפט. **ד. סיכום ביניים. ה. מתי ראוי להורות על קבלת עמדת המאסדר. ו. סיכום.**

מבוא

הנורמה לפיה בית המשפט רשאי, לבקשת הצדדים או מיוזמתו, להורות על קבלת עמדת המאסדר כדי שזה יביע עמדתו בהליך פלוני שאינו צד לו, מהווה פרקטיקה נוהגת בערכאות השונות בישראל. מרבית המקרים, מנומק השימוש בפרקטיקה זו ביכולתו של המאסדר לסייע לבית המשפט בהרחבת היריעה ובקבלת מלוא התמונה, טרם הכרעתו בסוגיה אשר חורגת מדלת אמותיו של הסכסוך העומד לפניו. הנחת היסוד הניצבת בבסיס הנמקה זו היא, כי המאסדר הוא גוף אובייקטיבי, בעל ידע מקצועי ובעל מומחיות ייחודית לתחומו – כך שקבלת עמדתו מהווה כלי יעיל העומד לבית המשפט לצורך עיסוקו במלאכת השיפוט, בחקר האמת ובעשיית משפט צדק.

במאמר זה נבקש לבחון מהיכן שואב בית המשפט את הסמכות להורות למאסדר,¹ כצד שאינו מעורב בהליך, להגיש עמדתו. לאחר שנעמוד על מקור הסמכות – שלטעמנו קיימת

* שופט בית המשפט העליון.

** עו"ד, עוזרת משפטית לשופט חאלד כבוב; תלמידה במסלול לתואר שלישי בפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב.

*** עו"ד, מתמחה לשעבר לשופט חאלד כבוב.

לבית המשפט, נבקש להרחיב את היריעה גם אשר לשאלה אימתי ראוי שבית המשפט יעשה שימוש בסמכותו זו, ומהם השיקולים והרציונאליים שנכון שינחו את החלטתו. בתוך כך, נבקש להניח את אבני הדרך הראויות לטעמנו להתוויית שיקול דעתו של בית המשפט, מקום בו אפשרות שכזו נשקלת על-ידו.

על מנת לתחום גבולותיו של מאמר זה נבחר, כי עניינו של הדיון כאן אינו במקרה בו המאסדר הוא צד להליך או שיש לו "עניין אישי" בתוצאותיו – אלא, במקרה בו התבקשה עמדת המאסדר כגורם אובייקטיבי ומקצועי, בעל מומחיות או ידע מעשי רלוונטי, אשר יוכלו לסייע לבית המשפט בביאור הסוגיות נשוא ההליך שלפניו. וכך גם, אין עניינו במקרה בו פונה המאסדר באופן יזום לבית המשפט לצורך הצטרפותו להליך מסוים – כאשר פנייה שכזו נסמכת, כדרך הכלל, על הוראת דין ספציפית. זאת, כאשר קיים לגישת המאסדר (או לגישתו של בית המשפט) עניין ציבורי המושפע, או עלול להיות מושפע, מתוצאות ההליך.²

לגישתנו, חשיבות הדיון בשאלה זו נובעת מכך שחרף העובדה שמדובר בפרקטיקה שכיחה ומקובלת, בקרב כלל הערכאות הדיוניות – השימוש בה נעשה ללא הסדרה מפורשת בחקיקה ראשית או משנית. משכך, לצד ההצדקות וההנמקות, הראויות לטעמנו, שמצויות בפסיקה – אך ניתנות על-ידי בית המשפט אד הוק – חסר הדיון אשר לאותה הצדקה בסיסית המעגנת את סמכותו של בית המשפט לעשות כן, ובכך בכוונתנו לדון.

מעיון בפסיקותיהם של בתי המשפט השונים עולה, כי השימוש בפרקטיקה זו הפך שכיח יותר בשנים האחרונות. כך למשל, במקרים של תביעות מורכבות וחדשניות, נוהגים בתי המשפט לפנות למאסדר לצורך קבלת עמדתו, ובין היתר, מקובלות הפניות למאסדרים הבאים: המפקח על הבנקים, משרד התחבורה, רשות לניירות ערך, רשם החברות, המפקח על הביטוח; ולמעשה – עמדתו של כל גוף פיקוחי-ציבורי לעניין הדין הרלוונטי לתחום אחריותו ומומחיותו. כך גם, מקובלת הפנייה ליועץ המשפטי לממשלה, מקום בו הוא אינו צד להליך.³

תודה רבה לשרון חנס, אלון קלמנט ויששכר רוזן-צבי על הערותיהם ועזרתם החשובה במהלך העבודה על מאמר זה. נבקש להודות גם למערכת כתב העת **משפטים** על עבודת העריכה המסורה וההערות המועילות שסייעו רבות לטיוב המאמר.

¹ סעיף 3 לחוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב-2021, קובע כי מאסדר הוא "רשות ציבורית המוסמכת לפי דין להציע או לקבוע אסדרה, לפרסם הנחיות לשם יישום אסדרה או לתת אישור אסדרתי". בעניינו של מאמר זה, ובהתבסס על פסיקתם העניפה של בתי המשפט, גבולות הגדרתו של המאסדר – רחבים יותר, ותלויי מקרה ונסיבות. במובן זה, כל גורם ציבורי אשר אמון על תחום רלוונטי, בין באופן מקצועי ובין כמפקח, עונים לעניין זה על הגדרת המאסדר.

² ראו למשל: סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]; סעיף 153 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, ס"ח 63; סעיף 35 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, ס"ח 541; ראו גם לעניין זה: אלון קלמנט, "צירוף צדדים זרים להליך המשפטי" **ספר שלמה לוי**, עמ' 223 וההפניות שם (2013) (להלן – **צירוף צדדים זרים להליך המשפטי**). ניתן להוסיף, כי ככל שמדובר במקרה בו המאסדר מבקש להצטרף להליך, ייתכן כי השיקולים אותם נציע במסגרת המאמר יכולים לסייע גם בבחינת בקשה שכזאת על משקל קל וחומר, שכן במקרה שכזה בית המשפט אינו יוזם הבקשה, אלא בוחן בקשת הצטרפות להליך של מאסדר, בדומה לבקשת הצטרפות של "ידיד בית משפט".

³ לעניין קבלת עמדת היועץ המשפטי לממשלה כ"מאסדר", חשוב להפריד בין שני כובעים שונים אותם מחזיק היועץ המשפטי לממשלה. תחת הכובע הראשון נעשית פניה ליועץ המשפטי לממשלה, שלא מכוח הסדר

דרך סקירת פסיקותיהם של בתי המשפט, נבקש לבסס את ההנחה כי הפנייה למאסדר יעילה לעבודת בית המשפט, הנחה אשר מבוססת על שתי נקודות מוצא מרכזיות – ראשית, כי המאסדר מהווה גורם אובייקטיבי; ו-שנית, כי המאסדר הוא גורם מקצועי בתחומו. כן נבקש להראות, כיצד נקודות מוצא אלה עומדות – ואינן נשללות – אף מקום בו הוחלט על-ידי בית המשפט שלא לקבל את עמדת המאסדר לאחר הגשתה. לאחר ביסוסה, תשמש הנחה זו כבסיס לדיון כאן.

עוד נבקש לבחון, האם השימוש בפרקטיקה זו מוגבל לסוגי הליכים מסוימים בהם קיימת התייחסות חקיקתית ספציפית; או שמא, מדובר בתופעה רחבה החולשת על המשפט האזרחי בכללותו. בעניין זה נבקש להראות, כיצד למרות שקיימים הבדלים משמעותיים בין סוגי ההליכים השונים, ניכר כי התכלית שניצבת בבסיס הפנייה למאסדר, דומה בכולם – והיא לסייע לבית המשפט, באמצעות גורם אובייקטיבי ומקצועי, להגיע לתוצאה צודקת יותר. בראי תכלית זו, ודרך בחינת המקורות הנורמטיביים מכוחם שואב בית המשפט סמכותו זו – נבקש לטעון גם, כי דווקא סמכותו הטבועה של בית המשפט, היא המקור הראוי לסמכות זו. על יסוד הבנות אלה, נבקש לבסוף לשרטט קווים מנחים להתוויית שיקול דעתו של בית המשפט בבחינת השאלה אימתי ראוי לפנות למאסדר. המבחנים אותם נציע לעניין זה, שאובים למעשה ממוסד דומה אליו נדרש ביתר פירוט – "ידיד בית משפט". פנייתנו למוסד זה דווקא, נובעת מהדמיון הקיים לגישתנו בין שני מוסדות אלה, הן ביחס להנחות שבבסיס הפנייה למאסדר והן ביחס לתכליות הפנייה עצמה. על דמיון זה עמד כב' הנשיא דאז ברק בעניין קוזלי,⁴ שם הֶחֱל העיסוק בשאלת מקור הסמכות להורות על צירוף צד כ"ידיד בית משפט", וביניהם גם מאסדרים – והוא ישמש נקודת מוצא לגיבוש המבחנים הראויים בעניינו.⁵ יתרה מכך, בראי הנחת המוצא בדבר אובייקטיביות המאסדר, והיותו גוף מטעם המדינה האמון על שמירת האינטרס הציבורי בכללותו – אזי למעט מקרים מובחנים, שהתייחסותנו תינתן גם אל אלו, התאמתם של מבחנים אלה יפה לטעמנו על משקל קל וחומר.

סטטוטורי מסוים, במטרה שזה יפרש דבר חקיקה תוך הרחבת התשתית המשפטית והעובדתית אשר מונחת לפני בית המשפט. זאת, בין היתר, בשים לב לכך שעמדתו מגלמת לא פעם ריכוז של עמדות מאסדרים ומומחים במדינה ומשכך כוללת ידע מקצועי ופרקטי על התחום אשר לא פעם חורג מעניינם של הצדדים להליך. יובהר, כי מדובר בהגדרה רחבה והוליסטית אשר כוללת אף תחומים בהם היועץ המשפטי לממשלה אינו מאסדר, אולם, מכורך נסיבות שונות, הוא הגורם הציבורי הרלוונטי בהם. כך למשל כב' השופטת ביבי הורתה ליועץ המשפטי לממשלה להגיש עמדתו אשר ריכזה את כלל עמדות הרגולטורים הרלוונטיים שכן נטען כי הכרעה בהמרצת הפתיחה שלפניה שעניינה הפקדת מטבעות דיגיטליים בבנק, תהיה בעלת השלכות רוחב משמעותיות בציבור (ת"א (תל אביב-יפו) 51757-08-18 ערב נ' בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ (22.2.2021). בדומה לכך, התבקשה עמדת היועצת המשפטית לממשלה בהליך בו נדונה שאלת החובה לכלול את סכום המע"מ במחירי נקוב (ת"צ (מרכז) 28214-11-21 עדרי נ' סלוסייל בע"מ צ.ר. פינקו שירותים פיננסים בע"מ (7.12.2023) וכך גם בנוגע לשאלה האם יש חובה לספק מושבים מותאמים לאנשים בעלי מוגבלויות (ע"א 3144/23 פלסר נ' מפעל הפיס (3.2.2025)). הכובע השני, הוא כאשר היועץ המשפטי לממשלה הוא צד להליך וזאת בין אם מכוח פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], ובין אם מכוח הסדרי חקיקה שונים אשר דורשים את התייצבותו כמייצג האינטרס הציבורי, למשל במקרים של בקשה לאישור הסדר פשרה בהליכים ייצוגיים ונגזרים. בהליכים בהם היועץ המשפטי לממשלה התייצב בכובעו השני, לא ניתן יהיה לקבל את עמדתו כ"מאסדר", שכן הוא למעשה צד להליך.

⁴ מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג' 529, פס' 43 (16.02.1999) (להלן – עניין קוזלי).

⁵ שם, פס' 43.

בימים בהם החלו להיכתב שורות אלה, נדונה בבית המשפט העליון בגדרי הדיון הנוסף בעניין **זליגמן** – שאלת המשקל שיש ליתן לעמדת המאסדר, מקום בו זו התבקשה והובאה לפני בית המשפט; ועד אשר ראה המאמר אור, תמה ישיבתו של בית המשפט על המדוכה, ופסק הדין בדיון הנוסף ניתן ביום 04.07.2021.⁶ כפי שאנו סברנו, וכפי שבואר גם במסגרת פסק הדין, הלכה למעשה, מורכבת שאלה זו משני נדבכים: הראשון, שאלת **סמכותו** של בית המשפט לפנות למאסדר לצורך קבלת עמדתו; והשני, שאלת **המשקל** אותו יש ליתן לאותה עמדה שניתנה. אולם, שאלת הסמכות כאמור לא הועמדה לדיון במסגרת הדיון הנוסף בעניין **זליגמן**, ונותרה פתוחה גם עתה.

על החוסר שנותר בהכרעה בסוגיה זו – עמד בית המשפט העליון בעניין **זליגמן** – **דיון נוסף**, שם נקבעו הדברים הבאים:⁷

אעיר כי קיימת חוסר-בהירות בשאלה מהו בכלל מקור הסמכות המקנה לבית המשפט את האפשרות להורות לאותו גורם שלטוני להתייבב בפניו ולהציג את עמדתו (עיינו: חאלד כבוב, רעות אברהם-גדליה ונדב קליין 'המאסדר כידידו של בית המשפט'...)

לצד זאת, אותן קביעות שעוגנו בעניין **זליגמן** – **הדיון הנוסף**, יש בהן, לגישתנו, כדי לחזק את התזה הניצבת בבסיס המאמר – והיא, כי **לבית המשפט עומדת הסמכות להורות על קבלת עמדת המאסדר**. כך, נקבע בפסק הדין בדיון הנוסף, כי על בית המשפט "להטות אוזן" לעמדתו הפרשנית של המאסדר, כגורם בעל מומחיות מקצועית, ורק בהמשך, בכפוף לקביעות שם, להכריע בשאלת המשקל שיש ליתן לעמדתו הפרשנית – וכפי שיבואר להלן, כך סבורים גם אנו.⁸

מנקודת מוצא זו יחל דיוננו בשאלת **מקור סמכותו של בית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר** – תוך שתחיתתו תהא בגדריו של ההליך האזרחי. דיון זה מהווה לטעמנו נדבך ראשון וחשוב להשלמת הדיון שנערך בדיון הנוסף בעניין **זליגמן**, אשר לשאלת המשקל אותו יש ליתן לעמדת המאסדר, כנדבך שני.⁹

⁶ דנ"א 4960/18 **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ** (04.07.2019) ר-רע"א 9778/16 **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ** (31.05.2018) (להלן, בהתאמה – **זליגמן** – **עליון ו- זליגמן** – **דיון נוסף**).

⁷ עניין **זליגמן** – **דיון נוסף**, לעיל ה"ש 6, פס' 44 לפסק דינו של כב' השופט מלצר; ראו גם: עניין **זליגמן** – **ערעור**, לעיל ה"ש 6, פס' 29.

⁸ יצוין כי עמדה זו עומדת בניגוד לעמדת המיעוט בעניין **זליגמן** – **ערעור וזליגמן** – **דיון נוסף**, מפי כב' השופטת וילנר, ולפיה יש ליתן משקל בכורה לעמדה הפרשנית של המאסדר כברירת מחדל, זאת כל עוד הפרשנות של הרשות אפשרית ועולה בקנה אחד עם לשון החוק ותכליתיו; וכן, כל עוד עמדתו של המאסדר לא נובעת משיקולים שאינם ענייניים או שהתקבלה תוך ניגוד עניינים. יודגש, כי פסק הדין דן במקרה בו הוגשה עמדה פרשנית מפי המאסדר באשר **להנחיותיו הוא** – היינו, פרשנות המאסדר להנחיות שהוא עצמו יצר. זאת, מכוח ההנחה, כי "השאיפה בעת גיבוש תכליתה של נורמה היא להתחקות אחר כוונת יוצרה" (**זליגמן** – **דיון נוסף**, לעיל ה"ש 6, פס' 29 לפסק דינה של כב' השופטת וילנר).

⁹ להרחבת הדיון לעניין חשיבות הדיון בעניין **זליגמן** והמחלוקת הנידונה בעניין זה, ראו למשל: רועי שפירא, "מתי יש ליתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור? תובנות מהספרות על "שבי רגולטורי" **פורום עיוני משפט**, מד (תש"ף) (להלן – **שפירא**); יואב דותן, chevron בישראל? סמכות פרשנית ודילמות אסטרטגיות בעקבות ע"א 6188847 **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ**, **פורום עיוני משפט** מד (תש"ף); רונן אברהם, "זליגמן בארבעה ממדים – מתי יש ליתן מתחם של כבוד לרשות המינהלית?" **פורום עיוני משפט**, מד (תש"ף); אלאא

המאמר ממשיך כדלהלן: **בחלקו הראשון** של המאמר נבקש לדון בהנחת המוצא המוסכמת הניצבת בבסיס הפנייה למאסדר על-ידי בית המשפט – כי מדובר בגורם אובייקטיבי בעל מומחיות ומקצועיות בתחומו; **בחלק השני**, נסקור את ההליכים האזרחיים השונים בהם השתרשה פרקטיקה זו, חרף העובדה כי ביצוע הפנייה למאסדר במסגרת הליכים אלה אינה מוסדרת באופן מפורש **בחלק השלישי** נסקור את מקורות הסמכות אשר עשויים לבסס את סמכותו של בית המשפט; **בחלק הרביעי** נציג את העמדות השונות הקיימות בספרות ובפסיקה אשר לשאלת ההצדקה לשימוש בסמכות זו על-ידי בית המשפט; **בחלק החמישי** נעמוד על השיקולים שצריכים לטעמנו להנחות את בית המשפט בבואו להחליט על אודות הצורך בקבלת עמדת מאסדר בעניין שלפניו. על יסודם של שיקולים אלה, נבקש להציע רשימת מבחני משנה, המושתתים כאמור על אמות המידה המנחות בכל הנוגע למוסד "ידיד בית משפט", והשימוש בו.

א. המאסדר כמומחה בתחומו - סקירת הספרות והפסיקה

סקירת הספרות והפסיקה הקיימת, הדנות בסוגית מומחיות המאסדר בתחומו, מעלה כי ככלל קיימת הסכמה אשר למעמדו של המאסדר כגורם מקצועי ומומחה בתחום אחריותו. בתוך כך, לא אחת, נדרש בית המשפט לעמדת המאסדר, לרבות אשר לאופן יישומו הראוי של הדין אשר חולש על הסכסוך שלפניו.¹⁰ כיוון שהפנייה למאסדר נעשית על בסיס ההנחה כי פנייה זו תהייה יעילה לעבודת בית המשפט, הנחה אשר מבוססת על שתי נקודות מוצא מרכזיות – שמדובר בגוף מקצועי ואובייקטיבי – נפנה ראשית לבחינתן של נקודות מוצא אלה.¹¹

חאג' יחיא, דורין לוסיטיג, "פתח דבר בעקבות ע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ: לקראת הכרעה בדיון הנוסף בבית המשפט העליון" **פורום עיוני משפט**, מד (תש"ף).

¹⁰ יצוין, כי שאלת פרשנות הדין בהתאם לעמדת המאסדר מתעוררת לא אחת בגדרם של הליכים מנהליים, שם עשוי המאסדר להיות צד להליך, ולא דווקא חיצוני לו. יחד עם זאת, הדברים האמורים יפים ככלל לגיבוש המסקנה בדבר ההסכמה הגורפת שקיימת בספרות ובפסיקה ביחס למקצועיותו ומומחיותו של המאסדר; והם אף יפים על משקל קל וחומר, ביחס להליכים בהם עמדת המאסדר מתבקשת, על אף שהוא אינו צד להליך.

¹¹ הערה חשובה לעניין זה, היא כי לבית המשפט אין סמכות למנות מומחה "פרטי" מטעמו שיספק תשתית עובדתית לעניין המחלוקת שלפניו – גם כאשר העניין הנדון לפניו מחייב על פניו הגשתה של חוות דעת מומחה, אולם זו לא הוגשה על ידי הצדדים (כגון, הערכת שווי או היתכנות רגולטורית, השלכות פיסקליות ועוד). זאת, בין היתר שכן מינוי שכזה יחייב השתתפותו של הצדדים להליך (ולעיתים אף, חשש מפני סרבול ההליך והארכתו), כמו כן זוהי הפרוגטיבה של הצדדים וחובתם לספק חוות דעת שכזו. אולם לטענתנו, קיימת לבית המשפט סמכות לקבל מהמאסדר הרלוונטי חוות דעת שתציג נתונים שאינם עוסקים במחלוקת הספציפית, אלא תציג ראייה רוחבית יותר, עתידית יותר – שתעסוק בהשלכות האפשריות של ההכרעה. זאת, לא כדי למנוע עיוות דין לעניין בעלי הדין עצמם, אלא מתוך ידיעה שיתכן כי להחלטה יהיו השלכות רחב שישפיע על צדדים נוספים שאינם בעלי דין בהליך – זאת, בשים לב לאחריות בית המשפט הן כלפי הצדדים להליך, הן גם כלפי צדדים המושפעים מתוצאות ההליך אך שאינם בעלי דין.

ההבדל המהותי בין המאסדר לגוף פרטי, הוא שהמאסדר כגוף מרשויות המדינה, פועל למילוי אחר תפקידו הציבורי לצד ובכפוף לשמירת האינטרס הציבורי הרחב – יודגש, אין כל פסול בהיות גוף פרטי מוכון וצר; והיות רשות ציבורית רחבה וכוללנית בבחינתה. אולם, בבחינת עמדות אלה, הרי שפניית בית המשפט נעשית לשם קבלת בחינת השלכות הרוחב על ציבור רחב ומשכן, עמדת המאסדר היא שנדרשת בבחינה מהסוג האמור (כל זאת, גם בשים לב לחזקת התקינות החלה על רשות ציבורית ולא על "ידיד בית משפט" או גוף פרטי אחר).

1. מומחיות המאסדר בתחומו

סקירת התייחסות הספרות והפסיקה הנוהגת לסוגיה זו מעלה, כי אין מחלוקת אמיתית לעניין מומחיותו וידיעותיו של המאסדר, כל מאסדר בתחומו הוא. כך, נקבע על-ידי כב' השופטת ע' ברון, כי "נקודת המוצא היא שלרגולטור נתונים הידע והמומחיות בתחום שעליו הוא אמון, ולכן עמדתו עשויה לשפוך אור על המחלוקות שביסוד ההליך ולקדם ואף להעמיק את הדיון בהן".¹²

ברוח זו גם התייחס פרופ' ברק בספרו לכך שבבחינת המשקל שיש ליתן לפרשנות הרשות או המאסדר על הוראות החקיקה, הרי שניתן משקל למומחיות אותו גורם אשר מעצם פעולתו פועל ומפרש את הדין הרלוונטי.¹³ דברים דומים נקבעו בפסיקותיו השונות של בית המשפט העליון, כמו גם בערכאות הדיוניות השונות, בהן נקבע, בין היתר, כי יש לשים לב ל"מומחיותו המיוחדת של המאסדר", ולבקיאותו ולהיכרותו הרבה עם הנושאים שבתחום אחריותו.¹⁴

בתוך כך, מובלעת גם ההכרה בחשיבות ידיעותיו של המאסדר עם התחום מתוך הפרקטיקה הנוהגת ב"שטח". ידיעה זו, בשילוב עם התמצאותו של המאסדר בדברי החוק, הפסיקה והכתיבה האקדמית בתחום הרלוונטי – כמו גם יישומם של אלה בחיי המעשה, ובמגוון רחב של אירועים – נותנים בידי המאסדר את הכלים לסייע לבית המשפט בהרחבת פריזמת הדיון, מעבר למקרה הפרטני שלפניו.

