

תביעה ביוזמת הנתבע

מאת

שרון חנס* ויששכר (איסי) רוזן-צבי**

תקציר

שיטת המשפט הישראלית מניחה כמובנת מאליה את העובדה שהתובע בהליך אזרחי הוא "אדון לתביעתו", וכי במסגרת זו הוא זכאי לבחור באופן בלעדי, ובמגבלות מועטות בלבד, את עיתויה של הגשת התביעה. כוח זה ששיטת המשפט נותנת לתובע מעניק לו יתרונות משמעותיים: הוא יכול להתכונן כיאות לתביעה, לאסוף עדים וראיות הנחוצים לו לצורך הוכחת תביעתו, ולבחור מועד נוח מבחינתו להגשת התביעה. ברוב המקרים אכן מוצדק להעניק לתובע יתרונות אלה. אך העובדה שהכוח לקבוע את עיתוי התביעה ניתן לתובע באופן בלעדי עלולה לגרום לפגיעה בזכויותיו של הנתבע כמו-גם ברווחה החברתית. השהיה של מועד הגשת התביעה, בין שהיא נעשית באופן אסטרטגי על-ידי התובע ובין שהיא נעשית באופן לא-מכוון, עלולה לפגוע קשות בנתבע. היא עלולה לגרום לנתבע נזקים כלכליים ונזקי מוניטין, לפגוע בפעילות מועילה שהוא מתכנן, או ליצור לנתבע קשיים מהותיים או ראייתיים באופן המשפר את סיכוייו של התובע לזכות בתביעה, ובהתאמה גם את יכולתו להשיג פשרה טובה יותר. כל זאת מטעמים חיצוניים לטיב העילה ולחוזק הראיות התומכות בה. המאמר טוען כי אין מקום לבלעדיות המוענקת כיום לתובע בבחירת עיתוי התביעה, וכי בהתקיים הנסיבות המתוארות במאמר יש לאפשר לנתבע להשפיע על עיתויה של הגשת התביעה נגדו. נסיבות אלה כוללות מצבים שבהם: (א) העיכוב בהגשת התביעה עלול לגרום לצבירת חביונות עתידיות של הנתבע כלפי התובע; (ב) עצם האיום בתביעה או החשש ממנה עלולים לגרום לנתבע נזק ממשי; (ג) העיכוב בהגשת התביעה פוגע ביכולתו של הנתבע להיפרע מצדדים שלישיים; (ד) העיכוב בהגשת התביעה גורם לנתבע נזק ראייתי; (ה) לנתבע יש אינטרס לגיטימי לצרף תובע נוסף לתביעה שכבר תלויה ועומדת נגדו; (ו) האינטרס של הנתבע בהקדמת הדיון בתביעה עולה באופן ברור וחד-משמעי על האינטרס של התובע בעיכוב הדיון בה.

לאחר-מכן המאמר מציג דוקטרינות שונות במשפט הנוהג שבאמצעותן בתי-המשפט מנסים להתמודד עם הקשיים הנגרמים מן הבלעדיות שהוענקה לתובע בבחירת עיתוי

* דקאן הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

** פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

על הערות מצוינות ומועילות אנו מבקשים להודות לאיציק בנבגי', לדיידי גילה, להגר גנין, לאלון הראל, לעמרי ידלין, לשי נ' לביא, ליורם מרגליות, לאריאל פורת, לאוריאל פרוקצ'יה, לאהוד קמר, לרועי קרייטנר וכן למשתתפי המפגש של צהרי יום ד בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב. תודה גם לזוהר קורץ על עזרת-מחקר מעולה ולצוות עיוני משפט על תרומתם הרבה.

התביעה, ביניהן הסעד ההצהרתי השלילי, הסעד ההצהרתי התיאורטי, טענת השיהוי במשפט האזרחי, שינוי מועדי התיישנות, צירוף תובעים ביוזמת הנתבע, הסירוב להכיר בהשתק פלוגתא לא-הרדי התקפי, התובענה הייצוגית וטען-הביניים. המאמר מראה כי דוקטרינות אלה מספקות מענה חלקי לכל-היותר לבעיות האמורות, וכי בחלק מן המקרים נזקן עולה על תועלתן. לבסוף, המאמר מציע מנגנון חדשני ויצירתי – הבקשה לצו חוסם – שבאמצעותו ניתן לפתור בצורה משביעת-רצון את מכלול הבעיות שמעוררת הבלעדיות שניתנה לתובע בקביעת מועד התביעה. המאמר אף יטען כי מנגנון זה ניתן ליישום כבר כיום, ללא כל צורך בתיקון החקיקה או התקנות.

מבוא

- א. ההצדקות לסטייה מכלל הבלעדיות
- ב. קבוצות המקרים המצדיקים קביעת חריגים לכלל הבלעדיות
 1. אינטרס של הנתבע להימנע מצבירת חבויות עתידיות
 2. נזקים כלכליים ואחרים לנתבע בשל האיום בתביעה או בשל החשש ממנה
 3. נזק בשל פגיעה ביכולתו של הנתבע להיפרע מצדדים שלישיים
 4. נזק ראייתי לנתבע בשל העיכוב בהגשת התביעה
 5. אינטרס לגיטימי של הנתבע לצרף צד זר כתובע נוסף
 6. מאזן הנוחות בין התובע לבין הנתבע נוטה בבירור לטובת הנתבע
- ג. הדוקטרינות במשפט הנוהג המתמודדות עם כלל הבלעדיות וחסרונותיהן
 1. סעד הצהרתי שלילי
 2. סעד הצהרתי "תיאורטי" כנגד צד שלישי החב לכאורה בשיפוי או בהשתתפות
 3. טענת שיהוי במשפט אזרחי
 - (א) שיהוי כנובע מתורת ההשתק מכוח מצג
 - (1) מהו שיהוי המבטא ויתור על זכות התביעה מצד התובע?
 - (2) מה ייחשב הרעה במצבו של הנתבע?
 - (ב) שיהוי כנובע מחובת תום-הלב הכללית
 4. שינוי מועדי התיישנות
 - (א) סירוב לדחות את מועד ההתיישנות באמצעות כלל הגילוי המאוחר
 - (ב) הארכת תקופת ההתיישנות של עילות התביעה של נתבעים כלפי צדדים שלישיים
 - (ג) הסדר התיישנות גמיש
 5. צירוף תובע ביוזמת נתבע
 6. סירוב של צד להצטרף להליך כ"הסכמה משתמעת" להיות כבול לתוצאותיו במעשה בית-דין

7. החלה מצומצמת של השתק פלוגתא לא־הדדי התקפי
 8. התובענה הייצוגית
 9. התביעה הנגזרת
 10. טען־הביניים
 - ד. צו חוסם – הפתרון המוצע
 1. הבקשה לצו חוסם – הצגת המנגנון
 2. יתרונותיו של הצו החוסם על המנגנונים הקיימים
 3. השימוש בצו חוסם באופן המוצע על־ידינו על־פי מבחני הפסיקה הישראלית
- סיכום

מבוא

שיטת המשפט הישראלית מניחה כמוכנת מאליה את העובדה שהתובע בתביעה האזרחית הוא "אדון לתביעתו". כנגזרת מכך התובע זכאי לכחור באופן בלעדי את עיתויה של הגשת התביעה, וזאת במגבלות מעטות בלבד, ובראשן עמידה במסגרת תקופת ההתיישנות (להלן: כלל הבלעדיות).¹ האם יש הצדקה לבלעדיות ששיטת המשפט מעניקה לתובע בבחירת עיתוי התביעה? להלן יובאו דוגמות מספר המטילות ספק בכך:

- **חשש מהפרת פטנט** – משה שולח לאהרן מכתב התרעה וכו נכתב כי אהרן מפר את הפטנט שלו, וכי משה שומר על זכותו לתבוע אותו בעתיד בגין ההפרה. אהרן סבור כי הוא אינו עושה שימוש מפר בפטנט של משה. המחלוקת בין הצדדים נוגעת בהיקף ההרשאה שנתן משה לאהרן לעשות שימוש בפטנט שלו. אהרן נמצא בדילמה: הוא יכול לעמוד על שלו ולהמשיך לעשות שימוש בהרשאה שניתנה לו לטענתו, אך הוא עלול לשלם על כך מחיר כבד אם תוגש תביעה נגדו בעתיד ובית־המשפט יפסוק לרעתו; מאידך גיסא, הוא יכול להפסיק לעשות שימוש בפטנט של משה, אך יהא עליו לשאת בנזקים הכלכליים הכרוכים בכך. משה, אשר מודע לדילמה שאהרן מצוי בה, אינו ממחר להגיש תביעה, בודעו כי הוא עשוי לקבל את מבוקשו גם ללא צורך בהגשתה.
- **מכשול לעסקה עתידית** – יעקב פונה לחברה ומאיים להגיש נגדה תביעה בטענה שהיא הפרה הסכם עסקי שעליו חתמה עימו, ושעקב ההפרה נגרמו לו נזקים בסכום גדול. במקביל, וללא קשר לכך, החברה עומדת למכירה. הקונים הפוטנציאליים מודעים לאיום

1 תפיסה זו מאפיינת את רוב שיטות המשפט במסורת המשפט המקובל. עם זאת, ראוי לציין שגם בשיטות המשפט האינקוויזטוריות, הנהוגות באירופה הקונטיננטלית, שבהן קביעת מסגרת ההליך וניהולו מופקדים בחלקם הגדול בידי בית־המשפט, ולא בידי הצדדים ועורכי־דינם, התביעה נפתחת בכתב תביעה המוגש על־ידי התובע ובעיתוי הנבחר על־ידי, ואין לבית־המשפט או לנתבע שליטה במועד שבו תוגש התביעה. לדין הנוהג בגרמניה ראו: PETER L. MURRAY & ROLF STÜRNER, GERMAN CIVIL JUSTICE 198 (2004). לדין הנוהג בצרפת ראו: Loïc Cadet, *Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Law*, 28 RITSUMEIKAN L. REV. 331, 355 (2011).

של יעקב, וחוששים לרכוש אותה בשל החשש שתוצאות התביעה עלולות להשפיע לרעה על ערכה של החברה. הקונים הפוטנציאליים אינם סומכים על המוכר שיתן להם מצגים מדויקים בנוגע לתביעה, ואילו המוכר אינו מוכן לשפות את הקונים מחשש שהם ימהרו להתפשר ללא הצדקה. יעקב, התובע בכוח, מנצל מצב זה לטובתו. מאחר שהחשש מפני התביעה פוגע באפשרות למכור את החברה, הוא מעכב את תביעתו על-מנת לסחוט מבעלי השליטה פשרה נדיבה.

- **העד החולה** – ראובן מודיע לשמעון, הרופא שטיפל בו, כי בכוונתו לתבוע אותו בעתיד בגין נזקי גוף שנגרמו לו לטענתו במהלך ניתוח שביצע בו שמעון. לרוע מזלו של שמעון, עדת ההגנה הראשית מטעמו, רופאה נוספת שנכחה בחדר בשעת הניתוח ואשר ביכולתה לזרות אור על הפרשה ולהכריע את התביעה לטובתו, חלתה במחלת האלצהיימר. ראובן, שמודע לכך, ממתין עם תביעתו. נותרו עדיין שש שנים עד לסיום תקופת ההתיישנות, והזמן משחק לטובתו.
 - **פגיעה ביכולת להיפרע מצד שלישי** – זבולון ודינה החליטו לפתוח בית-קפה. על-מנת לממן את ההוצאות הכרוכות בכך, הם נטלו מן הבנק הלוואה ביחד ולחוד בסכום של מיליון ש"ח, ודינה אף משכנה את דירתה כבטוחה להחזר ההלוואה. למרות התחזיות הוורודות, לא הצליח בית-הקפה למשוך לקוחות, והשניים נכנסו לקשיים כלכליים ולא הצליחו לעמוד בהחזר ההלוואה. הבנק שלח להם מכתב התראה לפני תביעה, אך טרם הגיש תביעה להחזר החוב. זבולון פונה לדינה ואומר לה כי בעקבות הכישלון העסקי הוא נכנס למשבר נפשי, נפרד מאשתו, ומתכוון לעזוב את ישראל לתקופת זמן בלתי-מוגבלת. דינה פונה לבנק ומודיעה לו על כוונתו של זבולון, אך לבנק אין סיבה למהר ולתבוע. הבטוחה שיש לו – דירתה של דינה – מכסה את כל גובה החוב.
 - **פנייה לפוליטיקה** – יהודית, אשת עסקים מצליחה, שוקלת להגשים חלום ישן ולפנות לפוליטיקה. דורית, אשר בינה לביין יהודית קיים סכסוך עסקי, מתכוונת לתבוע אותה, אך משהה את תביעתה לנוכח כוונתה של יהודית לפנות לפוליטיקה. דורית עושה כן ביודעה שכל עוד קיים איום בתביעה, מרחפת עננה מעל שמה הטוב של יהודית מבלי שיש באפשרותה לטהר את שמה בבית-המשפט. דורית מקווה שרצונה של יהודית לסיים את הפרשה במהירות, על-מנת שתוכל להשתלב בפוליטיקה, יניע אותה להתפשר בסכום גבוה.
 - **איחוד תביעות** – רונן הוא מדריך טיולים שהוביל קבוצה לטיול במדבר אך טעה בדרך, וכתוצאה מכך לקו כמה מחברי הקבוצה בהתייבשות ונגרם להם נזק. משה, אחד המטיילים שניזוקו מן ההתייבשות, הגיש תביעה נגד רונן בטענה שרשלנותו היא שגרמה לנזק. דני, חבר נוסף בקבוצה שסבל נזק, מתכוון אף הוא להגיש תביעה, אולם הוא ממתין להכרעה במשפט של משה נגד רונן. אם יפסיד רונן במשפט, דני מקווה להשתמש בממצאים שיקבע בית-המשפט נגד רונן בתביעתו שלו. לעומת זאת, אם יזכה רונן במשפט, דני מתכוון להתאים את התביעה שיגיש לפגמים שייחשפו בתביעתו של משה ולטענות ההגנה שיעלה רונן. לדני תעמוד במקרה זה גם האפשרות לתבוע בבית-משפט אחר בארץ, אם יחשוש שהתביעה תתגלגל לידי אותו שופט שדחה את תביעתו של משה.
- לכל הדוגמות שהובאו לעיל יש יסוד משותף: ככולן יש לנתבע אינטרס מובהק בבירור התביעה הצפויה נגדו מוקדם ככל האפשר. האינטרס של הנתבע בהקדמת התביעה הוא

אינטרס פרטי, אך נלווים אליו, ככל המקרים המתוארים לעיל, גם אינטרסים ציבוריים, כגון הרתעה יעילה, חיסכון במשאבים ציבוריים ומניעת כפל התדיינות. לעומת זאת, לתובע יש אינטרס פרטי (שאינו עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי) להשהות את התביעה ולהגיש אותה במועד שאינו נוח לנתבע, על-מנת להשיג יתרונות דיוניים או מהותיים שיאפשרו לו לזכות בתביעה או לסחוט מן הנתבע פשרה נדיבה.

ייתכנו כמובן מקרים שבהם הנתבע-בכוח אינו מודע כלל לקיומו של תובע-בכוח המתכוון להגיש נגדו תביעה, אם מכיוון שהתובע הוא צד זר שאינו מוכר לנתבע ואם מכיוון שהתובע-בכוח מסתיר את כוונותיו להגיש תביעה. במקרים אלה יכולתה של מערכת המשפט להטיל מגבלות על עיתוי הגשתה של התביעה מוגבלת. אולם לעיתים קרובות אין זה המצב. במקרים רבים הנתבע-בכוח יודע כי הוא צפוי להיתבע, ואף יודע את זהותו של התובע-בכוח, אם מכיוון שהלה איים עליו בהגשת תביעה ואם מסיבה אחרת שבעטייה אין לו ספק שתוגש תביעה במקום או במאוחר. לא זו אף זו, לעיתים הנתבע-בכוח אינו חולק כלל על כך שהוא הפר חובה שבדין, והשאלה היחידה העומדת על הפרק היא גודל הנזק שנגרם לתובע-בכוח. טענתנו היא כי במקרים אלה אין הצדקה לבלעדיות ששיטת המשפט מעניקה לתובע בקביעת עיתוי התביעה.

כפי שעולה מן הדוגמות שהובאו לעיל, כלל הבלעדיות, המעניק לתובע שליטה מוחלטת בקביעת עיתוי התביעה, עלול בנסיבות מסוימות ליצור לנתבע קשיים מהותיים או ראייתיים, לגרום לו נזקים כלכליים או נזקי מוניטין, או לפגוע בפעילות מתוכננת שלו. תובע-בכוח יכול גם לעשות שימוש אסטרטגי בבלעדיות שהוענקה לו ולהשתתף עם הגשת התביעה על-מנת לרכוש יתרון טקטי על נתבע המעורב בתביעה אחרת שיש לה נגיעה בתביעה העתידית שהתובע-בכוח מתכוון להגיש. בחלק מן המקרים היתרונות הנובעים מקביעת עיתוי התביעה משפרים את מצבו הדיוני של התובע-בכוח בהליך העתיד, קרי את סיכויי לזכות באותו הליך, ובהתאמה גם את יכולתו להשיג פשרה טובה יותר. במקרים אחרים, כגון עיכוב הגורם לנתבע נזקים ממוניים או נזקי מוניטין או עיכוב הפוגע ביכולתו לתכנן את עתידו כרצונו, היכולת לבחור את עיתוי התביעה עשויה לשפר את סיכויי של התובע-בכוח לסחוט מן הנתבע פשרה נדיבה אף אם העיכוב אינו משפר את מצבו הדיוני בהליך העתיד. יתרה מזו, כלל הבלעדיות פוגע לא רק בנתבעים, אלא טמונה בו פגיעה גם ברווחה החברתית. כך, למשל, שיטת המשפט הישראלית מקדישה מאמץ רב למניעת דיון חוזר ונשנה בסוגיות שניתן לפתור אותן בהליך אחד.² יכולתו של תובע-בכוח להשהות את תביעתו עד

2 הדוקטרינה המרכזית המשמשת בשיטת המשפט הישראלית למניעת דיונים חוזרים ונשנים בעילות או בפלוגתות שכבר נדונו והוכרעו על-ידי בית-משפט מוסמך היא הדוקטרינה של מעשה בית-דין והפרשנות הרחבה שבה היא זכתה בפסיקתם של בתי-המשפט בישראל. ראו יששכר רוזן-צבי **ההליך האזרחי** 485-678 (2015). עם זאת, קיימים מנגנונים דיוניים נוספים שתפקידם לתמרץ בעלי-דין להגיש תביעות נגד כמה נתבעים יחדיו, ו"להעניש" אותם כאשר הם בוחרים לא לעשות כן, במקרים שבהם אי-אפשר לחסום תביעות אלה לחלוטין. בין המנגנונים הדיוניים הללו ניתן למנות את האיסור הכמעט-מוחלט החל על שימוש בהשתק פלוגתא לא-הרדי התקפי (ראו להלן תת-פרק 7ג), את הכלל שלפיו סירוב של צד להצטרף להליך מהווה "הסכמה משתמעת" להיות כבול לתוצאותיו במעשה בית-דין (ראו להלן תת-פרק 6ג) וכמובן את התובענה הייצוגית (ראו להלן תת-פרק 8ג).

לאחר שתוכרע תביעה אחרת שהוגשה נגד הנתבע על-ידי תובע אחר, אף ששתי התביעות נובעות מעילה דומה ויש בהן שאלות משותפות של משפט ושל עובדה, עלולה לשפר את מצבו של התובע-בכוח על-חשבון האינטרס החברתי בכירור יעיל ומהיר של תביעות ובמניעת הכרעות סותרות.³ גם האינטרס החברתי בכך שתוצאות ההליכים האזרחיים יהיו מדויקות עד כמה שאפשר, על-מנת לקדם הרתעה יעילה ולהכווין התנהגות עתידית, נפגע כאשר תובעים יכולים לעשות שימוש אסטרטגי בעיתוי הגשת התביעה על-מנת להשיג יתרונות דיוניים ולזכות בתביעות-סרק או לחלץ מן הנתבע פשרה נדיבה שאינה משקפת את המצב העובדתי או המשפטי לאשורו.

עינינו הרואות כי יש טעמים טובים המצדיקים שינוי של ההסדר הקיים, המקנה לתובע בלעדיות בקביעת עיתוי התביעה, ויצירת חריגים שיאפשרו לנתבע, בנסיבות מצומצמות, להשפיע על עיתוי התביעה נגדו.⁴ לשיטתנו, וכפי שנפרט בהרחבה בפרק ב של המאמר, קיימות לפחות שש קבוצות שונות של מקרים שלגביהם ראוי לקבוע חריג לכלל שלפיו לתובע יש בלעדיות בקביעת עיתוי התביעה, ולהעמיד לרשות הנתבע מנגנון דיוני שבאמצעותו הוא יוכל להשפיע על מועד הגשת התביעה נגדו. בהתקיים נסיבות הנופלות בגדר קבוצות החריגים האמורות, על בית-המשפט לאזן בין האינטרס של הנתבע בקביעת מועד התדיינות מוקדם לבין האינטרס של התובע להשתתף עם הגשת התביעה. כפי שנראה להלן, יהיו מקרים שבהם יצדיקו הנסיבות קביעה מוחלטת, בלתי-מותנית בתנאים נוספים, שלפיה יש להגיש את התביעה עד למועד כלשהו הקודם לסיומה של תקופת ההתיישנות החלה על עילת התביעה. במקרים אחרים יידרש איזון עדין יותר בין האינטרסים של הנתבע לבין אלה של התובע. במקרים אלה יצווה בית-המשפט על הקדמת המועד שבו תוגש התביעה, אך יתנה את הצו בתנאים שיהיה בהם כדי לשמור על זכות הגישה לערכאות של התובע-בכוח וכן למנוע את הפרת האיזון באשר לחלוקה האפריורית של הסיכויים לזכות בתביעה בין הצדדים. המנגנון הדיוני שיש להשתמש בו, לטעמנו, במקרים שבהם ראוי לחרוג מכלל הבלעדיות ולאפשר לנתבע-בכוח להשפיע על עיתוי התביעה הוא המנגנון של צו חוסם. אנו מציעים כי בהתקיים נסיבות המצדיקות חריגה מכלל הבלעדיות יתאפשר לנתבע-בכוח להגיש לבית-המשפט בקשה לצו חוסם נגד התובע-בכוח או התובעים-בכוח. במסגרת הבקשה לצו חוסם יפרט המבקש (הנתבע-בכוח) את מסכת העובדות והטענות המשפטיות המקימות לכאורה למשיב (התובע-בכוח) עילת תביעה נגדו, ימנה את ההצדקות למתן הצו החוסם, וינקוב

3 כפי שנראה בהמשך, ייתכנו אף מצבים שבהם לנתבע יהיה אינטרס לגיטימי, העולה בקנה אחד עם האינטרס החברתי, בכך שתוגש נגדו תובענה ייצוגית, וזאת על-מנת לייעל את הדיון ולמנוע הכרעות סותרות. ראו את הדיון להלן ליד ה"ש 150-154.

4 המאמר עוסק אך ורק בבקשה של נתבע-בכוח להקדים את מועד התביעה נגדו, ואינו דן בדרישה אפשרית של נתבע לזכות את מועד בירורה של תביעה שהוגשה נגדו, בטענה שבירורה במועד הנוכחי עלול לגרום לו נזקים כלכליים או דיוניים שונים. הסיבה לכך היא שלסוגיה אחרונה זו יש פתרונות הולמים בדיון הקיים. לעומת מצבו של נתבע-בכוח – אשר טרם הוגשה נגדו תביעה ולפיכך אין בדיון הקיים גורם שיפוטי שהוא יכול לפנות אליו לקבלת סעד – מצבו של נתבע שהוגשה נגדו תביעה במועד מוקדם מדי הוא שפיר, מכיוון שלבית-המשפט שאליו הוגשה התביעה יש שיקול-דעת רחב להשהות או לזכות את הדיון בה, אם בשל אינטרס של הנתבע ואם מכל טעם אחר.

פרק זמן אשר עד לסיומו יידרש המשיב להגיש את תביעתו. התובע-בכוח יהיה זכאי להשיב לבקשה. בתגובתו יוכל המשיב להצהיר כי אין ככוונתו להגיש תביעה בעילה או בעילות האמורות נגד המבקש. הצהרה זו תביא את ההליך לכלל סיום, ובית-המשפט יוציא צו חוסם שיאסור על המשיב להגיש תביעה נגד המבקש בעילה או בעילות המנויות בבקשה בחלוף פרק הזמן שנקב המבקש בבקשה לצו חוסם. לחלופין יוכל המשיב להעלות טענות שבעטיין אין מקום להיענות לבקשת המבקש ולהעניק לו צו חוסם. לאחר שיתקיים דיון בבקשה, ואם יחליט בית-המשפט לקבלה, יהיה התובע-בכוח רשאי להגיש את תביעתו במסגרת פרק הזמן שנקב בית-המשפט, ואם לא יעשה כן, ייכנס לתוקף הצו החוסם וימנע אותו מלתבוע כל תביעה עתידית בגין כל עילה הנובעת מן המסכת העובדתית שפירט הנתבע-בכוח.⁵

השימוש בצו חוסם מוכר במשפט בהקשרים שונים, שהמרכזי מביניהם הוא מניעת התובע מלפנות לבית-משפט זר כאשר מטרת פנייתו היא להכשיל הליך המתנהל כדין בישראל.⁶ עד היום לא נעשה שימוש בצו חוסם באופן המוצע על-ידינו כאן. עם זאת, המאמר יטען כי במסגרת הדין הקיים כבר מסורה לבית-המשפט הסמכות לעשות שימוש כאמור בצו חוסם, אם ימצא לנכון לעשות כן, וכי אין כל צורך בשינוי חקיקה על-מנת לאפשר זאת. טענה זו מסתמכת על כך שמקור הסמכות ליתן סעד בדמות צו חוסם מצוי בסעיף 75 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי-המשפט), וכן בסמכותו הטבועה של בית-המשפט. כמו-כן, כאשר עלתה הסוגיה בעבר, קבע בית-המשפט כי רשימת השיקולים שעל בית-המשפט לשקול בהפעלת הסמכות להוצאת צו חוסם אינה רשימה סגורה.⁷ לא זו אף זו, כפי שנראה להלן,⁸ השיקולים שנקבעו בפסיקה כמצדיקים מתן צו חוסם דומים מאוד לשיקולים שאנו נבקש מבית-המשפט לשקול, ועל-כן ההסדר שאנו מציעים עולה בקנה אחד עם העקרונות שהוכרו בפסיקה למתן צו זה.⁹

לסיום דברי הקדמתנו ראוי לציין כי במשפט הנוהג יש דוקטרינות המנסות להתמודד עם הקושי המוצג במאמר, ביניהן סמכותו של בית-המשפט להעניק סעד הצהרתי שלילי; החובה שהוטלה על תובעים לא להשתהות שיהוי ניכר ובלתי-סביר בהגשת תביעה; הדוקטרינה שלפיה צד שנמנע מהצטרפות לתביעה קיימת לא ייהנה מהשתק פלוגתא לא-הדדי ביחס לפלוגתות שהוכרעו לרעת הנתבע במסגרת אותה תביעה; ובמקרים יוצאי-דופן הקביעה כי סירובו של צד זר להצטרף לתביעה קיימת מהווה "הסכמה משתמעת" להיות כבול

5 ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 490-518.

6 ראו להלן ה"ש 187 והטקסט שלידה.

7 ראו רע"א 714/96 פריסקל נ' אורנשטיין, פ"ד מט(5) 759, 764 (1996). בית-המשפט אמר ביחס לסמכות לתת צו חוסם את הדברים הבאים: "סמכותו של בית המשפט להוציא צו מהסוג הנדון מופעלת על-פי שיקול-דעתו, שבמסגרתו עליו לקבוע את המדיניות הראויה בהוצאת צווים כאלה... נקודת המוצא להפעלת שיקול הדעת, המקובלת על הכול, היא, כי יש להימנע ככל שניתן מלחסום בפני אדם גישה לבית-משפט, וכי יש לנהוג במתן צו כזה משנה זהירות ולייחדו למקרים קיצונים וחריגים בלבד... השיקול המרכזי והחשוב ביותר הוא שיקול הצדק המוכרע על-פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו." שם, בעמ' 763-764.

8 ראו את הדיון להלן ליד ה"ש 192-194.

9 רע"א 778/03 אינטר-לאב בע"מ נ' Israel Bio Engineering Project, פ"ד נז(5) 769, 774 (2003).

במעשה בית־דין לתוצאות ההליך שאליו סירב להצטרף.¹⁰ גם התובענה הייצוגית מפיגה במקרים מסוימים את החשש מכך שתובעים ישהו את תביעתם. כפי שנטען בהמשך, קיומן של דוקטרינות אלה והשימוש בהן מעידים כי הקשיים שהמאמר מעלה לא נעלמו מעיני בתי־המשפט. עם זאת, עד כה לא הושם לב לכך שמקור כל הקשיים הוא אחד – קיומו של כלל הבלעדיות. עקב העדר חשיבה שיטתית על הבעיה, לא גובש פתרון כולל, ובפתרונות החלקיים הקיימים אין כדי לתת מענה מלא לקשיים שאנו מעלים.

המאמר נחלק לארבעה חלקים. בחלק הראשון נעמוד על ההצדקות לסטייה מכלל הבלעדיות, שלפיו לתובע יש זכות לקבוע באופן בלעדי את עיתוי התביעה. החלק השני יעסוק בקבוצות שונות של מקרים המצדיקים הטלת מגבלות על הכוח שניתן לתובע לקבוע את מועד התביעה, ויראה כי בהתקיים מקרים אלה יש לנתבע־בכוח אינטרס לגיטימי – העולה בקנה אחד עם האינטרס החברתי – בהקדמת מועד התביעה. אינטרס זה, כך נטען, מצדיק קביעת חריגים לכלל הבלעדיות. בחלק השלישי נדון במגוון הדוקטרינות שעוצבו – או שנעשה בהן שימוש – על־מנת להתמודד עם הקשיים שכלל הבלעדיות יוצר, ונראה כי יכולתם להתמודד עם קשיים אלה היא חלקית ומוגבלת. בחלק הרביעי נציע פתרון שלם וכוללני שהשימוש בו, כך נטען, יאפשר להתמודד בהצלחה עם מכלול הבעיות שכלל הבלעדיות יוצר, ונסביר מדוע הפתרון המוצע על־ידינו עדיף על מגוון הפתרונות הקיימים. בחלק האחרון נסכם ונעלה שאלות לדיון ולמחקר עתידי.

א. ההצדקות לסטייה מכלל הבלעדיות

יסוד מוסד של שיטת המשפט הישראלית, כמו־גם של שיטות משפט נוספות שצמחו מן המשפט המקובל, הוא שהתובע הוא "אדון לתביעתו".¹¹ כנגזרת מכך התובע זכאי לעצב את מסגרת התביעה – קרי, את הצדדים לה, את עילות התביעה, את הסעדים המבוקשים בה ואת הפורום שבו היא תוגש – וכן לקבוע באופן בלעדי את עיתויה, במגבלות מועטות בלבד, שהמרכזית מביניהן היא עמידה במסגרת תקופת ההתיישנות.¹² בלעדיות זו שניתנה לתובע בקביעת עיתוי התביעה מקנה לו, מטבע הדברים, יתרונות משמעותיים: הוא יכול להתכונן כיאות לתביעה, לאסוף עדים וראיות הנחוצים לו לצורך הוכחת תביעתו, ולבחור עיתוי נוח מבחינתו להגשת התביעה.

מהן, אם כן, ההצדקות לבלעדיות ששיטת המשפט מעניקה לתובע בבחירת עיתוי ההתדיינות? בלעדיות זו יכולה להיות מוצדקת על־ידי טעמים מעשיים וטעמים נורמטיביים. מן הפן המעשי, ההנחה היא שהנתבע־בכוח אינו מודע כלל לכך שהתובע עומד להגיש תביעה נגדו, ולכן אין טעם להגביל את כוחו של האחרון בבחירת עיתוי התביעה. מבחינה נורמטיבית, ההצדקה של כלל הבלעדיות נעוצה בכך שהגשת תביעה היא המנגנון שהעמידה המדינה

10 לדיון מעמיק בדוקטרינות האמורות ראו להלן פרק ג.

11 לפסקי־דין הקובעים את זכותו של התובע להיות אדון לתביעתו ראו ע"א 401/69 ראובני נ' האופוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד כד(1) 537, 539 (1970); רע"א 7070/14 עזבון אבו ליל נ' עזבון אלפאום (פורסם בנבו, 14.1.2015).

12 תקופת ההתיישנות עומדת ברוב המקרים על שבע שנים לפחות. ראו ס' 5 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958.

למימוש זכותו של התובע, ועל כללי הפרוצדורה לאפשר לו לעשות כן בסייגים מעטים ככל האפשר. השיטה האדוורסרית הנהוגה בישראל מטילה על התובע את הנטל להוכיח את עילות התביעה ולשכנע את בית המשפט כי הוא זכאי לסעדים שהוא מבקש בכתב התביעה. לשם כך עליו לגייס את המשאבים הכלכליים הנחוצים לצורך הגשת תביעה (תשלום אגרה ושכר-טרח), למצוא עורך-דין שיטפל בעניינו, לאסוף מסמכים וראיות אחרות, לאתר עדים שיתמכו בגרסתו העובדתית, ולשכור מומחים שיספקו חוות-דעת התומכות בעמדתו. הכוח לבחור את עיתוי התביעה מעניק לתובע את הזמן הנדרש על-מנת להתכונן לתביעה כראוי. כמו-כן, הוא מאפשר לתובע לבחון דרכים חלופיות לפתרון הסכסוך מחוץ לבית-המשפט, לנהל משא-ומתן לפשרה, ובכך לחסוך משאבים פרטיים וציבוריים.¹³

ראוי לזכור עוד כי התובע הוא שמחליט אם לתבוע, מה יהיו עילות התביעה ומי יהיו הצדדים לתביעה. כשם שהנתבע אינו רשאי להחליט בעבור התובע אם לתבוע, את מי לתבוע, באיזה פורום להגיש את התביעה וכיצד עליו לעצב את תביעתו, כך נראה טבעי שהנתבע אינו זכאי לשלוט גם בעיתוי התביעה. כפי שמסביר אלון קלמנט: "תקנות סדר הדין האזרחי קובעות ברירת מחדל שלפיה התובע מגדיר את מסגרת התביעה כרצונו... ברירת מחדל זו היא טבעית, מאחר שממילא היוזמה להגשת התביעה היא בידי התובע. ברירת המחדל הזו גם מבטיחה את זכות הגישה לבית המשפט של התובע ומונעת מצדדים אחרים להכביד עליו שלא לצורך."¹⁴

על-אף האמור לעיל, מבט מעמיק יותר מראה כי הצדקות אלה אינן יכולות לעמוד בפני הביקורת, וכי יש סיבות טובות – בהתקיים נסיבות שיפורטו בהמשך – ליטול מן התובע-בכוח את הזכות המוחלטת לקבוע את עיתוי התביעה ולמוסרה לשיקול-דעתו של בית-המשפט, תוך מתן אפשרות לנתבע-בכוח להשפיע על המועד שבו תוגש התביעה נגדו. הטעם המעשי אין בו כשלעצמו כדי לשלול את יכולתו של הנתבע-בכוח להיות מעורב בקביעת עיתוי התביעה נגדו במקרים המתאימים. אכן, יש מקרים שבהם הנתבע-בכוח אינו מודע כלל לכך שהתובע-בכוח מתכוון להגיש נגדו תביעה, ובמקרים אלה אי-אפשר להגביל את כוחו של התובע בקביעת עיתוי התביעה (לפחות לא בצורה ישירה). אולם במקרים לא-מעטים הנתבע-בכוח יודע שקיימת הסתברות גבוהה לכך שאכן תוגש תביעה נגדו, והוא גם יכול לחזות את מסכת העובדות שעל בסיסה היא תוגש ואת הטענות המשפטיות שייטענו במסגרתה. ודאות זו נוצרת מטבע הדברים כאשר התובע-בכוח מאיים בהגשת תביעה, אך היא קיימת גם בסיטואציות רבות אחרות שבהן נפלה מחלוקת בין הצדדים. מכאן שהנתבע-

13 כאשר לשני הצדדים יש אפשרות לבחור את מועד הגשתה של התביעה – כגון במקרה של תביעת גירושין – עלול להיווצר מרוץ שבו לכל צד יש תמריץ להיות הראשון שמגיש את התביעה ולזכות ביתרונות שהדבר מעניק. אולם זוהי דוגמה נדירה ויוצאת-דופן, שכן לא זו בלבד שלשני הצדדים יש עילת תביעה זה נגד זה, אלא יש גם סמכות מקבילה לשתי ערכאות שיפוטיות – לבית-הדין הרבני ולבית-המשפט לענייני משפחה – אשר כל אחת מהן מעניקה יתרונות לאחד הצדדים. מצבים אלה הם כאמור נדירים ביותר. לבעיית "מרוץ הסמכויות" ראו, למשל, בג"ץ 58/08 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה (פורסם בנבו, 21.1.2010).

14 אלון קלמנט "צירוף צדדים זרים להליך המשפטי" ספר שלמה לוינ' 171, 180, 187 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013) (ההדגשות הוספו).

בכוח יכול לצפות במקרים רבים כי תוגש נגדו תביעה, ובמקרים אלה אין זה ראוי למנוע את מעורבותו בקביעת עיתוי התביעה מטעמים מעשיים בלבד.

הטעמים הנורמטיביים שהובאו לעיל אינם יכולים אף הם להצדיק את כלל הבלעדיות. חשוב לזכור כי התדיינות משפטית היא מעמסה כבדה גם לגבי הנתבע, כאשר מוטלות עליו במסגרתה מטלות משמעותיות. ראשית, ההתדיינות היא פעילות תובענית מבחינה כספית, מבחינת משאבי זמן ומבחינות נוספות לא רק לגבי התובע, אלא גם לגבי הנתבע. גם הנתבע צריך למצוא עורכי־דין ולהיערך לתביעה מן הבחינה הפיננסית. שנית, הנתבע צריך להתגונן מפני תביעת התובע, ולשם כך הוא זקוק לעדים שיעירו לטובתו, למומחים שיתמכו בגרסתו ולראיות שיצביעו על אמיתות העובדות שהוא טוען להן. שיטת המשפט בתצורתה הנוכחית מעניקה לתובע עדיפות כמעט מוחלטת בבחירת עיתוי התביעה, ובפועל מאפשרת לו לנצל עדיפות זו לרעה, כפי שמראות בבירור הדוגמות שהובאו בפתח המאמר. למעשה, כל עוד מוענקת לתובע בלעדיות בבחירת מועד ההתדיינות, אי־אפשר למנוע אותו מלעשות שימוש אסטרטגי בכוח זה, קרי, מלהגיש את התביעה במועד המתאים ביותר מבחינתו והנוח פחות לנתבע, על־מנת למקסם את סיכויי הזכייה שלו. שימוש אסטרטגי כזה מעניק לתובע במקרים לא־מעטים יתרונות בלתי־מוצדקים, הפוגעים הן בנתבע והן באינטרס הציבורי. כידוע לכל, בחירה של עיתוי מסוים להגשת התביעה יכולה להכריע את גורלה או למצער לחזק את כוח המיקוח של הצד אשר לו נתונה הזכות לקבוע את עיתוי התביעה במשא־ומתן לקראת פשרה.

כאשר מדובר בתביעה עתידית של תובע־בכוח שיש לה זיקה משמעותית לתביעות שכבר הוגשו נגד אותו נתבע, הסכנה של שימוש אסטרטגי של התובע בבלעדיות שנמסרה לו באשר לקביעת עיתוי התביעה מחמירה אף יותר. תובע־בכוח המעכב את תביעתו וממתין לבירור תביעה אחרת נגד אותו נתבע יוכל להפיק לקחים מדרך ניהול ההליך הראשון. כך, אם באותו הליך ראשון ייכשל התובע, יוכל התובע־בכוח לאמץ טקטיקה משפטית אחרת חלף זאת שנכשלה, ובמקרים המתאימים הוא יוכל לבחור פורום אחר במקום זה שהתגלה כפורום לא־אווהד מבחינתו. לעומת זאת, אם יתברר כי הנתבע כשל בנקודה מסוימת בהליך המוקדם, יוכל התובע המאוחר לפעול בדרך שכבר נסללה על־ידי התובע המוקדם – אם באופן פורמלי, תוך ניסיון לעשות שימוש בהשתק פלוגתא לא־הדדי התקפי, ואם באופן לא־פורמלי, על־ידי הפקת לקחים מהשימוש בעדים, בראיות ובטקטיקת ההתדיינות שנקט התובע הראשון.

יתרונות אלה הנובעים מן הכוח לקבוע את עיתוי התביעה, החשש הכבד מניצול כוח זה לרעה, ההכרה בכך שלנתבע־בכוח יש לעיתים אינטרס לגיטימי בהקדמת מועד הדיון, והעובדה שיש מקרים שבהם מעורבותו של הנתבע־בכוח בקביעת עיתוי התביעה עולה בקנה אחד עם האינטרס החברתי – כל אלה מובילים למסקנה כי אין זה ראוי להותיר על כנו את כלל הבלעדיות.

זאת ועוד, לעומת ההחלטה אם להגיש תביעה, הנתונה לתובע־בכוח באופן בלעדי, סדרי הדיון מטילים מגבלות משמעותיות על זכותו של התובע לעצב את עילות התביעה והסעדים, כמו־גם על יכולתו להחליט מי יהיו הצדדים לתובענה, וניתן לגזור מכך גזרה שווה גם לאפשרות להטיל מגבלות על בלעדיותו של התובע בקביעת עיתוי התביעה. ההחלטה בדבר עצם הגשת התביעה מסורה באופן בלעדי לתובע־בכוח, ולכך יש סיבות

טובות. למערכת המשפט העמוסה ממילא אין עניין לעודד הגשת תביעות לבית המשפט, אלא דווקא לצמצם את מספרן.¹⁵ לכן אם התובע בכוח עצמו מחליט, מטעמיו־הוא, כי אין לו צורך בהגשת התביעה, וכי הוא מעוניין להסדיר את הסכסוך שיש לו עם יריבו מחוץ לבתי־המשפט, אין מקום לכפות עליו הגשת תביעה. לעומת זאת, הזכות שניתנה לתובע לעצב את עילות התביעה, את הסעדים המבוקשים בה ואת ההגדרה של מסגרת הצדדים אינה מוחלטת. לבית המשפט נמסרו סמכויות משמעותיות לשנות – אם מיוזמתו ואם לבקשת הנתבע – את מסגרת העילות, הסעדים והצדדים שהגדיר התובע בכתב התביעה, וזאת כאשר מתברר לו כי האינטרס הפרטי של התובע אינו עולה בקנה אחד עם האינטרס החברתי שסדרי הדין מקדמים או כאשר המסגרת שעוצבה גורמת לדעתו פגיעה לא־ראויה בנתבע. בית המשפט רשאי, בהתקיים נסיבות מסוימות שנקבעו בחקיקה ובפסיקה, למחוק מכתב התביעה עילות תביעה או סעדים שביקש התובע.¹⁶ כן רשאי הוא להורות על מחיקת צדדים שצורפו להליך, אם לדעת בית המשפט בהם צורך, או על הוספת צדדים זרים להליך המשפטי, וזאת גם אם התובע מתנגד לכך.¹⁷ קשה להעלות על הדעת טעם טוב לכך

15 לדיון מקיף בבעיית העומס בבתי המשפט ראו אלון קלמנט ורועי שפירא "יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה" **משפט ועסקים** ז 75, 114-117 (2007). ראו גם קרן וינשל־מרגל, ענבל גלון ויפעת טרבולוס "יצירת מדר משקלות תיקים להערכת העומס השיפוטי בישראל" **משפטים** מד 769, 771 (2015) ("העומס שגור בשיח על אודות המערכת המשפטית, ועל אף עמימותו נדמה שכמעט שאין עוררין על קיומו, על השפעותיו ועל הצורך להתמודד עמו. בין השלכותיו המרכזיות של העומס בבתי המשפט נדונות בדרך כלל הפגיעה בנגישותו של הצדק, הימשכות ההליכים, עינויי הדין והגידול בעלויות המשפט, הפיחות באמון הציבור בבית המשפט, שחיקת השופטים וההשפעה האפשרית על התנהלותם"). לממצאים אמפיריים ראו משה בורנובסקי ורון לחמן "ישימות הבוררות, כמנגנון להקלה בעומס על מערכת בתי המשפט בישראל" **הפרקליט** מ 269, 270 (1992) ("בעוד המספר הממוצע של הליכים אזרחיים לאלף איש עמד בעשור שבין 1968-1978 על 75.1, הרי שבעשור לאחר מכן עמד הממוצע על 97.3 הליכים. כלומר, בעשור שבין 1978-1988 חל גידול של כ-30% במספר הממוצע של הליכים האזרחיים לאלף איש"); ועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל דין **וחשבון** 16 (1997) ("בעוד שבשנת 1982 נדרשה המערכת לטפל במספר כולל של 531,748 הליכים, הרי שבשנת 1996 נדרשה לטפל ב-1,062,634 הליכים. מדובר בהכפלה של מספר ההליכים. שיעורו של גידול זה עולה בהרבה על שיעור הגידול של האוכלוסייה בתקופה זו. הוא עולה גם על שיעור הגידול במספר השופטים במערכת בתי המשפט במהלך תקופה זו. הוא מצביע על העומס הגדל והולך על המערכת").

