

"צדק דחוי עדיף על אי-צדק מהיר"

מאת

יאיר שילה*

א. הקדמה. ב. מדדי ההערכה – מטרות סדרי הדין; 1. בירור האמת; 2. זכות הטיעון; 3. יעילות הדיון; 4. שוויון; 5. הערות נוספות. ג. פרק טז לתקנות סדר הדין האזרחי; 1. מבוא; 2. הפגיעה בזכויות יסוד שבפרק טז; 3. על ההבחנה בין תיקים 'גדולים' לתיקים 'קטנים'. ד. בחינת תקפות פרק טז לתקנות; 1. מבוא; 2. מבחן החוק המסמיך; 3. פרק טז ועקרונ המידתיות.

א. הקדמה

הביטוי המשמש שם לרשימה זו – "צדק דחוי עדיף על אי-צדק מהיר" – הוא ביטוי שגור למדי בבית-המשפט העליון. למיטב ידיעתי, הראשון שנקט בביטוי זה היה מ"מ הנשיא ש"ז חשין ז"ל¹, ועד היום הוא מקובל לפחות על חלק משופטי בית-המשפט העליון². כך להלכה, וכך גם למעשה, עת נעייין באופן שבו בית המשפט העליון מנחה ערכאות נמוכות יותר להפעיל את שיקול דעתן בשאלות דיוניות שונות. דוגמה מובהקת לעניין זה מצויה בפסיקה העשירה העוסקת בתיקון כתבי טענות: האם יותר לבעל-דין לתקן כתב טענות למרות העיכוב שתיקון כאמור גורם להליך השיפוטי? על-פי רוב –

* תודתי נתונה לעו"ד אסף פוזנר, אשר קרא מהדורה קודמת של רשימה זו והביא לפני את הערותיו הטובות. מכיוון שעו"ד פוזנר היה חבר הוועדה המייעצת לתקנות סדר הדין האזרחי, אשר תוצר עבודתה ייבחן בהמשך, אני מדגיש את המובן מאליו: כל האמור להלן הינו ביטוי לדעתי שלי בלבד.

1 המ' 295/59 כוז' הינוף נ' מירום, פ"ד יג 1438, בעמ' 1440.

2 בג"ץ 4057/00 ישקר נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נה (3) 734, בעמ' 752.

כן; משום שחשוב לנו שבית המשפט יכריע בשאלות שהן באמת שנויות במחלוקת, גם במחיר של עיכוב הדיון.³

האימרה "צדק דחוי עדיף על אי-צדק מהיר" היא ביטוי לחשיבות היחסית של שניים מהערכים והאינטרסים שביסוד סדרי הדין בבית המשפט, ושעוד נרחיב הדיבור עליהם בהמשך: בירור האמת ויעילות הדיון. בירור האמת – כך על-פי האימרה הנ"ל – חשוב יותר מיעילות הדיון.

ואולם לפני זמן לא רב נפל דבר בישראל ששינה – אולי – תמונת עולם זו. כוונתי לתיקון שהתקין שר המשפטים לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד 1984 – (להלן – **התקנות**); תיקון בו הוסף לתקנות פרק שלם – פרק טז – הדין בתביעות "שבסדר דין מהיר"⁴. בפרק טז נקבעו סדרי דין מיוחדים לתביעות שסכום התביעה בהן, או שווייה של התביעה, אינו עולה על 50,000 ש"ח. סדרי הדין שנקבעו לתביעות מסוג זה הם 'מקוצרים' לעומת סדרי הדין שהורגלנו בהם, והם נועדו להביא לביור מהיר של התביעות הללו ולהכרעה מהירה בהן.

ברשימה זו אנסה להעריך את פועלו של התיקון. אראה כי הפרק הוסף לתקנות מתוך תפיסה – מוטעית לדעתי – לפיה בתיקים 'קטנים' אי-צדק מהיר עדיף על צדק דחוי. בכלל זה, אבחן את התאמת פרק טז למטרות ההליך השיפוטי, ואף אתיחס לשאלת תוקפו של התיקון. אבקש להראות כי התיקון פוגע בערכי יסוד, כי קיים ספק ניכר בדבר תוקפו המשפטי וכי ככל הנראה התיקון גם אינו ראוי.

הנושאים הנדונים ברשימה זו או חלקם כבר זכו להתייחסות כתובה במקומות אחדים. תחילה, בדברי הסבר לתקנות, אשר פורסמו באתר האינטרנט של משרד המשפטים⁵, ולאחר מכן בפסיקת בתי המשפט:

ההחלטה הראשונה, למיטב ידיעתי, אשר עסקה בצורה נרחבת בתוקף פרק טז הייתה החלטה של בית משפט השלום בירושלים (השופט ד"ר אגמון גונן), ובה נקבע כי חלק מהוראות הפרק בטלות, אך לא כל ההליך כולו, ככזה; כלומר לא כל הפרק.⁶

3 א' גורן **סוגיות בסדר דין אזרחי** (מהדורה 7, תשס"ג), בעמ' 120 ומראי המקום שם. בתי המשפט הוסיפו והדגישו, כי הפיצוי על העיכוב המיותר בהליך יהיה באמצעות הטלת הוצאות על הצד שגרם לעיכוב בלא הצדק, ולא במניעת יכולתו להציג את עמדתו האמיתית, במלואה, בפני בית-המשפט.

4 ק"ת 6107, תשס"א (5.6.2001), עמ' 820 [תשס"א (מס' 5)]; ק"ת 6119, תשס"א (5.6.2001), עמ' 987 [תשס"א (מס' 7)].

5 www.justice.gov.il. להלן – **דברי ההסבר**.

6 ת"א (י-ם) 4050/01 **עיריית ירושלים נ' מחמד** (להלן – **החלטת עיריית ירושלים**) (טרם פורסם). ניתן להגיע להחלטה באתר האינטרנט של הנהלת בתי המשפט – www.court.gov.il. עמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה שם תכונה – **עמדת היועצמ"ש**. באותו עניין הגישה עיריית ירושלים

ואולם נקודת המבט שננקטה שם הייתה נקודת מבט שונה משלי: בפרשת עיריית ירושלים בית המשפט התבונן על ההליך מנקודת מבטו של השופט, ואילו אני אתבונן על ההליך מנקודת מבטו של המתדיין. נקודות מבט אלה שונות הן, שכן בחלוקת התפקידים בהליך השיפוטי – השופט הוא המכריע על סמך מידע המובא אליו על ידי הצדדים⁷. יתרה מזו, הצדדים, ולא השופט, הם המושפעים מהחלטה השיפוטי. לשוני זה יש משמעות, והיא תתברר – כך אני מקווה – בהמשך.

החלטה נוספת ניתנה אף היא בבית משפט השלום בירושלים (השופט דוד מיניץ)⁸. בהחלטה זו הורה השופט מיניץ על העברת הדיון בתביעה שהוגשה בסדר דין מהיר למסלול דיון רגיל, אך הוא הוסיף והתייחס – ממילא כאמרת אגב – לתוקף התקנות. מסקנתו הייתה, כי אין פגם בתקנות, המהוות איזון ראוי בין הערכים השונים. דעתי, כמוסבר להלן, שונה: אך לא אוכל שלא לציין כי בולט הדבר, שכמו בהחלטה בעניין עיריית ירושלים, גם החלטה זו התבוננה על ההליך בעיקר מנקודת המבט של השופט, ולא של המתדיין. למרות נקודת מבט משותפת זו – מסקנות השופטים השונים היו שונות.

כדי להעריך את 'איכותו' של כלל משפטי כלשהו יש לבחון בעיקר שנים אלו: את מטרת הכלל (האם היא ראויה?) ואת דרך הגשמת המטרה (האם הדרך ראויה?). כלל משפטי טוב הוא כלל משפטי שנועד להגשים תכלית ראויה, והוא עושה כן בדרך ראויה. כך גם כללים דינאיים: הערכתם צריכה להיעשות לאחר הגדרה מדויקת של מטרות סדר הדין⁹, ולאחר בחינה אם הם מגשימים מטרות אלה.

סדרי הדין שעל פיהם מכריעה ערכאה שיפוטית בסכסוך אינם 'כללים פרוצדורליים גרידא' כפי שאולי נהוג להתייחס אליהם בביטול. "כללים דינאיים" – כך לימדנו הנשיא

תביעה בסדר דין מקוצר כנגד הנתבע, וזה האחרון ביקש, וקיבל, רשות להתגונן. משום סכום התביעה נקבע כי הדיון יהיה בסדר דין מהיר, אך בית המשפט קבע, כאמור, כי חלק מהוראות פרק טז¹ בטלות. קביעה זו נדונה בימים אלה בערעור בבית המשפט המחוזי, אך נכון למועד כתיבת שורות אלה טרם ניתנה החלטה בערעור.

7 לחלוקת תפקידים זו ומשמעותה ראו J. Thibaut & L. Walker "A Theory of Procedure" 66 *Cal. L. Rev.* 541 (1978).

8 בש"א (י-ם) 6419/02 מוריה – חברה לפיתוח ירושלים נ' הס (להלן – החלטת מוריה) (ההחלטה טרם פורסמה, וניתן להגיע אליה באמצעות אתר האינטרנט של הנהלת בתי המשפט – www.court.gov.il). משרדי ייצג בהחלטה זו את מוריה, וכך "נחשפתי" לנושא רשימה זו.

9 Thibaut & Walker (*supra*, note 7), at p. 551.

ברק – "מבוססים על שיקולים חוקתיים"¹⁰. מכיוון שמטרת רשימה זו היא הערכת פרק טז¹ לתקנות סדר הדין האזרחי, הבדיקה צריכה להתחיל, בשלב ראשון, בבחינת המטרות שביסוד סדר הדין בכלל, וסדר הדין האזרחי, בפרט. אפתח, אפוא, במבט זה¹¹.

ב. מדדי ההערכה – מטרות סדרי הדין

1. בירור האמת

(א) הערך וההצדקות לו

"המשפט עומד על האמת. ביסוד ההליך השיפוטי עומדת חשיפת האמת... מטרת ההליך השיפוטי כולו הינה – כלשונו של הנשיא זמורה – להוציא כאור משפט... תפקידו של ההליך השיפוטי – האזרחי, הפלילי והמינהלי – הינו לחשוף את האמת, וזו מטרתו העיקרית..."¹². עיקרון זה נראה למשפטנים רבים כמובן מאליו. יש אפילו המגדירים באמצעותו את מהות סדרי הדין. לפי תפיסה זו, סדר דין הוא אמצעי שבעזרתו גדל הסיכוי שנגיע להכרעות נכונות בהליך המשפטי¹³. ואף שמדובר בעניין מובן מאליו, ראוי לעיין בהצדקות של עיקרון זה, שכן בירור האמת איננו "רק" ערך בפני עצמו¹⁴,

10 רע"א 288/89 אושיות נ' כהן, פ"ד מג(4) 427, בעמ' 430. וראו ניתוח נרחב אצל ש' לויין תורת הפרוצדורה האזרחית (תשנ"ט). ראו עוד J. Milton et. all "Procedural Right" *Rights and Constitutionalism* (D. van-Wyk et. all -ed., 1994) 401, at pp. 417-418.

11 יובהר: אין בכוונתי לסקור את כל הערכים שניתן לאתר כערכים סדרי הדין מבקשים להגשים. אעמוד רק על אותם ערכים שיהיו רלוונטיים להמשך הדיון: לגוף פרק טז¹ לתקנות. לסקירה מלאה יותר ראו: J. Resnik "Tiers" 57 *S. Calif. L. Rev.* 837 (1984); S. Goldstein "The Influences of Constitutional Principles on Civil Procedure in Israel" 17 *Isr. L. Rev.* 467 (1982); J. Leubsdorf "Constitutional Civil Procedure" 63 *Tex. L. Rev.* 579.

12 רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, בעמ' 522 (מרכאות פנימיות הושמטו). צוטט בהסכמה: רע"א 4999/95 Alberici Int' נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 39, בעמ' 44. ראו גם ע"א 705/83 רשות שדות התעופה נ' מקורות, פ"ד מ(3) 426, בעמ' 429-430 ומראי המקום שם.

13 R. M. Cover, O. M. Fiss & J. Resnik *Procedure* (1988), at p. 112. והשוו באשר לדיני הראיות: ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, בעמ' 261 ואילך: "ניגוד זה שבין האמת המשפטית לאמת העובדתית צריך שיהא בבחינת יוצא מן הכלל..."

14 "רבן שמעון בן גמליאל אומר: על שלושה דברים העולם עומד: על הדין, ועל האמת, ועל השלום" (אבות, א, יח).

וההצדקות השונות לו עשויות להועיל עת בוחנים אנו אם ניתן במצב כזה או אחר לוותר על העיקרון, ואם כן – מהו מחיר הוויתור.

ההצדקה הראשונה והבולטת ביותר לעקרון בירור האמת מצויה ברצוננו להגן על הזכויות המהותיות של הצדדים למשפט. ההליך המשפטי קובע את – או משפיע על – הזכויות המהותיות של הצדדים לו; ולכן תנאי להגשמה נכונה של זכויות אלה הוא – בירור האמת (העובדתית והמשפטית). אם בית המשפט אינו מברר את האמת, הוא עלול לשלוח אדם חף מפשע לכלא (פגיעה בזכות לחירות במסגרת ההליך הפלילי), או לדחות תביעה כספית מוצדקת (פגיעה בזכות לקניין פרטי בהליך האזרחי).

ביטוי להצדקה זו של הערך בדבר בירור האמת ניתן למצוא בפסיקת בתי המשפט ובכתבי מלומדים המציינים, שבירור האמת הוא תנאי להגשמת הדין המהותי ולאכיפת הנורמות הקבועות בו¹⁵; והגשמה זו היא כמובן – ההגנה על הזכויות המהותיות של הצדדים למשפט. מטבע הדברים, הצדקה זו של הערך בדבר בירור האמת היא רבת עוצמה, שכן היא יונקת את חיותה מתפיסתנו את האדם כמרכז הבריאה, כיוצר אוטונומי, בעל זכות בחירה¹⁶.

הצדקה זו של הערך בדבר בירור האמת קשורה, מטבע הדברים, קשר הדוק לרצוננו להבטיח הליך קבלת החלטות רציונלי בהליך השיפוטי¹⁷. לא נסכים, שהשופט יכריע את הדין על-ידי הטלת מטבע או קובייה, אף שזו דרך אובייקטיבית, ניטרלית ויעילה – מהירה – מאוד¹⁸. אנו עוסקים בהליך קבלת החלטות המשפיע על זכויות יסוד של הצדדים למשפט, ואיננו מוכנים להותיר נושא שכזה להחלטה שרירותית מכל סוג שהוא. אכן, זכות הבחירה הנתונה לאדם משמעה, בין היתר, שהוא יוכל לצפות בדרגת הסתברות כזו או אחרת את תוצאת התנהגותו, ולבחור איך לפעול על-פי תוצאות צפויות אלה. גם מטעם זה אנו מחויבים לכך שבירור האמת ייעשה בצורה רציונלית^{19,20}.

15 ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 505, בעמ' 516; S. Goldstein (*supra*, note 11), at p. 471. ראו עוד מ' קשת הזכויות הרציונליות וסדר הדין במשפט האזרחי (כרך א, מהדורה 13, תשס"ב), בעמ' 18.

16 כך תפיסתנו היהודית במורשת ישראל: רמב"ם, משנה תורה, ספר המדע, הלכות תשובה, פרק ה', הלכה ה'. וכך גם תפיסתנו היהודית והדמוקרטית היום: ע"א 2781/93 דעקה נ' בית חולים כרמל, פ"ד נג (4) 526, בעמ' 571 ומראי המקום שם.

17 ויש שתיארו זאת כערך דיוני נפרד: Resnik (*supra*, note 11), at p. 852.

18 כבר היו דברים מעולם: Resnik (*supra*, note 11), at p. 838.