כך לדוגמה נקבע כבר בשנת 1969 על-ידי כב' השופט ברנזון, כי "במקרה של ספק או חוסר ודאות עשויה הפרקטיקה להכריע את הכף, בהיותה עדות נאמנה כיצד הבינו את החוק מעצביו ומבצעיו. באם הפרקטיקה אינה בסתירה גלויה להוראות החוק, היא מוסיפה נופך של תמיכה וחיזוק לפירוש העולה בקנה אחד עמה".¹⁵ דברים דומים נקבעו על-ידי כב'

¹² רע"א 3456-13 חברת חשמל לישראל בע"מ נ' שליידר, פס' 18 (20.2.2022); ראו גם: רע"א 7169/17 פלאפון תקשורת בע"מ נ' פירט, פס' 10 (03.02.2019).

¹³ אהרן ברק, פרשנות במשפט - פרשנות החקיקה, 792 (תשנ"ג); כמו כן, מפנה פרופ' ברק לפסק דינו בבג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 305, 255 (1987). ראו גם: יצחק זמיר, הסמכות המינהלית, כךך א – המינהל הציבורי 223-224 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010).

¹⁴ ת"צ (מרכז) 25061-09-16 מרקמן את טומשין - חברת עורכי דין נ' בוק בינלאומי בע"מ, פס' 22 (04.07.2019); ת"צ (מרכז) 19619-06-15 אילה דנינו נ' 013 נטוויזן בע"מ (17.07.2018); ת"צ (מרכז) 20212-09-16 הופמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פס' 18 (31.05.2019); ת"צ (מחוזי ב"ש) 29039-09-17 שלומי נ' דן באר שבע תחבורה (2016) בע"מ, פס' 30 (19.09.2019); בג"ץ 6274/11 דלק חברה הדלק הישראלית בע"מ נ' שר האוצר, פס' 11 (26.11.2012). ראו עוד לעניין זה: רע"א 7600/19 בירון-ביטון נ' גוטקס מותגים, פס' 6 (30.12.2019) (להלן – עניין בירון-ביטון); ת"צ (אזורי ת"א) 22577-09-18 צדק פיננסי - מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ, פס' 80 (15.01.2020); ת"צ (מחוזי ת"א) 42754-05-11 כהן נ' סלקום ישראל בע"מ, עמ' 66 (09.12.2019); ת"צ (מחוזי מרכז) 36899-10-17 בן יהושע נ' ש. שלמה החזקות בע"מ (15.03.2020); ראו למשל: ת"צ (כלכלית) 18029-12-19 פיקו נ' בנק הפועלים בע"מ-סניף ראשי (18.10.2020); ת"צ (מחוזי ת"א) 49140-02-16 מליסרון בע"מ (12.08.2020); ת"צ (מחוזי מרכז) 1572-12-16 מושקוביץ נ' אי.די.איי. חברה לביטוח בע"מ (17.12.2020); ת"צ (מחוזי מרכז) 39581-06-17 זינרייך נ' אלקטרה מוצרי צריכה (1970) בע"מ (17.11.2020).

¹⁵ בג"ץ 333/68 מפעלי מושבי הדרום חברה לפיתוח בע"מ נ' מנהל מס רכוש וקנין פיצויים, כג(1) 508, 512 (1969).

השופטת ביניש שקבעה, כי "הרשות היא בעלת כישורים להפעלת הסמכות, לעתים אפילו בעלת מומחיות מיוחדת, והיא מתבססת על ניסיון מעשי".¹⁶ היינו, נקבע כי המאסדר הרלוונטי מוסיף עומק נוסף ממנו יכול בית המשפט לקבל תמונה מלאה יותר, והוא – יישום החוק בעולם המעשה, שמקנה למאסדר ניסיון מעשי והיכרות עם מצב הדברים בשטח, כפועל יוצא של העבודה הרציפה והממושכת עם הוראות החוק הרלוונטיות מידי יום ביומו.

כך גם בעניין **זליגמן – עליון צוין**, כי "קיימת תמימות דעים לפיה ניתן לייחס משקל מסוים לעמדתה הפרשנית של הרשות המינהלית המיישמת את הוראות החוק [...] ככל שההסדר הנורמטיבי עוסק בתחום הדורש מומחיות מקצועית והיכרות קרובה ומעמיקה עם יישום ההוראות בשטח, ייטה בית המשפט לאמץ את פרשנותה של הרשות המינהלית".¹⁷ זאת כאמור, בבחינת מומחיות המאסדר בתחום אחריותו – הנחה אותה אימץ בית המשפט כנקודת המוצא לדיון שם.

כמו כן התייחסה הפסיקה גם לחשיבות היות המאסדר "מצויד בכלי מעקב זמינים", המסייעים לו להישאר מעודכן באמצעים הטכנולוגיים והכלכליים המתחדשים יום ביומו. חידושים אלה מאפשרים, ואף מחייבים, את המאסדר להישאר מעודכן באופן רציף בשינויים הטכנולוגיים והמשפטיים בתחומו. כך למשל, בית המשפט העליון התייחס לעניין זה בציינו, כי תחום הקניין הרוחני מתאפיין בשינויים תקופים, דבר המטיל על בית המשפט ועל המאסדרים הרלוונטיים אחריות כבדה. בשים לב לכך צוין, כי "התמקצעות הרגולטורים – בין רשות הפטנטים ובין, כאמור, הממונה על הגבלים עסקיים – מסייעת לבתי המשפט בהכרעותיהם, אף שאין היא מסירה את אחריותם".¹⁸

2. המאסדר כגורם אובייקטיבי

מעבר למקצועיות וניסיונו הרב של המאסדר בתחומו, התייחסות רבה ניתנה גם לאובייקטיביות המאפינת את המאסדר – זאת, כנקודת המוצא לעצם ביצוע הפנייה למאסדר, כמו גם לבחינת התייחסותו. כך עולה מהנמקותיו השונות, כי הנחת היסוד בה אוחו בית המשפט היא שהמאסדר אינו מזוהה עם אחד הצדדים להליך – ועמדתו ניתנת, ככלל, באופן ניטרלי ועצמאי; ומשכך, בחינת עמדתו נעשית בשימת לב לאינטרס הציבורי עליו הוא מופקד.

כך למשל, נקבע בעניין **בן עמי**:¹⁹

על אף שבעניינינו הרשות הוזמנה על ידי בית המשפט להשתתף בהליך – לא כצד להליכים, אלא כמי שהתבקש להביע עמדה מייעצת לבית המשפט בשלב

¹⁶ בג"ץ 6395-98 אלקושי נ' קצין התגמולים – משרד הביטחון, פ"ד נד(1) 454, פס' 5 (14.02.2000); ראו גם: ע"א 2512/93 איתורית שירותי תקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל, נא(3) 252, פס' 9 לפסק דינה של כב' השופטת דורנר (1997); ע"א 1057/18 עברון נ' ורדי, פס' 3 לפסק דינה של כב' השופטת וילנר (23.01.2019).

¹⁷ עניין **זליגמן – ערעור**, לעיל ה"ש 6, עמ' 21.

¹⁸ ע"א 5365/11 אקר"ם בע"מ-אגודת קומפוזיטורים נ' emi music publishing ltd, פס' ה' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (03.09.2013).

¹⁹ תנ"ג (כלכלית) 21785-02-11 בן עמי נ' מנורה מבטחים החזקות בע"מ, פס' 60-63 (29.05.2012) (להלן – עניין **בן עמי**).

מאוחר בהליך [...] כך, דומה המעמד שביקשתי להעניק לרשות בעניינינו, לזה שהוענק במקורו לידידי בית המשפט – הצגת עמדה ניטרלית, תוך סיוע אובייקטיבי לבית המשפט [...] חשוב לזכור כי הרשות אינה גוף בעל אינטרסים אישיים, המונע מרצון להכתיב מהלכים עיסקיים בחיי החברה. אחד מתפקידיה העיקריים של הרשות הוא לומר את דברה בשמם של אותם בעלי מניות שהיא אמונה על האינטרסים שלהם מכוח חוק ניירות ערך – בעלי המניות מקרב הציבור.

יודגש, כי אותה "חזקת אובייקטיביות" העומדת למאסדר בענינו של בית המשפט, עשויה להיסתר. כך למשל במקרים בהם נוכח הקרבה בין המאסדר לבין הגורמים המפוקחים על ידו, הרגולציה מתעצבת בהתאם לצרכי המפוקחים ולא דווקא בראי האינטרס הציבורי.²⁰ מקרים אלו מכונים בספרות המחקרית כ-"שבי רגולטורי" (regulatory capture), וחשש מפני תחולתם במקרים מסוימים, הועלה לא אחת על-ידי צדדים להליך בפני בית המשפט. אולם, גם במקרים בהם נדונו טענות מסוג זה, בית המשפט שב והדגיש שאין בעצם הקרבה כשלעצמה – כדי לאיין את חזקת התקינות, כל עוד טענת השבי הרגולטורי, לא התקבלה על-ידי בית המשפט. כך גם, לא אחת עלתה טענת השבי הרגולטורי מקום בו עמדת המאסדר ניתנה באופן בלתי רשמי או ללא שקיפות.²¹ מכאן, שנכון לטעמנו להניח כי מקום בו ניתנה עמדת המאסדר במסגרת הליך משפטי, ביוזמת בית המשפט ותחת פיקוחו – חשש זה פוחת באופן משמעותי.²² מנגנון "פיקוח" נוסף הוא מעורבותם של הצדדים עצמם, אשר בוחנים את עמדת המאסדר, והיכן שהדבר נדרש – אף תוקפים אותה לגופה. במובן זה מספקים הצדדים נקודת מבט ביקורתית ובוחנת, ובכוחם להצביע על הטיות "זרות" בעמדה, ככל שישנן כאלו.

במסגרת פסק הדין בעניין **זליגמן – דיון נוסף**, בכל הנוגע לעמדת המאסדר כפרשן החוק, דן בית המשפט בסוגיה זו בהרחבה. בתוך כך, עמד בית המשפט על מספר סוגיות שיש ליתן עליהן את הדעת בבואו לבחון את עמדת המאסדר. בתוך כך הודגש, כי בשונה מהמחוקק, המפרסם את דברי ההסבר לחוק **מראש**; המאסדר, בכובעו כפרשן החוק, מגיש עמדתו **בדיעבד**. פער זמנים זה מקים חשש אפשרי מפני מתן עמדה המושתתת על מגוון שיקולים רחב יותר, החורג מגבולות הסכסוך שלפניו, תוך מטרה להיטיב עם המפוקח ולא דווקא עם הציבור. משכך נקבע, כי שומה על בית המשפט לבחון במקרים אלו את הפרשנות המוצעת על-ידי המאסדר בהקפדה יתרה.²³

ביטוי נוסף למקרה של שבי רגולטורי הוא תופעת ה"**דלת המסתובבת**". תופעה זו עוסקת בנושאי משרה שעבדו במגזר הציבורי ומתמנים למשרות בגופים פרטיים, שעליהם פיקחו, וגם ההיפך – בכירים במגזר הפרטי המתמנים להיות מאסדרים של אותו השוק.²⁴ החשש

²⁰ ראו למשל: שרון דיין, **רגולציה חדשה: מהפכה במשפט הציבורי**, 141-137 (2018); **פרימן**, 680-674; **שפירא**, לעיל ה"ש 11.

²¹ ע"א 9294/16 **שמעון ג' חברת איי די איי חברה לביטוח בע"מ**, פס' 54 וההפניות שם (04.02.2020); דפנה ברק-ארוז, **משפט מינהלי** 289-291 (כרך א, 2010).

²² בשים לב לכל האמור לעיל יש להדגיש, כי לבית המשפט נותרת הסמכות לבחון את יחסי המפקח-מפוקח ככל שיעלו טענות לניגוד עניינים או היעדר אובייקטיביות של המאסדר.

²³ עניין **זליגמן – דיון נוסף**, לעיל ה"ש 6, עמ' 21 וההפניות שם.

²⁴ **שם**.

המתעורר הוא, מפני ניגוד עניינים שעלול להיווצר, אף שלא במודע, אצל המאסדר – שישאף להותיר רושם חיובי על המפוקח, עימו ייתכן שיעבוד בעתיד או עימו עבד בעבר, וכך בלשון ההחלטה: "תרחיש היציאה" מעורר חשש שמא מאסדרים יפעלו באופן, אשר מיטיב עם הגופים המפוקחים, מתוך תקווה להותיר עליהם רושם חיובי ובציפייה לעבוד איתם בעתיד, כך שהרגולציה תעוצב למעשה, ואפילו שלא במודע, לטובת המפוקחים. 'תרחיש הכניסה' מעורר חשש שמאסדרים, אשר עבדו בעבר בגופים הפרטיים המפוקחים – יטו לטובתם מתוך הזדהות עמם, או עם בעיותיהם, או עם הניסיון והתודעה שצברו. בתוך כך יש ליתן את הדעת לכך שפעמים רבות תופעת 'הדלת המסתובבת' חוזרת על עצמה יותר מפעם אחת.²⁵

חשש נוסף נובע מהאינטרס הסמוי של המאסדר לפרש את הנחיותיו באופן שישלול מסקנה לפיה כשל בתפקידו הפיקוחי, בנסיבות אותו עניין – מסקנה אשר עשויה, מטבע הדברים, להוביל לפגיעה במוניטין של המאסדר. בנוסף, עשוי המאסדר להיות מושפע גם משיקולים של יציבות השוק עליו הוא מפקח (למשל, העדפת האינטרס של החברות הגדולות המפוקחות על פני הניזוקים-תובעים).²⁶

על יסוד כל אלה קבעה כב' השופטת וילנר בעניין זליגמן – דיון נוסף, כי טענות לעניין שבי רגולטורי מהוות "חשש כללי אשר מרחף מעל גופים מינהליים ומוסדות שונים ואינו ייחודי למאסדר דווקא". משכך, לצד חובתו של בית המשפט להיות ער לחשש האמור, הרי שאין בכך כדי לשלול א-פריורית, את חזקת התקינות החלה על המאסדר. ובהתאם לכך, הטוען לאי-תקינות, עליו הנטל לסתור את חזקת התקינות, ולהביא ראיות שיש בהן כדי להטיל ספק מהותי בשיקוליה של הרשות, או להצביע על אי-תקינות פרוצדוראלית אחרת.²⁷

בעניין זליגמן – דיון נוסף הוצע מבחן לצורך בחינת המשקל הראוי שיש ליתן לעמדת מאסדר, המבוסס אף הוא על אימוץ חזקת האובייקטיביות, לצד בחינה זהירה של נסיבות מתן חוות הדעת. בכלל זאת נקבע, כי שומה על בית המשפט לבחון האם עמדת המאסדר תואמת את כללי הפרשנות המקובלים, כפי שאלו נקבעו בפסיקה; האם מומחיות המאסדר קיבלה ביטוי בעמדה שהוגשה, שכן עמדתו במהותה עוסקת בסוגיה "טכנית ומקצועית"; האם השוק המפוקח, זהות הצדדים ונסיבות המקרה מעלים את החשש שהמאסדר נגוע בכשל רגולטורי; יסודיות העמדה; האם אותו מאסדר הציג עמדות פרשניות סותרות לגבי אותו נושא; האם יש יותר ממאסדר אחד לאותו תחום מפוקח שהציגו עמדתם; ולבסוף, האם המקרה נופל לאחד החריגים שנמנו על-ידי כב' השופטת וילנר בפסק הדין בעניין זליגמן – ערעור (למשל כאשר עמדת המאסדר נובעת משיקולים שאינם ענייניים או נגועה בניגוד עניינים).²⁸

נוסף על האמור, אף מקום בו תישלל חזקת האובייקטיביות כאמור, לגישתנו, אין בכך כדי לגרוע ממסקנותינו בדבר חשיבות שמיעת קולו של המאסדר, אף בנסיבות כגון דא. ודוק; כפי שעולה מן הפסיקה הענפה, שחלקה הובא כאן – מושכל יסודי הוא כי אין בית המשפט צועד כעיוור אחר המאסדר, גם בהליכים בהם הוגשה עמדתו. כך גם הצדדים עצמם, מהווים

²⁵ עניין זליגמן – דיון נוסף, לעיל ה"ש 6, עמ' 27-28.

²⁶ שם, עמ' 29.

²⁷ שם, פס' 39-46 לפסק דינה של כב' השופטת וילנר.

²⁸ שם, פס' 68 לפסק דינו של כב' סגה"נ מלצר; עניין זליגמן – ערעור, לעיל ה"ש 6, פס' 40 לפסק דינה של כב' השופטת וילנר.

למעשה מנגנון בקרה נוסף ביחס לסבירותה ותקינותה של העמדה המוגשת. ומכאן, כי גם מקום בו מצא בית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר – מאליו מובן כי אין בכך כדי להחליף את שיקול דעתו או את הפררוגטיבה ההכרעתית העומדים לבית המשפט, ואך לו.²⁹ לטעמנו, גם מקום בו בית המשפט ידחה את עמדת המאסדר, או יבכר עמדה אחת על אחרת, הרי שעצם הגשת העמדה ופריסת השיקולים שבבסיסה, יש בהן תרומה ממשית להליך, כשלעצמן. כך, הרחבת קשת השיקולים הפרושים לעיני בית המשפט, מסייעת בחשיפת האמת, בניהול הליך הוגן ואף בקבלת החלטה שתכריע באופן שלם וראוי יותר בסוגיה שנדונה.³⁰

כדי לא לצאת חסר ובנפרד מהדיון לעיל, גם מקום בו חזקת האובייקטיביות לא נסתרה, ולא קם חשש כי העמדה שהתקבלה איננה ניטרלית, קיימת ביקורת נוספת ביחס לעמדת מאסדר – כי כיוון שעל המדינה "לדבר בקול אחד", עמדות משמעותיות של גורמים בתוך המדינה אינן נשמעות.³¹ בכך למעשה הטענה לפיה גם תחת חזקת האובייקטיביות, ייתכן אינטרס "זר" לכאורה אשר יימנע את הצגת העמדה השלמה של המדינה והוא השאיפה למנוע סתירות בין מוסדות המדינה או בין מייצגים שונים של אותו גוף. מכאן, נובעת החשיבות לבחון באופן מוקדם, האם בסוגיה הנדונה קיימים מאסדרים שונים הרלוונטיים לתחום – ואם כן, יש להביא במכלול השיקולים את האפשרות כי העמדה שהובאה מייצגת הלכה למעשה עמדה אחת מבין כמה שבוכרה.³² בכפוף לאמור, ומשעה שמדובר בפניה יזומה של בית המשפט למאסדר מסוים, חשש זה פוחת במידת מה. לצד האמור, יש לזכור גם – כי ממילא נתונה לבית המשפט הפררוגטיבה להכריע בין עמדות שונות המוגשות מפני מאסדרים שונים (ככל שאלו הוגשו בהליך מסוים), או להורות למאסדרים נוספים להגיש עמדתם כאמור. במקרה שכזה, נתון לבית המשפט שיקול הדעת להחליט איזו עמדה לקבל, ואיזה משקל יש ליתן לכל עמדה שניתנה.³³

לסיכום, קיימת הסכמה ברורה על קיומה של חזקת האובייקטיביות וזאת על אף שבכפוף להתקיימות נסיבות חריגות ניתן יהיה לסתור חזקה זו. כמו כן, ניתן לקבל כנקודת מוצא לדיון זה, כי קיימת הסכמה רבתי על אודות הידע המעשי בו אוחד המאסדר לעניין הפעלת הסדרי

²⁹ ראו למשל את פסיקת בית המשפט בעניין **בירון-ביטון**: עניין **בירון-ביטון**, לעיל ה"ש 16, פס" 6; ע"מ 8814/17 דן נ' **עיריית תל אביב-יפו**, פס" 38 (26.05.2019); בג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728, 746-742 (1999).

³⁰ עניין **זליגמן – דיון נוסף**, לעיל ה"ש 6, פס" 68 לפסק דינו של כב' סגה"נ מלצר.

³¹ ראו לעניין זה: ע"א 7187/12 **צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל** (17.08.2014).

³² עניין **זליגמן – דיון נוסף**, לעיל ה"ש 1, עמ' 30. בע"א 7829/18 **בטר פלייס ישראל נ' אגסי**, פס" 27 ו-57 (08.02.2022) נדרש בית המשפט העליון לסוגייה זו כאשר הוגשה במסגרת ההליך עמדת הכנ"ר, אך בהמשך עקב הודעת היועמ"ש על התייצבותו להליך, הגיש הכנ"ר בקשה להוציא את עמדתו מתיק בית המשפט שכן זו כפופה לעמדת היועמ"ש. בפסק דינו העיר כב' השופט עמית על כך, שחלק מהסוגיות בהן עסקה עמדת הכנ"ר לא קיבלו ביטוי בעמדת היועמ"ש ואף הוסיף, כי ייתכן שבית המשפט המחוזי יראה צורך להידרש לכך.

³³ בעניין זה ניתן לפנות לשיקולים המפורטים בעניין **זליגמן – דיון נוסף**, לעיל ה"ש 6, פס" 68 לפסק דינו של כב' סגה"נ מלצר. בחינה דומה נעשית כאשר מוגשת עמדת "ידיד בית משפט", ועל בית המשפט להכריע מה יהיה המשקל אותו ייתן לעמדה והאם יקבלה. כך למשל, בעת"מ (תל אביב-יפו) 18156-12-17 **חת נ' רשות ניירות ערך** (19.09.2019), נדרש בית המשפט לעמדת לשכת עורכי הדין שהצטרפה כ"ידידה". כך, למרות שעמדה זו נדחתה, עצם הדיון בה הפרה את פסק הדין ואפשר דיון מעמיק ומקיף יותר בהשלכות הרוחב האפשריות טרם ההכרעה.

חוק שונים, כמו גם חשיבותו של ידע זה בשים לב לאותה היכרות מעשית. אלו, מעניקים למאסדר את היכולת להביא בפני בית המשפט רובד נוסף שיסייע בהצגתה של תמונה שלמה ומלאה יותר בטרם הכרעה במחלוקת שלפניו – ומכאן חשיבות עמדתו של המאסדר.

ב. פנייה למאסדר בסוגי ההליכים השונים

פנייה למאסדר במסגרת הליך שיפוטי היא פרקטיקה ידועה ומוכרת. במרוצת השנים הפך השימוש בה למקובל ושכיח יותר – בערכאות המשפטיות השונות, ובמגוון סוגים של הליכים. לצד השתרשותה של הפרקטיקה בעולם המעשה, הליך הסדרתה – בין בחקיקה ראשית בין במשנית, נותר מאחור. עובדה זו לא היוותה מכשול בפני בתי המשפט אשר ביקשו להוסיף ולעשות בה שימוש, מתוך הכרה בחשיבותה ובתרומה הפוטנציאלית שגלומה בה – בהתאם לייחודיותו של כל אחד מסוגי ההליכים השונים.³⁴

במסגרת פרק זה נבקש לסקור את ההליכים האזרחיים השונים בהם קבלת עמדת המאסדר הפכה שגורה ואינטגרלית להליך – ללא קיומו של כל מקור סמכות כאמור. בתוך כך, נבקש גם לבחון את האמור מנקודת מבטו של בית המשפט בקבלת עמדה שכזו, על חשיבותה ביחס לכל הליך והליך ועל תרומתה הממשית לניהול המיטבי של ההליכים השונים. במובן זה, תכליתו של פרק זה היא גם לתת ביטוי פרקטי לתכליות הנורמטיביות עליהן עמדנו בהרחבה בפרק הקודם.