16 ראו תק' 91 (א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 ("בית המשפט או הרשם רשאי, בכל עת, להורות כי יימחק או יתוקן כל ענין בכתב טענות שאין בו צורך או שהוא מביש או עלול להפריע לדיון הוגן בתובענה, לסבכו או להשהותו. כמו כן רשאי בית המשפט או הרשם להורות על מחיקה או על תיקון של כתב טענות שלא קויימו לגבי הוראות תקנות אלה"). כן ראו רע"א 1810/90 הדר חברה לבטוח בע"מ נ' קנדי חברה להשקעות ולבנין בע"מ, פ"ד מד(2) 737 (1990) (מתן סעד הצהרתי לבעל־דין הוא עניין שבשקול־דעת, ובית המשפט יימנע מלתיתו כל עוד לא הצביע המבקש על אינטרס המצדיק היעדרות לבקשתו).

17 ראו תק' 24 לתקנות סדר הדין האזרחי. ראו גם קלמנט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 180.

שכוחו של התובע בבחירת העילות, הסעדים והצדדים לתביעה יהא מוגבל ואילו מועד הגשתה יהיה נתון לבחירתו באופן בלעדי.

ב. קבוצות המקרים המצדיקים קביעת חריגים לכלל הבלעדיות

פרק זה יעסוק בשש קבוצות של מקרים המצדיקים הטלת מגבלה על כלל הבלעדיות, אשר קובע, כזכור, כי לתובע-בכוח נתונה באופן בלעדי הזכות לקבוע את מועד הגשת התביעה. ככל המקרים שיתוארו יש לנתבע-בכוח אינטרס לגיטימי בהקדמת מועד התביעה, המצדיק חריגה מכלל הבלעדיות. מדובר אומנם במקרים חריגים, אולם כפי שנראה מיד, הם אינם נדירים; מערכת המשפט מתמודדת לא אחת עם תיקים הנמנים עם קבוצות המקרים שיוצגו להלן, ולעיתים אף מציעה להם מזור חלקי.

חשוב להדגיש כבר בפתח הדברים כי הכרה בקיומם של חריגים לכלל הבלעדיות לא צפויה לגרור ריבוי מקרים שבהם תידרש מערכת המשפט להפעיל את המנגנון הדיוני המוצע במאמר זה. זאת, מכיוון שתובעים-בכוח, אשר יכירו את החריגים לכלל הבלעדיות, ייאלצו להתחשב בהם בבואם לקבוע את מועד הגשת התביעה, ביודעם כי אם יתמהמהו, הנתבע-בכוח צפוי לפנות לבית-המשפט בבקשה להקדים את מועד הגשתה. כמו-כן, נתבעים-בכוח יוכלו לציין את קיומם של החריגים במגעים שיערכו עם תובעים-בכוח, ולהביא בכך לידי הקדמת מועד הגשתה של התביעה מבלי שיידרשו לפנות לבית-המשפט. יוצא אפוא שלדוקטרינה תהיה השפעה משמעותית על התנהגות הצדדים, גם אם מספר המקרים שבהם היא תידון בפסיקה יהיה מועט יחסית. השפעה זו תוביל לשיטתנו להליך הוגן ויעיל יותר. נפנה עתה לדון בשש קבוצות המקרים.

1. אינטרס של הנתבע להימנע מצבירת חבויות עתידיות

קבוצת המקרים הראשונה כוללת מצבים שבהם אי-ודאות באשר לזכויותיו של הנתבע-בכוח ולחובות המוטלות עליו מעמידה אותו במצב שבו הוא עלול לצבור חבויות עתידיות כלפי התובע-בכוח, שמהן הוא מבקש להימנע. במקרים אלה הנתבע-בכוח זקוק להחלטה שיפוטית שתניחן בהקדם האפשרי, על-מנת שזו תסיר מעליו את עננת חוסר הודאות ותאפשר לו לדעת כיצד עליו לפעול מבלי לחשוש מפני צבירת חבויות עתידיות, בין אם חבויות אלה כבר החלו להיווצר ובין אם לאו.¹⁸

מקרה פרדיגמטי הנמנה עם קבוצת מקרים זו הוא אדם המאויים בתביעה בשל הפרת פטנט. ניטול לדוגמה אדם שנטען כלפיו כי הוא מפר פטנט ואשר אינו יודע את המצב המשפטי לאשורו. לפני המפר-בכוח עומדות שלוש אפשרויות פעולה: האחת היא להפסיק לבצע את הפעולות המהוות הפרה של הפטנט, לטענת בעליו, ולהפסיד את הרווח שאותן פעולות צפויות להניב לו; אפשרות אחרת היא לרכוש רישיון לשימוש בפטנט, על כל המשמעויות הכלכליות הכרוכות בכך; והאפשרות השלישית היא להכחיש את הטענה

18 ראו: DOUGLAS LAYCOCK, MODERN AMERICAN REMEDIES: CASES AND MATERIALS 583 (4th ed. 2010); Samuel L. Bray, *Preventive Adjudication*, 77 U. CHI. L. REV. 1275, 1285 (2010).

כי מדובר בשימוש מפר, ולהמשיך לעשות שימוש בפטנט תוך נטילת סיכון שאם יחליט בעל הפטנט לתבוע, ובית-המשפט ימצא כי השימוש אכן מהווה הפרה, יהיה עליו לשלם לבעל הפטנט פיצויים בסכום גבוה. כל אחת מדרכי הפעולה האמורות כרוכה בעלויות או בנטילת סיכונים משמעותיים מבחינת הנתבע-בכוח. בעל הפטנט, המודע לכך, לא ימהר להגיש תביעה, שכן האיום בתביעה עשוי לספק לו את מבוקשו מבלי שהוא יצטרך לשאת בעלויות הכרוכות בהגשת תביעה לבית-משפט (תשלום אגרה, שכר-טרחה של עורכי-דין ועוד), ומבלי להיחשף לחשש שבית-המשפט יפסוק נגדו. במילים אחרות, האיום בתביעה נושא ערך רב יותר לבעל הפטנט מאשר התביעה עצמה. אם לנתבע-בכוח לא תהיה אפשרות לגרום לכך שהעניין יידון לפני ערכאה שיפוטית בהקדם, הוא עלול להיכנע לדרישותיו של בעל הפטנט גם במקרים שבהם הוא סבור כי טענתו של בעל הפטנט אינה חזקה, וזאת בשל החשש מפני פסיקה עתידית נגדו שעלולה לגרום לו נזק רב.¹⁹ מצב דברים זה פוגע לא רק בזכותו של הנתבע-בכוח לבצע פעולות עסקיות לגיטימיות שיכולות להניב לו רווח כלכלי, אלא גם ברווחה המצרפית, שכן הדבר עלול למנוע פעילות עסקית בעלת תועלת חברתית משמעותית.

דוגמה נוספת השייכת לקבוצת המקרים הראשונה היא אדם אשר נטען נגדו על-ידי תאגיד בנקאי כי הוא חב סכום כסף כלשהו, שאותו לווה ולא השיב. אותו אדם סבור כי הוא אינו חב דבר לבנק, אם מכיוון שהוא השיב את ההלוואה לצד שלישי, אשר לו הומחטה זכותו של הבנק, ואם משום שהסכם ההלוואה היה נגוע בפגמים ההופכים אותו לחסר תוקף (void). הבנק אינו ממהר להגיש תביעה לבית-המשפט לגביית החוב, שכן סכום הכסף אשר לטענת הבנק אותו אדם חב נושא ריבית גבוהה, ולרשות הבנק עומד נכס ששועבר כתנאי למתן ההלוואה ואשר מכסה את החוב כולו, כולל הריבית הגבוהה. אם לא יעמוד לרשות אותו נתבע-בכוח מנגנון דיוני שיאפשר לו להקדים את מועד התביעה, הוא עלול להיכנע לדרישת הבנק ולשלם את החוב הנטען אף שהוא סבור כי יש לו טענות משפטיות טובות התומכות בעמדתו, וזאת על-מנת להימנע מצבירת חבויות עתידיות גדולות, אשר לא יהא ביכולתו לשלמן, אם תוגש נגדו תביעה בעוד שנים מספר ובית-המשפט יפסוק נגדו.

לשיטתנו, כאשר נתבע-בכוח ניצב בפני סכנה של צבירת חבויות עקב איום בתביעה או חשש מפני תביעה עתידית, קיים אינטרס לגיטימי לאותו נתבע-בכוח שהתביעה נגדו תוגש ותידון בהקדם, על-מנת להסיר את אי-הוודאות המשפטית שהוא שרוי בה, ויש לספק לו כלי דיוני שיאפשר זאת. לשם השוואה נציין כי בארצות-הברית הוכרה במצבים אלה זכותו של הנתבע-בכוח להגיש תביעה לסעד הצהרתי שלילי, ולבקש הצהרה כי הוא אינו מפר חובה כלפי התובע-בכוח או שהוא אינו חב לו דבר.²⁰ זכות זו של הנתבע-בכוח מונעת מן התובע-בכוח את האפשרות לנצל לרעה את כלל הבלעדיות ולהעמיד את הראשון במצב

19 ראו LAYCOCK, לעיל ה"ש 18, בעמ' 583. ראו גם: Russell B. Hill & Jesse D. Mulholland, *Effective Use of the Declaratory Remedy in the Patent Context*, 13 TEX. INTELL. PROP. L.J. 43, 43-44 (2004).

20 בהמשך המאמר נראה כי גם בישראל הוכרה במצבים מסוימים זכותו של נתבע-בכוח להגיש תביעה לסעד הצהרתי שלילי, אך על-פי ההלכה הנוהגת זכות זו מצומצמת ביותר, ואינה חלה במצבים שבהם הנתבע-בכוח חושש מצבירת חבויות עתידיות. ראו דיון להלן בתת-פרק 11.

שבו הוא נאלץ לבחור בין שתי רעות – כניעה לתובע-בכוח או הסתכנות בצבירת חבויות עתידיות – באופן הפוגע הן בזכויותיו וביכולתו לכלכל את צעדיו בביטחון ובשלווה והן ברווחה החברתית.²¹ כפי שנראה בהמשך המאמר, אנו מציעים מנגנון דיוני שונה ועדיף לטעמנו על תביעה לסעד הצהרתי שלילי.

2. נזקים כלכליים ואחרים לנתבע בשל האיום בתביעה או בשל החשש ממנה

כפי שראינו, בקבוצת המקרים הראשונה האינטרס הלגיטימי של הנתבע-בכוח בהקדמת מועד התביעה נובע מכך שהעיכוב בהגשתה מציב אותו בפני בחירה לא-הוגנת בין כניעה לדרישות התובע-בכוח לבין הסתכנות בצבירת חבויות עתידיות. קבוצת המקרים השנייה, לעומת זאת, עוסקת במצבים שבהם האיום בתביעה או החשש ממנה, הם כשלעצמם, גורמים או עלולים לגרום לנתבע-בכוח נזק כלכלי או אחר (כגון נזק לשמו הטוב). שאותו ניתן למנוע באמצעות תביעה לבית-המשפט שתבהיר את המצב העובדתי והמשפטי. במקרים אלה התובע-בכוח יכול לנצל את הפגיעה הכלכלית או האחרת אשר נגרמת או צפויה להיגרם לנתבע-בכוח, ולאיים עליו בתביעה מבלי לממש את האיום, על-מנת לשפר את כוח המיקוח שלו במסגרת משא-ומתן עם הנתבע-בכוח, וכך לסחוט ממנו פשרה לא-הוגנת.

הספרות המשפטית עוסקת בהרחבה בעלויות חיצוניות להליך המשפטי הנגרמות לנתבע כתוצאה מתביעה תלויה ועומדת נגדו. עלויות אלה – הכוללות פגיעה בשמו הטוב, מטריד, הסטת תשומת-הלב וגריעת זמן הנהלה (כאשר מדובר בתאגיד) – מאפשרות לעיתים לתובע לסחוט מן הנתבע הסכמה להסדר פשרה העולה במידה משמעותית על תוחלת הערך של התביעה נגדו. תביעות אלה מכונות תביעות של "ערך מטריד" (nuisance-value suits).²² מכיוון שעלויות המטריד משרתות את כוח המיקוח של התובע, הוא עלול להגביר על-ידי שימוש בכלים מתחום יחסי הציבור, ולפרסם ברבים את התביעה ואת הפרת הדין המיוחסת לנתבע, באופן שיעצים את הנזק שייגרם לזה האחרון. עלויות אלה הן בעיקרן כובד מבחינת הרווחה החברתית, משום שהן מזיקות לנתבע מבלי להניב תועלת חברתית כלשהי מעבר לשיפור הלא-ראוי בכוח המיקוח של התובע.

דברים אלה נכונים לא רק לגבי תביעה תלויה ועומדת, אלא באותה מידה גם לגבי איום בתביעה או חשש ממנה.²³ לעיתים שמועות על תביעה צפויה בשל מעשה כלשהו המיוחס

21 ראו: Lorelei Ritchie de Larena, *Re-evaluating Declaratory Judgment Jurisdiction in Intellectual Property Disputes*, 83 IND. L.J. 957, 962–63 (2008).

22 דיוויד רוזנברג וסטיבן שְׁוֹל מסבירים את הדברים בפשטות כדלקמן: "By filing a claim, any plaintiff, and thus the plaintiff with a weak case, places the defendant in a position where he will be held liable for the full judgment demanded unless he defends himself. Hence, the defendant should be willing to pay a positive amount in settlement to the plaintiff with the weak case – despite the defendant's knowledge that were he to defend himself, such a plaintiff would withdraw" ראו: D. Rosenberg & S. Shavell, *A Model in Which Suits Are Brought for Their Nuisance Value*, 5 INT'L REV. L. & ECON. 3, 3 (1985).

23 בתי-המשפט התריעו לא פעם על עוצמתם של נזקי המוניטין הנגרמים לגוף עסקי או לאדם פרטי מהגשת תביעה נגדו ומהדיווחים הנלווים לכך בתקשורת. כך, למשל, נכתב באחד המקרים:

לנתבע-בכוח או בשל חבות כלשהי שהוא חב לכאורה עלולות להזיק לו יותר מן התביעה עצמה. זאת, משום שבהעדר תביעה קיימת אי-הודאות לגבי המעשה או החבות, ולנתבע-בכוח אין אפשרות להוכיח כי לא עשה את המעשה המיוחס לו או שהוא אינו חב מאומה. כאשר הנתבע-בכוח הוא תאגיד, החשש מתביעה עלול להיות גורלי במקרים מסוימים עד כדי כך שהוא ימנע פעולות לגיטימיות או עסקות יעילות של אותו תאגיד.²⁴ דוגמה לכך היא החלטה של תאגיד לשנות את הסדר הפנסיה או הסדר כלכלי אחר שנוגע בעובדים ואשר הוא רשאי לשנותו על-פי חוק. במקרה זה איום בלתי-ממומש של ארגון העובדים בתביעה עלול לגרום לתאגיד נזקים כלכליים משמעותיים, מכיוון שהתאגיד מחויב על-פי הכללים החשבונאיים המקובלים לשמור את כל סכום התביעה הצפויה בדפי המאזן, דבר המגביל לאורך זמן את פעולותיו ועלול למנוע ממנו את האפשרות לבצע פעולות שייטיבו עם החברה ועם בעלי המניות.²⁵

דוגמה נוספת היא איום של בעלי מניות מיעוט בתביעה נגד בעלי השליטה במקרה של הודעה על מכירה צפויה של החברה. אי-הודאות הנובעת מן האיום הבלתי-ממומש בתביעה עלולה להכשיל את עסקת המכר, משום שהקונה-בכוח יחשוש לקנות "חתול בשק". בנסיבות אלה קיים ניגוד אינטרסים מובנה בין הקונה, המעוניין לדעת מהו מחירה הריאלי של החברה ולא לשלם בעבורה מחיר מופרז, לבין המוכר, המעוניין למקסם את רווחיו מעסקת המכירה, ולכן הקונה עלול לחשוש שהמוכר ממעיט בערכה של התביעה העתידית נגד החברה על-מנת שיוכל למכור אותה במחיר גבוה יותר.²⁶

"הפגיעה במוניטין של הנתבע והסיכון הרב לו הוא חשוף באים לידי ביטוי כבר כשהוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגדו. בדרך זו, בקשת אישור תובענה ייצוגית בסכום עתק, אשר פעמים נותרת תלויה ועומדת כנגד נתבע במשך שנים ארוכות, גורמת לאפקט זהה לתביעת עתק אשר תלויה ועומדת כנגד הנתבע." ראו רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, פס' 15 (פורסם בנבו, 5.7.2012). ניתן למצוא גם אמירות רבות של גופים עסקיים הטוענים לנזקי המוניטין הנגרמים להם בשל עצם העובדה שהוגשה נגדם תביעה. ראו, למשל, אבי שאולי "בזק בינלאומי: תביעת HOT נגדנו – הוצאת לשון הרע" www.7.6.2007.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3409900,00.html ("עיתוי הגשת התביעה של HOT... [מעיד כי] מטרתה של HOT לערער את תדמיתה של חברת בזק בינלאומי ובעיקר של העומד בראשה").
24 על-פי כללי חשבונאות מקובלים, החברה חייבת לבחון איומים אפשריים בתביעות נגדה, לכמת אותם במידת האפשר, ובמקרים מסוימים אף ליצור הפרשה להפסד בגינן תוך הוספת ביאור עם פירוט מתאים לדוחות הכספיים. ראו המוסד הישראלי לתקינה בחשבונאות "תקן חשבונאות בינלאומי 37 – הפרשות, התחייבויות תלויות ונכסים תלויים" (2015) www.iasb.org.il/upload/TFDPGG7868%D7%A4%D7%A8%D7%A7_58.pdf.
25 בארצות-הברית הוכרה במקרים אלה זכותו של התאגיד להגיש לבית-המשפט תביעה לסעד הצהרתי, ולבקש שיוצהר כי השינוי שערכה החברה בהסדר הפנסיה הוא חוקי. ראו: Rexam, Julie v. USW, 2003 U.S. Dist. LEXIS 19495 (D. Minn. Oct. 30, 2003). Inc. v. USW, 2003 U.S. Dist. LEXIS 19495 (D. Minn. Oct. 30, 2003). Vanneman, *Procedural Fencing in Retiree Benefits Disputes: Applications of the First-Filed Rule in Federal Courts*, 69 U. PITT. L. REV. 123, 151–53 (2007).
26 ניתן לטפל בחשש זה באמצעים חוזיים מגוונים, דוגמת מצגים שונים וערכויות של המוכר, אולם למנגנונים אלה יש עלויות משל עצמם, והם אינם מספקים פתרון מושלם לבעיה.

לשיטתנו, כאשר הנזק כתוצאה מן האיום בתביעה או מן החשש ממנה עולה על רף מסוים, קיים אינטרס לגיטימי לנתבע-בכוח לדרוש כי התביעה נגדו תוגש ותידון בהקדם. ניתן לגזור לעניין זה גנרה שווה מכלל בריטי שאומץ בשנת 2011 בהקשר דומה. באנגליה רבו המקרים שבהם כהקדמה לניסיון לבצע השתלטות עוינת על חברה הודיע המשתלט-בכוח על כוונה אפשרית שלו לפתוח במהלך של השתלטות על החברה אולם התמהמה עם מימוש האיום. הודעות אלה גורמות טרדה מרובה לחברת-המטרה, גוזלות זמן רב מן ההנהלה עד כדי שיתוק פעילותה, ויוצרות אי-ודאות שמקשה על החברה לשמור על יחסים תקינים עם עובדיה, לקוחותיה וספקיה. כתוצאה מכך אומץ כלל המכונה "put up or shut up"²⁷. על-פי כלל זה, אם משתלט-בכוח מודיע על כוונה לנסות להשתלט על חברה, או אם שמועות על כוונה כזו דלפו לשוק, הוא חייב בתוך זמן קצוב לפתוח במהלך השתלטות רשמי.²⁸ אם המשתלט-בכוח נמנע מלעשות כן במסגרת התקופה הקצובה, נאסר עליו לבצע נסיון השתלטות על חברת-המטרה למשך תקופה ארוכה. בדרך זו הכלל מצמצם את הנוקים הנגרמים עקב אי-הודאות והחשש מהשתלטות אפשרית אשר ספק אם תצא בסופו של דבר אל הפועל.²⁹

27 המקרה הספציפי שהביא לבסוף לידי חקיקת הכלל היה ההשתלטות העוינת של חברת Kraft האמריקנית על חברת Cadbury הבריטית. להרחבה ראו: Blanaid Clarke, *Directors' Duties in a Changing World: Lessons from the Cadbury Plc Takeover*, 7 EUR. COMPANY L. THE PANEL ON TAKEOVERS AND MERGERS, THE TAKEOVER CODE, rule 2.6(a) (12th ed. 2016), available at <http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/code.pdf>. ראו גם את הדיון להלן בה"ש 29.

28 הכלל המתאר את המועד שבו יש לצאת בהצעת רכש במקרה זה מנוסח בס' 2.2 ל-TAKEOVER CODE, לעיל ה"ש 27, באופן הבא:

"2.2 WHEN AN ANNOUNCEMENT IS REQUIRED

...

(d) when, after a potential offeror first actively considers an offer but before an approach has been made to the board of the offeree company, the offeree company is the subject of rumour and speculation or there is an untoward movement in its share price and there are reasonable grounds for concluding that it is the potential offeror's actions (whether through inadequate security or otherwise) which have led to the situation..."

29 כך מתואר הכלל וההנחיה שלו בבריטניה: "It has become almost standard practice for bidders to announce that they are considering an offer, but without committing actually to launch a formal offer. This currently leaves the target subject to a possible offer (a 'virtual bid') for an indefinite time, disrupting its business and also prompting changes in the composition of its shareholders... The intention of these proposals is that: (i) target companies would face a shorter period of uncertainty and disruption..." ראו: Stuart Thomas, *UK Takeover Reform: The Impact on Financing Transactions*, LINKLATERS – BANKING UPDATE 1, 2 (Jul. 2011), available at http://www.linklaters.com/pdfs/mkt/london/A13731164_v04_Banking_update_1107.pdf. כן ראו: Michael R. Patrone, *Sour Chocolate: The U.K. Takeover Panel's Improper Reaction to Kraft's Acquisition of Cadbury*, 8 BYU INT'L L. & MGMT. REV. 63, 64 n. 3 (2011) ("A mandatory bid-or-

באופן דומה, אנו סבורים כי נזקים לשמו הטוב ולמוניטין של נתבע-בכוח הנובעים מאיום בהגשת תביעה או מעצם החשש מתביעה מצדדיקים הכרה בחריג לכלל הבלעדיות שיאפשר לנתבע-בכוח לעתור להקדמת מועד הגשתה של התביעה נגדו. עם זאת, לצורך הכרה בחריג והפעלת המנגנון של צו חוסם אין די בכך שהנתבע יטען כי נגרם לו נזק כלשהו כתוצאה מן העיכוב בהגשת התביעה, אלא היא עליו להראות כי האיום או החשש מתביעה פוגעים בפעולה משמעותית שלו, מכתמים את שמו או גורמים בדרך אחרת כלשהי לפגיעה בלתי-נסבלת בתפקודו. מצבים מעין אלה אפשריים בוודאי כאשר הנתבע-בכוח הוא גוף עסקי, אך הם ייתכנו גם כאשר הוא אדם פרטי, במיוחד במקרים שבהם יש פגיעה משמעותית בשמו הטוב של אותו אדם כתוצאה מן השמועות בדבר האפשרות שתוגש נגדו תביעה המייחסת לו מעשים או מחדלים חמורים.

3. נזק בשל פגיעה ביכולתו של הנתבע להיפרע מצדדים שלישיים

קבוצת המקרים השלישית עוסקת במצבים שבהם הנזק שנגרם לנתבע-בכוח כתוצאה מן העיכוב בהגשת התביעה נובע מפגיעה, חלקית או מלאה, ביכולתו להיפרע מצד שלישי. יש מקרים רבים שבהם נתבע עשוי להיות זכאי לשיפוי או להשתתפות של צד שלישי בתשלום נזקיו של התובע. מקרים נפוצים הם מעוולים במשותף או חייבים ביחד ולחוד. במקרים אלה האחריות המשפטית היא ביחד ולחוד, כך שהניזוק או הנושה אינם מחויבים לתבוע את כל המעוולים או החייבים, אלא רשאים לתבוע רק אחד מהם בגין הנזק כולו. הנתבע, מצידו, רשאי במקרים אלה להיפרע מן המעוולים או החייבים האחרים על-פי מפתח אחריות מסוים.³⁰ על-מנת לא לפגוע בנתבע שנגדו הוגשה התביעה, וכדי להימנע מריבוי הליכים, תקנות סדר הדין האזרחי מאפשרות לו להגיש הודעה לצד שלישי נגד המעוולים או החייבים הנוספים במסגרת התביעה שהוגשה נגדו או לחלופין להגיש תביעה עצמאית לאחר שניתן פסק-דין נגדו.³¹ מקרים נפוצים אחרים הם מצבים שבהם זכותו של הנתבע לשיפוי עולה מהסדר חוזי שיש לו עם צד שלישי. הכוונה בראש ובראשונה להסכמים של ביטוח שיפוי שבהם המבטח מתחייב, על-פי ההסדר החוזי בינו לבין המבוטח, לשפות אותו בגין דמי נזק שבהם יחויב, כולם או חלקם.

כאשר נתבע-בכוח זכאי להשתתפות או לשיפוי כאמור, קיימות נסיבות שבהן עיכוב בהגשת התביעה נגדו יכשיל – או לכל-הפחות יקשה – את תביעתו הנלווית לשיפוי או להשתתפות על-ידי הצד השלישי. נסיבות אלה כוללות הסדרים חוזיים המטילים מגבלת זמן על זכות ההשתתפות או השיפוי, חדלות-פירעון צפויה של אחד מן המעוולים במשותף או מן החייבים ביחד ולחוד, מקרים שבהם אחד מן המעוולים או החייבים צפוי לעזוב את המדינה לזמן ארוך או בלתי-מוגבל, וכן חברה המצויה בתהליך של מכירת נכסיה והעברת

walk-away deadline, also called a 'put up or shut up' deadline, is a provision that was added to the Takeover Code in 2004 and designed to protect U.K. companies from prolonged siege and extended 'virtual bid periods'")

30 כך, למשל, בפקודת הניזוקין [נוסח חדש] קיים הסדר-על שעל-פיו בית-המשפט מחלק את הנזק בין מעוולים במשותף. ראו ס' 84(ב) לפקודת הניזוקין.

31 תק' 216 לתקנות סדר הדין האזרחי.

תמורתם לבעלי המניות. ככל המקרים האמורים, ובהעדר טעמים נוגדים שיעלה התובע-בכוח, ראוי לטעמנו להתחשב בנתבע-בכוח ולקבוע חריג לכלל הבלעדיות שיאפשר לאחרון להקדים את מועד התביעה נגדו, כך שיהיה ביכולתו לזכות בהשתתפות או בשיפוי מן המעוולים או החייבים האחרים.

דוגמה למקרה הנכנס בגדר קבוצת מקרים זו היא זכות לשיפוי מכוח הסכם ביטוח הכפופה להסדר חוזי שנחתם בין הצדדים. במקרה זה פוליסת הביטוח שוללת לעיתים קרובות את האפשרות לשיפוי בגין תביעות שהוגשו בתום תקופת הביטוח, או כוללת תקופה קצובה לכיסוי לאחר תום תקופת הביטוח (run-off coverage).³² לשם הדגמה, נוסח של הסדר שכיח לעניין זה קובע כדלקמן: "כיסוי לאחר הפסקת פעילות (run off) – הכיסוי בתקופת ה־run off יחול על תביעה שתוגש נגד המבוטח לראשונה במועד כלשהו לאחר מסירת הודעתו לושם המבטח) על הפסקת פעילותו... ולא יאוחר מסיום תקופת הכיסוי על פי הפוליסה שתוצא לתקופת ה־run off", אשר "לא תפחת מ־3 שנים ולא תעלה על 7 שנים".³³ משמעותה של הוראה זו היא כי תביעה המוגשת לאחר חלוף מועד כלשהו לא תזכה בשיפוי גם אם הנזק אירע בתוך תקופת הביטוח. כאשר פוליסת ביטוח כוללת מגבלה סבירה על יכולתו של הנתבע-בכוח לזכות בשיפוי מטעם חברת הביטוח, ראוי לשיטתנו, במקרים המתאימים, להתחשב בנתבע-בכוח ולאפשר לו להקדים את המועד שבו תוגש התביעה נגדו.³⁴

דוגמה בולטת נוספת היא מקרה שבו אחד מן המעוולים או החייבים במשותף ניצב בפני הליכי חדלות-פירעון. בהליכים כאלה יש להגיש דרישת חוב במשך תקופה קצובה, שלאחריה אי-אפשר עוד להגיש. אולם כל עוד התובע-בכוח מתעכב עם הגשת תביעתו, יתקשה הנתבע-בכוח – ולעיתים לא יורשה כלל – להגיש דרישת חוב, והדבר עלול לפגוע ביכולתו להיפרע מן הצד השלישי, קרי מאותו מעוול או חייב במשותף הניצב בפני הליכי חדלות-פירעון, בגין הסכומים שהלה חב לו כשיפוי או כהשתתפות. הקושי שהליכי חדלות-פירעון מציפים עמד במוקד החלטה תקדימית להעניק צו חוסם נגד תביעה בדיני תאגידים. באותו מקרה, שעסק בפירמידת החברות של אי.די.בי., הוגשה תביעה ייצוגית של נושים להשבת דיווידנד בטענה שסכום הדיווידנד שולם בניגוד לחוק.³⁵ התביעה להשבת הדיווידנד עסקה במישרין בחברת דיסקונט השקעות, שהיא חברה-בת של חברת אי.די.

32 הכוונה במקרה זה היא לכיסוי ביטוחי אשר חל במשך תקופה מסוימת לאחר תום תקופת הביטוח, ובלבד שהאירוע הביטוחי עצמו אירע בטרם פקעה הפוליסה. ראו: Dimitra Kourmatzis, *Professional Liability Insurance Coverage in Common and Civil Law Jurisdictions – Event Made and Claims Made Approaches*, 2009 Eur. Ins. L. Rev. 41, 48

33 ראו איליון חברה לביטוח בע"מ "פוליסה לביטוח אחריות מקצועית" www.lcc-ins.com/image/users/116572/ftp/my_files/El_Polisa_Ahrayut_Mikzoit_Handasa_Adrichalut_Jan_2011-1.pdf?id=23400583

34 מבטח אשר סבור כי קביעת חריג כאמור לכלל הבלעדיות מטילה עליו סיכונים עודפים על אלה שהוא מעוניין ליטול על עצמו יכול כמובן לקבוע בפוליסה כי הכיסוי לא יחול על מקרים שבהם ביקש המבוטח מבית-המשפט לקבוע חריג לכלל הבלעדיות. איננו סבורים, עם זאת, כי בפועל יימצאו מבטחים שיקבעו הוראה כאמור.

35 פר"ק (מחוזי ת"א) 13-06-11478 אי.די.בי. חברה לפיתוח בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי (פורסם בנבו, 29.12.2014) (להלן: פרשת אי.די.בי.).

בי. פיתוח, שהייתה מעורבת בהסדר חוב. השופט אורנשטיין, שהיה אחראי להסדר החוב של החברה במעלה הפירמידה, הוציא צו חוסם נגד התביעה בשל חשש שאישור התביעה יוביל בסופו של יום לדרישה להחזרת הדיווידנד מחברת אי.די.בי. פיתוח, אשר יצאה לדרך חדשה לאחר הסדר החוב. לשיטתו, הסדר החוב דורש סופיות, ואי־אפשר לפגוע בתוצאותיו על־ידי הגשת תביעה שמשמעה פתיחה מחודשת של הסדר החוב. בלשונה של ההחלטה: "המשך בירור תביעה נגד גוף שלגביו אושר הסדר נושים על יסוד עילה שהייתה קיימת טרם האישור ומבלי שהדבר הוחרג במסגרת הסדר הנושים, חותר תחת פסק הדין שאישר את הסדר הנושים ואף עלול לגרום לשמיטת המסד שעליו מבוסס הליך הסדר נושים... מקרה זה נכנס בחריגים של רחיית הבקשה מחמת השהוי הכבד שבו היא לוקה."³⁶

במקרים מעין אלה, כאשר זכותו של הנתבע־בכוח להשתתפות או לשיפוי עלולה להיפגע בשל הליכי חדלות־פירעון של צד שלישי, מן הראוי להכיר בחריג נוסף לכלל הבלעדיות, ולהסמיך את בית־המשפט לאזן בצורה ראויה בין האינטרס של התובע־בכוח לקבוע את מועד התביעה באופן המשרת את ענייניו לבין האינטרס של הנתבע־בכוח לקבוע מועד מוקדם ככל האפשר לדיון בעניין ולהכרעה בו.

הליכי חדלות־פירעון של צד שלישי (או חשש ממשי שהליכים כאלה יפתחו בקרוב) הם מקרה בולט שבו קיים חשש לפגיעה ביכולתו של הנתבע־בכוח להיפרע מצד שלישי כתוצאה מעיכוב בתביעה נגדו, אך ניתן לחשוב על מקרים נוספים שמעלים חשש כזה. כך, למשל, ניתן לטעון כי יש לנתבע־בכוח זכות לגיטימית לתקופה סבירה שבה הוא יוכל להיערך להגשת תביעת שיפוי או השתתפות נגד צד שלישי (אם במסגרת הודעה לצד השלישי ואם כתביעה עצמאית) כאשר מתקרב מועד סיומה של תקופת ההתיישנות. ככל שתביעת השיפוי או ההשתתפות מורכבת יותר כן יגבר הצורך בהכרה בחריג לכלל הבלעדיות בנסיבות אלה. מקרים נוספים המצדיקים קביעת חריג לכלל הבלעדיות הם מצבים שבהם הצד שלישי עלול לא לפרוע את חובו אף שאין הוא מצוי בהליכי חדלות־פירעון. במסגרת זאת ניתן למנות מקרים שבהם הצד השלישי צפוי לעזוב את המדינה לתקופה בלתי־מוגבלת או שהוא חברה המצויה בתהליך של מכירת עיקר נכסיה והעברת תמורתם לבעלי המניות שלה.³⁷

4. נזק ראייתי לנתבע בשל העיכוב בהגשת התביעה

בשלוש קבוצות המקרים שבהן דנו עד כה נבע האינטרס הלגיטימי של הנתבע־בכוח בהקדמת מועד התביעה נגדו מקושי חיצוני להליך המשפטי עצמו. קבוצת המקרים הרביעית כוללת מקרים שבהם העיכוב בהגשת התביעה עלול לגרום לנתבע נזק שהוא פנימי להליך,

36 שם, פס' 17 ו־21. ודוקו: אילו דובר בפשיטת־רגל של ממש (או בפירוק), לא היה צורך כלל בצו חוסם כאמור, משום שברור לכל כי אי־אפשר להגיש תביעה נגד פושט־רגל שזכה בהפטר או נגד חברה שהליך פירוקה כבר הושלם ויתרת נכסיה כבר חולקה לנושיה הידועים באותה עת.

37 קיימת דוקטרינה מצומצמת שבאמצעותה נושים של חברה כאמור זכאים לנסות לממש את זכותם כנגד רוכשי הנכסים של החברה, אולם הפעלת זכות זו כפופה למגבלות רבות. ראו: Marie T. Reilly, *Making Sense of Successor Liability*, 31 HOFSTRA L. REV. 745 (2003).

קרי, נזק דיוני או ראייתי המונע ממנו את האפשרות להוכיח את גרסתו או מטיל מגבלה משמעותית על יכולתו לעשות כן, וכתוצאה מכך הסיכויים שהגנתו תתקבל פוחתים. קבוצת מקרים זו כוללת, בראש ובראשונה, מקרים שבהם עיכוב בהגשת התביעה מעלה את ההסתברות לכך שעדים אשר עדותם עשויה לסייע לנתבע-בכוח להוכיח את גרסתו כבר לא יהיו זמינים למתן עדות או שעדותם תיפגם. מצב כזה עשוי להיווצר, למשל, כאשר עד מרכזי חלה במחלה קשה המאיימת על חייו או על יכולותיו הקוגניטיביות, או כאשר עד מרכזי מתעתד לנסוע לחוץ-לארץ לתקופה ממושכת או לשנות את מקום עבודתו באופן שיגרם קושי ממשי באיתורו ובזימונו לעדות. אולם הקטגוריה של נזק ראייתי כוללת לא רק קשיים הכרוכים בעדותם של עדים, אלא גם מקרים שבהם מדובר בראיות פיזיות אשר מפאת מאפייניהן המיוחדים צפויות לאבד עם הזמן את ערכן לחלוטין או באופן חלקי. דוגמה לכך הן ראיות שיכולות לסייע לנתבע-בכוח להוכיח את גרסתו אך מצויות בידי צד שלישי אשר לנתבע-בכוח אין שליטה עליו, ואותו צד עומד לבער את הראיות כפי שהוא רשאי לעשות על-פי חוק.³⁸ התובע-בכוח עשוי לנצל את הנזק הראייתי שעתיד להיגרם לנתבע-בכוח, ולהשתהות עם הגשת התביעה על-מנת לזכות ביתרון משמעותי במסגרת הליך עתדי שיגיש או לסחוט ממנו בכוח פשרה נדיבה שאינה מגיעה לו. בכל המקרים המתוארים, ובמקרים דומים נוספים, יש לנתבע-בכוח אינטרס לגיטימי בכך שהתביעה תתברר בהקדם, בטרם ייבצר מעדים מרכזיים שמטעמו להעיד או ינוס ליחזן של ראיותיו. ראוי לציין כי בפסיקת בתי-המשפט ניתן למצוא שפע של מקרים שבהם נגרם לנתבע נזק ראייתי כתוצאה מעיכוב בהגשת התביעה נגדו. בקיצוניים שביניהם התחשב בית-המשפט בנתבע, ולעיתים אף העניק לו סעד מרחיק-לכת בדמות דחיית התביעה נגדו מטעמי שיהוי בהגשתה, אף אם התובע הגיש את התביעה במסגרת תקופת ההתיישנות.³⁹ המשותף למקרים

38 למשל, בנקים או גופים פיננסיים אחרים נדרשים להחזיק מסמכים רק עד מועד מסוים, אשר מעבר לו הם רשאים לבער אותם. נתבע-בכוח עלול להיפגע מביעור זה של מסמכים ככל שאין מדובר במסמכים שיש לו זכות לקבלם גם בהעדר התדיינות.

39 כך, למשל, באחד המקרים קבע בית-המשפט כי התנהלות התובע "בהגשת תביעתו כ-7 שנים תמימות לאחר האירוע הנטען, אף אם אינה מקימה התיישנות גופא, מהווה שיהוי רב שיש בו כדי להעמיד את הנתבעים בפני נזק ראייתי חמור, מחד, וכדי להטיל צל כבד על תום ליבו ונכונות גרסתו של התובע, מאידך. כתוצאה ממחדל זה של התובע, עדים רבים (כולל התובע בעצמו), לא יכלו לזכור פרטים רבים וחיוניים אודות האירוע גופו. ככל שהתובע הזיק ראייתית לנתבעים, יש לקבוע כי הינו כאדם שזנח בפועל את זכות תביעתו". ראו ת"א (שלום ביש"א) 04-1487-04 אנבארייה נ' הפועל טייבה, פס' 1ה (פורסם בנבו, 14.1.2010) (ההדגשה הוספה). במקרה אחר ציין בית-המשפט: "בענייננו, מדובר במכולה, שבשל הזמן הרב שחלף, לא ניתן לדעת, באיזה סוג של מכולה מדובר... האם היו על המכולה מחזירי אור... (האם פעלה) תאורת הרחוב במועד התאונה... על כל אלה, טענה הנתבעת שאינה יכולה לתת תשובות היום, 7 שנים מקרות התאונה, והצדק עם הנתבעת. בענייננו, אני סבורה כי מכלול הנסיבות שלפני, מביא למסקנה שבמקרה דנן, התקיימו התנאים המקימים את טענת השיהוי, כמפורט לעיל. אין ספק כי התביעה הוגשה בשיהוי ניכר ולא סביר לנסיבות... בענייננו, מתקיים גם התנאי, שהשיהוי הרב בהגשת התביעה, פגע מאוד ביכולת של הנתבעת להתגונן כראוי כנגד התביעה." ראו תא"ם (שלום טב) 14-12-55585 אפיקים – שירותי תחבורה מתקדמים בע"מ נ' עיריית

אלה הוא קיומו של נזק ראייתי שנגרם לנתבע בגלל עיכוב קיצוני בהגשת התביעה, לעיתים עד שלהי תקופת ההתיישנות, אשר הצדיק מתן סעד יוצא־דופן בחומרתו. אולם גם אם קיימת הצדקה לדוקטרינת השיהוי, ברור שזו צריכה להיות מוגבלת למקרים הקיצוניים ביותר. אכן, כפי שנראה להלן, בית־המשפט הפעיל את דוקטרינת השיהוי רק במקרים קיצוניים ויוצא־דופן, וסירב (בצדק) להפעילה במנעד רחב של מצבים שבהם נגרם לנתבע־בכוח נזק ראייתי ממשי אך הדברים לא הגיעו לרף שהצדיק בעיני בית־המשפט את דחיית התביעה.⁴⁰ הסעד שראוי לטעמנו להעניק לנתבע־בכוח באותה קשת רחבה של מקרים שבהם עלול להיגרם לו נזק ראייתי היא קביעת חריג לכלל הבלעדיות ומתן כוח לנתבע־בכוח לפנות לבית־המשפט בבקשה להקדים את המועד שבו תוגש התביעה.

5. אינטרס לגיטימי של הנתבע לצרף צד זר כתובע נוסף

קבוצת מקרים רחבה יחסית המצדיקה הכרה בחריג לכלל הבלעדיות כוללת מצבים שבהם לנתבע, שכבר הוגשה נגדו תביעה, יש אינטרס לגיטימי לצרף צדדים נוספים כתובעים באותה תביעה או לחלופין לדרוש שיוגשו נגדו תביעות נוספות, אחת או יותר, העוסקות בשאלות של משפט או של עובדה המשותפות להן ולתביעה הראשונה. במקרים שבהם כבר הוגשה תביעה נגד הנתבע, בדרך־כלל לא יהיה צורך בתביעה נפרדת על־ידי התובע־בכוח או התובעים־בכוח הנוספים, אלא די בצירופם לתביעה התלויה ועומדת. עם זאת, ניתן לחשוב גם על מצבים שבהם אי־אפשר לצרף תובע־בכוח כתובע נוסף (מכיוון שהוא אינו עומד בתנאים הנדרשים לצירוף צד להליך).⁴¹ במצבים אלה יש מקום להורות על הגשת תביעה נפרדת שהדיון בה יתקיים במאוחד עם התביעה הראשונה.⁴² קיימים מקרים לא־מעטים שבהם תביעות פוטנציאליות של תובעים־בכוח מעוררות שאלות משותפות של משפט ושל עובדה. המקרים הנפוצים ביותר הם אלה שבהם מערכת נסיבות אחת – קרי, מעשה אחד, עסקה אחת או סדרה של מעשים או עסקות – מקימה לכאורה עילות תביעה לכמה תובעים־בכוח נגד נתבע אחד. קבוצה זו כוללת מקרים שבהם מעוול פגע בקבוצה של ניזוקים – למשל, בעל מניות, מנהל או דירקטור בחברה שהתנהלותו פגעה בקבוצה של בעלי מניות, או קבלן שהפר התחייבויות כלפי כמה רוכשי דירות – וכן

טבריה, פס' 4 (פורסם בנבו, 4.8.2015) (להלן: פרשת אפיקים) (ההדגשה הוספה). במקרה נוסף נדחתה תביעה שהוגשה נגד מדינת־ישראל בגין פעולה של כוחות הביטחון, בגלל העיכוב הניכר בהגשת התביעה, שבעטיו לא היה אפשר עוד לאתר את המעורבים באירוע, ואף לא את יומני המבצעים מאותו יום שהתייחסו לאירוע. ראו ת"א (שלום י"ם) 11690/99 עומר נ' מדינת ישראל, פס' 3 (פורסם בנבו, 21.2.2006).