19 להרחבת נושא זה של הליך קבלת החלטות רציונלי ראו:

O.M. Fiss "The Supreme Court 1978 – Forward: The Forms of Justice" 93 *Harv. L. Rev.* 1, at pp. 12-17; L.L. Fuller "The Forms and Limits of Adjudication" 92 *Harv. L. Rev.* 353 (1978), at p. 388.

הצדקה שנייה למרכזיותו של הערך בדבר בירור האמת בהליך השיפוטי נובעת מרצוננו להבטיח את **אמון הציבור במערכת בתי המשפט**²¹. הציבור מסכים להכפיף עצמו להכרעות בתי המשפט, מכיוון שהוא נותן אמון במערכת, המבקשת – ומצליחה – להתחקות אחר האמת, וכך להגן על זכויותיו. דומה כי מרבית הסכסוכים בבית המשפט אינם סכסוכים בין צד "צודק" לצד שהוא רמאי במודע, אלא בין שני צדדים שלהם תפיסות שונות, אם באשר לדין ואם באשר לאירועים שאירעו. לכן הצדדים מוכנים למסור את ההכרעה ליישוב על ידי גורם שהם יודעים שהוא מנסה כמיטב יכולתו למצוא את האמת, **ושיש לו הכלים לעשות זאת**²². אם הציבור היה סבור כי לבתי המשפט אין הכלים לברר את האמת, לא היה מוכן הוא לקבל על עצמו את הכרעתם. גם הצדקה זו לערך בדבר בירור האמת היא רבת עוצמה, שכן בלא אמון במערכת בתי המשפט – לא תוכל מערכת זו לתפקד, ואף "ידועה אמרתו של דה בלזק, כי חוסר אמון בשפיטה הוא תחילת סופה של החברה"²³.

(ב) פיקוח, בקרה ואפשרויות לתקן טעויות

מערכת שיפוטית ראויה לשמה לא רק שמה את בירור האמת בראש מעייניה כ'סיסמה', אלא היא מנסה גם להבטיח זאת הלכה למעשה באמצעות כלים משפטיים שונים. על אחד הכלים הללו – זכות הטיעון – נעמוד בהמשך, וכאן נתבונן על אמצעי אחר – אמצעי הפיקוח והבקרה.

ההליך המשפטי מעניק לשופט כוח. הוא הקובע את תוצאת ההליך, וכך קובע את זכויות הצדדים לו. זהו כוח רב. הוא יכול לשלול חירות של אדם (בהליך הפלילי); הוא יכול לנתק את קשר הדם שבין הורה לילדו (בהליכי אימוץ כפוי); והוא יכול לקבוע את כל גורלו הכלכלי העתידי של המתדיין לפניו (בתביעות כספיות 'רגילות'). במצבים מעין אלה, בהם המדינה מעניקה לרשות כלשהי כוח כה ניכר, החברה רוצה להבטיח שלא ייעשה שימוש לרעה באותו הכוח²⁴, וכי הוא יופעל רק בצורה ראויה. מטעם זה המערכת המשפטית שמה דגש ניכר על אמצעי הפיקוח והבקרה המופעלים כלפי בעל הסמכות²⁵,

20 יש המתבוננים בצד השני של המטבע: רק הכרעה בהליך קבלת החלטות רציונלי תהיה גורם מכוון התנהגות ומרתיע מפני התנהגות אנטי-חברתית: F.I. Michelman "The Supreme Court and Litigation Access Fees: The Right to Protect One's Right" *Duke L. J.* (1973) 1153
 21 לחשיבות ערך זה ראו בג"ץ 732/84 צבן נ' **השר לעניני דתות**, פ"ד מ(4) 141, בעמ' 149-148.
 22 Fiss (*supra*, note 19), at pp. 12-17.
 23 בג"ץ 732/84 צבן נ' **השר לעניני דתות**, פ"ד מ(4) 141, בעמ' 149-148.
 24 בג"ץ 531/79 **סיעת הליכוד בעיריית פ"ת נ' מועצת עיריית פ"ת**, פ"ד לד(2) 566, בעמ' 570.
 25 בג"ץ 5742/99 **דואק נ' ראש עיריית קרית ביאליק**, פ"ד נד(3) 410, בעמ' 415-416.

לרבות כאשר בעל הסמכות הוא בית המשפט.²⁶ כך למשל, אחת ההצדקות לעקרונות פומביות הדין היא – שהדיון הפומבי מאפשר ביקורת על השופט, אשר מכיוון שהוא יודע שמעשיו עומדים למבחן הציבור – הוא נוהג במידת זהירות גדולה יותר, מזו שהיה נוהג בה בדיון שדלתותיו סגורות.²⁷

האמצעי היעיל ביותר בפן זה של הדברים הוא מתן זכות ערעור; כאשר לעניין זה שני היבטים.²⁸ ראשית, הידיעה של השופט כי מעשיו צפויים לביקורת של ערכאה גבוהה יותר מהווה גורם מרסן, אשר גורמת לשופט לנסות ולהימנע מטעויות; שנית, ובמקרה שבכל זאת טעה, הרי שטעות זו ניתנת לתיקון בערעור. אלו הן שתיים מההצדקות היותר משמעותיות להענקת זכות הערעור, והן נועדו לשרת את תכלית התכליות של סדר הדין – בירור האמת והגשמת הדין המהותי.

2. זכות הטיעון

סדרי הדין נועדו להבטיח לא רק את הערך בדבר בירור האמת. סדרי הדין נועדו להבטיח גם את כללי הצדק הטבעי.²⁹ מקובל לומר, כי כללי הצדק הטבעי מורכבים משני ראשים עיקריים: שפיטה בלא משוא פנים והענקת זכות הטיעון לבעלי הדין.³⁰ בלי למעט, חלילה, מחשיבות הערך של שפיטה בלא משוא פנים, לא אעסוק בו כאן, באשר פרק טז¹ לתקנות אינו פוגע בערך זה. אייחד את המשך דבריי בתת פרק זה לעיון בזכות הטיעון של בעלי הדין.

לזכות הטיעון ניתנו שמות רבים: יש המכנים אותה בשם "זכות הגישה לבית משפט"; יש המדברים על הענקת "יומו של בעל הדין בבית המשפט"; יש המדברים על "הזכות להישמע בבית המשפט"³¹ ועוד. הכול מסכימים כי עניין לנו בזכות יסוד.³²

26 Resnik (*supra*, note 11), at p. 851

27 *In Re Oliver* 333 U.S. 257, 270

28 לוי (לעיל, הערה 10), בעמ' 171-172; ח' בן-נון, א' גוטפרוינד **הערעור האזרחי** (תשנ"ז), בעמ' 9.

29 בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני, פ"ד מח(2) 491, 504.

30 לאפיון כללי הצדק הטבעי ראו ש' שטרית "מגמות חדשות בעיקרי צדק טבעי" הפרקליט לז (תשמ"ז) 325, בעמ' 326.

31 כזו היא החוקה שבהולנד, אשר סעיף 17 לה קובע, כי אין למנוע מאדם את הזכות להישמע בבית משפט אליו הוא זכאי לפנות.

32 ראו והשוו: א' ברק **פרשנות במשפט**, כרך ג, פרשנות חוקתית (תשנ"ד), בעמ' 431-433.

ביטוי רב עוצמה לכך ניתן למצוא בדברי השופט Frankfurter בפרשת Joint Anti-Fascist Refugee Comm. v. McGrath³³, וארשה לעצמי לצטט דבריו – דווקא מפאת עוצמתם³⁴:

“That a conclusion satisfies one's private conscience does not attest its reliability. *The validity and moral authority of a conclusion largely depend on the mode by which it was reached.* Secrecy is not congenial to truth-seeking and self-righteousness gives too slender an assurance of rightness. *No better instrument has been devised for arriving at truth than to give a person in jeopardy of serious loss notice of the case against him and opportunity to meet it.* Nor has a better way been found for generating the feeling, so important to a popular government, that justice has been done”.

בדברים אלה גלומות שלוש ההצדקות המרכזיות בגינן המערכת המשפטית מעניקה לבעלי-הדין זכות טיעון:

(1) מערכת המשפט מעניקה לבעלי-הדין זכות טיעון, שכן התפיסה היא שזכות זו היא זכות יסוד הנתונה לבעל-הדין; זכות הנגזרת מזכות האדם לכבוד³⁵ ומאוטונומיית הרצון הפרטי; זכות הטיעון מאפשרת לבעל-הדין להשתתף בתהליך קבלת החלטות המשפיעות על חייו³⁶. ביטוי לתפיסה זו ניתן למצוא בדברי המשנה לנשיא אלון בבג"ץ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח נ' אלון פיקוד הדרום³⁷, שם הוא קבע, כי "הזכות לטעון, ולהישמע בבית המשפט, מקורה ויסודה במורשת ישראל מקדמת דנא, וחכמי ישראל ראוה כזכות יסוד הקדומה ביותר בתרבות אנוש". לאחר דברים אלה הביא השופט אלון את דברי הרמ"א³⁸, שביקש ללמוד מדרכי בורא העולם עצמו, כיצד ניתנה זכות הטיעון לאדם הראשון קודם גירושו מגן עדן³⁹, ואף לקין לאחר שרצה את הבל⁴⁰,

33 Joint Anti-Fascist Refugee Comm. v. McGrath 341 U.S 123, at pp. 171-72.

34 כאן ולהלן, אם לא נאמר אחרת – ההדגשות הוספו.

35 ראו למשל תיאור שלילת זכות הטיעון כ"השפלה" (humiliation) אצל Michelman (*supra*, note 20), at p. 1153.

36 Resnik (*supra*, note 11), at p. 848.

37 פ"ד מד(4) 626 בעמ' 637.

38 שו"ת הרמ"א, א, קח.

39 נהייתי ללמוד שגם בתי המשפט באנגליה השתמשו בדרך לימוד זו – לימוד מזכות הטיעון שהוענקה לאדם הראשון קודם גירושו מגן עדן: *The King against The Chancellor, Masters and Scholars of the University of Cambridge* (1723) 93 E.R. 698, at p. 704. כפי שהובא על-ידי השופט זילברג המנוח בבג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, בעמ' 1507.

והוא סיים במילים אלה: "זאת תורת זכות הטיעון האמורה בתורה, ושחכמים ראוה כיסוד מוסד, אף, כביכול, בבית דין של מעלה, וקל וחומר שכך צריך לנהוג בבית דין של מטה"⁴¹.

(2) ההצדקה השנייה בגינה אנו מקפידים על זכות הטיעון מתבוננת על זכות זו לא כעל ערך בפני עצמו, אלא כעל מכשיר הכרחי להגשמת ערכים אחרים – **בירור האמת והליך קבלת החלטות רציונלי**. התפיסה המקובלת אומרת, שבלא הענקת זכות הטיעון לבעלי-הדין לא יוכל השופט להגיע לחקר האמת⁴²; והטעם לכך ברור: הענקת זכות הטיעון לבעלי-הדין היא הדרך המועילה ביותר להבטיח שכל המידע הרלוונטי יובא לפני השופט, שבתחילת ההליך אינו יודע דבר על הסכסוך ועל הראיות שבידי הצדדים. מכיוון שהענקת זכות הטיעון היא תנאי הכרחי ליכולתה של הערכאה השיפוטית להגיע לתוצאה הנכונה, רבו המקרים, אפילו במשפטים פליליים, שבהם פגיעה בפן זה או אחר של זכות הטיעון גרמה לזיכוי הנאשם בערכאת הערעור⁴³. ועל חשיבותו של עקרון בירור האמת – כבר דיברתי די.

(3) ההצדקה השלישית למתן משקל רב לזכות הטיעון בבית המשפט נעוצה בעובדה, שללא הענקת זכות טיעון לצדדים לא יהיה להם, ולציבור כולו, **אמון ברשות השופטת**. הליך שיפוטי המעניק זכות טיעון ממשית מעורר אמון גם אם בעל-הדין אינו מאושר מהתוצאה הסופית⁴⁴, וההפך: הליך שיפוטי שאינו מעניק זכות טיעון לבעלי-הדין – לא רק שאינו מעורר אמון, אלא הוא אף פוגע באמון. אכן, אם היה לי יומי בבית-

40 מובן כי דוגמאות אלה לזכות הטיעון ניתנו אף שהקב"ה ידע, כמובן, את האמת העובדתית.

41 וראו גם דברי השופט מ' חשין בע"א 733/95 **ארפל נ' קליל**, פ"ד נא(3) 577, בעמ' 629: "דעת-שלי היא, כי זכות הגישה לבית-המשפט אין היא זכות-יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות-יסוד. שייכת היא למיסדר נורמות אחר בשיטת המשפט. ניתן לומר – וכך אומר אני – כי **נעלה היא על זכות-יסוד**. לא עוד, אלא שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות-היסוד. זכות הגישה לבית-המשפט הינה צינור החיים של בית-המשפט".

42 ראו והשוו ע"פ 307/72 **עמיאל נ' מדינת ישראל**, פ"ד כח(1) 622; ע"פ 4765/98 **אבו סעדה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(1) 832, בעמ' 838; מ"ח 7929/96 **קוזלי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(1) 529, בעמ' 564.

43 ע"פ 173/88 **אסרף נ' מדינת ישראל**, פ"ד מד(1) 785; ע"פ (ת"א) 1343/94 **עדני נ' מדינת ישראל**, פ"מ תשנ"ה(ג) 394; ע"פ 53/76 **אבו-עג'וה נ' מדינת ישראל**, פ"ד לא(1) 141; ע"פ 107/74 **מחסן נ' מדינת ישראל**, פ"ד כח(2) 302.

44 Thibaut & Walker (*supra*, note 7), at p. 551. ויושם הלב כי ראשון המחברים הוא פרופ' לפסיכולוגיה (שותפו למאמר הוא פרופ' למשפטים), וכי דבריהם שם נסמכים על מחקר אמפירי שהם ערכו (עם אחרים).

המשפט – אקבל ביתר קלות את התוצאה המאכזבת⁴⁵. ושוב: על חשיבותו של אמוץ הציבור במערכת בתי המשפט עמדתי לעיל.

מהי "זכות הטיעון" או "זכות הגישה" בהקשר זה? ובכן, זכות הטיעון כוללת מרכיבים הרבה⁴⁶: היא מכילה את זכות הנתבע (או הנאשם) לקבל כתב תביעה (או כתב אישום) על מנת שידע כנגד מה עליו להתגונן⁴⁷; היא מכילה את הזכות לקבל חומר מהצד שכנגד, כדוגמת "חומר החקירה" במשפט הפלילי⁴⁸; היא כוללת את הזכות לנכוח בדיונים⁴⁹; היא מכילה את הזכות להביא ראיות מטעמך⁵⁰, ואת הזכות לחקור את עדי הצד שכנגד⁵¹ ועוד ועוד. כלומר, זכות הטיעון מורכבת מכמה כללי משנה שנועדו להבטיח שלבעל-הדין תינתן ההזדמנות להציג את עמדתו במלואה בבית המשפט, ובצורה הוגנת⁵².