בשים לב להבדלים הקיימים אשר לאופן ניהול ההליך, המסגרת החקיקתית החלה וכן הצדדים להליך המשפטי – פרט ומדינה, קצרה היריעה מלהכיל במסגרתו של מאמר זה את שני עולמות המשפט – האזרחי והפלילי. משכך, סקירה זו עוסקת בתחום המשפט האזרחי בלבד.

1. תובענות ייצוגיות

הליך התובענה הייצוגית מוסדר בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006³⁵ ותקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010³⁶, החלות כדין ספציפי על הליכים מסוג זה. בתוך כך, פנייה למאסדר מוסדרת בהליך הייצוגי בעיקרה במסגרת סעיפים 18-19 לחוק תובענות ייצוגיות ותקנה 3 לתקנות תובענות ייצוגיות.

כך, אישורו של הסדר פשרה במסגרת תובענה ייצוגית נעשה בהתאם להוראות סעיף 18 לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע כי "לא ייעשה הסכם ליישוב הסכסוך שבענינו הוגשה בקשה

³⁴ הליך דומה נראה גם במשפט המשווה. כך למשל בארה"ב קיים נוהג מקובל מכוחו נעשית פנייה לקבלת עמדה משפטית לקונגרס, לפקדי ממשל שונים, לצדדים פרטיים ואף לערכאות שיפוט וזאת על אף שאין מקור סמכות ברור ולמרות הפגיעה בעיקרון האדברסריות של ההליך [Neal Devins & Saikrishna Prakash, Essay, 80 U. Chi. L. Rev. 859, 889 (2013); *Entente Design, Inc. v. Reverse Advisory Opinions*, 3d 216, 219 n.2 (Cal. Ct. App. 2013)].

³⁵ חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006.

³⁶ תקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע-2010.

לאישור או שבענינו אושרה תובענה ייצוגית (בחוק זה – הסדר פשרה), אלא באישור בית המשפט.³⁷

כחלק מהליך בחינת הסדר הפשרה טרם אישורו, וככל שמצא בית המשפט שאין לדחות את הסדר הפשרה על הסף, נדרש בית המשפט להורות "על פרסום הודעה בדבר הגשת הבקשה [...] ליועץ המשפטי לממשלה, למנהל בתי המשפט, ולכל גוף או בעל תפקיד אחר שיקבע השר, ורשאי בית המשפט להורות על משלוח כאמור גם לאדם אחר כפי שיוורה [...]".³⁸ משמע, המחוקק הסמיך את בית המשפט להורות על פנייה, באופן רחב למדי, הן ל"כל גוף או בעל תפקיד אחר שיקבע השר", הן "לאדם אחר".

בהמשך להוראות סעיף 18 לחוק תובענות ייצוגיות, מפורטים בתקנות תובענות ייצוגיות המאסדרים הרלוונטיים אליהם נדרשים בעלי הדין לשלוח את הסדר הפשרה טרם אישורו,³⁹ בנוסף לפנייה ליועץ המשפטי לממשלה.⁴⁰ קבלת עמדה נוספת כאמור, נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט.⁴¹

הסדר נוסף בחוק תובענות ייצוגיות הרלוונטי לענייננו מצוי בסעיף 15 לחוק זה, הקובע כי "בית המשפט רשאי להתיר לחבר קבוצה שבשמה מנוהלת תובענה ייצוגית, וכן לרשות ציבורית הפועלת לקידום מטרה ציבורית בקשר לענין שבו עוסקת התובענה הייצוגית או לארגון הפועל לקידום מטרה כאמור, אשר אינם התובע המייצג, להשתתף בדיונים בתובענה הייצוגית, אם מצא כי הדבר דרוש לשם ניהולה היעיל וההוגן של התובענה הייצוגית, וכן, לענין חבר קבוצה – לשם הגנה על ענינו של אותו חבר קבוצה, ולענין רשות ציבורית או ארגון – לשם הגנה על ענינם של חברי הקבוצה".⁴² אולם יודגש, כי מעבר לכך שמדובר בהשתתפות הצד המצטרף בדיונים וזאת בשונה מהגשת עמדה בלבד, צירופו להליך מכוח סעיף 15 לחוק מחייבת כי לצד המצטרף תהיה "זיקה לתובענה" וכי הצירוף נעשה "לשם הגנה על ענינם של חברי הקבוצה" – זאת בניגוד לעמדת מאסדר אשר מוגשת מקום בו המאסדר אינו בעל זיקה להליך ומטרתה אינה לספק הגנה או סיוע לאחד מן הצדדים להליך.⁴³ לענין זה חשוב להדגיש, כי בהתאם ללשון הסעיף כפשוטו, מוגבלת סמכות בית המשפט מכוחו ל"רשות ציבורית" בלבד, שכן היא בלבד מאוזכרת בסעיף 15(א) לחוק לצד "חבר קבוצה" כגורם שניתן להתיר לו להשתתף בדיונים. משמעותה של תיבה זו על פי חוק תובענות ייצוגיות, נלמדת מסעיף ההגדרות בחוק, שלפיו רשות ציבורית היא "גוף המנוי בתוספת הראשונה".⁴⁴ בחינת התוספת הראשונה לחוק מלמדת, כי למעשה מדובר בשלושה

סעיף 18(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

סעיף 18(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.

ראו: תקנה 12(ד) ותקנה 3 לתקנות תובענות ייצוגיות.

שם; ראו גם: אביאל פלינט, חגי וויניצקי, **תובענות ייצוגיות**, 633 (2017) (להלן – **פלינט וויניצקי**).

ראו למשל: ת"צ 37693-06-15 **בנדל נ' אפריקה ישראל להשקעות בע"מ ואח'**, פס' 19 (23.05.2021) (להלן – **עניין בנדל**), שם הוגשה בקשה לצירוף עמדת הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי, כמאסדר נוסף. בהחלטת בית המשפט שם נומק באריכות מדוע בית המשפט אינו סבור, כי צירוף עמדת הממונה תסייע בהכרעה במחלוקת שלפניו. עיקר הדגש לעניין זה נעשה תוך בחינת השדה המשפטי בו נטועה המחלוקת בין הצדדים, ובהתאם – האם יש לממונה ידע רלוונטי בשדה זה, שיסייע לבית המשפט בהכרעה במחלוקת שלפניו.

סעיף 15 לחוק תובענות ייצוגיות.

השור: ע"א 7842-16 **אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' פירסק**, פס' 15 (27.9.2017).

סעיף 2 לחוק תובענות ייצוגיות.

37

38

39

40

41

42

43

44

גופים בלבד: נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות; הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים; ונציבות שוויון הזדמנויות בעבודה.⁴⁵ מכאן, שבשים לב להוראות סעיפים 15 ו-18 לחוק תובענות ייצוגיות, פנייה לגופים חיצוניים להליך, שאינה מוגבלת ברשימה האמורה, הותרה במפורש על-ידי המחוקק רק מקום בו לא ניתן להסתמך על ההליך האדברסרי בין הצדדים – למשל במהלך בחינת הסדר פשרה בהליך ייצוגי לגביו נקבע כי "בעיית הנציג מתגברת במסגרת הליך לאישור הסדר פשרה, נוכח החשש שהתובע הייצוגי ובא כוחו יעדיפו את האינטרס העצמי שלהם על פני האינטרס של חברי הקבוצה".⁴⁶ משמע, עסקינן בפנייה שונה בתכליתה מהפנייה לקבלת עמדת מאסדר, אשר נועדה לספק מענה לפער מוגדר בהליך האדברסרי הייחודי לשלב מסוים בהליך הייצוגי.

בהתאם לכך, נראה שאין מקור נורמטיבי לפנייה למאסדר כאשר איננו נמצאים תחת סעיפים 15 או 18 לחוק. לעמדתנו, למרות החוסר בלשון החוק, אין בנמצא איסור על פנייה מסוג זה ביתר שלבי ההליך, ונראה כי ההיגיון שבפנייה למאסדר במהלך בחינת הסדר פשרה – יפה ונכון גם לשלבים נוספים בהליך הייצוגי. זאת, בשים לב למומחיות המאסדר, כמו גם היותו גורם אובייקטיבי, שיכול לסייע לבית המשפט בגיבוש הכרעתו.

נחדד, נקודת המוצא היא כי החשש מפני ניגוד אינטרסים בין התובע המייצג (או המבקש לייצג את הקבוצה), הוא גבוה ביותר בעת בחינת הסדר פשרה בין התובע הייצוגי לבין המשיב. בהתאם לכך, מספק המחוקק לבית המשפט כלים ואמצעים נוספים להתמודד עם הקושי באמצעות קבלת תמונת מצב מלאה בשלב זה. אולם, טענתנו היא, כי זהו אפיק פנייה אחד בלבד, וקיימים טעמים נוספים המצדיקים בנסיבות מסוימות פנייה למאסדר גם בשלבים האחרים של ההליך הייצוגי – בדומה לסוגי הליכים נוספים במשפט האזרחי. ודוק, לעמדתנו חוק תובענות ייצוגיות אינו מהווה מקור סמכות לבית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר. אולם, החוק מגלם טעמים נוספים ומשמעותיים לקבלת העמדה האמורה – ובפרט, מקצועיות וחזקת האובייקטיביות של גופים אלה, שהינם חיצוניים למחלוקת הפרטנית שבין הצדדים להליך. בשים לב לניתוח שהוצג לעיל ושיוצג להלן – אנו סבורים כי סמכות זו עומדת גם בהליכים ייצוגיים מכוח סמכותו הטבועה של בית המשפט.

⁴⁵ אולם יש להוסיף, כי סקירת שורת החלטות שניתנו על-ידי בתי המשפט השונים בעניין זה, מלמדת שבתי המשפט עשו לא אחת שימוש בהוראות הסעיף כמקור סמכות להורות על קבלת עמדתו של המאסדר או על זימונו – זאת, גם כאשר הפנייה נעשתה למאסדר שאינו מנוי על התוספת הראשונה לחוק תובענות ייצוגיות.⁴⁵ סקירתן של החלטות אלו מלמדת, כי ככלל, אלו לא כללו הסבר להרחבה זו החורגת בבירור מהרשימה הכלולה בחוק תובענות ייצוגיות. ראו למשל: ת"צ (מחוזי ת"א) 2133-09 גמזו נ' פלאפון תקשורת בע"מ (10.01.2011) (להלן – עניין גמזו).

מן הצד השני, קיימת גם פסיקה הדוחה פרשנות רחבה זו לסעיף 15, זאת תוך התייחסות ברורה ללשון החוק ולהיות התוספת הראשונה לחוק רשימה סגורה.⁴⁶ כך, בחינת לשון סעיף 15 לחוק תובענות ייצוגיות כפשוטו, מלמדת שעל פניו הוא אינו יכול לשמש מסגרת חקיקתית מפורשת להורות על קבלת עמדת המאסדרים השונים, אלא אלו המנויים בתוספת הראשונה בלבד. יתרה מכך, הגדרתם המצומצמת של סוגי המאסדרים יכולה אף להתפרש כהסדר שלילי, ביחס לזימונם של אלו שאינם נמנים על התוספת. ראו למשל: ת"א (מחוזי מרכז) 1817-08-07 יוחנן נ' סלקום ישראל בע"מ, פס' 16 (02.03.2010).

⁴⁶ עניין הררי, לעיל ה"ש שגיא! הסימניה אינה מוגדרת, פס' 33; רע"א 3832/17 לוי נ' פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ, פס' 12 (04.07.2017); בר"מ 4303/12 אינסלר נ' המועצה האזורית עמק חפר, פס' 13 (22.11.2012).

סקירת הפסיקה בערכאות הדיוניות השונות, כמו גם פסיקת בית המשפט העליון, מלמדת כי קיימת גם פרקטיקה מבוססת היטב של פנייה למאסדר הרלוונטי במקרים בהם נדרשת הבנה מעמיקה של תחום מסוים. זאת, אף מקום בו לא הוגש הסדר פשרה לאישורו של בית המשפט, ובשים לב לכך שנקודת המוצא לדיון היא ההכרה באותו ידע מעשי ומקצועי של המאסדר עם הוראות החוק הרלוונטיות לעבודתו השוטפת.⁴⁷

על חשיבות זו עמד בית המשפט העליון גם בעניין **זליגמן – ערעור**, בקובעו לעניין זה כדלהלן:⁴⁸

אעיר רק, בזהירות המתחייבת, כי לטעמי ישנה חשיבות מיוחדת בתובענות ייצוגיות לקבלת עמדת המאסדר מקום בו קיימת עמימות נורמטיבית... דברים אלה כאמור – מבטאים את חשיבות הפנייה למאסדר אך גם את החוסר בהסדר חקיקתי בחוק תובענות ייצוגיות, ובכך את חשיבות הדיון המובא במסגרת מאמרנו זה.

2. תובענות נגזרות

בדומה להליך הייצוגי, גם בהליך הנגזר, מטבע הדברים, משליך הדיון לפני בית המשפט מעניינם הפרטי של הצדדים להליך. בהתאם לכך, הפרקטיקה של קבלת עמדת מאסדר מקובלת גם בהליכים מסוג זה, ואף זאת למרות היעדרה של סמכות לעשות כן בחקיקה הרלוונטית. על מנת לתת תוקף לאמור, נסקור להלן את הפרקטיקה הנוהגת לצד החקיקה הרלוונטית.

"תביעה נגזרת" מוגדרת בחוק החברות בסעיף ההגדרות, כ"תובענה שהגיש תובע בשם חברה בשל עילת תביעה שלה".⁴⁹ בהתאם לכך, בהליך התביעה הנגזרת, המבקש לתבוע בשם חברה נדרש להראות כי לחברה זכות תביעה וזו נמנעת מלממש את זכותה, שלא בטובתה.⁵⁰ ככל שיעמוד התובע הנגזר בנטל זה, ויראה כי פעל בתום לב, יוכל לתבוע בשם החברה את מימוש הזכות הנטענת.

הסדר או פשרה בהליך תביעה נגזרת מוסדרים בסעיף 202 לחוק החברות. בתמצית, הרציונאל העומד בבסיס הסעיף הוא כפול: ראשית, תפקידו לאפשר לבית המשפט לפקח ולבחון את הפשרה אשר הושגה והאם מדובר בפשרה ראויה; ושנית, להוות חסם מפני הסדרי

⁴⁷ ת"צ (חי') 1048-12-14 **ברנוב נ' מעיינות אתא בע"מ תאגיד המים והביוב**, פס' י"ב (22.03.2015); ת"צ (מחוזי מרכז) 25061-09-16 **מרקמן את טומשין - חברת עורכי דין נ' בנק בינלאומי בע"מ**, פס' 24 (04.07.2019); ת"צ (ת"א) 26482-11-18 **שגיא נ' אחוזות החוף בע"מ** (09.05.2021); ת"צ (מחוזי מרכז) 22300-05-15 **הייט נ' Verifone Systems Inc** (14.05.2018); ת"א (מחוזי מרכז) 5625-08-07 **אביעד נ' מגורה חברה לביטוח בע"מ**, פס' ד' (11.01.2009); ת"צ (מחוזי ת"א) 31016-10-18 **קמחין נ' ח.י. מעדני גורמה בע"מ**, פס' 17 (13.06.2019); ע"א 2317/16 **אוארבך נ' סלקום ישראל בע"מ** (25.01.2017); ת"א (מחוזי ת"א) 1238-09 **הדס נ' מעבדות מטרנה בע"מ** (04.05.2010); עניין **גמזו**, לעיל ה"ש 45; עניין **קמיל**, לעיל ה"ש 6; ת"צ (כלכלית) 44775-02-16 **כהן נ' טאואר סמיקונדקטור בע"מ**, פס' 69 (07.11.2017) (ערעור על פסק הדין נדחה במסגרת רע"א 8737/17); ראו לעניין זה גם: ת"צ (מינהליים מרכז) 7331-01-19 **תובל נ' עיריית רעננה**, פס' 48-47 (03.04.2020); ת"צ (כלכלית) 18029-12-19 **פיקו נ' בנק הפועלים בע"מ-סניף ראשי**, פס' 21 (18.10.2020); ת"צ (חי') 1048-12-14 **ברנוב נ' מעיינות אתא בע"מ תאגיד המים והביוב**, פס' י"ב (22.03.2015).

⁴⁸ עניין **זליגמן – ערעור**, לעיל ה"ש 6, פס' 29 לפסק דינה של כב' השופטת וילנר.

⁴⁹ חוק החברות, התשנ"ט-1999, סעיף 1.

⁵⁰ ראו למשל: יוסף גרוס, **חוק החברות**, עמ' 378-379 (מהד' חמישית מורחבת, 2016).

פשרה שאינם ראויים, בשים לב לחשש הנובע מבעיית נציג, לפיה עלולים תובע נגזר ובאי כוחו להעדיף את טובתם האישית ולסיים את ההליך בהסדר פשרה שאינו משרת את האינטרס של החברה, לטובת גמול ושכר טרחה גבוה. לפיכך, תפקידו של בית המשפט הוא לוודא שהסדר הפשרה המוצע משרת את האינטרס של החברה שבשמה מתבקש להגיש את התביעה הנגזרת. סעיף זה חל גם באותם המקרים בהם גובש הסדר הפשרה בטרם אישורה של התובענה כנגזרת.⁵¹

בשונה מהליך התובענה הייצוגית, הליך התביעה הנגזרת לא הוסדר בחקיקה ראשית או בחקיקה משנית ייחודיות, אלא בפרק השלישי לחוק החברות. בהתאם לכך, ההליך אינו מוסדר באופן מלא ומפורט, כפי שהוסדר הליך התובענה הייצוגית – וחלק מן ההוראות לעיתים חסרות. אולם, למרות נקודות השוני בין ההליכים, ישנן גם נקודות השקה לא מעטות בין הליך התביעה הנגזרת לבין הליך התובענה הייצוגית – ומשכך, קיימת הפריה הדדית והליכי הסקה וניתוח דומים בין שני ההליכים. קיומו של חסר זה בכל הנוגע להסדרת הליך התובענה הנגזרת, הוביל את בתי המשפט ללמוד ולהשליך מהוראות החוק הנוגעות להליך התובענה הייצוגית, על שאלות דומות המתעוררות במסגרת הליך התובענה הנגזרת.⁵² דמיון זה נלמד גם מטיטת תקנות החברות.⁵³ במסגרתה, הליך הפנייה למאסדר וליועץ המשפטי לממשלה, עת מוגש לאישורו של בית המשפט הסדר פשרה בהליך תביעה נגזרת, קיבל התייחסות והסדרה מפורשת. אך גם כיום (טרם תיקון הטיטת), בית המשפט שואב אל תוך ההליך הנגזר את סדרי הדין, כמו גם מבחני המשנה וסל השיקולים, לאלו שבהליך הייצוגי – וכך גם, ביחס לקבלת עמדת המאסדר והיועץ המשפטי לממשלה, ובפרט ביחס לאישורם של הסדרי פשרה.⁵⁴ יודגש, בדומה להליכים ייצוגיים, כי כאשר היועץ המשפטי לממשלה מתייצב להליך כמייצג של האינטרס הציבורי במסגרת בקשה לאישור הסדר פשרה, הוא איננו פועל כ"מאסדר" לעניין הגשת עמדתו במסגרת אותו הליך. תכלית ההתייחסות שונה במהותה – ייצוג ציבור שאינו לוקח חלק בהליך באמצעות השתתפות פעילה בו למול ומתן מענה לפערים בהליך האדברסרי למול סיוע לבית המשפט לגבש תמונה מלאה טרם הכרעתו בהליך – כמו גם מקורה הנורמטיבי.

בבחינת הדמיון והשוני בין הליך התובענה הייצוגית והליך התובענה הנגזרת, במיוחד לעניין קבלת עמדת המאסדר וחשיבותה, יש להוסיף גם התייחסות לסוגיית ההסתלקות. בהליך הייצוגי, קיים בחוק מנגנון "opt-out" – היינו, הליך המאפשר לחברי קבוצה שאינם מעוניינים להיות חלק מהקבוצה (בין אם כדי לנהל הליך באופן עצמאי ובין מסיבותיהם הם), להודיע על פרישתם מהקבוצה, כך שפסק הדין לא יחייב אותם. בשונה מכך, בהליך התובענה

⁵¹ ראו למשל תנ"ג 38122-07-19 שחם נ' אשכולות (25.03.2021); תנ"ג (ת"א) 47621-07-16 אמוץ חורב נ' בי קומיוניקיישנס בע"מ (18.06.2020); תנ"ג (ת"א) 815-09-13 לנואל נ' מאור (04.09.2016) (להלן – עניין לנואל).

⁵² ראו למשל: עניין לנואל, לעיל ה"ש 50, פס' 41; תנ"ג (תל אביב-יפו) 20087-11-11 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' חמו (14.06.2012).

⁵³ טיטת תקנות החברות (הוראות לעניין תובענה נגזרת והגנה נגזרת), התשע"ז-2017.

⁵⁴ ראו למשל: עניין לנואל, לעיל ה"ש 50. אותו עניין לאחר הגשת בקשה לאישור הסדר פשרה בתביעה הנגזרת, הורה בית המשפט לצדדים לפרסם את פרטי הסדר הפשרה בהתאם לסעיף 202 לחוק החברות. אולם בנוסף לכך, הורה בית המשפט לצדדים להמציא את הסדר הפשרה ליועץ המשפטי לממשלה, לרשות לניירות ערך ולידי המפקח על הבנקים; ראו לעניין זה גם: תנ"ג (ת"א) 47128-07-18 דיין נ' אבנעים (15.11.2020).

הנגזרת אין כל מנגנון מסוג זה. בהתאם לכך, ככל שניתן פסק דין – בין לאחר ניהול ההליך ובין במסגרת פשרה בין הצדדים, הדבר יחייב את כל בעלי העניין בתאגיד, מבלי שאלו היו שותפים בהליך. לכן, כיוון שהליך התובענה הנגזרת כולל בתוכו גם בעלי עניין שאינם רשאים להסתלק מההליך ואינם מעורבים בניהולו, הרי שחשיבות ההליך לגביהם – ובהתאם לכך, חשיבות קבלת עמדת המאסדר במקרים אלה – משמעותית אף יותר.

