

## המאסדר כידידו של בית המשפט – שאלת סמכותו של בית המשפט להורות על קבלת עמדתו של המאסדר

מאת

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

פנייה למאסדר בהליך שהוא אינו צד לו היא 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, בייחוד כאשר על בית המשפט להכריע בסוגיה בעלת השלכות החורגות מד' 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 נתונה לבית המשפט – נבקש לדון גם בשאלה אימתי ראוי להשתמש 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 הליכים 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 סמכותו של 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 עמדתו של המאסדר. ו. סיכום.

### מבוא

הנורמה שלפיה בית המשפט רשאי, לבקשת הצדדים או מיוזמתו, להורות על קבלת עמדתו של המאסדר כדי שזה יביע עמדתו בהליך פלוני שאינו צד לו, היא פרקטיקה נוהגת בערכאות השונות בישראל. במרבית המקרים השימוש בפרקטיקה זו מנומק ביכולתו של המאסדר לסייע לבית המשפט בהרחבת היריעה ובקבלת מלוא התמונה טרם הכרעתו בסוגיה אשר חורגת מד' אמותיו של הסכסוך שלפניו. הנחת היסוד שבבסיס הנמקה זו היא כי המאסדר הוא גוף אובייקטיבי, בעל ידע מקצועי ובעל מומחיות ייחודית לתחומו, וקבלת עמדתו היא אפוא 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,<sup>1</sup> כצד שאינו מעורב בהליך, להגיש עמדתו. לאחר שנעמוד על מקור הסמכות – שלטעמנו נתונה

\* שופט בית המשפט העליון.

\*\* עורכת דין, עוזרת משפטית לשופט חאלד כבוב; תלמידה במסלול לתואר שלישי בפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב.

לבית המשפט, נבקש להרחיב את היריעה גם באשר לשאלה אימתי ראוי שבית המשפט ישתמש בסמכותו זו, ומהם השיקולים והרציונלים שנכון שינחו את החלטתו. בתוך כך נבקש להניח את אבני הדרך הראויות לטעמנו להתוויית שיקול דעתו של בית המשפט כשהוא שוקל אפשרות כזאת.

כדי לתחום גבולותיו של מאמר זה נבהיר כי עניינו של הדיון כאן אינו במקרה שבו המאסדר הוא צד להליך או שיש לו "עניין אישי" בתוצאותיו אלא במקרה שבו התבקשה עמדת המאסדר כגורם אובייקטיבי ומקצועי, בעל מומחיות או ידע מעשי רלוונטי, אשר יוכלו לסייע לבית המשפט בביאור הסוגיות מושא ההליך שלפניו. וכך גם אין עניינו במקרה שבו פונה המאסדר מיוזמתו לבית המשפט לצורך הצטרפותו להליך מסוים, פנייה הנסמכת כדרך הכלל על הוראת דין ספציפית, כאשר קיים, לגישת המאסדר (או לגישתו של בית המשפט), עניין ציבורי מושפע, או עלול להיות מושפע, מתוצאות ההליך.<sup>2</sup>

לגישתנו, חשיבות הדיון בשאלה זו היא בכך שחרף העובדה שמדובר בפרקטיקה שכיחה ומקובלת בכלל הערכאות הדיוניות, השימוש בה נעשה ללא הסדרה מפורשת בחקיקה ראשית או משנית. משכך, לצד ההצדקות וההנמקות, הראויות לטעמנו, שמצויות בפסיקה – אך ניתנות בבית המשפט אד הוק – חסר הדיון באותה 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 האלה: המפקח על הבנקים, משרד התחבורה, רשות לניירות ערך, רשם החברות, המפקח על הביטוח, ולמעשה לכל גוף פיקוחי-ציבורי לעניין הדין הרלוונטי לתחום אחריותו ומומחיותו. כך גם מקובלת הפנייה ליועץ המשפטי לממשלה, אם הוא אינו צד להליך.<sup>3</sup>

\*\*\* עורך דין, מתמחה לשעבר אצל השופט חאלד כבוב.

תודה רבה לשרון חנס, לאלון קלמנט וליששכר רוזן-צבי על הערותיהם ועל עזרתם החשובה במהלך העבודה על מאמר זה. נבקש להודות גם למערכת כתב העת משפטים על עבודת העריכה המסורה ועל ההערות המועילות שסייעו רבות לטיוב המאמר.

<sup>1</sup> ס' 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 הענפה של בתי המשפט, גבולות הגדרתו של המאסדר רחבים יותר, והם תלויים במקרה ובנסיבות. במובן זה, כל גורם ציבורי אשר אמון על תחום רלוונטי, בין באופן מקצועי ובין כמפקח, עונים לעניין זה על הגדרת המאסדר.

<sup>2</sup> ראו למשל: ס' 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]; ס' 153 לחוק הירושה, התשכ"ה–1965; ס' 35 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח–1968; 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 כשמדובר במקרה שבו המאסדר מבקש להצטרף להליך, ייתכן כי השיקולים שניציע במסגרת המאמר יכולים לסייע גם בבחינת בקשה כזאת על משקל קל וחומר, שכן במקרה כזה בית המשפט אינו יוזם הבקשה אלא הוא בוחן בקשת הצטרפות ההליך של מאסדר, בדומה לבקשת הצטרפות של "ידיד בית משפט".

<sup>3</sup> לעניין קבלת עמדת היועץ המשפטי לממשלה כ"מאסדר" חשוב להפריד בין שני כובעים שונים שאותם חובש היועץ המשפטי לממשלה. בכובעו הראשון נעשית פנייה ליועץ המשפטי לממשלה, שלא מכוח הסדר סטטוטורי

דרך סקירת פסיקותיהם של בתי המשפט נבקש לבסס את ההנחה כי הפנייה למאסדר מועילה לעבודת בית המשפט, הנחה אשר מבוססת על שתי נקודות מוצא עיקריות – ראשית, כי המאסדר הוא גורם אובייקטיבי; שנית, כי המאסדר הוא גורם מקצועי בתחומו. כן נבקש להראות כיצד נקודות מוצא אלה עומדות – ואינן נשללות – אף כשהחליט בית המשפט שלא לקבל את עמדת המאסדר לאחר הגשתה. לאחר ביסוסה תשמש הנחה זו בסיס לדיון כאן. עוד נבקש לבחון אם השימוש בפרקטיקה זו מוגבל לסוגי הליכים מסוימים שבהם קיימת התייחסות חקיקתית ספציפית, או שמא מדובר בתופעה רחבה החולשת על המשפט האזרחי בכללותו. בעניין זה נבקש להראות כיצד אף שקיימים הבדלים גדולים בין סוגי ההליכים השונים, ניכר כי התכלית שבבסיס הפנייה למאסדר, דומה בכלום והיא לסייע לבית המשפט, באמצעות גורם אובייקטיבי ומקצועי, להגיע לתוצאה צודקת יותר. בראי תכלית זו, ודרך בחינת המקורות הנורמטיביים שמכוחם 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 לסרטט קווים מנחים להתוויית שיקול דעתו של בית המשפט בבחינת השאלה אימתי ראוי לפנות למאסדר. המבחינים שנציע לעניין זה שאובים למעשה ממוסד דומה שאליו נידרש ביתר פירוט – "ידיד בית משפט". פנייתנו למוסד זה דווקא נובעת מהדמיון הקיים לגישתנו בין שני מוסדות אלה, הן באשר להנחות שבבסיס הפנייה למאסדר והן באשר לתכליות הפנייה עצמה. על דמיון זה עמד כבוד הנשיא דאז ברק בעניין קוזלי,<sup>4</sup> שם החל העיסוק בשאלת מקור הסמכות להורות על צירוף צד כ"ידיד בית משפט", וכן מאסדרים, והוא ישמש נקודת מוצא לגיבוש המבחינים הראויים בענייננו.<sup>5</sup> יתרה מזאת, בראי הנחת המוצא בדבר אובייקטיביות המאסדר והיותו גוף מטעם המדינה האמון על שמירת האינטרס הציבורי בכללותו, התאמתם של מבחינים אלה יפה לטעמנו על משקל קל וחומר, למעט מקרים מובחנים, שנעסוק גם בהם.

מסיום, כדי שזה יפרש דבר חקיקה תוך כדי הרחבת התשתית המשפטית והעובדתית אשר מונחת לפני בית המשפט, בין היתר בשים לב 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 שבהם היועץ המשפטי לממשלה אינו מאסדר, אולם מכורה נסיבות שונות הוא הגורם הציבורי הרלוונטי בהם. כך למשל כבוד השופט ביבי הורתה ליועץ המשפטי לממשלה להגיש עמדתו אשר ריכזה את כלל עמדות המאסדרים הרלוונטיים, שכן נטען כי הכרעה בהמרצת הפתיחה שלפניה שעניינה הפקדת כספים שמקורם במסחר במטבעות דיגיטליים בבנק, תהיה בעלת השלכות רוחב ניכרות על הציבור (ת"א (תל אביב-יפו) 51757-08-18 ערב נ' בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ פס' 22 (נבו) 22.2.2021). בדומה לכך, התבקשה עמדת היועצת המשפטית לממשלה בהליך שבו נדונה שאלת החובה לכלול את סכום המע"מ במחיר נקוב (ת"צ (מרכז) 28214-11-21 עדרי נ' סלוטייל בע"מ צ.ד. פינקו שירותים פיננסים בע"מ (נבו) 3144/23 פלטר נ' מפעל הפיס (נבו) 3.2.2025). בכובעו השני היועץ המשפטי לממשלה הוא צד להליך בין מכות פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], ובין מכות הסדרי חקיקה שונים אשר דורשים את התייצבותו כמייצג האינטרס הציבורי, למשל במקרים של בקשה לאישור הסדר פשרה בהליכים ייצוגיים ונגזרים. בהליכים שבהם היועץ המשפטי לממשלה התייצב בכובעו השני, יהיה בלתי אפשרי לקבל את עמדתו כ"מאסדר", שכן הוא למעשה צד להליך.

<sup>4</sup> מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג" 529, פס' 43 (1999) (להלן: עניין קוזלי).

<sup>5</sup> שם.

בימים שבהם החלו שורות אלה להיכתב, נדונה בבית המשפט העליון בגדרי הדיון הנוסף בעניין זליגמן שאלת המשקל שיש ליתן לעמדת המאסדר כשזו 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<sup>6</sup>. כפי שאנו סברנו, וכפי שבואר גם בפסק הדין, הלכה למעשה שאלה זו מורכבת משני נדבכים: הראשון, שאלת סמכותו של בית המשפט לפנות למאסדר לצורך קבלת עמדתו; השני, שאלת המשקל שיש 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 האלה:<sup>7</sup>

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

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

מנקודת מוצא זו יחל דיוננו בשאלת מקור סמכותו של בית המשפט להורות על קבלת עמדתו של המאסדר כשתחיתתו תהא בגדריו של ההליך האזרחי. דיון זה הוא לטעמנו נדבך ראשון וחשוב להשלמת הדיון שנערך בדיון הנוסף בעניין זליגמן בנוגע לשאלת המשקל שיש ליתן לעמדת המאסדר, כנדבך שני.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (נבו) 4.7.2021 (להלן: עניין זליגמן – דיון נוסף) ורע"א 9778/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ (נבו) 31.5.2018 (להלן: עניין זליגמן – ערעור).

<sup>7</sup> עניין זליגמן – דיון נוסף, לעיל ה"ש 6, פס' 44 לפסק דינו של כבוד השופט מלצר; ראו גם: עניין זליגמן – ערעור, לעיל ה"ש 6, בפס' 29.

<sup>8</sup> יצוין כי עמדה זו מנוגדת לעמדת המיעוט בעניין זליגמן – דיון נוסף, שהיא עמדת הרוב בעניין זליגמן – ערעור, מפי כבוד השופט וילנר, ולפיה יש ליתן משקל בכורה לעמדה הפרשנית של המאסדר כברירת מחדל כל עוד הפרשנות של הרשות אפשרית ועולה בקנה אחד עם לשון החוק ותכליותיו, וכן כל עוד עמדתו של המאסדר איננה נובעת משיקולים שאינם ענייניים או שהתקבלה בניגוד עניינים. יודגש כי פסק הדין דן במקרה שבו הוגשה עמדה פרשנית מפי המאסדר באשר להנחיותיו שלו – היינו פרשנות המאסדר להנחיות שהוא עצמו יצר – מכוח ההנחה ש"השאיפה בעת גיבוש תכליתה של נורמה היא להתחקות אחר כוונת יוצרה" (עניין זליגמן – דיון נוסף, לעיל ה"ש 6, בפס' 29 לפסק דינה של כבוד השופט וילנר).

<sup>9</sup> 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 1 (תש"ף) (להלן: שפירא); יואב דותן "chevron בישראל? סמכות פרשנית ודילמות אסטרטגיות בעקבות ע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ" פורום עיוני משפט מד 1 (תש"ף); רונן אברהם "זליגמן בארבעה ממדים – מתי יש ליתן מתחם של כבוד לרשות המינהלית?" פורום עיוני משפט מד 1 (תש"ף); אלאא

המאמר ממשיך כדלהלן: **בחלקו הראשון** של המאמר נבקש לדון בהנחת המוצא המוסכמת שבבסיס הפנייה למאסדר מאת בית המשפט – כי מדובר בגורם אובייקטיבי בעל מומחיות ומקצועיות בתחומו; **בחלק השני** נסקור את ההליכים האזרחיים השונים שבהם השתרשה פרקטיקה זו חרף העובדה כי ביצוע הפנייה למאסדר במסגרת הליכים אלה אינה מוסדרת במפורש; **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 בית המשפט בסמכות זו; **בחלק החמישי** נעמוד על השיקולים שצריכים לטעמנו להנחות את בית המשפט בבואו להחליט על 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 הדנות בסוגיית מומחיות המאסדר בתחומו מעלה כי ככלל קיימת הסכמה אשר למעמדו של המאסדר כגורם מקצועי וכמומחה בתחום אחריותו. משכך לא אחת נדרש בית המשפט לעמדת המאסדר, לרבות בנוגע לאופן יישומו הראוי של הדין אשר חולש על הסכסוך שלפניו.<sup>10</sup> כיוון שהפנייה למאסדר נעשית על בסיס ההנחה כי פנייה זו תועיל לעבודת בית המשפט, הנחה אשר מבוססת על שתי נקודות מוצא עיקריות – שמדובר בגוף מקצועי ואובייקטיבי – נפנה ראשית לבחינתן של נקודות מוצא אלה.<sup>11</sup>

חאג' יחיא ודורין לוטטיג "פתח דבר בעקבות ע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ: לקראת הכרעה בדין הנוסף בבית המשפט העליון" **פורום עיוני משפט** מד 1 (תש"ף).

<sup>10</sup> יצוין כי שאלת פרשנות הדין לפי עמדת המאסדר מתעוררת לא אחת בגדרם של הליכים מנהליים, שם עשוי המאסדר להיות צד להליך ולא דווקא חיצוני לו. עם זאת הדברים האמורים יפים ככלל לגיבוש המסקנה בדבר ההסכמה הגורפת שקיימת בספרות ובפסיקה בנוגע למקצועיותו ולמומחיותו של המאסדר, והם אף יפים על משקל קל וחומר להליכים שבהם עמדת המאסדר מתבקשת אף שהוא אינו צד להליך.

<sup>11</sup> 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 פני הדברים הגשתה של חוות דעת מומחה, אולם זו לא הוגשה על ידי הצדדים (כגון הערכת שווי או היתכנות אסדרתית, השלכות פסקליות ועוד), בין היתר משום שמינוי שכזה יחייב השתת עלויות אלו על הצדדים להליך (ולעיתים אף חשש מפני סרבול ההליך והארכתו). כמו כן זוהי הפרוגטיבה של הצדדים וחובתם לספק חוות דעת כזאת. אולם לטענתנו נתונה לבית המשפט הסמכות לקבל מהמאסדר הרלוונטי חוות דעת שתציג נתונים שאינם עוסקים במחלוקת הספציפית, אלא תציג ראיה רוחבית יותר, עתידית יותר, שתעסוק בהשלכות האפשריות של ההכרעה, לא כדי למנוע עיוות דין לעניין בעלי הדין עצמם אלא מתוך ידיעה שיתכן כי להחלטה יהיו השלכות רוחב שעשויות להשפיע על צדדים נוספים שאינם בעלי דין בהליך, 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 שמירת האינטרס הציבורי הרחב וכפוף לו. יודגש כי אין כל פסול בהיות גוף פרטי מוכווון וצר, והיות רשות ציבורית רחבה וכוללנית בבחינתה. אולם בבחינת עמדות אלה, הרי שפניית בית המשפט נעשית לשם קבלת בחינתן של השלכות הרוחב על ציבור רחב, ומשכך, 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 שלו. כך, כבוד השופט ע' ברוך קבעה כי "נקודת המוצא היא שלרגולטור נתונים הידע והמומחיות בתחום שעליו הוא אמון, ולכן עמדו עשויה לשפוך אור על המחלוקת שביסוד ההליך ולקדם ואף להעמיק את הדיון בהן".<sup>12</sup>

ברוח זו אמר גם פרופ' ברק בספרו שבבחינת המשקל שיש ליתן לפרשנות הרשות או המאסדר על הוראות החקיקה, הרי שניתן משקל למומחיותו של אותו גורם אשר מעצם פעולתו פועל ומפרש את הדין הרלוונטי.<sup>13</sup> דברים דומים נקבעו בפסקותיו 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.<sup>14</sup>

בכך מובלעת גם ההכרה בחשיבות ידיעותיו של המאסדר בתחום 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 אל מעבר למקרה הפרטני שלפניו.