3. יעילות הדיון

- 45 ההחלטה בעניין עיריית ירושלים, עמ' 14.
- 46 לוי (לעיל, הערה 10), בעמ' 22; מ' קשת הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי (כרך ב, מהדורה 13, תשס"ב), בעמ' 1121.
- 47 י' זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה 7, ש' לוי עורך, 1995), בעמ' 135; ע"פ 319/79 אטיאס נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 484; ע"א 674/89 טורטן נ' ההתאחדות לספורט בישראל, פ"ד מה(2) 715, בעמ' 743; ע"א 228/58 רוטשטיין נ' יו"ר ביה"ד למשמעת, פ"ד יב 1439, בעמ' 1441. ראו גם: סעיף 6(3)(a) לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם (The European Convention on Human Rights) וסעיף 11(a) לצ'רטר הזכויות הקנדי (Canadian Charter of Rights and Freedoms), לעניין הזכות האמורה במשפט פלילי.
- 48 ע"פ 4765/98 אבו סעדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 832, בעמ' 838; ע"פ 179/79 מדינת ישראל נ' גברון, פ"ד לד(2) 688; ע"פ 1152/91 סיקסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(5) 8, בעמ' 38 בעקבות ע"פ 79/73 לביא נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 505. ראו גם בג"ץ 4914/94 טרנר נ' מבקרת המדינה, פ"ד מט(3) 771.
- 49 ע"א 7840/96 זיידנברג נ' זיידנברג, קטין, פ"ד נ(4) 260, בעמ' 263-264; בג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפריס (ישראל) נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, בעמ' 776; ע"פ 1632/95 משולם ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 534, בעמ' 547. ראו גם: *Rushen v. Spain* 464 U.S. 114.
- 50 *Goldberg v. Kelly* 397 U.S. 254, 260.
- 51 ע"פ 4977/92 ג' ברין נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 690, בעמ' 694-695; י' קדמי על סדר הדין בפלילים (כרך ב, תשנ"ג), בעמ' 709-710 ושלל מראי המקום שם. ראו גם סעיף 6(3)(d) לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם (The European Convention on Human Rights).
- 52 *Armstrong v. Manzo* 380 U.S. 545, 552. כן ראו רע"א 8292/00 יוספי נ' לוינסון (דינים-עליון, כרך נ, 990) (פסקה 5): "[קיימת] הכרה חוקתית בזכותו של הפרט לקיים דיון אמיתי, מלא והוגן בבית המשפט" (בהקשר של ביטול החלטות במעמד צד אחד).

אינטרס חשוב שכללי הפרוצדורה צריכים להביא בחשבון הוא האינטרס של יעילות הדיון: כללי דיון טובים צריכים להביא לכירורג האמת, תוך הקפדה על זכויות הצדדים, בדרך היעילה ביותר האפשרית לכך. פעמים רבות נאמר ש"צדק דחוי איננו צדק"⁵³, ובעידון מסוים – ניתן ללא ספק להסכים לכך: הליך לא יעיל מטיל עלויות ניכרות על הציבור כולו. הליך לא יעיל גם פוגע בצדדים עצמם, שרוצים לקנות לעצמם ודאות משפטית, ושרוצים לממש את זכויותיהם המהותיות במהירות האפשרית. אך במה דברים אמורים? ההשקפה המקובלת הייתה, וכנראה עודנה, כי מדובר ביעילות שלא על חשבון ערכים אחרים⁵⁴. הרי "צדק דחוי עדיף על אי-צדק מהיר". מתקין התקנות, בהתקינו את פרק טז סבר כנראה אחרת, ובכך תתמקד רשימה זו בהמשך.

4. שוויון

מערכת משפטית ראויה לשמה צריכה ליתן יחס שווה לשווים⁵⁵. "איזהו משפט צדק, זו השווית שני בעלי דינין העומדים לפניו לכל דבר"⁵⁶. מכיוון שבהמשך איחד פרק נפרד לשאלת השוויון, לא ארחיב עליו את הדיבור כאן, אך כן ארשה לעצמי לציין: המערכת המשפטית צריכה לפעול בשוויוניות לא רק 'בתוך' כל תיק (קרי, בין בעלי-הדין לתיק מסוים), אלא גם ביחסה לתיקים שונים⁵⁷; ומשמעות הדברים היא – הפעלת יחס שוויוני לציבור כולו הפונה לקבל שירות מבתי-המשפט.

5. הערות נוספות

רצוני לסיים פרק זה בשלוש הערות חשובות: ראשית, כפי 'הערת האזהרה' שרשמתי בתחילת הדברים, הערכים והאינטרסים עליהם עמדתי לעיל, אינם כל הערכים הדיוניים-החוקתיים. להם ניתן להוסיף עוד,

53 כמדומה כי זהו תרגום למימרה של וילאם פן: "To delay justice, is injustice". המקור לא מצוי בידי, אך מצאתי אזכור של אמרה זו, המפנה לספרו של פן: *Fruits of Solitude* (11th ed., 1906), בעמ' 69.

54 מ' שמגר "הרפורמה במערכת בתי המשפט" **משפטים** כב (תשנ"ג) 196, בעמ' 197.

55 לוי (לעיל, הערה 10), בעמ' 66.

56 רמב"ם, הלכות סנהדרין, כא, א.

57 Milton et. all (*supra*, note 10), at pp. 420-421. והשוו לדרישת השוויון בפתיחת הליכים פליליים; כלומר בהגשת כתבי אישום: בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, בעמ' 512-513.

ולשלב עמם, ערכים ואינטרסים כגון, אובייקטיביות⁵⁸, סופיות⁵⁹, פומביות⁶⁰ ועוד. אך דומה כי ארבעת הערכים והאינטרסים שמניתי הם מהחשובים בהליך השיפוטי, ומכל מקום, הם אשר ישמשו אותי בהמשך.

שנית, כמו במקרים רבים אחרים בעולם המשפט, לא כל הערכים והאינטרסים הדיוניים מתיישבים אלה עם אלה בכל מצב. לעתים הם מתנגשים. לעתים זו התנגשות מדומה, אך לעתים זו התנגשות אמיתית. או אז צריכים אנו ליישב בין הערכים, על-פי משקלם היחסי במצבים הנבחנים. כך למשל, עשוי להיות מתח בין זכות הטיעון לבין עקרון הסופיות⁶¹, כאשר בסכסוך השני שבין בעלי-הדין, בעל-דין אחד מבקש לפתוח פלוגתא שכבר הוכרעה בסכסוך הראשון. רצון למקסם את זכות הטיעון ירצה לאפשר לו לנהוג כן, אך עקרון הסופיות ימנע, בדרך כלל, את האפשרות לעשות זאת⁶² (אלא אם בהליך הראשון לא ניתנה לו הזדמנות נאותה להגן על עצמו, ואז יד זכות הטיעון תגבר⁶³). בקיצור, כמו בנושאים חוקתיים רבים, גם בנושאים דיוניים אנו צריכים לאתר את האינטרסים השונים ולאזן ביניהם במצבים שונים ומשתנים.

ההערה **האחרונה** שרצוני להעיר היא זו: כל שעמדתי עליו לעיל הוא רלוונטי לכל סוג של הליך משפטי. הוא רלוונטי להליך השיפוטי הפלילי, הוא רלוונטי להליך שיפוטי אזרחי, הוא רלוונטי להליך המינהלי, ובכלל – לכל הליך משפטי אחר שניתן להעלות על הדעת⁶⁴. בכולם אנו רוצים לברר את האמת, להעניק זכות טיעון וכו'. לכן גם הקפדתי להביא אסמכתאות ממגוון נושאים, ולא רק מההליך האזרחי. עם זאת, חשוב להדגיש כי המשקל הניתן לערכים ואינטרסים השונים עשוי להשתנות בין סוגי ההליכים השונים. כך למשל, בהליך הפלילי המאשימה נדרשת להציג את כל חומר החקירה המצוי בידה לפני הנאשם⁶⁵, אך בהליך המנהלי הרשות איננה חייבת, בדרך כלל, להציג את מלוא החומר שיש לה, קודם שהיא מקיימת את חובת השימוע המוטלת עליה⁶⁶. הטעם לכך

58 ע"פ 344/99 בשן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 599, בעמ' 611.

59 נ' זלצמן מעשה בית דין בהליך האזרחי (תשנ"א), בעמ' 12 ואילך.

60 סעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה; ע"פ 353/88 וילנר נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(2) 444.

61 שמבוסס על זכות הצד שכנגד לא להיות מוטרד פעמיים, על הרצון להקנות לצדדים למשפט וודאות באשר למעמד המשפטי, על שיקולי יעילות ועוד.

62 זלצמן (לעיל, הערה 59), בעמ' 137 ואילך.

63 ע"א 581/72 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 513.

64 בורות, הליך של טריבונל משמעתי פנימי וכו'.

65 לעיל, הערה 48.

66 י' זמיר הסמכות המינהלית (כרך ב, תשנ"ו), בעמ' 816-817.

נעוץ במשקל השונה שאנו נותנים בכל אחד מההליכים הללו לערכים בדבר בירור האמת⁶⁷ לעומת יעילות⁶⁸.

ברשימה זו, אני בוחן את הוראות פרק טז¹ לתקנות סדר הדין האזרחי. כלומר, אני מתבונן על ההליך השיפוטי האזרחי. מובן, כי כל שאמרתי לעיל רלוונטי גם להליך האזרחי, אך מכאן והלאה אתבונן רק בהליך זה, על מאפייניו המיוחדים, לעומת הליכים דיוניים אחרים. ארשה לעצמי להביט על הליכים מסוג אחר רק כאשר מדובר בעקרונות משותפים או בנושאים שיש להם מכה משותף.

ג. פרק טז¹ לתקנות סדר הדין האזרחי

1. מבוא

פרק טז¹ לתקנות הותקן במטרה לנסות ולקצר את הליכי הדיון בתיקים מסוימים בבית המשפט⁶⁹. הוא הותקן במענה למצוקה הברורה הקיימת נוכח העומס הבלתי נסבל על מערכת בתי המשפט. על כן, הפרק מנסה "לקצר הליכים" לעומת תובענות בסדר דין רגיל וכך ליעל את הדיון בתיקים בהם הוא עוסק. לרצון מוצדק זה יש מחיר; בייחוד מצד הנתבע בתיק: הדיון המהיר פוגע בזכות הנתבע להתגונן כנגד התובענה שהוגשה נגדו, על ההשלכות הקשות שיש לכך במחירי זכויות יסוד והיכולת להגיע לביורר האמת. כלומר, מחוקק המשנה סבר כי באיזון שבין השיקולים השונים, בתיקים מסוימים עדיף שיקול היעילות על פני הערכים הדיוניים האחרים. מקרים אלה הם – כהוראת תקנה 214ב – תיקים שהסכום הנתבע בהם (או שווי התובענה) אינו עולה על 50,000 ש"ח. בתיקים 'קטנים' אלה – כך מחוקק המשנה – יד שיקול היעילות על העליונה. בפרק זה אבחן את הפגיעות הגלומות בבעלי הדין בסדר הדין המהיר לעומת סדר הדין הרגיל; גם משום שזהו אחד היעדים שהצבתי לעצמי בראשית הדברים, וגם משום שדיון זה הוא הכרחי לשם השגת המטרות האחרות של הרשימה.

67 על חשיבות חקר האמת בהליך הפלילי ראו: ע"פ 747/86 אייזמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 447, בעמ' 456; ע"פ 639/79 אפללו נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 561, בעמ' 575.

68 על שיקול היעילות בהקשר של חובת השימוע בהליך המינהלי ראו זמיר (לעיל, הערה 66), בעמ' 674. להתלבטויות הקשורות בכך אגב הליכים מינהליים שונים ראו: *Mathews v. Eldridge* 424 U.S. 319. ראו גם מאמר ביקורת על פסק-דין זה: J. L. Mashaw "The Supreme Court's Due Process Calculus for Administrative Adjudication in *Mathews v. Eldridge*: Three Factors in a Search of a Theory of Value" 44 *U. Chi. L. Rev.* 28.

69 פסקאות 12-13 לעמדת היועמ"ש; עמ' 1-2 לדברי ההסבר.

ואולם קודם עיון זה אנוס אני להעיר שתי הערות מקדמיות, אשר הראשונה שבהן היא זו: ללא ספק ראוי היה לפתוח דיון בהוראות פרק טז¹ לתקנות בסקירת הוראות הפרק ובהשוואתן לסדרי הדין ה'רגילים'. עם זאת, דומה כי מלאכה זו תגרום לאריכות יתרה של הרשימה, ולכן אמנע מכך. כפועל יוצא אציין, כי קריאת חלק זה מניחה ידיעה מוקדמת בסיסית של סדרי הדין הנוהגים ושל הוראות הפרק עצמו. הפגם ב'דילוג' שאני נאלץ לבצע נרפא מעט בשל העובדה, שהדיון בפגיעות הגלומות בפרק מסביר במידה רבה חלקים ניכרים של הוראות הפרק.

ההערה המקדמית השנייה היא זו: גם אם נבחן את הוראות פרק טז¹ במשקפי יעילות בלבד, הוראותיו לא תמיד ברורות לי. לעתים יש אפילו סתירה לכאורה בין ההוראות השונות. כזהו למשל המצב שנוצר כתוצאה מהקושי להגיש הודעת צד שלישי (רק ברשות בית משפט)⁷⁰. ואולם הודעת צד שלישי נועדה, בין היתר, למנוע בהמשך כפל דיונים בבית משפט באותו נושא⁷¹, וזהו שיקול של יעילות. אז מדוע נדרשת לכך רשות בית משפט?

יותר מכך: ההחלטה להרשות הגשת הודעת צד שלישי תינתן, בדרך כלל, רק בישיבה המקדמית שתיקבע בתיק⁷². עניין זה, כשלעצמו, ייצור שיבושים ניכרים בכל המועדים הקבועים בתקנות, ולו מחמת העובדה שיש לצד השלישי זכות להגיש כתב הגנה תוך 30 יום³⁰ כלומר בדרך כלל אחרי המועד שנקבע להגשת תצהירי עדות ראשית של בעלי הדין ה'מקוריים'⁷³. ובכלל, התקנות מתירות לבית המשפט לקיים רק ישיבה מקדמית אחת⁷⁴. בישיבה זו, בהגדרה, לא ינכח הצד השלישי⁷⁵. לכן, במקומות שיש בהם הצדקה לצרף צדדים שלישיים – מטרת אותה ישיבה מקדמית, הן במונחים של אפשרות להשיג פשרה, והן במונחים של התוויית המשך דיון יעיל, 'מתפססת' לחלוטין.

ואולם אנומליות אלה של הפרק אינן קשורות לזכויות בעלי הדין, ולכן לא ארחיב עליהן את הדיבור. הנחתי תהא, כי הוראות פרק טז¹ אכן קובעות הליך יעיל, ועל בסיס הנחה זו אבחן אם ניתן להצדיק את הוראותיו.

2. הפגיעה בזכויות יסוד שבפרק טז¹

- 70 תקנה 1214(א) לתקנות.
- 71 גורן (לעיל, הערה 3), בעמ' 335.
- 72 תקנה 214ד(ב) לתקנות.
- 73 תקנה 214ט(א) לתקנות.
- 74 תקנה 214יא(א) לתקנות.
- 75 שכן טרם ניתנה ההחלטה אם לצרפו להליך אם לאו.

פרק טז¹ – בהוראות הקיימות בו ובהוראות החסרות בו – יוצר סדר דין שיש בו משום פגיעה קשה בזכויות יסוד של בעלי-הדין. אלה 'הפגיעות הדיוניות' שמצאתי, בחלוקתן לנושאים כמפורט:

(א) הליכים מוקדמים:

הליך סדר דין ראוי מחייב לאפשר לבעלי-הדין לדעת מראש, קודם הדיון גופו, מהו החומר המצוי בידי הצד שכנגד, על מנת שיוכלו הם להתייחס לחומר זה, ולהגיב לאמור בו לגופו של עניין. בכך ההליכים המוקדמים משרתים לא רק את יעילות הדיון אלא גם את הערך בדבר בירור האמת⁷⁶. הם מונעים הפתעות, וכך הם מונעים מההליך להידמות – כדברי הנשיא זמורה המנוח בהקשר דומה – ל"משחק אשקוקי"⁷⁷. ודוק, פעמים רבות לבעל-הדין יש תשובה טובה לראיה של הצד שכנגד, אך הוא צריך לדעת אותה מראש, על מנת שיהיה לו סיפק להציג אותה. על כן שלילת ההליכים המוקדמים הופכת את ההליך כולו לפחות הגון, ליותר מועד להפתעות, וככזה – להליך לא ראוי שאינו יכול לשרת את תכלית בירור האמת בצורה טובה⁷⁸. דא עקא, זהו בדיוק פועלן של תקנות סדר הדין המהיר בשני היבטים עיקריים:

(1) אין בסדר הדין המהיר אפשרות של הנתבע להציג לתובע שאלון⁷⁹, וגם האפשרות לדרוש ממנו פרטים נוספים נשללה למעשה⁸⁰. כפועל יוצא, הנתבע עשוי למצוא את עצמו במצב בו הוא אינו יכול להתגונן כלל כנגד התובענה שהוגשה נגדו: טול למשל את הדוגמה הקלאסית, שבה התובע טוען בכתב תביעתו כי "הנתבע נהג ברשלנות"⁸¹. הנתבע אינו יודע אם עליו להתגונן כנגד הטענה שהרשלנות נבעה מנהיגה

76 ראו: ע"א 41/49 כיאט נ' כיאט, פ"ד ג 113, בעמ' 120; ע"א 200/63 צוף נ' אושפיז, פ"ד יז 2400, בעמ' 2405.