40 דוקטרינת השיהוי תידון בהרחבה להלן בפרק 3.

41 תק' 24 לתקנות סדר הדין האזרחי.

42 תק' 520 לתקנות סדר הדין האזרחי מאפשרת לאחד עניינים שונים אשר תלויים ועומדים בבית־משפט אחד – אם ביוזמת בית־המשפט ואם לבקשת בעל־דין – אם כרוכות בהם שאלות דומות של משפט או של עובדה.

מקרים שבהם הנתבע-בכוח ביצע סדרה של פעולות דומות בזמנים שונים כלפי כמה אנשים וגרם להם נזק.⁴³

מבחינת מערכת המשפט קיימים יתרונות משמעותיים בניהול מאוחד של תביעות המעוררות שאלות משותפות של משפט או של עובדה. יתרונות אלה כוללים, בין היתר, חיסכון במשאבים ציבוריים וכן מניעת הכרעות שיפוטיות סותרות שעלולות להיווצר אם שאלות זהות יידונו בפורומים שונים. אולם לצד יתרונות מערכתיים אלה קיימים מגוון של שיקולים המניעים תובעים-בכוח להימנע מלנהל את תביעותיהם נגד נתבע אחד במשותף, וזאת גם כאשר מדובר בעילת תביעה הצומחת מאותה מערכת עובדות ממש. תובעים אלה יכולים אומנם לחסוך בעלויות משפט על-ידי ניהול משותף של תביעותיהם, אולם קיימים יתרונות טקטיים ניכרים לתובע-בכוח המעכב את כירור תביעתו עד להכרעה בתביעה של תובע אחר באותו עניין, ויתרונות אלה עולים פעמים רבות על העלויות שאותו תובע-בכוח עשוי לחסוך באמצעות ניהול תביעתו במשותף עם התובע האחר.

ראשית, בעוד התובע הראשון משקיע משאבים רבים באיתור עדים וראיות שיאפשרו לו לעמוד בנטל ההוכחה וכן בגיבוש הטענות המשפטיות, התובע-בכוח יכול להשתמש בפירות עבודתו של התובע הראשון מבלי שיהיה עליו להוציא על כך עלויות כלשהן. שנית, התובע-בכוח יכול ללמוד מהו קו ההגנה של הנתבע, ולהפיק לקחים מדרך ניהול ההליך הראשון באופן שישרת אותו בתביעה עתידית שיגיש. כך, למשל, הוא יכול לספק ראיות נוספות אם מתברר כי הראיות שהובאו אינן מספקות, לשפר את הטענות המשפטיות ולהתאימן לטענות-הנגד שהעלה הנתבע, ובאופן כללי יותר לתקן ליקויים שהתגלו בהליך הראשון. שלישית, התובע-בכוח יכול לעיתים קרובות לפנות לפורום שיפוטי אחר (לעיתים לפורום שיש לו סמכות עניינית מקבילה, וכמעט תמיד לפורום שיש לו סמכות מקומית מקבילה) אם מתברר לו כי הפורום שבו התבררה התביעה הראשונה לא גילה אהדה לטענות התובע. לבסוף, אם זכה התובע הראשון בתביעתו, יוכל התובע-בכוח לנסות להיעזר בממצאים שנקבעו לרעת הנתבע במסגרת הדיון הראשון, תוך שהוא טוען כי על ממצאים אלה חל השתק פלוגתא המונע מן הנתבע את האפשרות להתכחש להם. לעומת זאת, אם הפסיד התובע הראשון בתביעתו, יהיה התובע-בכוח זכאי לנסות להוכיח את הטענות שבהוכחתן כשל התובע הראשון מבלי שיהיה אפשר למנוע אותו מלהעלות טענה עובדתית או משפטית כלשהי באמצעות הדוקטרינה של השתק פלוגתא.⁴⁴ בתי-המשפט בישראל הביעו לא אחת

43 ראו, לדוגמה, את המקרה המתואר ברע"א 560/94 שושנה נ' חפציבה חברה לבנין עבודות ופיתוח בע"מ, פ"ד מח(4) 63 (1994).

44 זלצמן היטיבה לתאר מצב דברים זה: "טענת המניעות האופנסטיבית תעודד דווקא תובעים-בכוח לשבת מן הצד ולצפות בהתדיינות המתנהלת בין אחד מהם לבין הנתבע. לא רק שבכך משיגים התובעים האחרים את היתרון הטמון בלמידה מנסיונו של האחר, הן לעניין הטיעון המשפטי והן לעניין ההוכחות העובדתיות, אלא שהם משיגים אף יתרון אסטרטגי חשוב. אם נדחתה תביעתו של התובע הראשון, אין בכך כדי להשפיע על תביעתם של האחרים, שהרי בהיות כל אחד מהם בגדר זר להליך הראשון, אין הוא נקשר במעשה-בית-דין. לעומת-זאת, אם זכה התובע הראשון בתביעתו, נהנה מכך כל אחד מן התובעים האחרים בתביעתו שלו, שהרי הוא יהיה רשאי להסתמך לטובתו, מכוח טענת ההשתק, על ממצא שנקבע נגד הנתבע בהליך הראשון." ראו נינה זלצמן מעשה-בית-דין בהליך אזרחי 549 (1991).

חוסר נחת מהתנהלות טקטית של תובעים בכוח המעכבים את תביעתם על-מנת לרכוש יתרונות דיוניים פורמליים ולא-פורמליים.⁴⁵

שיקול היעילות הדיונית והרצון למנוע יתרון טקטי לא-הוגן בניהול ההליך מצדיקים לשיטתנו הכרה באינטרס לגיטימי של הנתבע בכך שתביעות של תובעים בכוח המעוררות שאלות משותפות של משפט ושל עובדה יתבררו ככל האפשר במאוחד. סוגיה זו נושקת להצדקות העומדות בבסיס התובענה הייצוגית – הן כפן של יעילות הדיון והן מבחינת האינטרס של הנתבע בריכוז התביעות נגדו. אולם, כפי שנראה בהמשך, קיימת קבוצה גדולה של מקרים שבהם לכמה תובעים בכוח יש עילות תביעה נגד נתבע אחד המעוררות שאלות משותפות של עובדה ומשפט אך אין הם עומדים בתנאי-הסף המאפשרים את הגשתה של תביעה ייצוגית.⁴⁶ המסקנה העולה מן הדברים היא שבמכשיר התביעה הייצוגית אין מזור למנעד רחב של מקרים שבהם ראוי להימנע מבירור נפרד של תובענות העוסקות בשאלות משותפות של משפט ועובדה. במקרים אלה יש להכיר לעיתים בחריג לכלל הבלעדיות, ולאפשר לנתבע-בכוח לבקש מבית-המשפט לצרף תובעים בכוח שונים לתובענה קיימת, ובכך להקדים את מועד תביעתם נגדו אף שהם התכוונו להגישה מאוחר יותר.

6. מאזן הנוחות בין התובע לבין הנתבע נוטה בבירור לטובת הנתבע

חמש קבוצות המקרים שנדונו לעיל מהוות קטגוריות מוגדרות של מקרים שבהם ראוי לטעמנו לקבוע חריגים לכלל הבלעדיות. השאלה הנשאלת היא אם ראוי להכיר גם בקטגוריית-סל כללית. לשיטתנו, לנוכח העובדה שקיים מגוון רחב מאוד של טעמים שבעטיים נתבע-בכוח יכול לטעון כי מאזן הנוחות שבינו לבין התובע-בכוח מצדיק הוראה של בית-המשפט כי התביעה תוגש ותידון במועד מוקדם מזה שבו התובע-בכוח מעוניין, יש להיזהר מהרחבת המנגנון המוצע על-ידינו במידה כזאת שתגרום להצפת בתי-המשפט בבקשות של נתבעים בכוח להקדים את המועד שבו תוגש התביעה נגדם מטעמים שונים. עיצוב קטגוריות מובנות ומוגדרות מראש שבהן – ורק בהן – יוכרו חריגים לכלל הבלעדיות, כפי שהצענו עד כה, משרת מטרה זו. אימוץ גישה המאפשרת לנתבע-בכוח לבקש את הקדמת התביעה נגדו בכל עת שיחפוץ בכך, בלא גדרות וסייגים, עלול להוביל לריבוי הליכים אשר עלותם תעלה על התועלת שהניעה אותנו להציע קביעת חריגים לכלל הבלעדיות. כך, למשל, אנו סבורים כי בית-המשפט אינו צריך להיענות לבקשה להכיר בחריג לכלל הבלעדיות אך ורק משום שהנתבע-בכוח צופה תקופה עמוסה בחייו ומעוניין לברר את התביעה במהירות האפשרית על-מנת לפנות לעצמו זמן לעיסוקים אחרים. גם מצוקה נפשית בשל החשש מתביעה עתידית לא תצדיק כשלעצמה קביעת חריג לכלל הבלעדיות, אף שאין לנו ספק כי חשש מתביעה אכן יוצר לעיתים מצוקה נפשית בקרב נתבעים-בכוח.

45 חוסר נחת זה הניע את בית-המשפט העליון לקבוע כי ככלל לא יהיה אפשר לעשות שימוש בהשתק פלוגתא לא-הדרדי התקפי, למעט במקרים נדירים ויוצאי-דופן שבהם קיים "ערך מפצה" המצדיק שימוש כזה. ראו ע"א 9551/04 אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 19 (12.10.2009) (להלן: פרשת אספן). ראו גם רוזן-צבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 646-648.

46 ראו את הדיון במכשיר התובענה הייצוגית להלן בתת-פרק 8.

עם זאת, אפשר שאין לסגור את השער לחלוטין בפני טענות החורגות מחמש קבוצות המקרים שנדונו לעיל. גם מחוץ לקבוצות המקרים האמורות ייתכנו מצבים שבהם באיזון שבין האינטרס של התובע-בכוח להשתוות עם הגשת התביעה לבין האינטרס של הנתבע-בכוח בכך שהתביעה תידון בהקדם הכף נוטה לטובת הנתבע-בכוח עד כדי כך שהדבר מצדיק חריגה מכלל הבלעדיות. אולם יש לאפשר העלאת טענות אלה במשורה בלבד, ורק כאשר מאזן הנוחות בין התובע לבין הנתבע נוטה בבירור ובאופן ניכר לטובת האינטרס של הנתבע-בכוח בהקדמת התביעה. זה המצב, למשל, כאשר מדובר בנתבע-בכוח אשר עומד להעתיק את מקום מגוריו לחוץ-לארץ לצמיתות או לתקופה ארוכה, וכאשר אין שיקולים נוגדים המצדיקים עיכוב בהגשת התביעה על-ידי התובע-בכוח. מקרים אחרים שבהם ראוי להכיר בחריג כללי לכלל הבלעדיות הם מקרים שבהם מעורב בדבר אינטרס ציבורי החורג מעניינם של הפרטים. דוגמה לכך היא מקרה שבו עורך-דין מעורב בסכסוך עסקי שטרם הבשיל לתביעה והמערכת מעוניינת שהוא יתמנה לתפקיד שיפוטי. עם זאת, קבוצת מקרים כללית זו, על-אף ההיגיון התיאורטי הטמון בה, עלולה להתברר כבלתי-שיימה אם השימוש שיעשה בה בפועל על-ידי נתבעים-בכוח יגרור אחריו עלויות אדמיניסטרציה גבוהות למערכת המשפט, אשר יעלו על תועלתה.⁴⁷

ג. הדוקטרינות במשפט הנוהג המתמודדות עם כלל הבלעדיות וחסרונותיהן

בפרק הקודם הצגנו שש קבוצות של מקרים שבהם עלולים להיגרם נזקים לנתבע ולאינטרס הציבורי מכך שלתובע ניתנה בלעדיות בקביעת עיתוי התביעה. בעיות אלה לא נעלמו מעיניו של בית-המשפט. מפעם לפעם הגיעו לפתחו של בית-המשפט מקרים שבהם תוצאותיו הקשות של כלל הבלעדיות, אם מבחינת הפגיעה במערכת המשפט וביעילותה ואם מבחינת הפגיעה בנתבע, הניעו אותו לעצב דוקטרינות שימנעו תוצאות אלה, או לכל-הפחות ירככו אותן, ולעיתים המחוקק נרתם אף הוא למשימה. עם זאת, הבעיות שקבוצות המקרים השונות מעלות לא הובנו כנובעות ממקור אחד, ולכן הפתרונות שנבחרו על-מנת להתמודד עימן היו חלקיים ובעלי אופי אד-הוקי. יתרה מזו, חלק מן הדוקטרינות שבהן עשה בית-המשפט שימוש על-מנת להתמודד עם הבעיות שנגרמו כתוצאה מכלל הבלעדיות הביאו אומנם מזור במקרה הקונקרטי אך יצרו עיוותים ובעיות חדשות, כך שלעיתים התרופה שנבחרה גרועה מן המחלה, ונזקה למערכת המשפט עולה על תועלתה. בפרק זה נדון במגוון הדוקטרינות שעוצבו בשיטת המשפט הישראלית על-מנת להתמודד עם תוצאותיו של כלל הבלעדיות. נדון גם במגרעותיהם של הפתרונות שאומצו וכמידת יכולתם להתמודד בהצלחה עם הקשיים שכלל הבלעדיות יוצר. בפרק הבא נציע פתרון כוללני שהשימוש בו יאפשר להתמודד בהצלחה עם מכלול הבעיות שכלל הבלעדיות יוצר, ונסביר מדוע הפתרון המוצע על-ידינו עדיף על מגוון הפתרונות הקיימים.

47 על-מנת למנוע הצפה של הליכי-סרק למתן צו חוסם, על בית-המשפט לשקול שימוש במנגנון הוצאות המשפט ככלי מרתיע במקרים המתאימים.

1. סעד הצהרתי שלילי

אפשרות אחת העומדת לרשות פרט או תאגיד הסבורים כי הם צפויים להיתבע ומעוניינים לשלוט בעיתוי התביעה היא לפנות בעצמם לבית המשפט ולעתור לסעד הצהרתי שלילי. בתביעה לסעד הצהרתי שלילי התובע (הנתבע-בכוח) פונה לבית המשפט ומבקש הצהרה שלפיה, בהינתן העובדות המפורטות על-ידי, לנתבע (הוא התובע-בכוח) אין "זכות" המקנה לו זכאות לקבלת סעד כלשהו מן התובע או שהוא אינו זכאי לסטטוס כלשהו. ההצהרות המבוקשות עשויות להיות מגוונות בתוכנן, ולכלול הצהרה כי התובע אינו הורה של ילד כלשהו,⁴⁸ הצהרה כי זכויות כלשהן אינן בנות-תוקף,⁴⁹ הצהרה כי התובע אינו חב חוב כלשהו או הצהרה כי התובע לא ביצע מעשה או מחדל המהווים עוולה.⁵⁰ אך בבסיס כל ההצהרות מצוי ההיגיון כי כנגזרת מן ההצהרה המתבקשת, פלוני (התובע) אינו חייב דבר לאלמוני (הנתבע). הפסיקה קבעה כי "עקרונית יכול בית המשפט לתת לאדם הצהרה, שאין הוא חייב על-פי תביעה... שפלוגי עלול להגישה נגדו, וזאת כדי להקדים רפואה למכה. במתן הצהרה כזאת... מגן בית המשפט מראש על זכותו של מבקש ההצהרה שלא להיתבע בתביעתו של פלוני".⁵¹ אם בית המשפט יסכים לדון בתובענה (עניין המצוי בשיקול-דעתו של בית-המשפט) וימצא כי היא מוצדקת, הוא יזכה את התובע בסופו של ההליך בהצהרה שביקש, והצהרה זו תהווה מעשה בית-דין על-דרך השתק עילה בכל תביעה עתידית שתתבסס על עובדות המהוות את אותה עילה.

תביעה לסעד הצהרתי שלילי יכולה לתת מענה – חלקי לכל-הפחות – לבעיות שכלל הבלעדיות מעורר, מכיוון שהיא מאפשרת לתובע הסעד הצהרתי, הוא הנתבע-בכוח, לקבוע את עיתוי התביעה וכך להשתחרר מן הדילמות והנזקים הנגרמים לו כתוצאה מהעיכוב בהגשת התביעה על-ידי התובע-בכוח. כך, למשל, במקרה שבו הנתבע-בכוח חושש כי עיכוב בהגשת התביעה יגרום לו נזק ראייתי או יפגע בשמו הטוב, הוא יכול "להקדים תרופה למכה" באמצעות הגשת תובענה מטעמו לסעד הצהרתי שלילי. עם זאת, תביעה לסעד הצהרתי שלילי אינה "תרופת-פלא". היא לוקה בכמה בעיות – הן מבחינת המשפט

48 ע"א 3441/01 פלוני נ' פלונית, פ"ד נח(3) 1 (2004).

49 ע"א 1014/08 רמו נ' מיגוון משאבי אנוש בע"מ (פורסם בנבו, 16.5.2010) (להלן: פרשת רמו).

50 ה"פ (מחוזי י"ם) 154/98 בן אבו חברה לבנין ולפתוח בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון (פורסם בנבו, 3.9.1998) (להלן: פרשת בן אבו).

51 ע"א 59/80 פלדי נ' קופת-חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פ"ד לה(4) 378, 382 (1981). ראו גם ע"א 227/77 בנק ברקליס דיסקונט בע"מ נ' ברנר, פ"ד לב(1) 85, 90-91 (1977) ("לתובע המקדים תרופה למכה יכול ויהיה אינטרס לגיטימי לקבל את הסעד שלו הוא עותר... לא מן הנמנע הוא, שלו עתר הבנק למתן הצהרה שאין הוא חייב למשיבים מאומה, תוך כדי הצהרה שאם בקשתו תידחה הוא ישלם למשיבים את שהם תובעים, עשוי היה בית-המשפט להיעתר למבוקשו על-מנת ליתן לו הדרכה אם לשלם למשיבים את שהם דורשים אם לאו"); ע"א 460/63 שרדי נ' יכני מושב עובדים להתיישבות שיתופית בע"מ, פ"ד יח 427, 429 (1964) ("אומנם בדרך כלל דין הוא, שאדם החושש לחיוב אינו צריך להקדים רפואה למכה ולתובע הצהרה הקובעת שאין החוב קיים; הוא יכול להמתין עד שייטבע ואז יוכל להתגונן. ואולם בנסיבות יוצאות מן הכלל, לא מן הנמנע שבית-המשפט ידון בתביעת הצהרה כזאת").

הנוהג והן מבחינה נורמטיבית – ההופכות אותה לסעד חלקי לכל-היותו, אשר אינו נותן מענה יעיל והוגן למגוון הבעיות והקשיים שכלל הבלעדיות מעורר.

מבחינת המשפט הנוהג, סעד הצהרתי (חיובי או שלילי) הוא סעד לא-שגרתי, המצוי בשיקול-דעתו של בית-המשפט. הפסיקה קבעה כי מי שעותר לבית-המשפט בבקשה לסעד הצהרתי חייב לא רק להוכיח כי הזכות אכן בידו או כי המצב שהוא מבקש להצהיר עליו אכן קיים, אלא גם לשכנע את בית-המשפט כי מן הראוי לשריין לו אותה זכות או אותו מצב על-ידי מתן פסק-דין שימנע כפירה בהם או את הכחשתם בעתיד.⁵² כך, למשל, קבעה הפסיקה כי "אין מעניקים סעד הצהרתי, מקום בו ניתן לבקש סעד ממשי, ובמיוחד אין מעניקים סעד הצהרתי במקרה בו מבקש בעל דין לעקוף את הצורך בהתדיינות ישירה ועניינית על הנושא, אשר עליו סבה המחלוקת."⁵³ בית-המשפט הסביר כי "המדיניות הראויה הנקוטה בנושא של תביעות לפסק דין הצהרתי, אמורה להבטיח הליך מהיר ויעיל שיסיים את הסכסוך בין הצדדים ולא פתיח למשפט נוסף לשם קבלת הסעד האופרטיבי. כמו כן אמורה היא להבטיח לבל יבואו בשערו של הליך זה אלה המבקשים לעקוף את דרך המלך ולהבטיח לעצמם יתרון של דיון מוקדם."⁵⁴ יתרה מזו, בית-המשפט לא קיבל גם את הטענה כי יש להיעתר לבקשתו של בעל-דין לסעד מקום שיהיה כמתן הסעד כדי לקדם פשרה בין הצדדים.⁵⁵

ככל שמדובר בסעד הצהרתי שלילי שמטרתו היחידה היא "להקדים תרופה למכה", הפסיקה מחמירה אף יותר עם בעל-הדין העותר לקבלת הסעד, וקובעת כי יש לתיתו לעיתים נדירות בלבד, ורק במקרים שבהם התובע יכול להצביע על "אינטרס לגיטימי" המצדיק מתן סעד יוצא-דופן זה.⁵⁶ בפועל בתי-המשפט אינם מכירים כמעט באינטרסים המוצגים לפניהם כ"לגיטימיים", ודוחים את רובן המכריע של הבקשות לסעד הצהרתי שלילי,⁵⁷ למעט

-
- 52 ראו ע"א 130/76 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' בסה, פ"ד לא (3) 157, 159 (1977).
- 53 ע"א 136/82 שכונ עובדים בע"מ נ' רשות הפיתוח על-ידי מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לח (4) 671, 668 (1985).
- 54 רע"א 84/98 צעד בריא – אלוש אורטופדיה בע"מ נ' sensograph belgium nv, פס' 4 (פורסם בנבו, 11.3.1998).
- 55 פרשת ברנר, לעיל ה"ש 51, בעמ' 88-89.
- 56 ראו, למשל, פרשת פלדי, לעיל ה"ש 51, בעמ' 382; פרשת הדר חברה לבטוח בע"מ, לעיל ה"ש 16, בעמ' 739; פרשת פלוני, לעיל ה"ש 48, בעמ' 19.
- 57 ראו ברק מדינה "תביעה לסעד הצהרתי – האומנם 'הליך סרק'?" משפטים כד 605, 608 (1995). המאמר התפרסם אומנם בשנת 1995, אך בעשרים השנים שחלפו מאז לא השתנה המצב המשפטי, כפי שנראה להלן, ובתי-המשפט מקמצים עדיין עד-מאור בהכרה ב"אינטרסים לגיטימיים" המצדיקים היענות לבקשות לסעדים הצהרתיים שליליים. סוג של מקרים שבהם הכיר בית-המשפט באינטרס של התובע כ"אינטרס לגיטימי" המצדיק היענות לבקשה לסעד הצהרתי שלילי הוא בקשות הנוגעות בענייני מעמד אישי ובעיקר בשאלות הקשורות לסטטוס של התובע. כך עולה מפרשת פלוני, שבה קבע בית-המשפט כי קיימת אפשרות לבקש סעד הצהרתי שלילי כאשר תוכן ההצהרה הוא שפלוני אינו הורה של אלמוני, וכן להגיש תביעות נלוות, כגון תביעה לסעד הצהרתי שלילי שלפיו אין להכיר בפסק חוץ שקיבל בקשת אימוץ מטעם הנתבעת וקבע כי היא הורה של קטינה. ראו פרשת פלוני, לעיל ה"ש 48, בעמ' 19-20.

במספר מצומצם של קטגוריות.⁵⁸ כך, למשל, במקרה שבו ביקש עורך־דין שעמד בראש מחלקת הביקורת הפנימית של קופת־חולים כללית להגן על עצמו מפני פגיעה בשמו הטוב באמצעות תביעה לסעד הצהרתי שלילי, שבמסגרתו יוצהר כי הוא אינו אחראי לליקויים החמורים שהתגלו בסדרי המנהל והביקורת של קופת־החולים, פסק בית־המשפט העליון כי "אין זה מתפקידו של בית המשפט 'לחלק תעודות יושר'", והציע לו, אם ברצונו לנקות את שמו, להגיש תביעת לשון־הרע, על־אף המשוכות הגבוהות שתביעה מסוג זה מציבה בפני התובע.⁵⁹ במקרה אחר הוטל עיקול על מקרקעיה הרשומים של אישה בטענה שלבנה, המצוי בחובות, יש זכויות לא־רשומות באותם מקרקעין. האישה הגישה בקשה לסעד הצהרתי שלילי שלפיו אין לבנה או למישהו אחר מבני משפחתה זכויות באותם מקרקעין, אולם בית־המשפט דחה את הבקשה ופסק כי אם התובעת מבקשת להסיר את העיקולים, עליה לבקש להצטרף לתביעות שנפתחו נגד בנה ולעתור במסגרתן להסרת העיקול.⁶⁰ באופן כללי סירב בית־המשפט באופן עקבי להכיר ברצונו של אדם להשתחרר מעולו של איום בתביעה עתידית אשר גורם לו נזק או עלול לגרום לו נזק בעתיד כאינטרס לגיטימי המצדיק מתן סעד הצהרתי שלילי.⁶¹

מעבר לחסמים הגבוהים שהדין הפוזיטיבי בישראל מציב בפני הגשת תביעה לסעד הצהרתי שלילי, תביעה זו לוקה גם בכמה בעיות שהופכות אותה למגונן דיוני שיכול לספק לכל־היותר פתרון חלקי למגוון הבעיות שכלל הבלעדיות מעורר. יתר על כן, מנגנון זה גורם בעצמו עיוותים וכשלים רבים. ראשית, ההיענות לתביעה לסעד הצהרתי שלילי תגרום בחלק מן המקרים לניהולם של הליכי־סרק ולבזבוז משאבים פרטיים וציבוריים. כך, ייתכן שלמרות חששותיו של הנתבע־בכוח מפני תביעה עתידית, התובע־בכוח אינו מתכוון להגיש תביעה כלל (אם מכיוון שהוא אינו סבור כי יוכל לזכות בה ואם מסיבה אחרת) או שהוא מעוניין לפתור את הסכסוך באמצעות משא־ומתן לפשרה שייתר הגשת תביעה לבית־המשפט.

58 קטגוריה של מקרים שבהם בתי־המשפט מאפשרים כדבר שבשגרה לתובעים להגיש תביעות לסעד הצהרתי שלילי (מבלי לכנות זאת כך) היא מקרים שבהם רשות דורשת מפרט או מתאגיד לשלם חוב כלשהו שהם חבים לה לטענתה, ומאיימת לנקוט פעולות גבייה לפי פקודת המסים (גבייה), המאפשרת לה לגבות את החוב ללא צורך בהגשת תביעה לבית־המשפט. במקרים אלה הכיר בית־המשפט בזכותם של הפרט או התאגיד לפנות לבית־המשפט ולבקש סעד הצהרתי שלפיו הם אינם חבים את החוב המיוחס להם. ראו, למשל, לעניין חובות ארנונה לרשות המקומית, הנריק רוסטוביץ, משה וקנין, נורית לב ורונית כהן כספי ארנונה עירונית ספר שני 996 (מהדורה חמישית, 2007) ("כאשר הרשות המקומית דורשת ארנונה מאדם, הוא רשאי להגיש תביעה נגד העירייה, ולבקש סעד הצהרתי, לפיו הוא אינו חייב את הארנונה הנדרשת ממנו").

59 ראו פרשת פלדי, לעיל ה"ש 51, בעמ' 381.

60 פרשת רמו, לעיל ה"ש 49.

61 ראו פרשת בן אבן, לעיל ה"ש 50 (דחיית בקשה של החברה התובעת מבית־המשפט להצהיר כי משרד הבינוי והשיכון אינו זכאי לקבל מן החברה החוזר הוצאות פיתוח); בש"א (שלום ת"א) BURGSMANN INDUSTRIES GMBH & CO. KG 170975/07 נ' אלשיך הנרסה בע"מ (פורסם בנבו, 16.12.2007) (קבלת בקשה למחיקה מכתב התביעה של סעד הצהרתי שלילי שלפיו "אין התובעת חבה לנתבעת סכום כספי כלשהו").

במקרים אלה היענות של בית-המשפט לתביעה לסעד הצהרתי שלילי מצד הנתבע-בכוח תגרום להליך מיותר.⁶² יתרה מזו, אם תעמוד לרשות נתבעים-בכוח האפשרות להגיש תביעה לבית-המשפט לקבלת סעד הצהרתי שלילי, הדבר עלול לגרום ל"מרוץ לבית-המשפט" (race to the court) – שבו כל אחד מן הצדדים יודרו להגיש תביעה על-מנת להקדים את יריבו ולרכוש את היתרונות הנובעים מבחירת הפורום, מהגדרת המחלוקת והצדדים ועוד – ולסכל את האפשרות שהצדדים ינהלו משא-ומתן לפשרה, אשר עשוי לייתר את הפנייה לערכאות.⁶³ שנית, התביעה לסעד הצהרתי שלילי פותרת אומנם חלק מן הקשיים שהנתבע-בכוח ניצב בפניהם, אך עלולה לפגוע בתובע-בכוח. ייתכנו מקרים שבהם השתהותו של התובע-בכוח בהגשת התביעה נובעת מטעמים לגיטימיים – למשל, שאין לו עדיין משאבים מספקים לצורך קניית שירותים משפטיים או שלא היה סיפק בידו לאסוף את העדים והראיות הנחוצים לו לצורך הוכחת עילת התביעה (שהיא עילת ההגנה במסגרת התביעה לסעד הצהרתי שלילי שיריבו מגיש). במקרים אלה הכרה בזכותם של נתבעים-בכוח להגיש תביעות לסעד הצהרתי שלילי תטה את הכף לטובתם, ותאפשר להם לעשות שימוש אסטרטגי בזכות זו באופן שעלול לפגוע בתובעם-בכוח. חשש זה הובע על-ידי בית-המשפט המחוזי בפרשת מחצבות כפר גלעדי, שבה נקבע במפורש כי אין לעשות שימוש בתביעה לסעד הצהרתי שלילי על-מנת לעקוף את הזכות ששיטת המשפט מקנה לתובע לקבוע את עיתוי התביעה. בית-המשפט הסביר את עמדתו זו בכך ש"אין הצדקה לחסום את שערי בית המשפט מפני המשיב [התובע-בכוח] על דרך של מתן הצהרה כעתירת המבקשת [הנתבעת-בכוח]. כל עוד לא חלפה תקופת ההתיישנות, ובאין מניעה חוקית אחרת, רשאי המשיב להביא את תעצומותיו ולטעון את טענותיו בהליך מתאים, בתביעה שיגיש ביוזמתו. אין למבקשת זכות שבדין להצר את צעדיו של המשיב בעניין זה, לחסום את דרכו, ואין הצדקה למתן סעד הצהרתי שלילי".⁶⁴ עמדה זו של בית-המשפט היא עמדה קיצונית לטעמנו, הנותנת משקל-יתר לזכותו של התובע-בכוח לקבוע את עיתוי התביעה. עם זאת, העמדה שלפיה כל מנגנון דיוני שייקבע חייב להביא בחשבון לא רק את האינטרסים של הנתבע-בכוח אלא גם את אלה של התובע-בכוח, ולאזן ביניהם באופן מיטבי, היא עמדה צודקת.

שלישית, מנקודת-ראותו של הנתבע-בכוח, האפשרות לפנות לבית-המשפט בבקשה לקבלת סעד הצהרתי שלילי נותנת מזוור רק לחלק מקבוצות המקרים המצדיקים חריגה מכלל הבלעדיות, כפי שתוארו לעיל בפרק ב, ומותירה נתבעים-בכוח שנקלעו לסיטואציה המשתייכת לאחת מקבוצות המקרים האחרות בפני שוקת שבורה. כך, למשל, היכולת לפנות לבית-המשפט בתביעה לסעד הצהרתי שלילי עומדת רק לנתבע-בכוח הטוען כי הוא אינו חייב מאומה לתובע-בכוח או כי הוא לא ביצע כלל את המעשה המיוחס לו על-ידי התובע-בכוח. לעומת זאת, כאשר הנתבע-בכוח מודה כי הוא אכן הפר חובה שבדין או ביצע מעשה

62 ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נז(5) 433, 446 (2003) (להלן: פרשת תלמוד תורה הכללי) ("השתהות בתחום תקופת ההתיישנות הינה זכותו של המתדיין, והיא עשויה לעתים לשמש אמצעי חשוב בדרך לפתרון המחלוקת מחוץ לערכאות").

63 ראו Vanneman, לעיל ה"ש 25, בעמ' 162-163.

64 ה"פ (מחוזי י"ם) 11-01-17344 מחצבות כפר גלעדי – שותפות מוגבלת נ' מדינת ישראל – הממונה על הרכוש הממשלתי באיו"ש, פס' 8 (פורסם בנבו, 2.1.2012).

עולתי כלשהו, ומבקש לברר את העניין במהירות, ובפרט לכמת את חבותו לתובע-בכוח, על-מנת שיוכל להמשיך בחייו, האפשרות של הגשת תביעה לסעד הצהרתי שלילי חסומה בפניו. נוסף על כך, המנגנון של תביעה לסעד הצהרתי שלילי אינו רלוונטי לנתבע-בכוח שכבר נתבע בתביעה אחרת ומבקש לצרף צדדים כתובעים נוספים כדי לחסוך במשאבים ועל-מנת לא להיות בעמדת נחיתות בתביעה עתידית של אותם צדדים שלישיים נגדו (קבוצת המקרים החמישית).

רביעית, התביעה לסעד הצהרתי שלילי מהווה מנגנון שיעילותו בפתרון הבעיות שכלל הבלעדיות מעורר מוטלת בספק, מכיוון שהיא מחייבת את הנתבע-בכוח "לנחש" את העובדות והטענות המשפטיות המהוות את עילת התביעה או עילות התביעה של התובע-בכוח נגדו. היות שהנתבע-בכוח הוא התובע בתביעה לסעד הצהרתי שלילי, הוא זה שמגדיר, באמצעות העובדות שהוא מפרט בעתירתו לסעד הצהרתי, את מסגרת ההליך. הקושי שנוצר בעקבות זאת הוא שהמידע שיש בידי הנתבע-בכוח עשוי להיות חלקי או שגוי, ולתובע-בכוח עשוי להיות מידע נוסף או שונה ביחס לאירועים שהובילו לסכסוך ביניהם. במקרים אלה עלולה להיווצר אי-התאמה בין עילת התביעה של הנתבע-בכוח לבין זו של התובע-בכוח, ותביעתו של הנתבע-בכוח עלולה להידחות מבלי לחסוך את התביעה העתידית של התובע-בכוח נגדו. לחלופין, הבקשה לסעד הצהרתי שלילי עשויה להתקבל אך בשל העדר חפיפה לעילתו של התובע-בכוח לא יהיה בה כדי לחסום את ההליך העתידי.

הערה אחרונה לסיום: על-אף הבעיות והקשיים שהתביעה לסעד הצהרתי שלילי מעוררת, ואם לא תתקבל הצעתנו לאמץ את המנגנון של צו חוסם, על בית-המשפט לשקול ברצינות להרחיב את השימוש בסעד ההצהרתי השלילי, ולאפשר לנתבעים-בכוח המצויים במצב של חוסר ודאות משפטית שבעטיו הם עלולים לצבור חבויות עתידיות או לסבול פגיעה של ממש, כלכלית או אחרת, לפנות לבית-המשפט בתביעה לסעד הצהרתי שלילי, על-מנת למנוע את התממשותם של נזקים אלה או לפחות למזערם.⁶⁵

65 בארצות-הברית הכיר המחוקק הפדרלי כבר בשנת 1934 בכך שאין הצדקה לכלל הבלעדיות, וחוקק את ה-Declaratory Judgment Act. החוק קובע כי אדם שיש לו מחלוקת (controversy) עם אדם אחר, ואשר מצוי באי-ודאות משפטית ביחס לחובותיו או לזכויותיו ומבקש להסירה, זכאי לפנות לבית-המשפט ולבקש ממנו כי יצהיר על קיומן של אותן זכויות או חובות. ראו: The Declaratory Judgment Act of 1934, 28 U.S.C. § 2201 ("In a case of actual controversy... any court of the United States, upon the filing of an appropriate pleading, may declare the rights and other legal relations of any interested party seeking such declaration, whether or not further relief is or could be sought"). חוק זה מאפשר לאנשים שנשקף כלפיהם איום בתביעה עתידית (אזרחית או פלילית) שיש בה כדי לגרום להם נזק – כגון אנשים שנטען כלפיהם כי הם מפרים פטנטים או זכויות יוצרים, חברות ביטוח הנדרשות לממן את הגנתו של מבוטח אף שהן סבורות כי הפוליסה אינה מכסה את האירוע, וכן אנשים שנטען כלפיהם כי הם מפרים חוק ואשר חוששים מפני העמדה לדין – לפנות לבית-המשפט ולבקש סעד הצהרתי שלילי ביחס ליזכויותיהם או לחובותיהם, על-מנת להסיר את חוסר הודאות המשפטית ולדעת כיצד עליהם לפעול. ראו, למשל, Hill & Mulholland, לעיל ה"ש 19; Bray, לעיל ה"ש 18; Samuel L. Bray, *The Myth of the Mild Declaratory Judgment*, 63 DUKE L.J. 1091, 1105–09 (2014).

2. סעד הצהרתי "תיאורטי" נגד צד שלישי החב לכאורה בשיפוי או בהשתתפות

כזכור, במקרים הנמנים עם קבוצת המקרים השלישית, נתבע-בכוח עלול לחשוש שעיכוב בתביעה נגדו יפגע בזכותו להשתתפות או לשיפוי מצדדים שלישיים. במקרה כזה הוא יכול לפנות לבית-המשפט ולעתור לסעד הצהרתי שלפיו תשוויין לו הזכות לקבל השתתפות או שיפוי מן הנתבע (הצד השלישי באותה תביעה שבכוח) אם בעתיד תוגש נגדו תביעה והוא יפסיד בה. הסעד ההצהרתי שהתובע (הנתבע-בכוח) מבקש הוא "תיאורטי", מכיוון שבמועד הגשת התובענה לסעד הצהרתי לא מתקיימים עדיין התנאים הדרושים על-מנת לקבל מן הצד השלישי סעד אופרטיבי, שכן תנאים אלה יתקיימו אך ורק אם תוגש בעתיד תובענה נגד התובע (הנתבע-בכוח) ותוכתר בהצלחה. במילים אחרות, התביעה לסעד הצהרתי תיאורטי היא למעשה הודעה מותנית לצד שלישי, אשר מנותקת מן התביעה העיקרית וקודמת לה, כאשר התנאי הוא שנגד מבקש הסעד ההצהרתי התיאורטי תוגש בעתיד תביעה והוא יפסיד בה.

הסעד ההצהרתי התיאורטי לוקה בכמה בעיות, הן מבחינת הדין הפוזיטיבי והן מבחינה נורמטיבית, שבעטיין אין הוא יכול להתמודד בהצלחה עם הקשיים שכלל הבלעדיות יוצר. מבחינת הדין הפוזיטיבי, פסיקה עקבית של בית-המשפט העליון בנוגע לבקשתם של תובעים להצהיר על זכות הצפויה להתגבש להם בעתיד קובעת כי אין אדם זכאי לסעד הצהרתי לגבי זכות שטרם הבשילה, וכי "אין די בחשש, שמא יתקפחו זכויות כלשהן עקב התפתחויות עתידיות שטיבן המדויק לא ניתן להערכה או להגדרה מראש, מאחר שהן טרם אירעו. אין נוהגים להעניק סעד הצהרתי בשאלות אקדמיות".⁶⁶ בית-המשפט נימק את עמדתו זו בכך שמתן סעד הצהרתי כזה "לא זו בלבד שלא ימנע כפל התדיינות אלא יכול שיהא מדובר בהליך סרק".⁶⁷ הסיבה לכך, לדברי בית-המשפט, היא שיתכן כי התביעה נגד מבקש הסעד ההצהרתי התיאורטי לא תוגש כלל, וגם אם תוגש, ייתכן שהיא תידחה מטעמים פרוצדורליים או מהותיים. בשני המקרים תיהפך התביעה לקבלת סעד הצהרתי למיותרת בדיעבד, ונמצא כי בית-המשפט בזבו משאבים יקרים על תביעה שלא היה בה כל צורך.

מבחינה נורמטיבית, התביעה לסעד הצהרתי תיאורטי מהווה מנגנון לא-יעיל, וחלקי לכל-היותר, לפתרון הבעיות שכלל הבלעדיות מעורר לנתבע-בכוח החושש כי עיכוב בהגשת התביעה ימנע ממנו את האפשרות להיפרע מצדדים שלישיים או יפגע ביכולתו לעשות כן. ראשית, כמו במקרה של סעד הצהרתי שלילי, גם כאן יש יסוד לחשוש של בית-המשפט כי היענות לתביעה לסעד הצהרתי תיאורטי תוביל לייזום הליכי-סרק ולבזבוז משאבים. במקרים שבהם תביעתו של התובע-בכוח נגד הנתבע-בכוח עומדת על יסודות רעועים מבחינה עובדתית או משפטית ודינה להידחות (דבר שקשה לאמוד לפני שהוגשה התביעה), הקדמת הדיון בתביעת הנתבע-בכוח נגד הצד השלישי, באמצעות תביעה לסעד הצהרתי תיאורטי, משמעותה במקרים רבים הטרדה של בית-המשפט בהליך שאין בו צורך.⁶⁸

66 ע"א 366/84 חלוץ נ' מאגרי סחר מ.ס. בע"מ, פ"ד (1) 588, 586 (1986). ראו גם ע"א 489/78 סנוב נ' סנוב, פ"ד לה" (1) 401, 405-406 (1980); ע"א 5233/08 רייניץ נ' מכבי שירותי בריאות, פס' 10 (פורסם בנבו, 9.2.2010).

67 פרשת הדר חברה לבטוח בע"מ, לעיל ה"ש 16, בעמ' 739.