כך לדוגמה קבע כבר בשנת 1969 כבוד 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".<sup>15</sup> דברים דומים אמרה כבוד השופטת

<sup>12</sup> רע"א 4836/21 חברת חשמל לישראל בע"מ נ' שליידר, פס' 18 (נבו 20.2.2022); ראו גם: רע"א 7169/17 פלאפון תקשורת בע"מ נ' פירט, פס' 10 (נבו 3.2.2019).

<sup>13</sup> אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 798 (תשנ"ג); כמו כן מפנה פרופ' ברק לפסק דינו בבג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 305 (1987). ראו גם: יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א – המינהל הציבורי 223–224 (מהדורה שנייה מורחבת 2010).

<sup>14</sup> ת"צ (מחוזי מרכז) 16-09-25061 מרקמן את טומשין – חברת עורכי דין נ' בוק בינלאומי בע"מ, פס' 22 (נבו 4.7.2019) (להלן: עניין מרקמן); ת"צ (מחוזי מרכז) 15-06-19619 דנינו נ' 013 נטוויז בע"מ (נבו 17.07.2018); ת"צ (מחוזי מרכז) 16-09-20212 הופמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פס' 18 (נבו 31.5.2019); ת"צ (מחוזי ב"ש) 17-09-29039 שלומי נ' דן באר שבע תחבורה (2016) בע"מ, פס' 30 (נבו 19.9.2019); בג"ץ 6274/11 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' שר האוצר, פס' 11 (נבו 26.11.2012). ראו עוד לעניין זה: רע"א 7600/19 בירון-ביטון נ' גוטקס מותגים, פס' 6 (נבו 30.12.2019) (להלן: עניין בירון-ביטון); ת"צ (אזורי ת"א) 18-09-22577 צדק פיננסי - מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ, פס' 80 (נבו 15.1.2020); ת"צ (מחוזי ת"א) 11-05-42754 כהן נ' סלקום ישראל בע"מ, עמ' 66 (נבו 9.12.2019); ת"צ (מחוזי מרכז) 17-10-36899 בן יהושע נ' ש. שלמה החזקות בע"מ (נבו 15.3.2020); ראו גם: ת"צ (כלכלית ת"א) 19-12-18029 פיקו נ' בנק הפועלים בע"מ-סניף ראשי (נבו 18.10.2020); ת"צ (מחוזי ת"א) 02-49140-16 פוגל נ' מליסרון בע"מ (נבו 12.8.2020); ת"צ (מחוזי מרכז) 16-12-1572 מושקוביץ נ' איי.די.איי. חברה לביטוח בע"מ (נבו 17.12.2020); ת"צ (מחוזי מרכז) 17-06-39581 זינרייך נ' אלקטרה מוצרי צריכה (1970) בע"מ (נבו 17.11.2020).

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

ביניו, שקבעה כי "הרשות היא בעלת כישורים להפעלת הסמכות, לעתים אפילו בעלת מומחיות מיוחדת, והיא מתבססת על ניסיון מעשי".<sup>16</sup> היינו, נקבע כי המאסדר הרלוונטי מוסיף עומק שממנו 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 מדי יום ביומו.

כך גם בעניין **זליגמן – ערעור צוין** כי "קיימת תמימות דעים לפיה ניתן לייחס משקל מסוים לעמדתה הפרשנית של הרשות המינהלית המיישמת את הוראות החוק [...] ככל שהסדר הנורמטיבי עוסק בתחום הדורש מומחיות מקצועית והיכרות קרובה ומעמיקה עם יישום ההוראות בשטח, ייטה בית המשפט לאמץ את פרשנותה של הרשות המינהלית".<sup>17</sup> זאת כאמור בבחינת מומחיות המאסדר בתחום אחריותו – הנחה שאימץ 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.<sup>18</sup> חידושים אלה מאפשרים, ואף מחייבים, את המאסדר להישאר תמיד מעודכן בשינויים הטכנולוגיים והמשפטיים בתחומו. כך למשל בית המשפט העליון התייחס לעניין זה בציינו כי תחום הקניין הרוחני מתאפיין בשינויים תכופים, דבר המטיל על בית המשפט ועל המאסדרים הרלוונטיים אחריות כבדה. בשים לב לכך צוין כי "התמקצעות הרגולטוריים – בין רשות הפטנטים ובין, כאמור, הממונה על הגבלים עסקיים – מסייעת לבתי המשפט בהכרעותיהם, אף שאין היא מסירה את אחריותם".<sup>19</sup>

## 2. המאסדר כגורם אובייקטיבי

מלבד ההתייחסות למקצועיותו ולניסיונו הרב של המאסדר בתחומו הייתה התייחסות רבה גם לאובייקטיביות המאפיינת אותו, כנקודת המוצא לעצם ביצוע הפנייה אליו, כמו גם לבחינת עמדתו לאחר הגשתה. כך עולה מהנמקותיו השונות כי הנחת היסוד שבה אוזחז בית המשפט היא שהמאסדר אינו מזוהה עם אחד הצדדים להליך, ועמדתו נמסרת, ככלל, באופן ניטרלי ועצמאי, ומשכך, בחינת עמדתו נעשית בשימת לב לאינטרס הציבורי שעליו הוא מופקד.

כך למשל נקבע בעניין **בן עמי**:<sup>20</sup>

<sup>16</sup> בג"ץ 6395-98 **אלקושי נ' קצין התגמולים – משרד הביטחון**, פ"ד נד (1) 454, פס' 5 (14.02.2000), שם מפנה השופטת ביניש לפרופ' י' זמיר, ראו שם; ראו גם: ע"א 2512/93 **איתורית שירותי תקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל**, נא (3) 252, פס' 9 לפסק דינה של כבוד השופטת דורנר (1997); ע"א 1057/18 **עברון נ' ורדי**, פס' 3 לפסק דינה של כבוד השופטת וילנר (נבו 23.1.2019).

<sup>17</sup> עניין **זליגמן – ערעור**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 20–21.

<sup>18</sup> ע"א 5365/11 **אקו"ם בע"מ-אגודת קומפוזיטורים נ' music publishing ltd emi**, פס' ה' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו 3.9.2013) אשר אוזכר גם בעניין **זליגמן – דיון נוסף**, לעיל ה"ש 6, פס' 3 לפסק דינו של כבוד השופט מינץ.

<sup>19</sup> שם.

<sup>20</sup> תנ"ג (כלכלית ת"א) 21785-02-11 **בן עמי נ' מגורה מבטחים החזקות בע"מ**, פס' 60–63 (נבו 29.5.2012).

על אף שבעניינינו הרשות הוזמנה על ידי בית המשפט להשתתף בהליך – לא כצד להליכים, אלא כמי שהתבקש להביע עמדה מייצגת לבית המשפט בשלב 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 בשם של אותם בעלי מניות שהיא אמונה על האינטרסים שלהם מכוח חוק ניירות ערך – בעלי המניות מקרב הציבור.

יודגש כי אותה "חזקת אובייקטיביות" העומדת למאסדר בעיניו של בית המשפט עשויה להיסתר. כך למשל במקרים שבהם בשל הקרבה בין המאסדר לבין הגורמים שהוא מפקח עליהם האסדרה מתעצבת לפי צורכי המפוקחים ולא דווקא בראי האינטרס הציבורי.<sup>21</sup> מקרים אלו מכונים בספרות המחקרית "שבי רגולטורי" (regulatory capture), וחשש מפני תחולתם במקרים מסוימים הועלה לא אחת על ידי צדדים להליך לפני בית המשפט. אולם גם במקרים שבהם נדונו טענות מסוג זה שב והדגיש בית המשפט שאין בקרבה כשלעצמה כדי לאיין את חזקת התקינות כל עוד טענת השבי הרגולטורי לא התקבלה בבית המשפט. כך גם לא אחת עלתה טענת השבי הרגולטורי כשעמדת המאסדר ניתנה באופן לא רשמי או ללא שקיפות.<sup>22</sup> מכאן שנכון לטעמנו להניח כי אם ניתנה עמדת המאסדר במסגרת הליך משפטי, ביוזמת בית המשפט ובפיקוחו – חשש זה פוחת במידה מרובה.<sup>23</sup> מנגנון "פיקוח" נוסף הוא מעורבותם של הצדדים עצמם, אשר בוחנים את עמדת המאסדר, ובמקום שהדבר נדרש – אף תוקפים אותה לגופה. במובן זה מספקים הצדדים נקודת מבט ביקורתית ובוחנת, ובכוחם להצביע על הטיות "זרות" בעמדה, אם יש 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 כמה 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 מתוך מטרה להיטיב עם המפוקח ולא דווקא עם הציבור. משכך, נקבע כי שומה על בית המשפט לבחון במקרים אלו את הפרשנות שמציע המאסדר בהקפדה יתרה.<sup>24</sup>

ביטוי נוסף למקרה של שבי רגולטורי הוא תופעת "**הדלת המסתובבת**". תופעה זו עוסקת בנושאי משרה שעבדו במגזר הציבורי ומתמנים למשרות בגופים פרטיים שעליהם פיקחו,

<sup>21</sup> ראו למשל: שרון ידין רגולציה חדשה: מהפכה במשפט הציבורי 137–141 (2018); שפירא, לעיל ה"ש 9.

<sup>22</sup> ע"א 9294/16 שמעון נ' חברת איי די איי חברה לביטוח בע"מ, פס' 54 וההפניות שם (נבו 4.2.2020); דפנה ברק-ארו **משפט מינהלי** כרך א 289–291 (2010).

<sup>23</sup> בשים לב לכל האמור לעיל יש להדגיש כי לבית המשפט נותרת הסמכות לבחון את יחסי המפקח-מפוקח אם יעלו טענות לניגוד עניינים או להיעדר אובייקטיביות של המאסדר.

<sup>24</sup> עניין **זליגמן – דיון נוסף**, לעיל ה"ש 6, בפס' 50–61 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימוס) מלצר וההפניות שם.

וגם ההפך – בכירים במגזר הפרטי המתמנים להיות מאסדרים של אותו השוק.<sup>25</sup> החשש המתעורר הוא מפני ניגוד עניינים שעלול להיווצר, אף שלא במודע, אצל המאסדר שישאף להותיר רושם חיובי על המפוקח שייתכן שעמו יעבוד בעתיד או שעבד עימו 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.<sup>26</sup>

חשש נוסף נובע מהאינטרס הסמוי של המאסדר לפרש את הנחיותיו פירוש שישלול מסקנה שלפיה כשל בתפקידו הפיקוחי בנסיבות אותו עניין – מסקנה אשר עשויה, מטבע הדברים, להוביל לפגיעה במוניטין של המאסדר. נוסף על זה עשוי המאסדר להיות מושפע גם משיקולים של יציבות השוק שעליו הוא מפקח (למשל העדפת האינטרס של החברות הגדולות המפוקחות על פני הניזוקים-תובעים).<sup>27</sup>

על יסוד כל אלה קבעה כבוד השופטת וילנר בעניין זליגמן – דיון נוסף כי טענות לעניין שבי רגולטורי הן “חשש כללי אשר מרחף מעל גופים מינהליים ומוסדות שונים ואינו ייחודי למאסדר דווקא”. משכך, לצד חובתו של בית המשפט להיות ער לחשש האמור, אין בכך כדי לשלול אפירורית את חזקת התקינות החלה על המאסדר, ולפיכך 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 פרוצדורלית אחרת.<sup>28</sup>

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 אם עמדת המאסדר תואמת את כללי הפרשנות המקובלים כפי שאלו נקבעו בפסיקה; אם מומחיות המאסדר קיבלה ביטוי בעמדה שהוגשה, שכן עמדתו במהותה עוסקת בסוגיה “טכנית ומקצועית”; אם השוק המפוקח, זהות הצדדים ונסיבות המקרה מעלים את החשש שהמאסדר נגוע בכשל רגולטורי; יסודיות העמדה; אם אותו מאסדר הציג עמדות פרשניות סותרות בנוגע לאותו נושא; אם יש יותר ממאסדר אחד לאותו תחום מפקח שהציגו עמדתם; לבסוף, אם המקרה נופל באחד החריגים שמנתה כבוד השופטת וילנר בפסק הדין בעניין זליגמן – ערעור (למשל כאשר עמדת המאסדר נובעת משיקולים שאינם ענייניים או נגועה בניגוד עניינים).<sup>29</sup>

25. שם.

26. שם, בעמ' 27.

27. שם, בעמ' 28.

28. שם, בפס' 39–46 לפסק דינה של כבוד השופטת וילנר.

29. שם, בפס' 68 לפסק דינו של כבוד סגן הנשיאה (בדימוס) מלצר; עניין זליגמן – ערעור, לעיל ה"ש 6, בפס' 40 לפסק דינה של כבוד השופטת וילנר.

נוסף על האמור, אף אם 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 יסוד הוא כי אין בית המשפט צועד כעיוור אחר המאסדר גם בהליכים שבהם הוגשה עמדתו. כך גם הצדדים עצמם הם למעשה מנגנון בקרה נוסף על סבירותה ותקינותה של העמדה המוגשת. ומכאן כי גם אם מצא בית המשפט לנכון להורות על קבלת עמדתו של המאסדר, מאליו מובן כי אין בכך כדי להחליף את שיקול דעתו או את הפררוגטיבה ההכרעתית העומדים לבית המשפט, ואך לו.<sup>30</sup> לטעמנו, גם אם 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 הפרוסיים לעיני בית המשפט מסייעת בחשיפת האמת, בניהול הליך הוגן ואף בקבלת החלטה שתכריע באופן שלם וראוי יותר בסוגיה שנדונה.<sup>31</sup>

כדי לא לצאת חסר, ובנפרד מהדיון לעיל, גם אם חזקת האובייקטיביות לא נסתרה, ולא קם חשש כי העמדה שהתקבלה איננה ניטרלית, קיימת ביקורת נוספת על עמדת מאסדר – כי כיוון שעל המדינה "לדבר בקול אחד", עמדות חשובות של גורמים בתוך המדינה אינן נשמעות.<sup>32</sup> מכאן למעשה הטענה שלפיה גם לפי חזקת האובייקטיביות ייתכן אינטרס "זר" לכאורה אשר ימנע 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 אם בסוגיה הנדונה קיימים מאסדרים שונים הרלוונטיים לתחום, ואם כן, יש להביא במכלול השיקולים את האפשרות כי העמדה שהובאה מייצגת הלכה למעשה עמדה אחת שבוכרה מתוך כמה עמדות.<sup>33</sup> כפוף לאמור, והיות שמדובר בפנייה 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 מפי מאסדרים שונים (אם אלו הוגשו בהליך מסוים), או להורות למאסדרים נוספים להגיש עמדתם כאמור. במקרה כזה נתון לבית המשפט שיקול הדעת להחליט איוו עמדה לקבל, ואיוו משקל יש ליתן לכל עמדה שניתנה.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> ראו למשל את פסיקת בית המשפט בעניין **בירון-ביטון**, לעיל ה"ש 1416, בפס' 6; ע"מ 8814/17 דן נ' עיריית תל אביב-יפו, פס' 38 (נבו 26.5.2019); בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 742-746 (1999).

<sup>31</sup> עניין **זליגמן – דיון נוסף**, לעיל ה"ש 6, בפס' 68 לפסק דינו של כבוד סגן הנשיאה מלצר.

<sup>32</sup> ראו לעניין זה: ע"א 7187/12 **צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל** (נבו 17.8.2014).

<sup>33</sup> עניין **זליגמן – דיון נוסף**, לעיל ה"ש 6, בפס' 68 לפסק דינו של כבוד סגן הנשיאה מלצר. בע"א 7829/18 **בטר פלייס ישראל נ' אגסי**, פס' 27 ו-57 (נבו 8.2.2022). נדרש בית המשפט העליון לסוגיה זו כאשר הוגשה במסגרת ההליך עמדת הכנ"ר, אך בהמשך בשל הודעת היועץ המשפטי לממשלה על התייצבותו להליך, הגיש הכנ"ר בקשה להוציא את עמדתו מתיק בית המשפט, שכן זו כפופה לעמדת היועץ המשפטי לממשלה. כבוד השופט עמית העיר בפסק דינו שחלק מהסוגיות שבהן עסקה עמדת הכנ"ר לא קיבלו ביטוי בעמדת היועץ המשפטי לממשלה ואף הוסיף כי ייתכן שבית המשפט המחוזי יראה צורך להידרש לכך.