בעניין **בן עמי** נדרש בית המשפט לבחון הסדר פשרה בהליך נגזר. על אף היעדר של בסיס נורמטיבי בחוק לפנייה למאסדר, מצא בית המשפט להורות על קבלת עמדת רשות ניירות ערך ורשות המיסים.⁵⁵ את פנייתו למאסדר נימק באופן הבא: "בארסנל הכלים של בית המשפט נמצאת האפשרות לבקש מרשות או גוף זה או אחר להביע עמדתם בנושאים רלוונטיים. רשויות וגופים אלו (בהם, בין היתר, רשות המיסים, כונס הנכסים הרשמי, רשות ההגבלים העסקיים, המפקח על הבנקים, הממונה על שוק ההון ביטוח וחסכון וכיוצא"ב), להם ידע רב בנושאים אותם הם מרכזים, והאמונים על האינטרס הציבורי, מבלי ליטול חלק בסכסוך גופו – עשויים לעיתים לסייע לבית המשפט לחדד את המחלוקות ולראות את מלוא התמונה הרלוונטית".⁵⁶ בכך למעשה ראה בית המשפט את המאסדר, אשר כאמור חלות עליו חזקות האובייקטיביות והמקצועיות עליהן עמדנו לעיל, כמעין "זרוע ארוכה" באופן שיש בו כדי לטייב את עבודת בית המשפט. כמו כן, לרשות המאסדר נמצאים גם בעלי מקצוע שונים (כלכלנים, מעריכי שווי, אנליסטים ורואי חשבון מבקרים) המסוגלים לסייע לבית המשפט במלאכתו.⁵⁷

בדומה לכך, גם בעניין **לנואל**, ובהמשך בעניין **טלמור**,⁵⁸ הורה בית המשפט על קבלת עמדת מאסדר כחלק מבחינת בקשות לאישור הסדרי פשרה בהליך נגזר.⁵⁹ בעניין **טלמור** הגורמים המוסמכים במשרד המשפטים לא התנגדו לאישורו של הסדר הפשרה – אך לצד זאת, הורחבה עמדתם ביחס לאופן יישומו הראוי של הדין, בנסיבותיו של אותו עניין. על אף שעמדה זו לא אומצה על-ידי בית המשפט, אך עצם הבאתה לפניו, הובילה לדיון נרחב ומעמיק באותן סוגיות חשובות, שלא הונחו לפניו בטרם זו הוגשה.⁶⁰

חשיבות שמיעת קולו של המאסדר או היועץ המשפטי לממשלה נלמדת גם מהאופן בו דנים בתי המשפט הכלכליים בבקשה לאישור הסתלקות מתביעה נגזרת, להבדיל מאישור הסדר או פשרה – היינו, בהסתלקות שאין באישורה כדי לייצר מעשה בית דין כלפי צדדים שלישיים שאינם חלק מהליך בקשת האישור. חרף ההבדל המשמעותי הקיים בין הסדר פשרה לבין בקשת הסתלקות,⁶¹ מצאו בתי המשפט, לא אחת, להורות על קבלת עמדתו של היועץ

⁵⁵ יצוין, כי בשונה מהליכים ייצוגיים, שם כאשר מתבקש בית המשפט לאשר הסדר פשרה הוא מוסמך לפנות לקבלת עמדת היועץ המשפטי לממשלה וכן גופים נוספים, בהליך נגזר לא קיימת הסמכה מפורשת מסוג זה.

⁵⁶ שם, פס' 68; ראו לעניין זה גם: תנ"ג (מחוזי ת"א) 14873-03-10 **רובין נ' בנק הפועלים ואח'**, עמ' 4 (22.07.2015).

⁵⁷ עניין **בן עמי**, לעיל ה"ש 2119, פס' 61-62.

⁵⁸ תנ"ג (כלכלית) 41255-11-16 **טלמור נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ** (06.04.2020).

⁵⁹ שם, פס' 11-10.

⁶⁰ שם.

⁶¹ ראו למשל: תנ"ג (ת"א) 33726-12-09 **פרל נ' מאור** (01.11.2015).

המשפטי לממשלה או המאסדר גם בהליכים מסוג זה. כך נימק זאת בית המשפט בהחלטתו בעניין **אשכולות**, שם נקבע:⁶²

בתוך כך, אני כשלעצמי סבור, כי קבלת עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא ראויה ורצויה מקום בו מבוקש אישורו של הסדר או פשרה במסגרת הליך של תובענה נגזרת (או בקשה מוקדמת להליך זה). זאת, כמי שעומדים בפניו אינטרסים של צדדים שלישיים, כמו גם אינטרס הציבור בכללותו; וכן כמי שיש בידו הכלים המקצועיים הדרושים כדי לשפוך אור ולטעון לעניין יישומו הראוי של הדין בנסיבות המקרה. כך, כפי שעלה במקרה שלפניי, עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה אפשרה להאיר ולבאר סוגיות שבית המשפט, כמו גם הצדדים עצמם, אינם רואים בהכרח לנגד עיניהם בנסיבות אישורו של הסדר קונקרטי. בתוך כך, אין ספק בעיני כי סוגיית מעמדה של אשכולות כחברה לתועלת הציבור, היא כבודת משקל וראויה לדיון מעמיק – אולם, עוד אני סבור כאמור, כי יש לעשות כן במסגרת הדיונית המתאימה והייעודית לכך בהליכים שבין המשיבה לבין רשם ההקדשות.

וכן הודגש בסיומם של הדברים שם:⁶³

ראיתי להדגיש שחרף התוצאה אליה הגעתי בסופו של הליך, אין בכך כדי לגרוע ולהפחית כהוא זה מתרומתה וחשיבותה של עמדת היועץ המשפטי לממשלה להרחבת יריעת השיקולים הרלוונטיים לא רק להליך הפרטני, אלא למכלול רחב של שיקולים, נתונים, עמדות ואינטרסים שראוי שיעמדו בפני בית המשפט בטרם קבלת הכרעה בתיק. זאת כמובן, במובחן מסוגיית משקלה של העמדה.

לבסוף יצוין, כי הליך התביעה הנגזרת מהווה דוגמא בולטת להליך בו המטרה העליונה והתכלית העיקרית היא יצירת הרתעה ועיצוב ממשל תאגידי ראוי, בעוד שרכיב הפיצוי הוא אך משני לכך. בתוך כך, לא אחת, הנהנים מן הפיצוי שנפסק אינם בעלי מניות שנפגעו, אלא בעלי מניות חדשים שרכשו את מניות התאגיד, לאחר מעשה. משכך, בהתייחס לתכליות רחבות אלו, נראה כי ככל שמהותה של התובענה ומטרותיה הן רוחביות ומשמעויות יותר בהתייחס לעיצוב כללי ממשל תאגידי תקין, כך גדלה החשיבות שבשמיעת קולו של המאסדר ביחס אליה וזאת על אף היעדר אסדרה בעניין זה בחקירה ראשית או משנית. נראה אם כן, כי אין חולק על אודות חשיבות תרומתה של עמדת המאסדר בהליך התביעה הנגזרת. זאת, על מנת שיהיו בפני בית המשפט מכלול השיקולים והנתונים הרלוונטיים, או שעשויים להיות רלוונטיים, לא רק בהליך הספציפי שמונח לפניו. זאת, תוך הכרה במאסדר כמי שעומדים בפניו אינטרסים של צדדים שלישיים, כמו גם אינטרס הציבור בכללותו; וכן כמי שיש בידו הכלים המקצועיים הדרושים כדי לשפוך אור ולטעון לעניין יישומו הראוי של הדין בנסיבות המקרה.

3. הליכי הסדר לפי סעיף 350 לחוק החברות

⁶² שם, פס' 38.

⁶³ שם, פס' 44.

דוגמה נוספת לסוג הליכים בהם נעשית פנייה לקבלת עמדת מאסדר על ידי בית המשפט היא בהליכי הסדר לפי סעיף 350 לחוק החברות. בדומה להליכים ייצוגיים ונגזרים, פנייה זו נעשית על אף היעדר עיגון חקיקתי מפורש, אך בשים לב לצורך בעמדות אלה אשר נובע מהשפעת ההליך המשפטי על גורמים שאינם צד לו ומכך שמדובר בהליך שאינו אדברסרי מטבעו באופן אשר מקשה על בית המשפט לגבש תמונה עובדתית מלאה טרם הכרעה.

סעיף 350 לחוק החברות קובע את סמכותו של בית המשפט להורות על כינוס אסיפות סוג במסגרת הסדר בין החברה לבין נושיה או בעלי מניותיה. בהמשך, קובע סעיף 351 לחוק החברות את סמכותו של בית המשפט לאשר הסדר כאמור בסעיף 350 לחוק החברות, שמטרתו מיוזג. מלשוננו הרחבה של החוק עולה, כי לבית משפט הדן בשאלת אישורו של הסדר כאמור – נתון שיקול דעת רחב. בתוך כך, עמדה הפסיקה על כך שבעת הפעלת סמכותו של בית המשפט באישור הסדר לפי סעיף 350 לחוק החברות, רשאי בית המשפט שלא לאשרו – ובפרט, כי בעת בחינת הסדר לפי סעיף 350 לחוק החברות יודא בית המשפט כי "ההסדר אינו פוגע בהגינות מסחרית כלכלית ואינו לוקה בחוסר תום לב".⁶⁴

השאלה המתעוררת אם כן היא כיצד על בית המשפט לעשות כן, ובפרט, כיצד ביקש המחוקק שיופעל שיקול דעתו של בית המשפט בבחינת "ההגינות המסחרית הכלכלית" של ההסדר. אנו סבורים, כי לצורך בחינה והכרעה בשאלת הגינותו המסחרית של ההסדר רשאי בית המשפט לבצע פנייה שכזו – ובנסיבות מסוימות, ייתכן שפנייה זו אף מתחייבת. אולם, במישור הסמכות חוק החברות לא מספק מענה ומשכך, בשים לב לצורך בפנייה וחשיבותה, לעמדתנו מקור הסמכות הנכון נמצא בסמכותו הטבועה של בית המשפט, עליה יורחב בהמשך.

בנוגע לשאלת חשיבות הפנייה למאסדר, בעניין **מטומי** נבחנה שאלת אישור כינוס אסיפות סוג לפי סעיף 350 לחוק החברות ובית המשפט נדרש לעמדתם של כלל המאסדרים הרלוונטיים. בכלל זאת הורה בית המשפט על קבלת עמדת הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי, הרשות לניירות ערך, הבורסה לניירות ערך וכן רשות המיסים. עמדותיהם של כל אלה שימשו מסד להנמקת החלטתו של בית המשפט בנדון.⁶⁵

ודוק, חשיבות קבלת עמדתם של המאסדרים בגדר מקרים אלה, עיקרה ביכולתם להציג בפני בית המשפט שיקולים של מדיניות משפטית ראויה, כמו גם מתן דעה מקצועית ומעשית על אודות ההשלכות המעשיות שעשויות להיגזר ממתן סעד כזה או אחר, על חיי המעשה. חשיבות זו הודגשה על ידי בית המשפט בעניין **מטומי**.⁶⁶

⁶⁴ ראו למשל: ע"א 582/17 טאהר נ' נשר, פס' 19 (25.02.2019); רשות המיסים נ' קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ, פס' 32 (16.06.2011); רשות המיסים נ' קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ, פס' 32 (16.06.2011); ראו גם אבנר כהן ואלעד עפארי "אישור הסדר נושים – היקף שיקול הדעת של בית המשפט" ספר שטרסברג-כהן 385, 389 (א' ברק, י' זמיר, א' כהן, מ' סבוראי, וא' עפארי עורכים, 2017).

⁶⁵ ראו לעיל עניין **מטומי**, לעיל ה"ש 73. בעניין **מטומי** נעתר בית המשפט לבקשה לכינוס אסיפות נושים, אולם הותיר את הסוגיות העקרוניות המתעוררות אגב כך להחלטה בשאלת אישור ההסדר – ככל שזו תובא בפניו. בסופו של יום משכה החברה את בקשתה לאישור הסדר, כך שהגינותו הכלכלית של ההסדר על-ידי בית המשפט לצורך אישורו – לא עמדה למבחן.

⁶⁶ ראו לעיל עניין **מטומי**, לעיל ה"ש 73, פס' 30.

משכך, לעמדתנו הפנייה למאסדר ראויה ונחוצה וכפי שסקרנו לעיל, נעשית באופן תדיר בפרקטיקה. במישור הסמכות, על אף שאין אסדרה לכך בחקיקה הרלוונטית, לעמדתנו זו קיימת ומצויה בסמכותו הטבועה של בית המשפט.

4. בקשות לפי סעיף 303 לחוק החברות

חלוקת דיבידנד היא האמצעי המרכזי בו החברה מעבירה כספים לבעלי מניותיה, באופן המאפשר לבעלי המניות בחברה ליהנות מ"פירות" השקעתם בה.⁶⁷ פעולה זו, מעצם טבעה, מוציאה נכסים מהחברה, ומשכך היא עשויה להוות נקודת קונפליקט בין בעלי המניות בחברה לבין נושיה.⁶⁸

לאור פוטנציאל קיומו של המתח האמור, נקבע בסעיף 302 לחוק החברות כי בבואו של דירקטוריון החברה להורות על חלוקת דיבידנד, עליו לעמוד במבחני החלוקה – מבחן הרווח ומבחן יכולת הפירעון. סעיף 303 לחוק החברות קובע, כי אף במקרים בהם חברה מעוניינת לבצע חלוקה כאמור, אך אינה עומדת במבחן הרווח – ככל שהיא עומדת במבחן יכולת הפירעון, תוכל החברה לעשות כן, בכפוף לאישורו של בית המשפט.

חשיבותה של שאלה זו מתעצמת מקום בו חלוקה כאמור עשויה לפגוע בנושי החברה – ובפרט, כאשר אותה חברה עשויה להיקלע למצב של חדלות פירעון, בסמוך לביצועה. ודוק; בדומה לסוגיות המתעוררות אגב הליכים לפי סעיף 350 לחוק החברות – גם כאן, קו התפר בין שני מצבי העולם מחייב את בית המשפט בנקיטת משנה זהירות באישורן של פעולות הנעשות תחת חסותו.

כך למשל, ביצוע חלוקה לבעלי המניות ערב חדלות פירעונה של חברה – ומקום בו קיים חשש לפירעון חובותיהם של נושיה, עשוי לעלות כדי העדפת נושים אסורה. בפרט חשובים הדברים נוכח העובדה שזכותם השיורית של בעלי המניות, הופכת רגע אחר חדלות פירעון של חברה, לזכות נדחית – ומעמדם של בעלי המניות נדחק לתחתית שרשרת הנשייה, כנושים נדחים בלבד. מכאן, החשיבות שבביצוע בדיקה קפדנית ומעמיקה של בית המשפט, בטרם אישורן של חלוקות כאמור.

אולם, וכאן העיקר – חרף חשיבותה הדרמטית של קבלת החלטה כאמור, בחינת לשון החוק מעלה כי לבית המשפט לא מעוגנת בדין כל סמכות למנות מומחה מטעמו (במימון הצדדים) או לבקש את עמדתם של מי מהמאסדרים השונים – לצורך קבלת החלטה שקולה וראויה בעניין.

כך, בשונה למשל מסוגית אישור הסדר פשרה במסגרת הליך תובענה ייצוגית, סעיף 303 לחוק החברות אינו כולל יידוע של גורם מאסדר כלשהו אשר יוכל ליתן חוות דעת מקצועית בעניין, ולסייע לבית המשפט בהכרעה בבקשה.

על מנת להבין את חשיבות הדברים ומורכבותם, יש לחזור ולהדגיש מהו ההליך הנדרש מחברה המבקשת לבצע חלוקה לפי סעיף 303 לחוק החברות. כך, בעת פנייה לבית המשפט בבקשה לביצוע חלוקה כאמור, נקודת המוצא היא כי החברה המבקשת אינה מקיימת את

⁶⁷ תנ"ג (כלכלית) 16519-05-19 ברוט נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פס' 14 (12.01.2021); אירית חביב-סגל, דיני חברות, 98 (כרך ב, 2004).

⁶⁸ תנ"ג (כלכלית) 48081-11-11 רונפלד נ' בן דב, פס' 168 (17.03.2013).

מבחן הרווח, אך מקיימת, לטענתה, את מבחן יכולת הפירעון. תחת כך, נדרש בית המשפט לבחון ולהכריע על אודות כשרות החלוקה, וזאת על סמך טענות החברה בלבד. בנוסף, עומדים לרשות בית המשפט דוחותיה הכספיים של החברה (ככל שאלה הוגשו לבית המשפט),⁶⁹ וכן טענות הנושים (ככל שלחברה נושים, וככל שאלו הגישו התנגדותם לבקשה).⁷⁰

הקושי הנובע ממצב דברים זה, הוא כפול: ראשית, הוא הניתוח הכלכלי-מקצועי אותו נדרש לבצע בית המשפט – כאשר לכאורה אין לבית המשפט כל סמכות בחוק למנות מומחה מטעמו במימון הצדדים, או לפנות לכל גורם אחר בעניין זה. בתוך כך, נדרש בית המשפט לבחון חוות דעת חשבונאיות ודוחות כספיים מורכבים ביותר, לצד תצהירים המאמתים דוחות אלה. זאת, כאשר לבית המשפט כשלעצמו אין בהכרח את הידע והמיומנות, כמו גם הכלים המקצועיים, לבחינת אותם דוחות כספיים, ומקל וחומר את חוות הדעת של הערכות השווי.

ושנית, הוא כי בחינה זו, כמו גם הכרעה בבקשת החלוקה, נעשית הלכה למעשה, בהעדר הליך אדברסרי לפני בית המשפט – שכן החברה מבקשת החלוקה בלבד, היא צד לבקשה. בתוך כך, אין בפני בית המשפט שני צדדים שבטענותיהם הנוגדות נדרש להכריע בית המשפט, אלא צד אחד הטוען ומבקש הכרעה לפי תיאור נסיבות המקרה, כפי שאלו הובאו על ידו לבית המשפט. על אף הקושי האמור, על פי הפרקטיקה שנהגה, כל עוד לא הוגשה התנגדות כאמור לחלוקה, המאסדר הרלוונטי (בהתאם לנסיבות המקרה וסוג החברה), לא נהג לנקוט עמדה בשאלת החלוקה – ומלאכת הבחינה וההכרעה נותרה בידי בית המשפט בלבד, על יסוד טענות ונימוקי החברה.

אולם, חרף העובדה שהחברה היא לכאורה בעלת הדין היחידה בהליך זה, כרוכים בהכרעה בבקשתה אינטרסים גם של נושי החברה ובעלי מניותיה – שאינם מיוצגים בה. בהתאם לזאת, נשאלת השאלה – כיצד ראוי לנהוג במצב זה? ודוק; אין להמעיט בערכן וחשיבותן של בקשות חלוקה כאמור, הכרוכות לא אחת באישור חלוקות אשר יש בהן כדי להשפיע באופן מהותי על כספי משקיעים מן הציבור, ולעיתים בשווי המגיע לכדי מאות מיליוני שקלים. יתרה מכך, בהעדר קיומו של הליך אדברסרי, ובשים לב לאינטרס הברור של החברה המבקשת לאישור החלוקה – שעה שידוע שהיא אינה עומדת במבחן הרווח – דורשים בחינה של הבקשה, על פרטיה ונתונה החשבונאיים, בהקפדה יתרה.

בשים לב לדברים אלו, בחיי המעשה, פותח מנגנון ייחודי לבקשות לפי סעיף 303 לחוק החברות במחלקה הכלכלית, שנועד לספק לבית המשפט את הכלים הנדרשים כדי להכריע בבקשות מסוג זה. מנגנון זה הוא תולדה של הקשיים עליהם עמדנו לעיל, ולדרישות שעלו "מן השטח" שחייבו מתן כלים נוספים בידי בית המשפט הדין בבקשות החלוקה. כך, לפי המנגנון שפותח, לאחר הגשת הבקשה וטרם דיון בה – מורה בית המשפט על קבלת עמדותיהם של המאסדרים הרלוונטיים, תוך מטרה שאלו יסייעו לו בהערכת יכולתה

⁶⁹ החברה המבקשת לבצע חלוקה לפי סעיף 303 נדרשת להגיש את דוחותיה הכספיים. אולם, יש להדגיש כי דרישה זו היא כלפי נושה מהותי או מובטח של החברה המבקשת, ולא כלפי בית המשפט, כפי שנקבע בתקנה 5 לתקנות אלה. היינו, פרשנות מצמצמת של תקנות החלוקה, יכולה להצביע על כך שהדוחות נועדו לנושי החברה בלבד, ומשכך לא נדרשת החברה להגישם לבית המשפט כלל.

⁷⁰ ר' למשל: זוהר גושן, אסף אקשטיין, **דיני חברות** 175 (2023).

של החברה לעמוד במבחן יכולת הפירעון – היינו, יסייעו לבית המשפט בניתוח יכולתה הפיננסית של החברה. כן עומד בית המשפט, על הגשת דוחותיה הכספיים של החברה, חוות דעת חשבונית, וכן על המצאת הבקשה לידי הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי, כמו גם לגורמים הרלוונטיים ברשות המיסים, רשות ניירות ערך ורשם החברות. בנוסף, בית המשפט מורה בהחלטה שיפוטית לכלל הגורמים המוסמכים הללו, להגיש עמדתם לבית המשפט בהתייחס לחלוקה המבוקשת, ולעיתים אף החברה המבקשת עצמה מגישה התייחסותה לעמדות אלו.

זאת ועוד, בית המשפט אף מסמך בהחלטתו את הגורמים המוסמכים לחקור כל גורם אשר הגיש חוות דעת או מסמך התומך בבקשה, על מנת לקבל ממנו תשובות והתייחסות לאמור באותם מסמכים. זאת, במטרה לאפשר למאסדרים שעמדתם נדרשת לקבל תמונה עובדתית מלאה ככל הניתן, עובר להגשת עמדתם המנומקת לבית המשפט.

עמדת המאסדרים מתבקשת לעניין זה, בפרט ובמיוחד, לשם יישום הוראות החוק בנסיבות המקרה – היינו, עריכת ניתוח כלכלי ומקצועי (כמעין זרועו הארוכה של בית המשפט) – הצגה לבית המשפט של ניתוח זה, באמצעות ניתוח הדוחות וחווה הדעת המוצגות על ידי החברה המבקשת. לכן, מדובר בהליך בו דרך קבע מספקים מאסדרים שונים לבית המשפט, חוות דעת כגוף מקצועי ואובייקטיבי, האמון, בין היתר, על שמירת האינטרס הציבורי.

עוד יש להדגיש, כפי שמדגיש גם בית המשפט בפסקותיו, כי אין בעמדת המאסדרים כדי לגרוע משיקול הדעת המלא הנתון לבית המשפט; וחווה דעתם נשקלת כחלק ממכלול השיקולים אליהם נדרש בית המשפט, וכידע מקצועי משלים בלבד.⁷¹ במובן זה, פניית בית המשפט למאסדרים במסגרת הליכים אלה מהווה דוגמה מובהקת לחשיבות קבלת עמדת המאסדר כגורם אובייקטיבי, וכשומר סף האמון, בין היתר, על שמירת האינטרס הציבורי.

דוגמאות לאמור ניתן למצוא בפסיקה העקבית של המחלקה הכלכלית בבקשות לפי סעיף 303 לחוק החברות. כך למשל בעניין **אדרי-אל** בית המשפט התבקש לאשר חלוקת דיבידנד בסך של 21,500,000 ש"ח ללא הליך אדברסרי כאשר מונחים לפניו רק כתבי הטענות שהוגשו על ידי החברה המבקשת.⁷² בית המשפט הורה לרשם החברות, רשות ניירות ערך, רשות המיסים, והממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי להגיש עמדתם לבקשה. אלו הודיעו שאינם מתנגדים לחלוקה וכן כללו גם חוות דעת כלכלית. בחינת החלטת בית המשפט מלמדת, כי חוות הדעת האמורות היוו נדבך מרכזי בה – הן לעניין חוות הדעת הכלכלית וניתוח מצבה הכלכלי של החברה, הן לעניין היעדר ההתנגדות מצד המאסדרים הרלוונטיים.