68 ברק מדינה טוען במאמרו, לעיל ה"ש 57, כי בניגוד לעמדת בית-המשפט בפרשת הדר חברה לבטוח, יש מצבים שבהם ראוי לאפשר לבעל-דין החושש מתביעה עתידית להקדים ולהגיש

שנית, לא ברור כלל שסעד הצהרתי תיאורטי אכן יכול לסייע לנתבע-בכוח לשריין את הזכות להיפרע מצדדים שלישיים אם וכאשר תוגש נגדו התביעה בעתיד ותצלח. במצבים שבהם בין הנתבע-בכוח לבין הצד השלישי יש הסדר חוזי שעומד לפקוע (דוגמת המקרה של פוליסת אחריות מקצועית) ספק אם ניתן, באמצעות הגשת תביעה מוקדמת לסעד הצהרתי תיאורטי, לעקוף הסדר חוזי שנקבע בין הצדדים שלפיו חבותו של הצד השלישי לנתבע-בכוח תתממש רק בהתקיים תנאים מסוימים אשר טרם התקיימו, קרי, הגשת תביעה נגדו על-ידי התובע-בכוח. נוסף על כך, תביעה לסעד הצהרתי תיאורטי אינה יכולה לסייע לנתבע-בכוח במצבים שבהם הצד השלישי ניצב בפני סכנה של חדלות-פירעון, שכן הסעד הצהרתי התיאורטי, גם אם יוענק לנתבע-בכוח, לא יקנה לו את הזכות להיפרע מן הצד השלישי לפני שהוגשה תביעה. על-כן, אם תביעתו של התובע-בכוח נגד הנתבע-בכוח תוגש לאחר שהצד השלישי נהפך לחדל-פירעון, העובדה שהזכות להיפרע ממנו שוריינה לא תסייע לנתבע-בכוח. המצב היחיד שבו תביעה לסעד הצהרתי תיאורטי תוכל (אולי) להועיל לנתבע-בכוח הוא מקרה שבו עילת התביעה של הנתבע-בכוח נגד הצד השלישי עתידה להתיישן לפני התיישנותה של עילת התביעה של התובע-בכוח נגד הנתבע-בכוח או לחלופין זמן קצר אחריה. במקרה זה ייתכן שהגשת תביעה לסעד הצהרתי תיאורטי יכולה "לעקוף" את ההתיישנות הדיונית ולשריין לנתבע-בכוח את הזכות להיפרע מן הצד השלישי אם וכאשר תוגש תביעה נגדו, גם אם התביעה נגד הנתבע-בכוח תוגש לאחר חלוף תקופת ההתיישנות של עילת התביעה שלו נגד הצד השלישי.⁶⁹

תביעה לסעד הצהרתי תיאורטי נגד צד שלישי אשר חייב לו לדעתו השתתפות או שיפוי, מכיוון ששלילת הזכות לסעד הצהרתי עלולה להוביל לקיומו של הליך בנסיבות שבהן האינטרס של כל הצדדים הוא לא לעשות כן. עם זאת, מדינה עצמו גודר את המקרים שבהם ראוי לאפשר לבעל-דין להגיש תביעה לסעד הצהרתי תיאורטי אך ורק למצבים מסוימים שבהם עקב מעורבותו של צד שלישי בסכסוך בין שני צדדים, ובהיתן חוסר ודאות באשר לחלוקת האחריות בין הנתבע-בכוח לצד השלישי (לדוגמה, מוזיק ומבטח), הכרעה שיפוטית ביחס למערכת היחסים בין הנתבע-בכוח לבין הצד השלישי עשויה למנוע תביעה בין התובע-בכוח לבין הנתבע-בכוח (לדוגמה, הניזוק והמזיק), שכן רק אם תוסר אי-הוודאות באשר לחלוקת האחריות יעדיף הגורם האחראי (המזיק או המבטח) להתפשר עם התובע-בכוח ולא לנהל את ההליך.

69 ראו ע"א (מחוזי מר') 09-08-16818 ציבלין אייל 1997 בע"מ נ' אריה חברה לביטוח בע"מ, פס' 16 (פורסם בנבו, 15.3.2010) ("טלו, למשל, מקרה שבו הניזוק מתעכב בהגשת תביעתו כנגד המזיקה-המבוטחת, ומגישה רק חודש או שבוע או יום לפני חלוף שבע השנים ממועד התרחשות הנזק. היעלה על הדעת כי תביעת השיפוי של המבוטחת נגד המבטחת חייבת להיות מוגשת בתוך חודש או שבוע או יום, כדי שלא תידחה מחמת התיישנות?"). ראוי לציין בהקשר זה כי ביחס לביטוח אחריות קיים סעיף מיוחד בחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981, שנועד להגן על הנתבע מפני מצב שבו התובע-בכוח מתעכב עם הגשת תביעתו, ובזמן זה מתיישנת לכאורה תביעתו של הנתבע נגד חברת הביטוח שביטחה אותו. ס' 70 לחוק חוזה הביטוח, שכותרתו "סיג להתיישנות", קובע כי "בביטוח אחריות, התביעה לתגמולי ביטוח אינה מתיישנת כל עוד לא התיישנה תביעת הצד השלישי נגד המבוטח". מטרתה של הוראה זו הוסברה על-ידי אורי ירין באופן הבא: "סעיף זה משלים את סעיף 31, שגם הוא דן בנושא התיישנות. לאחר סעיף 31 קיצר את התיישנות התביעה לתגמולי ביטוח לשלוש שנים, ייתכנו מקרים שבביטוח אחריות תתיישן תביעה זו בעוד תביעת הצד השלישי נגד המבוטח – שהיא 'הנזק' שביטוח

שלישית, תביעה לסעד הצהרתי תיאורטי מעמידה את הנתבע-בכוח במצב שבו עליו לטעון במסגרת התביעה טענות שעלולות לפגוע בו בהליך העידי הצפוי בינו לבין התובע-בכוח. לצורך הבקשה לצו הצהרתי על הנתבע-בכוח להניח, כבסיס לתביעתו, שהוא הפר חובה שבדין נגד התובע-בכוח, ואף להגן על עמדה זו נגד טענות נוגדות של הצד השלישי. כך אירע בפרשת הדר חברה לבטוח, שבה המשיבים, מתכננים ואדריכלים, טענו בתביעתם לסעד הצהרתי תיאורטי נגד חברת הביטוח כי הם התרשלו בתכנון ובבנייה של תוספות בבתי המגורים של התובעים-בכוח, וכי פוליסת ביטוח האחריות המקצועית שהם רכשו מחברת הביטוח מטילה על האחרונה חובה לשפותם בשל כל נזק שנגרם בשל רשלנותם המקצועית. בבקשתם כתבו המבקשים במפורש כהאי לישנא: "אנו הפרנו חובה מקצועית בכך שבמועד קבלת ההיתר לא צירפנו חישובים סטטיים מתאימים לוועדה המקומית לתכנון ובניה, זו הפרת החובה המקצועית".⁷⁰ ברי כי הודאת בעל-דין מעין זו, והגנה עליה כנגד טענות סותרות של הצד השלישי, עלולות לעמוד לנתבע-בכוח לרועץ בכל תביעה עתידית של התובע-בכוח נגדו. ודוק: טענות מסוג זה אינן חריגות ככל שמדובר בהודעות לצד שלישי של נתבעים שבהן הם טוענים כי הם זכאים להשתתפות או לשיפוי מן הצד השלישי בגין תשלומים שהושתו עליהם במסגרת תביעות שהוגשו נגדם. ההבדל בין שני המצבים הוא שבמקרה של "הודאת בעל-דין" במסגרת הודעה לצד שלישי, הדיון בהודעה נעשה רק לאחר הדיון בתביעה העיקרית (של התובע נגד הנתבע), ולכן פגיעתה בנותן ההודעה מתונה יותר. בתביעה לסעד הצהרתי תיאורטי, לעומת זאת, הודאת בעל-הדין בכך שעשה מעשה לא כדיון נדונה בינו לבין הצד השלישי בטרם הוגשה התביעה העיקרית של התובע-בכוח נגד הנתבע-בכוח, ומחייבת את הנתבע-בכוח לאמץ עמדה הנוגדת את האינטרס שלו בתביעה העתידית שתוגש נגדו, ואף להוכיחה בבית-המשפט.

3. טענת שיהוי במשפט אזרחי

דוקטרינה נוספת שניתן לעשות בה שימוש על-מנת להתגבר על הקשיים שכלל הבלעדיות יוצר היא השיהוי. דוקטרינת השיהוי קובעת כי יש מצבים שבהם תביעה שהוגשה במסגרת תקופת ההתיישנות תידחה מחמת שיהוי בהגשתה. מקורה של הדוקטרינה הוא בדיני היושר

זה בא לכסות – עדיין לא התיישנה. סעיף 70 מכוון למנוע מצב בלתי רצוי ובלתי מוצדק זה. ראו אורי ידן חוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981 166 (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טרסקי, 1984). ראו גם שחר ולר חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981 כרך שני 426 (פירוש לחוקי החוזים מיסודו של ג' טרסקי, 2007) ("יש לפרש את סעיף 70 כחל עד למועד הגשתה של תביעת הניזוק. הסעיף נועד למנוע מצב שבו ייצא המבוטח קירח מכאן ומכאן; הוא לא נועד להאריך את תקופת ההתיישנות כמעט ללא גבול. מכאן שהוא חל על התקופה שבין מועד היווצרותה של העילה נגד המבוטח לבין מועד הגשתה של התביעה נגדו, והוא אינו חל על התקופה שלאחר מכן. המבוטח זקוק להגנה מפני האפשרות שעילתו כלפי המבטחת תתיישן כל עוד לא תבע אותה הניזוק, אולם משהוגשה התובענה כלפיו – אין לאפשר לו להמתין יותר משלוש שנים עד להגשת תובענה נגד המבטחת"); דודי שוורץ וריבי שלינגר דיני ביטוח – חובות גילוי, פרשנות ומגמות התפתחות 406 (2005) ("בביטוח אחריות, התביעה לתגמולי ביטוח אינה מתיישנת כל עוד לא התיישנה תביעת האדם השלישי").

70 פרשת הדר חברה לבטוח, לעיל ה"ש 16, בעמ' 739.

האנגליים, שנקלטו למשפט הישראלי דרך סימן 46 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 עד 1947,⁷¹ והיא עוגנה מאוחר יותר בס' 27 לחוק ההתיישנות, הקובע כי "אין חוק זה בא לפגוע בכל סמכות, לפי כל דין, לדחות תובענה או לסרב למתן סעד מחמת שיהוי". ההלכה הפסוקה קבעה בהקשר זה כי "דיני השיהוי אינם באים במקום הוראות התיישנות סטטוטוריות, אלא הם מתקיימים לצד הוראות אלה. תקופת ההתיישנות החוקית מהווה 'הגבול העליון' לחסימת זכות התביעה, ואילו השיהוי יכול שיחול בתוך תקופת ההתיישנות".⁷² מכאן שהגשת תביעה במסגרת תקופת ההתיישנות אינה מחסנת אותה מפני טענה אפשרית של שיהוי. נתבע הסבור כי התובע השתהה לא כדין בהגשת התביעה, וכי עקב השתהות זו נגרמו לו נזקים (ובכלל זה גם נזק ראייתי או פגיעה ביכולתו להיפרע מצד שלישי), זכאי לעתור לבית-המשפט בבקשה לדחות את התובענה על הסף בטענה כי היא לוקה בשיהוי אף שהיא הוגשה בתוך תקופת ההתיישנות. אם יקבל בית-המשפט את הבקשה, תידחה התביעה, והתובע יהיה מנוע מלהגישה פעם נוספת מחמת השתק עילה.

היקפה המדויק של דוקטרינת השיהוי טרם התברר עד תום. על-מנת להבין את מידת התאמתה של הדוקטרינה לטיפול במגוון הבעיות שכלל הבלעדיות יוצר, יש אפוא לעיין בפסיקה ולנתח את העמדות השונות שהובעו בה ביחס לבסיס העיוני שהדוקטרינה נשענת עליו, וכנגזרת מכך את התנאים הנדרשים לחלותה. עד לסוף המאה העשרים נתפסה סוגיית השיהוי במשפט האזרחי כחלק מן הדוקטרינה של השתק מכוח מצג (מניעות), ובהתאם לכך נקבעו התנאים לחלותה. השתק מכוח מצג מונע צד מלהתכחש למצג שהציג לפני צד אחר אם הצד האחר הסתמך על המצג בתום-לב ובאופן סביר ועקב כך שינה את מצבו לרעה.⁷³ הפסיקה קבעה שני תנאים מצטברים אשר בהתקיימם בית-המשפט עשוי לקבוע כי התביעה לוקה בשיהוי: "האחד – כאשר השיהוי מבטא ויתור על הזכות מצד התובע; השני – שעקב השיהוי הורע מצבו של הנתבע".⁷⁴ מאוחר יותר הובעה בפסיקה הדעה כי יש לקרוא את דוקטרינת השיהוי אל תוך החובה הכללית לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב בהפעלת כוחות משפטיים-דיוניים, ובעקבות זאת יש שציינו "תנאי חלופי נוסף, והוא האם נגרם השיהוי עקב חוסר תום-לבו של התובע", המאפשר להחיל את הדוקטרינה על קשת רחבה יותר של מקרים.⁷⁵

71 כא"י ג 2738.

72 פרשת תלמוד תורה הכללי, לעיל ה"ש 62, בעמ' 443 (ציטוט מתוך ע"א 386/90 מזאריב נ' מזאריב, פס' 12 (פורסם בנבו, 31.12.1990)). ראו גם ע"א 4682/92 עיזבון שיעיה נ' בית טלש בע"מ, פ"ד נד(5) 252, 281 (2000).

73 ראו רע"א 4928/92 עזרא נ' המועצה המקומית תל-מונד, פ"ד מז(5) 94 (1993).

74 פרשת עיזבון שיעיה, לעיל ה"ש 72, בעמ' 280 (ההדגשות במקור). ההלכה המקורית בעניין נפסקה בשנות החמישים של המאה שעברה – ראו ע"א 167/51 ברסקי נ' סגל, פ"ד ט 5, 15 (1955).

75 עמדה זו הובעה בע"א 2576/03 וינברג נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פס' 19 (פורסם בנבו, 21.2.2007). ראו גם ע"א 5110/05 מדינת ישראל – מינהל מקרקעי ישראל נ' שטיינברג, פס' (3) ו(פורסם בנבו, 18.1.2007).

(א) שיהוי כנובע מתורת ההשתק מכוח מצג

הגישה המסורתית, שבה אוחזים רוב שופטי בית־המשפט שהביעו את עמדתם בסוגיה, היא כי על־מנת לדחות תביעה מחמת שיהוי, צריכים להתמלא שני תנאים הנדרשים לצורך היווצרותו של השתק מכוח מצג: (1) שיהוי המבטא ויתור על זכות התביעה מצד התובע; (2) שינוי לרעה במצבו של הנתבע. תנאים אלה, הניתנים לפרשנות מרחיבה או מצמצמת, פורשו בפסיקה בית־המשפט בצורה מצמצמת שלפיה תביעה תידחה מחמת שיהוי רק בנסיבות חריגות ונדירות ביותר. להלן נסקור את פרשנות התנאים כפי שהיא עולה מן הפסיקה.

(1) מהו שיהוי המבטא ויתור על זכות התביעה מצד התובע?

פסקי־הדין מלמדים כי שיהוי המבטא ויתור על זכות התביעה צריך להיות ארוך־שנים, ולהצביע באופן ברור על כך שהתובע זנח את זכותו להגיש תביעה. בפרשת תמיר קבע בית־המשפט כי "תקופת זמן כשלעצמה ולוא גם ארוכה, שבה ישן התובע על זכויותיו, אין בה כדי להכשיל את תביעתו בטענת השהיה... בדרך כלל לא תתקבל הטענה על־סמך עבור הזמן בלבד, אלא אם יש בנסיבות המקרה כדי להראות שהתובע השלים עם המצב וזנח את זכות התביעה".⁷⁶ במילים אחרות, בית־המשפט חיפש "דבר־מה נוסף", מעבר לחלוף הזמן, שיעיד כי התובע אכן ויתר על זכותו לתבוע,⁷⁷ וסירב ברוב המקרים לראות בהשתהות כשלעצמה – אף אם הייתה ארוכת־שנים – שיהוי המבטא ויתור על הזכות.⁷⁸ בית־המשפט אומנם הכיר בכך שלעיתים "הימנעותו של התובע מלתבוע את זכויותיו במשך זמן ניכר עולה כדי מצג כלפי הנתבע כי אין בדעתו לעמוד על זכויותיו",⁷⁹ אך כאשר בוחנים את הפסיקה מגלים כי במקרים הספורים שבהם מצא בית־המשפט כי השתהותו של התובע עולה כדי שיהוי, דובר במקרים שבהם נמנע התובע שנים רבות מאוד מלהגיש תביעה, ומסיבות שונות

76 ע"א 403/63 תמיר נ' שמאלי, פ"ד יח(1) 47, 53 (1964).

77 דוגמה ל"דבר־מה נוסף" כזה אפשר למצוא בפרשת אגודת בית הכנסת הגדול "שונה הלכות", שבו נמנע התובע במשך עשרות שנים מלהגיש בקשה לאישור פסק בוררות שניתן לטובתו, ויותר מכך – "לאורך שנים רבות נתקיימה מחלוקת אקטיבית בין בית הכנסת לעיריה בשאלת מימוש הבנייה על גג המיבנה, לרבות הליכים פליליים, שבמהלכם בית הכנסת לא הזכיר כלל את קיומו של פסק הבוררות הנטען". ראו רע"א 5793/05 אגודת בית הכנסת הגדול "שונה הלכות" נ' עיריית נתניה, פס' 7 (פורסם בנבו, 11.9.2007).

78 פרשת עיזבון שעיה, לעיל ה"ש 72 (שם סירבה דעת הרוב להכיר בהשתהות של שלושים וחמש שנה כשיהוי).

79 שם, בעמ' 286.

לא חלו עליה דיני ההתיישנות.⁸⁰ יתרה מזו, גם בחלק מן המקרים האלה בחר בית-המשפט לא לדרות את התביעות, אלא לנקוט סנקציות אחרות נגד התובעים.⁸¹ בפרשת תלמוד תורה הכללי,⁸² שבה התקיים הדיון המעמיק ביותר בשאלת יחסי-הגומלין בין מוסד ההתיישנות לבין מוסד השיהוי, מספקת השופטת פרוקצ'יה הסבר לגישה המחמירה שהפסיקה נוקטת ביחס לתנאי שמצגו של התובע חייב להיות ברור, שלפיה חלוף השנים כשלעצמו אינו מספק לשם כך. השופטת פרוקצ'יה מסבירה כי החלתו של מוסד השיהוי במשפט האזרחי מעלה בעיות קשות, מכיוון שיש בה כדי לפגוע בציפייה הסבירה של התובע שלפיה הוא זכאי לכלכל את צעדיו כרצונו במסגרת תקופת ההתיישנות המוכרת בחוק. לכן, קבעה השופטת:

"השתהות בהגשת תביעה אינה, כשלעצמה, שיהוי כמוכנו במשפט. שיהוי בתוך תקופת ההתיישנות נוצר מקום שיש בהשתהות בפנייה לבית-המשפט משום שימוש לא נאות בזכות התביעה הנתונה לתובע ופגיעה בציפייה הלגיטימית של הנתבע שלא להיתבע – שימוש המגיע כדי ניצול לרעה של ההליך השיפוטי... איחור בהגשת תביעה הוא כשלעצמו אינו מעיד על ויתור או מחילתו של התובע על זכות התביעה. השתהות בתחום תקופת ההתיישנות הינה זכותו של המתדיין, והיא עשויה לעתים לשמש אמצעי חשוב בדרך לפתרון המחלוקת מחוץ לערכאות. לפיכך קיימת דרישה לקיום מצג ברור מצד התובע על אודות יתור או מחילה מצדו על זכות התביעה הנתונה לו."⁸³

יתרה מזו, אפילו במקרים שבהם מתקיימים לכאורה תנאי ההשתק נקבע כי היות שהחלת השיהוי פוגעת בזכות הגישה לערכאות של התובע, שומה על בית-המשפט לבחון, במסגרת שיקול-דעתו, אם התנהגותו של הנתבע לא תרמה לשיהוי או לשינוי מצבו לרעה. במסגרת זאת יש להביא בחשבון את מכלול השיקולים שעניינם האינטרסים ההדדיים של בעלי-הדין

80 שני פסקי-הדין שבהם הכיר בית-המשפט בטענת שיהוי כסיבה מספקת לדחיית התביעה ניתנו במקרים שבהם בעל-דין שזכה בפסק בוררות נמנע במשך שנים רבות מלהגיש בקשה לאישור פסק הבוררות. בית-המשפט קבע כי חרף העדר הגבלת הזמן בחוק, זכותו הדיונית של הזוכה לבקש מבית-המשפט לאשר את פסק הבוררות כפופה לדיני השיהוי. ראו פרשת אגודת בית הכנסת הגדול "שונה הלכות", לעיל ה"ש 77 (פסק בוררות שניתן שלושים שנה קודם להגשת הבקשה לאישור); רע"א 6558/11 פודמסקי נ' גלובינסקי (פורסם בנבו, 5.10.2011).

81 פרשת וינברג, לעיל ה"ש 75 (בית-המשפט לא ראה בהשתהות של ארבעים וחמש שנה בהגשת התביעה משום סיבה מספקת לדחיית התביעה מחמת שיהוי, אך הביא את השיהוי בחשבון בכך שלא "הקל" עם המערערים [התובעים] ככל הנוגע בטיב ההוכחה וברמת ההוכחה שדרש מהם); פרשת שטיינברג, לעיל ה"ש 75, שם (השתהות של ארבעים ושש שנה לא שכנעה את בית-המשפט כי יש לדרות את התביעה, אך הוא קבע כי יש בו כדי להעביר את נטל הראיה למשיבים).

82 פרשת תלמוד תורה הכללי, לעיל ה"ש 62.

83 שם, בעמ' 446 (ההדגשות הוספו).

ומאזן הנזקים שביניהם, כגון מהות התביעה והסעד המבוקש בה. כך, למשל, "ככל שמדובר בתביעת זכות בעלת משקל רב יותר, כך יירתע בית-המשפט מחסימתה בטענת שיהוי".⁸⁴

(2) מה ייחשב הרעה במצבו של הנתבע?

התנאי השני הוא כאמור שבעקבות השיהוי בהגשת התביעה הורע מצבו של הנתבע. הקטגוריות שבהן הכירה הפסיקה כ"הרעה" במצבו של הנתבע הן נזקים ראייתיים, נזקים כלכליים וכן פגיעה ביכולתו של הנתבע להיפרע מצדדים שלישיים. הקטגוריה הראשונה – נזק ראייתי – היא המרכזית והנפוצה ביותר, ולגביה קבעה הפסיקה כבר בשנות החמישים כי על בית-המשפט להכיר בטענת שיהוי אם בעקבות מצבו של התובע קופחו אפשרויותיו של הצד שכנגד להוכיח את טענותיו.⁸⁵ בית-המשפט הסביר כי "ברי כי עם חלוף הזמן, ובפרט כשמדובר בעשרות שנים, נפגעה יכולתו של המשיב להוכיח את טענותיו, כמו גם לשלול את טענות המערערים. רבים מבין הגורמים שאפשר ויכולים היו לשפוך אור נוסף על הפרשה אינם עוד בחיים, וגם אלו שנותרו בחיים – ככל שנקפו השנים, מטבע הדברים נפגעה יכולתם לספק מידע אותנטי ומפורט ביחס לאירועים הרלוונטיים. נראה כי גם יכולתו של המשיב [הנתבע] לספק כיום תיעוד מסודר ומפורט ביחס לפעולות שנקטו על-ידו בקשר לסוגיות המתעוררות בפרשה זו אינה כפי שהיתה בסמוך לקרות האירועים עצמם".⁸⁶

הקטגוריה השנייה שהוכרה בפסיקה היא נזקים כלכליים שנגרמו לנתבע בעקבות הסתמכותו בתום-לב על המצג שהציג התובע שלפיו אין בכוונתו להגיש תביעה. דוגמה לכך אפשר למצוא בפרשת אגודת בית הכנסת הגדול "שונה הלכות", שבה התובעת – אגודת בית הכנסת הגדול – זכתה בפסק בוררות לטובתה שקבע כי יש לה זכויות בנכס מקרקעין, ואף-על-פי-כן נמנעה במשך עשרות שנים מלהגיש בקשה לאישורו, ואף נמנעה מלפעול על-פיו. עקב התנהלות זו של התובעת, פעלה העירייה הנתבעת – שהניחה כי התובעת אינה עומדת על הפסק – לשינוי תוכנית בניין עיר בשטח, ואף החלה לעשות דיספוזיציה

84 שם, בעמ' 447. ראו גם פרשת וינברג, לעיל ה"ש 75, פס' 19 ("לאור ההשלכות הקשות הנובעות מסילוקה של תביעה על הסף אך מן הטעם של שיהוי בהגשתה, מקובל לומר כי זהו אמצעי שראוי להפעילו בנסיבות חריגות בלבד, ובפרט ככל שהזכות הנתבעת היא בעלת משקל רב יותר").

85 פרשת ברסקי, לעיל ה"ש 74, בעמ' 15.

86 פרשת וינברג, לעיל ה"ש 75, פס' 20. ראו גם פרשת עיזבון שעיה, לעיל ה"ש 72, בעמ' 289 (מותם של עדים רלוונטיים בעקבות שיהוי של עשרות שנים בהגשת התביעה); פרשת שטיינברג, לעיל ה"ש 75, פס' 6) (בחלוף עשרות השנים "איבר המינהל כל יכולת לבצע בדיקה אמיתית של חלק ניכר מהעובדות החשובות"). לפסקי-דין של ערכאות דיוניות שדחו תביעות מחמת שיהוי בהגשתן או הביאו בחשבון את השיהוי בעת שקלול ראיות הצדדים, בשל נזקים ראייתיים חמורים שנגרמו לנתבע עקב חלוף הזמן, ראו ת"א (שלום חד') 2878/00 סלימאן נ' תנופה חברה לעבודות עפר וכבישים בע"מ (פורסם בנבו, 4.11.2008); תא"ם (שלום ת"א) 14-08-16913 הראל חברה לביטוח בע"מ נ' עמר (פורסם בנבו, 6.8.2015); פרשת אפיקים, לעיל ה"ש 39; פרשת עומר, לעיל ה"ש 39; פרשת אגבארייה, לעיל ה"ש 39.

במקרקעין שלגביהם נקבע בפסק הבוררות כי לתובעת יש זכויות בהם, ובכך שינתה העירייה את מצבה לרעה.⁸⁷

הקטגוריה השלישית שהוכרה בפסיקה היא פגיעה ביכולתו של הנתבע להיפרע מצדדים שלישיים. קטגוריה זו הוכרה בפרשת תלמוד תורה הכללי. בפרשה זו הגישה התובעת, יומיים לפני תום תקופת ההתיישנות, תביעה לתשלומי איזון בגין תוכנית איחוד וחלוקה שיזמה הנתבעת – הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים. בית-המשפט המחוזי קבע כי אומנם לא הוכח כי הגשת התביעה בשלב כה מאוחר נגועה בחוסר תום-לב, אך דחה את התביעה מחמת השתק מכוח מצג. הוא קבע כי בהתנהגותה יצרה התובעת מצג שלפיו היא ויתרה על תביעתה, ובעקבות מצג זה שינתה הנתבעת את מצבה לרעה, משום שהיא איבדה את האפשרות להיפרע מבעלי קרקע אחרים, שהיו עשויים לחוב בנטל של כסוי תשלומי האיזון, מחמת התיישנות (שכן הגשת התביעה כה סמוך למועד סיום תקופת ההתיישנות מנעה מהם את האפשרות להגיש את תביעתם לפני התיישנותה). בית-המשפט העליון הפך את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, מכיוון שהוא מצא כי תביעתה של הנתבעת כלפי הצדדים השלישיים לא התיישנה ולכן לא נגרם לה כל נזק, אך הכיר בכך שאילו נפגעה יכולתה של הנתבעת להיפרע מצדדים שלישיים, היה הדבר עולה כדי הרעה במצבה שהייתה מצדיקה, בהתמלא התנאים האחרים, את החלת דוקטרינת השיהוי על המקרה.⁸⁸

(ב) שיהוי כנובע מחובת תום-הלב הכללית

בפתח המאה העשרים ואחת הובעה בפסיקה הרעה כי הבסיס העיוני שמוסד השיהוי נשען עליו אינו (או אינו רק) תורת השתק מכוח מצג, אלא גם) הדוקטרינה הרחבה יותר של תום-הלב. קדמה לכך אמרת-אגב יחידה של בית-המשפט בפרשת עזבון ליברמן שבה דחה בית-המשפט טענת שיהוי שהעלה הנתבע אך קבע כי ניתן לשקול טענה זו בחיוב לא רק כאשר מתמלאים התנאים של השתק מכוח מצג, אלא גם "כאשר השיהוי נעשה בחוסר תום-לב".⁸⁹ יומה של טענת השיהוי מכוח חובת תום-הלב לעלות לקדמת הבמה הגיע בדעת היחיד של הנשיא ברק בפרשת תלמוד תורה הכללי.⁹⁰ בפרשה זו, שעוברותיה נדונו לעיל, כתב ברק כך:

"יש לראות בדיני השיהוי – בין לעניין זכות שביושר (נוסח ישראל) ובין לעניין זכות שבדין – כחלק מדיני תום-הלב (האובייקטיביים). כל כוח יש להפעיל בתום-לב... על-כן גם את כוח התביעה יש להפעיל בתום-לב, שאם לא כן עניין לנו בשימוש לרעה בזכות... אמת, הזכות לפנות לבית-המשפט היא זכות חוקתית... מכוחה של זכות חוקתית-על-חוקית זו נגזר הכוח לפנות לבית-המשפט... כוח הפנייה לבית-המשפט חייב לפעול במסגרת דיני ההתיישנות, ובדינים אלה יש לעשות שימוש בתום-לב. נמצא כי אם מוגשת תביעה ימים ספורים לפני תום

87 פרשת אגודת בית הכנסת הגדול "שונה הלכות", לעיל ה"ש 77.

88 פרשת תלמוד תורה הכללי, לעיל ה"ש 62.

89 ע"א 410/87 עזבון ליברמן נ' יונגר, פ"ד מה(3) 756, 749 (1991).

90 פרשת תלמוד תורה הכללי, לעיל ה"ש 62.

תקופת ההתיישנות, עשויה התביעה להיכשל בשל שיהוי, שכן הגשתה המאוחרת
בנסיבות העניין אינה בתום-לב.⁹¹

במילים אחרות, ברק עיגן את מוסד השיהוי בחובה הכללית לפעול בתום-לב,⁹² נוסף על הדוקטרינה של השתק מכוח מצג (מניעות), ובכך הרחיב את קשת המצבים שניתן להחיל עליהם שיהוי. ההרחבה נגזרת מן הוויתור על שני התנאים ההכרחיים להכרה בשיהוי מכוח מניעות, קרי, שהשיהוי מבטא ויתור על זכות התביעה ושעקב השיהוי שונה מצבו של הנתבע לרעה. ויתור זה מאפשר לכאורה להחיל את דוקטרינת השיהוי על תביעות המוגשות סמוך לסיומה של תקופת ההתיישנות גם אם התובע לא הציג כל מצג של ויתור ואף הכריז כל העת על כוונתו להגיש תביעה נגד הנתבע. בעקבות פסק-דינו של הנשיא ברק קבעו שופטים נוספים כי קיים תנאי חלופי המאפשר לדחות תביעה מחמת שיהוי, וזאת כאשר השיהוי נגרם עקב חוסר תום-לב של התובע.⁹³ עם זאת, עד כה נמנעו בתי-המשפט מלדחות תביעה מחמת שיהוי שנגרם רק עקב חוסר תום-לב של התובע, ובמקרים שבהם התקבלה טענת שיהוי מכוח חובת תום-הלב הכללית היה בנסיבות המקרה כדי לענות גם על התנאים הנדרשים לצורך היווצרותו של השתק מכוח מצג.⁹⁴

* * *

דוקטרינת השיהוי במשפט האזרחי מהווה מנגנון מועד לפורענות ובלתי-מספק לפתרון הבעיות שכלל הבלעדיות מעורר. ראשית, הגישה המקובלת היא ששיהוי אזרחי הנתען במסגרת תקופת ההתיישנות הוא אמצעי שיש להשתמש בו רק בנסיבות החריגות ויוצאות-

91 שם, בעמ' 460-461.

92 חובת תום-הלב הוחלה על סדר הדין האזרחי בתחילת שנות השמונים של המאה שעברה, וקנתה שבייתה בהם במרוצת שנות התשעים. כיום אין עוד ספק כי חובת תום-הלב מתפרשת "גם על פעולות משפטיות בעלות אופי דיוני: עיקרון תום הלב חל בסדרי הדין. חובתו של בעל דין להפעיל את כוחותיו המשפטיים-דיוניים בדרך מקובלת ובתום לב. עליו לפעול כאדם סביר והוגן בנסיבות המיוחדות של המקרה". ראו בש"א 2236/06 חממי נ' אוזיון, פס' 10 (פורסם בנבו, 5.6.2006). לדיון ביקורתי בדוקטרינת תום-הלב ובאופן שבו היא מופעלת על סדר הדין האזרחי ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 233-248.

93 פרשת וינברג, לעיל ה"ש 75. ראו גם פרשת שטיינברג, לעיל ה"ש 75; פרשת אגודת בית הכנסת הגדול "שונה הלכות", לעיל ה"ש 77.

94 למסקנה זו הגענו לאחר קריאה של כל פסקי-הדין שניתנו בערכאות השיפוטיות השונות שבהם קיבלו בתי-המשפט טענה של שיהוי במשפט אזרחי. לפסק-דין של בית-המשפט העליון מן העת האחרונה ראו ע"א 6182/14 אינבסטלום הולדינגס בע"מ נ' ספריית יפת בע"מ (פורסם בנבו, 3.5.2016). פסק-דין זה מצטט בהסכמה את דבריה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת תלמוד תורה הכללי שלפיהם על בית-המשפט לקבל טענת שיהוי במשפט האזרחי רק במקרים חריגים ונדירים שבהם הציג התובע "מצג ברור... על אודות ויתור או מחילה מצדו על זכות התביעה הנתונה לו" (שם, פס' 14) ובעקבות המצג שינה הנתבע את מצבו לרעה. עוד קובע בית-המשפט, תוך ציטוט השופטת פרוקצ'יה, כי "הנטל על הטוען לסילוק תביעה מחמת שיהוי הוא כבד ורב" (שם, פס' 13). התנהלות בחוסר תום-לב מצד תובע המשתהה בהגשת התביעה מוצגת בפסק-הדין כ"תנאי נוסף הנזכר בפסיקה" (שם), ולא כבסיס עצמאי לטענת השיהוי.

הדופן של השתק מכוח מצג. כלומר, ניתן להעלותה רק משהתקיימו שני התנאים לקיומו של השתק: שיהיו המלמד על ויתור על זכות התביעה והרעה במצבו של הנתבע.⁹⁵ אם לא התקיים התנאי הראשון, אי-אפשר לעבור ולבחון אם התקיים התנאי השני. משמעות הדבר היא שבמקרים שבהם התובע מצהיר על כוונתו לתבוע את הנתבע לא יהיה אפשר לראות בהשתהותו של התובע בהגשת התביעה – אף אם השתהות זו ארוכה – משום ויתור על זכות התביעה, ולא יהיה אפשר לקבל את טענת השיהוי גם אם מצבו של הנתבע הורע. כפי שהסברנו, דווקא השתהות מסוג זה של התובע-בכוח, אשר אין בה אומנם משום ויתור של התובע-בכוח על זכות התביעה אך יש בה כדי להרע את מצבו של הנתבע-בכוח, עשויה להצדיק חריג לכלל הבלעדיות אם האיום בתביעה גורם נזק מסוג הנזקים שמנינו לעיל (כגון נזק כלכלי או נזק לשמו הטוב של הנתבע-בכוח).

יתר על כן, מבחינה נורמטיבית דוקטרינת השיהוי מובילה לתוצאות קשות ולא-רצויות, ונראה כי נזקה עולה על תועלתה (בוודאי אם יורחב השימוש בה באמצעות תורת תום-הלב הכללית). יש לזכור שדוקטרינת השיהוי מוחלת בדיעבד, רק לאחר שהתובע מגיש את התביעה נגד הנתבע, והנתבע מעלה את טענת השיהוי כטענת הגנה. בשלב מאוחר זה על בית-המשפט לבחון את השאלה אם התובע אכן השתהה עם הגשת התביעה ואם שיהוי זה נגוע בחוסר תום-לב. אולם במקרים רבים קו הגבול המבדיל בין השתהות לבין הגשת התביעה בזמן סביר, כמו-גם בין עמידה על זכות התביעה בתום-לב לבין שימוש לרעה בזכות, הוא מטושטש, ועשויות להיות עמדות שונות, ואף סותרות, הן באשר לשאלה אם נסיבות מסוימות עולות כדי חוסר תום-לב והן ביחס לשאלה מהי השתהות המבטאת ויתור על זכות. כתוצאה מכך נוצרת אי-ודאות עמוקה לגבי השאלה מהם התנאים שבהתקיימם על בית-המשפט לדחות את התביעה מחמת שיהוי. גם הטלה של סנקציות חמורות פחות בגין שיהוי בהגשת התביעה – כגון העברת נטל הראיה או "החמרה" עם התובע בטיב ההוכחה וברמת ההוכחה הנדרשים ממנו⁹⁶ – אינה פותרת את הבעיה, שכן קיימת עדיין אי-ודאות עמוקה באשר לשאלות מהו שיהוי המצדיק הטלת סנקציה כלשהי על התובע ואילו סוגי סנקציות ראוי להפעיל.

אי-ודאות זו גוררת אחריה פגיעות קשות הן בדיעבד (ex post) והן מלכתחילה (ex ante).⁹⁷ בדיעבד, שימוש תדיר בשיהוי יפגע פגיעה בלתי-מידתית בזכות הגישה לערכאות של

95 זו גם ההלכה הנהוגה במשפט הפדרלי בארצות-הברית. לאחרונה פסק בית-המשפט העליון האמריקני כי אי-אפשר לעשות שימוש בדוקטרינת השיהוי (laches) מקום שהמחוקק קבע תקופת התיישנות סטטוטורית (statute of limitation). בית-המשפט הבהיר כי שתי הדוקטרינות – השיהוי וההתיישנות – נועדו לפתור אותה בעיה עצמה, קרי לספק לנתבע הגנה מפני תביעות שהוגשו באיחור (untimely), וכי דוקטרינת השיהוי נוצרה כדיני הישר (equity) בעבור עילות תביעה שהמחוקק לא קבע לגביהן תקופת התיישנות. מכאן שבמקרים שבהם קבע המחוקק תקופת התיישנות החלה על עילת התביעה, אין מקום להחיל במקביל את דוקטרינת השיהוי, באשר החלת הדוקטרינה תפגע בהפרדת הרשויות (separation of powers). ראו: SCA Hygiene Products Aktiebolag v. First Quality Baby Products LLC, 580 U.S. ____ (2017).

96 ראו לעיל ה"ש 86 וההפניות לפסקי-הדין שם.

97 ראו את דבריה של השופטת ארבל בע"א 5964/03 עיזבון ארידור נ' עיריית פתח-תקוה, פ"ד (4) 437, 496 (2006) (להלן: ע"א עיזבון ארידור), שלפיהם "טענת השיהוי אינה מציעה את

התובע, המכלכל את צעדיו ופועל למימוש זכויותיו במסגרת תקופת ההתיישנות. הוא עלול לפגוע לכן ביכולתו של התובע לממש את זכותו לסעד בתביעות שנועדו לתת לו תרופה בגין פגיעה בזכויותיו. מלכתחילה, שימוש תכוף בטענת שיהוי עלול לפגוע גם באינטרס הציבורי המבקש לקדם פתרונות חלופיים לפתרון סכסוכים ולעודד פשרות מחוץ לבית-המשפט, שכן הוא יתמרץ את התובע להגיש תביעה לבית-המשפט, ולא לפנות לערוצים חלופיים, מחשש שאם לא יעשה כן, הוא עלול להיתקל במחסום של טענת שיהוי.⁹⁸

פגיעה נוספת שעלולה להיגרם כתוצאה מהכנסת מוסד השיהוי לא על-דרך המניעות אל תוך סדרי הדין היא הפגיעה בשוויון. הכרה בשיהוי בהגשת התביעה עקב חוסר תום-לב של התובע תפגע בעיקר בצדדים חלשים שאינם בקיאים בסדרי הדין ואינם יכולים להרשות לעצמם ליווי משפטי צמוד. צדדים כאלה עשויים למצוא את עצמם חסומים מפני הגשת תביעות מוצדקות רק מכיוון שהשתהו בהגשתן מחמת חוסר ידע או העדר משאבים. מודעות לבעיה מצד בתי-המשפט עשויה למתן במעט את הבעיה, אך ספק אם ניתן לפתור אותה על-דרך יישום בריני של הדוקטרינה.

4. שינוי מועדי התיישנות

דרך נוספת שבאמצעותה בית-המשפט מנסה להתגבר על חלק מן הקשיים שכלל הבלעדיות יוצר – בעיקר על הפגיעה ביכולתו של הנתבע להיפרע מצדדים שלישיים אך גם על הנזק שנגרם לנתבע כתוצאה משחיקת ראיותיו – היא לערוך התאמות בתקופות ההתיישנות, קרי, לדחות את מועד התיישנותה של עילת הנתבע נגד הצד השלישי או לקצר את תקופת ההתיישנות של עילת התביעה של התובע נגד הנתבע. יכולתו של בית-המשפט לעשות זאת נעוצה בשניים: ראשית, מורכבותם ואי-מוגדרותם (indeterminacy) של הכללים שעניינם מועד קרות העילה (הן מבחינה עובדתית והן מבחינה משפטית) מאפשרות לבית-המשפט לקבוע מועדים שונים – מוקדמים יותר או מאוחרים יותר – לקרות העילה, המשפיעים בהתאם על סיומה של תקופת ההתיישנות;⁹⁹ שנית, הכללים הנוגעים בסוג האירועים העוצרים את מועד ההתיישנות, ובראשם כלל הגילוי המאוחר, מאפשרים לבית-המשפט לקבוע מועד מוקדם יותר או מאוחר יותר של התיישנות עילת התביעה הן של התובע נגד הנתבע והן

הוודאות המאפשרת לנתבע לכלכל צעדיו מראש. היא אינה מאפשרת לנתבע לדעת שעליו לשמור ראיותיו – מסמכיו ועדיו – לתקופה מסוימת, אך מעבר לתקופה זו רשאי הוא לסמוך על טענת ההתיישנות. היסודות המרכיבים את טענת השיהוי אינם כולם בשליטתו של הנתבע או בידעתו. אין הוא יכול לדעת מראש כיצד יישם בית המשפט את דוקטרינת השיהוי במקרה שלו, שכן דוקטרינה זו נתונה לשיקול דעתו הרחב של בית המשפט".

98 פרשת תלמוד תורה הכללי, לעיל ה"ש 62, בעמ' 445.

99 למורכבות אינהרנטית זו ראו, למשל, ע"א עיזבון ארידור, לעיל ה"ש 97; דנ"א 1595/06 עזבון ארידור נ' עיריית פתח תקווה (פורסם בנבו, 21.3.2013); וכן פסק-הדין בפרשת תלמוד תורה הכללי, לעיל ה"ש 62, שידון בהמשך. נושא זה לא יידון במסגרת מאמר זה, בין היתר מכיוון שהדיון בשאלה של מועד קרות העילה בפסקי-הדין קשור באופן הדוק לנסיבות המקרה הקונקרטי, וקשה מאוד לחלץ מפסקי-הדין את ההיגיון המדריך את בתי-המשפט בקביעת מועד זה.

של הנתבע נגד הצד השלישי. שני כללים אלה מתירים חופש פעולה מסוים לבית־המשפט בעיצוב תקופות ההתיישנות.

כפי שהראינו לעיל, הענקת הכוח הבלעדי לתובע להגיש את תביעתו בכל מועד שיבחר, כל עוד התביעה לא התיישנה, יוצרת שתי בעיות מרכזיות. האחת היא שחיקת ראיותיו של הנתבע עקב חלוף הזמן, עד כדי מניעת אפשרותו להפריך את ראיות התובע, מה שגורם להפסדו בתביעה לא בצדק. בעיה זו מחמירה, מטבע הדברים, ככל שעילת התביעה של התובע מתיישנת במועד מאוחר יותר. הבעיה האחרת היא הפגיעה ביכולתו של הנתבע להיפרע מצדדים שלישיים בגין כל חבות שהוא ייצא חייב לתובע, וזאת עקב התיישנות עילת התביעה של הנתבע נגד אותם צדדים שלישיים. עם הבעיה הראשונה בית־המשפט מתמודד על־ידי הקביעה כי מועד קרות העילה, הפותח את מרוץ ההתיישנות, הוא מוקדם יותר מן המועד שהתובע טוען לו, או לחלופין על־ידי סירוב לדחות את מועד ההתיישנות של תביעת התובע נגד הנתבע באמצעות כלל הגילוי המאוחר, שמשמעותו, הלכה למעשה, היא "קיצור" תקופת ההתיישנות של עילת התביעה של התובע. עם הבעיה השנייה בית־המשפט מתמודד באמצעות דחיית מועד ההתיישנות של עילת הנתבע נגד הצדדים השלישיים, כך שעילת התביעה תתיישן זמן רב מספיק לאחר שהוגשה תביעת התובע נגד הנתבע. נדון בעניינים אלה בקצרה להלן.