77 ע"פ 1/48 סילווסטר נ' היועהמ"ש, פ"ד א 5, בעמ' 18.

78 עוד על החשיבות של קבלת מידע מוקדם קודם הדיון גופו ראו בג"ץ 4914/94 טרנר נ' מבקרת המדינה, פ"ד מט(3) 771.

79 תקנה 214ח(ג) לתקנות.

80 כפי שציין בית המשפט בהחלטת מוריה, תקנות 65-66 לתקנות לא הוצאו מתחולת סדר הדין המהיר מפורשות, ואולם בשל סדר הדין המהיר בכללותו – האפשרות המעשית לדרוש פרטים נוספים נשללה. נניח שהנתבע מגיש כתב הגנה, ועמו בקשה למתן פרטים נוספים לכתב תביעה. כעבור 45 יום הוא מחויב בהגשת תצהיר עדות ראשית מטעמו, במקביל לתצהיר התובע (תקנה 214ט). דא עקא, הבקשה למתן פרטים נוספים, גם אם תידון בייעילות המרבית, וגם אם תתקבל, לא תועיל עוד לנתבע, הזכאי להגיב לפרטים הנוספים שניתנו תוך 45 יום ממועד נתינתם (חיבור תקנה 66 ותקנה 214ד(ב)). כלומר, בהגדרה, לאחר הגשת תצהירי עדות ראשית מטעמו.

81 זוסמן (לעיל, הערה 47), בעמ' 370 ואילך.

במהירות מופרזת, או מנהיגה בצד הלא נכון של הכביש, או מנהיגה ברכב לא תקין וכיוצ"ב. למה ישיב בכתב הגנתו? איך ידע כנגד מה עליו להתגונן? בסדר הדין הרגיל עניין זה אינו מעורר קושי, שכן הנתבע יוכל לדרוש מיריבו פרטים נוספים ולהציג לו שאלונים שיבהירו את התמונה; ואולם בסדר הדין המהיר מכשירים אלה אינם עומדים לרשותו.

הפגיעה האמורה בנתבע מחמירה עד לבלי הכר עת נוסף ונעיין בהוראת תקנה 214ט לתקנות, המורה כי תצהירי התובע והנתבע יוגשו במקביל. יש בדוגמה דלעיל כתב תביעה לא מפורט, והנתבע נאלץ להגיש ראיותיו בלי שהוא יודע מה הן ראיות התובע. האם יגיש תצהיר על כך שנסע במהירות סבירה? או אולי על כך שנסע בצד הנכון של הכביש? לא זו אף זו: אם הנתבע היה יודע שנטען נגדו כי רכבו לא תקין (למשל), היה מגיש הוא תצהיר של מכונאי הרכב שבדק את הרכב ימים מספר לפני התאונה (למשל). אך נמנע ממנו להגיש תצהיר זה, שכן הוא לא ידע מה נטען נגדו. גם להעיד את העד לא יוכל בדרך כלל, שכן אין תצהיר של העד⁸².

אכן, חוסר היכולת של הנתבע להציג דרישות מוקדמות מעודד תובעים לנסח את כתב תביעתם בצורה מעורפלת, וכך למנוע מהנתבעים כל יכולת להגן על עצמם. אמור מעתה: כתב תביעה לא מפורט – כמוהו (כמעט) כהיעדרו של כתב תביעה; וזהו פגם בסיסי בהליך, הנחשב לפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי, אשר לא רק שהוא מונע מנתבעים להתגונן, אלא הוא גם פוגע ביכולת בית המשפט להגיע לחקר האמת⁸³: מכיוון שהנתבע אינו יודע למה להביא ראיותיו, לא ניתן להבטיח כי מלוא המידע הרלוונטי יונח בפני השופט קודם ההכרעה הדיונית.

(2) תקנה 214ח מחייבת את בעל הדין לצרף לכתב הטענות רשימת מסמכים רלוונטיים ואף את המסמכים עצמם. לא עשה כן – לא יוכל הוא להגיש את המסמך אלא ברשות בית המשפט. תקנה זו היא פוגענית בכמה מובנים:

ראשית, בעל הדין אינו נדרש לצרף "תצהיר" גילוי מסמכים. רק "רשימה". ממילא הוא יוכל להשמיט מהרשימה מסמכים שפוגעים בעמדתו⁸⁴. בכך נפגע, מטבע הדברים, הערך בדבר בירור האמת בהליך השיפוטי, שכן אם המסמך אינו מצוי בידי יריבו, הוא לא יוצג כלל בפני בית המשפט. יתרה מכך, בהתאם לטופס 17 וטופס 17ג לתקנות, מודיעים לנתבע, כי הוא חייב לצרף רק "רשימת מסמכים הנוגעים לטענות שבכתב

82 תקנה 214ט(ג) לתקנות.

83 ראו והשוו: זוסמן (לעיל, הערה 47), בעמ' 135; ע"א 674/89 טורטן נ' ההתאחדות לספורט בישראל, פ"ד מה(2) 715, בעמ' 743.

84 וכידוע, בסדר הדין הרגיל התקנות כיום קובעות אפילו את נוסח התצהיר על מנת שבעלי דין לא יוכלו להשתמט אגב מתן הצהרה מעורפלת או לא ברורה.

ההגנה. לכן, ומכיוון שהטופס הוא חלק מהתקנות עצמן, התקנות כמעט מבקשות מבעל-הדין להשמיט מהרשימה מסמכים המזיקים לו והמועלים לצד שכנגד⁸⁵... **שנית**, על-פי רוב, הליכי הגילוי המוקדם מחייבים גם מתן עיון מוקדם במסמכים; זאת מהטעמים שעמדתי עליהם לעיל – מניעת הפתעות, הגינות וכו'. עם זאת, הדין מכיר בכך, שבמקרים מיוחדים קיימים מסמכים אשר מתן עיון מאוחר בהם יועיל לבירור האמת, גם אם אין חיסיון על מסמכים אלה⁸⁶. ואילו כאן, הוראות פרק טז¹ לתקנות מחייבות מתן עיון מידי במסמכים כולם. על כן, במצבים אלה הערך בדבר בירור האמת נפגע מעצם הגדרת הסיטואציה⁸⁷.

שלישית, בעת שהתובע מגיש את כתב תביעתו הוא אינו יכול לדעת כלל מה הם כל המסמכים הרלוונטיים. הרי הרלוונטיות של מסמך כזה או אחר היא פונקציה של הפלוגתאות, ואלה נתחמות רק לאחר הגשת כתב ההגנה. ומה קורה אם מתברר לו, לאחר הגשת כתב ההגנה, כי יש בידו מסמכים רלוונטיים להדיפת טענת הגנה שנטענה? מה יעשה? ואם תרצה לומר שהוא יגיש עם כתב תשובתו, הרי שרק העברנו את הבעיה לנתבע, אשר יש לו מסמכים להדיפת טענות כתב התשובה, והוא לא ידע – בעת שהגיש את כתב ההגנה (ואת רשימת המסמכים שלו) – שייזקק להם. טול למשל את המקרה הבא: תובע הגיש תביעה. בכתב הגנתו הנתבע טען טענת התיישנות. התובע השיב לטענה זו בכתב תשובה שבו הוא טען, כי התביעה לא התיישנה נוכח העובדה שהוא לא ידע ולא יכול היה לדעת בזehירות סבירה את העובדות המקימות לו עילת תביעה⁸⁸. ואולם בידי הנתבע יש מסמכים המוכיחים, שלא רק שהתובע יכול היה לדעת על הנסיבות הרלוונטיות, אלא הוא אף ידע אותן בפועל. הנתבע לא צירף מסמכים אלה לכתב ההגנה, שכן הוא לא שיער כי כך התובע יטען. מה יעשה?

(ב) הבאת הראיות:

(3) תקנה 214ג מחייבת את בעל-הדין להגיש עם כתב הטענות שלו תצהיר בחתימתו המאמת את העובדות שבכתב הטענות (אלא אם ישנם "טעמים מיוחדים", שאז רשאי בעל-הדין לצרף תצהיר של אדם אחר). מטרת התקנה, לפי דברי ההסבר, היא לדאוג לכך

85 בטפסים אלה גם נכתב, כי הנתבע צריך לצרף לכתב הגנתו אסמכתאות משפטיות. לא מצאתי לכך עיגון בגוף התקנות עצמן, אבל אם הנתבע צריך לנהוג כן (כפי שעולה גם מדברי ההסבר: עמ' 4 להם), יוצא שהוא מציג את אסמכתאותיו לפני התובע (!).

86 רע"א 4249/98 סוויסה נ' הכשרת היישוב, פ"ד נה(1) 515.

87 בית-המשפט בפרשת מוריה קיבל את הבעייתיות שבפן דברים זה של התקנות.

88 הוראת סעיף 8 לחוק ההתיישנות, תשי"ח 1958- (להלן – חוק ההתיישנות).

שכתבי טענות יוגשו רק אחרי עבודת הכנה ראויה⁸⁹. מטרה זו היא ללא ספק רצויה – דומה שבמיוחד מנקודת המבט של המתדיין – ואולם בדרך שנבחרה להשגת המטרה גלומות כמה פגיעות בבעל-הדין:

ראשית, הנתבע זכאי להתגונן כנגד התובענה שהוגשה נגדו גם אם הוא עצמו אינו רוצה להגיש תצהיר. אפילו אם 'סתם לא בא לו', והוא מוכן לקחת את הסיכון הכרוך בכך שהוא יציג את הגנתו על סמך תצהירים של אחרים בלבד. קל וחומר אם יש לו סיבות משלו שלא להגיש תצהיר, שאינן מגיעות כדי "הטעמים המיוחדים" הנדרשים בתקנה (ובלי שיהיה צורך כעת הזו לפרש ביטוי זה). **שנית**, הצורך להגיש תצהיר עלול למנוע מהנתבע לטעון טענות הגנה מהותיות העומדות לרשותו, שכן אלה מצויות בידיעת התובע בלבד. למשל: איך יטען הנתבע כי התובע לא הקטין את נזקיו? הרי על עניין זה הוא אינו יכול להצהיר – אף לא לפי מיטב הידיעה והאמונה – קודם שחקר הוא את התובע. **שלישית**, הצורך להגיש תצהיר עלול לפגוע גם בתובעים פוטנציאליים: איך, למשל, יוגשו תצהירים נגד נתבעים חלופיים? והרי פעמים רבות תובע אינו יכול לדעת מי אחראי לנזקו: המתכנן או המבצע? מייצר המוצר או מתקין המוצר? טול את מקרהו של ראובן. הוא שיפץ את ביתו, ובסיום השיפוץ התברר לו כי ברז המים הימני פותח – בניגוד למקובל – את המים החמים דווקא, ולהפך. ראובן אינו יודע, אף לא למיטב הידיעה והאמונה, אם מי שאשם בכך הוא השרכב שהעסיק או מי שהכין את התכנית שעל-פיהן פעל השרכב. איך יתבע נזקיו, והרי לצרף תצהיר לא יוכל^{90-90א}.

ובכלל: הגשת תצהיר מפיי השמועה לתיק בית-משפט פוגעת בזכויות בעל-הדין⁹¹. התצהיר, על-פי דיני הראיות, איננו קביל כלל. ובעל-הדין נמצא במצב בו מוגש תצהיר

89 אגב, עצם הסיווג של תקנה זו מעיד על נקודת המבט השונה שבה מתקין התקנות ואני מתכווננים על הסוגיה: מתקין התקנות מתייחס לתקנה זו כאל חלק "מדיני הגשת כתבי טענות", ואילו אני סיווגתי את התקנה כחלק "מהליך הבאת הראיות בתיק". תצהיר הינו, ככלות הכול – ראייה.

90 לצורך הכללי שעשוי לעמוד לבעל-הדין, בתום לב, לטעון טענות חלופיות ראו 'ש' לוי"ן "השגות עקרוניות לריפורמה בתקנות סדר הדין האזרחי" **משפטים** יט (תש"ן) 675, בעמ' 677.

90א גם בהמרצות פתיחה בעלי-הדין נדרשים לצרף תצהיר לכתבי הטענות שלהם: אך זאת משום שהליך המרצת הפתיחה נועד לבירורן של שאלות עובדתיות **פשוטות** (קשת **לעיל**, הערה 15), בעמ' 806), ותביעות בסדר דין מהיר אינן מוגבלות לשאלות מסוג זה (תת-פרק ג(3) להלן). מעבר לכך, בניגוד לנדון כאן, בהמרצת פתיחה אסור תצהיר מפיי השמועה.

91 לדעה אחרת ראו ס' גולדשטיין "ארבעים שנה לסדר הדין האזרחי" **משפטים** יט (תש"ן) 663, בעמ' 665-667. לביקורת נוספת בנושא זה ראו לוי"ן **לעיל**, הערה 90, בעמ' 676.

גם מפי השמועה) שאין לו אפשרות לחקור עליו⁹², למרות הוראות חקיקה ראשית המקנות לו זכות חקירה כאמור^{93,94}.

(4) "כלל יסוד הוא, שהתובע מביא את ראיותיו ראשון והנתבע מסיים את ראיותיו אחרון"⁹⁵. כלל יסוד זה נועד להבטיח את זכות הטיעון של הנתבע, שכן אם יחויב להביא ראיות לפני שהוא יודע מה הן ראיות התובע, למה יביא ראיות? למה ישיב? ואיך ישיב לראיות שנודעו לו לאחר מכן? פרק טז לתקנות פוגע בכלל יסוד זה. הוא קובע, כי ראיות הצדדים יוגשו במקביל⁹⁶. ממילא יש בהוראות הפרק כדי לפגוע בזכות הנתבע להתגונן. הוא מגיש את ראיותיו בטרם הוא יודע מהן ראיות התובע; ושוב – לפגם זה השלכה גם במונחים של בירור האמת וקבלת החלטה רציונלית⁹⁷.

(5) תקנה 214ט קובעת, כי מי שלא הגיש תצהיר לא יהיה עד במשפט אלא "מטעמים מיוחדים". ממילא נשאלת השאלה – מה דינם של עדים פוטנציאליים, שפשוט אינם רוצים לתת תצהיר לבעל הדין. למה? ככה. לא רוצים. אבל אני – בעל הדין – זקוק לעדותם כדי לבסס את תביעתי/הגנתי⁹⁸!

(ג) כתיב טענות:

92 בהחלטה בעניין מוריה הסביר בית המשפט כי החקירה הנגדית תבוא בהמשך, בעת בירור המשפט עצמו. אך מה יקרה אם בעל הדין יחליט שלא להגיש תצהיר עדות ראשית מטעמו? אכן, בית המשפט ניסה בפרשת מוריה להפחית מחשיבות תצהיר זה, ואולם דווקא דברי ההסבר לתקנות סותרות השקפה זו, ששם נאמר כי תכלית תקנה 214ג היא, בין היתר, לגרום למצב שבו "עיקר הראיות מצויות בפני בית המשפט כבר במועד הגשת כתיב הטענות" (עמ' 3 שם).