⁷¹ זליגמן – דיון נוסף, לעיל ה"ש 6, פס' 62 לפסק דינו של כב' השופט מלצר; רע"א 4836-21 שליידר נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פס' 18 (20.2.2022); עע"מ 4067-23 מדטכניקה אורתופון בע"מ נ' לאומית שירותי בריאות, פס' 47 (8.1.2024).

⁷² ת"א (תל אביב-יפו) 40094-02-22 אדרי-אל ישראל נכסים בע"מ נ' הממונה על הליכי חדלות פירעון מחלקת תאגידים

(להלן: עניין אדרי-אל). לדוגמאות נוספות ראו: ת"א (תל אביב-יפו) 15304-06-23 אגד חברה לתחבורה בע"מ נ' רשם החברות (28.3.2024); ה"פ (כלכלית) 32858-06-20 אנליבס תרפויטיקס בע"מ (15.06.2020); ת"א (תל אביב-יפו) 11412-08-21 דבא מעבדות בע"מ נ' רשם החברות (05.08.2021), ת"א (ת"א) 13299-01-21 המכון לחקר האינטרנט בע"מ נ' ממונה על חדלות פירעון מחוז תל אביב (11.01.2021); ת"א (ת"א) 51075-08-20 כלל תעשיות ביוטכנולוגיה בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי – מחלקת תאגידים (30.08.2020).

5. תביעות אזרחיות

בבחינת פניית בית המשפט לקבלת עמדת המאסדר, הדברים באים לידי ביטוי ביתר שאת במסגרת תובענות אזרחיות – שבהן, אין כל בסיס חקיקתי לפנייה לקבלת עמדת המאסדר, אף לא באופן מוגבל (כפי שישנו בתובענות ייצוגיות). חרף האמור, נראה כי היעדר ההסדר החקיקתי אינו מונע מבית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר גם בהליכים כגון אלה, ופרקטיקה זו מקובלת אף בהם.

יודגש, כי למרות שלכאורה בהליך אזרחי "רגיל" לא מתקיים אותו חשש מפני פגיעה באינטרס של מי שאינו מיוצג במסגרת ההליך, לא אחת התבקשה עמדת המאסדר במטרה לבאר סוגיה פרשנית או מהותית אחרת. זאת, בעיקר במקרים בהם יישומו של החוק נדרש דרך הבנת אופן יישומו ב-"חיי המעשה", או מקום בו ייתכן כי להליך הספציפי עלולות להיות השלכות רחבות היקף החורגות מהכרעת המחלוקת הפרטנית בין בעלי הדין.⁷³

כך למשל נקבע על ידי כב' השופטת ביבי, כדלהלן:⁷⁴

בהינתן שהועלתה טענה ולפיה לתוצאות המרצת הפתיחה עלולות להיות משמעותיות רוחביות ועקרוניות מרחיקות לכת מעבר לבעלי הדין נשוא התביעה דנן, פנה הבנק בבקשה כי בית המשפט יורה לרגולטורים הרלוונטיים ליתן עמדתם בעניינים במחלוקת נשוא המרצת הפתיחה [...] בהחלטה אשר ניתנה על ידי ביום 4/12/18 בבקשה זו, קבעתי כי מבלי להביע עמדה באשר למשקל אשר יינתן לעמדת הרגולטורית, מצאתי להיעתר לבקשה ולהורות לרגולטורים הרלוונטיים להעביר עמדתם בתביעה המונחת להכרעתי.

באותו עניין נדרש בית המשפט להכריע בשאלה האם יש טעם לפגם בסירובו של בנק לקבל כספים לחשבון המתנהל בו, אשר מקורם במסחר במטבעות דיגיטליים. בשים לב להשלכות הרוחב המשמעותיות שעשויות היו להיות למקרה פרטני זה על חיי המסחר והבנקים בכללותם – הורה בית המשפט על קבלת עמדת היועץ המשפטי לממשלה, וכן על קבלת עמדת המפקח על הבנקים. במסגרת פסק דינו המפורט, התייחס בית המשפט בהרחבה לעמדת המאסדר ונימוקיה, ובפרט לסקירת הדין הנורמטיבי שחל בנסיבות אותו עניין. את

⁷³ ת"א (מחוזי ת"א) 2439-04 דה-קלו נ' בנק לאומי למשכנתאות בע"מ, פס' 8 (06.01.2010); ת"א (מחוזי נצ') 4/10 מקורות מים נ' עיריית טבריה, עמ' 9 (20.08.2015); ת"א (ת"א) 40972-06-11 "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' קו מוצרי דלק בע"מ (23.07.2013); ת"א (מחוזי מרכז) 33949-12-12 מקורות חברת מים בע"מ נ' עיריית אור עקיבא, פס' 22 (04.02.2018); רע"א 7451/19 אסולין נ' דרויש (12.10.2020); רע"א 3527/96 אקסלברד נ' מנהל מס רכוש – אזור חדרה, נב(5) 385 (1998); ע"א 976/06 מרום נ' נציבות מס הכנסה-פקיד שומה באר-שבע, פס' 38 לפסק דינו של כב' השופט ג'ובראן (06.11.2008) (להלן – עניין מרום); בג"ץ 306/81 שרון נ' ועדת הכנסת, לה(4) 118, פס' 2 לפסק דינו של כב' השופט שמגר (1981); בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' שלמה הלל – יושב-ראש הכנסת, לט(3) 141, פס' 11 של כב' השופט ברק (1985); דנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' עליאן, פס' 24 (09.09.2019); דפנה ברק-ארז, משפט מינהלי, 84 (כרך א, 2010).

⁷⁴ ת"א (מחוזי ת"א) 51757-08-18 ערב נ' בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ, פס' 22 (22.02.2021) (להלן – עניין ערב).

השימוש בפרקטיקה זו ניתן למצוא גם בתיקים נוספים בתחום זה – הן בערכאות הדיוניות,⁷⁵ הן בבית המשפט העליון.⁷⁶

בבחינת השימוש אותו עושה בית המשפט בפרקטיקה זו במסגרת הליכים אזרחיים, נראה כי נטיית בית המשפט לעשות כן תהא מקום בו קיים אינטרס ציבורי המצדיק את קבלת עמדת המאסדר, עקב השלכות הרוחב שעשויות להיות להכרעה בסכסוך הפרטני בין בעלי הדין; כמו גם מקום בו עשויה להיות להכרעה בהליך השפעה על צדדים שלישיים שאינם מיוצגים בו. מסקירת הפסיקה שקיימת לעניין זה עולה, כי בבואו להורות על קבלת עמדה זו, ניתן על ידי בית המשפט דגש וטעם במומחיותו של המאסדר, היכרותו והבנתו את חיי המעשה והשלכות הרוחב – ומעל אלה, להיותו גורם ניטרלי בהליך אשר יכול לסייע לבית המשפט במלאכתו לעשיית משפט צדק.

לעניין זה כאמור, אין ביסוס בדין לביצוע פנייה זו – שכן תקנות סדר הדין האזרחי, כלשונן, אינן מעגנות סמכות כזאת לבית המשפט.

ג. מקורות סמכות בית המשפט להורות על מתן עמדת המאסדר

לאחר שעמדנו על קיומה של הפרקטיקה במגוון תחומים וסוגי ההליכים בערכאות הדיוניות השונות, לרבות בבית המשפט העליון, נפנה עתה לשאלה האם עומדת לבית המשפט הסמכות לבצע פנייה שכזאת; ואם כן, מה מקורה.

כפי שיבואר להלן, לגישתנו המקור העיקרי והבסיסי ביותר המצמיח סמכות זו הוא סמכותו הטבועה של בית המשפט לפעול לשם השגת תוצאה צודקת וראויה במלאכתו לעשיית משפט צדק. מכוח סמכות זו נטען, בשים לב שדיון זה נעשה בגבולות המשפט האזרחי, כי רשאי בית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר בכל הליך הנדון לפניו. בפרק זה נבחן את אותה "סמכות טבועה" – הגדרתה ואופיה השיורי – כמו גם את השאלה האם השימוש בסמכות זו לצורך קבלת עמדת המאסדר הוא ראוי. זאת נעשה באמצעות סקירת אותה "סמכות טבועה", כמו גם סקירתם של סעיפי חקיקה שונים, המהווים לטעמנו מקורות אפשריים לביסוסה של סמכות זו או למצער, מקורות אשר מלמדים על כך שהשימוש בסמכות בנסיבות אלה הוא שימוש ראוי. כמו כן, באמצעות בחינת השימוש שנעשה בסעיפים אלו בהקשרו של צירוף "ידיד בית המשפט", נבקש בחלק זה לבסס את הטענה כי לבית המשפט אכן קיימת הסמכות להורות על קבלת עמדת המאסדר במסגרת הליך המתנהל לפניו.

במסגרת דיון זה נבקש גם להתמודד עם עמדות סותרות או טענות נגד שהועלו, או עשויות להיות מועלות כנגד הנחת יסוד זו – ונבקש לספק להן מענה, על מנת לבסס את טענתנו באופן ראוי ומלא.

⁷⁵ ראו גם: ת"א (מחוזי ת"א) 262-04-17 טויגה און ליין בע"מ נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ (06.12.2018); ת"א (מחוזי ת"א) 29979-08-14 רינסנס בית ספר בע"מ נ' בנק מסד בע"מ, פס' 23 (02.08.2017); ת"א (מחוזי מרכז) 53025-11-14 VIG VIENNA INSURANCE GROUP נ' רשות ניקוז והנחלים שרון, פס' 13 (13.10.2015).

⁷⁶ ע"א 1507/11 בנק מזרחי טפחות בע"מ נ' אלבס, פס' 9-10 (16.01.2014); ע"א 6389/17 ביטס אוף גולד בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פס' 5 (25.02.2018); ע"א 8389/20 אלשטיין נ' עו"ד רענן קליר ואלון בנימיני בתוקף תפקידם ככונסי נכסים (09.02.2021).

1. על סמכותו הטבועה של בית המשפט

כחריג ל"כלל החוקיות" אשר חל על בית המשפט בהיותו אחת מרשויות השלטון, לבית המשפט קיימת סמכות טבועה. כך, לצורך ביצוע מלאכתו לעשיית צדק, רשאי בית המשפט, מקום בו התקיימו נסיבות חריגות, לסטות מהוראות חוק קיימות או ליצור כללים שאין להם יסוד בחוק, וזאת במיוחד עת עסקינן בסוגיות בעלות אופי דיוני. כב' השופט גרוניס עמד על כך וקבע לעניין זה, כי "סמכות טבועה היא סמכות הנתונה לבית המשפט גם בהיעדר הסמכה בחוק. בכך היא מהווה חריג לכלל לפיו אין לה לרשות – ובית המשפט בכלל רשות לעניין זה – אלא מה שנתן בידה החוק".⁷⁷ המלומד גולדשטיין טען, כי אין מדובר בחסר מקרי אלא בחוסר מכון אשר נועד לאפשר לבית המשפט, כרשות שלטונית, חופש פעולה מסוים, במגבלות עליהן נעמוד להלן, אשר נדרש כדי לאפשר לו לבצע את מלאכתו באופן המיטבי. כך נטען, כי "אפילו מתימרת שיטה משפטית להסדיר נושאי פרוצדורה... באמצעות הסדר תחיקתי מקיף, מפורש ומפורט, אין זה דין רצוי לפרש הסדר כזה כממצה את סמכויות בית המשפט בנושאים האמורים".⁷⁸

בשים לב לטבעה הגמיש של סמכותו הטבועה של בית המשפט, קיים קושי אינהרנטי בהגדרתה. כך נקבע, כי גבולותיה "מטושטשים" והיקף פרישתה "אינו בהיר לחלוטין" אולם גמישות זו נחוצה לצורך מילוי תפקידו הבסיסי של בית המשפט – עשיית צדק.⁷⁹ המלומד רוזן-צבי ציין בספרו, כי "הסמכות הטבועה הנה הכוח של בית משפט ליצור, במקרי יוצאי דופן כלים דיוניים ולתקן פגמים בהליך" למען ההגנה על יכולתו התפקודית-מוסדית, להבטחת אי-ניצול הליכיו לרעה ומניעת אי-צדק בולט... הצורך בסמכות הטבועה... בכך שמדובר באותה סמכות מינימלית בענייני נוהל, יעילות המשפט וצדקתו הדרושה לבית-המשפט כדי שיוכל למלא את התפקיד שלמענו הוא קיים: עשיית משפט צדק".⁸⁰ יצוין, כי בהמשך הובעה גם עמדה לפיה אין להגביל סמכות זו לסוגיות דיוניות בלבד, אלא גם לסוגיות מהותיות אשר אף בהן נדרשה הכרעה מכוח סמכותו הטבועה של בית המשפט לצורך הכרעה צודקת, אולם בשים לב לנושא רשימה זו, לא נתמקד בסוגיות אלה.⁸¹

לצד ההערה לעיל נקבע, כי בשים לב לאופייה החריג של הסמכות הטבועה, שימוש בה ייעשה רק באופן שיוירי (רק מקום בו לא קיימת הסמכה מפורשת לכך בחוק).⁸² עוד נקבעו לשימוש בסמכות חריגים נוספים ובכך, כי שימוש בסמכות ייעשה "בעיקרה בנושאים דיוניים"; כי אין להפעילה תוך פגיעה בזכויות יסוד; וכי הפעלתה תעשה רק במקרים חריגים. בתוך כך נקבע, שיש להישמר ולהימנע מפגיעה בזכויות הצדדים במסגרת הפעלת הסמכות; ובתו כך, יש להקפיד הקפדה יתרה על זכות הטיעון של הצדדים, טרם הפעלת סמכותו הטבועה של בית המשפט.⁸³ יפים לעניין זה דברי כב' השופט ביניש, כי דרישת "ההסמכה

77 רע"א 4990/05 ממנ' נ' עיריית הרצליה (07.10.2009).

78 פנחס גולדשטיין, "הסמכות הטבועה, של בית המשפט" (37) **עיוני משפט**, כרך י, 41 (תשמ"ד-תשמ"ה).

79 רע"א 6339-97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה(1) 199, עמ' 265 (23.12.1999).

80 יששכר רוזן-צבי, **ההליך האזרחי**, עמ' 227 (2015); ר' גם: אורי גורן, **סוגיות בסדר דין אזרחי**, עמ' 57-58 (כרכים א-ב, מהד' 13, 2020) ד"נ 22-73 **בן שחר נ' מחלב**, פ"ד כח(2) 089, עמ' 94 (4.4.1974).

81 רע"א 6339-97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה(1) 199, עמ' 265 (23.12.1999).

82 רע"א 103/75 **ארקיע בע"מ נ' רשם האגודות השיתופיות**, פ"ד ל(2) 298 (1976).

83 ר' לעניין זה: רע"א 2327-11 **פלוגי נ' פלוגי** (28.4.2011).

המפורשת" בחוק, שכאמור השימוש בסמכות הטבועה הינו חריג לה, "אינה נושאת משמעות קבועה והכרחית אחת... עליה להיות מופעלת מתוך רגישות להקשר הדברים ולמכלול נסיבות העניין. בהתאם לכך, טיב הזכות הנפגעת והטעמים המונחים בבסיסה, חשיבותה החברתית היחסית של הזכות, עוצמת הפגיעה בה, השלכותיה החברתיות, מיהות הרשות הפוגעת והקשר הדברים".⁸⁴

בשים לב לאמור לעיל, ולאחר שסקרנו את הפנייה למאסדר בפרקטיקה וחיוניותה ואת היעדר אסדרה לפנייה זו בחקיקה הראשית והמשנית הרלוונטית לאותם הליכים, לעמדתנו על אף אופיה החריג, סמכותו הטבועה של בית המשפט היא מקור הסמכות של בית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר.

בחנית הפסיקה מלמדת כי צמצום השימוש בסמכות הטבועה מתבטא, בין היתר, באופיה השיורי (כאשר הפנייה לסמכות הטבועה נעשית רק מקום בו לא קיים מקור סמכות אחר); כמו גם בעובדה שהשימוש בה שמור למקרים חריגים בלבד, כפי שפורט לעיל, אולם אין מניעה ליצור נוחג קבוע מכוח הסמכות. כך למשל נקבע כי מוסמך בית המשפט לקבוע לעצמו סדרי דין, מקום בו אלה לא נקבעו;⁸⁵ למנוע שימוש לרעה בחקירה נגדית;⁸⁶ להטיל הוצאות אישיות על עורך דין;⁸⁷ לקבוע את סדר דין ואף לפנות למאסדרים השונים, במסגרת הליכים לפי סעיף 303 לחוק החברות;⁸⁸ ועוד.⁸⁹ בדומה לכך, נכתב על-ידי המלומדים קלמנט וקפליוק, כי סמכותו של בית המשפט לסטות מסדרי הדין אומנם קבועה בתקנות, אולם מקורה בסמכותו הטבועה של בית המשפט.⁹⁰ לכן, על אף החשש מפני הרחבת השימוש בסמכותו הטבועה של בית המשפט,⁹¹ לעמדתנו, נכון יהיה להורות על קבלת עמדת המאסדר גם מקום בו המקור לסמכות זו הוא בסמכותו הטבועה של בית המשפט. זאת, ככל שהשימוש בסמכות נעשה תוך הכרה בכך שמדובר בחריג לכלל החוקיות, בשים לב לנסיבות העניין ותוך מתן תשומת הלב הראויה לפגיעה האפשרית בצדדים להליך, כמו גם חשיבות שמירת אופיו של ההליך האדברסרי. מסקנתנו זו מושתתת, אם כן, על התכלית הראויה לשמה נעשית הפניה למאסדר, כמו גם להוראות החוק השונות אשר מלמדות על כך שאף לעמדת המחוקק מדובר בתכלית ראויה.

תמיכה לכך שהשימוש בסמכותו הטבועה של בית המשפט ראויה, ניתן למצוא בהתייחסותם של בתי המשפט, כמו גם הכתיבה האקדמית, לסמכות הרחבה של בית המשפט

⁸⁴ בג"ץ 10203-03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, עמ' 83 (20.8.2009); יישום האמור בעניין סמכותו הטבועה של בית המשפט נראה למשל בבג"ץ 3758-17 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' הנהלת בתי המשפט, עמ' 50 (20.9.2017).

⁸⁵ כך נקבע כי "בית דין שחוק המדינה לא קבע לו סדרי דין ולא התווה דרך לקביעתם, מוסמך, יממה הסמכות הטבעית שהוא נושא בחופו, לקבוע בעצמו את סדרי הדין שיהיו נוהגים בו" [בג"ץ 150/59 ועד עדת הספרדים בירושלים נ' בית-הדין הרבני האזורי בירושלים, טו 106, עמ' 114 (1961)].

⁸⁶ בג"ץ 91/74 גבארה נ' בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, כח (2) 518, עמ' 523 (20.6.1974).

⁸⁷ ע"א 778-83 עיזבון המנוחה שרה סעידי נ' אהרון פור, מ(4) 628, עמ' 639 (23.12.1986).

⁸⁸ ר' פרק ב.4. לעיל.

⁸⁹ ר' לעניין זה: רוזן-צבי, עמ' 228.

⁹⁰ אלון קלמנט, דפנה קפליוק, "חוזים דיוניים" עיוני משפט לג, 188 (2010).

⁹¹ ר' לעניין השימוש בסמכות טבועה במסגרת המשפט המנהלי למשל: יצחק זמיר, **הסמכות המנהלית**, א 73, 78 (מהדורה שנייה, 2010).

בכלל, ושל הערכאה הדיונית בפרט, בסוגיות הנוגעות לסדרי הדין – זאת, לעמדתנו, כאינדיקציה לשיקול דעתו הרחב של בית המשפט מקום בו מדובר בסוגיות דיוניות; וכאשר השימוש בסמכות נועד לצורך מתן הכרעה צודקת.

כך, בעניין **בירון-ביטון** הודגש על-ידי בית המשפט, כי גם בעת שסוגיית המשקל שיש ליתן לעמדת המאסדר הייתה מונחת על שולחנו של בית המשפט העליון בעניין **זליגמן**, לא היה בכך כדי לגרוע או להטיל דופי כלשהו בשאלת עצם קיומה של סמכות זו – אשר איננה במחלוקת ו-**"שרירה וקיימת"**.⁹² החלטה זו הסתמכה על סמכותו הרחבה של בית המשפט לנהל את הדיון בצורה יעילה, הוגנת וצודקת. כך נקבע, לעניין הליך הייצוגי, שלבית המשפט תפקיד ניהולי משמעותי הנדרש לשם קידום ההליך.⁹³

מכאן, שלבית המשפט סמכות רחבה לפעול למען עיקרון הצדק ומכוחו בשלל תחומים ועניינים, וסמכות זו עומדת ביתר שאת בכל הנוגע לסדרי הדין. על אף שמקור הסמכות הוא בסמכותו הטבעית של בית המשפט, ניתן לאתר מקורות חקיקה שונים אשר מלמדים על רצון המחוקק לאפשר לבית המשפט לסטות מסדרי הדין מקום בו הדבר נדרש ונחוץ, ונעמוד עתה על עיקריהם.

לעניין סדרי הדין בהליכים אזרחיים, בתקנה 176(א) לתקנות סדר הדין האזרחי,⁹⁴ נקבע כי **"בית המשפט רשאי לתת בכל עת הוראות לכל עניין שבסדרי הדין וכן לתקן כל פגם או טעות בכל הליך לרבות בעניין שהוכרע לפי תקנה 33(ד) אם ראה לנכון צורך בכך לשם הגשמת מטרת תקנות אלה."**⁹⁵ בדומה לכך, סעיף 3 לחוק סדר הדין הפלילי קובע, כי **"בכל ענין של סדר הדין שאין עליו הוראה בחיקוק, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית צדק"**.⁹⁶

באופן דומה, נקבע בתקנה 46 לתקנות סמכותו של בית המשפט להורות על תיקונים ושינויים בכתבי טענות הצדדים בכל שלב בדיון וזאת **"לשם קיומו של הליך שיפוטי ראוי והוגן"**.⁹⁷ מלשון התקנה עולה, כי לבית המשפט מוקנית סמכות לתקן כתב טענות על דרך של צירוף או מחיקה של בעל דין מההליך **"לשם קיומו של הליך שיפוטי ראוי והוגן"**. רוח תקנה

⁹² עניין **בירון-ביטון**, לעיל ה"ש 16, פס' 6; ההדגשה אינה במקור.

⁹³ שם, פס' 7.

⁹⁴ תקנה 176(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן – **תקנות סדר הדין האזרחי או התקנות**).

⁹⁵ יצוין, כי תקנה זו החליפה את תקנה 524 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן – **התקנות הישנות**), אשר קבעה כי **"בית המשפט רשאי בכל עת לתקן כל פגם או טעות בכל הליך, וליתן הוראות בדבר הוצאות או בענינים אחרים ככל שייראה לו צורך, וחובה לעשות כל התיקונים הדרושים כדי לברר מה הן באמת השאלות השנויות במחלוקת בין בעלי הדין..."**

⁹⁶ סעיף 3 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. מפאת קוצר היריעה, כפי שהובהר בראשית דברנו, גבולותיו של מאמר זה מוגבלים לעמדת המאסדר בראי הליכים אזרחיים; אולם, אנו סבורים, כי מקור הסמכות הטבעית והרחבה שעומדת לבית המשפט נלמדת משלל תחומי המשפט, ומשכך מצאנו להתייחס לעניין זה גם להוראות אלו הנוגעות להליך הפלילי.