(א) סירוב לדחות את מועד ההתיישנות באמצעות כלל הגילוי המאוחר

כלל הגילוי המאוחר קובע כי כאשר התובע לא ידע ולא היה יכול לדעת עובדות הנחוצות לצורך הגשת התביעה, תתחיל תקופת ההתיישנות רק ביום שבו נודעו לתובע עובדות אלה. כלל הגילוי המאוחר קובע בשני דברי חקיקה. האחד הוא חוק ההתיישנות, שבו נקבע בסעיף 8 כי "אם] נעלמו מן התובע העובדות המהוות את עילת התובענה, מסיבות שלא היו תלויות בו ושאינן בזהירות סבירה לא יכול היה למנוע אותן, תתחיל תקופת ההתיישנות ביום שבו נודעו לתובע עובדות אלה". הוראת דין נוספת מצויה בסעיף 89 לפקודת הנזיקין, המחלק את העילות המצדיקות את השהיית מרוץ ההתיישנות לשניים: כאשר מדובר בעוולה שאינה דורשת נזק, אלא מעשה בלבד, נקבע כי אם המעשה שבגיננו הוגשה התביעה היה "נמשך והולך" (כגון הסגת גבול), יחל מועד ההתיישנות רק ביום שבו חדל המעשה; ואילו כאשר מדובר בעוולות שנוזק הוא אחד מתנאייהן, אם לא התגלה הנזק ביום שבו אירע, יידחה מועד ההתיישנות למועד שבו למד התובע על הנזק, אולם בכל מקרה תתיישן התביעה בחלוף עשר שנים מיום קרות הנזק.

שאלת היחס שבין שתי הוראות דין אלה, המכילות סתירה פנימית, היא שאלה קשה שקולמוסין רבים נשכרו עליה, אך אין לה השלכה על נושא הדיון.¹⁰⁰ השאלה החשובה לענייננו היא האופן שבו פירשו בתי־המשפט ויישמו את "כלל הגילוי המאוחר" הטמון בשני סעיפי החוק. המתח האינהרנטי שכלל הגילוי המאוחר טומן בחובו הוא כיצד יש לאזן בין זכויות התובע לזכויות הנתבע: מצד אחד ניצב תובע תס־לב ונטול אשם המבקש להגיש תביעה שנים רבות לאחר מועד קרות הנזק, לאחר שהתגלו לו עובדות חדשות שהוא לא ידע ולא היה יכול לדעת עליהן; ומן הצד האחר ניצב הנתבע, שגם בהתנהגותו לא נפל רכב, אשר

100 לעיון בשני ההסדרים ראו טל חבקין התיישנות 155-194, 299-306 (2014).

התביעה נגדו מוגשת שנים רבות לאחר קרות האירוע מושא התביעה, דבר שעלול לגרום לו נזק ראייתי. עמדת הנחיתות שהנתבע מצוי בה במקרה כזה מתחזקת לנוכח דוקטרינות בדיני הנזיקין המסייעות לתובע (אך לא לנתבע) שראיותיו נשחקו, כגון כלל "הדבר מעיד על עצמו" ודוקטרינת הנזק הראייתי.¹⁰¹ התוצאה היא פגיעה מסתברת ביכולתו של הנתבע להתגונן כראוי מפני תביעת התובע נגדו, ומחקר אמפירי שנערך בארצות-הברית העלה כי פגיעה זו אינה תיאורטית בלבד.¹⁰²

החקיקה והפסיקה הן בארצות-הברית והן בישראל התמודדו עם המתח האמור באמצעות פרשנות מצמצמת של כלל הגילוי המאוחר, אשר הצרה את תחולתו באופן מלאכותי, ובמידה רבה שרירותי, על-מנת למנוע פגיעה בנתבעים שראיותיהם נשחקו או נעלמו. כך ניתן להבין, למשל, את הכלל הקובע כי תביעה תתיישן עשר שנים מיום קרות הנזק אף אם התובע לא היה מודע – ולא היה יכול להיות מודע – לרכיב הנזק, וכן את הפרשנות המצמצמת שנקט בית-המשפט לכלל הגילוי המאוחר ואת הדרישה המחמירה מן הניזוק לנקוט אמצעים סבירים לגילוי סיבת הנזק על-מנת לזכות בהארכה של תקופת ההתיישנות שכלל זה מעניק.¹⁰³ באופן דומה קבעה הפסיקה בארצות-הברית כי אם התובע יודע על

101 כלל "הדבר מעיד על עצמו" מעוגן בס' 41 לפקודת הנזיקין. ראו גם ד"נ 4/69 נוימן נ' כהן, פ"ד כר (2) 229 (1970). לדיון כללי בדוקטרינת הנזק הראייתי ראו אריאל פורת נזיקין כרך א 297–301 (2013).

102 מחקר אמפירי שבחן את כל התביעות שהוגשו בשל מוצרים פגומים בארצות-הברית בין השנים 1979 ו-1999 גילה כי בתביעות שהוגשו בתוך תקופת ההתיישנות המקורית זכו התובעים ב-43% מן התביעות, ואילו בתביעות שבהן נעשה שימוש בכלל הגילוי המאוחר עלה אחוז ההצלחה של התובעים ועמד על 78%. ראו: Ehud Guttel & Michael T. Novick, *A New Approach to Old Cases: Reconsidering Statutes of Limitation*, 54 U. TORONTO L.J. 129, 151–54 (2004).

103 ראו, לדוגמה, ע"א 10591/06 יפוח נ' מפעלי תוכלה בע"מ (פורסם בנבו, 12.7.2010) (המערער הועסק עשרים וארבע שנים כנהג משאית בהובלת חומרים כימיים. שתיים-עשרה שנים לאחר-מכן הוא הגיש תביעה לפיצוי בגין נזקי גוף שנגרמו לו כתוצאה ממחלת פרקינסון, שבה לקה, לדבריו, עקב היחשפותו לחומרים הכימיים. בית-המשפט המחוזי הורה על סילוק התביעה על הסף מחמת התיישנות, ובית-המשפט העליון דחה את הערעור. בכל הנוגע בס' 89 לפקודת הנזיקין, פירש בית-המשפט באופן מצמצם את כלל הגילוי המאוחר, וקבע כי גם אם מדובר בנזק שהתפתח בהדרגתיות לאורך שנים, מועד אבחנתו של הנזק בהיקף ממשי הוא מועד הגילוי, הפותח את מרוץ ההתיישנות. בכל הנוגע בס' 8 לחוק ההתיישנות, נקבע כי מועד גילוי הקשר הסיבתי, שעומו תיפתח תקופת ההתיישנות, יחול במועד שבו היה אפשר לגלות את אפשרות קיומו של קשר זה לאחר שהניזוק נהג כאדם סביר ונקט אמצעים סבירים לגילוי סיבת הנזק. בית-המשפט הסביר כי "האיוון בין ההגינות כלפי המזיק לבין ההגינות כלפי הניזוק לעניין זה הוא אתגר לא פשוט... חוששני כי בנידון דידן כפות המאזניים אינן מעוינות, אלא נוטות הן לכיוון ההתיישנות". ראו שם, פס"א-ב לפסק-דינו של השופט רובינשטיין). ראו גם ת"א (שלום ת"א) 10-05-12667 פלונית נ' מרכז רפואי ע"ש אסף הרופא, צריפין, עמ' 8 (פורסם בנבו, 30.3.2014) ("לפי ההלכה, רמת המודעות הנדרשת, כדי שנראה בניזוק כמי שידע את העובדות המהוות את עילת התביעה לצורך תחילת מרוץ ההתיישנות, לרבות לגבי מועד גילוי הקשר הסיבתי, היא כאשר מתגלה לתובע 'קצה חוט' הקושר מבחינה מדעית רפואית בין המעשה או

זהותו של המזיק, על המעשה שעשה, על הנזק שנגרם לו ועל הקשר הסיבתי בין המעשה לבין הנזק, יחל מרוץ ההתיישנות גם אם התובע לא ידע ולא היה יכול לדעת שהתנהגותו של המזיק הייתה עוולתית.¹⁰⁴ בפסיקה זו אין כל היגיון, שכן אין הבדל עקרוני בין מקרים שבהם ניזוק לא ידע כלל ולא היה יכול לדעת שנגרם לו נזק או שקיים קשר סיבתי בין המעשה העוולתי לבין הנזק שנגרם לו (מקרים שבהם חל כלל הגילוי המאוחר) לבין מקרה שבו ניזוק לא ידע ולא היה יכול לדעת שהמעשה שנעשה כלפיו עולה כדי עוולה (מקרה שבו לא חל כלל הגילוי המאוחר).¹⁰⁵

(ב) הארכת תקופת ההתיישנות של עילות התביעה של נתבעים כלפי צדדים שלישיים

כאשר הנתבע־בכוח סבור כי הוא זכאי להיפרע מצדדים שלישיים בעבור חוב שהוא יימצא חייב לתובע־בכוח, כלל הבלעדיות עלול ליצור לו בעיה במקרים שבהם עילת התביעה של הנתבע־בכוח נגד הצדדים השלישיים מתיישנת באותו מועד שבו מתיישנת עילת התביעה של התובע־בכוח נגד הנתבע־בכוח או סמוך לכך. במקרים אלה, אם התובע־בכוח משהה את הגשת התביעה עד למועד סמוך מאוד לסיום תקופת ההתיישנות, הנתבע עלול למצוא את עצמו בלא אפשרות להגיש תביעה נגד הצדדים השלישיים, שכן כבר חלף מועד ההתיישנות של תביעתו זו. המזור שמצא בית־המשפט לבעיה זו הוא דחיית מועד ההתיישנות של עילת תביעתו של הנתבע נגד הצדדים השלישיים, כך שעילת התביעה תתיישן זמן רב מספיק לאחר שהוגשה תביעת התובע נגד הנתבע.

דוגמה לכך ניתן למצוא בפסק־דין תלמוד תורה הכללי.¹⁰⁶ כזכור, בפרשה זו הגישה התובעת, יומיים לפני תום תקופת ההתיישנות, תביעה לתשלומי איוון בגין תוכנית איחוד וחלוקה מחדש ללא הסכמת בעלים שיזמה הנתבעת – הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים. בית־המשפט המחוזי קבע כי יש לדחות את התביעה מחמת שיהיו בהגשתה, שכן התובעת יצרה בהתנהגותה מצג שלפיו היא ויתרה על תביעתה, ובעקבות מצג זה שינתה הנתבעת את מצבה לרעה, משום שהיא איבדה את האפשרות להיפרע מבעלי קרקע אחרים (להלן: הזוכים), שהיו עשויים לחוב בנטל של כיסוי תשלומי האיוון, מחמת התיישנות. לשיטתו של בית־המשפט המחוזי, תקופת ההתיישנות של עילת התביעה של הנתבעת

המחדל של המזיק לנזק"); ע"א 831/80 זמיר נ' כימיקליים ופוספטים בע"מ, פ"ד לז' (3) 122, 128 (1983) ("נתגלה אין פירושו נתגבש – אלא מספיק שיש ראייה לסימני הנזק־הפגיעה, ואפילו לאחר מכן הוסיף והתפתח נזק חמור הרבה יותר. יש להבדיל בין אירוע הנזק לבין היקפו"); ע"א 2919/07 מדינת ישראל – הוועדה לאנרגיה אטומית נ' גיא־ליפל, פ"ד סד' (2) 82 (2010). פסק־דין אחרון זה דן בשאלה מהו היקף תחולתו של כלל הגילוי המאוחר הקבוע בס' 8 לחוק ההתיישנות. בית־המשפט מטיל בפסק־הדין נטל כבד על התובעים (הניזוקים), ומפרש את כלל הגילוי המאוחר בצורה מצומצמת: "אף אם נאמר כי בחלקם של המקרים נעלמו מידיעתם של המנוחים והמשיבים עובדות המהוות את עילה התביעה, הם לא עמדו במבחן האובייקטיבי של ידיעה בכוח מאחר שיכולים היו לברר את העובדות בתוך תקופת ההתיישנות." ראו שם, פס' 73.

104 ראו: United States v. Kubrick, 444 U.S. 111 (1979).

105 ראו אהוד גוטל "הסדר חדש לדין ההתיישנות?" משפטים לו 829, 841–843 (2006).

106 פרשת תלמוד תורה הכללי, לעיל ה"ש 62.

כלפי הצד השלישי זהה לתקופת ההתיישנות של תביעת התובעת נגד הנתבעת – קרי, שתי התביעות התיישנו באותו יום – ולכן הגשת התביעה של התובעת נגד הנתבעת סמוך למועד סיומה של תקופת ההתיישנות מנעה ממנה את האפשרות להגיש תביעה נגד הצד השלישי לפני חלוף מועד ההתיישנות.

בית־המשפט העליון חלק על קביעה זו של בית־המשפט המחוזי, וקבע כי הנתבעת לא שינתה את מצבה לרעה ולכן תביעת התובעת אינה נגועה בשיהוי. האופן שבו הגיע בית־המשפט למסקנה זו הוא באמצעות דחיית ההתיישנות של עילת התביעה של הנתבעת נגד הצד השלישי למועד מאוחר יותר. בפסק־הדין הוצגו שלוש אפשרויות פרשניות שונות כאשר למועד התיישנותה של עילת התביעה של הוועדה המקומית, הנתבעת, נגד הזוכים. אפשרות אחת, שבה החזיק בית־המשפט המחוזי, היא שעילות התביעה של התובע נגד הנתבעת ושל הנתבעת נגד הצד השלישי מתיישנות יחדיו, שכן מועד התגבשותה של עילת התובעה בשני המקרים הוא מועד אישור התוכנית לאיחוד וחלוקה מחדש (שמכוחה קמה זכות התביעה של התובע־הנפגע נגד הוועדה ושל הוועדה נגד הזוכים).¹⁰⁷ אפשרות שנייה, והיא זו שהתקבלה כהלכה מחייבת בפסק־הדין של בית־המשפט העליון, היא שעילת התביעה של הנתבעת כלפי הצד השלישי מתגבשת רק ביום שבו הוגשה התביעה של התובע נגד הנתבעת. במועד זה הנתבעת יכולה לצרף את תביעתה נגד הצד השלישי לתביעת התובע נגדה, ולכן מועד זה פותח את תקופת ההתיישנות במערכת היחסים שבינה לבין הצד השלישי.¹⁰⁸ אפשרות שלישית, שבה תמכה דעת יחיד בבית־המשפט העליון, היא שמרוץ ההתיישנות של עילת התביעה של הנתבע נגד הצד השלישי מתחיל רק לאחר מתן פסק־הדין בתביעה שהגיש התובע נגד הנתבע ותשלום דמי האיזון בפועל, שכן רק אז מתגבשת זכותה של הנתבעת להיפרע מן הצד השלישי.¹⁰⁹ בחירתו של בית־המשפט באפשרות השנייה, שנדמית כשרירותית ואשר אין לה אחיזה של ממש בדוקטרינת ההתיישנות, מהווה ניסיון לאזן בין רצונו של בית־המשפט "להציל" את זכותו של הנתבע להיפרע מצדדים שלישיים (זכות שעשויה לצאת נפסדת בשל כלל הבלעדיות) לבין השאיפה לא לדחות את תחילת מרוץ ההתיישנות למועד מאוחר מדי, שהיא התוצאה של בחירה באפשרות השלישית.

לשיטתנו, שינוי מועדי ההתיישנות – הן סירוב לדחות את מועד ההתיישנות באמצעות כלל הגילוי המאוחר והן הארכת תקופת ההתיישנות של עילות התביעה של נתבעים כלפי צדדים שלישיים – מהווה מנגנון חלקי בלבד ולא־ראוי מבחינה דוקטרינרית ונורמטיבית לטיפול בבעיות הרבות שכלל הבלעדיות יוצר:

ראשית, בית־המשפט מוגבל ביכולתו "לשחק" עם מועדי ההתיישנות. מגבלה זו באה לידי ביטוי מובהק בכל הנוגע בקיצור תקופת ההתיישנות של תובעים, שלגביהן בית־המשפט כפוף לאורך המינימלי של תקופת ההתיישנות הסטטוטורית החלה על עילת התביעה. אך גם כאשר מדובר בדחייתם של מועדי ההתיישנות של נתבעים נגד צדדים שלישיים, בית־המשפט מוגבל ביכולתו להתערב.

107 שם, בעמ' 441. ראו גם את פסק־דינו של הנשיא ברק, אשר סבר בתחילה, כפי שסבר בית־המשפט המחוזי, כי מועד תחילת ההתיישנות של שתי התביעות זהה. שם, בעמ' 461.

108 שם, בעמ' 457.

109 שם, בעמ' 461.

שנית, הנסיונות של בית־המשפט להצר את תחולתו של כלל הגילוי המאוחר על־מנת להציל נתבעים מפני הפסד בלתי־מוצדק בשל שחיקת ראיותיהם כאשר התביעה מוגשת נגדם באיחור רב, כמו־גם נסיונותיו לדחות את מועד היווצרות העילה של נתבעים כלפי צדדים שלישיים על־מנת להגן עליהם ולמנוע את התיישנות תביעותיהם, יוצרים כללי התיישנות מורכבים ונטולי היגיון.¹¹⁰ כתוצאה מכך נוצרת אי־ודאות באשר לתחולתם של כללי ההתיישנות, אשר יוצרת בתורה אי־צדק וחוסר יעילות בשל העדר יכולת לצפות מראש (ex ante) מה יפסוק בית־המשפט במקרים קונקרטיים.

שלישית, כללי ההתיישנות הם מנגנון בינרי של "הכל או לא־כלום", שכן בית־המשפט חייב להכריע באופן קטגורי אם לדחות את התביעה מחמת התיישנות או לקבוע כי התביעה לא התיישנה. על־כן אין לבית־המשפט יכולת לאזן בצורה מיטבית בין האינטרסים של הצדדים לתביעה, והוא חייב בכל מקרה שבא לפניו להעדיף את האינטרסים של צד אחד ולהקריב את אלה של הצד האחר. כך, למשל, במקרה של כלל הגילוי המאוחר, על בית־המשפט להחליט אם הוא מעדיף את האינטרס של התובע תם־הלב, אשר לא ידע ולא היה יכול לדעת כי אירע לו נזק כתוצאה מפעולת הנתבע (ועל־כן אם לא יוחל כלל הגילוי המאוחר, תחול התיישנות על עילת התביעה שלו), או שמא יש לתת עדיפות לאינטרס של הנתבע, אף הוא תם־לב מבחינה דיונית, אשר החלת כלל הגילוי המאוחר עלולה לגרום לו נזק ראייתי, והוא עלול להפסיד בתביעה אך ורק בשל כך.

(ג) הסדר התיישנות גמיש

אהוד גוטל העלה הצעה להסדר התיישנות חלופי המנסה להתגבר על הקשיים האמורים.¹¹¹ על־פי הסדר החלופי, המנגנון הבינרי הקיים יוחלף בדין גמיש שיאפשר לבית־המשפט לקבל טענות התיישנות באופן חלקי, ולהפחית באופן פרופורציונלי את זכאותו של התובע המתעכב בהתאם לנזק שנגרם לנתבעת מהעיכוב, באופן שיאפשר להתאים את זכויות הצדדים לנסיבות הספציפיות של המקרה. טלו לדוגמה תובע המבקש להגיש תביעה בסכום של 100,000 ש"ח. התובע מתעכב עם הגשת התביעה, וכתוצאה מן העיכוב נגרם לנתבע נזק ראייתי, ויכולתו להתגונן נגד התביעה נפגעת. על־פי הסדר הקיים, בית־המשפט יכול להחליט אחת מן השתיים: לדחות את טענת ההתיישנות (ולקבל את הטענה כי יש להחיל את כלל הגילוי המאוחר, למשל), ובכך לאפשר לתובע להגיש את התביעה מבלי להתחשב כלל בנזק שנגרם לנתבע בגין העיכוב, או לקבל את טענת ההתיישנות ולחסום את הגשת התביעה, גם אם העיכוב בהגשתה נעשה בתום־לב והפגיעה בנתבע היא מינימלית. על־פי הסדר המוצע, יהיה על בית־המשפט לאמוד בכל מקרה ומקרה את היקף הפגיעה בראיותיו של הנתבע, ולהפחית בהתאם את הסעד המרבי שאותו יוכל התובע לקבל בסופו של ההליך. כך, למשל, אם כתוצאה מן העיכוב בהגשת התביעה הוכפלו סיכויי הצלחה של התובע, יפחית בית־המשפט את סכום הסעד המרבי שאותו יוכל התובע לקבל ויעמידו על 50,000

110 ראו גוטל, לעיל ה"ש 105, בעמ' 843.

111 שם. לדיון מעמיק יותר בהסדר המוצע ראו Guttel & Novick, לעיל ה"ש 102, בעמ' 151–154.

ש"ח. הפחתה זו של סכום הפיצוי מבטיחה ששום צד לא ייפגע כתוצאה מחלוף הזמן, שכן בתוחלת שווי התביעה נשאר ללא שינוי.¹¹²

הסדר ההתיישנות החלופי, על-אף היותו יצירתי ושווה-לב, לוקה בכמה כשלים שהופכים גם אותו למנגנון בלתי-מספק לטיפול בבעיות שכלל הבלעדיות יוצר. ראשית, ההסדר החלופי יכול להתקיים רק כאשר הסעד המבוקש על-ידי התובע הוא סעד כספי, אך לא כאשר הסעד הוא מסוג של צו עשה, צו מניעה או סעד הצהרתי, שהם סעדים בינריים שאינם ניתנים לחלוקה (indivisible), כך שלגביהם אין לבית-המשפט אפשרות לאזן בין זכויות הצדדים באמצעות הפחתה של סכום הסעד בהתאם לפגיעה שנגרמה לנתבע. שנית, ההסדר החלופי מחייב את בית-המשפט לאמור בדיעבד את הנזק שנגרם לנתבע, קרי, לקבוע מהו משקל הראיות שחלוף הזמן גרם לשחיקתן, ולהעריך מה היו סיכויי ההצלחה של התובע והנתבע אילו הוגשה התביעה במועד מוקדם יותר. הערכה זו היא משימה מורכבת וקשה, ולעיתים אף בלתי-אפשרית, שכן בית-המשפט צריך לקבל את ההחלטה על-סמך מידע חלקי ביותר. כך, למשל, אם הנתבע טוען כי אחד מעדי ההגנה מרכזיים שלו הלך לעולמו, על בית-המשפט להעריך מה היה תוכן עדותו אילו נותר בחיים; ואם הנתבע טוען כי מסמך כלשהו שהיה בידו אך נעלם בשל חלוף הזמן היה יכול להוכיח את טענת ההגנה שלו, על בית-המשפט להכריע אם היה מסמך כזה ומה היה תוכנו.¹¹³ שלישית, הסדר ההתיישנות החלופי מהווה מנגנון לא-יעיל ככל שהדבר נוגע בהכוונת התנהגות ראויה של תובעים ונתבעים. הסיבה לכך היא שברוב המקרים התובע-בכוח אינו יודע ואינו יכול לדעת מהו הנזק הראיתי שייגרם לנתבע-בכוח, אם בכלל, כתוצאה מעיכוב בהגשת התביעה, ולכן אין הוא יכול לכלכל את צעדיו בהתאם ולדאוג להגיש את התביעה לפני שייגרם לנתבע-בכוח נזק ראיתי. הנתבע, מצידו, ינסה לעשות שימוש אסטרטגי בכלל ההתיישנות החלופי, כלומר, לטעון בכל מקרה כי נגרם לו נזק ולנצל את העדר המידע הן של התובע והן של בית-המשפט על-מנת להשיג פסק-דין או הסדר פשרה טובים יותר.

* * *

הדוקטרינות שנדונו עד כה מתמודדות – בהצלחה חלקית בלבד ותוך יצירת קשיים משלהן – עם הבעיות שכלל הבלעדיות יוצר לנתבעים-בכוח הצפויים להיתבע על-ידי תובע יחיד או כמה תובעים במשותף. אין בהן כדי לסייע כלל לנתבע המשותף לקבוצת המקרים החמישית, קרי, לנתבע שצפוי להיתבע על-ידי כמה תובעים ואשר מעוניין לדון בכל התביעות במאוחד כדי לחסוך במשאבים ועל-מנת לא להימצא בעמדת נחיתות מול תובעים-בכוח נוספים בתביעות שהם צפויים להגיש נגדו בעתיד. קבוצה זו כוללת הן מצבים שבהם כבר הוגשה תביעה על-ידי אחד התובעים, והנתבע מבקש לצרף את שאר התובעים-

112 ראו גוטל, לעיל ה"ש 105, בעמ' 845-848.

113 ראו: Andrew J. Wistrich, *Procrastination, Deadlines, and Statutes of Limitation*, 50 Wm. & Mary L. Rev. 607, 647 (2008). גוטל, במאמרו, מנסה להסביר מדוע בתי-המשפט מסוגלים לעמוד במשימה שההסדר החלופי מטיל עליהם, וטוען כי כבר כיום הם מבצעים משימות דומות בהקשרים שונים, אך גם הוא מודה כי משימה זו קשה ומסובכת. ראו גוטל, לעיל ה"ש 105, בעמ' 851-848.

בכוח לתביעה התלויה ועומדת נגדו, והן מצבים שבהם טרם הוגשה לבית-המשפט תביעה כלשהי, והנתבע מבקש לגרום לכך שכל התביעות שיוגשו נגדו בעתיד יידונו במאוחד.

5. צירוף תובע ביוזמת נתבע

אחת התוצאות של הכלל שלפיו התובע הוא ארון לתביעתו היא שהתובע הוא הקובע אילו צדדים יצורפו לתובענה, בכפוף למגבלות הקבועות בדין. התקנות קבעו מסגרת ליברלית ורחבה מאוד להצטרפות רצונית של תובעים לתובענה אחת. תקנה 21 לתקנות סדר הדין האזרחי מאפשרת לצרף בחזקת תובעים "את כל הטוענים לזכות סעד", ומתנה את הצירוף בקיומם של שני תנאים מצטברים: האחד, שהתביעה היא "בשל מעשה אחד או עסקה אחת או סדרה אחת של מעשים או עסקאות או כתוצאה של אחד מאלה"; והאחר, "שאלו הגישו תובענות נפרדות היתה מתעוררת בהן שאלה משותפת, משפטית או עובדתית". הפסיקה שפירשה את התקנה האמורה הרחיבה עד-מאוד את יכולתם של תובעים להצטרף לתובענה משותפת אחת, וקבעה כי "יש לתת פירוש ליברלי לכלל בדבר צירוף תובעים, וכל אימת שמדובר בעיסקה אחת או בסדרת עיסקאות שלהן שאלה משותפת, יותר הצירוף".¹¹⁴ כך, באשר לתנאי הראשון נקבע בפסיקה כי אם החוזים שהפרתם מהווה את עילת התביעה דומים בניסוחם ונחתמו בסמיכות זמנים, די בכך להכשיר את הצירוף, וזאת גם אם הם נחתמו עם חברות שונות. באשר לתנאי השני נקבע כי אין הכרח שהשאלה המשותפת העובדתית או המשפטית תהא שאלה מרכזית, אלא די "בזהות אחת השאלות שבמחלוקת, שבגללה נוח לרון בכל הפרשה בעת ובעונה אחת, כדי להכשיר את הצירוף".¹¹⁵

בניגוד גמור לליברליות בנוגע להצטרפות רצונית של תובעים להליך אחד, הנתבע מוגבל מאוד ביכולתו לצרף צדדים להליך, במיוחד ככל שהדבר נוגע בצירוף תובעים נוספים. לרשות הנתבע עומדים שני מנגנונים שבאמצעותם הוא יכול להרחיב את מסגרת הצדדים שנקבעה על-ידי התובע בכתב התביעה. המנגנון הראשון והעיקרי הוא ההודעה לצד שלישי – בהליכים רגילים שנפתחים במסירת כתב תביעה ואשר מוגש בהם כתב הגנה, לנתבע קמה זכות דיונית לשלוח הודעה לצד שלישי על-פי התנאים הקבועים בתקנה 216 לתקנות סדר הדין האזרחי, ללא צורך באישורו של בית-המשפט.¹¹⁶ אולם ההודעה לצד שלישי אינה מאפשרת לנתבע לצרף לתביעה תובע נוסף, שכן כל החלופות הקבועות בתקנה 216 דורשות כי הצד השלישי שיצורף יהיה בעל-דין שלנתבע יש עילת תביעה נגדו, וההודעה לצד שלישי כמוה כתביעה מותנית של התובע נגד הצד השלישי. נתבע המבקש לצרף תובע-בכוח, על-מנת ששאלות של משפט ועובדה המשותפות לתביעת התובע ולתביעתו של התובע-בכוח נגדו יתבררו יחדיו, אינו יכול לעשות זאת באמצעות ההודעה לצד שלישי.

114 פרשת שושנה, לעיל ה"ש 43, בעמ' 67.

115 שם, בעמ' 68.

116 ראוי לציין כי תזכיר תקנות סדר הדין האזרחי שהופץ בשנת 2016 על-ידי משרד המשפטים מבקש להגביל זכות זו ולקבוע כי נתבעים יצטרכו לבקש רשות מבית-המשפט כל אימת שהם מבקשים להגיש הודעה לצד שלישי לצד שאינו בעל-דין בתובענה, אלא אם כן הנתבע טוען כי הוא זכאי להשתתפות או לשיפוי מהצד השלישי על יסוד התחייבות מפורשת בכתב. ראו תק' 22(ב) לתזכיר תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ו-2016.

המנגנון השני שעומד לרשות הנתבע הוא בקשה להוסיף בעל-דין לפי תקנה 24 לתקנות סדר הדין האזרחי. תקנה 24 קובעת כי "בכל שלב משלבי הדין רשאי בית המשפט או הרשם, לבקשת אחד מבעלי הדין או בלא בקשה כזאת ובתנאים שייראו לו, לצוות... על הוספת שמו של אדם שהיה צריך לצרפו כתובע או כנתבע או שנוכחותו בבית המשפט דרושה כדי לאפשר לבית המשפט לפסוק ולהכריע ביעילות ובשלמות בכל השאלות הכרוכות בתובענה". מנגנון זה היה יכול, באופן תיאורטי, להוות בסיס לאפשרותו של נתבע לבקש מבית-המשפט לצרף תובעים-בכוח נוספים לתובענה שהוגשה נגדו.¹¹⁷ אולם, לעומת הפרשנות הליברלית שנתן בית-המשפט לתקנה 21, הפרשנות שניתנה על-ידיו לתקנה 24, ככל שהדבר נוגע בצירוף תובע על-ידי נתבע, היא פרשנות מצמצמת מאוד. כאמור, תקנה 24 מתירה צירוף של צדדים שלישיים בהתקיים אחד משני תנאים חלופיים: האחד, כאשר מדובר בצד "שהיה צריך לצרפו כתובע או כנתבע"; והאחר, כאשר נוכחותו של הצד השלישי "דרושה כדי לאפשר לבית המשפט לפסוק ולהכריע ביעילות ובשלמות בכל השאלות הכרוכות בתובענה". הפרשנות המקובלת מייחסת את התנאי הראשון – דהיינו, "שהיה צריך לצרפו" – למקרים שבהם הדין המהותי קובע כי הזכות שבגדון היא זכות משותפת לתובעים שונים ביחד, בהבחנה מזכות ביחד ולחוד,¹¹⁸ או למקרים שבהם הדין מחייב את צירופם של בעלי-דין שונים וקובע כי ההליך אינו שלם ללא צירופם. דוגמות לכך הן חייבים ביחד (להבדיל מחייבים ביחד ולחוד) אשר לתובע אין עילת תביעה נפרדת נגד כל אחד מהם, אלא עילת התביעה נגדם

117 ראו, למשל, את דבריה של נילי כהן, הטוענת כי לרשותו של חייב שחשוף לתביעות של שני נפגעים, ואשר מבקש לצמצם את הסיכון הכרוך בכך, עומדים אמצעים דיוניים העשויים לסייע לו בכך. אחד מאותם אמצעים דיוניים, העומד לחייב שנתבע על-ידי אחד מהנפגעים, הוא לדרוש צירוף של הנפגע האחר כתובע נוסף, מכוחה של תק' 24 לתקנות סדר הדין האזרחי. נילי כהן "חווה לטובת אדם שלישי" דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג 96, 196 (2003). כהן אינה מביאה אסמכתות מן הפסיקה התומכות בעמדתה זו, אך עמדה זו הוזכרה בפסיקה מאוחר יותר כאפשרות (אם כי לא נעשה בה שימוש). ראו רע"א 5861/15 עיריית תל אביב-יפו נ' שומוביץ (פורסם בנבו, 26.1.2016).

118 ראו ע"א 103/62 אלמוז נ' אל-עאצי, פ"ד טז 2867, 2872 (1962) ("נעשה הסכם בין המערער [ואדם נוסף] מצד אחד לבין המשיב מצד שני, במובן זה, שהתחייבותו להעביר לשניים את האדמה אינה ניתנת להפרדה מזה, וזכותם הם לבטל את ההסכם, עקב הפרת התחייבותו האמורה, אינה ניתנת להפרדה, מזה. הואיל וכך, כל עוד שלא השתמשו המערער [והאדם הנוסף] גם יחד בזכותם המשותפת לבטל את ההסכם, לא נוצרה בידי המערער עילה לתבוע מאת המשיב את מחצית המחיר, ששולם לו"); המ' (מחוזי ת"א) 620/68 רץ נ' לביא, פ"מ סא 335, 339 (1968) ("כשנקטה תקנה 24 לשון 'אדם שצריך היה לצרפו' לא נתכוונה אלא לאספקט הפרוסצואלי של הפרשה, שהרי תקנה זו באה אך למנוע הכשלת תביעה עקב אי צירוף בעלי דין שצריך היה לצרפם... יש והשאלה היא פרוצסואלית בלבד. כך, למשל, רשאי כל אחד מבעליו המשותפים של נכס שנגזל לתבוע את נזקיו מן הגולן, ברם, הגולן רשאי לעמוד על זכותו הפרוצסואלית לצירוף שאר הבעלים המשותפים. לעומת זאת יש ואין התובעים זכאים לממש את זכותם המהותית אלא אם כן נצטרפו יחדיו לתביעה. זה עשוי להיות הדין כשהמדובר בתביעה חוזית בגין הפרת חיוב במאוחד" (ההדגשות הוספו)).

היא אחת;¹¹⁹ תביעות מטעם העיזבון או נגדו, אשר חוק הירושה דורש כי יצורפו אליהן כל היורשים כבעלי-דין פורמליים;¹²⁰ תביעות לפירוק שיתוף במקרקעין, אשר יש לצרף אליהן את כל בעלי הזכויות במקרקעין;¹²¹ ובקשות לעיקול של נכס אשר צד שלישי טוען כי הוא בעליו.¹²² הפרשנות של התנאי השני היא שיוּרית, דהיינו, מדובר במצב שבו אין חובה לצרף את בעלי-הדין שצירופם מתבקש, ועילת התביעה של התובע נגד הנתבע שלמה גם ללא הצירוף, אך בית-המשפט משתכנע שיהיה בכך כדי לסייע לבית-המשפט להכריע ביעילות ובשלמות בכל השאלות הכרוכות בתובענה.

צירוף של תובע ביוזמת נתבע התאפשרה כמעט אך ורק בהתקיים התנאי הראשון, קרי, רק במקרים שבהם נוכחותו של הצד השלישי הייתה הכרחית על-מנת שיהיה אפשר לתת פתרון שלם לתובענה ולהוציא לפועל את פסק-הדין שיינתן בסופה (כגון תביעה מטעם עיזבון), ומקרים אלה הם נדירים ביותר. בית-המשפט סירב באופן עקבי לצרף תובע ביוזמת

119 ראו יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 195 (מהדורה שביעית, שלמה לויין עורך, 1995); זלצמן, לעיל ה"ש 44, בעמ' 444 ("כאשר החיוב הוא 'יחד', קמה לנושה עילת-תביעה אחת נגד כל החייבים יחד. בדרך-כלל, יתבע הנושה את זכותו מכל החייבים בתביעה אחת שיגיש נגדם... הוא הדין אם בחר הנושה לתבוע את מקצת החייבים בלבד, אך הנתבעים ביקשו לצרף את שאר החייבים כנתבעים נוספים עימם"); ע"א 31/50 בלבן נ' רובל, פ"ד ה 1002 (1951); ע"א 543/59 מדינת ישראל נ' קיסלוג, פ"ד יד 1165, 1171 (1960).

120 ראו בש"א (מחוזי י"ם) 5650/07 חיה נ' חיים, פס' 10 (פורסם בנבו, 5.8.2007) ("...בעניינינו, ככל שמדובר במבקשים אשר הינם יורשיהם של חוכרים מקוריים במקרקעין או חליפיהם – דהיינו מי שנטען לגביהם כי נכנסו בנעלי החוכר המקורי – יש להתיר צירופם להליך העיקרי... משהיה צריך לצרף המבקשות דלעיל, מלכתחילה, כתובעות, הגני מתיר צירופן בהתאם לחלופה הראשונה, הקבועה בהוראת תקנה 24 לתקנות סדר הדין האזרחי"); ה"פ (שלום י"ם) 15'02'48144 אסרף נ' כדורי פתוח עירוני בע"מ, פס' 7 (פורסם בתקדין, 19.10.2015) ("בירור התביעה ומתן הסעד שהתבקש ללא צירוף יורשי המנוח אינה על פי המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית בחוק הירושה, תשכ"ה-1965. מה גם שעשוי להיות שלא יהיה בניהול התובענה במתכונתה כדי להעביר את המחלוקת מן העולם משלא ניתנה ליורשים ההזדמנות לטעון בנדון בטרם תוכרע שאלת מעמדו של הנכס ורכישתו בנאמנות לכאורה").

121 ראו ת"א (שלום עכו) 09'02'6928 סרחאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פס' 6 (פורסם בנבו, 26.5.2011) ("תביעה לפרוק שיתוף במקרקעין צריכה להתנהל בין בעלי זכות בעלות רשומה. על כן, ניתן ללמוד כי הצדדים לתביעת פרוק שיתוף במקרקעין הינם מי אשר מופיעים בנסח הרישום כבעלי זכות בעלות"); ת"א (שלום עכו) 95'3929 יורשי דיאב נ' עואד (פורסם בנבו, 14.11.2010) (בית-המשפט הורה על מחיקת התביעה, שעסקה בפירוק שיתוף במקרקעין, משלא צורפו לתביעה כל המחזיקים במקרקעין).

122 תק' 376 לתקנות סדר הדין האזרחי מחייבת כי מקום שהוטל צו עיקול זמני על נכסי הנתבע הנמצאים בידי מחזיק, תצא הודעה למחזיק על דבר העיקול, כדי לאפשר לו להשיב על הצו ולהתנגד לו במקרה הצורך. ראו רע"א 2158/92 קליאוט נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד מו(3) 804, 808 (1992) ("בכל המקרים הללו אין ה'נכס' בידו של הנתבע ואין הוא, כביכול, מוחזק להיות נכסו של הנתבע ואלמלא הפרוצדורה של הודעה למחזיק שומה היה על התובע המבקש להיפטר מפסק הדין העשוי להינתן לטובתו נגד הנתבע לצרף את 'המחזיק' כנתבע נוסף לתובענה לענין אישור העיקול").

נתבע כאשר הבסיס לצירוף היה רצונו של הנתבע למנוע התדיינות חוזרות ונשנות ביחס לאותו עניין. למעשה, בית-המשפט הדגיש כי תקנה 24 לתקנות סדר הדין האזרחי לא נועדה לייעל את מערכת המשפט או למנוע ריבוי התדיינות.¹²³ רק לאחרונה קבע בית-המשפט כי הסמכות שהוקנתה לבית-המשפט במסגרת תקנה 24 "היא רחבה, אך לא רחבה מני ים – והיא עודנה בעלת גבולות עליהם יש להקפיד. אחד הדגשים שנתנה הפסיקה בעניין זה הוא כי יש לוודא שהצירוף נדרש בשל הפלוגתאות העולות מן התביעה כפי שהוגשה, ולא הפלוגתאות בתביעה אחרת שהתובע יכול היה להגישה. לעניין זה, יש לבחון בקפדנות את הפלוגתאות והעילות שבחר התובע להעלות בכתב התביעה שהגיש – אלו הן הפלוגתאות שיש להכריע בהן 'ביעילות ובשלמות', ואלו בלבד".¹²⁴

בהלכה זו יש היגיון רב. הלכה שונה, שלפיה לנתבע יש זכות לדרוש צירוף תובעים נוספים לתביעה קיימת וכך לחייבם לתבוע, הייתה פוגעת בתובעים-בכוח, ולעיתים אף חורצת את תביעתם לשבט. כך, למשל, ייתכן שהתובע-בכוח זקוק לזמן נוסף על-מנת לאסוף ראיות ולאחר את העדים שהוא זקוק להם לצורך הוכחת תביעתו, ואם זמן זה לא יינתן לו, הוא לא יוכל להוכיח את התביעה. כן ייתכן שהפורום שבחר התובע הראשון אינו הפורום שבו התובע-בכוח מעוניין להגיש את תביעתו. בעיה זו קיימת במקרים שבהם את הטענות מושא התביעה שבכוח ניתן להעלות בערכאות שיפוטיות שונות בעלות סמכות שיפוט מקבילה, כגון בית-הדין הרבני ובית-המשפט לענייני משפחה או בית-משפט השלום ובית-המשפט לתביעות קטנות. בעיה נוספת קיימת במצבים שבהם לתובע-בכוח עומדות טענות אשר אין הוא יכול לטעון אותן במסגרת התביעה שכבר הוגשה, מחמת העדר סמכות עניינית של הערכאה שבה הוגשה התובענה הראשונה. במקרה כזה ייכפה על אותו תובע-בכוח, לא בטובתו, לפצל את תביעותיו בין ערכאות שונות. מן הסיבות האמורות כחרה שיטת המשפט הישראלית, ברוב המקרים, לא לאפשר לנתבעים לחייב תובעים נוספים לתבוע באמצעות צירופם לתובענה קיימת, גם כאשר טענותיהם נגד הנתבע נובעות מאותו מעשה או מאותה עסקה שבגינם הוגשה התביעה הראשונה, אלא להשאיר בידי התובעים-בכוח את הבחירה אם להצטרף לתובענה או להגיש תביעה נפרדת.¹²⁵

123 ראו ע"א 83/64 גראטש נ' אטיה, פ"ד יח(4) 132 (1964); ע"א 203/77 חברת זמיר, קבלנות כללית בע"מ נ' החברה לבנין ועבודות ציבוריות מיסודו של סולל בונה בע"מ, פ"ד לב(1) 59, 61 (1977); זוסמן, לעיל ה"ש 119, בעמ' 156.

124 רע"א 2228/15 ג.י.טי.אס. פאוור סלושנס לימיטר נ' נתיבים דרום בע"מ, פס' 23 (פורסם בנבו, 9.7.2015).