<sup>34</sup> בעניין זה ניתן לפנות לשיקולים המפורטים בעניין **זליגמן – דיון נוסף**, לעיל ה"ש 6, בפס' 68 לפסק דינו של כבוד סגן הנשיאה מלצר. בחינה דומה נעשת כאשר מוגשת עמדת "ידיד בית משפט", ועל בית המשפט להכריע מה יהיה המשקל שיתן לעמדה ואם יקבלה. כך למשל בעת"מ (מחוזי ת"א) 18156-12-17 **חת נ' רשות ניירות ערך** (נבו 19.9.2019). נדרש בית המשפט לעמדת לשכת עורכי הדין שהצטרפה כ"דידה". כך, אף שעמדה זו נדחתה, עצם הדיון בה הפרה את פסק הדין ואפשר דיון מעמיק ומקיף יותר בהשלכות הרוחב האפשריות טרם ההכרעה.

לסיכום, קיימת הסכמה ברורה על קיומה של חזקת האובייקטיביות אף שכפוף לקיום נסיבות חריגות יהיה אפשר לסתור חזקה זו. כמו כן ניתן לקבל כנקודת מוצא לדיון זה כי קיימת הסכמה רבתי על הידע המעשי שבו אוהזו המאסדר לעניין הפעלת הסדרי חוק שונים, כמו גם חשיבותו של ידע זה בשים לב לאותה היכרות מעשית. אלו מעניקים למאסדר את היכולת להביא לפני 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 נותר הליך הסדרתה – בין בחקיקה ראשית בין במשנית – מאחור. עובדה זו לא היוותה מכשול בפני בתי המשפט אשר ביקשו להוסיף ולהשתמש בה מתוך הכרה בחשיבותה ובתרומה הפוטנציאלית שגלומה בה לפי ייחודיותו של כל אחד מסוגי ההליכים השונים.<sup>35</sup>

בפרק זה נבקש לסקור את ההליכים האזרחיים השונים שבהם קבלת עמדתו של המאסדר הפכה שגורה ולחלק אינטגרלי של ההליך – 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 לניהולם 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 באופן 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 בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006 ובתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע–2010, החלות כדין ספציפי על הליכים מסוג זה. בתוך כך פנייה למאסדר מוסדרת בהליך הייצוגי בעיקרה בסעיפים 18–19 לחוק תובענות ייצוגיות ותקנה 3 לתקנות תובענות ייצוגיות.

כך, אישורו של הסדר פשרה במסגרת תובענה ייצוגית נעשה לפי הוראות סעיף 18 לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע כי "לא ייעשה הסכם ליישוב הסכסוך שבענינו הוגשה בקשה לאישור או שבענינו אושרה תובענה ייצוגית (בחוק זה – הסדר פשרה), אלא באישור בית המשפט".<sup>36</sup>

<sup>35</sup> הליך דומה נראה גם במשפט המשווה. כך למשל בארצות הברית קיים נוהג מקובל שמכוחו נעשית פנייה לקבלת עמדה משפטית לקונגרס, לפקיד ממשל שונים, לצדדים פרטיים ואף לערכאות שיפוט אף שאין מקור סמכות ברור ולמרות הפגיעה בעקרון האדוורסריות של ההליך [Neal Devins & Saikrishna Prakash, *Reverse Advisory Opinions*, 80 U. CHI. L. REV. 859, 889 (2013); Entente Design, Inc. (v. Super. Ct., 154 Cal. Rptr. 3d 216, 219 n.2 (Cal. Ct. App. 2013)].

<sup>36</sup> ס' 18(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

כחלק מהליך בחינתו של הסדר הפשרה טרם אישורו, ואם מצא 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 שיורה [...]".<sup>37</sup> משמע, המחוקק הסמיך את בית המשפט להורות על פנייה, נרחבת 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 שאליהם נדרשים בעלי הדין לשלוח את הסדר הפשרה טרם אישורו,<sup>38</sup> נוסף על הפנייה ליועץ המשפטי לממשלה.<sup>39</sup> קבלת עמדה נוספת כאמור נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט.<sup>40</sup>

הסדר נוסף בחוק תובענות ייצוגיות הרלוונטי לענייננו מצוי בסעיף 15 לחוק זה, הקובע כי "בית המשפט רשאי להתיר... 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... ולענין רשות ציבורית או ארגון – לשם הגנה על ענינם של חברי הקבוצה".<sup>41</sup> אולם יודגש כי נוסף על זה שמדובר בהשתתפות הצד המצטרף בדיונים, 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", בניגוד לעמדת מאסדר אשר מוגשת כשהמאסדר אינו בעל זיקה להליך ושמתרתה אינה לספק הגנה או סיוע לאחד מן הצדדים להליך.<sup>42</sup>

לעניין זה חשוב להדגיש כי לפי לשון הסעיף כפשוטו, מוגבלת סמכות בית המשפט להאציל מכוחו ל"רשות ציבורית" בלבד, שכן היא מאוזכרת בסעיף 15(א) לחוק לצד "חבר קבוצה" כגורם שניתן להתיר לו להשתתף בדיונים. משמעות המונח "רשות ציבורית" בחוק תובענות ייצוגיות נלמדת מסעיף ההגדרות בחוק, שלפיו רשות ציבורית היא "גוף המנוי בתוספת הראשונה".<sup>43</sup> בחינת התוספת הראשונה לחוק מלמדת כי למעשה מדובר בשלושה

<sup>37</sup> ס' 18(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.

<sup>38</sup> ראו: תק' 12(ד) ותק' 3 לתקנות תובענות ייצוגיות.

<sup>39</sup> שם; ראו גם: אביאל פלינט וחגי ויניצקי **תובענות ייצוגיות** 633.

<sup>40</sup> ראו למשל: ת"צ (כלכלית ת"א) 15-06-37693 **בנדל נ' אפריקה ישראל להשקעות בע"מ**, פס' 19 (נבו) 22.4.2021, 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 שבו נטועה המחלוקת בין הצדדים, ומכאן השאלה אם יש לממונה ידע רלוונטי בשדה זה, שיסייע לבית המשפט בהכרעה במחלוקת שלפניו.

<sup>41</sup> ס' 15 לחוק תובענות ייצוגיות.

<sup>42</sup> השור: ע"א 7842-16 **אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' פירסק**, פס' 15 (נבו) 27.9.2017.

<sup>43</sup> ס' 2 לחוק תובענות ייצוגיות.

גופים בלבד: נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות; הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים; נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה.<sup>44</sup>

מכאן שבשים לב להוראות סעיפים 15 ו-18 לחוק תובענות ייצוגיות, פנייה לגופים הייצוגיים להליך, שאינה מוגבלת ברשימה האמורה, הותרה במפורש על ידי המחוקק רק אם לא ניתן להסתמך על ההליך האדוורסרי בין הצדדים, למשל במהלך בחינת הסדר פשרה בהליך ייצוגי שבעניינו 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".<sup>45</sup> משמע, עסקינן בפנייה שונה בתכליתה מהפנייה לקבלת עמדת מאסדר, אשר נועדה לספק מענה לפער מוגדר בהליך האדוורסרי הייחודי לשלב מסוים בהליך הייצוגי. לפיכך נראה שאין מקור נורמטיבי לפנייה למאסדר כאשר סעיפים 15 או 18 לחוק אינם רלוונטיים למקרה. 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, בשים לב למומחיות המאסדר, כמו גם להיותו גורם אובייקטיבי שיכול לסייע לבית המשפט בגיבוש הכרעתו.

נחדד ונאמר שנקודת המוצא היא כי החשש מפני ניגוד אינטרסים בין התובע המייצג (או המבקש לייצג את הקבוצה) הוא גדול ביותר בעת בחינת הסדר פשרה בין התובע הייצוגי לבין המשיב. לפיכך 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 אחרים במשפט האזרחי. ודוק, לעמדתנו חוק תובענות ייצוגיות אינו מקור סמכות לבית המשפט להורות על קבלת עמדתו של המאסדר. אולם החוק מגלם טעמים נוספים וחשובים לקבלת העמדה האמורה, ובייחוד מקצועיות וחזקת האובייקטיביות של גופים אלה, שהם הייצוגיים 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.

<sup>44</sup> אולם יש להוסיף כי סקירת החלטות שניתנו בבתי המשפט השונים בעניין זה מלמדת שבתי המשפט השתמשו לא אחת בהוראות הסעיף כמקור סמכות להורות על קבלת עמדתו של המאסדר או על זימונו גם כאשר הפנייה נעשתה למאסדר שאינו מנוי על התוספת הראשונה לחוק תובענות ייצוגיות. 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) 1469-02-13 לוי נ' פסטת נונה בע"מ, פס' 7 (נבו) 26.11.2014; ת"צ (מחוזי ת"א) 2133-09 גמו נ' פלאפון תקשורת בע"מ (נבו) 10.1.2011.

מנגד, קיימת גם פסיקה הדוחה פרשנות רחבה זו לסעיף 15 תוך כדי התייחסות ברורה ללשון החוק ולהיות התוספת הראשונה לחוק רשימה סגורה. כך, בחינת לשון סעיף 15 לחוק תובענות ייצוגיות כפשוטו מלמדת שעל פני הדברים הוא אינו יכול לשמש מסגרת חקיקתית מפורשת להורות על קבלת עמדתם של המאסדרים השונים, אלא אלו המנויים בתוספת הראשונה בלבד. יתרה מזאת, הגדרתם המצומצמת של סוגי המאסדרים יכולה להתפרש אף 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 (נבו) 2.3.2010.

<sup>45</sup> ת"צ (מחוזי ת"א) 24675-10-13 הורי נ' צבאן בכור - תכשיטים בע"מ, פס' 33 (נבו) 30.8.2020; רע"א 3832/17 לוי נ' פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ, פס' 12 (נבו) 4.7.2017; בר"מ 4303/12 אינסלר נ' המועצה האיזורית עמק חפר, פס' 13 (נבו) 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 שבהם נדרשת הבנה מעמיקה של תחום מסוים אף אם לא הוגש הסדר פשרה לאישורו של בית המשפט, ובשים לב שנקודת המוצא לדיון היא ההכרה באותו ידע מעשי ומקצועי של המאסדר עם הוראות החוק הרלוונטיות לעבודתו השוטפת.<sup>46</sup>

על חשיבות זו עמד בית המשפט העליון גם בעניין **זליגמן – ערעור**, בקובעו לעניין זה כדלהלן: "אעיר רק, בזהירות המתחייבת, כי לטעמי ישנה חשיבות מיוחדת בתובענות ייצוגיות לקבלת עמדת המאסדר מקום בו קיימת עמימות נורמטיבית...".<sup>47</sup> 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. לפיכך הפרקטיקה של קבלת עמדתו של מאסדר מקובלת גם בהליכים מסוג זה, ואף זאת למרות היעדרה של סמכות לעשות כן בחקיקה הרלוונטית. כדי לתת תוקף לאמור נסקור להלן את הפרקטיקה הנוהגת לצד החקיקה הרלוונטית.

"תביעה נגזרת" מוגדרת בחוק החברות בסעיף ההגדרות: "תובענה שהגיש תובע בשם חברה בשל עילת תביעה שלה".<sup>48</sup> על פי זה, בהליך התביעה הנגזרת המבקש לתבוע בשם חברה נדרש להראות כי לחברה זכות תביעה ושזו נמנעת מלממש את זכותה, שלא בטובתה.<sup>49</sup> אם יעמוד 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, הרציונל שבבסיס הסעיף הוא כפול: ראשית, תפקידו לאפשר לבית המשפט לפקח ולבחון את הפשרה אשר הושגה ואם מדובר בפשרה ראויה; שנית, להוות חסם בפני הסדרי פשרה שאינם ראויים, בשים לב לחשש הנובע מבעיית נציג, שלפיה 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

<sup>46</sup> ת"צ (מינהלי חי') 1048-12-14 **ברנוב נ' מעיינות אתא בע"מ תאגיד המים והביוב**, פס' י"ב (22.03.2015); עניין **מרקמן**, לעיל ה"ש 14, בפס' 24; ת"צ (מחוזי ת"א) 26482-11-18 **שגיא נ' אחוזות החוף בע"מ** (נבו 9.5.2021); ת"צ (מחוזי מרכז) 22300-05-15 **הייט נ' Verifone Systems Inc** (נבו 14.5.2018); ת"א (מחוזי מרכז) 5625-08-07 **אביעד נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ**, פס' ז' (נבו 11.1.2009); ת"צ (מחוזי ת"א) 31016-10-18 **קמחין נ' חי מעדני גורמה בע"מ**, פס' 17 (נבו 13.6.2019); ע"א 2317/16 **אוארבך נ' סלקום ישראל בע"מ** (נבו 25.1.2017); ת"א (מחוזי ת"א) 1238-09 **הדס נ' מעבדות מטרנה בע"מ** (נבו 4.5.2010); עניין **גמזו**, לעיל ה"ש 44; ת"צ (מחוזי מרכז) 55678-10-17 **קמיל נ' חברת קדישא גשח"א פתח תקווה** (נבו 27.2.2025); ת"צ (כלכלית ת"א) 44775-02-16 **כהן נ' טאואר סמיקונדקטור בע"מ**, פס' 69 (נבו 7.11.2017) (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 (נבו 3.4.2020); עניין **פיקן**, לעיל ה"ש 14, בפס' 21.

<sup>47</sup> עניין **זליגמן – ערעור**, לעיל ה"ש 6, בפס' 29 לפסק דינה של כבוד השופטת וילנר.

<sup>48</sup> ס' 1 לחוק החברות, התשנ"ט-1999.

<sup>49</sup> ראו למשל: יוסף גרוס **חוק החברות** 378-379 (מהד' חמישית מורחבת 2016).

המוצע משרת את האינטרס של החברה שבשמה מתבקש להגיש את התביעה הנגזרת. סעיף זה חל גם באותם המקרים שבהם גובש הסדר הפשרה בטרם אישורה של התובענה כנגזרת.<sup>50</sup> בשונה מהליך התובענה הייצוגית, הליך התביעה הנגזרת לא הוסדר בחקיקה ראשית או בחקיקה משנית ייחודית, אלא בפרק השלישי לחוק החברות. לפיכך ההליך אינו מוסדר באופן מלא ומפורט, כפי שהוסדר הליך התובענה הייצוגית, וחלק מן ההוראות לעיתים חסרות. אולם למרות נקודות השוני בין ההליכים יש גם נקודות השקה לא מעטות בין הליך התביעה הנגזרת לבין הליך התובענה הייצוגית, ומשכך, קיימים 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.<sup>51</sup>

דמיון זה נלמד גם מטיוות תקנות החברות,<sup>52</sup> שבמסגרתה 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 הטיוטה) מוחלים בהליך הנגזר סדרי הדין, כמו גם מבחני המשנה וסל השיקולים של ההליך הייצוגי – וכך גם באשר לקבלת עמדתו של המאסדר והיועץ המשפטי לממשלה, ובייחוד באשר לאישורם של הסדרי פשרה.<sup>53</sup> יודגש, בדומה להליכים ייצוגיים, כי כאשר היועץ המשפטי לממשלה מתייצב בהליך כמייצג של האינטרס הציבורי במסגרת בקשה לאישור הסדר פשרה, הוא אינו פועל כ"מאסדר" לעניין הגשת עמדתו במסגרת אותו הליך. תכלית ההתייצבות שונה במהותה – ייצוג ציבור שאינו משתתף בהליך השתתפות פעילה למול מתן מענה לפערים בהליך האדוורסרי ולמול סיוע לבית המשפט לגבש תמונה מלאה טרם הכרעתו בהליך – כמו גם מקורה הנורמטיבי. בבחינת הדמיון והשוני בין הליך התובענה הייצוגית להליך התובענה הנגזרת, במיוחד לעניין קבלת עמדתו של 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 (אם כדי לנהל הליך באופן עצמאי ואם מסיבותיהם שלהם) להודיע על פרישתם מהקבוצה, ופסק הדין אפוא לא יחייב אותם. בשונה מזה, בהליך התובענה הנגזרת אין כל מנגנון מסוג זה. לכן כשניתן 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 מבחינתם – ומכאן חשיבות קבלת עמדתו של המאסדר במקרים אלה – גדולה אף יותר.

<sup>50</sup> ראו למשל תנ"ג 38122-07-19 (כלכלית ת"א) שחם נ' אשכולות (נבו 25.3.2021); תנ"ג (כלכלית ת"א) 47621-07-16 חורב נ' בי קומיוניקיישנס בע"מ (נבו 18.6.2020); תנ"ג (כלכלית ת"א) 815-09-13 לנואל נ' מאור (נבו 14.9.2016).

<sup>51</sup> ראו למשל: שם, בפס' 41; תנ"ג (כלכלית ת"א) 20087-11-11 בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' חמו (נבו 14.6.2012).

<sup>52</sup> טיוטת תקנות החברות (הוראות לעניין תובענה נגזרת והגנה נגזרת), התשע"ז-2017.