⁹⁷ יצוין, כי ביטוי לסמכות זו נקבע בתקנה 24 לתקנות הישנות; ראו גם לעניין זה: אורי גורן, **סוגיות בסדר דין אזרחי**, 210 (כרכים א-ב, מהד' 13, 2020) (להלן – **גורן**).

זו תואם את הגישה המרחיבה לגישה האדברסרית "הקלאסית", ולפיה ההליך המשפטי אינו עוסק בצדדים לו בלבד, אלא משפיע גם על קהלים רחבים ונוספים.⁹⁸ לעמדתנו, בכך מגלמת תקנה זו את הכרת מחוקק המשנה בצורך שבאיזון בין הגנה על צדדים שלישיים, ולמצער מתן במה להשמעת קולם, מחד גיסא; לבין שמירת אופיו של ההליך האדברסרי, תוך הותרת מוקד המחלוקת בין הצדדים להליך, מאידך גיסא.⁹⁹ אולם, בשים לב לכך שהפניה למאסדר איננה נעשית באמצעות תיקון כתב טענות או אף הוספה של בעל דין (שכן המאסדר אינו מצטרף כצד להליך), לעמדתנו אין בתקנה 46 כדי ללמד על סמכות בית המשפט להורות על קבלת עמדת מאסדר. אולם יש בה, כאמור, כדי להכיר בכך ששימוש בסמכות הטבועה לצורך הכרה באינטרסים שחורגים מעניינם של הצדדים להליך, מהווה שימוש ראוי.

בנוסף, מכוח תקנה 88 לתקנות מוסמך בית המשפט "...בכל עת למנות מטעמו מומחה... למתן חוות דעת בעניין שבמומחיות, ולתת מזמן לזמן הוראות והנחיות בנוגע למילוי התפקיד". אותו "מומחה" הוא עד אשר עדותו קבילה למרות שאין ברשותו מידע ישיר בנוגע לעובדות עליהן נסוב ההליך, וזאת בשל הניסיון והידע שמיוחסים לו בתחום הרלוונטי.¹⁰⁰ המקרים הנפוצים לשימוש בתקנה זו, הם מקום בו לא הוגשו חוות דעת בנוגע לעניין שבמומחיות ובית המשפט נדרש לסיוע של מומחה כדי להכריע במחלוקת; ומקום בו הוגשו חוות דעת סותרות, ובית המשפט זקוק לסיוע של מומחה מטעמו כדי להכריע ביניהן. לגישתנו, גם בתקנה זו יש כדי ללמד על הכרת מחוקק המשנה בצורך של בית המשפט לפנות לגורם חיצוני, כחריג להליך האדברסרי, לצורך הסתייעות בגורם אובייקטיבי לשם השגת תוצאה צודקת יותר. אולם, בין מומחה מטעם בית משפט לבין המאסדר ישנם מספר הבדלים מהותיים, בגינם אין בתקנה האמורה כדי להוות בסיס לסמכות בית המשפט בעניין זה. כך, מומחה הוא עד אשר כפוף לחקירה נגדית, כמו גם להוראות הדין הרלוונטיות; המומחה מטיל על הצדדים הוצאות משמעותיות; ולבסוף, מומחה מטעם בית המשפט נדרש לצורך הכרעה ב"עניין שבמומחיות", וזאת בשונה מעמדת מאסדר אשר אינה מוגבלת לסוגיות עובדתיות בלבד. אלא, שבמרבית המקרים, עמדת המאסדר מסייעת דווקא במתן חוות דעת מקיפה – עובדתית ומשפטית – על מנת לפרוש לפני בית המשפט תמונה שלמה ומלאה יותר; ובאמצעות מי שמוחזק כגורם מקצועי ואובייקטיבי, שאמון על שמירת האינטרס הציבורי. משכך, בדומה לתקנה 46 לתקנות הישנות, לעמדתנו גם בתקנה 88 לתקנות אין כדי ללמד על סמכות בית המשפט להורות על קבלת עמדת מאסדר; אולם כן יש בה כדי ללמד על עמדת מחוקק המשנה, לפיה גם במחיר של פגיעה מסוימת בהליך האדברסרי, ראוי כי בית המשפט יפרוש לפניו תמונה שלמה ומלאה – על מנת להכריע צדק בהליך.

⁹⁸ הדיון בין שתי הגישות המתוארות לעיל – הגישה האדברסרית "הקלאסית" והגישה הרואה גם בחשיבותם של קהלים נוספים המושפעים מההליך, חורג מהיקפה של עבודה זו. אולם ניתן להוסיף, כי הכרה זו בהשפעת ההליך על צדדים נוספים, מובילה להכרה בכך שיש לאפשר לעוד צדדים להשתתף בהליך, בין כי הם עלולים להיפגע מן ההליך ומעוניינים להצטרף כצד לו; ובין אם הם מייצגים אינטרסים ציבוריים שונים, זאת למשל כ"דיד בית משפט". ראו לעניין זה: יששכר רוזן-צבי, **ההליך האזרחי**, 103-101 (2015).

⁹⁹ לדיון נרחב בשאלת סמכותו של בית המשפט לצרף צדדים נוספים להליך ראו: **צירוף צדדים זרים להליך המשפטי**, לעיל ה"ש 6, עמ' 217-218.

¹⁰⁰ יששכר רוזן-צבי, **הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים**, 451 (מהדורה שלישית - דיגיטלית, 3.2024).

תקנות סדר הדין החדשות אף עיגנו עיקרון זה במסגרת עקרונות היסוד הקבועים בחלק א' לתקנות, ושם נקבע כי מטרת התקנות היא בין היתר "להגשים את העקרונות החוקתיים העומדים ביסודו של הליך שיפוטי ראוי והוגן, כדי להשיג תוצאה נכונה ופתרון צודק של הסכסוך".¹⁰¹ כך גם על פי דברי ההסבר לתקנות, נועד עיקרון יסוד זה להיות "מורה דרך מכוון לבתי המשפט ולצדדים" כל עת שתתעורר שאלה שאין לה מענה מפורש בתקנות סדר הדין או בתקנות סדרי דין מיוחדים אחרים.¹⁰² בהמשך לדברים אלו הוסבר גם, כי על בית המשפט להיות פעיל יותר, ליזום ולקדם את התנהלותו של הליך ראוי והוגן.¹⁰³ ועוד נכתב בדברי ההסבר, כי "תכליתן של התקנות היא, אפוא, לסייע בידי בית המשפט לנהל את המשפט תוך קיום הליך שיפוטי ראוי והוגן, שיאפשר הגעה לתוצאה נכונה וצודקת תוך יעילות מרבית".¹⁰⁴ מכל אלה עולה, כי בכל הנוגע לסדרי הדין וגמישותם – ישנה הסכמה כי לבית המשפט קיימת סמכות רחבה לפעול, כדי לנהל את ההליך באופן יעיל וצודק – ובמקרים חריגים, גם מקום בו אין בנמצא הוראת חיקוק ספציפית אשר לעניין שבסדרי הדין, שלעמדת בית המשפט יש לבצעו כדי לאפשר את ניהול ההליך באופן המיטבי.¹⁰⁵

מזווית אחרת, ניתן לשייך את אותה סמכות רחבה, או "סמכות טבועה" של בית המשפט, להוראותיו של סעיף 75 לחוק בתי המשפט, הקובע כדלהלן:¹⁰⁶

כל בית משפט הדין בעניין אזרחי מוסמך לתת פסק דין הצהרתי, צו עשה, צו לא-תעשה, צו ביצוע בעין וכל סעד אחר, ככל שיראה לנכון בנסיבות שלפניו.

כך, סעיף 75 לחוק בתי המשפט "סומן" בפסיקה כמקור סמכות רחבה, הדומה במהותה לסמכותו הטבועה של בית המשפט; באופן המקשה על שרטוט קו הגבול המדויק בין השתיים.¹⁰⁷ נציין לעניין זה, כי בשים לב לאופייה השיורי של הסמכות הטבועה, דומה כי ישנו קושי מסוים בפסיקה המכירה ב"סמכות טבועה" שמקורה בחקיקה ראשית. אולם, בהקשרו של עניינו כאן, די אם נציין כי בין אם מדובר בסמכות טבועה הנעדרת כל עיגון חקיקתי, ובין אם בסמכות רחבה הנלמדת מהוראות החקיקה הנוגעות לסמכותו הדיונית הרחבה של בית המשפט – לגישתנו, עומדת לבית המשפט סמכות רחבה, אשר בנסיבות המתאימות ובכפוף להגבלות המתוארות לעיל, מהווה מקור נורמטיבי מספק וראוי לנוהג בדבר קבלת עמדת המאסדר.

סיכומם של דברים, אנו סבורים כי עקרון העל בדבר עשיית צדק, שאיפה לצדק וחתירה אליו – הוא מקור הסמכות על יסודו מוסמך בית המשפט להשלים חוסרים בסדרי הדין, מקום בו מצא שהדבר נדרש כדי להגיע לתוצאה צודקת באותו עניין שלפניו. סמכותו הטבועה של בית המשפט נועדה לצורך הגשמת מטרת על זו, כפי שגם עולה מהנמקותיו של בית המשפט

¹⁰¹ תקנה 1 לתקנות סדר הדין האזרחי.

¹⁰² דברי ההסבר להצעת התקנות החדשות, עמ' 5 (16.12.2020).

¹⁰³ שם.

¹⁰⁴ דברי ההסבר לתקנות סדר הדין האזרחי.

¹⁰⁵ ראו למשל: ע"א 4810/15 מדינת ישראל - משרד הפנים נ' י.ח.מ. השקעות ונכסים בע"מ, פס"מ (11.08.2015).

¹⁰⁶ סעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.

¹⁰⁷ ר' למשל: רע"א 2327-11 פלוני נ' פלוני (28.4.2011); בש"פ 1659-11 שטנגר נ' מדינת ישראל (26.4.2011); רע"א 714-96 פריסקל נ' אורנשטיין, מט(5) 759 (28.4.1996); ע"פ 6578-12 רשת-נגה בע"מ (6.9.2012).

בעניין קוזלי ובעניין בירון-ביטון – והיא שעומדת, לשיטתנו, ביסוד הנוהג להורות על קבלת עמדת המאסדר.

2. סמכות בית המשפט – מוסד "ידיד בית משפט" (Amicus Curiae)

המוסד של "ידיד בית המשפט" נועד לאפשר לבית המשפט להסתייע בבירורה של סוגיה מסוימת, במי שאינו צד ישיר לסכסוך הנדון לפניו. צירופו של צד להליך כ"ידיד בית משפט", מאפשר לו לקחת חלק פעיל בהליך, תוך מטרה לסייע לבית המשפט בפרישת מלוא השיקולים ומכלול ההשפעות, טרם הכרעתו בסוגיה מסוימת. לא אחת, מדובר בצירופם של ארגונים או בעלי אינטרסים משותפים, אשר עשויים להיות מושפעים מהשלכות הרוחב של ההחלטה שתיתן באותו הליך קונקרטי. בראשית דרכו, נתפס מוסד זה כ"אובייקטיבי"; אולם כיום, מקובל לצרף באמצעותו דווקא גופים או ארגונים המייצגים בגלוי אינטרס מסוים. כך גם מקובל, צירופו של מי שהוא בעל מומחיות נדרשת לעניין נושא ההליך, וכי ראוי ונכון שבית המשפט ישמע עמדתו בטרם מתן החלטה בסכסוך שלפניו – כל שכן כאשר מדובר בסוגיה מכרעת או תקדימית. למותר לציין כי בית המשפט ער במקרים אלה לאינטרס המיוצג על-ידי אותו צד, כמו גם לגבולות מומחיותו בעניין.

בשים לב לתכליתו של מוסד "ידיד בית המשפט", הרי שיש דמיון רב בין פניית בית המשפט לקבלת עמדת המאסדר בנושאים שונים, שהמאסדר אינו צד להם, לבין קבלת עמדתו של "ידיד בית משפט".¹⁰⁸ בהתאם לכך אנו טוענים, כי ככל שמוסכם ומקובל שלבית המשפט סמכות לקבל את עמדתו של "ידיד בית המשפט", אזי נלמדת מכך גם סמכותו של בית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר.

וידגש, ערים אנו לכך שאין מדובר בפרקטיקות זהות. כך, ובפרט, הוא בכל הנוגע לשאלת היוזמה בצירוף אותה עמדה – היינו, האם בית המשפט מורה על קבלת העמדה, או האם בית המשפט נענה לבקשת צד להצטרף כ"ידיד בית משפט". עוד קיים שוני משמעותי בהנחת אובייקטיביות ו- מקצועיותו הצד שעמדתו התבקשה.¹⁰⁹ בכך, היותו של מוסד "ידיד בית המשפט" כלי המאפשר לבית המשפט להיחשף לאינטרסים של קבוצות שונות המושפעות מההליך ואינן צד לו, מהווה נקודת שוני מרכזית נוספת שכן בעוד שמאסדר מצורף להליך כגוף האמון על ייצוגו של האינטרס הציבורי; "ידיד בית משפט" מצורף ככלל כמי שהוא בעל אינטרס מובהק וגלוי דווקא – ושהוא אינו בהכרח האינטרס הציבורי בכללותו.¹¹⁰ אולם לצד הבחנות אלה, אנו סבורים, כי מן המשותף להם ניתן ללמוד על מקורות הסמכות, הרצינאליים והחשיבות בצירוף של צדדים שלישיים להליך, בו הם אינם מעורבים. כב' הנשיא (כתוארו אז) ברק קבע בנושא זה, כי למרות שמוסד "ידיד בית המשפט" לא מוסדר בחקיקה הישראלית, ניתן למצוא בחקיקה מספר גופים שונים להם המחוקק מצא לנכון

¹⁰⁸ לעניין זה יש להדגיש, כי לא מקובל לראות במאסדרים בישראל כ"ידידי בית משפט" – למרות שלא נראה שיש מניעה להכללתם תחת הגדרה זו. זאת, בשונה מהדין החל במדינות המשפט המשווה.

¹⁰⁹ יודגש, אין באמור כדי לסתור את הדיון לעיל בעניין החריגים לחזקות אלה והצורך בהכרעה שיפוטית בעניינים. כך למשל, צירוף ארגוני זכויות אדם כ"ידידים" יכול לאפשר ייצוג של קבוצות אינטרסים נוספות ממושפעות מההליך המתנהל בבית המשפט, אך אינן צד להם [ישראל דורון, מנאל תותרי ג'ובראן, "לידתו והתפתחותו של "ידיד בית משפט" ישראלי" עלי משפט כרך ה' (תשס"ו)].

108

109

110

להעניק את יכולת ההצטרפות להליכים שונים כמייצגים של האינטרס הציבורי וכמומחים בתחומם, כדלהלן:¹¹¹

מוסד ה-*Amicus Curiae*, ככזה, אינו מוכר בחוק החירות הישראלי (השוו: 28 U.S.C., Rule 37). בה בעת, ניתן למצוא בחקיקה שורה של מוסדות וגופים שניתן להם מעמד מיוחד כצד להליך, גם בהליכים שבהם אין הם מעורבים ישירות. הבולט שבהם הוא היועץ המשפטי לממשלה, אשר מופקד מתוקף תפקידו על האינטרס הציבורי ועל-כן, הוסמך להצטרף לכל הליך כנציג המדינה ובלבד שמעורבים בו זכות ציבורית או עניין ציבורי (ראו: סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]). הסמכה זו של היועץ המשפטי לממשלה, כמייצג האינטרס הציבורי, מצויה גם בשורה של הוראות חוק ספציפיות (ראו: סעיף 153 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965; סעיף 69 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962). לצד היועץ המשפטי לממשלה, ניתן למצוא גופים ו"ידידים" נוספים של בית המשפט. כך, למשל, מעמדה של הרשות לניירות ערך מכוח סעיף 35טו לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968; מעמדה של הרשות להגנת הצרכן והמועצה הישראלית לצרכנות מכוח סעיף 16(א) לחוק החוזים האחדים, תשמ"ג-1982 ותקנה 3 לתקנות החוזים האחדים, תשמ"ג-1983. מעמד דומה ניתן לארגון העוסק בזכויותיו של מי שאסור להפלותו, זאת מכוח סעיף 13 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988.

יודגש, כי בעניין קוזלי קבע כב' הנשיא (כתוארו אז) ברק, כי הרשימה של "ידידי בית המשפט" אינה מוגבלת לגופים הקבועים בחקיקה, אלא כי ככלל, יש לאפשר לבית המשפט לפנות לגופים שאינם נוגעים לסכסוך הפרטני בין בעלי הדין. זאת, מתוך חובתו של בית המשפט "ליתן דעתו – במקרים המתאימים לכך – גם להיבטים כוללניים יותר של הסכסוך שבפניו".¹¹² בהתאם לדברים אלו נקבע אותו עניין, כי "הסמכות לצירופו של גוף או אדם כ'ידיד בית המשפט' קיימת באופן עקרוני".¹¹³ כן ראוי להדגיש, כי כלל הגופים שהוזכרו אותו עניין – הם מאסדרים.

על סמכות בית המשפט להורות על צירופו של "ידיד" שכזה, ביקש כב' השופט ברק ללמוד מתקנה 24 לתקנות הישנות; ומהרחבת זכות העמידה על ידי בית המשפט העליון ויצירת מעמד "העותר הציבורי"¹¹⁴ – היינו, ממקורות אשר מלמדים על כך שההתחשבות בשיקולים החורגים מהסכסוך הפרטני המונח לפני בית המשפט ראויה לעמדת מחוקק המשנה, וזאת במטרה להגיע לתוצאה נכונה וצודקת בנסיבות העניין, תוך בחינת מכלול השיקולים.

¹¹¹ עניין קוזלי, לעיל ה"ש 4, פס' 43.

¹¹² שם, פס' 44.

¹¹³ שם, פס' 45.

¹¹⁴ שם.

בהמשך לדברים אלו ניתן לטעון, כי מהלכת קוזלי, כמו גם מן הפרקטיקה המקובלת בדבר קבלת בקשות לצירוף "ידיד בית משפט",¹¹⁵ יש כדי ללמד על אודות ההבנה של בתי המשפט בדבר חשיבות צירופם של צדדים שלישיים לצורך קבלת תמונה רחבה ככל הניתן בעניין שלפניהם. בתוך כך, גם לעניין הסמכות – אם נכונים בתי המשפט לעשות כן מקום בו מדובר בגוף בעל אינטרס מובהק וגלוי בהליך, הרי שבוודאי נכון וראוי לעשות כן מקום בו עמדה זו מובאת על ידי מי שאמון ככלל על שמירת האינטרס הציבורי בכללותו. במובן זה מהווה פסק הדין בעניין **בן עמי** דוגמה לקרבה בין שני מוסדות אלה, ובפרט – לשיקולים המשותפים המנחים את בית המשפט בהכרעה בעניינים אלה. עוד נלמד מפסק דין זה, כיצד יכול מוסד "ידיד בית המשפט", לשמש מקור לסמכות בית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר, וכך נקבע לעניין זה שם:¹¹⁶

'שמירת ענייניו של ציבור המשקיעים בניירות ערך' מקנה לרשות ידע רחב ומעורבות אינטימית בהתנהלות החברות הציבוריות בישראל. במ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל פ"ד נג, (1999) 529, 553 (1) התייחס כב' הנשיא א' ברק למוסד 'ידיד בית משפט'. מצאתי לנכון להביא מדבריו, על אף שבענייננו הרשות הוזמנה על ידי בית המשפט להשתתף בהליך – לא כצד להליכים, אלא כמי שהתבקש להביע עמדה מיעצת לבית המשפט בשלב מאוחר בהליך – דהיינו, לאחר שהסכם הפשרה בין הצדדים כבר גובש. כך, דומה המעמד שביקשתי להעניק לרשות בעניינינו, לזה שהוענק במקורו לידידי בית המשפט – הצגת עמדה ניטרלית, תוך סיוע אובייקטיבי לבית המשפט.

ודוק, אותו עניין נדרש בית המשפט לעמדת המאסדר בקשר עם אישורה של פשרה במסגרת הליך של תביעה נגזרת. עמדתו של המאסדר שם התבקשה תחת היותו גוף חיצוני וניטרלי להליך, ובפרט לאור אחריותו ומקצועיותו בתחום זה – רשות ניירות ערך בתחום התובענות הנגזרות. אומנם, בית המשפט קבע בפסק הדין כי אין זהות מלאה בין קבלת עמדת מאסדר לבין צירוף צד להליך באופן מלא כ"ידיד בית משפט"; אולם כן נקבע על ידו שם, כי מטרת הפנייה – קבלת "עמדה ניטרלית, תוך סיוע אובייקטיבי לבית המשפט", מהווה למעשה מתן מעמד למאסדר הדומה למעמד שהוענק במקור ל"ידיד בית המשפט".¹¹⁷ בהתאם לאמור, מבחינה אנליטית, יכולה ההלכה הפסוקה בעניין "ידיד בית משפט", כמו גם תקנה 46 לתקנות סדר הדין האזרחי (או תקנה 24 לתקנות הישנות כבעניין קוזלי) – להוות מקור נורמטיבי לסמכות בית המשפט להורות על קבלת עמדת מאסדר. אולם, בשים לב לסוגיית יוזמת הפנייה, כמו גם לכך שלא מדובר ב'תיקון כתב טענות' אלא בפנייה של בית המשפט לצד שלישי לצורך קבלת "עמדה ניטרלית, תוך סיוע אובייקטיבי לבית המשפט"

¹¹⁵ ראו לעניין מחקר אמפירי בנושא זה המבקש לבחון, בין היתר, כמה בקשות לצירוף "ידיד בית משפט" אושרו בעשור מאז הלכת קוזלי: ישראל (איסי) דורון, מנאל תותרי ג'ובראן, גיא אנוש, טל רגב, "עשור ל"ידיד בית המשפט": ניתוח אמפירי של החלטות בתי המשפט "עיוני משפט לד" (2011).

¹¹⁶ עניין **בן עמי**, לעיל ה"ש 21, פס' 59-60.

¹¹⁷ בשולי הדברים ניתן להוסיף, כי עמדת רשות ניירות ערך לא התקבלה באותו עניין, אולם בית המשפט נדרש לה בהרחבה ולכן עולה בבירור מפסק הדין, כי קבלת העמדה סייעה לבית המשפט בקבלת תמונה רחבה וברורה יותר טרם הכריע במחלוקת שלפניו.

כאמור – לעמדתנו, אין בפסיקה לעניין "ידיד בית המשפט", כשלעצמה, כדי להוות מקור סמכות ונכון יותר לראות בסמכותו הטבועה של בית המשפט כמקור הסמכות הראוי. כך גם, כפי שהוסבר לעיל, לעמדתנו, תקנה 46 לתקנות מהווה אינדיקציה לחשיבות סמכות זו והצורך בשימוש בה, ולא כמקור לסמכות עצמה. יצוין, כי ייתכן שהאמור יפה גם בהתייחס להלכה הפסוקה בעניין "ידיד בית המשפט", שכן בעניין קוזלי אוזכרה תקנה 24 לתקנות הישנות כמלמדת על אודות סמכות בית המשפט, אך לא נערך דיון מקיף בשאלה האם יש בה כשלעצמה כדי להוות בסיס לסמכות.¹¹⁸ משכך, תוך חריגה מגבולותיו של מאמר זה נציין, כי לא מן הנמנע שמקור הנוהג בעניין "ידיד בית המשפט" גם הוא נטוע, בלבד או בנוסף, בסמכותו הטבועה של בית המשפט ולא בתקנות סדר הדין האזרחי.