125 פתרון אפשרי לבעיות שכלל הבלעדיות יוצר במקרים שבהם הנתבע מבקש לצרף צד זר כתובע נוסף הוא כלל שלפיו הנתבע יוכל לפנות לבית-המשפט ולבקש את צירופו של צד כתובע לפי תק' 24 לתקנות סדר הדין האזרחי. אם הצד יסכים לבקשת הצירוף, לא תתעורר כל בעיה, והוא יצורף כתובע לתובענה. לעומת זאת, אם הצד הזר יסרב לבקשה, יקיים בית-המשפט דיון בבקשת הצירוף, שבמסגרתו יתבקש הצד הזר לספק טעמים לסירובו להצטרף להליך כתובע נוסף. אם בית-המשפט ימצא כי הטעמים לסירוב שסיפק הזר טובים וראויים, הוא ידחה את בקשת הצירוף, ובמקרה כזה לא יחייבו תוצאות ההליך את הזר כמעשה בית-דין. לעומת זאת, אם ימצא בית-המשפט כי לזר אין טעם טוב לסירוב, וכי הסיבה היחידה לסירובו להצטרף להליך היא רצונו לשבת על הגדר וליהנות מתוצאותיו אך ורק אם הן יהיו לטובתו, הוא יצרף

6. סירוב של צד להצטרף להליך כ"הסכמה משתמעת" להיות כבול לתוצאותיו במעשה בית־דין

בחלק הקודם של המאמר ראינו כי בית־המשפט סירב לאפשר לנתבעים לכפות תובעים בכוח להצטרף לתביעה קיימת בעל־כורחם. עם זאת, במספר מצומצם של מקרים הפעיל בית־המשפט דוקטרינה מרחיקת־לכת שתוצאתה, הלכה למעשה, זהה. דוקטרינה זו קובעת כי סירוב של צד זר להצטרף להליך, לאחר בקשה מפורשת מצד מי מבעלי־הדין לצרפו (ובכלל זה גם הנתבע), עשוי להוות הסכמה משתמעת של אותו הזר להיות קשור במעשה בית־דין לכל הכרעה שתינתן בסופו של ההליך, אף שהוא לא היה צד פורמלי לו. הלכה זו נקבעה לראשונה בפרשת **מתיישבי ראשון־לציון**.¹²⁶ בפרשה זו ביקשו המבקשים – שותפים בנכס מקרקעין אשר ערערו על פסק־דין שקבע כי המקרקעין יחולקו – לצרף לערעור את הרוכשים של אותו נכס מקרקעין (אשר לא היו צד להליך). המבקשים הסבירו את הצורך בצירוף הרוכשים בכך שאם יתקבל הערעור ותתבטל חלוקת המקרקעין, תיפגע זכות הקניין של אותם רוכשים בנכס, ואם הם לא יצורפו להליך, הם עלולים לטעון כי פסק־הדין אינו מחייב אותם שכן הם לא היו צד להליך שבו הוא ניתן. הרוכשים סירבו להצטרף כצד לערעור. בית־המשפט קבע כי אין מקום לצרפם לערעור בניגוד לרצונם, שכן נוכחותם אינה דרושה על־מנת לאפשר לבית־המשפט להכריע ביעילות ובשלמות בכל השאלות הכרוכות בתובענה. עם זאת, בית־המשפט הוסיף וקבע כי הרוכשים לא יוכלו לתקוף בעתיד את תוצאות פסק־הדין שיינתן בערעור אף־על־פי שהם לא היו צד להליך.¹²⁷

בית־המשפט חזר על הלכה זו מאוחר יותר בפרשת **חברת לירן**,¹²⁸ שבה התנגדו המשיבים לצירופם כנתבעים נוספים בתביעה נגזרת שהוגשה נגד החברה. בית־המשפט המחוזי קבע כי אין מקום לצרפם, וסילק על הסף את התביעה נגדם. בית־המשפט העליון דחה את הערעור, אך הוסיף וקבע כי "עמדת המשיבים תמוהה היא; שהרי ניתן יהיה לצפות, שיהא זה מעניינם להצטרף לדיון כדי להתנגד להגשת תביעה נגזרת... והנה עמדתם הייתה והינה כל העת, שאין ברצונם להצטרף כבעלי־דין. בנסיבות אלה לא נראה לי, שמן המידה יהיה לכפות עליהם להיות בעלי־דין בתובענה, שאין הם חפצים לטעון כנגדה, אך הם לא יוכלו בעתיד להישמע בטענה, שכל מימצא שנקבע בתובענה – הן לעניין הרשות להגיש את התביעה הנגזרת והן לעניין מעמדם כבעלי־מניות – אינו מחייב אותם".¹²⁹

את הזר להליך כ"נתבע פורמלי" חרף אי־הסכמתו. זר שצורף להליך יוכל, אם ירצה בכך, לשנות את מעמדו מנתבע פורמלי לתובע או נתבע רגילים, לפי העניין, ולטעון את טענותיו במסגרת ההליך, אך גם אם יבחר לא לעשות כן, הוא יהיה כבול לתוצאות ההליך במעשה בית־דין. לדיון בפתרון זה וביתרונותיו ראו רוזן־צבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 605. פתרון זה הועלה כאפשרות בפרשת **שומוביץ**, לעיל ה"ש 117, בפס' 32, שם נקבע כי "כאשר שאלה זו תחזור ותעלה, ומבלי לקבוע מסמרות בדבר, ייתכן ויהיה צורך לפתח מנגנונים פרוצדוראליים נוספים לבירור השאלה מדוע אדם מתנגד להגשת תביעה והאם יש לו טעמים טובים לכך".

126 המ' 676/61 צדוק נ' חברת מתיישבי ראשון־לציון בע"מ, פ"ד טז 144 (1962).

127 שם, בעמ' 149.

128 ע"א 570/84 חברת לירן – עסקי בידור ובתי מלון בע"מ נ' אלטר, פ"ד לט (4) 613 (1985).

129 שם, בעמ' 616.

פרשה נוספת שבה עלה לדיון סירובו של צד להצטרף להליך שעשוי להכריע בזכויותיו היא פרשת צוריאנו.¹³⁰ בפרשה זו קבעה השופטת ביניש כי "מקום שיש לאדם שאינו בעל-דין עניין כספי או רכושי בנושא הנידון בהליך שהוא יודע על קיומו, ושהייתה לו הזדמנות להצטרף אליו אלא שהוא סירב לכך, מנוע הוא מלטעון כנגד מימצאי אותו הליך, והוא יהיה קשור בתוצאותיו... אם אדם עמד מנגד ושתק כאשר היה יכול להצטרף להליך שהוא בעל עניין בו, יהיה הוא מנוע לאחר מכן מלפתוח בהליך חדש באותו עניין. כדי שאדם שאינו בעל-דין יהיה קשור בתוצאות ההליך, עליו לגלות דעתו כי הוא מקבל עליו את תוצאות ההליך כאשר הן על-אף היותו בעל עניין בתוצאה מסוימת".¹³¹ הלכה זו חלה בוודאי על תובעים-בכוח שיש להם עניין בתוצאות פסק-הדין אך מסרבים להצטרף להליך.

נשאלת השאלה אם כלל ההסכמה המשתמעת יכול להיות פתרון הולם לבעיות שכלל הבלעדיות יוצר ביחס לקבוצת המקרים של ריבוי תובעים-בכוח. תשובתנו לכך היא שלילית. כיום היקף התפרשותו של כלל ההסכמה המשתמעת הוא כאמור מצומצם ביותר, והרחבת הכלל כך שיחול על מקרים רבים יותר תעורר קשיים מעשיים ונורמטיביים משמעותיים. ראשית, ייתכנו מקרים שבהם זר שיש לו עניין בתוצאות ההתדיינות, ואשר התבקש על-ידי הנתבע להצטרף להליך, מסרב לבקשת ההצטרפות אך אינו רוצה להיות קשור לתוצאותיו של אותו הליך, ובאמתחתו סיבות טובות. כך, למשל, ייתכן שהוא סבור כי ההליך מנהל בצורה לא-נאותה על-ידי התובע שהגיש את התביעה, ולכן אין הוא רוצה ליטול בו חלק. לחלופין ייתכן שהוא מבקש לזיזם הליך נפרד במועד מאוחר יותר, לאחר שיהיה סיפק בידו לאסוף את הראיות ולאחר את העדים הנחוצים לו להוכחת תביעתו, או להגישה בפורום שנראה לו מתאים יותר. במקרים אלה אין זה ראוי לכבול את אותו תובע-בכוח במעשה בית-דין לתוצאות ההליך אך ורק בשל התנגדותו לבקשת הצירוף, ועל-כן הרחבת הכלל עלולה לגרום עוול חמור ופגיעה לא-ראויה בזכות הגישה לערכאות של תובעים. שנית, לנוכח עמימותו של כלל ההסכמה המשתמעת שנקבע בפסיקה, ומכיוון שהשאלה אם הסירוב להצטרף להליך מהווה הסכמה משתמעת להיות כבול לתוצאותיו מתבררת רק בדיעבד, לאחר שהתובע השני מגיש תביעה מאוחרת ונפרדת לבית-המשפט, כלל זה יוצר אי-ודאות עמוקה. על-כן הרחבתו עלולה לגרום לריבוי התדיינות ולחוסר יעילות, וזאת סיבה נוספת לאי-רציותה.

7. החלה מצומצמת של השתק פלוגתא לא-הדדי התקפי

מנגנון דיוני רדיקלי פחות מן הדוקטרינה של "הסכמה משתמעת", שבאמצעותו בית-המשפט מנסה לעודד תובעים בעלי עילות תביעה דומות לתבוע במאוחד, הוא הדוקטרינה האוסרת על תובעים-בכוח לעשות שימוש בהשתק פלוגתא לא-הדדי התקפי, למעט במקרים נדירים ויוצאי-דופן. בכך מנסה בית-המשפט למנוע חלק מן העיוותים שכלל הבלעדיות יוצר. על-מנת להבין את ההיגיון העומד בבסיסו של השתק הפלוגתא הלא-הדדי התקפי, יש לספק מעט רקע באשר לשינויים שחלו בדוקטרינה של מעשה בית-דין בכל הנוגע בשאלה מי יכול לעשות שימוש בפלוגתאות שהוכרעו בהליך קודם.

130 רע"א 7831/99 צוריאנו נ' צוריאנו, פ"ד נז(1) 673 (2002).

131 שם, בעמ' 690.

בעבר, תנאי יסודי לחלותו של מעשה בית־דין היה קיומה של הדריות: אדם היה יכול ליהנות מהכרעה שנפלה במשפט אך ורק אם הוא היה כבול לאותה הכרעה אילו ניתן פסק־דין נגדו.¹³² עם השנים הלכו וגברו הקולות שטענו כי דרישת ההדריות, בצורתה הנוקשה, אינה ראויה, וכי נזקה עולה על תועלתה.¹³³ נטען כי יש להכיר בחריג לדרישת ההדריות שלפיו צד זר, אשר לא נטל חלק בהתדיינות הראשונה ואף אין לו קרבה משפטית או קרבת עניין לבעל־דין שהיה צד לאותה התדיינות, יוכל לעשות שימוש בפלוגתא שהוכרעה נגד אותו בעל־דין במסגרת התדיינות מאוחרת ביניהם, אף־על־פי שאותו בעל־דין לא היה יכול להשתיק את הצד הזר אילו נפסקה הפלוגתא נגדו. כל זאת בתנאי שלבעל־הדין הייתה הזדמנות הוגנת ומלאה להציג את טיעונו ביחס לאותה פלוגתא במסגרת ההתדיינות הראשונה. כלל זה מכונה השתק פלוגתא לא־הרדי.¹³⁴

השתק הפלוגתא לא־הרדי נחלק לשני סוגים: האחד הגנתי והאחר התקפי. השתק פלוגתא לא־הרדי הגנתי מתקיים כאשר נתבע מנסה לעשות שימוש בפלוגתא שהוכרעה נגד התובע בהתדיינות קודמת בין אותו תובע לבין נתבע אחר, על־מנת להתגונן נגד התובענה של התובע נגדו. השתק פלוגתא לא־הרדי התקפי מתקיים כאשר תובע מנסה לעשות שימוש בפלוגתא שהוכרעה נגד נתבע בהתדיינות קודמת בינו לבין תובע אחר. למרות הדמיון הלכאורי בין שני המצבים הללו, השפעותיהם התיאורטיות והמעשיות שונות בצורה ניכרת. במאמר זה נתמקד כאמור בהשתק פלוגתא לא־הרדי התקפי, שהוא הרלוונטי לדיון.

נפתח בדוגמה: באולמי שמחות נערכה חתונה. בעיצומה של החתונה, כאשר רוב האורחים רקדו על רחבת הריקודים, קרס חלק גדול מרצפת הרחבה, וכתוצאה מן הקריסה נפלו אל מותם 25 מאורחי החתונה, ו־25 אורחים נוספים ספגו פציעות בדרגות שונות. אחד הניזוקים – תובע א – מגיש תביעה נזיקית נגד בעלי האולם בטענה שרצפת האולם הייתה עשויה מסוג חומר לא־תקני ונבנתה באופן רשלני, ודורש סעד כספי בסך מיליון ש"ח. בית־המשפט מקבל את התביעה ופוסק כי בעלי האולם אכן התרשלו, ומחייב את בעלי האולם לשלם לתובע א את הסעד המבוקש. לאחר מתן פסק־הדין, ניזוקים נוספים ומשפחות הנספים תובעים את בעלי האולם, מעלים טענות זהות לאלה שהעלה תובע א, ודורשים סעד בסכום של 100 מיליון ש"ח. בכתב ההגנה טוענים בעלי האולם כי לא התרשלו. התובעים מבקשים מבית־המשפט לקבוע כי הפלוגתא שהוכרעה בהתדיינות הראשונה בין תובע א לבין בעלי האולם, שלפיה בניית המבנה הייתה רשלנית, מחייבת כמעשה בית־דין גם בהתדיינות המאוחרת בין התובעים הנוספים לבין בעלי האולם, ועל־כן אין לאפשר לאחרונים לטעון נגד הממצא שלפיו הייתה רשלנות מצידם, ויש לעבור היישר לדיון בגובה הנזק.

דוגמה זו מעוררת את השאלה אם ראוי לאפשר לתובעים לעשות שימוש התקפי בהשתק פלוגתא לא־הרדי. ההצדקות להכרה בהשתק פלוגתא לא־הרדי התקפי הן אלה: ראשית, חיסכון בעלויות התדיינות – ההכרה בהשתק פלוגתא לא־הרדי התקפי מונעת בזבוז זמן

132 ע"א 143/51 ראש העיר, חברי המועצה ותושבי רמת־גן נ' פרדס ינאי בע"מ, פ"ד י 1804, 1812 (1956).

133 ע"א 450/82 מדינת ישראל נ' חירם לנדאו עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ, פ"ד מ(1) 658 (1986).

134 ע"א 258/88 פיכטנבוים נ' רשם המקרקעין, פ"ד מד(2) 576 (1990).

ומשאבים על דיון חוזר בפלוגתות שנדרונו והוכרעו על-ידי ערכאה שיפוטית קודמת. שנית, מניעת הכרעות סותרות – אם נאפשר לנתבע לדון פעם נוספת בפלוגתות שכבר הוכרעו בהליך קודם שהתקיים בין הנתבע לבין תובע אחר, בית-המשפט בהליך המאוחר עלול להגיע לתוצאה שונה מזו שאליה הגיע בית-המשפט שדן בהליך הקודם, והדבר יפגע ביוקרתו של בית-המשפט ובלגיטימציה של ההליך השיפוטי. שלישית, הוגנות כלפי התובע – אפשר לטעון כי אם במהלך ההתדיינות הראשונה כבר זכה הנתבע לקבל את יומו בבית-המשפט, וניתנה לו הזדמנות להציג את מלוא טענותיו ביחס לפלוגתא כלשהי, ובית-המשפט הכריע באותה פלוגתא נגדו, אין מקום להעניק לו הזדמנות נוספת להציג את טענותיו ביחס לפלוגתא זו כאשר היא עולה פעם נוספת במסגרת התדיינות מאוחרת יותר עם תובע אחר. עם זאת, ראוי לציין כי הצדקה זו אינה חזקה במיוחד, שהרי התובע הוא השולט בבחירת הפורום והמועד של הגשת התביעה, ובמקרים רבים הוא גם יכול לבחור לאחד את תביעתו עם התביעה שהוגשה על-ידי תובע אחר. על-כן הוגנות ההליך כלפי התובע המאוחר אינה נפגעת, בוודאי לא באופן משמעותי, אם נאפשר לנתבע הזדמנות נוספת לטעון טענות ביחס לפלוגתות שכבר נדונו והוכרעו במסגרת ההליך הראשון.¹³⁵

אל מול ההצדקות להכרה בהשתק פלוגתא לא-הדדי התקפי עומדים טיעונים חזקים נגד הכרה בו, המצביעים על בעיות ועיוותים הנוצרים כתוצאה מוויתור על דרישת ההדדיות המאפשר לתובע זר לעשות שימוש התקפי בהשתק פלוגתא. קיימות לפחות ארבע בעיות הנוצרות כתוצאה מהחלת השתק פלוגתא לא-הדדי התקפי:

(א). בעיה של בזבוז משאבים ופגיעה ביעילות הנגרמים עקב כך שהנתבע, היודע

כי יש לו הזדמנות אחת ויחידה להעלות את טענותיו ביחס לפלוגתות העומדות לדיון, ימצה הזדמנות זו עד תום, על-מנת שתובעים נוספים לא יוכלו לעשות בהן שימוש נגדו בהליכים עתידיים. עלות נוספת נובעת מכך שבכל הליך עתידי כזה יצטרך בית-המשפט לקיים דיון – שעלויותיו עלולות להיות גבוהות – בשאלה אם בנסיבות הקונקרטיות אכן הייתה לנתבע הזדמנות הוגנת ומלאה לטעון את טענותיו ביחס לפלוגתא במסגרת ההליך הראשון.

(ב). בעיה של חוסר איזון בתמריצי הצדדים להשקיע בהוכחתן של פלוגתות, שעלול לגרום להטיה לטובת הנתבע – הכרה בהשתק פלוגתא לא-הדדי התקפי תביא לידי כך שהנתבע, ביודעו כי תובעים-בכוח יוכלו לעשות שימוש בכל פלוגתא שתוכרע לרעתו, ישקיע כמות משאבים השקולה לערכו של הסך הכולל של כל התביעות שהוא צופה שיוגשו נגדו. לעומת זאת, לתובע, המשתתף בהליך הנוכחי בלבד, אין תמריץ מקביל.

(ג). בעיה של פשרות לא-הוגנות באופן המוטה לטובת התובע – התובע יכול לסחוט את הנתבע לשלם לו יותר מערכה של תביעתו, בשל חששו של הנתבע שהפסד

135 ראו: Brainerd Currie, *Mutuality of Collateral Estoppel: Limits of the Bernhard Doctrine*, 9 STAN. L. REV. 281, 303 (1957) (“there is a significant difference between the situation of a party who has lost a case after choosing the time and place for action, and that of a party who has lost a case in which he had no control over such factors”).

בהליך והכרעה בפלוגתות נגדו יגרור אחריו הפסדים נוספים בתביעות עתידיות מצד תובעים נוספים.¹³⁶

(ד). בעיית החלוקה הלא-שוויונית של סיכוני המשגה ופגיעתה הקשה הן בעשיית צדק עם הנתבע והן בהרתעה היעילה.¹³⁷

נוסף על בעיות אלה, להכרה בהשתק פלוגתא לא-הדדי התקפי עלולות להיות השפעות שליליות על אסטרטגיית ההתדיינות של תובעים-בכוח (ex ante). השפעה שלילית מרכזית היא עידודם של תובעים-בכוח לא לתבוע במאוחד, אלא לשבת בצד ולחכות עד שתביעותיהם של כל התובעים האחרים יסתיימו בפסק-דין (wait and see). בעוד האינטרס החברתי הוא שתובעים יתאגדו ויתבעו את הנתבע יחדיו – על-מנת לקדם את התכליות של יעילות, מניעת הכרעות סותרות ואי-הטרדת הנתבע בתביעות חוזרות ונשנות בשל אותו מעשה, קרי, כל אותן תכליות העומדות בבסיס הדוקטרינה של מעשה בית-דין¹³⁸ – האינטרס הפרטי של כל תובע הוא הפוך. כל אחד מהתובעים עלול להימנע מאיחוד כוחות עם התובעים

136 לדיון ראו רוזנצבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 641.

137 דורון מנשה "הערך שבשימור תנאי ההדדיות בדוקטרינת השתק פלוגתא" עיוני משפט כג 343 (2000). בעיית החלוקה הלא-שוויונית של סיכוני המשגה מחייבת הסבר. נקודת המוצא לדיון היא שאי-אפשר למנוע טעויות שיפוטיות, אלא רק למזער אותן. על-כן אחת המטרות של הפרוצדורה היא לראווג לחלוקה הוגנת של סיכוני המשגה בין בעלי-הדין. בתחום האזרחי חלוקה הוגנת של סיכוני המשגה משמעותה חלוקה שוויונית של הסיכון לטעות שיפוטית בין התובע לבין הנתבע, שכן אין סיבה אפריורית להעדיף את האחד על האחר. כלל ההדדיות משמר את החלוקה השוויונית של סיכוני המשגה, שכן בהתדיינות נוספת בין אותם צדדים או חליפיהם שני הצדדים יכולים לעשות שימוש בפלוגתות שנקבעו בהתדיינות קודמת ביניהם, וכך שניהם נושאים בסיכון זהה שהפלוגתות הוכרעו בצורה מוטעית. לעומת זאת, בהליך שמתקיים בין אחד הצדדים להתדיינות הראשונה לבין צד זר, הצדדים אינם רשאים להסתמך על פלוגתות שהוכרעו בהליך הקודם ואינם מחויבים בהן, כך שסיכויי המתדיינים להוכיח את תביעתם קשורים אך ורק לכוחם היחסי של טיעוניהם בהתדיינות שהם מנהלים ביניהם. המעבר להשתק פלוגתא לא-הדדי התקפי גורר אחריו חלוקה אפריורית לא-שוויונית של סיכוני המשגה באופן שמוטה נגד הנתבע ולטובת התובעים. הסיבה לכך היא שבעוד בשיטה המשמרת את כלל ההדדיות כל צד רשאי להניח כי הוא יזכה בתביעה רק על-פי החוזה היחסי של טיעונו (לצורך הדיון נניח שכל צד יכול לצפות לזכות ב-50% מן התביעות), כאשר זונחים את כלל ההדדיות, ההסתברות לזכייה בתביעה נוספת נהפכת לתלויה בתוצאת ההליך הקודם. אם הצלחה בהליך הראשון היא תנאי להצלחה בכל הליך עתידי, אזי סיכוני המשגה נופלים כולם על כתפי הנתבע, שכן במקרה של הפסד בתביעה הראשונה אובדים סיכוייו להתגונן מפני כל התביעות העתידיות, ואילו זכייה בתביעה הראשונה לא תסייע לו בתביעות עתידיות – אם תיפתח בעתיד התדיינות נגדו על-ידי תובע נוסף, סיכויי התביעה מעוינים מחדש, וסיכויי המשגה יתחלקו באופן שוויוני בין הצדדים, שכן הנתבע אינו זכאי לעשות שימוש במסגרת ההתדיינות המאוחרת בפלוגתות שהוכרעו לטובתו בהתדיינות הראשונה.

138 ראו ע"א 246/66 קלוזנר נ' שמעוני, פ"ד כב(2) 561, 586 (1968); ע"א 822/77 בסה נ' אגד"א אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ, פ"ד לב(3) 21, 25 (1978); ע"א 8430/99 אנליסט אי.אמ.אס. ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ, פ"ד נו(2) 247 (2001).

האחרים, לחכות עד שיסתיימו ההליכים שכל התובעים האחרים מנהלים, ואז לעשות שימוש בכל הפלוגתות שהוכרעו נגד הנתבע באותם הליכים (ביודעו כי הנתבע אינו יכול לעשות שימוש מקביל נגדו בפלוגתות שיוכרעו לטובתו במסגרת אותם הליכים), שכן כך יעלו מאוד סיכויי הזכייה שלו. התוצאה היא, כפי שכבר ציינו, פגיעה ביעילות, בזכויות משאבים, הגברת הסיכון להכרעות סותרות ופגיעה באינטרס של הנתבע לא להיות מוטרד פעמים רבות לא לצורך ביחס לאותו עניין עצמו.¹³⁹

השפעה שלילית שנייה, הקשורה בטבורה לזו הראשונה, מתעוררת במצבים שבהם מספר התובעים בכוח גדול, ועל-כן היא זכתה בספרות בכינוי "אנומליית ריבוי התובעים" (multiple-claimant anomaly). לשם הצגת הבעיה נעשה שימוש היפותטי בדוגמה של אסון ורסאי שבה פתחנו. נניח שתובע א מגיש תביעת רשלנות נגד בעלי האולם ומפסיד. לאחר מתן פסק-הדין מגיש תובע ב תביעה המבוססת על אותן טענות, ואף הוא מפסיד. 47 ניזוקים נוספים תובעים אף הם את בעלי האולם וטוענים אותן טענות, וכולם מפסידים. התובע ה-50 מגיש תביעת רשלנות ותביעתו מתקבלת. היעלה על הרעת שמאות ניזוקים נוספים יוכלו לעשות שימוש בקביעה שלפיה בעלי האולם התרשלו, שנקבעה בהליך אחד ויחיד, בעוד בעלי האולם יהיו מנועים מלעשות שימוש בהכרעה שלפיה הם לא התרשלו, שנקבעה ב-49 ההליכים שקדמו לו?¹⁴⁰ לא זו בלבד שמצב אבסורדי זה אינו הוגן כלפי הנתבע כאופן ברור, הוא גם עומד בניגוד למטרות הדוקטרינה של מעשה בית-דין, שכן הוא גורם לריבוי הכרעות סותרות ולטעויות שיפוטיות, ולכן גם לפגיעה ביעילות וברווחה החברתית. השפעה שלילית שלישית היא השימוש האסטרטגי שתובעים עלולים לעשות בהשתק פלוגתא לא-הרדי התקפי. אסטרטגיה אחת מכונה "התיק החזק תחילה", ולפיה התובעים בכוח יתאגדו יחדיו, אך במקום להגיש את כל התביעות במאוחד, הם יבחרו מבין כל התביעות האפשריות את התביעה החזקה ביותר, והיא שתובא תחילה לפני בית-המשפט. לאחר הזכייה בתביעה זו יוכלו כל יתר התובעים להגיש את תביעותיהם (גם אלה החלשות יותר), לעשות שימוש בפלוגתות שהוכרעו נגד הנתבע, וכך לזכות גם הם. בדוגמה של אסון ורסאי, התובעים בכוח יכולים לבחור להגיש תחילה את אחד ממקרי המוות של פעוט, בתקווה לעורר הזדהות של בית-המשפט עם אסון המשפחה ולהגדיל את סיכויי הזכייה בתביעה, ובעקבותיה גם בכל התביעות האחרות.¹⁴¹ אסטרטגיה נוספת קרויה "התיק הקטן תחילה": התובעים עשויים לבחור מבין שלל התביעות האפשריות דווקא תביעה שסכום הסעד המבוקש בה נמוך יחסית לתביעות האחרות, כדי לגרום לכך שנתבע לא-מתוחכם (או כזה הלוקה במידע חלקי לגבי התביעות הפוטנציאליות נגדו) לא ישקיע בהגנה עליו משאבים מספיקים ויפסיד. כך, למשל, בדוגמת אסון ורסאי התובעים עשויים לבחור כתביעה שתוגש

139 ראו מיכאיל קרייני "השימוש ההתקפי בהשתק הפלוגתא – כורח שיש לו תקנה" ספר שלמה לוינ 101-100 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאיל קרייני עורכים, 2013). ראו גם: Michael Kimmel, *The Impacts of Defensive and Offensive Assertion of Collateral Estoppel by a Nonparty*, 35 GEO. WASH. L. REV. 1010, 1025, 1034 (1967); Herbert Semmel, *Collateral Estoppel, Mutuality and Joinder of Parties*, 68 COLUM. L. REV. 1457, 1474-75 (1968).
 140 ראו Currie, לעיל ה"ש 135, בעמ' 285-286. ראו גם קרייני, לעיל ה"ש 139, בעמ' 101.
 141 קרייני, לעיל ה"ש 139, בעמ' 103-104. ראו גם: Jack Ratliff, *Offensive Collateral Estoppel and the Option Effect*, 67 TEX. L. REV. 63, 89-92 (1988).

ראשונה דווקא תיק שבו נגרם לתובע נזק גוף קטן באופן יחסי, בתקווה שבעלי האולם לא ישקיעו בהגנה עליו משאבים ניכרים ויפסידו. לאחר ההפסד יוגשו התביעות של התובעים האחרים, שהסעד המבוקש בהן גדול יותר, ויוכלו לנצל לטובתם את כל הפלוגות שהוכרעו נגד התובע וכך לזכות אף הם. הפיתוי הטמון בשימוש באסטרטגיית התיק הקטן תחילה גבר בעידן התובענה הייצוגית, שבו יש תמריץ ממשי לתובעים להגיש תחילה תביעה רגילה, ולאחר שזכו בה להגיש תובענה ייצוגית ולטעון כי יש להחיל השתק על כל הפלוגות שהוכרעו במסגרת התובענה הרגילה.¹⁴²

השאלה אם ניתן לעשות שימוש התקפי בהשתק פלוגתא התעוררה לראשונה בפתח המאה העשרים ואחת בפרשת רמט.¹⁴³ בפרשה זו טענו התובעים (המשיבים בערעור) כי תניית ויתור שעליה חתמו, הפוטרת את הנתבעת (המערערת) מכל חבות כלפיהם, אינה תקפה בשל היותה תנאי מקפח בחוזה אחיד. התובעים הוסיפו וטענו כי במסגרת הליך קודם שבו נתבעה המערערת התייחס בית-המשפט לתניה ספציפית זו וקבע כי אין לה תוקף, בהיותה תנאי מקפח בחוזה אחיד, ועל-כן המערערת מנועה – מחמת השתק פלוגתא – מלטעון כי התניה תקפה. בית-המשפט קיבל את הטענה שהתניה מקפחת לגופה. הוא דן גם בשאלה "האם יש להכיר באפשרות לעשות שימוש בטענת השתק פלוגתא התקפית?" וקבע כי "שאלה זו נוגעת בהתוויית גבולותיה של הסטייה מדרישת ההרדיות. בענייננו ניתן להותירה בצריך עיון".¹⁴⁴

בשני פסקי-דין מאוחרים יותר הביע בית-המשפט גישה עוינת לשימוש התקפי בהשתק פלוגתא לא-הרדי, וקבע כי שימוש כזה יותר רק לעיתים נדירות ובמקרים יוצאי-דופן. בפרשת צוריאנו¹⁴⁵ קבע בית-המשפט כי ניסיון של תובע זר לעשות שימוש התקפי בפלוגתא שנקבעה בהליך קודם עשוי להיחשב חוסר תום-לב ושימוש לרעה בהליכי משפט: "צד שנמנע במכוון מלהצטרף להליך עשוי להיחשב כמשתמש לרעה בהליכי משפט, אם במשפט אחר ידרוש ליהנות מתוצאות ההליך שלא השתתף בו, בייחוד בנסיבות שבהן הימנעותו המכוונת להצטרף להליך הקודם יצרה מצג כי עמדתו סותרת את תוצאת ההליך".¹⁴⁶ בית-המשפט הוסיף וקבע כי טענה להשתק פלוגתא לא-הרדי התקפי תתקבל ככלל רק "בנסיבות יוצאות-דופן".¹⁴⁷

142 לניסיון כזה שנכשל ראו ת"צ (מחוזי מר') 10-06-1988 קובובסקי נ' שירביט חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 24.4.2012).

143 ע"א 8265/96 רמט בע"מ נ' בריברום, פ"ד נז(1) 486 (2002).

144 שם, בעמ' 494.

145 פרשת צוריאנו, לעיל ה"ש 130.

146 שם, בעמ' 683. כלל זה הוא בעייתי עד-מאוד. כיצד ידע בית-המשפט כי צד נמנע במכוון מלהצטרף להליך? במקרה שנדון בפרשת צוריאנו לא היה כל קושי, מכיוון שבית-המשפט ביקש לצרף את האחיות לתביעה הראשונה כתובעות נוספות אך אלה סירבו להצטרף, ולכן לא יכלו להעלות טענה בדבר אי-ידיעה על-אודות ההליך. אולם ברוב המקרים לא זה המצב, ובתי-המשפט יתקלו בקושי עצום לדעת מי מן התובעים ידע על קיומו של ההליך ונמנע במכוון מלהצטרף אליו, ולכן יש לראות בניסיון שלו לעשות שימוש בפלוגתא שנקבעה באותו הליך חוסר תום-לב, ומי לא ידע כלל על-אודות קיום ההליך או היו לו סיבות טובות לא להצטרף להליך המוקדם. ראו דיון בסטנדרט "could easily have joined" שנקבע בפרשת Parklane Hosiery Co., Inc. v. Shore, 439 U.S. 322 (1979).

147 פרשת צוריאנו, לעיל ה"ש 130, בעמ' 683.

בפרשת אספן התריע בית־המשפט כי ההכרה באפשרות לעשות שימוש התקפי בהשתק פלוגתא לא־הרדי "מעוררת קשיים רבים היורדים לשורש הדוקטרינה של מעשה בית דין", כגון עידוד תובעים לא להגיש תביעות במאוחד, אלא לשבת מן הצד ולחכות, דבר שמוביל לריבוי התדייניות ולהגדלת הסיכון להכרעות סותרות ולא־צדק עם הנתבע. מסקנתו של בית־המשפט הייתה ש"ככלל, אין לאפשר לבעל דין לטעון לקיומו של השתק פלוגתא בטענת התקפה בהתבסס על הכרעה בהליך שהוא לא היה צד לו... הגם שאין לשלול את האפשרות להעלות טענה כאמור על הסף. כך, במקרים נדירים ויוצאי דופן בהם קיים 'ערך מפצה הטמון בהיזקקות לה' יותר השימוש בטענת השתק פלוגתא אופנסבית, ובלבד שכתוצאה מקבלתה לא ייגרם אי צדק לצד שכנגדו היא מועלית". בית־המשפט הוסיף וחיווה את דעתו כי "הפעלה נכונה וצודקת של כלל ההימנעות הדיונית בין מי שהיה צד להליך הראשון לבין בעל דין זר לו, אינה יכולה להיעשות על ידי קביעה מראש של כללים נוקשים ויש להעניק לבית המשפט אשר לפניו מועלית טענה זו שיקול דעת נרחב להכריע בה בהתאם לנסיבותיו המיוחדות של המקרה הספציפי"¹⁴⁸.

ההלכה שלפיה לא יותר לתובע זר לעשות שימוש התקפי בפלוגתא שהוכרעה בהליך שהוא לא היה צד לו, אלא לעיתים נדירות ובמקרים יוצאי־דופן, פותרת חלק מן העיוותים שכלל הבלעדיות יוצר. כך, היא מפחיתה את התמריץ של תובעים לתבוע תביעות נפרדות, בידעם כי יש להניח שהם לא יוכלו לעשות שימוש בפלוגתאות שהוכרעו בהליך הקודם. עם זאת, הלכה זו אינה פותרת את הבעיות שכלל הבלעדיות יוצר לנתבע ולמערכת המשפט, וזאת משתי סיבות מרכזיות: ראשית, גם אם התובע־בכוח יודע שהוא לא יוכל לעשות שימוש פורמלי בפלוגתאות שנקבעו בהליך קודם, יש לו עדיין תמריץ משמעותי לא לאַחֵד כוחות עם תובעים אחרים, אלא לשבת ולחכות ולהגיש את תביעתו רק לאחר סיומו של ההליך הראשון, שכן בדרך זו הוא יוכל ללמוד מהן טענות ההגנה של הנתבע ואיזו אסטרטגיית התדיינות הוא נוקט, ולעצב בהתאם את תביעתו. שנית, בית־המשפט הותיר את השאלה אם להתיר לתובע זר לעשות שימוש התקפי בטענת השתק פלוגתא לשיקול־דעתן של הערכאות הדיוניות שדנות בהליך המאוחד, בכל מקרה לגופו, ונמנע מלספק להן כלים שיאפשרו להם לדעת מהם אותם "מצבים נדירים ויוצאי דופן" או מקרים "שבהם קיים 'ערך מפצה'" שבהם מוצדק להתיר לתובע זר לעשות שימוש התקפי בהשתק פלוגתא לא־הרדי. התוצאה המסתברת היא שלכל תובע־בכוח שירצה לעשות שימוש התקפי בפלוגתאות שנקבעו בהליך שהוא לא היה צד לו יהיה עדיין תמריץ לנסות להוכיח באותות ובמופתים כי המקרה שלו הוא אותו מצב יוצא־דופן שבו קיים ערך מפצה ועל־כן ראוי להשתק את הנתבע בהשתק פלוגתא.¹⁴⁹

148 פרשת אספן, לעיל ה"ש 45, פס' 17-19 לפסק־דינו של השופט דנציגר. ראו גם ע"א 735/07 צמרות חברה לבניין נ' בנק מזרח־טפחות, פס' 29 (פורסם בנבו, 5.1.2011). ("לכלל ההזדמנות" מספר סייגים: ראשית, תחולתו מוגבלת ל'השתק פלוגתא'. שנית, דרך כלל, לא יוכר מעשה בית דין כהשתק התקפי אלא כהשתק הגנתי").

149 ראו, למשל, ע"א 1535/13 מדינת ישראל נ' איבי, פס' 3-4 לפסק־דינה של השופטת ברק־ארו (3.9.2015).

8. התובענה הייצוגית

מנגנון נוסף שעשוי לשמש פתרון לנתבע-בכוח הצפוי להיתבע על-ידי כמה תובעים-בכוח בעלי עילות תביעה דומות, והמבקש כי התביעות יידונו במאוחד, הוא התובענה הייצוגית. במבט ראשון הטענה שהתובענה הייצוגית משרתת את הנתבע עשויה להישמע תמוהה. מושכלות ראשונים מלמדים אותנו כי התובענה הייצוגית נועדה להגן על זכות הגישה לערכאות של התובעים-בכוח שנפגעו מהפרת הדין של הנתבע, ליתן להם סעד הולם, וכן לאכוף את הדין ולהרתיע מפני הפרתו.¹⁵⁰ התובענה הייצוגית מאפשרת לאדם אחד לתבוע בשם קבוצה של נפגעים אנונימיים גם אם נזקו של כל אחד מהם קטן יחסית, ובלבד שסכום תביעתם הכולל גבוה לנוכח ריבוי מספרם. נוסף על כך, היא נועדה להגן על האינטרס הציבורי באכיפת הוראות החוק שבגדרו באה התובענה הייצוגית, ולהרתיע מפני הפרת החוק.¹⁵¹ אכן, אין חולק שאלה מטרותיה המרכזיות של התובענה הייצוגית.¹⁵² אולם מטרה נוספת, גם אם משנית, של התובענה הייצוגית היא להגן על הנתבע מפני תביעות חוזרות ונשנות באותו עניין, ולספק לו את הביטחון שכל הסדר פשרה שיאושר על-ידי בית-המשפט או פסק-דין שיינתן בסוף ההליך יביאו קץ להתדיינות וימנעו במעשה בית-דין תביעות עתידיות ביחס לאותה עילה.¹⁵³

150 ס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

151 ראו ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 323 (1997).
 152 אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על-פני תובעים רבים – בעקבות פסק-הדין ברע"א 3126/00 מ"י נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ" מחקרי משפט כא 387 (2004).

153 ראו ס' 41(4) לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע כי אחת ממטרות החוק היא "ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות". ביחס לסעיף-קטן זה אמר חבר הכנסת רשף חן, יושב-ראש ועדת-המשנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט אשר דנה בהצעת חוק תובענות ייצוגיות, כי "אינטרס... רביעי במניין, זה אינטרס של יעילות הדיון. זאת אומרת יש היגיון מסוים, אם יש לנו תביעה שהיא בעצם שכפול של אותה תביעה כמה פעמים, יש למערכת המשפט וגם לצדדים המתדיינים, בעניין הזה דווקא לנתבע, יש אינטרס שהנושא ייפתר, תהיה החלטה, היא תהיה סופית, היא תחייב את כולם, שופט אחד ידון בזה ויגמור את זה". ראו פרוטוקול ישיבה מס' 5 של ועדת-המשנה (של ועדת החוקה, חוק ומשפט) לעניין הצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ג-2003, הכנסת ה-16, 8 (3.8.2005). לפסקי-דין הקובעים כי אחת המטרות של התובענה הייצוגית היא מתן שקט נפשי לנתבע ראו ת"ק (תביעות קטנות י"ם) 1180/10 פחה נ' 013 חברת ברק, פס' 10-11 (פורסם בנבו, 17.3.2010) ("...אין זה מן הראוי להעמיד את הנתבעת חשופה לאין ספור תובעים בהליך זה... לו תפתח הדלת במקרה שלפני, הרי שהנתבעת תמצא עצמה מנהלת אין ספור דיונים בבתי משפט שונים בארץ... כאשר כולם עוסקים באותו עניין"); ת"א (מחוזי ת"א) 11464/91 אקרמן נ' מיטלמן (פורסם בנבו, 18.3.1992) ("אחד היתרונות של התובענה הייצוגית הוא שבהליך אחד יוכרעו השאלות המשותפות לציבור המחזיקים נגד הנתבעים... לא למותר להעיר, שריבוי התדיינותיות באותם עניינים יטריד אותם נתבעים פעמים רבות לבתי משפט"); ת"א (מחוזי ת"א) 2286/03 טורבתיאן נ' הנקל סוד בע"מ, פס' 23 (פורסם בנבו, 4.2.2008) ("אמנם הליך של תובענה ייצוגית מעמיד את המשיבה בפני סיכון של חבות כספית גדולה אך זו משמעותה וזו מטרתה של התובענה – שכן מטרתה היא לחסוך את הטורח לנתבע

למעשה, בין סוגי התביעות שהחוק מתיר להגישן כתובענות ייצוגיות יש כאלה המשרתות תכלית זו בלבד. דוגמה לסוג תביעות כזה הן תובענות שהסעד המבוקש בהן הוא צו מניעה, צו עשה או צו הצהרת. כפי שהסביר סטיבן גולדשטיין, מבחינת חברי הקבוצה התובעת אין משמעות להגשת תביעות אלה כתובענה ייצוגית, מכיוון שמטבע העניין הצלחתו של היחיד תוחל לטובת הקבוצה כולה. הצד שמצבו מוטב כתוצאה מהתרת תביעות ייצוגיות במקרים כאלה הוא הנתבע. כל עוד מדובר בתביעות פרטניות, הנתבע אינו מוגן על-ידי העיקרון של מעשה בית-דין אם הוא מצליח בהגנתו נגד אחד התובעים, ולכן הוא עלול להיתבע פעמים רבות ביחס לאותו עניין. לכן במקרים כאלה דווקא הוא מעוניין שתוגש נגדו תביעה ייצוגית, כדי שאם יזכה יושתקו כל חברי הקבוצה על-ידי מעשה בית-דין, ולא יוכלו עוד להגיש תביעות נוספות באותו עניין.¹⁵⁴

אומנם, כמו בתביעה רגילה, גם בתובענה ייצוגית התובע הוא ששולט בעיתוי הגשתה, ולנתבע אין כל שליטה במועד שבו היא תוגש לבית-המשפט, ולכן, באופן תיאורטי, התובע הייצוגי יכול לעכב את הגשתה על-מנת לפגוע בנתבע ולסחוט ממנו פשרה נדיבה. אולם במציאות אין הדבר כך. חוק תובענות ייצוגיות מספק לתובעים הייצוגיים ולעורכי-דינם תמריץ להגיש תביעות מוקדם ככל האפשר. התמריץ נעוץ בשילוב של הגמול ושכר-הטרחה הנאים הניתנים לתובע המייצג ולעורכי-דינו אם התביעה מוכרעת לטובתם בפסק-דין או בהסדר פשרה¹⁵⁵ עם היתרון היחסי שהחוק מעניק לתובע הראשון בזמן.¹⁵⁶ כתוצאה מכך נוצרת תחרות בין תובעים מייצגים פוטנציאליים שונים ועורכי-דינם מי יהיה הראשון שייגיש תובענה ייצוגית, על-מנת לזכות בייצוג וכך לזכות גם באפשרות לרווח נאה בסופו של ההליך.¹⁵⁷

על-אף יתרונותיה, התובענה הייצוגית אינה יכולה לספק פתרון כולל למגוון תביעות שכלל הבלעדיות יוצר לנתבעים-בכוח המעוניינים להיתבע על-ידי כמה תובעים במאוחד. הסיבה לכך היא שההליך של תובענה ייצוגית מתאים ונועד לתת מענה לקבוצה מצומצמת של מצבי עולם. ראשית, לנוכח הוראת סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות, הקובעת כי "לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית", אפשר להגיש תובענה ייצוגית רק במספר מצומצם של עילות. שנית, על-מנת שיהיה אפשר להכיר בתביעה אישית של תובע יחיד כתובענה ייצוגית, יש לקבל את אישורו של בית-המשפט, ואישור זה יינתן רק בהתקיים כמה תנאים מצטברים. תנאי מרכזי הוא כי "תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין".¹⁵⁸ בית-המשפט קרא לתוך תנאי זה שני תנאי-משנה,

לנהל הליכים משפטיים אינסופיים עם מאות אלפי לקוחותיה". ראו גם זלצמן, לעיל ה"ש 44, בעמ' 427; מיכאיל קרייני "התביעה הייצוגית בישראל – על פרשת דרכים: בעקבות פסק דין מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ" דין ודברים א 469, 449 (2004).

154 סטיבן גולדשטיין "עוד בעניין תביעת ייצוג-קבוצתית – ההתפתחות במשפט האנגלי" משפטים יא 412, 424 (1981).

155 ס' 22-23 לחוק תובענות ייצוגיות.

156 ס' 7 לחוק תובענות ייצוגיות.

157 גור מגידו "גרונים: ייצוגיות מוגשות בחופזה בשל הרצון של עוה"ד להיות ראשון" גלובס 7.1.2015 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000999149

158 ס' 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות.