<sup>53</sup> ראו למשל: עניין לנואל, לעיל ה"ש 49. באותו 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 (כלכלית ת"א) 47128-07-18 דיין נ' אבנעים (נבו 15.11.2020).

בעניין **בן עמי** נדרש בית המשפט לבחון הסדר פשרה בהליך נגזר. על אף היעדר של בסיס נורמטיבי בחוק לפנייה למאסדר מצא בית המשפט לנכון להורות על קבלת עמדתן של רשות ניירות ערך ושל רשות המסים.<sup>54</sup> את פנייתו למאסדר נימק כך:

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 וכיוצ"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.<sup>55</sup>

בכך למעשה ראה בית המשפט במאסדר, אשר כאמור חלות עליו החזקות האובייקטיביות והמקצועיות שעליהן עמדנו לעיל, מעין "זרוע ארוכה", דבר שיש בו כדי לטייב את עבודת בית המשפט. כמו כן לרשות המאסדר עומדים גם בעלי מקצוע שונים (כלכלנים, מעריכי שווי, אנליסטים ורואי חשבון מבקרים) המסוגלים לסייע לבית המשפט במלאכתו.<sup>56</sup>

בדומה לכך, גם בעניין **לנואל**, ובהמשך בעניין **טלמור**,<sup>57</sup> הורה בית המשפט על קבלת עמדתו של מאסדר כחלק מבחינת בקשות לאישור הסדרי פשרה בהליך נגזר.<sup>58</sup> בעניין **טלמור** הגורמים המוסמכים במשרד המשפטים לא התנגדו לאישורו של הסדר הפשרה, אך לצד זאת הורחבה עמדתם בנוגע לאופן יישומו הראוי של הדין, בנסיבותיו של אותו עניין. אף שעמדה זו לא אומצה בבית המשפט, עצם הבאתה לפניו הוביל לדיון נרחב ומעמיק באותן סוגיות חשובות שלא הונחו לפניו קודם הובאה עמדה זו.<sup>59</sup>

חשיבות שמיעת קולו של המאסדר או של היועץ המשפטי לממשלה נלמדת גם מהאופן שבו 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 הניכר שבין הסדר פשרה לבין בקשת הסתלקות<sup>60</sup> מצאו בתי המשפט לנכון, לא אחת, להורות על קבלת עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה או של המאסדר גם בהליכים מסוג זה. כך נימק זאת בית המשפט בהחלטתו בעניין **אשכולות**:<sup>61</sup>

בתוך כך, אני כשלעצמי סבור, כי קבלת עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא ראויה ורצויה מקום בו מבוקש אישורו של הסתלקות או הסדר או פשרה במסגרת הליך של תובענה נגזרת (או בקשה מוקדמת להליך זה). זאת, כמי

<sup>54</sup> יצוין כי בשונה מהליכים ייצוגיים, שם כאשר מתבקש בית המשפט לאשר הסדר פשרה הוא מוסמך לפנות לקבלת עמדת היועץ המשפטי לממשלה וכן לגופים נוספים, בהליך נגזר אין קיימת הסמכה מפורשת מסוג זה.

<sup>55</sup> עניין **בן עמי**, לעיל ה"ש 20, בפס' 68; ראו לעניין זה גם: תנ"ג (מחוזי ת"א) 14873-03-10 **רובין נ' בנק הפועלים**, עמ' 4 (נבו 22.7.2015).

<sup>56</sup> עניין **בן עמי**, לעיל ה"ש 20, בפס' 61–62.

<sup>57</sup> תנ"ג (כלכלית ת"א) 41255-11-16 **טלמור נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ** (נבו 6.4.2020).

<sup>58</sup> שם, בפס' 10–11.

<sup>59</sup> שם.

<sup>60</sup> ראו למשל: תנ"ג (כלכלית ת"א) 33726-12-09 **פרל נ' מאור** (01.11.2015).

<sup>61</sup> לעיל ה"ש 50, בפס' 37–38.

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 בעיניי כי סוגיית מעמדה של אשכולות כחברה לתועלת הציבור, היא כבדת 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:<sup>62</sup>

ראיתי להדגיש שחרף התוצאה אליה הגעתי בסופו של הליך, אין בכך כדי לגרוע ולהפחית שהוא 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 הוא דוגמה בולטת להליך שבו המטרה העליונה והתכלית העיקרית היא יצירת הרתעה ועיצוב ממשל תאגידי ראוי, ואילו רכיב הפיצוי הוא אך משני לזה. כך, לא אחת, הנהגים מן הפיצוי שנפסק אינם בעלי המניות שנפגעו אלא בעלי מניות חדשים שרכשו את מניות התאגיד, לאחר מעשה. משכך, אשר לתכליות רחבות אלו נראה כי ככל שמהותה של התובענה ומטרותיה הן רוחביות, למשל בנוגע לעיצוב כללי ממשל תאגידי תקין, גדלה החשיבות שבשמיעת קולו של המאסדר בעניינה על אף היעדר אסדרה בעניין זה בחקירה ראשית או משנית.

אם כן, נראה כי אין חולק על חשיבות תרומתה של עמדת המאסדר בהליך התביעה הנגזרת כי הודות לה יהיו לפני בית המשפט מכלול השיקולים והנתונים הרלוונטיים, או שעשויים להיות רלוונטיים, לא רק בהליך הספציפי שמונח לפניו ותהיה הכרה במאסדר כמי שעומדים בפניו אינטרסים של צדדים שלישיים, כמו גם אינטרס הציבור בכללותו, וכן כמי שיש בידו הכלים המקצועיים הדרושים כדי לשפוך אור על התשתית העובדתית והנורמטיבית הרלוונטית בנסיבות המקרה.

### 3. הליכי הסדר לפי סעיף 350 לחוק החברות

דוגמה נוספת לסוג הליכים שנעשית בהם פנייה לקבלת עמדתו של מאסדר על ידי בית המשפט היא הליכי 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 אדוורסרי מטבעו, מה שמקשה על בית המשפט לגבש תמונה עובדתית מלאה טרם הכרעה.

<sup>62</sup> שם, בפס' 44.

סעיף 350 לחוק החברות קובע את סמכותו של בית המשפט להורות על כינוס אספות 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 מיזוג. מלשונו הרחבה של החוק עולה כי לבית משפט הדין בשאלת אישורו של הסדר כאמור נתון שיקול דעת רחב. בתוך כך עמדה הפסיקה על שבעת הפעלת סמכותו של בית המשפט באישור הסדר לפי סעיף 350 לחוק החברות, רשאי בית המשפט שלא לאשרו, ובייחוד כי בעת בחינת הסדר לפי סעיף 350 לחוק החברות יודא בית המשפט כי "ההסדר אינו פוגע בהגינות המסחרית-כלכלית וכי הוא אינו לוקה בחוסר תום לב".<sup>63</sup>

השאלה המתעוררת אפוא היא כיצד על בית המשפט לעשות כן, ובייחוד כיצד ביקש המחוקק שיפועל 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 כזאת, ובנסיבות מסוימות ייתכן שפנייה זו אף מתחייבת. אולם במישור הסמכות חוק החברות אינו מספק מענה, ומשכך, בשים לב לצורך בפנייה ולחשיבותה, לעמדתנו מקור הסמכות הנכון נמצא בסמכותו הטבועה של בית המשפט, שעליה יורחב בהמשך.

בנוגע לשאלת חשיבות הפנייה למאסדר, בעניין **מטומי** נבחנה שאלת אישור כינוסן של אספות סוג לפי סעיף 350 לחוק החברות, ובית המשפט נדרש לעמדתם של כלל המאסדרים הרלוונטיים.<sup>64</sup> בכלל זאת הורה בית המשפט על קבלת עמדתו של הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי, של הרשות לניירות ערך, של הבורסה לניירות ערך וכן של רשות המסים. עמדותיהם של כל אלה שימשו מסד להנמקת החלטתו של בית המשפט בנדון. ודוק, חשיבות קבלת עמדתם של המאסדרים בגדר מקרים אלה עיקרה ביכולתם להציג לפני בית המשפט שיקולים של מדיניות משפטית ראויה, כמו גם מתן דעה מקצועית ומעשית על ההשלכות המעשיות שעשויות להיגזר ממתן סעד כזה או אחר על חיי המעשה. חשיבות זו הודגשה בבית המשפט בעניין **מטומי**.<sup>65</sup>

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

<sup>63</sup> ראו למשל: ע"א 582/17 טאהר נ' נשר, פס' 19 (נבו 25.2.2019); ע"א 10739/07 רשות המיסים נ' קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ, פס' 32 (נבו 16.6.2011); 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).

<sup>64</sup> ראו חדל"ת (מחוזי ת"א) 28274-10-20 מטומי מדיה גרופ בע"מ נ' פרקליטות מחוז תל אביב אורחי (נבו 17.1.2021) (להלן: עניין מטומי). בעניין מטומי נעתר בית המשפט לבקשה לכינוס אספות נושים, אולם הותר את הסוגיות העקרוניות המתעוררות אגב כך להחליטה בשאלת אישור ההסדר – אם זו תובא לפניו. בסופו של דבר משכה החברה את בקשתה לאישור הסדר, והגינותו הכלכלית של ההסדר על ידי בית המשפט לצורך אישורו לא עמדה אפוא למבחן.

<sup>65</sup> ראו שם, בפס' 30.

#### 4. בקשות לפי סעיף 303 לחוק החברות

חלוקת דיווידנד היא האמצעי המרכזי שבו החברה מעבירה כספים לבעלי מניותיה מה שמאפשר לבעלי המניות בחברה ליהנות מ"פירות" השקעתם בה.<sup>66</sup> פעולה זו, מעצם טבעה, מוציאה נכסים מהחברה, ומשכך היא עשויה להיות נקודת קונפליקט בין בעלי המניות בחברה לבין נושיה.<sup>67</sup>

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

חשיבותה של שאלה זו מתעצמת כשחלוקה כאמור עשויה לפגוע בנושי החברה, ובייחוד כאשר אותה חברה עשויה להיקלע למצב של חדלות פירעון סמוך 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 בחסותו.

כך למשל ביצוע חלוקה לבעלי המניות ערב חדלות פירעונה של חברה, וכשקיים חשש לפירעון חובותיהם של נושיה, עשוי לעלות כדי העדפת נושים אסורה. הדברים חשובים בעיקר בשל העובדה שזכותם השירית 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 אין מעוגנת בדין כל סמכות לבית המשפט למנות מומחה מטעמו (במיימון הצדדים) או לבקש את עמדתם של מי מהמאסדרים השונים לצורך קבלת החלטה שקולה וראויה בעניין.

כך, בשונה למשל מהסוגיה של 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.

כדי להבין את חשיבות הדברים ואת מורכבותם, 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 מבחן הרווח, אך מקיימת, לטענתה, את מבחן יכולת הפירעון. תחת זאת נדרש בית המשפט לבחון ולהכריע בדבר כשרות החלוקה על סמך טענות החברה בלבד. נוסף על זה עומדים

<sup>66</sup> תנ"ג (כלכלית ת"א) 16519-05-19 ברוט נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פס' 14 (נבו 12.1.2021); ארית חביב-סגל דיני חברות כרך ב 98 (2004).

<sup>67</sup> תנ"ג (כלכלית ת"א) 48081-11-11 רוזנפלד נ' בן דב, פס' 167 (17.03.2013).

לרשות בית המשפט דוחותיה הכספיים של החברה (אם אלה הוגשו לבית המשפט)<sup>68</sup> וכן טענות הנושים (אם לחברה נושים, ואם אלו הגישו התנגדותם לבקשה).<sup>69</sup> הקושי הנובע ממצב דברים זה הוא כפול: הראשון הוא הניתוח הכלכלי-מקצועי שבית המשפט נדרש לבצע כאשר לכאורה אין לו 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, כאשר לבית המשפט כעצמו אין בהכרח הידע והמימונות, כמו גם הכלים המקצועיים, לבחינת אותם דוחות כספיים, ומקל וחומר את חוות הדעת של הערכות השווי. הקושי השני הוא בהיותה של בחינה זו, כמו גם של הכרעה בבקשת החלוקה, נעשית הלכה למעשה בהיעדר הליך אדוורסרי לפני בית המשפט, שכן החברה מבקשת החלוקה בלבד היא צד לבקשה. כך אין לפני בית המשפט שני צדדים שנדרש ממנו להכריע בטענותיהם הנוגדות, אלא צד אחד הטוען ומבקש הכרעה לפי תיאור נסיבות המקרה, כפי שהביאן לבית המשפט. על אף הקושי האמור, על פי הפרקטיקה שנהגה, כל עוד לא הוגשה התנגדות כאמור לחלוקה, המאסדר הרלוונטי (לפי נסיבות המקרה וסוג החברה) לא נהג לנקוט עמדה בשאלת החלוקה, ומלאכת הבחינה וההכרעה נותרה אצל בית המשפט בלבד, על יסוד טענות החברה ונימוקה.

אולם חרף העובדה שהחברה היא לכאורה בעלת הדין היחידה בהליך זה, כרוכים בהכרעה בבקשתה אינטרסים גם של נושי החברה ובעלי מניותיה שאינם מיוצגים בהליך. לפיכך נשאלת השאלה – כיצד ראוי לנהוג במצב זה? ודוק, אין להמעיט בערכך ובחשיבותן של בקשות חלוקה כאמור, הכרוכות לא אחת באישור חלוקות אשר יש בהן כדי להשפיע מהותית על כספי משקיעים מן הציבור, ולעיתים בשווי המגיע לכדי מאות מיליוני שקלים. יתרה מזאת, בהיעדר קיומו של הליך אדוורסרי, ובשים לב לאינטרס הברור של החברה המבקשת לאישור החלוקה – שעה שידוע שהיא אינה עומדת במבחן הרווח – דורשים בחינה של הבקשה, על פרטיה ונתונייה 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 שעליהם עמדנו לעיל ושל הדרישות שעלו "מן השטח" שחייבו מתן כלים נוספים לבית המשפט הדין בבקשות החלוקה. כך, לפי המנגנון שפותח לאחר הגשת הבקשה וטרם דיון בה מורה בית המשפט על קבלת עמדותיהם של המאסדרים הרלוונטיים כדי שאלו יסייעו לו בהערכת יכולתה 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 חשבונאית, וכן על המצאת הבקשה לידי הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי, כמו גם לגורמים הרלוונטיים ברשות המסים, ברשות ניירות ערך וברשם החברות. נוסף על

<sup>68</sup> 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 החברות (אישור חלוקה), התשס"א-2001. היינו, פרשנות מצמצמת של תקנות החלוקה יכולה להעיד שהדוחות נועדו לנושי החברה בלבד, ומשכך לא נדרשת החברה להגישם לבית המשפט כלל.

<sup>69</sup> ראו למשל: זוהר גושן ואסף אקשטיין דיני חברות 175 (2023).

זה, 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 מסמיך בהחלטתו את הגורמים המוסמכים לחקור כל גורם אשר הגיש חוות דעת או מסמך התומך בבקשה כדי לקבל ממנו תשובות והתייחסות לאמור באותם מסמכים כדי לאפשר למאסדרים שעמדתם נדרשת לקבל תמונה עובדתית מלאה ככל הניתן עובר להגשת עמדתם המנומקת לבית המשפט.

עמדת המאסדרים מתבקשת לעניין זה, בייחוד 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 וחוות הדעת שמציגה החברה המבקשת. לכן מדובר בהליך שבו מאסדרים שונים מספקים לבית המשפט דרך קבע חוות דעת כגוף מקצועי ואובייקטיבי, האמון בין היתר על שמירת האינטרס הציבורי.

עוד יש להדגיש, כפי שמדגיש גם בית המשפט בפסיקותיו שלו, כי אין בעמדת המאסדרים כדי לגרוע משיקול הדעת המלא הנתון לבית המשפט, וחוות דעתם נשקלת כחלק ממכלול השיקולים שאליהם נדרש בית המשפט וכידע מקצועי משלים בלבד.<sup>70</sup> במובן זה, פניית בית המשפט למאסדרים במסגרת הליכים אלה היא דוגמה מובהקת לחשיבותה של קבלת עמדתו של המאסדר כגורם אובייקטיבי וכשומר סף האמון בין היתר על שמירת האינטרס הציבורי. דוגמאות לאמור ניתן למצוא בפסיקתה העקיבה של המחלקה הכלכלית בבקשות לפי סעיף 303 לחוק החברות. כך למשל בעניין **אדרי-אל** התבקש בית המשפט לאשר חלוקת דייוידנד בסך של 21,500,000 ש"ח ללא הליך אדוורסרי כאשר מונחים לפניו רק כתיב הטענות שהגישה החברה המבקשת.<sup>71</sup> בית המשפט הורה לרשם החברות, לרשות ניירות ערך, לרשות המסים ולממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי להגיש עמדתם לבקשה. אלו הודיעו שאינם מתנגדים לחלוקה וכן כללו חוות דעת כלכלית. בחינת החלטתו של בית המשפט מלמדת כי חוות הדעת האמורות היו נדבך מרכזי בה – הן לעניין חוות הדעת הכלכלית וניתוח מצבה הכלכלי של החברה הן לעניין היעדר ההתנגדות מצד המאסדרים הרלוונטיים.