93 השוו רע"א 2508/98 מתן י' מערכות תקשורת נ' מילטל תקשורת, פ"ד נג(3) 26.

94 ער אני לעובדה, כי הגשת תצהירים מפי השמועה מותרת בסדרי דין כאלה ואחרים (למשל: בבקשות ביניים או בהתאם לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, תשמ"ד-1984). ואולם הנדון אינו דומה לראיה, בשל ההבדל המהותי בין סדרי הדין שהדבר מותר בהם, לבין המקרה הנדון כאן. למשל, בג"ץ הוא אשר העיד על עצמו, כי אין הוא הפורום הראוי לבצע בירורים עובדתיים (בג"ץ 1921/94 סוקר נ' הול"ל, פ"ד מח(4) 237). וראו הטקסט שלאחר הערה 64.

95 בש"א (י-ם) 2734/99 מדינת ישראל נ' חילן, תקדין-מחוזי, כךך 99(2) 3011. כן ראו רע"א 6283/93 ד' דני חברה לבנין נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד מח(1) 639.

96 תקנה 214ט לתקנות.

97 על פי דברי ההסבר (עמ' 8 להם) התקנות ביקשו 'לתקוף חזיתית' את כלל היסוד בדבר סדר הגשת הראיות, שאין הם רואים לו הצדקה.

98 את הקושי הזה ניתן אולי לפתור באמצעות פרשנות התקנות ולפרש את המונח "טעמים מיוחדים" שלא כפי כוונתו הסובייקטיבית של מתקין התקנות, כלומר "טעם מיוחד" הוא כל טעם שהוא. אך נוכח מטרתו הכללית של פרק טז לא הייתי 'מהמר' שפירוש זה יאומץ בפועל.

(6) תקנה 214ה(א) מגבילה את זכות הנתבע להגיש תביעה שכנגד בהליך שבסדר דין מהיר למצבים המנויים בתקנה. למשל: אסור לתובע שכנגד לצרף כנתבע שכנגד מי שאיננו תובע בתביעה המקורית. אסור לו להגיש תביעה שכנגד שסכומה עולה על 50,000 ש"ח, אלא אם היא קשורה במישרין לתביעה המקורית. בכך מחוקק המשנה ביקש להגביל זכויות שהוקנו לנתבע בחקיקה ראשית – חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד 1984 – (להלן – **חוק בתי המשפט**), שם אין המגבלות הללו קיימות. דומה כי יש טיעון חזק, לפיו מתקין התקנות לא היה רשאי לעשות זאת גם לולא העובדה, שכאשר המחוקק ביקש להגביל את הזכות להגיש תביעה שכנגד למצבים מסוימים – הוא עשה כן בחקיקה ראשית, ולא בחקיקת משנה: סעיף 60 לחוק בתי המשפט, הדן בסמכות בית-משפט לתביעות קטנות.

זאת ועוד: סעיף 4 לחוק ההתיישנות קובע כי לא תישמע טענת התיישנות כנגד תביעה שכנגד, כאשר למשל התביעה הראשית התיישנה ולא נטען נגדה טענת התיישנות. אז מה יעשה הנתבע, אם הוא אינו רוצה לטעון התיישנות והוא מעוניין להגיש תביעה שכנגד, אך הוא אינו רשאי לעשות כן על פי התקנות? ממילא הוא מאבד את זכותו לכך, ואם יגיש את "התביעה שכנגד" בהליך נפרד, הוא יאבד את החסינות שיש לו מפני טענת ההתיישנות של תביעתו שלו.

(7) תקנה 214ז מונעת מהתובע, בדרך כלל, להגדיל את סכום תביעתו מעבר ל-50,000 ש"ח. אז מה יעשה התובע, למשל, אם עניין לנו בתובענה למתן חשבונית, שסכומה המוערך מלכתחילה הוא פחות מ-50,000 ש"ח, ולאחר שהוגשו החשבוניות התברר שהסכום הוא בעצם גדול יותר? התקנה מחייבת אותו לוותר על הזכות המהותית העומדת לרשותו⁹⁹.

(ד) ניהול הדיון:

(8) תקנה 214יא(ה) מחייבת את בעל-הדין להתייצב לישיבה המקדמית. מפתיע הדבר שמחוקק המשנה מצא לנכון לכלול הוראה זו בתקנות, לאחר שבית-המשפט העליון קבע, אפילו ביחס להליכים פליליים, כי חיוב נוכחות הוא פגיעה בחירות, וניתן

99 בהחלטת מוריה פירש בית-המשפט את התקנה כמונעת הגדלת סכום התביעה מעבר ל-50,000 ש"ח תוך הישארות בהליך סדר הדין המהיר, ולא כשלילת הזכות להגדיל את התובענה, שאז התובענה פשוט תועבר למסלול דיון רגיל. אם אכן זה פירושה הנכון של התקנה, פגם זה שבתקנות אכן "נופל", ואולם נוכח לשון התקנה, כמו גם דברי ההסבר לה (עמ' 6 שם), יש לי ספקות כבדים באשר לנכונות הפרשנות שהוצעה לתקנה בהחלטה זו.

להצדיקו רק לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש¹⁰⁰. תכלית תקנה זו היא, ככל הנראה, לעודד פשרות ולמנוע מצב בו עורך הדין יבקש בו דחייה על מנת להתייעץ עם מרשו. ספק בעיניי אם תכלית זו היא ראויה, אך גם אם ראויה היא – הפגיעה ודאי עולה על הנדרש: התקנה עצמה מכילה בחובה פתרון אחר ביחס למדינה ולתאגידים אחרים שאינם חייבים להתייצב, ודי בכך אם בעל הסמכות יהיה זמין בטלפון. פגיעה ממין זה בחירות היא קטנה יותר. אז למה לא לנצל זאת גם ביחס לבעלי-דין שהם "בשר ודם"? ובכלל – הפכתי והפכתי בתקנה, ולא מצאתי הסבר מדוע יש הפליה לטובת המדינה ותאגידים אחרים. במה נגרע חלקו של אדם שהוא "בשר ודם"?¹⁰¹ ניתן דווקא לתאר מצב דברים שבו יש לאבחן לטובה נתבע "בשר ודם", כאשר הוא למשל מתגורר בחו"ל. האם נאלץ אותו להגיע ארצה רק לצורך השיבה המקדמית? הרי אם הוא נתבע לסכום קטן, זה כמעט ידמה לכפייה לוותר על עמדתו. "לבוא ארצה, על כל ההוצאות הכרוכות בכך, בשל ויכוח על 10,000 ש"ח? עדיף לוותר".

(9) תקנה 214(ה) מסמיכה את בית-המשפט להחליט בבקשות ביניים על סמך הכתוב בלבד. חקירת מצהירים תיעשה רק אם בית המשפט "ראה צורך בכך"¹⁰². גם כאן אינני מבין את עמדת מתקין התקנות נוכח העובדה, שלא לפני זמן רב נפסק, ביחס לבקשות ביניים בסדר דין רגיל, כי לבעל-הדין זכות המעוגנת בחקיקה ראשית לחקור חקירה נגדית את המצהיר מטעם יריבו; וכי לכן בית-המשפט חייב לתת לבעל-הדין המבקש זאת – לממש את זכותו (אלא אם הבקשה לחקור נתבקשה שלא לצורך)¹⁰³.

100 בג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפריס נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, בעמ' 777-778. ניתן גם לטעון, כי החיוב להופיע אישית לדין הוא בגדר פגיעה בזכות הייצוג של בעל-הדין המבקש לא להופיע בעצמו אלא באמצעות בא-כוחו; והרי "שלוחו של אדם כמותו". לזכות הייצוג ומעמדה השווה, אמנם בהקשר ההליך הפלילי או המשמעתי: בש"פ 5136/98 מנבר נ' מדינת ישראל, דינים-עליון, כרך נד 733; ה"פ (י-ם) 339/98 טוביה חיים נ' אגד, תקדין-מחוזי, כרך 99(3) 75. וכן *Gideon v. Wainwright* 372 U.S. 335; *R. v. Kingston* [1948] Cr. App. Rep. 183.

101 תשובה הפרקטית שלפיה מתקין התקנות לא רצה להטריח את פרקליטי המחוז (הם בעלי הסמכות בקרב המדינה) לכל ישיבה מקדמית בתביעות בסדר דין מהיר, איננה משכנעת מספיק.

102 ואם ראה צורך בכך, לא ברור מתי החקירה תתקיים, אם מדובר בבקשה שהוגשה אחרי הישיבה המקדמית הראשונה. הרי אסור לקיים יותר משיבה אחת. כלומר, ההכרעה בבקשות הביניים תיעשה בעת בירור המשפט גופו.

103 רע"א 2508/98 מתן י' מערכות תקשורת נ' מילטל תקשורת, פ"ד נג(3) 26. מאז שניתנה הלכה זו הכול הולכים בעקבותיה. למשל: רע"א 3542/99 מלם מערכות בע"מ נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון, כרך 99(2) 1260; רע"א 5693/98 בנק לאומי לישראל נ' ארט בי – חברה בפירוק, תקדין-עליון, כרך 98(4) 584; רע"א 8473/99 כא"ל בע"מ נ' שוב, פ"ד נה(1) 337.

(10) תקנה 214טו מאפשרת לצדדים להגיש רשימת אסמכתאות קודם בירור המשפט עצמו. מתקשה אני להבין תקנה זו. האם כוונתה שיש איסור להסתמך על אסמכתאות שלא הוגשו ברשימה זו? ואם כן, מה ביחס לאסמכתאות שהרלוונטיות שלהן מתבררת רק לאחר חקירות העדים? הפגיעה בזכות הטיעון היא, כך נדמה, ברורה; ולכן אמחיש אותה אך בציון העובדה, כי פעמים רבות האסמכתאות הרלוונטיות לעניין אופן בחינת מהימנות עדים מתבררות ככאלה רק לאחר החקירות הנגדיות¹⁰⁴.

(ה) פסק הדין

(11) תקנה 214טז(ב) מחייבת את בית המשפט, להוציא מקרים חריגים שבחריגים, לנמק את פסק דינו "באופן תמציתי". הדעת נותנת כי הכוונה היא, שבית המשפט בסדר דין מהיר אינו כפוף להוראת תקנה 192 לתקנות¹⁰⁵, ובכך יש פגיעה גם בערך של בירור האמת וגם בזכותם של בעלי הדין:

בערך של בירור האמת כיצד? משום שנשיא בית המשפט העליון לימד אותנו, כי¹⁰⁶:

"החלטתו [של השופט] צריכה להיות מנומקת. חובת ההנמקה חשובה היא במיוחד. כל מי שהתנסה בכתיבה יודע זאת. דבר אחד הוא רעיון המשתלט על המחשבה. דבר אחר הוא העברתו של הרעיון בכור ההיתוך של ההתמודדות האינטלקטואלית המבקשת לתמוך בו, תוך מודעות לתוצאותיו. רבים הם הרעיונות אשר הצורך לנמקם הביא לחדלונם, שכן היה בהם רק הדר חיצוני שלא ניתן היה לבססו."

והוסיף הנשיא ברק והביא שם גם מדבריו של נשיא בית משפט קודם לו – הנשיא לנדוי – אשר כתב¹⁰⁷: "שיפוט על פי שיקול דעת אסור לו שיהפך לשיפוט שרירותי. כדי למנוע סכנה זאת אין אמצעי בדוק יותר מאשר הנמקה מלאה של פסק הדין". ממילא הנמקה "תמציתית" פוגעת בסיכוי שתתקבל החלטה נכונה¹⁰⁸.

104 השופטת ד"ר אגמון-גונן קבעה בעניין עיריית ירושלים כי תקנה 214טו בטלה.
 105 שזו לשונתה: "פסק דין בתובענה שהוגש בה כתב הגנה יכיל הרצאה תמציתית של הענין, ממצאי בית-המשפט לגבי העובדות המהותיות, השאלות שעמדו להכרעה, ההחלטה ונימוקה".
 106 א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 46.
 107 מ' לנדוי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א' 292, בעמ' 303.
 108 יש שציינו שההנמקה חשובה גם ללגיטימיות ההחלטה בעיני הציבור, היכול בעזרתה לעקוב אחר הלך מחשבת השופט (Fuller (supra, note 19), at p. 388). כלומר, ההנמקה גם תורמת לאמון הציבור במערכת בתי המשפט. ראו גם: ההחלטה בעניין עיריית ירושלים, עמ' 16-17, שם קבעה ד"ר אגמון-גונן כי תקנה 214טו בטלה.

בזכות הצדדים כיצד? משום הפגיעה בזכות הערעור המוקנית לבעלי הדין בחקיקה ראשית – בחוק בתי המשפט; ואף יותר מכך – בחוק יסוד: השפיטה¹⁰⁹. והרי ידוע הוא, כי ככול שפסק הדין מפורט יותר, קל יותר להתחקות אחר הלך המחשבה מתוכו ניתן, ולאחר טעויות שאולי נפלו בו. למשל: אם בית המשפט קבע: "לא האמנתי לתובע, כי יש לו עבר פלילי", ניתן לתקוף ממצא זה ולהצביע על העובדה שאין לתובע הרשעות קודמות, וכי בית המשפט שגה בעניין זה. אך אם פסק הדין מנומק "באופן תמציתי" בלבד, וכתוב רק "לא האמנתי לתובע" – לא יוכל הוא להשיג על כך¹¹⁰.

ודוק, ער אני לכך, שישנה השקפה מקובלת לפיה זכות הערעור איננה חלק מכללי הצדק הטבעי¹¹¹. אך לא בכך עסקינן. עסקינן בזכות שגם אם איננה זכות 'טבעית', היא זכות שהוקנתה בחקיקה ראשית ואף בחוק יסוד: השפיטה, ותקנות אינן יכולות לשלול את זכות הערעור או לצמצמה "מקום בו לא נאמר הדבר בחוק"¹¹².

ושוב בערך של בירור האמת: הנקודה הראשונה שציינתי עסקה בנכונות החלטתה של הערכאה ראשונה. הנקודה השנייה שציינתי נגעה להגבלה למעשה של זכות הערעור. ואם נשלב את שתי הנקודות הללו נגיע למסקנה כפולה: **ראשית**, כי טעויות בפסקי הדין בערכאה ראשונה יהיו נפוצות יותר, הן בשל היעדר ההנמקה, הן בשל העובדה ששופט הערכאה הראשונה יודע שאין עליו פיקוח כפי שיש בדרך כלל במסגרת הערעור¹¹³; **שנית**, שיש פגיעה גם בסיכוי לתקן טעויות (שיהיו כשלעצמן יותר נפוצות) בערעור¹¹⁴. ממילא הסיכוי שהמערכת המשפטית בכללותה תגיע לתוצאה הראויה בכל תיק נתון (הנדרון בסדר דין מהיר) קטן במידה רבה¹¹⁵.

אכן, הנמקה "באופן תמציתי" איננה נותנת משקל ראוי לערך בדבר הגעה לתוצאה נכונה. ממילא היא גם פוגעת בזכויות מהותיות הנדונות בפני השופט המנמק בסדר דין מהיר את פסק דינו ב"תמציתיות".

109 סעיף 17 ש.ם.

110 השוו: "באין גילוי הנימוקים אין לעותר במה להיאחז" (בג"ץ 2/79 אסעד נ' שר הפנים, פ"ד לד(1) 505).

111 אך ראו ש' לוינ' "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב (תשנ"ו) 451, בעמ' 462-464. ראו עוד קשת (לעיל, הערה 46), בעמ' 1042.

112 ר"ע 587/83 ועד הבית ברחוב תנועת המרי 2, קרית אונו נ' ירדני, פ"ד לח(4) 487, בעמ' 493.

113 טקסט ליד הערה 28 לעיל.

114 טקסט ליד הערה 28 לעיל.