המגבילים את קשת המקרים שבהם ניתן לאשר תובענה כייצוגית: ראשית, שהנזק ברמת הפרט הוא זניח; ושנית, שקבוצת הניזוקים היא גדולה מספיק.

הנזק ברמת הפרט הוא זניח – התובענה הייצוגית נועדה לטפל במצבים שבהם קבוצה גדולה של נפגעים נפגעו באופן דומה על-ידי הנתבע, אך הנזק ברמת היחיד הוא פעוט, כך שללא המנגנון של התובענה הייצוגית לא יוגשו תביעות כלל, שכן ערכה של כל תביעה הוא שלילי. לגבי מקרים שבהם הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה הנפגעת הוא ממשי קבע בית-המשפט, גם כאשר דובר במספר גדול של נפגעים, כי ככלל התובענה הייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכריע בתובענה. הסיבה לכך היא שבמקרים אלה ערכה של התביעה לגבי כל אחד מן הנפגעים הוא חיובי, ולכן הסיכוי שתוגש על-ידיהם תביעה הוא גבוה, כך שמתן הכוח לתובע המייצג לתבוע בשמם יהווה פגיעה בזכות הגישה שלהם לערכאות. החוק והפסיקה לא נקבו אומנם את גובה הסכום לתביעת כל אחד מן הנפגעים אשר רק מתחתיו תאושר תובענה כייצוגית, אך מן הפסיקה עולה כי כאשר הנזק שנגרם לכל אחד מן הנפגעים עומד על אלפי שקלים, ייטה בית-המשפט לא לאשר את התובענה כייצוגית.¹⁵⁹ יתרה מזו, כאשר הנזק ברמת היחיד אינו זניח אך בית-המשפט החליט בכל-זאת לאשר את התביעה כייצוגית, בית-המשפט רשאי גם לקבוע כי התובענה הייצוגית תהיה בדרך של הצטרפות (opt-in). משמעות הדבר היא שכל אחד מן היחידים יצטרך להודיע לבית-המשפט, בכתב, על רצונו להצטרף לתובענה, ואם לא יעשה כן, הוא לא יהיה חבר בקבוצה ולא יהיה מחויב במעשה בית-דין לפסק-הדין שיינתן בסופו של ההליך.¹⁶⁰ משמעות

159 ראו, למשל, ס"ע (אזורי ת"א) 12-03-48194 אורטל נ' בן-בטחון (1989) בע"מ, פס' 17-18 (פורסם בנבו, 29.12.2014) ("כמו כן, אין מדובר בסכומים קטנים עבור כל תובע ותובע ההופכים את בירור התובענה האישית ללא כדאית... די בקביעתנו זו על מנת לדחות את הבקשה"); ת"צ (שלום ת"א) 11-09-38023 פרלמוטר נ' אברהם נאמן משרד עורכי דין ונוטריונים, פס' 50 (פורסם בנבו, 16.7.2012) ("מקרה טיפוסי בו תובענה ייצוגית צפויה להיות הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת הוא מקרה שבו הסעד המגיע לכל אחד מחברי הקבוצה אינו גבוה מספיק בכדי להצדיק הגשת תביעה אישית. תובענות ייצוגיות כאלו אף כונו בעבר 'תובענות ייצוגיות קלאסיות'... בענייננו, כאמור, המדובר בסכום של קרוב ל-5,000 ₪ לכל אחד מחברי הקבוצה, סכום לא מבוטל, המהווה, ביחד עם יתר השיקולים שפורטו לעיל, טעם שלא לאשר את התביעה כייצוגית"); ת"צ (מחוזי ת"א) 08-1899 שוסטר נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פס' 20 (פורסם בנבו, 28.11.2011) ("מהדוגמאות שציינ המבקש בסיכומיו... עולה כי הנזק שלכאורה נגרם לכל אחד מחברי הקבוצה... עומד על עשרות אלפי שקלים, ובכל מקרה אין מדובר בסכומים זניחים. ממילא אין לומר שהגשת תביעה אישית על ידי כל אחד מחברי הקבוצה, אינה כדאית.... נוכח כל אלה, לא נראה שתובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה בשאלה... (ולכן אין הצדקה לאשר את תביעת המבקש כתביעה ייצוגית)"; ת"צ (אזורי י"ם) 12-10-47080 בן חיים נ' רשתות תאורה בע"מ, פס' 7 (פורסם בנבו, 20.5.2015) ("הסכומים הנתבעים, כמפורט בעילת התביעה האישית של המבקש הם סכומים משמעותיים של אלפי שקלים, המצדיקים הגשת תביעות יחידניות").

160 ס' 12 לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי בית-המשפט רשאי לקבוע כי "הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה הייצוגית תכלול רק את מי שהודיע לבית המשפט, בכתב, על רצונו להצטרף לתובענה... [זאת, כאשר] (2) סכום התובענה או שווי נושאה הוא ניכר, ביחס לכל אחד מחברי הקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה לאישור".

הדבר היא שבמקרים שבהם הנזק ברמת היחיד אינו זניח אין כתובענה הייצוגית כדי לסייע לנתבע-בכוח המעוניין להיתבע על-ידי כמה תובעים יחדיו על-מנת לזכות בשקט נפשי.

גודל הקבוצה – ההיגיון העומד בבסיס התובענה הייצוגית הוא שקבוצת הנפגעים מהפרת הדין של הנתבע היא גדולה, באופן שיוצר להם בעיה של "פעולה משותפת". במילים אחרות, דרישה מן התובעים-בכוח להתארגן בעצמם ולתבוע יחדיו תטיל עליהם עלויות עסקה גבוהות, ולעיתים קרובות תסכל את היכולת להגיש את התביעה במאוחד (ובשל העובדה שהנזק ברמת היחיד הוא בדרך-כלל זניח, באופן שהופך את התביעות לבעלות ערך שלילי, לא יוגשו גם תביעות פרטניות על-ידי הנפגעים).¹⁶¹ מכאן שכאשר מספר התובעים-בכוח אינו גדול, ואף אין בעיה מיוחדת לזהותם או לאתרם, לא נוצרת בעיה של פעולה משותפת, ואין סיבה לאשר את התביעה כתובענה ייצוגית.¹⁶² החוק והפסיקה אינם קובעים מסמרות בשאלה מהו הרף התחתון של מספר חברי הקבוצה שרק מעליו תאושר תובענה כייצוגית, אך בית-המשפט סירב ברוב המקרים לאשר תובענות כאשר מספר חברי הקבוצה היה נמוך מכמה עשרות בני-אדם.¹⁶³ משמעות הדבר היא שבמקרים שבהם קבוצת התובעים-בכוח היא קטנה ואין בעיה מיוחדת לאתרם, לא יהיה אפשר לעשות שימוש במנגנון של התובענה הייצוגית.

161 קלמנט, לעיל ה"ש 152. ראו גם: Stephen C. Yeazell, *Collective Litigation as Collective Action*, 1989 U. Ill. L. Rev. 43.

162 אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט 131, 146 (2006).

163 פרשת פרלמוטר, לעיל ה"ש 159, פס' 38 ו-44-45 ("בחלק הארי של תובענות ייצוגיות מדובר במספר רב של חברים בקבוצה אשר לגביה נתבקש אישור הגשת תובענה ייצוגית... מדובר בעשרים עד שלושים מקרים לערך שבהם שילם צד שלישי – קרי מקבל דירה יד שניה' שעליו חלים צוי הפיקוח, שכ"ט מופרו למשיב. המדובר בקבוצה קטנה מאד. אמנם, לא קבוע ברין רף תחתון של מספר של חברי הקבוצה, אך לטעמי בנסיבות העניין, זוהי קבוצה קטנה מדי לצורך אישור תובענה כייצוגית"); ת"צ (שלום ת"א) 09-10-8243 כ'לפוס נ' גבאי (פורסם בפדאור, 17.1.2010) ("אחד התנאים שיש לבחון במסגרת הבקשה הוא האם התובענה הייצוגית, היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. במסגרת תנאי זה, יש לבחון אם גודלה של הקבוצה מצדיק את הגשת התביעה בדרך של תובענה ייצוגית... המשיבים טוענים, כי הקבוצה קטנה מידי מכדי שתביעתם תתברר כייצוגית... הקבוצה מונה 76 דיירים ושבעה דיירים הצטרפו עד כה. אין כל קושי לזהות את חברי הקבוצה או לאתרם. כולם מרוכזים באותו מקום גיאוגרפי. לא ברור בנסיבות אילו, מדוע יש לבחור בדרך תובענה ייצוגית על פני תביעה רגילה"); ת"צ (מנהליים ת"א) 12804-03-12 יניב נ' עיריית הרצליה, פס' 16 (פורסם בנבו, 23.9.2014) ("השאלה היא האם ניתן לאפשר הגשה של תביעה ייצוגית גם כאשר מספר התובעים הפוטנציאליים הוא קטן מאוד – כמו במקרה דנן, וכאשר למעשה מלבד המבקשים שהם צד לבקשה, ישנם חברים ספורים (אולי חבר אחד בלבד) בקבוצה. אני סבורה כי במקרה דנן התשובה לכך שלילית. כאשר מדובר במספר מצומצם כל-כך של תובעים פוטנציאליים, המכשיר רב העוצמה של תביעה ייצוגית, אינו המכשיר המתאים לניהול ההליך בין הקבוצה לבין הנתבעת – במקרה זה העירייה. במקרה דנן מדובר בקבוצה קטנה מאוד של תובעים, שאין מניעה לכך שהיא תתארגן בכוחות עצמה, ותגיש תביעה אחת בשמם של כל חבריה, מבלי להידרש להליך המורכב של בקשת אישור תביעה כתביעה ייצוגית").

9. התביעה הנגזרת

כדומה למכשיר התביעה הייצוגית, גם מכשיר התביעה הנגזרת מהווה מנגנון בעל סממנים קיבוציים אשר נותן מזור לחשש מכפל התדיינות.¹⁶⁴ כדיני החברות קיים כלל שלפיו בעל מניות אינו יכול לתבוע בגין נזק שנגרם לחברה ואשר הוביל לירידת ערכן של מניותיו. נזק כזה נחשב "נזק משני", אשר הדרך לרפאו היא באמצעות תביעה שתגיש החברה עצמה.¹⁶⁵ אם החברה נמנעה מלתבוע על הנזק שנגרם לה, ובעקיפין לרפא גם את הנזק המשני שנגרם לבעלי מניותיה, אחד מבעלי מניותיה יכול להתייצב ולבקש מבית-המשפט לתבוע בשמה של החברה.¹⁶⁶ אם תאושר בקשתו, ובכפוף לתנאים הקבועים בחוק החברות

164 ראו, למשל, את דבריו של השופט סולברג ברע"א 4024/14 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' כהן, פס' 11 (פורסם בנבו, 26.4.2015): "מכשיר זה נועד להתמודד עם מספר כשלים פרוצדוראליים הטמונים בפיוזור בעלי המניות שבחברה הציבורית... במקרים רבים אופן בירור התביעה הראוי והיעיל הוא בהליך קולקטיבי אחד, המאחד את כלל קבוצת המשקיעים נגד הנתבע." עוד על אופייה הקיבוצי של התביעה הנגזרת ראו את דבריו של השופט כבוב בתנ"ג (כלכלית) 13'09-815 לנואל נ' מאור, פס' 25 (פורסם בנבו, 14.4.2015): "שני ההליכים, הן התביעה הנגזרת והן התביעה הייצוגית, הם בעלי אופי 'ציבורי' וחשיבות ציבורית, כאשר בשניהם התביעה מנוהלת על ידי אדם אחד (בין אם בשם חברה בהליך התביעה הנגזרת, ובין אם בשם קבוצה בהליך התביעה הייצוגית) במטרה להועיל לקבוצת אנשים (לחברה ולפיכך לבעלי מניותיה בהליך התביעה הנגזרת, ולמחזיקים בניירות הערך בהליך התביעה הייצוגית) אשר נפגעה מהמעשה נשוא הבקשה...". כן ראו אירית חביב-סגל דיני חברות כרך א 679-684 (2007) ("הליך התביעה הנגזרת והליך התובענה הייצוגית – דומים זה לזה, במובן זה ששני ההליכים הם הליכים קולקטיביים, המתנהלים לטובתה של קבוצה, אשר חלק מחבריה אינם מופיעים בעצמם בבית-המשפט. הליך התביעה הנגזרת מתנהל לטובת החברה, המגלמת את כיס העושר הקולקטיבי של מכלול משקיעיה; הליך התובענה הייצוגית מתנהל לטובת קבוצה של בעלי ניירות ערך...").

165 ראו את דבריו של הנשיא ברק בע"א 3051/98 דרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פ"ד נט(1) 673, 689 (2004): "השאלה הנשאלת היא אם אמנם נגרם נזק אישי לבעל מניות – נזק המעניק לו זכות אישית – בשל פעולות שעשו אורגנים של החברה, ואשר הביאו לירידת ערך מניותיו בחברה. התשובה היא, ככלל, בשלילה... הסיבה לכך הינה שהנזק מן העיסקה – ככל שאמנם התקיים – נגרם בראש ובראשונה לחברה שהנכס שלה הוא שנמכר במחיר הפסד. הזכות להטבת הנזק, ועמה עילת התביעה, מצויות בידי החברה. אכן, אפשר שבעקבות העיסקה נפגע שווי ההחזקות שבידי בעלי המניות מן הציבור. אלא שזוהי, ככל שאמנם התקיים, הוא באופן טיפוסי נזק משני. זהו נזק אשר נגזר מנזקה של החברה... ברגיל, הנזק יוטב באופן אחיד אם וכאשר תתבע החברה את נזקה היא ותזכה בפיצויים." ראו גם ע"א 9014/03 גרינפלד נ' לסר, פס' 13-14 (פורסם בנבו, 14.12.2006).

166 ראו את ההגדרה של תביעה נגזרת בס' 1 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, וכן בס' 194(א) לחוק. כן ראו, למשל, את דבריה של השופטת נאור ברע"א 2903/13 אינטרקולוני השקעות בע"מ נ' שקדי, פס' 13 לפסק-דינה (פורסם בנבו, 27.8.2014): "הליך התביעה הנגזרת מאפשר לבעלי מניות בחברה או לחברי דירקטוריון החברה להגיש תובענה בשם החברה, בגין עילת תביעה של החברה, בהבדל מעילת תביעה אישית שלהם... הליך זה מעניק לבעל מניות 'זכות עמידה' לתבוע בשם החברה, בשל הימנעותם של האורגנים המוסמכים להגיש תביעה בשם

ובפסיקת בתי-המשפט, יתייצב בעל המניות נעלי החברה ויתבע בשמה בתיביעה המכונה בנסיבות אלה "תביעה נגזרת".¹⁶⁷

היות שהתביעה היא תביעתה של החברה, ובעלי המניות אינם רשאים לתבוע במישרין, נחסך מהנתבע החשש מריבוי תביעות נגדו. עם סיום ההליך נוצר מעשה בית-דין, לטוב ולרע, בין החברה לבין הצד השלישי הנתבע, ובכך בא לידי מיצוי הדיון בעניינו.¹⁶⁸ יתר על

החברה, בין אם כנגד נושא משרה בחברה, בין אם כנגד בעל שליטה בה ובין אם כנגד גורם חיצוני...". ראו עוד פרשת מגן וקשת, לעיל ה"ש 151, בעמ' 324-325; פרשת דרין, לעיל ה"ש 165, בעמ' 690; ע"א 7602/09 בנק הפועלים בע"מ נ' CIBEL FINANCIERE S.A, פס' 14 (פורסם בנבו, 10.2.2011); רע"א 5296/13 אנטורג נ' שטבינסקי, פס' 16-17 (פורסם בנבו, 24.12.2013). לשם הדיוק, מלבד בעל מניה, גם דירקטור בחברה יכול כאמור להגיש תביעה נגזרת. ראו ס' 194(א) לחוק החברות. כמו-כן, בהתאם לס' 204 לחוק, נושה של חברה רשאי להגיש תביעה נגזרת בשם החברה בשל חלוקה אסורה שבוצעה בחברה, ונושה שהוא בעל איגרת-חוב בחברת אגרות-חוב רשאי להגיש תביעה נגזרת בשם החברה גם בשל אי-קיום הוראות ס' 275(ג) ו-275(ד) לחוק החברות, הנוגעים בדרכי אישורה של עסקה עם בעל שליטה. לבסוף, ס' 345(א) לחוק החברות מאפשר גם לרשם ההקדשות להגיש תביעה נגזרת בשם חברה לתועלת הציבור. ברם, המקרה השכיח של תביעה נגזרת הוא תביעה של בעל מניה. עוד נציין כי זכות התביעה הנגזרת המוקנית מפורשות בחוק לבעל מניות בחברה הורחבה על-דרך ההיקש גם לתאגידים אחרים, לרבות אגודה שיתופית (ראו בג"ץ 6627/98 נוימן נ' רשם האגודות השיתופיות, פ"ד נר(5) 299 (2000)), וכן לאגודות עות'מאניות ולעמותות (ראו בש"א (מחוזי ת"א) 11745/00 שטרית נ' אריסון השקעות בע"מ, פ"מ תשס"ב(1) 110 (2002)). לדיון קצר בהרחבת לתאגידים נוספים ראו יוסף גרוס חוק החברות החדש 331 (מהדורה רביעית, 2007). ראו ס' 194-198 לחוק החברות. כן ראו, למשל, את דבריו של השופט עמית בפרשת אנטורג, לעיל ה"ש 166, פס' 17: "סעיף 198(א) לחוק החברות קובע... שני תנאים לצורך אישור בקשה לתביעה נגזרת – כי אישור הבקשה הוא לטובת החברה וכי הבקשה לא הוגשה בחוסר תום לב. שני תנאים אלה, ובמיוחד התנאי הראשון, מותירים שיקול דעת רחב לבית המשפט, והדעה המקובלת היא כי גם שיקולי צדק, שהוכרו בפסיקה כשיקול רלבנטי, נכנסים לסל השיקולים של בית המשפט, לצד שיקולי הרתעה ושיפור הממשל התאגידי...". ראו גם פרשת גרינפלד, לעיל ה"ש 165, פס' 15-16; פרשת שקדי, לעיל ה"ש 166, פס' 13. לדיון בתנאים הדיוניים הדרושים להשתכללותה של הזכות להגיש תביעה נגזרת ראו חאלד כבוב וענבל מימון-בלאו "שלבים ראשונים בהגשת תביעה נגזרת" תאגידים ט(4) 3, 6-10 (2012).

ראו, למשל, את דבריו של הנשיא ברק בפרשת דרין, לעיל ה"ש 165, בעמ' 689-690: "ביסוד הגישה השוללת עילה אישית מבעל המניות כלפי מזיקים לחברה בגין נזק משני עומדים שלושה טעמים עיקריים... [הטעם השני הוא] החשש הכבד לריבוי בלתי סביר של תביעות. ריבוי שכזה יאיים לאיין את מסך ההתאגדות החוצץ בין בעלי מניות לנושאי משרה. הוא עלול להביא להכבדה בעלויות הביטוח ולליקויים בהכוונת ההתנהגות של הפועלים בשוק ההון. בפרט כך כשמדובר בנושאי משרה, אשר קביעת חבות אישית מצדם כלפי בעלי המניות עקב פעילויות עסקיות שביצעו במסגרת החברה, עלולה להרתיע אותם מפני נטילת סיכונים, שהינם סיכונים רצויים לחברה (company) ולחברה (society). כזכור, אנו עוסקים בחברות ציבוריות, אשר מניותיהן נסחרות בידי אלפים רבים של אנשים, וששעריהן יורדים ועולים חליפות. הכרה בעילת תביעה אישית של כל בעל מניות כלפי כל צד שלישי (דוגמת מנהל בחברה) שיתפס כאחראי לירידת שער עלולה להשפיע באופן משמעותי על התנהגותו היעילה של השוק...

כן, בית-המשפט גם אינו מאפשר לכמה בעלי מניות לנהל במקביל דיונים בבקשות לאשר תביעה נגזרת בעילות דומות.¹⁶⁹ בדומה לתביעה הייצוגית, גם כאן בית-המשפט מעניק יתרון למבקש הראשון בזמן (עד כדי נטייה מובהקת לחסום בקשות מאוחרות), ומכאן שגם בתביעה הנגזרת קיים מרוץ להגשת הבקשה, אשר מונע השתתות בהגשתה.¹⁷⁰ למעשה, ניתן לומר כי התביעה הנגזרת מעניקה לנתבע ביטחון רב יותר בכך שהוא לא יהיה חשוף לתביעות נוספות באותו עניין, וזאת אפילו בהשוואה לתביעה הייצוגית. הסיבה לכך היא שבתביעה ייצוגית שמורה לאנשים הנכללים בקבוצה הזכות לפרוש ממנה ולהתחיל בהליך נפרד (opt-out).¹⁷¹ חשש זה גדול במיוחד דווקא כאשר הסעד המבוקש הוא סעד הצהרתי, צו מניעה או צו עשה. ניהול הליך כזה לאחר תום התביעה הייצוגית או הפשרה שהושגה במסגרתה עלול להשית על הנתבע עלויות עצומות. לעומת זאת, מנגנון התביעה הנגזרת אינו מאפשר כל פרישה ממנו. התובע הפורמלי בהליך התביעה הנגזרת

שונה הליך התביעה הנגזרת, המבודד את עילותיה של החברה ומבטיח תביעה יחידה כלפי המזיקים לה. מטעם זה טבועה במנגנון התביעה הנגזרת ההנחה שפסק-הדין שניתן בה מקים מעשה-בית-דין בקשר לאותה עילה כלפי החברה, כלפי בעלי מניותיה וכלפי המעוול-הנתבע, שאחרת תישלל כל תועלתו של המנגנון...". לעניין החשש מריבוי תביעות ראו גם צפורה כהן בעלי מניות בחברה – זכויות תביעה ותרופות כרך ג 440 (מהדורה שנייה, 2010). לעניין הקמתו של מעשה בית-דין ראו גם אוריאל פרוקצ'יה דיני חברות חדשים בישראל – דין נוהג, דין רצוי והדרך לחקיקה 401-402 (1989).

169 ראו את דבריו של השופט כבוב בפרשת לנואל, לעיל ה"ש 164, פס' 31: "כבואו של בית המשפט לבחון ולהכריע בדבר אופן ניהולן של בקשות לאישור תביעות נגזרות אשר מתעוררות בהן שאלות זהות או דומות בעיקרן של עובדה או משפט, רשאי הוא לעשות זאת תוך החלת המנגנון הקבוע בסעיף 7 לחוק תובענות ייצוגיות, בשינויים המחויבים, תוך שקילת השיקולים הבאים ומתן משקל מתאים לכל אחד מהם בהתאם לנסיבות העניין: טובתה של החברה, יעילות הדיון, יעילות המערכת השיפוטית והמדניניות המשפטית הראויה וכן ידיעתו של המבקש המאוחר בזמן על כך שהוגשה כבר בקשה לאישור תביעה נגזרת קודמת באותו העניין...". ראו גם תנ"ג (כלכלית) 15*03*37867 אמיד נ' בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פס' 10-12 (פורסם כנבו, 25.6.2015).

170 בית-המשפט מבהיר בפרשת לנואל, לעיל ה"ש 164, פס' 32, כי "בקשה לאישור תביעה נגזרת אשר הוגשה ראשונה בזמן לא תזכה לעולם לכורה רק משום מועד הגשתה ותמנע ממבקשים נוספים להצטרף להליך, שהרי יתכן ויש בבקשות הנוספות כדי להוסיף נדבך מהותי וחיוני... בקשה לאישור תביעה נגזרת אשר הוגשה ראשונה אולם הוגשה היא בחופזה ובהיותה נטולת ביסוס במטרה 'לתפוס מקום בתור' ולהיות הראשונה בזמן, תיסוג היא בפני בקשה לאישור תביעה נגזרת מעמיקה, מבוססת וראויה הגם שהוגשה במועד מאוחר יותר". עם זאת, השופטת רונן מדגישה בפרשת אמיד, לעיל ה"ש 169, פס' 18, כי "בררת המחדל' בבחירת הבקשה שתיוותר לדיון, צריכה להיות כי בית-המשפט יבחר בבקשה הראשונה שהוגשה – אם כל יתר הנסיבות בהתייחס לשתי הבקשות הן זהות".

171 ס' 11 לחוק תובענות ייצוגיות.

הוא החברה, ובעלי המניות המושפעים ממנו בעקיפין אינם יכולים לנהל הליך נפרד אם תוצאת התביעה הנגזרת אינה נושאת חן בעיניהם.¹⁷² הליך התביעה הנגזרת טומן בחובו אפוא פתרון מסוים לחשש מליטיגציה כפולה, מהכרעות סותרות ומהטרדה חוזרת ונשנית של הנתבע, אולם זהו פתרון מצומצם ביותר. הוא מחסן אך ורק מפני ריבוי תביעות של בעלי מניות אשר המשפט אינו מאפשר להם לתבוע במישרין את הנזק שנגרם להם בשל הפגיעה בשווי מניותיהם. כמו־כן, בית־המשפט מייחד את ההליך למקרים שבהם קיימת תקלה במערכת קבלת החלטות של החברה, ואינו מאפשר שימוש חופשי במנגנון בכל עת שבה בעל מניות חולק על החלטת החברה לא למצות את עילת התביעה העומדת לכאורה לרשותה.¹⁷³

10. טען־הביניים

מנגנון דיוני נוסף שיכול לסייע לנתבע־בכוח, במקרים מצומצמים ומתוחמים מראש, להתגבר על תוצאותיו של כלל הבלעדיות הוא טען־הביניים.¹⁷⁴ הליך של טען־ביניים נועד לסייע לנתבע, בפועל או בכוח, החושש מפני תביעות סותרות של שני צדדים או יותר הטוענים כי הנתבע חב להם אותו חוב עצמו. ההליך מאפשר לנתבע להפנות את הסוגיה לבית־המשפט, אשר יכריע בין טיעוניהם של התובעים השונים, כדי שהנתבע יוכל לדעת לתביעתו של מי מהם עליו להיענות, מבלי שיהיה צפוי עוד לתביעתם של התובעים הנוספים באותו עניין. הליך זה הוא חריג בנוף הדיוני, מכיוון שהוא נפתח על־ידי החייב (המכונה בתקנות "המבקש"), בין שכבר הוגשה תביעה נגדו על־ידי אחד התובעים ובין שטרם הוגשה תביעה על־ידי מי מהם, והמשיבים בו הם כל הטוענים לקיומו של חוב. על־מנת שיהיה אפשר לפתוח בהליך של טען־ביניים צריכים להתקיים כמה תנאים מצטברים:¹⁷⁵ ראשית, המבקש

172 ראו כהן, לעיל ה"ש 168, בעמ' 573-576. בדבריה של כהן יש קריאה למחוקק להורות על פרסום הודעה בדבר פרטי ההסדר או הפשרה שהושגו בתביעה נגזרת, ולאפשר לבעל מניה, לדירקטור ולנושה להגיש התנגדות לאישור ההסדר או הפשרה. המחוקק אכן הורה כך במסגרת תיקון 16 לחוק החברות. ראו ס' 202(ב) לחוק החברות, שהוסף בחוק החברות (תיקון מס' 16), התשע"א-2011, ס"ח 390. אולם אם בית־המשפט לא קיבל את ההתנגדות, לבעל המניות אין מנוס מלקבל על עצמו את תוצאת ההליך עקב השפעתו על ערך מניותיו.

173 לגבי התקלה במערכת קבלת החלטות בנוגע להגשת תביעה ולמימוש זכותה של החברה ראו, למשל, את דבריה של השופטת רונן בתנ"ג (כלכלית) 12*02*32489 אלטמן נ' אורמת תעשיות בע"מ, פס' 13-18 (פורסם בנבו, 3.10.2013): "ההליך של תביעה נגזרת הוא הליך חריג, במסגרתו ניתנת לבעל מניות בודד אפשרות להגיש תובענה במקום החברה ועבורה, וחרף החלטתו של דירקטוריון החברה שלא לעשות כן... על פי הכלל וכלל שיקולי־הדעת העסקי, כאשר מקבל דירקטוריון החברה החלטה מיודעת, בהתבסס על איסוף מידע ראוי והפעלת שיקול דעת, בתום לב וללא ניגוד עניינים, מוטל נטל הראייה על התובע, הטוען כי ההחלטה אינה סבירה. בית־המשפט לא יתערב בהחלטה, כל עוד ניתן לייחס אותה למטרה עסקית סבירה כלשהיא... גם כאשר מדובר בהחלטה של החברה אם להגיש תביעה אם לא, יש מקום לתחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי."

174 ראו פרק יח לתקנות סדר הדין האזרחי.

175 תק' 224 ו-226 לתקנות סדר הדין האזרחי.

הוא נתבע או אדם הצפוי להיתבע; שנית, המבקש אינו תובע לעצמו טובת-הנאה כלשהי בנושא התביעה השנוי במחלוקת, אלא מבקש אך ורק לברר את טענותיהם של תובעים או תובעים-בכוח נגדו (המכונים בתקנות "הטוענים"); שלישית, יש שני אנשים לפחות הטוענים לזכות על אותו עניין עצמו; רביעית, תביעותיהם של כל התובעים, בכוח או בפועל, הן סותרות, כלומר, טענותיהם של כל הטוענים מכחישות זו את זו לחלוטין (הבקשה תסולק אם יתברר כי אפשר שהמבקש חב ליותר מטוען אחד);¹⁷⁶ חמישית, אין קנוניה בין המבקש לבין מי מן הטוענים; שישית, המבקש מוכן לקבל על עצמו כל מה שיורה בית-המשפט בסופו של ההליך.

דוגמה למקרה המתאים להליך של טען-ביניים הוא מקרה שבו המבקש מודה כי נטל הלוואה ולכן הוא חב חוב לאדם כלשהו, אך יש שלושה אנשים הטוענים טענות סותרות ומכחישות ביחס לזכות לקבל את החזר הלוואה: אחד הוא המלווה המקורי, אחר הוא אדם הטוען כי המלווה המחזר לו את זכותו, והשלישי הוא הנושה של הממחה (המלווה המקורי).¹⁷⁷ לאחר הגשת הבקשה לטען-ביניים נפתח הליך ובו שותפים הנתבע מצד אחד וכל הטוענים לזכות מן הצד האחר. על כל אחד מן הטוענים להגיש הודעה המנמקת את תביעתו, והדיון מתנהל לרוב בין הטוענים עצמם, בעוד הנתבע (המבקש) נותר סביל במהלך הדיון כולו. בסופו של הדיון בית-המשפט קובע את מערכת הזכויות והחובות של הטוענים, פוסק לטובת אחד מהם, ומוציא "צו גודר" שמטרתו לחסום תביעה אפשרית של כל אחד מן הטוענים האחרים שהיו צד לדיון. למעשה, הסעד המבוקש בהליך של טען-ביניים הוא ביטול הסכסוך שבין הטוענים לבין עצמם, הכרעה לטובת אחד מהם והוצאת צו גודר נגד הטוען או הטוענים האחרים (או הבאים מכוחם).¹⁷⁸

ההליך של טען-ביניים הוא מנגנון חשוב שיכול להתגבר על הקשיים שכלל הבלעדיות יוצר לנתבעים (בכוח או בפועל) החוששים מפני תביעות עתידיות מטעם שני תובעים-בכוח או יותר, אך זאת במצבים מצומצמים מאוד ובתנאים מגבילים. כאמור, מנגנון זה יכול לסייע לנתבע-בכוח רק כאשר הוא אינו חולק כלל על קיומו של חוב, ואף לא על הסכום שהוא חב, והשאלה היחידה שבית-המשפט מתבקש לענות עליה היא כלפי מי מהטוענים לחוב, שטענותיהם מכחישות זו את זו, על המבקש לפרוע את החוב. טען-הביניים אינו יכול לסייע לנתבע-בכוח שאינו מודה בקיומו של חוב או טוען כי סכום החוב שהוא חב נמוך מזה הנטען על-ידי התובעים-בכוח. נוסף על כך, אין בו כדי לסייע לנתבע כאשר טענותיהם של התובעים-בכוח אינן מכחישות זו את זו, אלא מדובר בתובעים בעלי עילות תביעה דומות שכל אחד מהם טוען לזכות עצמאית לקבל סעד מן הנתבע. עם זאת, מכיוון שטען-הביניים הוא ההליך היחיד הקבוע בתקנות או בחקיקה הישראלית הנפתח על-ידי הנתבע, הוא יכול לשמש מודל ראוי להליך שנציע בפרק הבא של המאמר.

176 רע"א 5168/04 עיריית ערד נ' סתר (פורסם בנבו, 7.6.2005).

177 ראו, למשל, ע"א 6/75 החברה לפיתוח באר-שבע בע"מ נ' המחסן למלאכה באר-שבע, פ"ד כט(2) 632 (1975); ע"א 568/85 Bank Hapoalim (Switzerland) Ltd. נ' חברה לנאמנות של הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, פ"ד מב(4) 507 (1989).

178 לדיון מפורט בהליך של טען-ביניים ראו אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 805-813 (מהדורה שתיים-עשרה, 2015).

ד. צו חוסם – הפתרון המוצע

בפרקים הקודמים עמדנו על הבעיות הרבות שכלל הבלעדיות גורם בקשת רחבה של מקרים, וסקרנו את המנגנונים הדיוניים השונים שבאמצעותם שיטת המשפט מנסה להתגבר על בעיות אלה. ראינו כי המנגנונים הקיימים פותרים רק חלק מן הבעיות, ומייצרים בעצמם עיוותים רבים, ההופכים אותם למנגנונים בלתי-מספקים במקרה הטוב, וגרועים במקרה הרע, לטיפול במגוון הבעיות שכלל הבלעדיות יוצר. בפרק זה נציע מנגנון דיוני חלופי – בקשה לצו חוסם – שבאמצעותו ניתן לפתור בחדא מחתא את רוב הבעיות, נעמוד על יתרונותיו, ונסביר מדוע הוא עדיף על המנגנונים המשמשים כיום. חשוב להדגיש כי איננו מציעים לבטל את כלל הבלעדיות ולהחליפו בכלל שלפיו הנתבע-בכוח יהיה שווה-ערך לתובע-בכוח בכל הנוגע בקביעת המועד שבו תוגש התביעה. גם במשטר המוצע על-ידינו יישאר כלל הבלעדיות בררת-המחדל, ויחול ברובם המכריע של המקרים. אנו מציעים, עם זאת, להשתמש במנגנון של צו חוסם במקרים מתוחמים ומוגדרים היטב שבהם מוצדק להעניק לנתבע-בכוח את הזכות לעתור לכך שהתביעה נגדו תוגש בהקדם. צמצום המקרים ותיחומם יגביל את אי-הוודאות וריבוי ההתדיינות שעלולים להיווצר כתוצאה מן החריג המוצע לכלל הבלעדיות.

לבסוף, נראה כי המנגנון של צו חוסם מוכר בפסיקה הישראלית כבר כיום, ולכן אין צורך בשינוי חקיקה או בתיקון התקנות על-מנת שיהיה אפשר לעשות בו שימוש באופן המוצע על-ידינו. ההיגיון המונח בבסיסו של הצו החוסם, כפי שהוא מופעל כיום, דומה מאוד להיגיון של המנגנון המוצע. עם זאת, בתי-המשפט לא עשו עד כה שימוש בצו החוסם על-מנת להתגבר על מכלול הבעיות שכלל הבלעדיות יוצר. חלקו הראשון של הפרק יתאר את המנגנון המוצע על-ידינו, חלקו השני יעמוד על יתרונותיו ביחס למנגנונים הקיימים, וחלקו השלישי של הפרק יעסוק באופן שבו השתמשה עד כה הפסיקה הישראלית במנגנון של צו חוסם, ויראה מדוע הרחבת השימוש בו, באופן המוצע על-ידינו, היא ראויה ואפשרית מכוח הדין הקיים.

1. הבקשה לצו חוסם – הצגת המנגנון

בהתקיים נסיבות המצדיקות חריגה מכלל הבלעדיות, שעליהן הרחבנו את הדיבור בפרק השני של המאמר, יהיה הנתבע-בכוח זכאי לפנות לבית-המשפט ולהגיש בקשה לצו חוסם נגד התובע-בכוח או התובעים-בכוח.¹⁷⁹ במסגרת הבקשה לצו חוסם יפרט הנתבע-בכוח (להלן: המבקש) את מסכת העובדות והטענות המשפטיות המקימות לכאורה לתובע-בכוח

179 הערכאה המוסמכת לדון בבקשה לצו חוסם מבחינה עניינית תהיה הערכאה בעלת הסמכות לדון בתביעה שתוגש, אם תוגש, על-ידי התובע-בכוח נגד הנתבע-בכוח מבחינת סוג העניין המהותי שבו היא עוסקת (כגון בית-המשפט לענייני משפחה או בית-הדין לעבודה), ואם מדובר בעניין אזרחי רגיל, תהא הסמכות נתונה לבית-המשפט המחוזי מכוח סמכותו השירותית. הסמכות המקומית של בית-המשפט תיקבע על-פי מקום מושבו של הנתבע, בבחינת "הולך התובע אחר הנתבע", כאשר מבקש הצו החוסם (הנתבע-בכוח) ייחשב לצורך קביעת הסמכות המקומית כתובע, ואילו המשיב (התובע-בכוח) ייחשב כנתבע. עם זאת, כאשר העילה להגשת הבקשה

(להלן: המשיב) עילת תביעה נגדו (בלא צורך לנקוב את הסעד או הסעדים שהמשיב עשוי לבקש נגדו), ימנה את ההצדקה או ההצדקות למתן הצו החוסם, וינקוב את המועד שעד אליו יידרש התובע-בכוח להגיש את תביעתו, בהתאם להצדקות לעצם מתן הצו.¹⁸⁰

התובע-בכוח יהיה זכאי להשיב לבקשה, ויוכל להגיב עליה באחד משני אופנים. האחד, הוא יהיה רשאי להצהיר כי אין בכוונתו להגיש תביעה נגד המבקש בעילה או בעילות המנויות בבקשה, והצהרה זו תביא את ההליך לידי סיום, תוך מתן צו חוסם נגד המשיב אשר ימנע ממנו הגשת תביעה עתידית נגד המבקש בעילות המנויות בבקשה עם חלוף המועד שנקב המבקש בבקשתו. האופן שבו יפורש המונח "עילה" לצורך הצו החוסם הוא רחב, ומקביל לאופן שבו המונח מפורש לצורך הדוקטרינה של השתק עילה, וזאת על-מנת למנוע את המשיב מלחמוק מתוצאות הצו על-ידי שינוי כמה עובדות לא-מהותיות והגשת תביעה בגין אותה עילה בעתיד.¹⁸¹ במקרה זה נגרם לכאורה בזכוז משאבים מסוים, מתון בהיקפו, שכן המבקש השקיע משאבים בהכנת הבקשה לצו חוסם בעוד שהמשיב ממילא לא התכוון להגיש תביעה נגדו. אולם בפועל טמונה כאן תועלת רבה למבקש, אשר אינו צריך עוד לחשוש מתביעה שתוגש נגדו בעיתוי נחות מבחינתו. חשוב לציין עוד כי תשובה של המשיב שלפיה אין בכוונתו לתבוע אינה מלמדת בהכרח כי הוא לא איים בהגשת תביעה או לא היה מגיש את תביעתו אלמלא הבקשה לצו חוסם. יש לזכור כי שימוש אסטרטגי בעיתוי התביעה יכול להניב למשיב (התובע-בכוח) פשרה או אף ניצחון בהליך גופו אך ורק בתנאי שיש בכוחו לאיים בתביעה אך לא להגישה או לחלופין להגיש את התביעה בעיתוי גרוע מבחינת המבקש (הנתבע-בכוח).

האופן האחר שבו יוכל המשיב להגיב על הבקשה הוא להתנגד לה באמצעות שלושה סוגים של טענות שבעטיין אין לדירדו מקום להעניק למבקש צו חוסם. סוג אחד של טענות שהמשיב יוכל להעלות הוא טענות ביחס להתקיימותם (או לאי-התקיימותם) של הטעמים שבעטיים המבקש סבור כי ראוי להעניק לו צו חוסם. כך, למשל, אם המבקש טוען כי עד אשר חיוני להוכחת גרסתו חולה במחלה קשה, יוכל המשיב לטעון כי העד אינו רלוונטי כלל להליך או כי הוא אינו חולה במחלה המיוחסת לו.¹⁸² באופן דומה, אם המבקש טוען כי העיכוב בהגשת התביעה פוגע בחברה שבבעלותו, יוכל המשיב להעלות טענה כי פגיעה זו אינה קיימת כלל, וכי בניגוד לטענת המבקש, התביעה העתידית אינה משליכה על יכולתו של המבקש למכור את החברה כמו-גם על שווייה. לאחר קבלת טענות הצדדים יוכל בית-המשפט לקיים דיון במעמד שני הצדדים, שבמסגרתו יבחן בית-המשפט את נכונות הטענות באמצעות עדים וראיות. הן נטל הבאת הראיות והן נטל ההוכחה ביחס להתקיימות הנסיבות

לצו חוסם היא צירוף של תובע-בכוח או תובעים-בכוח לתביעה תלויה ועומדת, תוגש הבקשה לערכאה שבה תביעה תלויה ועומדת זו מתנהלת.

180 לשיטתנו, הפנייה לבית-המשפט בבקשה לצו חוסם לא תהווה "הודאה בקיום זכות" לפי ס' 9 לחוק ההתיישנות, ולא תאתחל את מרוץ ההתיישנות, שכן בעצם הגשת הבקשה הנתבע אינו מודה בזכותו של התובע-בכוח, אלא רק מבקש מבית-המשפט לדון בעניין במועד מוקדם.

181 לדיון ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 541-542.

182 ברוב המקרים התשובה לא תאליך את התובע-בכוח לחשוף את ראיותיו, אף שמקצת הקלפים שבידו עלולים להיחשף באופן אגבי במסגרת הדיון בצו החוסם. תוצאת הדיון עשויה להיות חשיפה של עילת התביעה של המשיב, אולם הסתרת עילת התביעה אינה מהווה אינטרס מוגן.

המצדיקות מתן צו חוסם יהיו מוטלים על הנתבע-בכוח, המבקש מבית-המשפט לחרוג מן הכלל שלפיו התובע הוא שזכאי לבחור את מועד ההתדיינות כרצונו, ויהיה עליו להוכיח לשביעות-רצונו של בית-המשפט גם במקרים שבהם המשיב לא טען דבר לגביהן, ואף אם הוא לא הגיש כתב תשובה כלל, וזאת כדי לוודא שהמנגנון המוצע לא יפגע בתובעים-בכוח חלשים.

סוג שני של טענות שהמשיב עשוי להעלות הוא טענות הנוגעות באינטרסים שלו עצמו, המראות מדוע היענות לבקשה למתן צו חוסם תפגע בו (בתובע-בכוח) ואף עלולה לחרוץ את גורלה של תביעתו העתידית לשבט. כך, למשל, המשיב עשוי לטעון כי נחוץ לו זמן רב יותר על-מנת לאסוף את הראיות הנחוצות לו לשם הוכחת תביעתו, ולנמק מדוע הוא אינו יכול לעשות זאת בזמן הנקוב בבקשה. דוגמה נוספת לטענה שהמשיב עשוי להעלות היא שעד מרכזי הנחוץ לו לשם הוכחת גרסתו אינו זמין, ולא יהיה זמין עד לסוף התקופה שנקב המבקש בבקשתו לצו חוסם. המשיב עשוי אף לטעון כי אין בידו המשאבים הדרושים לשלם אגרת בית-משפט או לשכור עורך-דין לצורך ניהול התביעה, וכי לא יהיה באפשרותו להשיג משאבים אלה במסגרת הזמן הנקובה בבקשה לצו חוסם. הנטל להוכיח טענות אלה יהיה מוטל על המשיב, אך הרף שהוא יצטרך לעמוד בו לא יהיה גבוה.