לפני סיום חלק זה נוסיף, כי סוגייה נוספת המתעוררת בהקשר זה – היא, האם מכוח אותן תכליות, מוסמך בית המשפט להורות גם לגוף שאינו מאסדר להגיש את עמדתו במסגרת הליך הנדון לפניו. הדיון בסוגיה זו חורג מגבולותיו של מאמר זה, אולם כן נציין כי קיימת הבחנה בין שני מקרים אלו. כך, בשונה מהמאסדר, לו עומדות חזקות המקצועיות והאובייקטיביות כגוף האמון על שמירת האינטרס הציבורי, במקרים של גופים פרטיים חזקות אלה אינן עומדות עוד. משכך, אנו סבורים כי אף לו ניתן לבסס על האמור כמקור סמכות גם לביצוע פנייה מסוג זה – הרי שהשימוש בכלי זה צריך שיעשה בזהירות יתרה, באופן ביקורתי ובמשורה בלבד.

3. עמדות נוגדות - היעדר סמכות לבית המשפט

(א) ליועץ המשפטי לממשלה סמכות בלעדית לייצוג האינטרס הציבורי

עמדה נוספת לעניין שאלת סמכותו של בית המשפט, עלתה בעניין לאומי קארד.¹¹⁹ בהקשר זה נטען על-ידי המערער שם, כי מקום בו המדינה או מי מרשויותיה אינם צד להליך, היועץ המשפטי לממשלה הוא הגורם השלטוני האמון באופן בלעדי על ייצוג האינטרס הציבורי בערכאות. משכך נטען, כי ככל שבית המשפט מורה על קבלת עמדתו של מאסדר זה או אחר, הרי שיש בכך כדי לעקוף את סמכות היועץ המשפטי לממשלה – ומשכך, יש לבצע פנייה כאמור באמצעות היועץ המשפטי לממשלה בלבד. חרף העובדה שבית המשפט מצא שלא להכריע בטענות הצדדים בנסיבות העניין שם, אנו סבורים כי ראוי להביאן כאן, לשם השלמת הדיון בסוגיה זו.

הטענה המרכזית שעלתה בעניין לאומי קארד היא, כי לדיני הפרוצדורה חשיבות רבה בבחינת הדין החל, כמו גם בבחינת הזכויות המהותיות של הצדדים להליך.¹²⁰ משכך נטען, כי סמכותו של בית המשפט בעניין זה מוגבלת, ואין להרחיבה ללא ביסוס חקיקתי. עמדה זו נשענת על שני אדנים מרכזיים: הראשון, הוא שסמכות בית המשפט לא הוסדרה בדין, ויש לדחות ניסיון להרחיבה ללא האסדרה הנדרשת; והשני, הוא שיש מקום לערער את הנחת היסוד לפיה המאסדר הוא מייצג של האינטרס הציבורי.

¹¹⁸ עניין קוזלי, לעיל ה"ש 4, פס' 44.

¹¹⁹ רע"א 1534-16 בר-אור נ' לאומי קארד בע"מ (14.4.2016) (להלן – עניין לאומי קארד); ראו בקשת רשות הערעור שהוגשה בעניין זה ביום 24.02.2016.

¹²⁰ לעניין זה מפנה המבקש למאמרו של המלומד רוזן-צבי: יששכר רוזן-צבי, "פרוצדורה ומהות: חשיבה מחודשת על קטגוריות ישנות" משפט, חברה ותרבות פרוצדורות (2014).

הטענה לפיה אין לבית המשפט סמכות קבועה בדין להורות על קבלת עמדת המאסדר, נדונה ונענתה על-ידינו בהרחבה במסגרת הפרק הקודם. כפי שפורט שם, ככל שאכן קיים חוסר חקיקתי שכזה, הרי שלבית המשפט סמכות להשלימו לצורך קיום הדיון באופן יעיל וצודק ולשם הגשמת עקרון העל בדבר עשיית צדק. גישה זו כאמור, קיבלה ביטוי במספר רב של דברי חקיקה, שעל עיקריהם עמדנו לעיל.

סמכות היועץ המשפטי לממשלה להודיע על התייצבותו להליך מכוח פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) מהווה סמכות מקבילה לסמכות בית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר. זאת, כיוון שבעת פנייה מכוח הוראה זו, מבקש בית המשפט מהיועץ המשפטי לממשלה להגיש עמדתו, אך הוא אינו מורה לו לעשות כן.¹²¹ בשים לב לכך, לעמדתנו, מדובר במקור חקיקה נוסף ממנו ניתן ללמוד על חשיבות שמיעת עמדתם של גורמים החיצוניים לסכסוך הפרטני שלפני בית המשפט – ומכאן, כי דבר חקיקה זה מחזק את טענתנו בדבר קיומה של סמכות לבית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר (כפי שאכן נעשה בעניין קזולי).

עוד ניתן להוסיף, כי מקום בו הודיע היועץ המשפטי לממשלה על הצטרפותו להליך, ובמסגרת עמדתו קיבלה ביטוי גם עמדת המאסדר הרלוונטי, מתייתר מטבע הדברים הצורך בפנייה יזומה מטעם בית המשפט. אולם, אין ללמוד מכך, כי מקום בו היועץ המשפטי לממשלה לא עשה כן, אזי אין בית המשפט מוסמך ליתן הוראות מתאימות שתכליתן להרחיב את היריעה הפרושה לפניו, במטרה להגיע לתוצאה צודקת יותר.

בהתאם לכך, לעמדתנו, סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה להתייצב להליך, ובכלל זאת להביא גם את עמדת המאסדר הרלוונטי – אינה מחליפה ואינה גורעת מסמכותו של בית המשפט לעשות כן, מיוזמתו.

(ב) בחינת הגדרת "רשות ציבורית" בחוק תובענות ייצוגיות כרשימה סגורה

חוק תובענות ייצוגיות מקנה לבית המשפט סמכות להורות ל"רשות ציבורית" להשתתף בדינים, להתנגד להסדר פשרה ואף להגיש תובענה ייצוגית. אולם, "רשות ציבורית" מוגדרת בתוספת הראשונה לחוק תובענות ייצוגיות באופן שכולל רק את נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות; הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים ונציבות שוויון הזדמנויות בעבודה.

בהתאם לכך יכולה להישמע הטענה, לפיה מן ה-"כך" יש ללמוד על ה-"לאו" – היינו, כי מדובר בהסדר שלילי, במסגרתו שלל המחוקק מבית המשפט את הסמכות להורות לגופים אחרים זולת אלו, לפעול במסגרת ההליך הייצוגי. לגישתנו, לא כך הוא.

כך, על פי לשון החוק, תכליתו של סעיף 15 לחוק תובענות ייצוגיות היא לאפשר את "ניהולה היעיל וההוגן של התובענה הייצוגית; וכן, לעניין חבר קבוצה – לשם הגנה על ענינו של אותו חבר קבוצה; ולעניין רשות ציבורית או ארגון – לשם הגנה על ענינם של חברי הקבוצה". בהתאם לכך אנו סבורים, כי לשון החוק ותכליתו מהווים תימוכין לביסוס סמכותו

¹²¹ רע"א 7085/19 הר פז נ' נגב קרמיקה שיווק (1982) בע"מ (11.01.2021); ע"א 4810/15 מדינת ישראל - משרד הפנים נ' י.ח.מ. השקעות ונכסים בע"מ, פס' 6 (11.08.2015); דנ"א 6298/15 הוועדה המקומית לתכנון ובניה פתח תקוה נ' דיבון, פס' 16 (29.06.2017). עמדה דומה גם הובעה בערכאות הדיוניות: רע"א (מחוזי חי') 65044-03-17 חיפה כימיקלים בע"מ נ' בתי זקוק לנפט בע"מ, פס' 24-22 (05.06.2017).

של בית המשפט לפנות למאסדר, בתור אחד מאותם גופים שתפקידם להגן על האינטרס הציבורי.

בדברי ההסבר להצעת החוק, ניתנה התייחסות לכך שרשות ניירות ערך והרשות להגבלים עסקיים לא נכללו בהגדרת "רשות ציבורית", וזאת בשים להערה, כי "האם ראוי שתפקידה של רשות פיקוח יכול ללול גם הגשת תובענות ייצוגיות תידון בהמשך הליכי חקיקה. ראה סעיף 1 לתזכיר".¹²²

בהתייחס לדברים אלו יודגש, כי בתזכיר נכללו גופים נוספים להגדרת "רשות ציבורית", והם: הממונה על הגנת הצרכן; המפקח על הביטוח; המפקח על הבנקים; הרשות להגבלים עסקיים; הממונה על שוק ההון; רשם מאגרי מידע; נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות; הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים; הרשות לניירות ערך.¹²³ הסיבה להכללת הגופים הללו, כפי שזו פורטה בתזכיר, היא כי גופים אלו "אמונים על שמירה על אינטרס הציבור ופיקוח על תחומים מסוימים בשוק".¹²⁴

לכן, מעבר לקשיים הפרשניים הלא מבוטלים שכרוכים בהסקת ה"לאו" מן ה"הן" – ובפרט כאשר עסקינן בחוקים שונים, הרי שגם תכלית הסעיף בהתאם לדברי ההסבר להצעת החוק ובהתאם לתזכיר – היא לאפשר את ניהולה היעיל וההוגן של התובענה הייצוגית ולהגן על עניינם של חברי הקבוצה. זאת, על בסיס נקודת המוצא לפיה הגופים המפורטים לעיל הם שאמונים על האינטרס הציבורי – ולכן, יהיה בקבלת עמדתם כדי לסייע בהגנתו. בהתאם לכך אנו סבורים, כי קבלת עמדת הגופים הללו, ככל שמצא בית המשפט כי הדבר נדרש לשם הגנת האינטרס הציבורי והגעה לתוצאה צודקת, הולמת את תכלית הסעיף.

בהתאם לכך, אף מבלי להידרש לפרשנות המרחיבה יותר לפיה סעיף 15 לחוק תובענות ייצוגיות מאפשר, כשלעצמו, להורות על קבלת עמדת מאסדר באופן שאינו מוגבל בהגדרות התוספת הראשונה לחוק זה¹²⁵ – הרי שנראה, כי לצורך הגשמת התכליות העומדות בבסיס הוראות הדין, ראוי כי בית המשפט ישמע עמדות של גופים נוספים אשר אמונים על שמירת האינטרס הציבורי, במטרה להעניק פרשנות רחבה ככל הניתן ללשונו. יתרה מכך, בחינת דברי הסבר מלמדת, כי צמצום רשימת הגופים המנויים נובעת מהחשש מפני הגשת תובענות ייצוגיות על ידי גופים מפקחים, וכלל לא מתוך תכלית לצמצום מעורבותם. משכך, נראה שקבלת סיוע מגופים אלו הולמת את תכלית הסעיף ואינה סותרת את לשונו – שכן, עסקינן בקבלת עמדת המאסדר ולא בצירופו. כן יודגש, כי ממילא הפנייה למאסדר נעשית כאמור מכוח סמכותו הטבועה של בית המשפט ולא מכוח סעיף 15 לחוק תובענות ייצוגיות.¹²⁶

¹²² הצעת חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006, עמ' 233.

¹²³ תזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, עמ' 11.

¹²⁴ שם.

¹²⁵ עניין גמזו, לעיל ה"ש 45.

¹²⁶ בחינת לשון סעיף 15 לחוק תובענות ייצוגיות, מלמדת כי המחוקק השיב בשלילה לשאלה שהועלתה בתזכיר – האם ראוי כי גופים מפקחים יהיו בעלי הכוח להגיש תובענות ייצוגיות. אולם, יש להוסיף כי אף לאחר צמצום זה, לשון סעיף 15 קובעת, כי בית המשפט רשאי להתיר את השתתפותה של "רשות ציבורית" כאמור (ר' פרק ב.1. לעיל). יצוין כי נקבע שניתן לפרש את הסעיף באופן המאפשר לרשות הציבורית כאמור לסייע לבית המשפט באמצעות הגשת עמדתה בהליך. ראו לעניין זה: ת"צ (מחוזי ת"א) 27699-07-10 אגרט נ' דלק מוטורס בע"מ, עמ' 2 (24.02.2011).

(ג) סמכות בית המשפט להורות על זימון עד

לצורך השלמת הדין, מצאנו בשוליו להתייחס גם לדעה מקובלת נוספת בספרות הקיימת, לפיה מקור סמכותו של בית המשפט להורות על הגשת עמדת המאסדר נלמדת גם מדיני הראיות. לצד זאת נסביר מדוע לגישתנו, אין די בעמדה זו לבדה כדי ליתן מענה הולם ושלם לשאלת הסמכות מושא מאמר זה.

מקורה של גישה זו היא בכתיבת המלומד גורן, לפיה סמכותו של בית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר מוקנית לו מכוח סמכותו להורות על זימון עדים ועל מתן עדות בכתב באמצעות תעודת עובד ציבור.¹²⁷ בעניין זה מפנה גורן, לפסק הדין בעניין **לאומי קארד**, שם נקבע:¹²⁸

הסמכות לפנות אל המפקח על הבנקים על מנת שישב על שאלה בנוסח זה, מוקנית לבית המשפט מכוח סמכותו להורות על זימון עדים וכן להורות על מתן עדות בכתב באמצעות תעודת עובד ציבור כמשמעותה בפקודת הראיות. אולם, לגישתנו יש לבצע הפרדה בין הסוגיה הנדונה במסגרת מאמר זה לבין האמור בעניין **לאומי קארד**. אותו עניין, נתגלעה בין הצדדים מחלוקת עובדתית אשר נגעה למפקח על הבנקים, אולם לא בכובעו כמאסדר, אלא כעד דרוש לצורך בירור המחלוקת העובדתית שנתגלעה בין הצדדים.

בהתאם לכך, קבעה הנשיאה (כתוארה אז) חיות באותו עניין, כי "עמדתו של המפקח על הבנקים בהליך דנן אינה דרושה לשם הבעת עמדה עקרונית כמאסדר בסוגיות המתעוררות בבקשת האישור, אלא לשם הכרעה במחלוקת עובדתית קונקרטית שנפלה בין הצדדים לבקשה... במילים אחרות, הסוגיה העקרונית אותה מעלה המבקש בבקשת רשות הערעור [שאלת הסמכות] אינה מתעוררת כלל במקרה דנן והפניה למפקח על הבנקים אמנם נחוצה אך מן הראוי כי נוסחה יתוקן ויותאם לנדרש, דהיינו כשאלה המבקשת לברר את העובדות שבמחלוקת".¹²⁹

בעניין זה ניתן להוסיף כי כאשר המאסדר מגיש את עמדתו, זו אינה בחזקת עדות מומחה, עדות עובד ציבור או חוות דעת. בהתאם לכך, גם לא חלות על חוות דעתו של המאסדר ההוראות הקבועות, בין היתר, בסעיף 25 לפקודת הראיות; וכך גם אין לבעלי הדין את הזכות לדרוש את חקירתם של מי שחתומים על עמדות אלו.

בהתאם לזאת, לגישתנו, מדובר בשני אפיקים נפרדים הנשענים על אותו יסוד – הצורך של בית המשפט, והסמכות המתאימה שניתנה לו, להרחיב את היריעה המונחת לפניו מקום בו מצא שהדבר נדרש לשם הכרעה בהליך. כך, ההוראה הקבועה בפקודת הראיות עוסקת בסוגיה עובדתית גרידא – היינו, לבית המשפט סמכות להרחיב את היריעה העובדתית, מקום בו מצא שהדבר נדרש. אולם, כיוון שקבלת עמדת המאסדר, נועדה דווקא לקבלת מידע החורג מנסיבות המקרה הפרטני וחורגת מהאפיק העובדתי בלבד, לעמדתנו, היא מהווה אפיק נפרד – ראוי ונחוץ בפני עצמו. משכך, פקודת הראיות, כשלעצמה, אינה מהווה לגישתנו את מקור הסמכות להורות על קבלת עמדת המאסדר. לצד זאת, סבורנו כי פקודת הראיות מהווה דוגמה נוספת לעצם סמכותו של בית המשפט לחרוג מגבולות ההליך האדברסרי, מקום בו הדבר

¹²⁷ גורן, לעיל ה"ש 87, 516-517.

¹²⁸ עניין **לאומי קארד**, לעיל ה"ש 111, פס' 6.

¹²⁹ שם.

נחוץ לשם הרחבת והשלמת התמונה המונחת לפניו; שבאמצעותה, יתאפשר לו להגשים באופן מלא יותר את תכלית העל בדבר עשיית משפט צדק בגבולות ההליך שלפניו.¹³⁰

ד. סיכום ביניים

בתי משפט נוהגים דרך קבע לאשר, או אף ליזום בעצמם, קבלת עמדת המאסדר בנושאים שונים. בחינת הפסיקה הנוהגת בתחומים השונים מראה, כי למרות שהנוהג נפוץ במיוחד בהליכים ייצוגיים, הרי שהוא אינו מוגבל כלל ועיקר לתחום זה בלבד, אלא חולש על סוגי הליכים ותחומי משפט שונים, שעל חלקם עמדנו ביתר פירוט לעיל.

בחינת הסדרי החקיקה השונים הרלוונטיים לסוגי ההליכים השונים בהם דנו לעיל מעלה, כי אין בנמצא הוראת חוק מוגדרת וברורה המעניקה את הסמכות לקבל את עמדת המאסדר לבית המשפט. מנגד, יש בנמצא הוראות חוק מגוונות על בסיסן השתרשה ההלכה בדבר שיקול דעתו הרחב של בית המשפט בנושא סדרי הדין – זאת, בשים לב לתכלית היעילות ועשיית הצדק שבניהול ההליך. כך, בחינת הוראות החוק השונות שפורטו בפרק ג' מלמדות על אודות כוונת המחוקק לאפשר לבית המשפט, במקרים בהם הדבר נדרש, לפעול באופן שיאפשר לו להגיע לתוצאה צודקת בנסיבות העניין – זאת, אף במחיר פגיעה מסוימת בהליך האדברסרי, עקב צירופם של גורמים שאינם צד לו.

לעמדתנו לבית המשפט סמכות להורות על קבלת עמדת המאסדר מכוח סמכותו הטבועה ובשים לב להוראות החקיקה מהן ניתן ללמוד על קידום תכליות היעילות ועשיית הצדק בניהול ההליך, לעמדתנו השימוש בסמכות ראוי. זאת, כל מקום בו מצא המותב היושב בדין כי זו נדרשת בידיו על מנת לייעל את ההליך, כמו גם לפרוש בפניו תמונה שלמה ומלאה יותר – וכל אלה, באמצעות מי שמוחזק כגורם מקצועי ואובייקטיבי שיכול לסייע לבית המשפט בעשיית משפט צדק.

בשים לב למסקנתנו זו, ומצדו השני של אותו המטבע – ניתן אף לראות כי מקום בו הורה בית המשפט למאסדר להגיש עמדתו בהליך פלוני – חרף העדר חובה או הסמכה מפורשת בדין לעשות כן, המאסדר רואה עצמו מחויב להוראותיו של בית המשפט, וזו מוגשת. אומנם, ישנם מקרים בהם עמדת המאסדר היא כי הוא אינו מוצא לנכון להביע עמדה – לחיוב או לשלילה; וכי בנסיבות כאמור, הוא מותיר את ההכרעה בסוגיה לשיקול דעת בית המשפט. אולם במסגרת הבחינה שנעשתה לצורך מאמר זה, לא מצאנו ולו מראה מקום אחד, בו סירב המאסדר להגיש עמדתו כאמור.

¹³⁰ נציין בשולי הדברים, כי לדעתנו ניתן לראות בדוגמה זו **חיוזוק** לטענה בדבר קיומה של סמכות טבועה לבית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר, שכן היא מהווה כאמור דוגמה לסמכותו של בית המשפט לחרוג מהעקרונות האדברסריים של ההליך. דוגמה נוספת לכך נראית גם בחוק סדר הדין הפלילי, המעגן גם הוא סמכות להורות על זימון עד מטעם בית המשפט, אם ראה צורך בכך [סעיף 167 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982; ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, לה (3) 505, עמ' 511 (1981)]. דוגמאות נוספות לחריגות מסוג זה בהליך האדברסרי ניתן למצוא למשל בזכותם של הצדדים להגיש ראיות נוספות אף לאחר מועד הכרעת הדין [יוסף אלרון, "קבלת ראיות שלא על פי סדר הדין" המשפט, כך יב, ספר עדי אור ז"ל (תשס"ז)]; זימון עד הנוכח באולם בית המשפט [תקנה 63(ב) (14) לתקנות סדר הדין האזרחי]; קבלת ראיות שלא על פי סדרי הדין, או היפוך סדר הטיעון וסדר הבאת הראיות [ת"א (מחוזי ת"א) 22062-11-18 יאני נ' עלגור (22.03.2021); וסמכותו של בית המשפט שלא לקבל כתב תביעה אף במקרה בו הנתבע אינו מתגונן [ת"א (ירושלים) 59361-08-20 פלוני נ' ארגון חמאס (24.08.2021)].

בהמשך לדברים אלו נוסף, כי לעניין הדיון בשאלת הסמכות, לעמדתנו אין להידרש לשאלת מדרג הנורמה המפורשת על ידי בית המשפט. כך, למרות ההבדל הלכאורי שניתן לראות לעניין המשקל שיש ליתן לפרשנות המאסדר נוכח מדרג החקיקה (ובשים לב לדיון בעניין זליגמן), אזי ככל שהפנייה למאסדר נעשית כגוף מקצועי-אובייקטיבי שיוכל לסייע לבית המשפט, לגבי דידנו, על פניו, אין זה משנה האם מדובר בחקיקה ראשית או משנית.

ה. מתי ראוי להורות על קבלת עמדת המאסדר

כפי שצינו בראשית הדברים, עניינה של רשימה זו הוא בשאלה האם לבית המשפט קיימת הסמכות להורות על קבלת עמדת המאסדר כדי שזה יביע עמדתו בהליך פלוני שהוא אינו צד לו. בסופו של הדיון אותו ערכנו לעיל, הגענו למסקנה כי לבית המשפט קיימת הסמכות האמורה – וזאת, כל מקום בו מצא המותב היושב בדיון, כי זו נדרשת בידיו על מנת לייעל את ההליך, כמו גם לפרוש בפניו תמונה שלמה ומלאה.

לאחר שנימקנו מדוע לשיטתנו עומדת לבית המשפט סמכות זו, מצאנו לנכון להשלים את הדיון בשאלה הנלווית לשאלה זו – והיא האם ראוי שבית המשפט יעשה שימוש בסמכותו זו, ואם כן – אימתי.