115 העובדה כי ישנם מקרים אחרים שחובת ההנמקה בהם אינה מלאה – כמו בהליך של בוורות או בפסק דין לפי סעיף 79א לחוק בתי המשפט – אינה גורעת מדבריי: במצבים אלה נדרשת הסכמה מראש של שני בעלי הדין, ועל כן מדובר בצדדים להליך שלקחו על עצמם מראש, במודע, את הסיכון הכרוך בהיעדרה של הנמקה.

בדברים אלה סיימתי לבחון את עיקרי הוראות פרק טז¹ – אותן ההוראות אשר לדעתי יש בהן משום פגיעה לא סבירה בערך של בירור האמת (ולכן בזכויות המהותיות הנדונות בתיק), ובזכות הטיעון של בעלי-הדין. מן הסתם יש דברים שנעלמו מעיניי¹¹⁶, אך די במפורט עד כה כדי להמשיך בדיון הבוחן את השאלה, אם הוראות הפרק ראויות ואם הן תקפות. וקודם המשך הדיון מן הראוי להעיר את שתי ההערות הבאות:

ראשית, בדברים דלעיל שמתי דגש על הפגיעה הקונקרטיה ביכולת לברר את האמת או בזכות הטיעון של בעל-הדין. לא פירטתי בכל פעם כי משמעות פגיעה זו היא – גם – פגיעה באמון הציבור במערכת בתי המשפט. לכן חשוב, במבט מסכם, להדגיש גם עובדה זו, שהרי ראינו כי לפגיעות ביכולת לברר את האמת ובזכות הטיעון יש משמעויות קשות גם בהקשר של אמון הציבור בבתי המשפט. יתרה מכך, למיטב ידיעתי, מרבית התיקים הנדונים בבית המשפט הם תיקים שכיום יידונו בסדר דין מהיר. ממילא, ייווצר מצב שבו מרבית הציבור הנזקק לשירות בית המשפט ייתקל בהליך פוגעני, ולא בהליך ראוי. לכך יש כמובן השלכות המחמירות עוד יותר את מידת הפגיעה באמון הציבור בבית המשפט.

שנית, בדבריי דלעיל התעלמתי מתקנה 214^{יב}, המאפשרת לבית-משפט להעביר את הדיון בתיק נתון ממסלול דיון מהיר למסלול דיון רגיל. תקנה 214^{יב} היא בגדר מכשיר מווסת, המאפשר לבית המשפט להעביר את התובענה למסלול הרגיל, שבו ניתן להגיע לבירור האמת בצורה ראויה, תוך שמירה והקפדה על זכות הטיעון של כל הנוגעים בדבר, במקרים שבהם משקלם של השיקולים האמורים גובר על הצורך של המערכת בקיום דיון מהיר יותר מהמקובל¹¹⁷.

לכאורה ניתן לטעון כי תקנה זו מקהה את עוקצה של הביקורת שמתחתי לעיל על הפרק בכללותו: כשהדברים דורשים זאת, יועבר התיק למסלול בסדר דין רגיל. אינני מסכים לכך. אני משער, כי השימוש בתקנה זו לא יהיה נפוץ, שכן בתי המשפט לא ירצו לבטל את התיקון "בדלת האחורית". כלומר, המאסה הגדולה של התיקים ה'קטנים' תמשיך להידון בסדר דין מהיר, וממילא תקנה 214^{יב} לא באמת משנה את התמונה

116 יצוין כי בהחלטה בעניין עיריית ירושלים השופטת ד"ר אגמון גונן ערכה ניתוח שונה מהניתוח דלעיל: שכן הניתוח שם התבונן בהליך מנקודת מבטו של השופט, ולא מנקודת מבטו של בעל-הדין. כפועל יוצא, בהחלטה נקבע דבר בטלותן של תקנות נוספות שלא מניתי לעיל. עם זאת חלק ניכר מהתקנות שאני התייחסתי אליהן לא נדונו כלל בהחלטה זו.

117 מכאן: בתקנה 214^{יב} יש ביטוי לכך, שמתקין התקנות היה ער לעובדה, שסדר הדין המהיר הוא פוגעני (במובנים שמניתי), וכי בהחלט יכולים להיות מצבים שאיוון האינטרסים בהם ביחס לתיק "קטן" נתון מורה שראוי לדון בו בדרך המלך.

בצורה משמעותית. אמנם השערה זו שלי טעונה עוד בדיקה ואימות לעתיד לבוא; אך זו הנחתי שלי, וראוי לומר זאת למקרה שהמציאות תוכיח שבעניין זה טעיתי.

3. על ההבחנה בין תיקים 'גדולים' לתיקים 'קטנים'

פרק טז¹ יוצר מצב בו יש שוני בטיפול בתיקים השונים. ניתן לומר כי הפרק מבחין בין תיק אחד למשנהו בהיבט של אופן הטיפול בתיק¹¹⁸. תיק 'גדול' (שהסכום הנתבע בו מעל 50,000 ש"ח) זוכה לסדר דין אחד, ותיק 'קטן' זוכה לסדר דין אחר. אני מקווה שהקורא את דברי עד כה השתכנע, כי ההבחנה שנעשתה היא לרעת התיקים שיידונו בסדר דין מהיר; לרעת התיקים הקטנים. סדר הדין שנקבע בפרק טז¹ הוא סדר דין שפוגע בזכויות מהותיות, ביכולת בית-המשפט לברר את האמת ובתחושות צדק של יחידים, ודאי גם של רבים, לכשהם יתודעו לו. לכן, ומכיוון שעניין לנו במתן יחס שונה לשווים לכאורה ("תיקים"), יש להוסיף ולבדוק אם יחס שונה זה הוא מוצדק. כמו בכל הטיפול בסוגיות של הפליה, גם כאן אנו צריכים לשאול עצמנו, קודם לכול, אם יש שוני בין השניים שמקבלים יחס שונה; והאם זהו שוני שהוא רלוונטי ליחס השונה הניתן להם. אם אין שוני שהוא רלוונטי ליחס השונה, לפנינו הפליה פסולה ואסורה¹¹⁹.

ודוק, מבט זה על הסוגיה הוא במידה רבה הצד השני של המטבע, הבוחן שתיים מההצדקות האפשריות לפרק טז¹ והן: ראשית, הטענה כי ההליך שנבחר לתיקים המטופלים בסדר הדין המהיר הוא הליך שמתאים לבירור האמת ב**אותם התיקים**¹²⁰; שנית, הטענה שעניין לנו ממילא בתיקים קטנים יותר, בהם משקלו של הערך בדבר בירור האמת – קטן. שתי הצדקות אלה לפרק טז¹ הן הצדקות המנסות לבסס את השוני – הבחנה או הפליה – בטיפול הניתן לתיקים השונים, ולכן עיון זה בוחן ממילא את ההצדקות האמורות.

כפי שאבהיר מיד, לדעתי אין שוני בין תיקים גדולים לתיקים קטנים, אשר יש בו כדי להצדיק את ההבחנה שנעשתה; וכי ככל שניתן אולי לחפש הבחנה כאמור בין סוגי תיקים, המודד שנבחר על-ידי מתקין התקנות (סכום התביעה) איננו מוצדק.

118 מובן שזוהי מטפורה. ההבחנה הקיימת – או ההפליה – היא לא בין התיקים, אלא בין בעלי-הדין שהם הצדדים לתיקים השונים. עם זאת, מפאת נוחות בהצגת הדברים, אמשך לדבר על הבחנה או הפליה בין תיקים.

119 ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים, פ"ד כה(1) 7, בעמ' 35; בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501, בעמ' 507-508; בג"ץ 104/87 נבו נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, בעמ' 754.

120 ראה עמ' 1 לדברי ההסבר לתקנות: "התאמת מסלול דיוני פשוט ומהיר לתובענות בסכומים נמוכים מהווה, כשלעצמה, יישום של עקרונות הניהול השיפוטי".

גם לפני התקנת פרק טז¹ לתקנות השיטה המשפטית שלנו הכירה במצבים בהם תיקים שונים סווגו לפי מידת חשיבותם, וכפועל יוצא נתנו (ועודנו נותנים) להם טיפול שונה, לפי מידת החשיבות שייחסנו (ושעודנו מייחסים) להם. דומה כי זו הייתה ההצדקה המקורית להבחנה בין תיקים שבערכאה ראשונה נדונים בבית המשפט המחוזי, לבין תיקים שבערכאה ראשונה נדונים בבית משפט השלום¹²¹. כידוע, רבו המבקרים על הבחנה זו¹²², ואנו נמצאים בעיצומו של תהליך זה, המבקש ליצור ערכאה דיונית אחת מאוחדת לתיקים בערכאה ראשונה, על ידי הגדלה מתמדת של סמכויות בית המשפט השלום לדון בתיקים שונים. דוגמה נוספת להבחנה בין סוגי תיקים לפי חשיבותם מצויה בשוני הקיים בין סוגי המותבים לשמיעת תיקים בתוך אותה ערכאה דיונית. תיק של הריגה יידון לפני דן יחיד ותיק של רצח לפני מותב שלושה¹²³. ודוגמה שלישית: הקמת בית משפט לתביעות קטנות¹²⁴.

עם זאת עד כה ההבחנה האמורה הייתה, בעיקרה, עניין למחוקק הראשי ולא למחוקק המשנה¹²⁵. המחוקק הראשי הוא שקבע את סמכות בית המשפט השלום¹²⁶ (תוך מתן סמכות שיורית לבית המשפט המחוזי¹²⁷); הוא שקבע את מותבי בית המשפט המחוזי¹²⁸ והוא שהקים את בית המשפט לתביעות קטנות¹²⁹. פרק טז¹ שינה ממצב דברים זה. בפרק טז¹ מחוקק המשנה הוא שערך את ההבחנה בין סוגי התיקים תוך הגדרתם של תיקים גדולים (מעל 50,000 ש"ח) ושל תיקים קטנים (פחות מכך), ותוך הקביעה כי סדר הדין הרגיל יהיה תקף רק ביחס לתיקים הגדולים. התיקים הקטנים 'זוכים' לסדר דין פוגעני, כפי שתואר לעיל. בהמשך אבדוק את השאלה אם הבחנה זו

121 ח' כהן המשפט (תשנ"ב), בעמ' 394.

122 למשל: S. Goldsein "On Unifying the Israeli Trial Court Structure" 18 *Isr. L. Rev.* 76 (1983).

123 סעיף 37 לחוק בתי המשפט וחלק א' לתוספת הראשונה שם.

124 חוק לשיפוט בתביעות קטנות, תשל"ו-1976 (כיום סימן ה' לפרק ב' בחוק בתי המשפט).

125 "בעיקרה" – משום סטיות קלות פה ושם, למשל בזכות נשיא בית המשפט להחליט על מותב מורחב כשהוא סבור שיש לכך הצדקה ("משפט דרעי": משפטו של השר לשעבר יצחק מרדכי). בפועל נעשה בסמכויות אלה שימוש משני, ואין בחריגים כדי להפריך את הכלל.

126 סעיף 51 לחוק בתי המשפט.

127 סעיף 40(1) לחוק בתי המשפט.

128 סעיף 37 לחוק בתי המשפט. נושא זה חייב קביעה "בחוק" (להבדיל מ"לפי חוק") מכוח סעיף 23(7) לחוק-יסוד: השפיטה.

129 הערה 124 לעיל.

היא אכן עניין למחוקק המשנה; וכאן אדון בהבחנה שנעשתה בפועל¹³⁰, שהיא לדעתי קשה להצדקה, וטעמים עקרוניים אחדים הם לכך:

(1) **עצם ההפליה.** קשה למצוא הצדקה לכך שהתביעה שלי לסכום של 50,000 ש"ח ראויה ליחס טוב פחות מהתביעה של שכני לסכום של 60,000 ש"ח. האומנם ניתן למצוא הבדל רלוונטי שבגיניו שנינו זכאים ליחס שונה? אני לא מצאתי הבדל כאמור, וגם מנהל בתי המשפט בעבר, השופט (בדימוס) מ' בן-דרור סבור שמתן יחס שונה כאמור אינו ראוי¹³¹.

וכך צווינו: "לא תכירו פנים במשפט, כקטון כגדול תשמעון" (דברים, א, יז), ורש"י בפירושו לפסוק זה מביא את שתי האפשרויות: זו המתבוננת בהשוואת בעלי הדין בתוך ההליך, וזו המופיעה במסכת סנהדרין¹³², המשווה בין תיקים 'קטנים' לתיקים 'גדולים', ואשר ממנה גזרו כי "דין של פרוטה כדין של מאה מנה".

(2) **עידוד לחוסר הגינות.** נקודה זו קשורה לנקודה נוספת, שאף שהיא אינה מרכזית, היא בהחלט ראויה לאזכור: אם אני תובע, ויש לי תביעה אמיתית ל-40,000 ש"ח, התקנות מעודדות אותי כיום 'לנפח' את תביעתי על מנת שהיא תיתן לי יחס ראוי לברור התביעה. אגדיל קצת את סכום הנזק הנטען ואזכה ליחס הולם 'פתרון' זה אינו ראוי, והוא מעודד גם 'משחקים' אחרים: אם אני תובע, ואני רוצה לשלול מהנתבע הגנה ראויה, – כדאי לי, אולי, לוותר על מקצת תביעתי דווקא על מנת להגישה בסדר דין מהיר. הנתבע, הרי, אינו יכול להשפיע על קביעת סדר הדין שבו תידון התובענה (ובכך יש גם פן של יצירת אי-שוויון בין בעלי הדין).

(3) **המדד שנקבע להבחנה.** היחס השונה הניתן לתיקים השונים הוא בהיבט של אופן הטיפול בתיק, ובמידה רבה – ביכולת להגיע לחקר האמת בתיק. לכן, ככל שישנה הבחנה בין תיקים המצדיקה יחס שונה ממין זה, היא צריכה לבסס עצמה על המידה שבה

130 למעשה, ניתן להציג את השאלה בצורה חמורה עוד יותר. מכיוון שפרק טז נועד לייעל את המערכת בכללותה, הרי שפרק טז יצר מצב שבו למעשה הוא "מפקיע" את זכותם של מתדיינים בתיקים "קטנים" למשפט הוגן שסיכויו לברר את האמת גבוהים, כדי לזכות בזמן רב יותר לטיפול בתיקים "גדולים".

131 מ' בן-דרור "הרפורמה במערכת בתי המשפט" משפטים כב (תשנ"ג) 200, בעמ' 201-202: "אני מבקש להתייחס לנושא נוסף, והוא התביעה לשיפורים, לייעול. אנחנו עוסקים בשטח שלגביו אסור שתהיה הבחנה בין 'עניינים גדולים' לבין 'עניינים קטנים'. ישנה נטייה פסולה, לדעתי, לחשוב שבסוגים מסוימים של תיקים אזרחיים ופליליים, בעניינים קטנים לכאורה... צריך ליצור הליכי דיון מקוצרים, נורמות אחרות של בירור הדיון או של קביעת הדין, מאשר בעניינים אחרים שלהם צריך להקדיש את כל תשומת הלב הראויה, להקציב זמן עבורו ולתת עליו את הדעת, כמקובל בבתי-משפט". הדברים נאמרו בעת שהשופט בן-דרור כיהן כמנהל בתי המשפט.

132 סנהדרין, ח, א.

קל להגיע לחקר האמת בתיקים השונים. תיקים שקל להגיע בהם לחקר האמת ראויים, אולי, ליחס 'מהיר' יותר, מתיקים מורכבים, שחקר האמת בהם מצריך הליך 'מלא'. כדוגמה לנושא זה ניתן להתבונן על התביעות שבסדר דין מקוצר. התקנות קבעו דרישות מקדמיות לצורך הגשת תביעות בסדר דין מקוצר, דרישות שמבטיחות מידה רבה יותר מהרגיל של מהימנות טענות התביעה¹³³, ואז הנתבע צריך לבקש רשות להתגונן, וזו תינתן לו אם הוא מצביע על הגנה לכאורה, ולו קלושה.