## 5. תביעות אזרחיות

בבחינת פנייתו של בית המשפט לקבל את עמדת המאסדר, הדברים באים לידי ביטוי ביתר שאת במסגרת תובענות אזרחיות, שבהן אין כל בסיס חקיקתי לפנייה לקבלת עמדתו של

<sup>70</sup> זליגמן – דיון נוסף, לעיל ה"ש 6, בפס' 62 לפסק דינו של כבוד השופט מלצר; רע"א 4836-21 שליידר נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פס' 18 (נבו 20.2.2022); עע"מ 4067-23 מדטכניקה אורתופון בע"מ נ' לאומית שירותי בריאות, פס' 47 (נבו 8.1.2024).

<sup>71</sup> ת"א (מחוזי ת"א) 40094-02-22 אדרי-אל ישראל נכסים בע"מ נ' הממונה על הליכי חדלות פירעון מחלקת תאגידים (נבו 3.8.2022) (להלן: עניין אדרי-אל). לדוגמאות נוספות ראו: ת"א (מחוזי ת"א) 15304-06-23 אגד חברה לתחבורה בע"מ נ' רשם החברות (נבו 28.3.2024); ה"פ (כלכלית ת"א) 32858-06-20 אנלייבסק תרפיוטיקס בע"מ (נבו 15.6.2020); ת"א (מחוזי ת"א) 11412-08-21 דבא מעבדות בע"מ נ' רשם החברות (נבו 5.8.2021); ת"א (מחוזי ת"א) 13299-01-21 המכון לחקר האינטרנט בע"מ נ' ממונה על חדלות פירעון מחוז תל אביב (נבו 11.1.2021); ת"א (כלכלית ת"א) 51075-08-20 כלל תעשיות ביוטכנולוגיה בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי – מחלקת תאגידים (נבו 30.8.2020).

המאסדר, אף לא באופן מוגבל (כפי שיש בתובענות ייצוגיות). חרף האמור נראה כי היעדר ההסדר החקיקתי אינו מונע מבית המשפט להורות על קבלת עמדתו של המאסדר גם בהליכים כגון אלה, ופרקטיקה זו מקובלת אף בהם.

יודגש כי למרות שלכאורה בהליך אזרחי "רגיל" אין אותו חשש מפני פגיעה באינטרס של מי שאינו מיוצג במסגרת ההליך, לא אחת התבקשה עמדת המאסדר כדי לבאר סוגיה פרשנית או מהותית אחרת, בעיקר במקרים שבהם יישומו של החוק נדרש דרך הכנת אופן יישומו ב"חיי המעשה" או כשייתכן שלהליך הספציפי עלולות להיות השלכות רחבות היקף החורגות מהכרעת המחלוקת הפרטנית בין בעלי הדין.<sup>72</sup>

כך למשל קבעה כבוד השופטת ביבי:<sup>73</sup>

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 אם יש טעם לפגם בסירובו של בנק לקבל כספים לחשבון המתנהל בו אשר מקורם במסחר במטבעות דיגיטליים. בשים לב להשלכות הרחוב שהיו עשויות להיות למקרה פרטני זה על חיי המסחר והבנקים בכללותם, הורה בית המשפט על קבלת עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה וכן על קבלת עמדתו של המפקח על הבנקים. בית המשפט התייחס בהרחבה בפסק דינו המפורט לעמדת המאסדר ונימוקיה, ובייחוד לסקירת הדין הנורמטיבי שחל בנסיבות אותו עניין. את השימוש בפרקטיקה זו ניתן למצוא גם בתיקים נוספים בתחום זה – הן בערכאות הדיוניות<sup>74</sup> הן בבית המשפט העליון.<sup>75</sup>

<sup>72</sup> ת"א (מחוזי ת"א) 2439-04 דה-קלו נ' בנק לאומי למשכנתאות בע"מ, פס' 8 (נבו 6.1.2010); ת"א (מחוזי נצ') 4/10 מקורות מים נ' עיריית טבריה, עמ' 9 (נבו 20.8.2015); ת"א (מחוזי ת"א) 40972-06-11 "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' קו מוצרי דלק בע"מ (נבו 23.7.2013); ת"א (מחוזי מרכז) 33949-12-12 מקורות חברת מים בע"מ נ' עיריית אור עקיבא, פס' 12 (נבו 4.2.2018); רע"א 7451/19 עובון אסולין נ' דרויש (נבו 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 כבוד השופט ג'ובראן (נבו 6.11.2008); בג"ץ 306/81 שרון נ' ועדת הכנסת, לה(4) 118, פס' 2 לפסק דינו של כבוד השופט שמגר (1981); בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' שלמה הלל – יושב-ראש הכנסת, לט(3) 141, פס' 11 של כבוד השופט ברק (1985); דנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' עליאן, פס' 24 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 9.9.2019); דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך א 84 (2010).

<sup>73</sup> עניין ערב, לעיל ה"ש 3, בפס' 22.

<sup>74</sup> ראו גם: ת"א (מחוזי ת"א) 262-04-17 טויגה און ליין בע"מ נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ (נבו 6.12.2018); ת"א (מחוזי ת"א) 29979-08-14 רינסנס בית ספר בע"מ נ' בנק מסד בע"מ, פס' 23 (נבו 2.8.2017); ת"א (מחוזי מרכז) 53025-11-14 VIG VIENNA INSURANCE GROUP נ' רשות ניקוז והנחלים שרון, פס' 13 (נבו 13.10.2015).

<sup>75</sup> ע"א 1507/11 בנק מזרחי טפחות בע"מ נ' אלבס, פס' 9-10 (נבו 16.1.2014); ע"א 6389/17 ביטס אוף גולד בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (נבו 25.2.2018); ע"א 8389/20 אלשטיין נ' עו"ד רענן קליר ואלון בנימיני בתוקף תפקידם ככונסי נכסים (נבו 9.2.2021).

בבחינת השימוש של בית המשפט בפרקטיקה זו במסגרת הליכים אזרחיים נראה כי הוא נוטה לעשות כן כשקיים אינטרס ציבורי המצדיק את קבלת עמדתו של המאסדר בשל השלכות הרוחב שעשויות להיות להכרעה בסכסוך הפרטני בין בעלי הדין; כמו גם כשעשויה להיות להכרעה בהליך השפעה על צדדים שלישיים שאינם מיוצגים בו. מסקירת הפסיקה שקיימת לעניין זה עולה כי בבואו להורות על קבלת עמדה זו נתן הדגיש בית המשפט והטעים את מומחיותו של המאסדר, את היכרותו ואת הבנתו את חיי המעשה ואת השלכות 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 סמכותו של בית המשפט להורות על מתן עמדת המאסדר

לאחר שעמדנו על קיומה של הפרקטיקה במגוון תחומים ועל סוגי ההליכים בערכאות הדיוניות השונות, לרבות בבית המשפט העליון, נפנה עתה לשאלה אם עומדת לבית המשפט הסמכות לבצע פנייה כזאת, 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 בית המשפט רשאי להורות על קבלת עמדתו של המאסדר בכל הליך הנדון לפניו. בפרק זה נבחן את אותה "סמכות טבועה" – הגדרתה ואופייה השיורי – כמו גם את השאלה אם השימוש בסמכות זו לצורך קבלת עמדתו של המאסדר הוא ראוי. נעשה זאת באמצעות סקירת אותה "סמכות טבועה" וסקירתם של סעיפי חקיקה שונים, שלטעמנו הם מקורות אפשריים לביסוסה של סמכות זו, או למצער, מקורות אשר מלמדים שהשימוש בסמכות בנסיבות אלה הוא 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 עמדתו של המאסדר במסגרת הליך המתנהל לפניו. בדיון זה נבקש גם להתמודד עם עמדות סותרות או טענות נגד שהועלו, או שאפשר שיועלו נגד הנחת יסוד זו ונבקש לספק להן מענה כדי לבסס את טענתנו באופן ראוי ומלא.

#### 1. על סמכותו הטבועה של בית המשפט

כחריג ל"כלל החוקיות" אשר חל על בית המשפט בהיותו אחת מרשויות השלטון, לבית המשפט סמכות טבועה. כך, לצורך ביצוע מלאכתו לעשיית צדק רשאי בית המשפט, בנסיבות חריגות, לסטות מהוראות חוק קיימות או ליצור כללים שאין להם יסוד בחוק, במיוחד עת עסקינן בסוגיות בעלות אופי דיוני. כבוד 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".<sup>76</sup> המלומד גולדשטיין טען כי אין מדובר בחסר מקרי אלא בחסר מכוון אשר נועד

<sup>76</sup> רע"א 4990/05 ממן נ' עיריית הרצליה, פס' 18 (נבו) 7.10.2009.

לאפשר לבית המשפט, כרשות שלטונית, חופש פעולה מסוים, במגבלות שעליהן 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".<sup>77</sup>

בשים לב לטבעה הגמיש של סמכותו הטבועה של בית המשפט קיים קושי אינהרנטי בהגדרתה. כך נקבע כי גבולותיה "מטושטשים" וכי היקף פריסתה "אינו בהיר לחלוטין", אולם גמישות זו נחוצה לצורך מילוי תפקידו הבסיסי של בית המשפט – עשיית צדק.<sup>78</sup> המלומד רוזן-צבי ציין בספרו כי:

הסמכות הטבועה הנה הכוח של בית משפט ליצור, במקרים יוצאי דופן כלים דיוניים ולתקן פגמים בהליך 'למען ההגנה על יכולתו התפקודית-מוסדית, להבטחת אי-ניצול הליכוי 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.<sup>79</sup>

יצוין כי בהמשך הובעה גם עמדה שלפיה 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.<sup>80</sup> לצד ההערה לעיל נקבע כי בשים לב לאופייה החריג של הסמכות הטבועה שימוש בה ייעשה רק באופן שיורי (רק אם אין קיימת הסמכה מפורשת לכך בחוק).<sup>81</sup> נקבעו חריגים נוספים לשימוש בסמכות, ובהם כי שימוש בסמכות ייעשה "בעיקרה בנושאים דיוניים"; כי אין להפעילה תוך פגיעה בזכויות יסוד; כי הפעלתה תיעשה רק במקרים חריגים. בתוך כך נקבע שיש להישמר ולהימנע מפגיעה בזכויות הצדדים במסגרת הפעלת הסמכות, ובתוך כך יש להקפיד הקפדה יתרה על זכות הטיעון של הצדדים טרם הפעלת סמכותו הטבועה של בית המשפט.<sup>82</sup> יפים לעניין זה דברי כבוד השופטת ביניש, כי דרישת "ההסמכה המפורשת" בחוק, שכאמור השימוש בסמכות הטבועה הוא 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".<sup>83</sup>

<sup>77</sup> פנחס גולדשטיין "הסמכות הטבועה, של בית המשפט" עיוני משפט י 37, 41 (תשמ"ד-תשמ"ה).

<sup>78</sup> רע"א 6339-97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 265 (1999).

<sup>79</sup> יששכר רוזן-צבי ההליך האזורי 227 (2015); ראו גם: אורי גורן סוגיות בסדר דין אזורי כרך א 57-58 (מהדורה 13, 2020); ד"ר 22-73 בן שחר נ' מחלב, פ"ד כח(2) 089, 94 (1974).

<sup>80</sup> עניין רוקר, לעיל ה"ש 78.

<sup>81</sup> ע"א 103/75 "ארקיע" בע"מ נ' רשם האגודות השיתופיות, פ"ד ל(2) 298 (1976).

<sup>82</sup> ראו לעניין זה: רע"א 2327-11 פלוני נ' פלוני (נבו) 28.4.2011 (להלן: פלוני סמכות טבועה).

<sup>83</sup> בג"ץ 10203-03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 83 (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 (נבו) 20.9.2017.

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

בחינת הפסיקה מלמדת כי צמצום השימוש בסמכות הטבועה מתבטא בין היתר באופייה השירי (כאשר הפנייה לסמכות הטבועה נעשית רק כשאינן קיים מקור סמכות אחר) וכן בעובדה שהשימוש בה שמור למקרים חריגים בלבד, כפי שפורט לעיל, אולם אין מניעה ליצור נוהג קבוע מכוח הסמכות. כך למשל נקבע כי בית המשפט מוסמך לקבוע לעצמו סדרי דין מקום שבו אלה לא נקבעו;<sup>84</sup> למנוע שימוש לרעה בחקירה נגדית;<sup>85</sup> להטיל הוצאות אישיות על עורך דין;<sup>86</sup> לקבוע את סדר דין ואף לפנות למאסדרים השונים במסגרת הליכים לפי סעיף 303 לחוק החברות,<sup>87</sup> ועוד.<sup>88</sup> בדומה לכך כתבו המלומדים קלמנט וקפליוק, כי אומנם סמכותו של בית המשפט לסטות מסדרי הדין קבועה בתקנות, אולם מקורה בסמכותו הטבועה של בית המשפט.<sup>89</sup> לכן על אף החשש מפני הרחבת השימוש בסמכותו הטבועה של בית המשפט,<sup>90</sup> לעמדתנו, יהיה נכון להורות על קבלת עמדתו של המאסדר גם כשהמקור לסמכות זו הוא בסמכותו הטבועה של בית המשפט אם השימוש בסמכות נעשה מתוך הכרה בכך שמדובר בחריג לכלל החוקיות, בשים לב לנסיבות העניין ולפגיעה האפשרית בצדדים להליך וכן לחשיבות שמירת אופיו של ההליך האדוורסרי. מסקנתנו זו מושתתת אפוא על התכלית הראויה שלשמה נעשית הפנייה למאסדר, כמו גם להוראות החוק השונות אשר מלמדות שאף לעמדת המחוקק מדובר בתכלית ראויה.

תמיכה להיותו של השימוש בסמכותו הטבועה של בית המשפט ראוי ניתן למצוא בהתייחסותם של בתי המשפט, כמו גם בכתיבה האקדמית, לסמכות הרחבה של בית המשפט בכלל ושל הערכאה הדיונית בפרט בסוגיות הנוגעות לסדרי הדין, כאינדיקציה, לעמדתנו, לשיקול דעתו הרחב של בית המשפט כשמדובר בסוגיות דיוניות, וכאשר השימוש בסמכות נועד לצורך מתן הכרעה צודקת.

כך, בעניין **בירון-ביטון** הדגיש 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 משאלת עצם קיומה של סמכות זו – אשר איננה במחלוקת.<sup>91</sup> החלטה זו הסתמכה על סמכותו הרחבה של בית המשפט לנהל את הדיון בצורה יעילה, הוגנת וצודקת.

<sup>84</sup> כך נקבע כי "בית דין שחוק המדינה לא קבע לו סדרי דין ולא התווה דרך לקביעתם, מוסמך, מכוח הסמכות הטבעית שהוא נושא בחובו, לקבוע בעצמו את סדרי הדין שיהיו נוהגים בו" [בג"ץ 150/59 ועד עדת הספרדים בירושלים נ' בית-הדין הרבני האזורי בירושלים, טו 106, 114 (1961)].

<sup>85</sup> בג"ץ 91/74 גבארה נ' בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, פ"ד כח(2) 518, 523 (1974).

<sup>86</sup> ע"א 778-83 עיזבון סעידי נ' פור, פ"ד מ(4) 628, 639 (1986).

<sup>87</sup> ראו פרק ב.4. לעיל.

<sup>88</sup> ראו לעניין זה: רון-צבי **ההליך האזרחי**, לעיל ה"ש 79, בעמ' 228.

<sup>89</sup> אלון קלמנט ודפנה קפליוק "חוזים דיוניים" **עיוני משפט** לג 188 (2010).

<sup>90</sup> ראו לעניין השימוש בסמכות טבועה במסגרת המשפט המנהלי למשל: יצחק זמיר **הסמכות המנהלית** כרך א 73,

78 (מהדורה שנייה 2010).

<sup>91</sup> עניין **בירון-ביטון**, לעיל ה"ש 14, בפס' 6.

כך נקבע, לעניין הליך הייצוגי, שלבית המשפט תפקיד ניהולי נכבד הנדרש לשם קידום ההליך.<sup>92</sup>

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

לעניין סדרי הדין בהליכים אזרחיים, בתקנה 176(א) לתקנות סדר הדין האזרחי,<sup>93</sup> 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".<sup>94</sup> 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".<sup>95</sup>

בדומה לזה נקבע בתקנה 46 לתקנות סמכותו של בית המשפט להורות על תיקונים ושינויים בכתבי טענות הצדדים בכל שלב בדיון "לשם קיומו של הליך שיפוטי ראוי והוגן".<sup>96</sup> 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 זו תואם את הגישה המרחיבה לגישה האדוורסרית ה"קלאסית", ולפיה ההליך המשפטי אינו עוסק בצדדים לו בלבד, אלא משפיע על קהלים רחבים ונוספים.<sup>97</sup>

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 האדוורסרי תוך כדי הותרת מוקד המחלוקת בין הצדדים להליך, מאידך גיסא.<sup>98</sup> אולם בשים לב לכך שהפנייה למאסדר איננה נעשית באמצעות תיקון כתב טענות או אף בהוספה של בעל

שם, בפס' 7.