בבחינת הדיון שקיים בסוגיה זו בפסיקה הקיימת, אחד מפסקי הדין מהם ניתן ללמוד על הגישות השונות בפרשנות החוק בכלל, ולעניין פנייה לעמדת המאסדר בשאלות פרשניות בפרט, הוא פסק הדין בעניין מרום.¹³¹ במסגרת הדיון המובא בפסק הדין, לצד הסכמתם על אודות התוצאה המתבקשת, נחלקו שופטי בית המשפט העליון בשאלת אופן פרשנותו של סעיף 147 לפקודת המס.¹³²

לעמדת כב' השופט ג'ובראן, למרות שמלאכת הפרשנות מוטלת על בית המשפט, הרי שזה ייתן בנסיבות מסוימות משקל לפרשנות הניתנת על ידי הרשות. כך נקבע גם על ידי כב' השופט ריבלין אשר הצטרף לפסק דינו של כב' השופט ג'ובראן, כי ישנה "חשיבות רבה לתפישה הפרשנית של יוזמי החוק ולכוונתם של מחוקקיו. למצער, יש בתפישתם ובכוונתם כדי לשמש כלי חשוב ומועיל (אם כי לא מכריע) בפרשנות החוק. אשר להפניה לפרשנות הנקוטה בידי הרשות – גם כזו עשויה, במקרים מתאימים, להיות לתועלת – וגם חברי, השופט ג'ובראן סייג פנייה זו לקיומן של נסיבות מתאימות".¹³³

מנגד, לעמדת כב' השופט דנציגר (אשר הצטרף לתוצאת פסק דינו של כב' השופט ג'ובראן, אך הסתייג מדרכו הפרשנית), מקום בו מבקש בית המשפט לפרש הוראת חוק עליו, בראש ובראשונה, לפנות ללשון החוק.¹³⁴ בהמשך לכך, ורק ככל שנותרה הוראת החוק סתומה, יכול השופט לפנות אל עקרונות היסוד של השיטה.¹³⁵ וכך נקבע אותו עניין כי "אל לו לפרשן להתעניין בתפישה הפרשנית של מי שהוטל עליו לבצע את החוק בבואו לקבוע

¹³¹ עניין מרום, לעיל ה"ש 62.

¹³² סעיף 147 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש].

¹³³ שם, עמ' 23.

¹³⁴ עניין מרום, לעיל ה"ש 62, עמ' 22.

¹³⁵ שם, עמ' 22.

מהי תכליתה של הוראת המס. קביעתו זו של הפרשן צריך שתושגת, כאמור, על לשון החוק, ההיסטוריה החקיקתית והפרלמנטרית של החוק ועקרונות היסוד של השיטה.¹³⁶ בחינת הפסיקה הנוהגת בהתייחס לשתי הגישות כאמור, לעניין קבלת עמדת המאסדר, מלמדת שלמעשה, עמדת הפסיקה, כמעט באופן מוחלט, היא כעמדת כב' השופט ג'ובראן בעניין מרום. כך אימוץ גישתו של כב' השופט ג'ובראן, נעשה, בין היתר, על-ידי כב' השופטת וילנר בעניין התאחדות תאגידי כוח אדם; כמו גם על ידי פרופ' ברק שדן בסוגיה זו בהרחבה בספריו.¹³⁷

גם לעמדתנו הגישה הראויה היא כי בית המשפט רשאי לפנות למאסדר ולהיעזר, בין היתר, גם בעמדת המאסדר ואופן פרשנות ויישום החוק על ידו. זאת, מתוך הנחה כי ראוי שלפני השופט-פרשן תובא תשתית רחבה ככל הניתן, וזה יוכל לבור את המוץ מן הבר, עת יידרש למלאכת הפרשנות.

אם כן, אימתי ראוי לבצע פנייה שכזאת? המקור המשמעותי והדומה ביותר ממנו ניתן ללמוד על אודות המבחנים שראוי להחיל לצורך מענה על שאלה זו, מצוי לגישתנו במוסד "ידיד בית המשפט". התכליות והרציונאליים העומדים ביסודו, יפים לטעמנו גם בהתייחס לשאלה מתי ראוי לקבל את עמדתו של המאסדר, ואף ביתר שאת. זאת, בשים לב לשינויים המחייבים ובראשם – כי המאסדר, להבדיל מ"ידיד בית המשפט", מהווה גורם ניטראלי על פי רוב והצטרפותו לבקשת בית המשפט אינה נעשית בשם אינטרס קונקרטי אותו הוא מייצג, אלא בשם האינטרס הציבורי בכללותו.¹³⁸

אם כן, נפנה עתה לבחינת אותם המבחנים שנקבעו לעניין צירופו של "ידיד בית המשפט", ונבקש להסיק מבחינה זו גם ביחס לסוגיה שלפנינו.

בעניין קזולי, קבע הנשיא (כתוארו אז) ברק את השיקולים השונים אותם נדרש בית המשפט לבחון טרם צירופו של "ידיד בית המשפט", והדגיש כי "יש לבחון את תרומתה הפוטנציאלית של העמדה המוצעת".¹³⁹ זאת, לצד בחינה של מהות הגוף המבקש, מומחיותו, ניסיונו והייעוץ שהוא מעניק לאותו אינטרס שבשמו ביקש להצטרף. לצד בחינה זו של העמדה המוצעת, ניתן דגש גם לסוג ההליך, ומהות הסוגיה העומדת להכרעה, כמו גם לשלב בו מצוי ההליך.¹⁴⁰

בהמשך לדברים אלו, עמדה כב' השופט בייניש על יישום האמור בעניין שוורץ. בהחלטתה הדגישה כב' השופטת בייניש לעניין סוג ההליך ומהות הסוגיה העומדת להכרעה, כי מדובר ב"שאלה בעלת חשיבות כללית" וזו נוגעת לציבור רחב של נאשמים.¹⁴¹ עוד

¹³⁶ שם, עמ' 23-22; ההדגשה אינה במקור.

¹³⁷ בג"ץ 2875/18 התאחדות תאגידי כוח אדם זר בענף הבניין נ' ממשלת ישראל, פס' 27-29 (18.06.2019) וההפניות שם.

¹³⁸ אבחנה דומה נראית במשפט המשווה. כך, גם באנגליה ישנה אבחנה בין צד אשר מעורב והוא בעל אינטרס בהליך לבין צד חיצוני אשר אדיש להליך ויכול לספק עמדה אובייקטיבית יותר. הפנייה לידיד בית המשפט שם, על אף שקיימות גם ביקורות כנגד עמדה זו, היא לצד חיצוני אשר אדיש לתוצאת ההליך ויכול לסייע באי-צדק אשר נובע מההליך האדברסרי [S Hannett, *Third Party Interventions: In the Public Interest?* 2 QB 229, (1968); PL 128 (2003)].

¹³⁹ עניין קזולי, לעיל ה"ש שגיאה! מקור ההפניה לא נמצא. פס' 45; ההדגשות אינן במקור.

¹⁴⁰ שם.

¹⁴¹ ע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (3) 769 (07.06.2000); ההדגשות אינן במקור.

הרחיבה על מהות הגוף המבקש (הסנגוריה הציבורית) – תפקידה, מומחיותה וניסיונה בתחום; וכן, ניתנה התייחסות לשלב בו מצוי ההליך ולכך שלא יהיה בצירוף כדי להכביד על ניהולו.¹⁴²

כך נקבע לעניין צירופו של "ידיד בית משפט", כי מדובר בשאלה של שיקול דעת, המחייבת איזון בין מידת התרומה הפוטנציאלית הגלומה בצירוף המבקש אל מול החשש לפגיעה ביעילות הדיון בשל הצירוף.¹⁴³ זאת, לצד שיקולים נוספים ובהם השלכות הרוחב שעשויות להיות להכרעה בהליך, מעבר לגבולותיו.¹⁴⁴

בשים לב לדברים אלו, טוען המלומד פרבר,¹⁴⁵ כי ההלכה הישראלית הגדירה את התנאים הבאים: ראשית, כי מדובר בצד שאינו מעורב בסכסוך באופן ישיר; שנית, כי יש בצירוף כדי לתרום תרומה ממשית לגיבוש הלכה בעניין מסוים ("מבחן התרומה הממשית להליך"); שלישית, נדרש שה"ידיד" יציג תמונה מאוזנת, אמיתית ומלאה; רביעית, נדרש שה"ידיד" יהיה גוף מקצועי.¹⁴⁶ עוד הודגש, כי ראוייה לציון העמידה בפסיקה על "מבחן התרומה הממשית להליך", כאמור לעיל, אשר נבחנה כתנאי סף לצירוף "ידיד".¹⁴⁷ לצד מבחנים אלה, מציג פרבר להוסיף לבחינת הצטרפות "ידיד בית משפט", תנאי סף לפיו, זה יצורף רק אם המידע שיציג יהיה "מידע אשר שונה מעמדת הצדדים, מועיל ומחדש אשר יסייע לעבודת בית המשפט".¹⁴⁸ הוספת תנאי זה מוצעת על-ידי פרבר, בשים לב לכך שלגישתו, הנימוקים שעמדו בבסיס רוב ההחלטות בישראל לקבל בקשות הצטרפות כ"ידיד בית משפט", היו שמדובר בגוף המייצג אינטרס ציבורי בעל חשיבות, ושמדובר בסוגיה עקרונית או מורכבת.¹⁴⁹

בהמשך לדברים אלו מפרט פרבר טיעונים שונים בעד ונגד השימוש במוסד ה"ידיד". בחינת טיעונים אלה מלמדת, שמרבית טיעוני הנגד והרציונאליים ביסודם, דווקא אינן מתקיימות ביחס לשימוש במוסד המאסדר. כך למשל, היא פוליטיזציה של ההליך השיפוטי, שימוש במוסד ה"ידיד" על ידי קבוצת כוח, פגיעה בצדדים והשחתת זמן שיפוטי, הגדלת עלויות ההליך השיפוטי, מחקר לא מבוסס הנעשה על ידי גופים שאינם בהכרח אמינים ועוד.¹⁵⁰

למען הסדר הטוב ועל אף האמור בכתיבתו של המלומד פרבר, לעניין השלב השלישי במבחן המוצע, נראה כי הפסיקה הכירה בצירוף של צד כידיד בית משפט גם מקום בו אינו אובייקטיבי, כאשר מטרת הצירוף היא הצגה של אינטרסים נוספים אשר חורגים מעניינים

142 שם.

143 ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (04.04.2005).

144 שם, פס' 3.

145 שי פרבר, ידיד בית המשפט, עמ' 235-236 (2018) (להלן – פרבר). יצוין, כי המלומד פרבר מבסס את טענותיו, בין היתר, גם על הדיון החל במשפט המשווה.

146 שם, עמ' 220.

147 שם, עמ' 221.

148 שם, עמ' 235-236.

149 שם, עמ' 214.

150 שם, 222-232.

הפרטי של הצדדים המתדיינים.¹⁵¹ לצד האמור, דרישת המקצועיות מתקיימת לעניין ידיד בית משפט, אולם יודגש כי אלו אינם מחזיקים בחזקת המקצועיות ברמה אשר קיימת למאסדר. מכאן, בשים לב לניתוח שהוצג לעיל, סבורים אנו כי התכליות המרכזיות הניצבות בבסיס קבלת מוסד "ידיד בית המשפט", יפות גם לעניין קבלת עמדת המאסדר בהליכים השונים – ומשכך ראויים המבחנים שנקבעו לעניין זה, גם לענייננו. כאמור, דברים אלה נלמדים גם מהחלטת כב' הנשיא (כתוארו אז) א' ברק בעניין קוזלי עצמו, שם נימק את החלטתו בדבר אימוץ מוסד "ידיד בית המשפט" לשיטת המשפט הישראלי, בין היתר, באמצעות מתן דוגמאות בדבר קבלת עמדות מאסדר בהליכים שונים, כאשר המאסדר אינו צד להם.¹⁵² כך, בתי המשפט מצאו נכון לאמץ את מוסד "ידיד בית המשפט" תוך איזון בין יעילות הדיון, זכויות הצדדים וה"אדברסריות" המצויה בליבת שיטת המשפט הישראלית; לבין, התרומה הפוטנציאלית הגלומה בצירוף גוף נוסף – חיצוני להליך – אשר יכול להרחיב את היריעה המונחת לפני בית המשפט טרם הכרעתו בסוגיה עקרונית, בעלת השלכות רוחב אפשריות החורגות מדלת אמותיו של ההליך בין בעלי הדין.

לכן, ניכר כי הן מוסד "ידיד בית המשפט" והן הפרקטיקה המקובלת של קבלת עמדת המאסדר בהליכים שהוא אינו צד להם, משרתות מטרה זהה – הרחבת היריעה המונחת לפני בית המשפט טרם הכרעתו בסוגיה עקרונית, כדי לסייע לו להגיע להכרעה נכונה וצודקת. בהתאם לכך, לעמדתנו, המבחנים שנקבעו בפסיקה בעניין קבלת עמדת "ידיד בית משפט" יפים, בשינויים המחייבים, גם לעניינו – בהתייחס לשאלה מתי ראוי להיעתר לבקשה לצירוף עמדת מאסדר, מקום בו מוגשת בקשה כאמור על ידי הצדדים להליך עצמו;¹⁵³ והן בהתייחס לשיקול הדעת המופעל על ידי בית המשפט בהחלטתו להורות על קבלת עמדה כאמור, לצורך הכרעה בסוגיה המונחת לפניו, ומיוזמתו.

יודגש, כי האמור לעיל נטען בשים לב לשוני בין מוסד ידיד בית המשפט לבין עמדת המאסדר, עליו עמדנו בהרחבה לעיל. זאת בשים לב לשאלת היוזמה שבצירוף עמדת המאסדר, הנחות האובייקטיביות והמקצועיות ובהיות המאסדר גוף אשר אמון על ייצוגו של האינטרס הציבורי (וזאת בשונה מ"ידיד בית משפט" אשר מצורף להליך ככלל כבעל אינטרס מובהק וגלוי). על אף נקודות שוני אלה, לשני המוסדות מטרה זהה – הרחבת היריעה המונחת לפני בית המשפט טרם הכרעתו בסוגיה עקרונית, כדי לסייע לו להגיע להכרעה נכונה וצודקת. ומתוך המשותף כאמור, ניתן לעמדתנו ללמוד ממוסד "ידיד בית המשפט" על אודות המבחן המתאים לשאלה אימתי על בית המשפט להורות על מאסדר להגיש את עמדתו. על בסיס המבחנים והעקרונות האמורים, תוך שימת לב גם לנקודות השוני בין המוסדות, לעמדתנו כאשר נדרש בית המשפט לשאלה האם עליו להורות על מאסדר להגיש את עמדתו, עליו לבחון אותה בראי האמור לעיל, בדגש על "מבחן התרומה הממשית להליך" – זאת

¹⁵¹ כך למשל נקבע על ידי כב' השופט גרוסקופף: "על מנת שתותר הצטרפותו של גוף מסוים כידיד בית משפט אין הוא נדרש להיות ניטרלי ואובייקטיבי, וברי כי ייתכנו מקרים שבהם האינטרס שאותו הוא מבקש לייצג יהיה בחפיפה מסוימת למי מהצדדים להליך" (רע"א 31145-09-24 נשר מפעלי מלט ישראליים בע"מ נ' אביעד תעשיות בטון וטיט (1996) בע"מ, פס' 3 (25.12.2024); ר' גם: ע"א 7842-16 אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' לוי ואח', פס' 12 (27.9.2017)).

¹⁵² עניין קוזלי, לעיל ה"ש 4, פס' 43.

¹⁵³ עניין בנדל, לעיל ה"ש 49.

כאמור, בשים לב לאיזון הנדרש בין מידת התרומה הפוטנציאלית הגלומה בצירוף המבקש אל מול החשש לפגיעה ביעילות הדיון וההכבדה על הצדדים. כך, ראוי כי בית המשפט יתן דעתו למבחנים הבאים: ראשית, האם ניצבת בפני בית המשפט שאלה עקרונית החורגת מנסיבות הסכסוך שניצב בין הצדדים הטוענים לפניו; שנית, האם קבלת עמדת המאסדר תוכל לסייע להעמקת הדיון והבהרתו באופן הנדרשים לצורך הכרעת בית המשפט בהליך ובכך, האם המידע אותו יציג המאסדר יהיה בו כדי לחדש ולחרוג מהמידע שכבר מונח לפני בית המשפט; ושלישית, האם אין בקבלת עמדת המאסדר כדי להכביד באופן ממשי על ניהול ההליך.

בחינת אותם מקרים בהם מצא בית המשפט לקבל את עמדת המאסדר, ושעל חלקם עמדנו לעיל – מובילה למסקנה כי הלכה למעשה, בתי המשפט פעלו לפי המבחנים הללו, גם אם לא באופן סדור, בטרם מצאו להורות על קבלת עמדת המאסדר.

כך, ניתן למצוא דוגמאות בהליך התובענה הייצוגית והנגזרת,¹⁵⁴ כמו גם הליכים לאישור חלוקה לפי סעיף 303 לחוק החברות – בראי החשש שמא קיים אינטרס ציבורי נוסף שעשוי להיפגע או לא לקבל ייצוג מספיק על ידי הצדדים הפורמאליים להליך;¹⁵⁵ וכך גם בשלל הליכים אזרחיים "רגילים" – מקום בו עולה כי ההליך שבפני בית המשפט דורש הכרעה בסוגיה בעלת השלכות רחב, ואלו לא לובנו כהלכה במסגרת ההליך שלפניו,¹⁵⁶ מצאו בתי המשפט בערכאות השונות לפנות למאסדר הרלוונטי לצורך קבלת עמדתו.

לכן, בשים לב לזהות הרבה בין תכליות מוסד "ידיד בית המשפט" והפרקטיקה של קבלת עמדת המאסדר, לעמדתנו ראוי כי גם בבואו לבחון קבלת עמדת מאסדר, בית המשפט יתן דעתו למבחנים המגלמים תכליות אלה – כמפורט לעיל. כמו כן, בשים לב לכך שמדובר בפרקטיקה נוהגת, ולמרות שלעיתים נוהגים בתי המשפט בערכאות השונות באופן המתואר לעיל כבר כיום, לעמדתנו ישנה חשיבות ליצירת האחדה של הבחינה, וזאת במטרה להגביר את ודאות ההליך, ולצמצם את הפגיעה האפשרית בבעלי הדין.

1. סיכום

במסגרת מאמר זה לדון בשאלה המקדמית על אודות מקורה ועצם קיומה של סמכות בית המשפט להורות על קבלת עמדת מאסדר, מקום בו הוא אינו צד לאותו הליך. השערנו הייתה, כי סמכות כאמור קיימת, ובמסגרת סקירה זו, סבורים אנו כי עלה בידינו לבססה. לאחר שסקרנו ובחנו את הפסיקה הנוהגת, מצאנו כי מדובר בפרקטיקה חיונית, מקובלת ושכיחה במגוון רחב של תחומים במשפט האזרחי. אולם, על אף שזו מקובלת בתחומים שונים, אין בנמצא הוראות חוק ייחודיות לסוג הליך מסוים אשר מספקת מענה לשאלת הסמכות. מבחינת הנעשה בתחומים השונים למדנו כי סמכותו של בית המשפט לעניין קבלת עמדת המאסדר אינה מוגבלת לסוג הליך מסוים; וכן, כי תכלית קיומה של סמכות זו היא

¹⁵⁴ מעבר לאמור לעיל בהרחבה, ראו גם: ת"צ (מרכז) 14912-05-20 עב' נ' ש. שטובין בע"מ (10.1.2022).

¹⁵⁵ ראו למשל: ת"צ (ת"א) 43187-10-12 אבידור נ' נטוויז בע"מ, פס' 2 (03.05.2016).

¹⁵⁶ ראו למשל: עניין ערב, לעיל ה"ש 63.

לאפשר לבית המשפט לקבל תמונה מלאה ושלמה יותר, בפרט במקרים בהם קיים ספק האם די בזו שנפרסה בפניו על ידי הצדדים עצמם.

ביסוסה של אותה סמכות טבועה כאמור, נעשתה תחילה על דרך השלילה – הצבענו על הוראות חקיקה שונות, אשר לגישתנו מלמדות על תכלית דומה של חשיבות עשיית צדק גם על חשבון פגיעה מסוימת באדברסריות של ההליך ובחנו האם יש בהן כדי לספק סמכות לפנייה למאסדר. ולגישתנו, אין בהוראות החוק אותן סקרנו כדי לספק מקור סמכות כאמור. בהמשך פנינו לבחון את השימוש הדומה שנעשה בסמכות זו בעניין קוזלי. זאת כמובן תוך שימת לב לדמיון אך גם לשוני המהותי בין ידיד בית המשפט לבין מאסדר אשר מגיש עמדתו בהליך שאינו צד לו. בתוך אלו, ביקשנו ללמוד באופן קוואיסיטי מהן התכליות העומדות ביסוד החלטותיו של בית המשפט לפנות לקבלת עמדת המאסדר – ועל פי רוב וככלל, הגענו לכדי מסקנה כי תכליתה של פנייה זו היא לסייע לבית המשפט בפריסת מלוא היריעה וקבלת התמונה המלאה, על בסיסן יהיה בידו להגיע לתוצאה הצודקת במקרה הפרטני שלפניו. מכל אלו למדנו – כי המסקנה המתחייבת היא שלבית המשפט קיימת סמכות זו. אולם, בשים לב להיעדר החקיקתי האמור, לעמדתנו מקורה של הסמכות מצוי בסמכותו הטבועה של בית המשפט.

לאחר שמצאנו וביססנו את מקור הסמכות, פנינו לבחון האם ראוי לעשות שימוש בסמכות זו, ואם כן – אז אימתי. לצורך מענה לשאלה זו, מצאנו לבחון את התכליות הניצבות בבסיסו של מוסד "ידיד בית משפט". בחינה זו הובילנו למסקנה כי תכליות אלו דומות ביותר לתכליות הניצבות בבסיס הפנייה למאסדר – כפי שזו מנומקת על ידי בתי המשפט. מכך, גיבשנו עמדתנו לפיה ניתן וראוי ללמוד ולהקיש מן המבחנים שנקבעו בפסיקה לעניין "ידיד בית משפט", גם לעניין הפנייה למאסדר. זאת, בשים לב לנקודות השוני בין המוסדות ובראשן – חזקות האובייקטיביות והמקצועיות.

בהתאם לכך סיכמנו, כי אנו סבורים, שכאשר נדרש בית המשפט להכריע בשאלה האם עליו להורות למאסדר להגיש את עמדתו, נכון כי המבחנים שינחו החלטתו זו יעשו בראי אבני הדרך הבאות: **ראשית**, האם ניצבת בפני בית המשפט שאלה עקרונית החורגת מנסיבות הסכסוך שניצב בין הצדדים הטוענים לפניו; **שנית**, האם קבלת עמדת המאסדר תוכל לסייע להעמקת הדיון והבהרתו באופן הנדרשים לצורך הכרעת בית המשפט בהליך (תוך שימת לב לשאלה האם המידע אותו יציג המאסדר יהיה בו כדי לחדש ולחרוג מהמידע שכבר מונח לפני בית המשפט); **ושלישית**, האם אין בקבלת עמדת המאסדר כדי להכביד באופן ממשי על ניהול ההליך.

אנו מקווים שיהיה במאמר זה כדי לסייע הן בהבנה שלמה יותר על אודות הפרקטיקה שהתגבשה והפכה שגורה, בדבר פנייה למאסדר בהליך שהוא אינו צד לו; והן במישור המעשי, דרך קביעת אמות המידה ואבני הדרך שסייעו לגישתנו לבית המשפט להכריע בשאלה מתי עליו להפעיל סמכותו זו.