כלומר, ניתן להצדיק את רצון המערכת לנסות ולסווג תיקים שונים לפי אופן הטיפול בהם¹³⁴, ואולם לא לפי המודד שנקבע – סכום התביעה. ניתן לנסות ולומר, כי תיקים שהם פשוטים לביורור ראויים לביורור בהליך מזוורז, שמדקדק פחות על קוצה של זכות דינונית, ואולם אז המודד יהיה לא סכום התביעה, אלא מורכבות התיק. מה ההבדל בדיון בין תביעה שטרית אחת לרעותה, כאשר שטר אחד הוא על 50,000 ש"ח, והשטר השני הוא על 60,000 ש"ח, או אף על מיליון ש"ח? אכן, אעיד מניסיוני – ונדמה לי שהדברים יתקבלו בהסכמה על ידי קהילת עורכי הדין המופיעים בבתי המשפט – תיקים גדולים רבים הם פשוטים, ותיקים קטנים רבים הם מורכבים וטעונים בחינה מלאה וראויה.

(4) **תביעות ל-50,000 ש"ח אינן 'קטנות'**. גם אם היה ראוי להבחין בין תיקים שונים על ידי מחוקק המשנה, וגם אם היה ראוי לעשות זאת לא על פי מורכבות התיק אלא על פי סכומו, עדיין הייתי מוסיף ואומר כי 'קו הגבול' שנקבע בפרק טז¹ בפועל הוא בעייתי. התיקים שהפרק עוסק בהם אינם באמת תיקים 'קטנים'. תביעה של 50,000 ש"ח – היא תביעה ליותר מפי שבעה מהשכר הממוצע במשק¹³⁵. כלומר, השלכותיה הכלכליות של תביעה מסוג זה לפרט הממוצע היא תביעה ליותר מחצי שנת עבודה. זה איננו – עבור מרבית המתדיינים בחברה – 'תיק קטן'¹³⁶.

אם מתבוננים בפן זה של הדברים כשלעצמו, ניתן אולי להצדיק 'קו גבול' התואם את תקרת התביעה המותרת בבית משפט לתביעות קטנות, שכן שם ההליך הוא פוגעני יותר מהליך סדר הדין המהיר. אך גם עמדה זו אינה נקיה מספקות פורמליים ומהותיים, שיפורטו בפרק הבא.

(5) **השלכת התיקים ה'קטנים' לעתיד לבוא**. גם אם היה מקום להגדיר תיקים של עד לסכום של 50,000 ש"ח כ'קטנים', עדיין הייתי סבור כי הנזק הפוטנציאלי של תביעות מסוג זה עשוי להיות גדול יותר לעתיד לבוא, וזאת מטעם הקשור לכללי מעשה-

133 לרציונל זה לתביעות שבסדר דין מקוצר ראה זוסמן (לעיל, הערה 47), בעמ' 654.

134 לוי (לעיל, הערה 90), בעמ' 676.

135 לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה.

136 זאת אף אם נתעלם מהחשש שיהיה פחות זוחל, וסכום הגבול יעלה עם השנים. ראו פסקה 15 לעמדת היועמ"ש: "העקרונות האמורים הובילו לכך שתובענות בסדר דין מהיר הוגבלו – בשלב זה – למקרים בהם סכום התביעה או שווי הנושא אינם עולים על 50,000 ש"ח".

בית-הדין: יכולים להיות מצבים, שבהם פלוגתא פסוקה בתביעה בסדר דין מהיר תהא רלוונטית לתובענה עתידית שתהא 'גדולה' גם לפי הגדרת התקנות, ואז בעל-הדין שהפסיד בעניינה של הפלוגתא הרלוונטית עשוי למצוא עצמו מושקע בנושא זה גם בתיק הגדול. אמת נכון, יתכן כי למי שנפגע מהממצא בתיק הראשון תעמוד טענה, כי בגלל השוני בין סדרי הדין – לא צריך להיות השתק פלוגתא¹³⁷; אך המגמה היא – שוב משיקולי יעילות – להרחיב דינים אלה, וממילא לא הייתי מסתכן בניכוי, שטיעון זה יצלח בידי הנפגע¹³⁸. אמור מעתה: גם באופן תאורטי אין דבר כזה תיק 'קטן'. הנזק האפשרי הוא תמיד גדול הרבה יותר¹³⁹.

בדברים אלה סיימתי את ההתייחסות לפרק טז¹ לתקנות כשלעצמו, תוך בחינתו בהתאם לעקרונות החוקתיים שביסוד סדרי הדין. כעת צריך להשלים את הבדיקה ולבחון גם את תקפותו במישור הפורמלי, ולבחינה זו אעבור כעת.

ד. בחינת תקפות פרק טז¹ לתקנות

1. מבוא

פרק טז¹ לתקנות פוגע בזכויות יסוד של המתדיינים על-פי הוראותיו. כלומר, עניין לנו בחקיקת משנה הפוגעת בזכויות יסוד. מעובדה זו כשלעצמה נובעת המסקנה הבאה: על מנת שהוראות פרק טז¹ ייקבעו כתקפות, צריכות הן לעבור מבחן כפול: ראשית, קיומו של חוק מסמין¹⁴⁰, ולא סתם חוק מסמין, אלא חוק שפירושו הנכון מורה כי הוא (החוק) התכוון להסמין את מתקין התקנות לפגוע בזכויות היסוד הנבחנות¹⁴¹. במקרה דנא, עת עוסקים אנו בתקנות סדר הדין האזרחי, החוק המסמין הוא חוק בתי המשפט,

137 לעיל, הערה 63.

138 כשם שמרבית הפסיקה קובעת שדיון בבית-משפט לתביעות קטנות יוצר השתק בתיקים מאוחרים יותר הנדונים בסדר דין רגיל. לסקירת פסיקה זו (ולדעה אחרת) ראו בש"א (י-ם) 5151/99 שיכון ופיתוח נ' חסון, דינים-שלום, כרך טז 863, כן ראו ת"א (י-ם) 825/93 מוסקוביץ נ' מועצת השמאים (לא פורסם), שם השופטת ד"ר א' פרוקצ'יה קבעה, כי הליך בבג"ץ יוצר מעשה-בית-דין בהליך אזרחי רגיל מאוחר יותר, למרות השוני המהותי שבין סדרי הדין הנהוגים בשני ההליכים הללו.

139 וראו Fuller (*supra*, note 19), at p. 357, הסבור שכל הכרעה משפיעה על היחסים העתידיים של בעלי-הדין, גם בהתעלם מכללי מעשה-בית-דין.

140 למשל: ב' ברכה משפט מנהלי (כרך א, 1997), בעמ' 80.

141 בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337.

אשר סעיף 108(א) לו קובע: "שר המשפטים רשאי להסדיר בתקנות סדרי דין את סדרי הדין והנוהג לפני בתי משפט"; והשאלה היא אם סעיף חוק זה מסמיך את מתקין התקנות להתקין הוראות כדוגמת אלו הכלולות בפרק טז¹. מבחן שני שעל התקנות לעבור בהצלחה הוא עמידה בפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; שהרי "ברור שהתקנות, כמו החוק עצמו, חייבות לעמוד בתנאים שבפסקת ההגבלה... אי אפשר לקבוע בתקנות סמכות שיש בה פגיעה בזכויות יסוד בניגוד לפסקת ההגבלה"¹⁴²⁻¹⁴³. אעבור אפוא ואנסה להעמיד את פרק טז¹ לתקנות במבחן כפול זה.

2. מבחן החוק המסמיך

(א) תקנות הסותרות חקיקה ראשית

ראינו קודם לכן כי חלק מהוראות פרק טז¹ סותרות חקיקה ראשית. כזהו, למשל, המצב כאשר מתקין התקנות ביקש להגביל את זכות החקירה הנגדית בבקשות ביניים¹⁴⁴. במצבים אלה יש טיעון חזק, לפיו מתקין התקנות חרג מסמכותו, שהרי חקיקת משנה אינה יכולה לסתור חקיקה ראשית. תקנות הסותרות חקיקה ראשית (*contra legem*) הן חסרות תוקף. עניין זה נובע לא רק מההיררכיה הטבעית שבין הוראות הדין השונות, אלא גם מהוראתו המפורשת של סעיף 16(4) לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], הקובע: "לא תהא תקנה סותרת הוראותיו של כל חוק". לכן כאשר מתקין התקנות ביקש להגביל זכויות שהוקנו בחקיקה ראשית, חרג הוא מסמכותו¹⁴⁵. דברים אלה רלוונטיים גם ליתר המצבים עליהם עמדתי לעיל, ואשר בהם מחוקק המשנה סתר הוראות חקיקה ראשית או הגביל זכויות המוקנות בהן; והמקבל את דעתי זו אנוס גם להוסיף ולקבוע, כי כאשר מתקין התקנות הורה על הגשת תצהירים מפי השמועה, שאין עליהם חקירה נגדית¹⁴⁶, חרג הוא מסמכותו; כאשר מתקין התקנות מאלץ למעשה תובעים לוותר על מקצת תביעתם¹⁴⁷, חורג הוא מסמכותו; כאשר מתקין

142 זמיר (לעיל, הערה 66), בעמ' 138.

143 ראו גם לוי (לעיל, הערה 10), בעמ' 41-43, המציין מפורשות, ביחס לתקנות סדרי הדין, כי עליהן לעבור מבחן כפול זה.

144 טקסט ליד הערה 103 לעיל, בעקבות רע"א 2508/98 מתן י' מערכות תקשורת נ' מילטל תקשורת, פ"ד נג(3) 26.

145 ראו גם ע"א 524/88 פרי העמק נ' שדה יעקב, פ"ד מה(4) 529, בעמ' 553.

146 טקסט ליד הערה 91 לעיל.

147 טקסט שלפני הערה 99 לעיל.

התקנות הגביל את זכות הגשת התביעה שכנגד, הוא חרג מסמכותו¹⁴⁸; וכאשר מתקין התקנות פגע בזכות הערעור של בעל-הדין¹⁴⁹, חרג הוא שוב מסמכותו. אך לא רק מבחינה זו הוראות פרק טז¹ הן בעייתיות. קיים טיעון חזק לפיו גם לולא התקנות היו סותרות חקיקה ראשית, הן היו חסרות תוקף, ולבחינת טיעון זה אעבור כעת.

(ב) היעדרה של הסמכה מפורשת לפגיעה בזכויות יסוד

נקודת מוצא היא, וזו הייתה נקודת המוצא גם לפני חקיקת חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי חקיקת משנה יכולה לפגוע בזכויות יסוד, אם – ורק אם – המחוקק הסמיך את מחוקק המשנה לפגוע בזכויות כאמור **מפורשות**¹⁵⁰. כלל פרשני זה הוחל מפורשות הן על זכות הקניין¹⁵¹, הן על כללי הצדק הטבעי, הרלוונטיים כאן¹⁵². "הוראת חוק דרושה לא כדי להכיר בזכות הטיעון אלא כדי לשלול אותה"¹⁵³. ובענייננו:

(1) סעיף 108(א) לחוק בתי המשפט אינו מכיל בחובו הסמכה מפורשת לפגיעה בזכויות יסוד. כל שנאמר בו הוא כי "שר המשפטים רשאי להסדיר בתקנות סדרי דין את סדרי הדין והנהוג לפני בתי משפט".

(2) הוראות פרק טז מכילות בחובן פגיעה בזכויות יסוד משלושה סוגים: **ראשית**, פגיעה בזכות הטיעון של בעלי-הדין, ועל מעמדה של זכות זו כזכות יסוד – ואף זכות ה"נעלה... על זכות-יסוד"¹⁵⁴ – עמדתי בהרחבה בתת-פרק ב(2) לעיל. **שנית**, פגיעה ביכולת בית המשפט להגיע לבירור האמת ולהגשים את הדין המהותי, ובכך יש, באופן מובנה, פגיעה בזכויות המהותיות של בעלי-הדין, ובעיקר, בדרך כלל, בזכות היסוד

148 טקסט שלאחר הערה 98 לעיל. ושם כזכור יש אפילו אינדיקציה לכך שהגבלת הזכות יכולה להיעשות רק בחקיקה ראשית.

149 טקסט ליד הערה 110 לעיל.

150 בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לו(3) 337, ראו במיוחד עמ' 358.

151 ע"א 524/88 פרי העמק נ' שדה יעקב, פ"ד מה(4) 529, בעמ' 553.

152 ד"נ 13/58 עיריית ת"א-יפו נ' לובין, פ"ד יג 118, בעמ' 122. ראו גם דעת המיעוט של השופט זילברג ז"ל בעמ"מ 9/55 פלוני נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד י 1720, בעמ' 1735, אשר אומצה על-ידי השופט חיים כהן ז"ל בבג"ץ 74/74 עזרא נ' שר התחבורה, פ"ד כח(2) 729, בעמ' 731.

153 בג"ץ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(2) 649, בעמ' 656.

154 ע"א 733/95 (לעיל, הערה 41), בעמ' 629.

לקניין פרטי (סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁵⁵). **ושלישית**, ישנה פגיעה גם בעקרון השוויון¹⁵⁶.

ודוק, אפילו אם היה ניתן להקנות סמכות לפגיעה בזכויות יסוד בחקיקת משנה שלא בצורה מפורשת, אלא על דרך של פרשנות משתמעת – לא היה ראוי לעשות זאת במקרה דנא ביחס לסעיף 108(א) הנ"ל, הן משום שפרק טז¹ מכיל גם הוראות שבניגוד לחקיקה ראשית; הן משום שכעניין של מדיניות משפטית, ראוי להותיר פגיעות קשות בזכויות יסוד רק בידי המחוקק עצמו (ואף זאת – רק בהנחה שהן עומדות בפסקת ההגבלה). אף על-פי כן פטור בלא כלום בהקשר זה – אי אפשר, ולכן אוסיף עוד כמה מילים בנושא בלי שאתימר לערוך מבט פרשני מלא על הסעיף. אבקש רק להצביע על הקשיים הקיימים במתן פרשנות מרחיבה לסעיף 108(א), אשר תאמר כי המחוקק ביקש להקנות למחוקק המשנה סמכות לפגוע בזכויות יסוד.

(ג) פרשנות סעיף 108(א) 'במבט רחב'

"חוק הוא מכשיר לשם ביצועה של מטרה תחיקתית, ולכן הוא צריך פרשנות לפי המטרה הגלומה בו"¹⁵⁷. כיום אין עוד עוררין על תזה פרשנית זו¹⁵⁸. פרשנות תכליתית כאמור אינה מתחשבת אך ורק בתכלית המיוחדת של החוק הנבחן, אלא היא מביאה בחשבון גם את התכלית הכללית המלווה כל חוק בישראל¹⁵⁹ – הרצון להגשים את ערכי היסוד של המדינה¹⁶⁰, ובראשם זכויות היסוד של תושביה¹⁶¹. בהקשר הדברים הנדון כאן, ישנה חזקה בעלת משקל ניכר לכך שהמחוקק לא ביקש, בקובעו את סעיף 108(א) לחוק בתי המשפט, להקנות לשר המשפטים את הכוח לפגוע

155 וכזכור, זכות זו הוכרה כזכות יסוד כבר בראשית ימי המדינה: בג"ץ 174/50 דיב נ' המפקח על המזונות, פ"ד ה 656, בעמ' 659.

156 תת-פרק ג(3) לעיל. ויושם הלב, כי בהקשר הדברים הנדון כאן אינני צריך לעסוק בשאלה אם עקרון השוויון מוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אם לאו, שכן על מעמדו של עקרון השוויון כערך יסודי, בלא קשר לשאלת עיגונו הפורמלי – אין חולקין: בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית ת"א יפו, פ"ד מב(2) 309, בעמ' 331 ואילך. לשאלת היותו של עקרון השוויון חלק מהזכויות המוגנות בחוק היסוד האמור ראו: בג"ץ 453/94 שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, בעמ' 535; בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, בעמ' 131-133.