תק' 176(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט–2018 (להלן: **תקנות סדר הדין האזרחי או התקנות**).

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..."

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

יצוין כי ביטוי לסמכות זו נקבע בתקנה 24 לתקנות הישנות; ראו גם לעניין זה: גורן, לעיל ה"ש 79, בעמ' 210. הדין בין שתי הגישות המתוארות לעיל – הגישה האדוורסרית ה"קלאסית" והגישה הרואה גם את חשיבותם 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 משום שהם עלולים להיפגע מן ההליך ומעוניינים להצטרף כצד לו, ובין משום שהם מייצגים אינטרסים ציבוריים שונים, למשל כ"ידיד בית משפט". ראו לעניין זה: רוזן-צבי **ההליך האזרחי**, לעיל ה"ש 79, בעמ' 101–103.

לדין נרחב בשאלת סמכותו של בית המשפט לצרף צדדים נוספים להליך ראו: צירוף צדדים זרים להליך המשפטי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 217–218.

דין (שכן המאסדר אינו מצטרף כצד להליך), לעמדתנו אין בתקנה 46 כדי ללמד על סמכות בית המשפט להורות על קבלת עמדתו של מאסדר. אולם יש בה, כאמור, כדי להכיר בכך ששימוש בסמכות הטבועה לצורך הכרה באינטרסים שחורגים מעניינם של הצדדים להליך הוא ראוי.

נוסף על זה, מכוח תקנה 88 לתקנות בית המשפט מוסמך "...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 אף שאין ברשותו מידע ישיר בנוגע לעובדות שעליהן נסב ההליך, בשל הניסיון והידע שמיוחסים לו בתחום הרלוונטי.<sup>99</sup> המקרים הנפוצים לשימוש בתקנה זו הם כשלא הוגשו חוות דעת בנוגע לעניין שבמומחיות ובית המשפט נדרש לסיוע של מומחה כדי להכריע במחלוקת; כשהוגשו 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 האדוורסרי, לצורך הסתייעות בגורם אובייקטיבי לשם השגת תוצאה צודקת יותר. אולם בין מומחה מטעם בית משפט לבין המאסדר יש הבדלים מהותיים שבגינם אין בתקנה האמורה כדי להוות בסיס לסמכות בית המשפט בעניין זה. כך, מומחה הוא עד אשר כפוף לחקירה נגדית וכן להוראות הדין הרלוונטיות; המומחה מטיל על הצדדים הוצאות ניכרות; לבסוף, מומחה מטעם בית המשפט נדרש לצורך הכרעה ב"עניין שבמומחיות", בשונה מעמדת מאסדר אשר אינה מוגבלת לסוגיות עובדתיות בלבד. אלא שבמרבית המקרים, עמדת המאסדר מסייעת דווקא במתן חוות דעת מקיפה – עובדתית ומשפטית – כדי לפרוס 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 סמכותו של בית המשפט להורות על קבלת עמדתו של מאסדר, אולם כן יש בה כדי ללמד על עמדת מחוקק המשנה שלפיה גם במחיר של פגיעה מסוימת בהליך האדוורסרי ראוי כי בית המשפט יפרוס לפניו תמונה שלמה ומלאה כדי להכריע הכרעה צודקת בהליך.

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".<sup>100</sup> גם על פי דברי ההסבר לתקנות נועד עקרון יסוד זה לשמש "מורה דרך מכוון לבתי המשפט ולצדדים" כל עת שתתעורר שאלה שאין לה מענה מפורש בתקנות סדר הדין או בתקנות סדרי דין מיוחדים אחרים.<sup>101</sup> בהמשך לדברים אלו הוסבר גם כי על בית המשפט להיות פעיל יותר, ליזום ולקדם את התנהלותו של הליך ראוי והוגן.<sup>102</sup> 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".<sup>103</sup>

<sup>99</sup> יששכר רוזן-צבי הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים 446 (מהדורה שלישית – דיגיטלית 2024).3.

<sup>100</sup> תק' 1 לתקנות סדר הדין האזרחי.

<sup>101</sup> עמ' 5 לדברי הסבר לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט–2018.

<sup>102</sup> שם.

<sup>103</sup> שם, בעמ' 2.

מכל אלה עולה כי בכל הנוגע לסדרי הדין ולגמישותם יש הסכמה כי לבית המשפט יש סמכות רחבה לפעול כדי לנהל את ההליך באופן יעיל וצודק, ובמקרים חריגים, גם כשאין בנמצא הוראת חיקוק ספציפית אשר לעניין שבסדרי הדין, שלעמדת בית המשפט יש לבצעו כדי לאפשר את ניהול ההליך באופן המיטבי.<sup>104</sup>

מזווית אחרת, ניתן לשייך את אותה סמכות רחבה, או "סמכות טבועה" של בית המשפט, להוראותיו של סעיף 75 לחוק בתי המשפט, הקובע כדלהלן:<sup>105</sup>

כל בית משפט הדין בענין **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, מה שמקשה את סרטוט קו הגבול המדויק בין השתיים.<sup>106</sup> נציין לעניין זה כי בשים לב לאופייה השיורי של הסמכות הטבועה, דומה כי יש קושי מסוים בפסיקה המכירה ב"סמכות טבועה" שמקורה בחקיקה ראשית. אולם בהקשרו של עניינו כאן, די אם נציין כי בין שמדובר בסמכות טבועה הנעדרת כל עיגון חקיקתי ובין שמדובר בסמכות רחבה הנלמדת מהוראות החקיקה הנוגעות לסמכותו הדיונית הרחבה של בית המשפט – לגישתנו עומדת לבית המשפט סמכות רחבה אשר בנסיבות המתאימות וכפוף להגבלות המתוארות לעיל, היא מקור נורמטיבי מספק וראוי לנוהג בדבר קבלת עמדתו של המאסדר.

סיכומם של דברים, אנו סבורים כי עקרון-העל בדבר עשיית צדק, שאיפה לצדק וחתירה אליו – הוא מקור הסמכות שעל יסודו מוסמך בית המשפט להשלים פסקים בסדרי הדין אם מצא שהדבר נדרש כדי להגיע לתוצאה צודקת באותו עניין שלפניו. סמכותו הטבועה של בית המשפט נועדה להגשמת מטרת-על זו, כפי שעולה גם מהנמקותיו של בית המשפט בעניין **קזלי ובעניין בירון-ביטון** – והיא שעומדת, לשיטתנו, ביסוד הנוהג להורות על קבלת עמדתו של המאסדר.<sup>107</sup>

## 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 שיהיה לו חלק פעיל בהליך כדי שיסייע לבית המשפט בפריסת 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

<sup>104</sup> ראו למשל: ע"א 4810/15 משרד הפנים נ' י.ח.מ. השקעות ונכסים בע"מ, פס" 5 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) עמית (נבו 11.8.2015).

<sup>105</sup> ס' 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

<sup>106</sup> ראו למשל: עניין פלוני סמכות טבועה, לעיל ה"ש 82; בש"פ 11-1659 שטנר נ' מדינת ישראל (נבו 26.4.2011); רע"א 714-96 פריסקל נ' אורנשטיין, מט(5) 759 (1996); ע"פ 12-6578 מדינת ישראל נ' רשת-נגה בע"מ (נבו 6.9.2012).

<sup>107</sup> עניין קזלי, לעיל ה"ש 4; עניין בירון-ביטון, לעיל ה"ש 14.

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 פנייתו של בית המשפט לקבלת עמדת המאסדר בנושאים שונים שהמאסדר אינו צד להם, לבין קבלת עמדתו של "ידיד בית משפט".<sup>108</sup> לפיכך אנו טוענים כי אם מוסכם 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 כי ערים אנו לכך שאין מדובר בפרקטיקות זהות, בייחוד בכל הנוגע לשאלת היוזמה בצירוף אותה עמדה, היינו אם בית המשפט מורה על קבלת העמדה או אם בית המשפט נענה לבקשת צד להצטרף כ"ידיד בית משפט". עוד קיים שוני ניכר בהנחת האובייקטיביות והמקצועיות של הצד שעמדתו התבקשה.<sup>109</sup> בכך היותו של מוסד "ידיד בית המשפט" כלי המאפשר לבית המשפט להיחשף לאינטרסים של קבוצות שונות המושפעות מההליך ואינן צד לו הוא נקודת שוני מרכזית נוספת, שכן מאסדר מצורף להליך כגוף האמון על ייצוגו של האינטרס הציבורי, ואילו "ידיד בית משפט" מצורף ככלל כמי שהוא בעל אינטרס מובהק וגלוי דווקא – ושהוא אינו בהכרח האינטרס הציבורי בכללותו.<sup>110</sup>

אולם לצד הבחנות אלה אנו סבורים כי מן המשותף להם ניתן ללמוד על מקורות הסמכות, על הרצינות ועל החשיבות שבצירוף צדדים שלישיים להליך שהם אינם מעורבים בו. כבוד הנשיא (כתוארו אז) ברק קבע בנושא זה כי אף שמוסד "ידיד בית המשפט" אינו מוסדר בחקיקה הישראלית, ניתן למצוא בחקיקה גופים שונים שהמחוקק מצא לנכון להעניק להם את יכולת ההצטרפות להליכים שונים כמייצגים של האינטרס הציבורי וכמומחים בתחומם, כדלהלן:<sup>111</sup>

מוסד ה-*Amicus Curiae*, ככזה, אינו מוכר בחוק החרות הישראלי (השון: U.S.C., Rule 37 28). 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,

<sup>108</sup> לעניין זה יש להדגיש כי אין מקובל לראות במאסדרים בישראל "ידיד בית משפט" אף שלא נראה שיש מניעה להכללתם בהגדרה זו, בשונה מהדין החל במדינות המשפט המשווה.

<sup>109</sup> יודגש כי אין באמור כדי לסתור את הדין לעיל בעניין החריגים לחזקות אלה ובצורך בהכרעה שיפוטית בעניינם. כך למשל, צירוף ארגוני זכויות אזרח כ"ידידים" יכול לאפשר ייצוג של קבוצות אינטרסים נוספות שמושפעות מההליך המתנהל בבית המשפט, אך שאינן צד להם [ישראל דורון ומנאל תותרי ג'ובראן "לידתו והתפתחותו של "ידיד בית משפט" ישראלי" עלי משפט ה 65 (תשס"ו)].

<sup>111</sup> עניין קזלי, לעיל ה"ש 4, בפס' 43.

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 האחידים, תשמ"ג-1982 ותקנה 3 לתקנות החוזים האחידים, תשמ"ג-1983. מעמד דומה ניתן לארגון העוסק בזכויותיו של מי שאסור להפלותו, זאת מכוח סעיף 13 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988.

וודגש כי בעניין קוזלי קבע כבוד 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, מתוך חובתו של בית המשפט "ליתן דעתו – במקרים המתאימים לכך – גם להיבטים כוללניים יותר של הסכסוך שבפניו".<sup>112</sup> לפי דברים אלו נקבע אותו עניין, כי "הסמכות לצירופו של גוף או אדם כ"ידיד בית המשפט" קיימת באופן עקרוני.<sup>113</sup> כן ראוי להדגיש כי כלל הגופים שהוזכרו באותו עניין – הם מאסדרים.

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

בהמשך לדברים אלו ניתן לטעון כי מעניין קוזלי, כמו גם מן הפרקטיקה המקובלת בדבר קבלת בקשות לצירוף "ידיד בית משפט",<sup>115</sup> יש כדי ללמד על 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 כשמדובר בגוף בעל אינטרס מובהק וגלוי בהליך, הרי שבוודאי נכון וראוי לעשות כן כשעמדה זו מובאת על ידי מי שאמון ככלל על שמירת האינטרס הציבורי בכללותו.

במובן זה פסק הדין בעניין בן עמי הוא דוגמה לקרבה בין שני מוסדות אלה, ובייחוד 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:<sup>116</sup>

'שמירת ענייניו של ציבור המשקיעים בניירות ערך' מקנה לרשות ידע רחב ומעורבות אינטימית בהתנהלות החברות הציבוריות בישראל. במ"ח

<sup>112</sup> שם, בפס' 44.

<sup>113</sup> שם, בפס' 45.

<sup>114</sup> שם.

<sup>115</sup> ראו לעניין מחקר אמפירי בנושא זה המבקש לבחון בין היתר כמה בקשות לצירוף "ידיד בית משפט" אושרו בעשור מאז עניין קוזלי: ישראל (איסי) דורון, מנאל תותרי ג'ובראן, גיא אנוש וטל רגב "עשור ל"ידיד בית המשפט": ניתוח אמפירי של החלטות בתי המשפט" עיוני משפט לד' 667 (2011).

<sup>116</sup> עניין בן עמי, לעיל ה"ש 20, בפס' 59–60.

7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל פ"ד נג(1) 529, 553 (1999), התייחס כב' הנשיא א' ברק למוסד 'ידיד בית משפט'. מצאתי לנכון להביא מדבריו, על אף שבעניינינו הרשות הוזמנה על ידי בית המשפט להשתתף בהליך – לא כצד להליכים, אלא כמי שהתבקש להביע עמדה מייעצת 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, באותו עניין נדרש בית המשפט לעמדת המאסדר בקשר לאישורה של פשרה במסגרת הליך של תביעה נגזרת. עמדתו של המאסדר שם התבקשה בהיותו גוף חיצוני וניטרלי להליך, ובייחוד בשל אחריותו ומקצועיותו בתחום זה – רשות ניירות ערך בתחום התובענות הנגזרות. אומנם בית המשפט קבע בפסק הדין כי אין זהות מלאה בין קבלת עמדתו של מאסדר לבין צירוף צד להליך באופן מלא כ"ידיד בית משפט", אולם הוא כן קבע שם כי מטרת הפנייה – קבלת "עמדה ניטרלית, תוך סיוע אובייקטיבי לבית המשפט" – היא למעשה מתן מעמד למאסדר הדומה למעמד שהוענק במקור ל"ידיד בית המשפט".<sup>117</sup>

על פי האמור, מבחינה אנליטית יכולה ההלכה הפסוקה בעניין "ידיד בית משפט", כמו גם תקנה 46 לתקנות סדר הדין האזרחי (או תקנה 24 לתקנות הישנות כבעניין קוזלי), להיות מקור נורמטיבי לסמכות בית המשפט להורות על קבלת עמדת מאסדר. אולם בשים לב לסוגיית יוזמת הפנייה ולעובדה שאין מדובר ב"תיקון כתב טענות" אלא בפנייה של בית המשפט לצד שלישי לצורך קבלת "עמדה ניטרלית תוך כדי סיוע אובייקטיבי לבית המשפט", כאמור לעמדתנו אין בפסיקה לעניין "ידיד בית המשפט" כשלעצמה כדי להיות מקור סמכות, ונכון יותר לראות בסמכותו הטבועה של בית המשפט את מקור הסמכות הראוי. כך גם כפי שהוסבר לעיל, לעמדתנו, תקנה 46 לתקנות היא אינדיקציה לחשיבותה של סמכות זו ולצורך בשימוש בה ולא כמקור לסמכות עצמה. יצוין כי ייתכן שהאמור יפה גם להלכה הפסוקה בעניין "ידיד בית המשפט", שכן בעניין קוזלי אוזכרה תקנה 24 לתקנות הישנות כמלמדת על סמכות בית המשפט, אך לא נערך דיון מקיף בשאלה אם יש בה כשלעצמה כדי להוות בסיס לסמכות.<sup>118</sup> משכך, בחריגה 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 נוסף כי סוגיה נוספת המתעוררת בהקשר זה היא אם מכוח אותן תכליות מוסמך בית המשפט להורות גם לגוף שאינו מאסדר להגיש את עמדתו בהליך הנידון לפניו. הדיון בסוגיה זו חורג מגבולותיו של מאמר זה, אולם כן נציין כי קיימת הבחנה בין שני מקרים אלו. כך, בשונה מהמאסדר, שלו עומדות החזקות המקצועיות והאובייקטיביות כגוף האמון על שמירת האינטרס הציבורי, במקרים של גופים פרטיים חזקות אלה אינן עומדות עוד. משכך, אנו סבורים כי אף אם ניתן לבסס על האמור כמקור סמכות גם לביצוע

<sup>117</sup> בשולי הדברים ניתן להוסיף כי עמדתה של 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.

<sup>118</sup> עניין קוזלי, לעיל ה"ש 4, בפס' 44.