סוג שלישי של טענות שהמשיב יכול להעלות הוא טענות ביחס לעובדות ולטענות המשפטיות שאותן הציג המבקש בבקשתו כמקימות לכאורה למשיב עילת תביעה נגד המבקש. המשיב יכול לטעון כי העובדות שהמבקש הציג אינן מדויקות או שהן מקימות למשיב עילת תביעה על-סמך טענה משפטית שונה מזו שהציג המבקש, באופן שהופך את הנסיבות שהמבקש טוען כי הן מצדיקות מתן צו חוסם ללא-רלוונטיות. אם יבחר המשיב להעלות טענה מסוג זה, יהיה עליו לפרט את העובדות אשר לטענתו מקימות לו את עילת התביעה נגד המבקש או את הטענה המשפטית החלופית שהוא מתכוון לטעון במסגרת תביעתו העתידית. ניטול, לשם הדוגמה, מצב שבו המבקש טוען בבקשתו כי עילת התביעה של המשיב נגדו נשענת על רשלנות מקצועית, וכי ראוי להעניק לו צו חוסם שכן חלוף הזמן עלול לגרום לו לאובדן היכולת להיפרע מחברת הביטוח בגין כל חבות שהוא עשוי להימצא חייב למשיב. המשיב עשוי לטעון כי תביעתו העתידית אינה מתבססת על רשלנות מקצועית כלל, אם מחמת שהעובדות שהוא יטען להן הן שונות ואם מכיוון שהטענה המשפטית שהוא מתכוון להתבסס עליה היא עילה חוזית (למשל, מכיוון שלטענתו המבקש גבה ממנו שכר-טרה בטר, בניגוד להסכם שכר-הטרה ביניהם). בנסיבות אלה פוליסת הביטוח של המבקש, המכסה רשלנות מקצועית בלבד, אינה רלוונטית כלל. במצב דברים זה יעניק בית-המשפט למבקש צו חוסם ביחס לעובדות או לטענות המשפטיות שנטענו על-ידי המבקש בבקשתו, אך יותיר למשיב את האפשרות להגיש תביעה עתידית בהתבסס על עובדות אחרות או על טענה משפטית שונה (וזאת מבלי שהמבקש יוכל להעלות במסגרת התביעה העתידית את הטענה כי הצו החוסם מהווה בסיס לטענת השתק עילה ביחס לעובדות או לטענות המשפטיות שהמשיב טוען להן).

המשיב יוכל גם לטעון כי העובדות כהווייתן אינן ידועות לו, שכן לא היה לו די זמן או משאבים לצורך דרישה וחקירה של העובדות שעשויות להוות בסיס לתביעה עתידית אפשרית מצידו. במקרה זה יניח בית-המשפט כי כל העובדות שהמבקש טוען להן הן נכונות (בכפוף להפעלת היגיון בריא ושכל ישר), והדיון שבמסגרתו יכריע בית-המשפט אם ראוי להעניק

למבקש צו חוסם יתנהל על-סמך הנחה זו. זאת, כמובן, מבלי שהמשיב יודה בנכונותן או יהיה מחויב להן בכל הליך עתידי שיתנהל בינו לבין המבקש או אדם אחר. יושם אל לב כי אף לא באחד מן המקרים יערוך בית-המשפט דיון בשאלת נכונותן של העובדות והטענות המשפטיות המבססות את עילת התביעה של המשיב, כפי שנטענו על-ידי המבקש בבקשתו. משימה זו יש לייחד לתביעה גופה.

לבית-המשפט תהיה סמכות לדרות את הבקשה מבלי לקיים דיון, אם שוכנע כי אין בה ממש וכי אין היא מראה, אף לא על פני הדברים, טעם מספק למתן צו חוסם. אם יסבור בית-המשפט כי יש בבקשה טעם לכאורה, עליו לקיים דיון קצר שאליו יוזמנו הצדדים. לאחר הדיון בבקשה יפסוק בית-המשפט אם לדרות את הבקשה לצו חוסם או לקבלה, ואם יחליט לקבלה, יקבע את תקופת הזמן שבמסגרתה על המשיב להגיש את תביעתו, ויתנה את הצו החוסם בתנאים כפי שיראה לנכון בנסיבות העניין. מטרת התנאים היא לאזן כראוי בין האינטרסים של התובע-בכוח לבין אלה של הנתבע-בכוח, ולוודא כי הצו החוסם לא יפר את מאזן הכוחות בין הצדדים, באופן שנתבעים-בכוח חזקים יתחזקו עוד יותר על-חשבונם של תובעים-בכוח חלשים. התנאים שבהם יתנה בית-המשפט את הצו החוסם עשויים להיות כספיים או לא-כספיים. תנאי כספי שבית-המשפט עשוי להציב לכניסת הצו החוסם לתוקף הוא, למשל, שהמבקש ישלם את אגרת בית-המשפט או חלק ממנה בעבור המשיב או יקדים וישלם למשיב הוצאות בסכום הנדרש לו על-מנת להגיש את התביעה בזמן הנקוב בהחלטה. דוגמה לתנאי לא-כספי שבית-המשפט עשוי להציב היא תנאי הקובע כי התביעה תוגש רק לצורך גביית עדות מוקדמת מטעם עד הנוטה למות, ולאחר-מכן יידחה בירור התביעה למועד מאוחר יותר לפי בחירתו של התובע.¹⁸³ כאשר מדובר בבקשה לצו חוסם שמטרתה להביא לידי איחוד הדיון בתביעה שבכוח עם תביעה תלויה ועומדת, ישקול בית-המשפט (אשר בנסיבות אלה יהיה אותו בית-משפט שדן בתביעה התלויה ועומדת), נוסף על האמור לעיל, גם את הנזק הפוטנציאלי שייגרם לתובע הראשון מצירוף התביעות. ככל שהתביעה הקיימת כבר מצויה בשלב מתקדם יותר כן צפוי שהנזק והעיכוב שייגרם לה כתוצאה מצירופה של תביעה נוספת יהיה כבד יותר, ולכן הסיכוי שבית-המשפט יסרב לתת צו חוסם גָּל.

183 יצוין כי משפט הפלילי קיים מנגנון שבאמצעותו ניתן לגבות מעד עדות מוקדמת עוד לפני שהוגש כתב אישום. ס' 117(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, שכותרתו "גביה מוקדמת של עדות", קובע כי "אם] הוגש כתב אישום לבית משפט, רשאי בית המשפט, לבקשת בעל דין, לגבות עדותו של אדם לאלתר, אם ראה שהעדות חשובה לבירור האשמה וכי יש יסוד סביר להניח שאי אפשר יהיה לגבותה במהלך המשפט או אם מצא שיש חשש שאמצעי לחץ, איום, הפחדה, כוח או הבטחת טובת הנאה יניאו את העד מלמסור עדות אמת במהלך המשפט; נפתחה חקירה בעבירה ועדיין לא הוגש עליה כתב אישום, רשאי לעשות כן בית משפט השלום או בית משפט מחוזי לבקשת תובע או לבקשת אדם העשוי להיות נאשם בעבירה". ראו גם ב"ש (מחוזי י"ם) 4553/08 מדינת ישראל נ' אולמרט (פורסם בנבו, 9.5.2008); ע"פ 4345/08 אולמרט נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.5.2008). במשפט האזרחי, לעומת זאת, תק' 171 לתקנות סדר הדין האזרחי מסמיכה את בית-המשפט להורות על גביית עדות מוקדמת רק לאחר שהוגשה תובענה לבית-המשפט. אין כל דרך לגבות עדות מוקדמת מעד בהליך האזרחי לפני הגשת תובענה לבית-המשפט.

סוגיה אחרונה שיש לדון בה בהקשר זה היא אם יש לקבוע, כתנאי להפעלת המנגנון של צו חוסם, דרישה של חוסר תום-לב מצד התובע-בכוח או שמא ניתן להכיר בחריג גם כאשר הלה פעל בתום-לב. במילים אחרות, האם על-מנת לאמץ את החריג לכלל הבלעדיות ולהעניק לנתבע-בכוח צו חוסם יש להראות כי התובע-בכוח התכוון לגרום לנתבע-בכוח נזק כלכלי, נזק ראייתי או נזק אחר באמצעות העיכוב בהגשת תביעתו? כך, למשל, האם נדרש להוכיח כי התובע בחר במכוון להשתהות עם הגשת תביעתו לאחר שגילה כי עד-מפתח מטעם הנתבע-בכוח עומד לעזוב את הארץ או כי הנתבע-בכוח עשוי לצבור חביונות נוספות? לשיטתנו, יש לענות על שאלה זו בשלילה. די בבחינה אובייקטיבית של מצב הדברים, ואין צורך להצביע על ניצול לרעה מצד התובע-בכוח של כוחו לקבוע את מועד התביעה או על כוונה שלו לפגוע בנתבע-בכוח. אם קיים חשש לפגיעה כלכלית, לפגיעה ראייתית או לפגיעה ממשית אחרת בנתבע-בכוח כתוצאה מן העיכוב בהגשת התביעה, ובהעדר שיקולי-נגד שהתובע-בכוח יכול להצביע עליהם כמצדיקים את העיכוב, יש להכיר באינטרס של הנתבע בבירור התביעה נגדו או בהסרת איום התביעה בהקדם כאינטרס לגיטימי. עם זאת, כאשר הנתבע-בכוח יכול להצביע על חוסר תום-לב סובייקטיבי של התובע-בכוח, המנצל לרעה ובאופן מכוון את הפגיעה בנתבע-בכוח מעצם העיכוב בהגשת התביעה, יהווה הדבר שיקול כבד-משקל במסגרת שיקוליו של בית-המשפט להיענות לבקשה לצו חוסם ולהקדים את המועד שבו תוגש התביעה ותידון.

לכסוף, אם ניתן צו חוסם,¹⁸⁴ יהיה התובע-בכוח רשאי להגיש את תביעתו במסגרת התקופה שנקב בית-המשפט. אם לא יעשה כן, ייכנס לתוקפו הצו החוסם, וימנע אותו מלתבוע כל תביעה עתידית בעילה הנובעת מן המסכת העובדתית שפירט המבקש. כאמור, המונח "עילה" יפורש בהרחבה כדרך שבה הוא מפורש לצורך הדוקטרינה של השתק עילה.

2. יתרוגותיו של הצו החוסם על המנגנונים הקיימים

למנגנון המוצע – שימוש בצו חוסם כפתרון למגוון הבעיות שכלל הבלעדיות יוצר – יש יתרוגות ניכרים על כל המנגנונים הקיימים. ראשית, המנגנון של צו חוסם הוא פתרון כללי אשר מתאים לכל קשת הבעיות שכלל הבלעדיות יוצר, ופותר את כולן, מבלי שיהיה צורך להפעיל מנגנונים דיוניים שונים וחלקיים על-מנת לטפל באופן נקודתי בבעיה זו או אחרת. כך, להבדיל מהמנגנונים הקיימים (דוגמת הסעד ההצהרתי השלילי או הסעד ההצהרתי התיאורטי), הנותנים מענה רק לחלק ממצבי העולם האפשריים (כגון הטענה שהנתבע-בכוח אינו חייב מאומה לתובע-בכוח) אך אינם מספקים מזור למצבי עולם אחרים (כגון הטענה כי הנתבע-בכוח אכן חייב לתובע-בכוח חבות כלשהי או הטענה כי הנתבע-בכוח אינו יודע

184 לעניין הערעור על החלטת בית-המשפט לתת או לסרב לתת צו חוסם ראוי לקבוע כי החלטה זו מהווה "החלטה אחרת", ולא "פסק-דין", מכיוון שהיא אינה מסיימת את הדיון בהליך עצמו או בחלק ממנו, ואף אינה מכריעה באופן סופי בסעד או בסעדים שהתבקשו בתובענה. אם תתקבל הצעתנו, יש לשקול אף להוסיף את ההחלטות בבקשה לצו חוסם לצו בתי המשפט (סוגי החלטות שלא תינתן בהן רשות ערעור), התשס"ט-2009, על-מנת למנוע עלויות גבוהות למערכת המשפט, אשר יפגעו ביעילותו של המנגנון המוצע.

אם הוא חב לתובע בכוח חבות כלשהי אך בכל מקרה הוא מעוניין בכירור התביעה בהקדם), המנגנון של צו חוסם עונה על כל מצבי העולם האפשריים.

שנית, המנגנונים הדיוניים הקיימים (למעט הסעד ההצהרתי, טען הביניים ובמידה מסוימת גם התובענה הייצוגית והתביעה הנגזרת) חלים בדיעבד (ex post), רק אחרי שהוגשה התביעה על-ידי התובע, ולאחר שכבר נגרמו נזקים לנתבע כתוצאה מן העיכוב בהגשתה. המנגנון של צו חוסם, לעומת זאת, חל מלכתחילה (ex ante), ומאפשר בחינה מראש של כל העובדות והטענות של הצדדים עוד בטרם נגרמו נזקים בלתי-הפיכים לנתבע-בכוח או לתובע-בכוח. בכך הוא מאפשר למנוע התמשות של הנזקים, ואינו מחייב את הצדדים ואת בית-המשפט לקבל החלטות בתנאים של חוסר ודאות.

כך, למשל, דוקטרינת השיהוי מוחלת בדיעבד, לאחר שהתובע מגיש תביעה נגד הנתבע ובעקבות זאת הנתבע מעלה את טענת השיהוי כטענת הגנה, שבמסגרתה הוא מצביע על הנזקים שנגרמו לו כתוצאה מן השיהוי. בשלב מאוחר זה על בית-המשפט לבחון את השאלה אם הגשת התביעה אכן לוקה בשיהוי על-פי אחד המבחנים שנקבעו בפסיקה (קרי, שיהוי המלמד על ויתור על זכות התביעה מצד התובע וכן הרעה במצבו של הנתבע או לחלופין שיהוי הנגוע בחוסר תום-לב). אולם התשובות לשאלות אלה אינן פשוטות או חד-משמעיות. במקרים רבים קו הגבול המבדיל בין ויתור על זכות התביעה לבין אי-ויתור עליה, וכן בין עמידה על זכות התביעה בתום-לב לבין שימוש לרעה בזכות, הוא מטושטש, ושאלת מיקומו עשויה להצמיח עמדות שונות ואף סותרות. הדבר נכון הן ביחס לשאלה מהי מסגרת הזמן שעשויה ללמד על ויתור על זכות התביעה, הן ביחס לשאלה אם מצבו של הנתבע הורע בשל השיהוי בהגשת התביעה והן ביחס לשאלה אם נסיבות מסוימות עולות כדי חוסר תום-לב. כתוצאה מכך נוצרת אי-ודאות עמוקה ביחס לשאלה מהם התנאים שבהתקייםם תידחה התביעה מחמת שיהוי או שבית-המשפט יטיל על התובע סנקציות אחרות (כגון היפוך נטלים או מתן קלות דיוניות וראייתיות לנתבע). אי-ודאות זו, בתורה, אינה מאפשרת לתובעים-בכוח לדעת מראש כיצד עליהם לפעול, ופוגמת בהכוונת ההתנהגות וביעילות. המנגנון של צו חוסם, לעומת זאת, מאפשר בחינה מראש של העובדות ושל הטענות של כל הצדדים המעוניינים, והערכה של הנזקים העלולים להיגרם כתוצאה מן העיכוב בהגשת התביעה עוד בטרם נגרמו, ולכן הוא יעיל הרבה יותר ומספק למתדיינים ודאות באשר למצבם המשפטי. יתרון שלישי, הנגזר אף הוא מכך שהמנגנון של צו חוסם מופעל מראש ולא בדיעבד, הוא שמנגנון זה מאפשר לבית-המשפט לאזן באופן מיטבי בין האינטרסים של התובע-בכוח לבין אלה של הנתבע-בכוח. רוב המנגנונים הדיוניים הקיימים כיום לטיפול בבעיות שכלל הבלעדיות יוצר הם מנגנונים בינריים מסוג של "הכל או לא-כלום", המחייבים את בית-המשפט להכריע באופן קטגורי אם הוא מעדיף את זכות הגישה לערכאות של התובע (ולכן מאפשר לו להמשיך בתביעתו למרות העיכוב בהגשת התביעה והנזקים שנגרמו לנתבע בעטייה) או שמא הוא מעדיף את האינטרס של הנתבע (ולכן קובע כי יש לדחות את תביעת התובע מחמת העיכוב שחל בהגשתה והנזקים שנגרמו לנתבע). כך, למשל, על בית-המשפט להכריע באופן קטגורי אם לדחות תביעה של תובע שהתעכב עם הגשת תביעתו, מחמת שיהוי או התיישנות, או לחלופין לאפשר לה להמשיך; וכן אם לאפשר לתובע שלא הצטרף לתביעה שהוגשה בעבר נגד הנתבע וכבר הוכרעה להגיש את תביעתו או שמא לקבוע כי על תביעתו המאוחרת של התובע חלה הדוקטרינה של "הסכמה משתמעת" ולדחות אותה

מחמת מעשה בית-דין. לעומת זאת, המנגנון של צו חוסם מאפשר לבית-המשפט להכריע הכרעה שאינה בינרית, באופן שמונע או לכל-הפחות מצמצם את הנזקים שעלולים להיגרם לנתבע-בכוח כתוצאה מעיכוב בהגשת התביעה, מחד גיסא, ואינו פוגע באופן בלתי-מידתי בזכות הגישה לערכאות של התובע (שכן הוא אינו מונע אותו מלהגיש את תביעתו, אלא רק קובע מועד שעד אליו עליו להגישה), מאידך גיסא.

יתרון רביעי של השימוש בצו חוסם הוא שבניגוד לכל המנגנונים האחרים, מנגנון זה מאפשר לא רק לקבוע לוח-זמנים המאזן בצורה מיטבית בין זכויות הצדדים, אלא גם "לתפור" פתרון ייחודי לכל מקרה, על-ידי התנאת הצו החוסם בתנאים שרק בהתקייםם הוא ייכנס לתוקף. ניטול לדוגמה מקרה שבו הסיבה שבעטייה הנתבע-בכוח מבקש את הצו החוסם היא קיומו של עד מרכזי התומך בגרסתו אשר נוטה למות, ואילו התובע-בכוח טוען כי לא יהיה סיפק בידו לאסוף את כל העדים והראיות בתוך הזמן האמור בבקשה. אם השתכנע בית-המשפט כי העדות של העד הנוטה למות אכן חיונית, הוא יכול לקבוע, כאמור לעיל, כי התביעה תוגש במועד המבוקש רק לשם גביית עדות מוקדמת, תוך שהוא מותיר לתובע-בכוח את האפשרות להשתהות עם המשך ניהול התביעה עד לסיום תקופת ההתיישנות, ואף מתיר לו לתקן את כתב התביעה ככל שיראה לנכון מבלי שיהיה עליו ליטול רשות קודם לכן מאת בית-המשפט. במקרה אחר, שבו התובע-בכוח טוען כי אין בידו משאבים מספקים לצורך הגשת התביעה וניהולה בסד הזמנים שהנתבע-בכוח מבקש, בית-המשפט יכול לחייב את הנתבע-בכוח, כתנאי למתן הצו החוסם, לפצות את התובע-בכוח על ההוצאות היתרות שהוא יידרש להוציא על-מנת לעמוד בלוח-הזמנים.

יתרון נוסף שעשוי לצמוח מאימוץ המנגנון המוצע על-ידינו הוא שבנסיבות מסוימות הוא יגרום לנתבעים-בכוח לגלות לתובעים-בכוח, במסגרת הבקשה לצו חוסם, עובדות שלא היו ידועות להם עובר להגשת הבקשה, המלמדות כי עומדת לתובעים-בכוח עילת תביעה לכאורית נגד הנתבעים-בכוח.¹⁸⁵ נסיבות אלה יתקיימו כאשר הנתבע-בכוח יחשוש כי התובע-בכוח עשוי לגלות בעתיד את העובדות המלמדות כי יש לו עילת תביעה נגד הנתבע-בכוח, ובשלב זה כבר יתממשו הנזקים לנתבע-בכוח, כולם או חלקם. ניטול לדוגמה רופא המודע לכך שבמעשיו נגרם נזק למטופל, אך הוא סבור כי המעשה שעשה אינו עולה כדי רשלנות, ועד מרכזי שיכול לסייע לו להוכיח זאת נוטה למות. נניח עתה כי המטופל אינו מודע עדיין לכך שנגרם לו נזק, אך הרופא חושש כי ביום מן הימים יתגלה לו הנזק והוא יגיש נגדו תביעה בגין רשלנות, ובאותה עת העד שיכול לסייע לו להוכיח כי לא נפל פגם במעשיו כבר לא יהיה עוד בין החיים. רופא כזה (הנתבע-בכוח) עשוי לפנות לבית-המשפט ולבקש כי תוגש תביעה נגדו בהקדם, תוך שהוא מפרט את העובדות המקנות לכאורה למטופל (התובע-בכוח) עילת תביעה נגדו.¹⁸⁶ מצב דברים זה עולה בקנה אחד הן עם האינטרס של התובע-בכוח בקבלת מידע שלא היה מגיע לידי אלמלא קיומו של

185 אחת הסיבות לכך שמדובר בקבוצת מקרים מצומצמת היא החשש של הנתבע-בכוח שבקשתו לצו חוסם תוביל בסופו של יום לתביעה נגדו אשר לא הייתה מוגשת אלמלא יזם את הבקשה האמורה.

186 במקרה כזה גם לחברת הביטוח של הרופא יהיה אינטרס בהגשת הבקשה לצו חוסם, ובהתאם היא עשויה לעודד אותו להגיש את הבקשה באמצעות הוראה מתאימה בפוליטת הביטוח.

המנגנון המוצע והן עם האינטרס הציבורי בגילוי האמת, בהרתעה יעילה ובכירור תביעות סמוך למועד התהוותה של העילה.

3. השימוש בצו חוסם באופן המוצע על־דינו על־פי מבחני הפסיקה הישראלית

בתי־המשפט בישראל נמנעו עד כה מלעשות שימוש נרחב בצו חוסם, ולא עשו בו כל שימוש באופן המוצע במאמר זה. הסעד של צו חוסם נשמר בפסיקה הישראלית למקרים חריגים ונדירים בלבד וכן לסיטואציות יוצאות־דופן, אשר המרכזית מביניהן היא פנייה של התובע לערכאה שיפוטית זרה במטרה להכשיל הליך משפטי המתנהל כדין בישראל.¹⁸⁷ קיימות קטגוריות נוספות שבהן הכירו בתי־המשפט באפשרות לעשות שימוש בצו חוסם. האחת היא שימוש לרעה של התובע בזכות הגישה לערכאות. דוגמה לכך היא מקרה שבו אדם שהורשע בכיצוע עברות מין בבתו והוטל עליו עונש מאסר החל להגיש תביעות־סרק נגד אנשים שונים הסובבים את הבת, אשר כל מטרתן הייתה לחשוף את הפרשה לפני אנשים רבים ככל האפשר, על־מנת לגרום לפגיעה נוספת בקורבן העברה ובכני משפחתה. במקרה זה העניק בית־המשפט לבת צו חוסם, אשר אינו אוסר על האב באופן מוחלט להגיש תביעות, אך קובע כי כל הליך שיגיש בנוגע לעברות שביצע בבתו יהיה חייב באישורו של בית־המשפט כתנאי לפתיחת ההליך.¹⁸⁸ קטגוריה שנייה, שלגביה יש מחלוקת וחוסר בהירות, היא "המתדיין הטרדן" אשר מציף את בתי־המשפט בתביעות־סרק ובבקשות שאין להן כל יסוד בדיון, גורם לכבוז של זמן שיפוטי ומתנסח בדרך שאינה הולמת פנייה לערכאות שיפוטיות. במקרה אחד לפחות הוציא בית־המשפט נגד מתדיין טרדן צו חוסם האוסר על המזכירות לקבל בקשות מטעם אותו מתדיין בעניינים שהסתיימו.¹⁸⁹ לאחרונה קבע בית־המשפט קטגוריה שלישית שלפיה ניתן להעניק צו חוסם המונע הגשת בקשה לתביעה נגזרת כאשר התביעה מוגשת נגד חברה־בת של תאגיד שאושר בענייננו הסדר נושים. בית־המשפט קבע כי המשך בירור תביעה נגד גוף שלגביו אושר הסדר נושים – אשר מתבססת על עילה שהייתה קיימת לפני

187 פרשת פריסקל, לעיל ה"ש 7; פרשת אינטר־לאב, לעיל ה"ש 9.

188 תמ"ש (משפחה י"ם) 10-09-25202 ד. י. נ' ע. י. (פורסם בנבו, 20.3.2011).

189 בג"ץ 668/14 ואן קול נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.8.2014). לאחרונה הוציא בית־המשפט המחוזי צו חוסם נוסף כנגד ואן קול, בהיותו תובע טרדן סדרתי. ראו ת"א (מחוזי ת"א) 58988-12-16 ואן קול נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.3.2017). יצוין כי קדמו למקרה זה פסקי־דין שבהם נמנע בית־המשפט מלהעניק צו חוסם נגד מתדיין סדרתי בשל העדרה של חקיקה ייעודית המאפשרת זאת ולנוכח הפגיעה החמורה של צו מעין זה בזכות הגישה לערכאות של התובע. ראו ע"א 183/75 אלון נ' מדינת ישראל, פ"ד (כט) 124 (1975); בשג"ץ 4748/06 שקד נ' תפוחי (פורסם בנבו, 2.8.2006). עם זאת, בפרשת תפוחי העיר בית־המשפט (שם, בפס' 15) כי "יתכן וראוי הוא לשקול אם לא הגיעה העת כי יקבע גם בישראל הסדר שיאפשר בנסיבות המיוחדות המצדיקות זאת, הוצאת צו חוסם כנגד בעל דין טרדן ועל פיו הגשת הליכים נוספים תחייב רשות של בית המשפט". גם לאחר פסקי־הדין בפרשת ואן קול היו שפירשו את ההלכה שנקבעה בו בצמצום וקבעו כי הוא חל רק לגבי הליכים שהסתיימו, ולא לגבי הליכים עתידיים שטרם נדונו וטרם הוכרעו. ראו עמ"ש (מחוזי ת"א) 14-11-16608 י' י' ע' נ' מ' ט' (פורסם בנבו, 3.3.2016). ראו גם אבישי אדר שימוש לרעה בהליכי משפט – הגנה דינונית מפני ניצול לרעה של זכות הגישה לערכאות 297-298 (2013).

האישור ומבלי שהדבר הוחרג במסגרת הסדר הנושים – חותר תחת פסק־הדין שאישר את הסדר הנושים, ועלול אף לגרום לשמיטת המסד שהליך ההסדר מבוסס עליו.¹⁹⁰ עד כה לא נעשה שימוש בצו החוסם באופן המוצע על־ידינו על־מנת להתמודד עם הבעיות שכלל הבלעדיות יוצר. עם זאת, במסגרת הדין הקיים מסורה לבית־המשפט הסמכות לעשות שימוש בצו חוסם על־מנת לחייב בעל־דין להגיש תביעה עד למועד עתידי כלשהו. מקור הסמכות להענקת סעד של צו חוסם מצוי בסעיף 75 לחוק בתי־המשפט ובסמכותו הטבועה של בית־המשפט, ולבית־המשפט יש שיקול־דעת רחב בעניין זה. כאשר עלתה לדיון השאלה מהם השיקולים שעל בית־המשפט לשקול בהכריעו אם להעניק צו חוסם, נקבע כי רשימת השיקולים אינה רשימה סגורה, וכי סמכות זו "מופעלת על־פי שיקול־דעתו [של בית־המשפט], שבמסגרתו עליו לקבוע את המדיניות הראויה בהוצאת צווים כאלה".¹⁹¹ בית־המשפט הוסיף וקבע כי "השיקול המרכזי והחשוב ביותר הוא שיקול הצדק המוכרע על־פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו".¹⁹²

כאשר בוחנים את השיקולים שנקבע לגביהם בפסיקה כי הם מצדיקים מתן צו חוסם שימנע פתיחת הליך בפורום זר כאשר מתנהל במקביל הליך בבית־משפט בישראל, מגלים כי שיקולים אלה דומים מאוד לשיקולים שאנו מבקשים מבית־המשפט לשקול בכואו להכריע אם להעניק צו חוסם במודל המוצע על־ידינו. נקודת המוצא להפעלת שיקול־הדעת, הן בפסיקה והן במודל המוצע, היא כי "יש להימנע ככל שניתן מלחסום בפני אדם גישה לבית־משפט".¹⁹³ כאשר לרשימת השיקולים ולאיוון ביניהם פסק בית־המשפט כך:

"יש לשקול, מחד גיסא, את הפגיעה הצפויה בצד המבקש את הצו אם לא יינתן לו כזה, ומאידך גיסא, את הפגיעה הצפויה בצד האחר אם יינתן נגדו צו כזה. יש לתת את הדעת על השאלה אם בפתיחת ההליך בפורום הזר יש משום מהלך דיוני המכוון לפגוע בצד המבקש את הצו או למנוע ממנו זכות המגיעה לו בדין; יש לבדוק אם פתיחת ההליך הזר נעשית לצורכי איום או סחיטה, והאם היא פוגעת בעקרונות צדק מהותיים ודיוניים; יש לשקול את ההשלכות שעשויות להיות להוצאת צו כזה, שיש בו כדי למנוע מצד להביא את עניינו לפני בית־משפט, זכות הנחשבת כזכות יסוד של האדם ושפגיעה בה עלולה להיחשב כנוגדת את תקנת הציבור..."¹⁹⁴

אף שהדיון בפסק־הדין עוסק כאמור בבקשה לצו חוסם שמטרתו למנוע הליך בפורום זר לנוכח קיומו של הליך מקביל בפורום ישראלי, השיקולים שעל בית־המשפט לשקול בכואו להכריע אם להוציא צו חוסם במקרים אלה דומים מאוד לשיקולים שצריכים לדעתנו להנחות את בתי־המשפט בכואם להכריע אם להוציא צו חוסם על־מנת למנוע את התוצאות הרעות והעיוותים הנגרמים כתוצאה מכלל הבלעדיות: (1) על בית־המשפט לאזן בין הפגיעה הצפויה לתובע־ככוח כתוצאה ממתן הצו החוסם לבין הפגיעה הצפויה בנתבע־ככוח כתוצאה

190 פרשת אי.די.בי., לעיל ה"ש 35.

191 פרשת פריסקל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 763.

192 שם, בעמ' 764.

193 שם, בעמ' 763.

194 שם, בעמ' 764. ראו גם פרשת אינטר־לאב, לעיל ה"ש 9, בעמ' 774.

מאי-נתינתו; (2) על בית-המשפט לשקול אם העיכוב בפתיחת ההליך על-ידי התובע-בכוח מהווה מהלך דיוני המכוון לפגוע בנתבע-בכוח, מבקש הצו, או למנוע ממנו זכות המגיעה לו כדין (כגון הזכות להיפער מצדדים שלישיים); (3) על בית-המשפט לבדוק אם העיכוב בפתיחת ההליך נעשה על-מנת לסחוט מן הנתבע-בכוח פשרה לא-הוגנת או לאיים עליו; (4) על בית-המשפט לבחון אם מתן הצו או לחלופין אי-נתינתו יהוו פגיעה בעקרונות צדק מהותיים או דיוניים (כגון הפגיעה ביכולתו של הנתבע-בכוח להוכיח את טענותיו בעדים ובראות); (5) על בית-המשפט לשקול את עוצמת הפגיעה בתובע-בכוח כתוצאה מן ההגבלה שהצו החוסם מטיל על זכות הגישה שלו לערכאות. המסקנה מכל אלה היא שהמודל המוצע על-ידינו עולה בקנה אחד עם העקרונות שהוכרו בפסיקה למתן צו חוסם.

סיכום

מאמר זה מציע לבית-המשפט שימוש נוסף במנגנון מוכר של סדר הדין האזרחי – צו חוסם – על-מנת להתמודד עם מקרים שבהם כוחו של התובע לקבוע באופן בלעדי את העיתוי שבו תוגש התביעה גורר אחריו תוצאות קשות הן לנתבע והן לרווחה החברתית. עמדנו על המנגנונים הקיימים כיום בחקיקה ובפסיקה המתמודדים עם הבעיות והעיוותים שכלל הבלעדיות יוצר, וראינו כי אין בהם כדי לספק פתרון כוללני והולם לבעיות שחשפנו. המנגנון שהצענו – בקשה לצו חוסם – פותר את מגוון הבעיות הנגרמות כתוצאה מכלל הבלעדיות, והוא עושה זאת בטרם הן התממשו. הצעתנו מהווה אם כן שינוי מתון יחסית בכללים הקיימים, המאפשר לבית-המשפט להפעיל שיקול-דעת ולחרוג מכלל הבלעדיות בקטגוריות מצומצמות ומובחנות של מקרים שאותן אפינו במאמר. לקראת סיום ברצוננו להעלות הרהורים ראשוניים באשר לאפשרות להרחיב את השימוש במנגנון המוצע על-ידינו גם לתחומי משפט נוספים, וכן לדון בסוגיות רחבות יותר שמאמרנו מעורר ביחס למערכת הדיונית.

באשר להרחבות האפשריות של השימוש במנגנון המוצע, אפשר לחשוב על שני כיוונים: ההרחבה האפשרית הראשונה היא לתחום המשפט הפלילי. במקרים מסוימים עולות טענות כי המשטרה והפרקליטות מתמהמהות עם החקירה ועם הגשת כתבי אישום, באופן שגורם לפגיעה משמעותית בחשוד.¹⁹⁵ יש לשקול אם ראוי לאמץ במישור הפלילי דוקטרינה משפטית מקבילה לזו שהצענו לאמץ בתחום האזרחי, על-מנת לאזן טוב יותר בין האינטרסים של החשוד לבין אלה של גופי התביעה. ברור לנו כי לגופי החקירה והתביעה נדרש פעמים רבות זמן רב על-מנת לאסוף את העדויות והחומרים הנדרשים לשם העמדה לדין, וכי השימוש בצו חוסם וקביעת מועד שעד אליו תצטרך הפרקליטות להגיש כתב אישום עלולים להקטין את סיכוייהם להשיג הרשעה ולפגוע ברווחה החברתית. אולם דומה כי בהעדר מגבלה או סנקציה משמעותיים, אין לגופי החקירה והתביעה תמריץ לסיים את הליכי החקירה בזמן סביר, ובעקבות זאת הליכים אלה מתמשכים שנים רבות, באופן שגורם לחשוד עיניו-דין,

195 ראו, למשל, "ליברמן עתר לבג"ץ: שמזוז יקבל הכרעה" nrg מעריב 27.7.2008. www.nrg.co.il/online/1/ART1/765/502.html

אשר לעיתים נלווים אליו גם עיוות־דין ופגיעה קשה באוטונומיה של החשוד וביכולתו לנהל את חייו.¹⁹⁶

הרחבה אפשרית שנייה נוגעת בתחום התובענות הייצוגיות. כפי שראינו, התובענה הייצוגית מהווה כשלעצמה מנגנון דיוני המנסה להתגבר על כלל הבלעדיות במצבים שבהם יש קבוצה גדולה של תובעים־בכוח שיש להם עילת תביעה דומה נגד נתבע אחד. ייתכן שראוי, במקרים המתאימים, לאפשר לנתבע לבקש מבית־המשפט להפוך תביעה שהוגשה נגדו על־ידי תובע יחיד לתובענה ייצוגית. הצעה זו מעוררת כמה תהיות שיש לתת להן את הדעת, וכן כמה בעיות שיש למצוא להן פתרון: ראשית, מתעוררת השאלה אם יש בכלל צורך במנגנון המוצע על־ידינו, ואם הוא יביא מזוור לבעיה שאינה מוצאת את פתרונה בהסדרים הקיימים במשפט הנוהג. במילים אחרות, ייתכן שהמנגנון של תובענה ייצוגית טומן בחובו יתרונות כה ניכרים מבחינת התובע הייצוגי ועורך־דינו (בדמות גמול לתובע המייצג ושכר־טרח לעורך־הדין) באופן שמיותר מנגנון שיאפשר לנתבע לבקש להפוך תביעה נגדו לתביעה ייצוגית, שכן אם ניתן להגיש תביעה ייצוגית נגד הנתבע, תביעה כזו תוגש ממילא. תשובתנו היא כי ייתכן שקיימת בכל־זאת קבוצת מקרים, גם אם קטנה, שבה המנגנון המוצע על־ידינו אינו מתייתר. קבוצה זו כוללת, למשל, מצבים שבהם קבוצת התובעים גדולה דייה לאפשר הגשה של תובענה ייצוגית אך אינה גדולה דייה ליצור אצל תובעים ועורכי־דין הניעה להגשתה של תובענה כזו. קבוצת מקרים נוספת ניתן למצוא בתחומי משפט שבהם אין תמריץ מספק להגשת תובענה ייצוגית. בעבר היה נהוג לחשוב

196 מנגנון חלקי וחלש יחסית שקיים כבר כיום לטיפול בבעיית התמשכותם הבלתי־סבירה של הליכי חקירה, המצביע יותר מכל על קיומה של בעיה המחייבת פתרון, מצוי בהנחיה מס' 4.1202 של היועץ המשפטי לממשלה. ראו "משך טיפול התביעה עד להגשת כתב אישום" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.1202 (התשע"ד). על־פי ההנחיה האמורה, יש לפעול למניעת שיהוי בכל מקרה ומקרה. במקרים שבהם עלול להיגרם לחשוד נזק גדול – ביניהם בקשה להארכת מעצר, השלמת חקירה או נסיבות מיוחדות הגורמות לחשוד נזק או סבל יוצא־דופן, דוגמת דיווחים בתקשורת – וכן כאשר קיים חשש לפגיעה בניהול המשפט, כגון אם עד מטעמו של החשוד הוא תושב חוץ המתכוון לחזור לארץ מוצאו, ראוי לפעול באופן נחרץ יותר למניעת שיהוי. בהמשך לכך ההנחיה קוצבת פרקי־זמן מרביים, בהתאם לסוגי העבירות, אשר יש לפעול לסיום הטיפול בתיקים במסגרתם, וקובעת כי סטייה ממועדים אלה מחייבת את הפרקליט המטפל בתיק לקבל אישור מן היועץ המשפטי לממשלה להארכת התקופה הנדרשת לצורך הגשת כתב אישום. הנחיה נוספת, הנגזרת מן ההנחיה האמורה, היא הנחיה מס' 3.5 של פרקליט המדינה, שלפיה "על פרקליטי המחוזות לדווח לפרקליט המדינה אחת לשנה... על תיקים שבהם לא הוגש כתב אישום בתוך שנה מיום הגעתם... בדיווח זה יש לציין את מועד הגעת התיק לידי הפרקליטות, את הטעם לעיכוב, ואת המועד המשוער להגשת כתב האישום". ראו "הגשת כתב אישום בתוך שנה מיום הגעת תיק לפרקליטות" הנחיות פרקליט המדינה 3.5, ס' 4-3 (התשס"ג). בפסיקה קיימת התייחסות לזכותו של נאשם להליך מהיר. ראו, למשל, ע"פ 8994/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 24 (פורסם בנבו, 1.9.2009). במקרים נדירים אף הפחית בית־המשפט מעונשו של נאשם אך ורק בשל התמשכות ההליכים נגדו. ראו ע"פ 8009/10 זכאי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.1.2011). עם זאת, חשוב לציין כי פסיקה זו עוסקת בזכותו של נאשם, קרי, בשלב שלאחר הגשת כתב אישום, והיא ממעטת להתייחס לזכותו של חשוד או נחקר כי עניינו יטופל במהירות על־ידי גופי החקירה והתביעה.

בדרך זו על התחום של דיני תאגידים וניירות-ערך, המחייב מומחיות רבה.¹⁹⁷ כיום ניתן לכאורה לטעון כי זה המצב בתחום דיני עבודה, שבו בית-הדין מקמץ במתן גמול לתובע המייצג ובשכר-הטרח לבורך-דינו.¹⁹⁸ מכל מקום, אפשרות זו של הנתבע להפוך תביעה אישית נגדו לתביעה ייצוגית מעוררת סוגיות כבדות-משקל, כגון חשש מקונספירציה, חשש מאי-התאמה של התובע המייצג ועורך-דינו, וסוגיות רבות נוספות שיהיה צורך לתת להן את הרעת.

המנגנון של צו חוסם שהוצע על-ידינו מאזן בין האינטרסים של הנתבע בהקדמת התביעה נגדו לבין אינטרסים נוגדים של התובע, תוך הפרדה בין אינטרסים שהם פרטיים בלבד לבין אינטרסים שעולים בקנה אחד עם האינטרס החברתי. איוון אינטרסים זה בא לידי ביטוי רק בקבוצה מצומצמת ומוגדרת מראש של מקרים שבהם כלל הבלעדיות מוביל לעיוות של ממש בתוצאה. השינוי שאנו קוראים לערוך הוא אם כן שינוי קטן יחסית בסדרי הדין הקיימים, תוך שימוש בכלי דינוי מוכר. עם זאת, הדיון שקיימנו מעורר מגוון רחב יותר של שאלות שעניינן האיוון הראוי בין האינטרס של הנתבע-בכוח בתקופת התיישנות קצרה לבין האינטרס של התובע-בכוח בתקופת התיישנות ארוכה. איוון בין אינטרסים נוגדים אלה, כמו-גם האינטרס החברתי בפתרון סכסוכים סמוך ככל האפשר למועד היווצרותם ובמעורר העלויות הכרוכות בפתרון הסכסוך, אמורים לעמוד בבסיס ההכרעה של שיטת המשפט באשר לאורכה הראוי של תקופת התיישנות. מכל מקום, הצעתנו מקיימת יחסי-גומלין עם תקופת התיישנות שנבחרה על-ידי שיטת המשפט. מטבע הדברים קיימת תועלת רבה יותר במנגנון שאנו מציעים ככל שתקופת התיישנות ארוכה יותר. תקופת התיישנות ארוכה מגבירה את החשש מעיוותים שכלל הבלעדיות גורם, הפוגעים הן בנתבע-בכוח והן ברווחה החברתית, ומחייבת קיומו של מנגנון מן הסוג המוצע על-ידינו, שיאפשר למנוע אותם או לכל-הפחות להקטינם. ניתן להביט על אותה סוגיה מן הכיוון הנגדי: אם תאומץ ההצעה שהעלינו במאמר, ייתכן שהשיטה המשפטית תוכל לאמץ תקופות התיישנות ארוכות יותר. הסיבה לכך היא שככל שהחשש מן העיוותים הנגרמים עקב כלל הבלעדיות פוחת כן ניתן להותיר זמן ארוך יותר לכלל התובעים לכלכל את צעדיהם.

לבסוף, הבעיה שאיתרנו ופתרונה מעלים אל פני השטח את המתח – המוכר מתחומי משפט רבים – בין נורמות המנוסחות ככללים לבין נורמות המנוסחות כסטנדרטים.¹⁹⁹ תקופת התיישנות, כפי שאנו מכירים אותה כיום, נקבעת על-דרך כלל משפטי, המותיר פתח צר יחסית לפרשנות ולשיקול-דעת של בית-המשפט. ההצעה שלנו מגמישה מעט את הכלל הקיים, ומוסיפה בצידו סטנדרט אשר מקצר דה-פקטו את תקופת התיישנות במצבי

197 ראו, למשל, את דבריו של השופט כבוב בת"צ (כלכלית) 2484-09-12 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' כהן, פס' 54 (פורסם בנבו, 18.2.2013). ("יתר על כן, הדברים שנאמרו בדברי ההסבר נכונים ביתר שאת כאשר אנו עוסקים בתובענות ייצוגיות הנוגעות לענייני ניירות ערך. המדובר בנושאים שלעיתים קרובות מורכבים וסבוכים יותר מהעניינים שבבסיס תובענות ייצוגיות צרכניות 'רגילות'").

198 ראו, למשל, אלון קלמנט ושרון רבין-מרגליות "תובענות ייצוגיות דיני עבודה – האם השתנו כללי המשחק?" עיוני משפט לא 369, 427 (2009).

199 לדיון ביקורתי בבחירה בין כללים לבין סטנדרטים בסדרי הדין ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 219-229.

קיצוץ. מבחינה רעיונית ראוי לעיין גם בעצם ההבחנה לעניין זה בין סטנדרט לבין כלל. כך, ניתן לשאול אם אין מקום לקבוע סטנדרט שיאפשר לבית-המשפט להאריך במקרים מסוימים את תקופת ההתיישנות. ניתן אפילו לכפור בעיקר ולשאול אם אין מקום לקבוע סטנדרט גמיש שיאפשר התאמה של תקופת ההתיישנות לכל מקרה ומקרה, בין מראש ובין בדיעבד.²⁰⁰ אולם אפשרות זו מעלה כמובן קשיים מעשיים ותיאורטיים רבים, וחורגת במידה ניכרת מגדר הדיון שקיימנו במאמר זה.

200 ראו, למשל, Guttel & Novick, לעיל ה"ש 102.