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**.<sup>119</sup> בהקשר זה טען המערער שם כי כשהמדינה או מי מרשויותיה אינם צד להליך, היועץ המשפטי לממשלה הוא הגורם השלטוני האמון באופן בלעדי על ייצוג האינטרס הציבורי בערכאות. משכך, נטען כי אם בית 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.<sup>120</sup> 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.<sup>121</sup> משכך, נטען כי סמכותו של בית המשפט בעניין זה מוגבלת, ואין להרחיבה ללא ביסוס חקיקתי. עמדה זו נשענת על שני אדנים עיקריים: **הראשון** הוא שסמכות בית המשפט לא הוסדרה בדין, ויש לדחות ניסיון להרחיבה ללא האסדרה הנדרשת; **השני** הוא שיש מקום לערער את הנחת היסוד שלפיה המאסדר הוא מייצג של האינטרס הציבורי.<sup>122</sup>

הטענה שלפיה אין לבית המשפט סמכות קבועה בדין להורות על קבלת עמדת המאסדר נדונה ונענתה על ידינו בהרחבה במסגרת הפרק הקודם.<sup>123</sup> כפי שפורט שם, כשאכן 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 ביטוייה 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) היא סמכות מקבילה לסמכות בית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר, כיוון שבעת פנייה מכוח הוראה זו **מבקש** בית המשפט מהיועץ המשפטי לממשלה להגיש עמדתו, אך הוא אינו **מורה** לו לעשות כן.<sup>124</sup> בשים לב לכך, לעמדתנו, מדובר במקור חקיקה נוסף שממנו ניתן ללמוד על חשיבות שמיעת עמדתם של גורמים החיצוניים לסכסוך הפרטני שלפני בית המשפט, ומכאן כי דבר חקיקה זה מחזק את

<sup>119</sup> רע"א 1534-16 בר-אור נ' **לאומי קארד בע"מ** (נבו 14.4.2016) (להלן: עניין **לאומי קארד**); ראו גם בקשת רשות לערער ברע"א 1534-16 בר-אור נ' **לאומי קארד בע"מ** (נבו 24.2.2016) (להלן: עניין **לאומי קארד – בר"ע**).

<sup>120</sup> עניין **לאומי קארד – בר"ע**, לעיל ה"ש 121, בפרק ה.3.א.

<sup>121</sup> לעניין זה מפנה המבקש למאמרו של המלומד רוזן-צבי: יששכר רוזן-צבי "פרוצדורה ומהות: חשיבה מחודשת על קטגוריות ישנות" **פרוצדורות** 45 (2014).

<sup>122</sup> עניין **לאומי קארד – בר"ע**, לעיל ה"ש 119, בפס' 102.

<sup>123</sup> ראו את הסקירה המופיעה במסגרת פרק ב' לעיל, כמו גם הדיון במקור הסמכות המוצע במסגרת פרק זה.

<sup>124</sup> רע"א 7085/19 הר פז נ' **נגב קרמיקה שיווק (1982) בע"מ** (נבו 11.1.2021); עניין **משרד הפנים**, לעיל ה"ש 104, בפס' 6 לפסק הדין של השופט מזוז; דנ"א 6298/15 **הוועדה המקומית לתכנון ובניה פתח תקוה נ' דיבון**, פס' 16 (נבו 29.6.2017). עמדה דומה הובעה גם בערכאות הדיוניות: רע"א (מחוזי חי') 65044-03-17 **חיפה כימיקלים בע"מ נ' בחי זקוק לנפט בע"מ**, פס' 22–24 (נבו 5.6.2017).

טענתנו בדבר קיומה של סמכות לבית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר (כפי שאכן נעשה בעניין קזולי).<sup>125</sup>

עוד ניתן להוסיף כי אם הודיע היועץ המשפטי לממשלה על הצטרפותו להליך, ובמסגרת עמדתו קיבלה ביטוי גם עמדת המאסדר הרלוונטי, מתייחר מטבע הדברים הצורך בפנייה יוזמה מטעם בית המשפט. אולם אין ללמוד מזה כי אם היועץ המשפטי לממשלה לא עשה כן, אזי אין בית המשפט מוסמך ליתן הוראות מתאימות שתכליתן להרחיב את היריעה הפרוסה לפניו כדי להגיע לתוצאה צודקת יותר.

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

### (ב) בחינת הגדרתה של "רשות ציבורית" בחוק תובענות ייצוגיות כרשימה סגורה

חוק תובענות ייצוגיות מקנה לבית המשפט סמכות להורות ל"רשות ציבורית" להשתתף בדיונים, להתנגד להסדר פשרה ואף להגיש תובענה ייצוגית, אולם הגדרתה של "רשות ציבורית" בתוספת הראשונה לחוק תובענות ייצוגיות כוללת רק את נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, את הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים ואת נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה.

לפיכך אפשר שתישמע הטענה שלפיה מן ה"כן" יש ללמוד על ה"לאו", היינו כי מדובר בהסדר שלילי שבמסגרתו 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 ענינים של חברי הקבוצה". לפיכך אנו סבורים כי לשון החוק ותכליתו הן תימוכין לביסוס סמכותו 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", בשם להערה כי "האם ראוי שתפקידה של רשות פיקוח יכול ללול גם הגשת תובענות ייצוגיות תידון בהמשך הליכי חקיקה. ראה סעיף 1 לתזכיר".<sup>126</sup>

בהתייחס לדברים אלו יודגש כי בתזכיר נכללו גופים נוספים להגדרת "רשות ציבורית", ואלה הם: 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.<sup>127</sup> הסיבה להכללת הגופים הללו, כפי שזו פורטה בתזכיר, היא כי גופים אלו "אמונים על שמירה על אינטרס הציבור ופיקוח על תחומים מסוימים בשוק".<sup>128</sup>

<sup>125</sup> עניין קזולי, לעיל ה"ש 4, בפס' 44.

<sup>126</sup> עמ' 233 להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה–2005, ה"ח 93.

<sup>127</sup> עמ' 11 לתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה–2005.

<sup>128</sup> שם, בעמ' 15.

לכן מלבד הקשיים הפרשניים הלא מבוטלים שכרוכים בהסקת ה"לאו" מן ה"הן", ובייחוד כאשר עסקינן בחוקים שונים, הרי שגם תכלית הסעיף לפי דברי ההסבר להצעת החוק ולפי התזכיר היא לאפשר את ניהולה היעיל וההוגן של התובענה הייצוגית ולהגן על עניינם של חברי הקבוצה על בסיס נקודת המוצא שלפיה הגופים המפורטים לעיל הם שאמונים על האינטרס הציבורי, ולכן יהיה בקבלת עמדתם כדי לסייע בהגנתו. לפיכך אנו סבורים כי קבלת עמדת הגופים הללו, אם מצא בית המשפט כי הדבר נדרש לשם הגנת האינטרס הציבורי והגעה לתוצאה צודקת, הולמת את תכלית הסעיף.

על פי זה, אף מבלי להידרש לפרשנות המרחיבה יותר, שלפיה סעיף 15 לחוק תובענות ייצוגיות מאפשר כשלעצמו להורות על קבלת עמדת מאסדר באופן שאינו מוגבל בהגדרות התוספת הראשונה לחוק זה,<sup>129</sup> הרי שנראה כי לצורך הגשמת התכליות שבבסיס הוראות הדין ראוי כי בית המשפט ישמע עמדות של גופים נוספים אשר אמונים על שמירת האינטרס הציבורי כדי להעניק פרשנות רחבה ככל הניתן ללשונו. יתרה מזאת, בחינת דברי ההסבר מלמדת כי צמצום רשימת הגופים המנויים נובע מהחשש מפני הגשת תובענות ייצוגיות על ידי גופים מפקחים ולא מתוך תכלית לצמצום מעורבותם. משכך, נראה שקבלת סיוע מגופים אלו הולמת את תכלית הסעיף ואינה סותרת את לשונו, שכן עסקינן בקבלת עמדתו של המאסדר ולא בצירופו. כן יודגש כי ממילא הפנייה למאסדר נעשית כאמור מכוח סמכותו הטבועה של בית המשפט ולא מכוח סעיף 15 לחוק תובענות ייצוגיות.<sup>130</sup>

### (ג) סמכות בית המשפט להורות על זימון עד

לצורך השלמת הדיון מצאנו בשוליו להתייחס גם לדעה מקובלת נוספת בספרות הקיימת, ולפיה מקור סמכותו של בית המשפט להורות על הגשת עמדתו של 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 הוא בכתיבת המלומד גורן שלפיה 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.<sup>131</sup> בעניין זה מפנה גורן לפסק הדין בעניין **לאומי קארד**, שם נקבע:<sup>132</sup>

הסמכות לפנות אל המפקח על הבנקים על מנת ששייב 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.

<sup>129</sup> עניין **גמזו**, לעיל ה"ש 44.

<sup>130</sup> 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 (ראו פרק ב.1. לעיל). יצוין כי נקבע שניתן לפרש את הסעיף פירוש 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 (נבו 2011.2.24).

<sup>131</sup> גורן, לעיל ה"ש 79, בעמ' 516–517.

<sup>132</sup> עניין **לאומי קארד**, לעיל ה"ש 119, בפס' 6.

אולם לגישתנו יש לבצע הפרדה בין הסוגיה הנדונה במסגרת מאמר זה לבין האמור בעניין לאומי קארד. באותו 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.

לפיכך 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.<sup>133</sup>

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

לפיכך, לגישתנו, מדובר בשני אפיקים נפרדים הנשענים על אותו יסוד – הצורך של בית המשפט להרחיב את היריעה המונחת לפניו אם מצא שהדבר נדרש לשם הכרעה בהליך, והסמכות המתאימה שניתנה לו לצורך זה. כך, ההוראה הקבועה בפקודת הראיות עוסקת בסוגיה עובדתית גרידא, היינו לבית המשפט סמכות להרחיב את היריעה העובדתית אם מצא שהדבר נדרש. אולם כיוון שקבלת עמדת המאסדר נועדה דווקא לקבלת מידע החורג מנסיבות המקרה הפרטני וחורגת מהאפיק העובדתי בלבד, לעמדתנו היא בבחינת אפיק נפרד – ראוי ונחוץ בפני עצמו. משכך, פקודת הראיות, כשלעצמה אינה לגישתנו מקור הסמכות להורות על קבלת עמדת המאסדר. לצד זאת סבורנו כי פקודת הראיות היא דוגמה נוספת לעצם סמכותו של בית המשפט לחרוג מגבולות ההליך האדוורסרי כשהדבר נחוץ לשם הרחבתה והשלמתה של התמונה המונחת לפניו, שבאמצעותה יתאפשר לו להגשים באופן מלא יותר את תכלית-העל בדבר עשיית משפט צדק בגבולות ההליך שלפניו.<sup>134</sup>

133 שם.

134 נציין בשולי הדברים כי לדעתנו ניתן לראות בדוגמה זו חיזוק לטענה בדבר קיומה של סמכות טבועה לבית המשפט להורות על קבלת עמדתו של המאסדר, שכן היא כאמור דוגמה לסמכותו של בית המשפט לחרוג מהעקרונות האדוורסריים 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 [ס' 167 לחוק סדר הדין הפלילי; ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 505, 511 (1981)]. דוגמאות נוספות לחריגות מסוג זה בהליך האדוורסרי ניתן למצוא למשל בזכותם של הצדדים להגיש ראיות נוספות אף לאחר מועד הכרעת הדין [יוסף אלרון "קבלת ראיות שלא על פי סדר הדין" המשפט יב: ספר עדי אור ז"ל 15 (תשס"ז)]; זימון עד הנוכח באולם בית המשפט [תק' 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 (נבו 22.3.2021)]; סמכותו של בית המשפט שלא לקבל כתב תביעה אף במקרה שבו הנתבע אינו מתגונן [ת"א (מחוזי ירושלים) 59361-08-20 פלוני נ' ארגון חמאס (נבו 24.8.2021)].

#### 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 אף 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 שבהם דנו בפרק ב לעיל מעלה כי אין בנמצא הוראת חוק מוגדרת וברורה המעניקה את הסמכות לקבל את עמדת המאסדר לבית המשפט. מנגד, יש בנמצא הוראות חוק מגוונות שעל בסיסן השתרשה ההלכה בדבר שיקול דעתו הרחב של בית המשפט בנושא סדרי הדין, בשים לב לתכלית היעילות ועשיית הצדק שבניהול ההליך. כך, בחינת הוראות החוק השונות שפורטו בפרק ג מלמדות שכוונת המחוקק לאפשר לבית המשפט, במקרים שבהם הדבר נדרש, לפעול באופן שיאפשר לו להגיע לתוצאה צודקת בנסיבות העניין אף במחיר פגיעה מסוימת בהליך האדוורסרי בשל צירופם של גורמים שאינם צד לו.

לעמדתנו, לבית המשפט סמכות להורות על קבלת עמדתו של המאסדר מכוח סמכותו הטבעית ובשים לב להוראות החקיקה שמהן ניתן ללמוד על קידום תכליות היעילות ועשיית הצדק בניהול ההליך. לעמדתנו השימוש בסמכות ראוי אם מצא המותב היושב בדין כי זו נדרשת כדי לייעל את ההליך וכדי לפרוס לפניו תמונה שלמה ומלאה יותר – כל אלה באמצעות מי שמוחזק כגורם מקצועי ואובייקטיבי שיכול לסייע לבית המשפט בעשיית משפט צדק.

בשים לב למסקנתנו זו, ומצידו השני של אותו המטבע – ניתן אף לראות כי כשהורה בית המשפט למאסדר להגיש עמדתו בהליך פלוני – חרף היעדר חובה או הסמכה מפורשת בדין לעשות כן – המאסדר ראה עצמו מחויב להוראותיו של בית המשפט, וזו הוגשה. אומנם יש מקרים שבהם עמדת המאסדר היא כי הוא אינו מוצא לנכון להביע עמדה – לחיוב או לשלילה – וכי בנסיבות כאמור הוא מותיר את ההכרעה בסוגיה לשיקול דעתו של בית המשפט. אולם במסגרת הבחינה שנעשתה לצורך מאמר זה לא מצאנו, ולו מראה מקום אחד, שבו סירב המאסדר להגיש עמדתו כאמור.

בהמשך לדברים אלו נוסף כי לעניין הדיון בשאלת הסמכות, לעמדתנו אין להידרש לשאלת מדרג הנורמה המפורשת בבית המשפט למרות ההבדל הלכאורי שניתן לראות לעניין המשקל שיש ליתן לפרשנות המאסדר נוכח מדרג החקיקה (ובשים לב לדיון בעניין זליגמן).<sup>135</sup> ואם הפנייה למאסדר נעשית כגוף מקצועי-אובייקטיבי שיוכל לסייע לבית המשפט, לגבי דידנו, על פני הדברים, לא חשוב אם מדובר בחקיקה ראשית או משנית.

#### ה. מתי ראוי להורות על קבלת עמדתו של המאסדר

כפי שצינו בראשית הדברים, עניינה של רשימה זו הוא בשאלה אם לבית המשפט קיימת הסמכות להורות על קבלת עמדתו של המאסדר כדי שזה יביע עמדתו בהליך פלוני שהוא אינו צד לו. בסופו של הדיון שערכנו לעיל הגענו למסקנה כי לבית המשפט הסמכות האמורה אם

<sup>135</sup> עניין זליגמן – דיון נוסף, לעיל ה"ש 6.

מצא המותב היושב בדין כי זו נדרשת כדי לייעל את ההליך וכדי לפרוס לפניו תמונה שלמה ומלאה.

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

בבחינת הדיון שקיים בסוגיה זו בפסיקה הקיימת אחד מפסקי הדין שמהם ניתן ללמוד על הגישות השונות בפרשנות החוק בכלל ולעניין פנייה לעמדת המאסדר בשאלות פרשניות בפרט, הוא פסק הדין בעניין **מרום**.<sup>136</sup> בדיון המובא בפסק הדין, לצד הסכמתם על התוצאה המתבקשת, נחלקו שופטי בית המשפט העליון בשאלת פרשנותו של סעיף 147 לפקודת המס.<sup>137</sup>

לעמדת כבוד השופט ג'ובראן, אף שמלאכת הפרשנות מוטלת על בית המשפט, הרי שזה ייתן בנסיבות מסוימות משקל לפרשנות שנותנת הרשות. כך קבע גם כבוד השופט ריבלין אשר הצטרף לפסק דינו של כבוד השופט ג'ובראן, כי יש:

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.<sup>138</sup>

מנגד, לעמדת כבוד השופט דנציגר (אשר הצטרף לתוצאת פסק דינו של כבוד השופט ג'ובראן, אך הסתייג מדרכו הפרשנית), כשמבקש בית המשפט לפרש הוראת חוק, עליו בראש ובראשונה לפנות ללשון החוק.<sup>139</sup> בהמשך לכך, ורק אם נותרה הוראת החוק סתומה, יכול השופט לפנות אל עקרונות היסוד של השיטה.<sup>140</sup> וכך נקבע באותו עניין כי "אל לו לפרשן להתעניין בתפישה הפרשנית של מי שהוטל עליו לבצע את החוק בבואו לקבוע מהי תכליתה של הוראת המס. קביעתו זו של הפרשן צריך שתושבת, כאמור, על לשון החוק, ההיסטוריה החקיקתית והפרלמנטרית של החוק ועקרונות היסוד של השיטה".<sup>141</sup>

בחינת הפסיקה הנוהגת בנוגע לשתי הגישות כאמור לעניין קבלת עמדת המאסדר, מלמדת שלמעשה עמדת הפסיקה, כמעט לחלוטין, היא כעמדתו של כבוד השופט ג'ובראן בעניין **מרום**.<sup>142</sup> את גישתו של כבוד השופט ג'ובראן אימצו בין היתר כבוד השופטת וילנר בעניין **התאחדות תאגידי כוח אדם** וכן פרופ' ברק, שדן בסוגיה זו בהרחבה בספריו.<sup>143</sup> גם לעמדתנו הגישה הראויה היא כי בית המשפט רשאי לפנות למאסדר ולהיעזר, בין היתר, בעמדתו של המאסדר ובפרשנותו בעת יישומו את החוק, מתוך הנחה כי ראוי שלפני

<sup>136</sup> עניין **מרום**, לעיל ה"ש 72.

<sup>137</sup> ס' 147 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדר].

<sup>138</sup> עניין **מרום**, לעיל ה"ש 72, בעמ' 23.

<sup>139</sup> שם, בעמ' 22.

<sup>140</sup> שם.

<sup>141</sup> שם, בעמ' 22–23.

<sup>142</sup> עניין **מרום**, לעיל ה"ש 72.

<sup>143</sup> בג"ץ 2875/18 **התאחדות תאגידי כוח אדם זר בענף הבניין נ' ממשלת ישראל**, פס' 27–29 (נבו 18.6.2019) וההפניות שם.

השופט-פרשן תובא תשתית רחבה ככל הניתן, וזה יוכל לבור את המוץ מן הבר עת יידרש למלאכת הפרשנות.

**אם כן, אימתי ראוי לבצע פנייה כזאת?** המקור העיקרי והדומה ביותר שממנו ניתן ללמוד על המבחנים שראוי להחיל לצורך מענה על שאלה זו מצוי לגישתנו במוסד "ידיד בית המשפט". התכליות והרציונלים שביסודו יפים לטעמנו גם לשאלה מתי ראוי לקבל את עמדתו של המאסדר ואף ביתר שאת, בשים לב לשינויים המחייבים, ובראשם כי המאסדר, להבדיל מ"ידיד בית המשפט", הוא גורם ניטרלי על פי רוב, והצטרפותו לבקשת בית המשפט אינה נעשית בשם אינטרס קונקרטי שאותו הוא מייצג אלא בשם האינטרס הציבורי בכללותו.<sup>144</sup> אם כן, נפנה עתה לבחינת אותם המבחנים שנקבעו לעניין צירופו של "ידיד בית המשפט" ונבקש להסיק מבחינה זו גם לסוגיה שלפנינו.

בעניין קוזלי קבע הנשיא (כתוארו אז) ברק את השיקולים השונים שאותם נדרש בית המשפט לבחון טרם צירופו של "ידיד בית המשפט" והדגיש כי "יש לבחון את תרומתה הפוטנציאלית של העמדה המוצעת"<sup>145</sup> לצד בחינה של מהות הגוף המבקש, מומחיותו, ניסיונו והייצוג שהוא מעניק לאותו אינטרס שבשמו ביקש להצטרף. לצד בחינה זו של העמדה המוצעת הושם דגש גם בסוג ההליך ובמהות הסוגיה העומדת להכרעה, כמו גם בשלב שבו מצוי ההליך.<sup>146</sup>

בהמשך לדברים אלו עמדה כבוד השופטת ביניש על יישום האמור בעניין שוורץ.<sup>147</sup> בהחלטתה הדגישה כבוד השופטת ביניש לעניין סוג ההליך ומהות הסוגיה העומדת להכרעה, כי מדובר ב"שאלה בעלת חשיבות כללית" וזו נוגעת לציבור רחב של נאשמים.<sup>148</sup> עוד הרחיבה על מהות הגוף המבקש (הסנגוריה הציבורית) – תפקידו, מומחיותו וניסיונו בתחום וכן התייחסה לשלב שבו מצוי ההליך ולכך שלא יהיה בצירוף כדי להכביד על ניהולו.<sup>149</sup> כך נקבע לעניין צירופו של "ידיד בית משפט" כי מדובר בשאלה של שיקול דעת, המחייבת איזון בין מידת התרומה הפוטנציאלית הגלומה בצירוף המבקש לבין החשש לפגיעה ביעילות הדיון בשל הצירוף<sup>150</sup> – זאת לצד שיקולים נוספים, ובהם השלכות הרחב שעשויות להיות להכרעה בהליך מעבר לגבולותיו.<sup>151</sup>

<sup>144</sup> הבחנה דומה נראית במשפט המשווה. כך, גם באנגליה יש הבחנה בין צד שמעורב והוא בעל אינטרס בהליך לבין צד חיצוני אשר אדיש להליך ויכול לספק עמדה אובייקטיבית יותר. הפנייה לידיד בית המשפט שם אף שקיימות גם ביקורות נגד עמדה זו, היא לצד חיצוני אשר אדיש לתוצאת ההליך ויכול לסייע באי-צדק אשר נובע מההליך האדוורסרי [S. Hannett], *In the Public Interest Third Party Interventions: In the Public*, 2003, 2 QB 229; 128 PUB. L [Allen v. Sir Alfred McAlpine and Sons Ltd. [1968] 2 QB 229].

<sup>145</sup> עניין קוזלי, לעיל ה"ש 4, בפס' 45; ההדגשות אינן במקור. שם.

<sup>147</sup> ע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (2) 241 (2000); ההדגשות אינן במקור.

<sup>148</sup> שם.

<sup>149</sup> שם.

<sup>150</sup> ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (נבו) 4.4.2005.

<sup>151</sup> שם, בפס' 3.

בשים לב לדברים אלו טוען המלומד פרבר<sup>152</sup> כי ההלכה הישראלית הגדירה את התנאים האלה: **ראשית**, כי מדובר בצד שאינו מעורב בסכסוך ישירות; **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.<sup>153</sup> עוד הודגש כי ראוייה לציון העמידה בפסיקה על "מבחן התרומה הממשית להליך", כאמור לעיל, אשר נבחנה כתנאי סף לצירוף "ידיד".<sup>154</sup> לצד מבחנים אלה מציע פרבר להוסיף לבחינת הצטרפותו של "ידיד בית משפט" תנאי סף, שלפיו זה יצורף רק אם המידע שיציג יהיה "מידע אשר שונה מעמדת הצדדים, מועיל ומחדש אשר יסייע לעבודת בית המשפט".<sup>155</sup> יש לשים לב שפרבר מציע להוסיף תנאי זה כשלגישתו הנימוקים שהיו בבסיס רוב ההחלטות בישראל לקבל בקשות הצטרפות כ"ידיד בית משפט" היו שמדובר בגוף המייצג אינטרס ציבורי בעל חשיבות, ושמדובר בסוגיה עקרונית או מורכבת.<sup>156</sup>

בהמשך לדברים אלו מפרט פרבר טיעונים שונים בעד ונגד השימוש במוסד ה"ידיד". בחינת טיעונים אלה מלמדת שמרבית טיעוני הנגד והרציונלים שביסודם דווקא אינם מתקיימים כשמדובר בשימוש במוסד המאסדר. כך למשל: 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.<sup>157</sup>

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 במקום שבו הוא אינו אובייקטיבי, כאשר מטרת הצירוף היא הצגה של אינטרסים נוספים אשר חורגים מעניינם הפרטי של הצדדים המתדיינים.<sup>158</sup> 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 העיקריות שבבסיס קבלת מוסד "ידיד בית המשפט" יפות גם לעניין קבלת עמדתו של המאסדר בהליכים השונים – ומשכך, ראויים המבחנים שנקבעו לעניין זה גם לענייננו. כאמור, דברים אלה נלמדים גם מהחלטת כבוד הנשיא (כתוארו אז) א' ברק בעניין קוזלי עצמו, שם נימק את החלטתו בדבר

<sup>152</sup> שי פרבר **ידיד בית המשפט** 235–236 (2018). יצוין, כי המלומד פרבר מבסס את טענותיו, בין היתר, גם על הדין החל במשפט המשווה.

<sup>153</sup> שם, בעמ' 220.

<sup>154</sup> שם, בעמ' 221.

<sup>155</sup> שם, בעמ' 235–236.

<sup>156</sup> שם, בעמ' 214.

<sup>157</sup> שם, בעמ' 222–232.

<sup>158</sup> כך למשל קבע כבוד 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 ישראלים בע"מ נ' אביעד העשיות בטון וטיט (1996) בע"מ**, פס" 3 (נבו 25.12.2024); ראו גם: ע"א 7842-16 **אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' לוי**, פס" 12 (נבו 27.9.2017)).

אימוץ מוסד "ידיד בית המשפט" לשיטת המשפט הישראלי, בין היתר באמצעות מתן דוגמאות בדבר קבלת עמדות מאסדר בהליכים שונים, כאשר המאסדר אינו צד להם.<sup>159</sup> כך, בתי המשפט מצאו לנכון לאמץ את מוסד "ידיד בית המשפט" תוך כדי איזון בין יעילות הדיון, זכויות הצדדים וה"אדוורסריות" 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 החורגת מד' 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. לפיכך לעמדתנו, המבחינים שנקבעו בפסיקה בעניין קבלת עמדתו של "ידיד בית משפט" יפים, בשינויים המחייבים, גם לעניינו בדבר השאלה מתי ראוי להיעתר לבקשה לצירוף עמדת מאסדר כשמוגשת בקשה כאמור על ידי הצדדים להליך עצמו<sup>160</sup> וגם בהתייחס לשיקול הדעת שמפעיל בית המשפט בהחלטתו להורות על קבלת עמדה כאמור לצורך הכרעה בסוגיה המונחת לפניו, ומיוזמתו.

יודגש כי האמור לעיל נטען בשים לב לשוני שבין מוסד "ידיד בית המשפט" לבין עמדת המאסדר, שעליו עמדנו בהרחבה לעיל, בשים לב לשאלת היוזמה שבצירוף עמדת המאסדר, ההנחות האובייקטיביות והמקצועיות ובהיות המאסדר גוף אשר אמון על ייצוג של האינטרס הציבורי (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 המבחן המתאים לשאלה אימתי על בית המשפט להורות למאסדר להגיש את עמדתו.

על בסיס המבחינים והעקרונות האמורים, תוך כדי שימת לב גם לנקודות השוני בין המוסדות, לעמדתנו כאשר נדרש בית המשפט לשאלה אם עליו להורות למאסדר להגיש את עמדתו, עליו לבחון אותה בראי האמור לעיל, בדגש על "מבחן התרומה הממשית להליך", כאמור בשים לב לאיזון הנדרש בין מידת התרומה הפוטנציאלית הגלומה בצירוף המבקש לבין החשש לפגיעה ביעילות הדיון וההכבדה על הצדדים. כך, ראוי כי בית המשפט ייתן דעתו למבחינים האלה: ראשית, אם ניצבת לפני בית המשפט שאלה עקרונית החורגת מנסיבות הסכסוך שבין הצדדים הטוענים לפניו; שנית, אם קבלת עמדתו של המאסדר תוכל לסייע להעמקת הדיון ולהבהרתו כפי שנדרש לצורך הכרעת בית המשפט בהליך, ובכך אם המידע שיציג המאסדר יהיה בו כדי לחדש דבר-מה ולחרוג מהמידע שכבר מונח לפני בית המשפט; שלישית, אם אין בקבלת עמדתו של המאסדר כדי להכביד ממש על ניהול ההליך.

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

<sup>159</sup> עניין קוזלי, לעיל ה"ש 4, בפס' 43.

<sup>160</sup> עניין בנדל, לעיל ה"ש 40.

כך, ניתן למצוא דוגמאות בהליך התובענה הייצוגית והנגזרת<sup>161</sup> כמו גם בהליכים לאישור חלוקה לפי סעיף 303 לחוק החברות בראי החשש שמא קיים אינטרס ציבורי נוסף שעשוי להיפגע או לא לקבל ייצוג מספיק על ידי הצדדים הפורמליים להליך,<sup>162</sup> וכך גם בשלל הליכים אזרחיים "רגילים" כשעלה כי ההליך שלפני בית המשפט דורש הכרעה בסוגיה בעלת השלכות רוחב, ואלו לא לובנו כהלכה בהליך שלפניו,<sup>163</sup> מצאו לנכון בתי המשפט בערכאות השונות לפנות למאסדר הרלוונטי לצורך קבלת עמדתו.

לכן בשים לב לדמיון הרב בין תכליות מוסד "ידיד בית המשפט" לפרקטיקה 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, ואף שלעיתים נוהגים בתי המשפט בערכאות השונות באופן המתואר לעיל כבר כיום, לעמדתנו יש חשיבות ליצירת האחדה של הבחינה כדי להגביר את ודאות ההליך ולצמצם את הפגיעה האפשרית בבעלי הדין.

## ו. סיכום

במאמר זה דנו בשאלה המקדמית על מקורה ועל עצם קיומה של סמכות בית המשפט להורות על קבלת עמדת מאסדר כשהוא אינו צד לאותו הליך. השערותנו הייתה כי סמכות כאמור קיימת, ובסקירה 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 אף שזו מקובלת בתחומים שונים, אין בנמצא הוראות חוק ייחודיות לסוג הליך מסוים אשר מספקות מענה לשאלת הסמכות. מבחינת הנעשה בתחומים השונים למדנו כי סמכותו של בית המשפט לעניין קבלת עמדת המאסדר אינה מוגבלת לסוג הליך מסוים, וכך כי תכלית קיומה של סמכות זו היא לאפשר לבית המשפט לקבל תמונה מלאה ושלמה יותר, בייחוד במקרים שבהם קיים ספק אם די בזו שנפרסה לפניו בידי 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 באדוורסריות של ההליך ובחנו אם יש בהן כדי לספק סמכות לפנייה למאסדר. ולגישתנו, אין בהוראות החוק שסקרנו כדי לספק מקור סמכות כאמור. בהמשך פנינו לבחון את השימוש הדומה שנעשה בסמכות זו בעניין קוזלי, כמובן תוך כדי 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 שביסוד 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 שעל בסיסן יהיה בידו להגיע לתוצאה הצודקת במקרה הפרטני שלפניו. מכל

<sup>161</sup> מעבר לאמור לעיל בהרחבה, ראו גם: ת"צ (מחוזי מרכז) 14912-05-20 עבו נ' ש. שסטוביץ בע"מ (נבו) (10.1.2022).

<sup>162</sup> ראו למשל: ת"צ (ת"א) 43187-10-12 אבידור נ' נטוויז'ן בע"מ, פס' 2 (נבו) (3.5.2016).

<sup>163</sup> ראו למשל: עניין ערב, לעיל ה"ש 3.

אלו למדנו כי המסקנה המתחייבת היא שיש לבית המשפט סמכות זו. אולם בשים לב להיעדר החקיקתי האמור, לעמדתנו מקורה של הסמכות מצוי בסמכותו הטבועה של בית המשפט. לאחר שמצאנו את מקור הסמכות וביססנו אותו, פנינו לבחון אם ראוי להשתמש בסמכות זו, ואם כן – אימתי. לצורך מענה לשאלה זו מצאנו לבחון את התכליות הניצבות בבסיסו של מוסד "ידיד בית משפט". בחינה זו הובילה אותנו למסקנה כי תכליות אלו דומות ביותר לתכליות שבבסיס הפנייה למאסר כפי שזו מנומקת בבתי המשפט. מכך גיבשנו עמדתנו שלפיה ניתן וראוי ללמוד ולהקיש מן המבחנים שנקבעו בפסיקה לעניין "ידיד בית משפט" גם לעניין הפנייה למאסר, בשים לב לנקודות השוני בין המוסדות, ובראשן חזקות האובייקטיביות והמקצועיות.

לפיכך סיכמנו כי אנו סבורים שכאשר נדרש בית המשפט להכריע בשאלה אם עליו להורות למאסר להגיש את עמדתו, נכון כי המבחנים שינחו החלטתו זו ייעשו בראי אבני הדרך האלה: **ראשית**, אם ניצבת בפני בית המשפט שאלה עקרונית החורגת מנסיבות הסכסוך שבין הצדדים הטוענים לפניו; **שנית**, אם קבלת עמדתו של המאסר תוכל לסייע להעמקת הדיון ולהבהרתו כפי שנדרש לצורך הכרעת בית המשפט בהליך (תוך שימת לב לשאלה אם המידע שיציג המאסר יהיה בו כדי לחדש דבר-מה ולחרוג מהמידע שכבר מונח לפני בית המשפט); **שלישית**, אם אין בקבלת עמדתו של המאסר כדי להכביד ממש על ניהול ההליך. אנו מקווים שיהיה במאמר זה כדי לסייע הן בהבנה שלמה יותר של הפרקטיקה שהתגבשה והפכה שגורה בדבר פנייה למאסר בהליך שהוא אינו צד לו, והן במישור המעשי, דרך קביעת אמות המידה ואבני הדרך שיסייעו לגישתנו לבית המשפט להכריע בשאלה מתי עליו להפעיל סמכותו זו.