157 ע"א 481/73 רוזנברג נ' שטסל, פ"ד כט(1) 505, בעמ' 516.
158 דנ"א 690/94 בנק הפועלים נ' כהן, פ"ד מט(3) 245, בעמ' 252. וראו: נ' קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" עיוני משפט כו (2002) 737.

159 רע"א 1367/95 פרופורציה מרכז רפואי בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 28, בעמ' 37.

160 א' ברק פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה (תשנ"ג), בעמ' 487.

161 ע"א 524/88 פרי העמק נ' שדה יעקב, פ"ד מה(4) 529, בעמ' 561.

בזכויות יסוד. חזקה זו מלווה כל דבר חקיקה, אך בהקשר הדברים הנדון כאן היא בעלת משקל מיוחד, משני טעמים: ראשית, פרק טז¹ לתקנות פוגע בזכות הגישה לבית-המשפט, ואין זה סביר שהמחוקק ביקש להקנות לשר המשפטים את הכוח לפגוע בזכות זו דווקא בדבר החקיקה המסדיר את פעולות בתי המשפט והקובע עקרונות חוקתיים לפעולתם, כמו עקרון פומביות הדיון¹⁶². ושנית, כאמור לעיל, בפרק טז¹ גלומה גם פגיעה באמון הציבור במערכת המשפטית (משום הפגיעה ביכולת בית המשפט לברר את האמת באופן רציונלי ומשום הפגיעה בזכות הטיעון), ואין זה סביר שהמחוקק ביקש להקנות לשר המשפטים את הכוח לפגוע באמון זה דווקא בחוק המסדיר את פעולות בתי המשפט. אכן, אם בדרך כלל "חזקה על דבר חקיקה, כי תכליתו הינה הבטחת אמון הציבור ברשות השופטת"¹⁶³, עת עוסקים אנו בחוק בתי המשפט – לא כל שכן.

מן המקובץ עולה כי מתקין התקנות חרג מסמכותו עת התקין הוא את פרק טז¹ לתקנות. שאלתי עצמי אם אפשר ללכת בדרך אחרת, ובמקום לקבוע שכל פרק טז¹ בטל, לקבוע רק את בטלותן של ההוראות שמניתי לעיל כפוגעניות. שאלתי – והשבתי בשלילה. הטעם לכך מצוי בעובדה, שאין לך כמעט הוראה בפרק הנדון שהיא "חפה מפשע". אם יהיו הליכים מוקדמים, ותותר תביעה שכנגד, ותצהירים לא יוגשו במקביל, ופסק הדין ינומק באופן מלא (וכו'...), לא ייוותר דבר מסדר הדין המהיר. אכן, בתת פרק ג(2) לעיל מניתי לא פחות משמונה עשרה פגיעות, רובן קשות, וזאת בקשר ללא פחות מאחד עשר נושאים שונים. טול את אלו מהוראות הפרק – ולא נותר בו דבר.

3. פרק טז¹ ועקרון המידתיות

(א) כללי

די במסקנת תת הפרק הקודם כדי להביא לקביעה, כי הוראות פרק טז¹ אינן תקפות משום החריגה מסמכות שבהתקנתן. למרות זאת אני מבקש להעיר הערות מספר גם ביחס למבחן השני לתקפות התקנות – מבחן המידתיות¹⁶⁴ – משני טעמים: ראשית, הבדיקה שנערכה בתת הפרק הקודם אינה יכולה להביא למסקנה כי הוראות התקנות אינן ראויות. המסקנה היא אך, שגם אם ההוראות הן ראויות – הן עניין למחוקק הראשי לתת את דעתו על כך, ולא למחוקק המשנה. ואולם דומה כי יש עניין בשאלה אם

162 סעיף 68(א) לחוק בתי המשפט.

163 ברק (לעיל, הערה 160), בעמ' 537.

164 בג"ץ 4330/93 גאננס נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221, בעמ' 230. למבחן המידתיות באופן כללי ראו: בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412; ז' סגל "עילת העדר היחסיות במשפט המנהלי" הפרקליט לט 507.

הוראות הפרק הן ראויות כשלעצמן. **שנית**, ובהמשך, יש עניין בשאלה אם המחוקק הראשי מוסמך לקבוע הוראות כדוגמת הוראות פרק טז¹⁶⁵, וזאת נוכל לדעת רק אם נבחן את עמידת ההוראות במבחן המידתיות. הרי כבר ראינו כי הוראות הפרק פוגעות בזכויות המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וממילא כדי שהן יהיו תקפות – אף כחקיקה ראשית – הן צריכות 'לעבור' את מבחן פסקת ההגבלה שבחוק יסוד זה¹⁶⁵.

מקובל לומר שלמבחן המידתיות יש שלושה פנים שונים¹⁶⁶: פן אחד של עקרון המידתיות הוא פן ההתאמה: על האמצעי הננקט להתאים למטרה שאותה הוא מבקש להשיג. פן שני בא לידי ביטוי ב"מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה", כלומר יש להשתכנע שלא קיים אמצעי היכול להשיג את התכלית הראויה בפגיעה פחותה; פן שלישי של עקרון המידתיות קובע כי "האמצעי אינו ראוי אם אין יחס ראוי בין התועלת לציבור לבין הנזק לפרט".

בחינות אלה מצריכות עיון שאיני יכול לעשותו באופן שלם, שכן הן מצריכות עיון בעובדות ובמחקרים אמפיריים שאינם מצויים בידי. עם זאת, אני מבקש כן להתחיל בעיון הדרוש לא רק משום שאיני משוכנע שמחוקק המשנה בדק את כל שראוי לבדוק (כעולה מהניתוח אותו אערוך מיד¹⁶⁷), אלא גם משום שאני מבקש להצביע על כיווני מחשבה ובדיקה שראוי שיובאו בחשבון בעת הפעלת שיקול הדעת האם הוראות כדוגמת הוראות פרק טז¹ הן ראויות.

עוד אבקש להעיר את ההערה הבאה: מבחינה משפטית, יש לבחון את ההוראות השונות של פרק טז¹ מבעד למשקפי עקרון המידתיות – לא רק במבט כולל, אלא גם כל הוראה כשלעצמה. למשל: אחת ממטרות תקנה 214ח, המחייבת צירוף מסמכים לכתבי טענות, היא ליצור מנגנון המחייב מתדיינים לבצע את עבודות ההכנה שלהם בשלב מוקדם של ההליך. זוהי כמובן מטרה ראויה, אך השאלה היא אם לא ניתן להגשים מטרה זו בדרך פשוטה יותר ופוגענית פחות, כדוגמת חיוב בגילוי מסמכים מיד עם השלמת הליך החלפת כתבי הטענות, שהרי לכאורה בכך תושג המטרה הרצויה בלי שהתקנה תגרום לפגיעה בזכויות החוקתיות-דיוניות שהצבעתי עליהן קודם לכן¹⁶⁸. ואולם עיון

165 מבחן זה הוא כידוע משולש: הלימת ערכי מדינת ישראל, תכלית ראויה ומידתיות. אני אעסוק כאן רק בשלישי מבין מבחני המשנה – מבחן המידתיות.

166 בג"ץ 4330/93 גאנם נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221, בעמ' 231.

167 בהקשר זה אנוס אני לציין כי דברי ההסבר לתקנות אינם משכנעים. הם מכילים בעיקר פירוט של פועל התקנות, ולא הסבר הרציונל הגלום בהם, תוך הצבעה על 'מחיר' התקנה והאיזון בין השניים.

168 החל מהטקסט הסמוך להערה 84 לעיל.

פרטני זה – בחינת האמצעי החלופי ביחס לכל תקנה ותקנה – חורג ממסגרת הדיון כאן, שכאמור לעיל, ממילא אינו שלם, והוא מבקש רק להצביע על כיווני מחשבה.

(ב) מבחן ההתאמה

לכאורה, קיים קשר של התאמה בין המטרה (השגת הכרעות מהירות בתיקים בבית-משפט) לבין האמצעי (הוראות פרק טז¹ לתקנות); אך בדיקה מדוקדקת של הדברים תראה כי ספק אם אלה הם פני הדברים באמת, וכי הטעות האופטית נוצרת כתוצאה מהגדרה שגויה של המטרה שביסוד סדרי הדין בכלל, והוראות פרק טז¹, בפרט: כפי שאזכרתי בראשיתה של רשימה זו, הערכתם של כללים דיוניים – לרבות יעילותם – צריכה להיעשות לאחר הגדרה מדויקת של מטרת הכללים. "[T]he efficacy of the rules necessarily must be judged in terms of the objective of the process of conflict resolution"¹⁶⁹.

קודם ציינתי כי מטרת פרק טז¹ היא ליצור מכניזם להכרעה שיפוטית מהירה ויעילה, אך זו הצגה לא נכונה של הדברים. המטרה איננה הכרעה מהירה גרידא, שכן אז היה עלינו לאמץ מבחן מהיר יותר, כדוגמת מבחן של הטלת מטבע. אכן, דומה כי הגדרת מטרה מדויקת יותר תהא – קביעת הליך יעיל ככל הניתן, אך זאת בלי לוותר על העקרונות בדבר הליך קבלת החלטות רציונלי שמאפשר לברר את האמת תוך שמירת זכויות בעלי-הדין. ציטטתי ואשוב ואצטט: "תפקידו של ההליך השיפוטי – האזרחי, הפלילי והמינהלי – הינו לחשוף את האמת, וזו מטרתו העיקרית..."¹⁷⁰. אם כך הם פני הדברים, ממילא המסקנה היא שאנו רוצים הליך יעיל, אך איננו מוכנים כי היעילות תבוא במחיר של פגיעה ביכולת לברר את האמת, פגיעה בזכות הטיעון ופגיעה באמון הציבור במערכת המשפטית. מכאן המימרה המשמשת כשם לרשימה זו "צדק דחוי עדיף על אי-צדק מהיר"¹⁷¹, ומכאן גם הספק שיש לי באשר לשאלה אם הוראות פרק טז¹ עומדות במבחן ההתאמה שבמסגרת מבחן המידתיות.

169 Thibaut & Walker (*supra*, note 7), at p. 551.

170 רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, בעמ' 522 (מירכאות פנימיות הושמטו).

171 המ' 295/59 כוז'הינוף נ' מירום, פ"ד יג, 1438, בעמ' 1440; ע"א 189/66 ששון נ' קדמה, פ"ד כ(3) 477; ע"א 430/74 בסמן נ' גזית בע"מ, פ"ד כט(1) 228, בעמ' 231; בג"ץ 4057/00 ישקר נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נה(3) 734, בעמ' 752.

(ג) מבחן האמצעי החלופי

הפן השני של מבחן המידתיות הוא הפן הבודק אם אין אמצעי אחר, פוגע פחות, היכול להשיג את אותה המטרה שמבקש להשיג האמצעי הנבחן.¹⁷² משמעות המבחן היא שהרשות צריכה לבחור בדרך המגשימה את תכלית החקיקה (או חקיקת המשנה), אשר פגיעתה בערכים אחרים היא הפחותה ביותר מבין שלל האפשרויות.

בעניין זה אין לי מידע באשר לחומר שעמד לנגד עיני מתקין התקנות, אך אודה על האמת: יש לי ספק אם בפני מתקין התקנות יש חומר המספיק לקביעה כי אין דרך חלופית פוגעת פחות, וזאת משני טעמים:

(1) דעה מקובלת היא כי בעיית התארכות ההליכים בבתי המשפט אינה סדרי הדין הנהוגים, ואפילו לא עורכי דין 'סוררים', אלא שופטים שאינם יודעים לנווט את הדיון כמו שצריך.¹⁷³ ואכן, דומה כי הכול יסכימו, שיש שופטים המצליחים בעזרת סדרי הדין הרגילים לסיים דיונים במהירות וביעילות ובלו לפגוע בזכות הטעוץ של בעלי הדין. שופטים אחרים, למרבה הצער, אינם מצליחים בכך. אחד השופטים היעילים ביותר שאני זכיתי להופיע בפניו אפילו אינו אוהב תצהירי עדות ראשית. זה אינו מונע ממנו מלסיים תיקים מהר, ביעילות ובלו לפגוע בתחושת בעלי הדין כי ניתן להם יומם בבית המשפט, וכי הליך קבלת ההחלטה בעניינם היה הגון ורציונלי.

דוגמה לנושא זה היא חוסר ההבנה שמתגלה לעתים בדבר הצורך בשימוש בהליכים מוקדמים. הדרישה לפרטים נוספים, למשל, איננה דרישה קנטרנית של נתבע המבקש לעכב הליכים (כפי שחלק מהשופטים מתייחסים אליה), אלא דרישה שהקפדה עליה תוביל להליך יעיל יותר ומהיר יותר בהיותו ממוקד יותר. אכן, כתב תביעה מפורט כראוי מאפשר לנהל הליך יעיל יותר ולסיים אותו מהר יותר, ודומה שלא כל השופטים ערים לכך.¹⁷⁴

(2) אינני מומחה למינהל בתי המשפט, אך יודע אני כי יש הצעות לא מעטות להגדלת יעילות הדיון, ואשר הפגיעה בהן בזכויות הצדדים וביכולת לברר את האמת

172 בנ"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, פ"ד מט(5) 1, בעמ' 12.

173 לוי (לעיל, הערה 90), בעמ' 675.

174 ראוי לציין כי הביקורת היא כמובן הדדית: גם בתי המשפט מותחים ביקורת על בעלי דין שאינם עושים שימוש בכלים הדיוניים העומדים לרשותם, לשם הבהרת הפלוגתאות ותיחומן: ע"א 195/59 אדלמן נ' ברזילי, פ"ד יד 1579, הנזכר גם במהדורה האחרונה של זוסמן (לעיל, הערה 47), בעמ' 376.

קטנה הרבה יותר, אם בכלל¹⁷⁵. ולא ראינו ולא שמענו כי נעשו כל הניסיונות בתחום עד כי לא היה מנוס מפגיעה בזכויות יסוד מהותיות¹⁷⁶.

(ד) מאזן תועלת – נזק

בחינת מאזן התועלת והנזק שבחקיקת המשנה דורשת, מטבע הדברים, בחינה פרטנית של שני צדי המאזניים: התועלת והנזק. ככל שעניין לנו בתועלת הצפויה אינני יכול לחוות דעה, שכן אינני יודע אילו מחקרים אמפיריים עמדו לנגד עיני השר קודם שהתקין את התקנות, אילו נתונים עובדתיים הוצגו בפניו וכו'. אך כן יודע אני: הנזק הוא גדול. גדול מאוד. בכל המובנים והמשמעויות שעמדתי עליהן לעיל, כולל בזכות החוקתית "לקיים דיון אמיתי, מלא והוגן בבית-המשפט"¹⁷⁷, ולא אחזור על הדברים. ממילא יש להשתכנע – כתוצאה ממחקרים עובדתיים – כי התועלת תעלה על נזקים אלה. ספק לי אם זה המצב.

ועל רקע זה דומה כי יהיה נכון לסיים רשימה זו בציטוט דבריו הידועים של השופט הרלן (Harlan) בפרשת *Boddie v. Connecticut*¹⁷⁸, ולפיהם:

"Due process requires, at a minimum, that absent a countervailing state interest of overriding significance, persons forced to settle their claims of right and duty through the judicial process must be given a meaningful opportunity to be heard".

צדק דחוי עדיף על אי-צדק מהיר. כבר ציינתי זאת?

175 למשל: ש' לויין "מנהל שיפוטי ויעדיו: הווה ועתיד" ספר זוסמן (תשמ"ד) 279; סימפוזיון "הרפורמה במערכת בתי המשפט" משפטים כב (תשנ"ג) 195. J. Resnik "Managerial Judges" 96 *Harv. L. Rev.* (1982) 376.

176 אגב, ככל שעניין לנו בשאלת תקפות התקנות, אם לא נערכו כל הבדיקות העובדתיות והאמפיריות הדרושות קודם הפגיעה בזכויות היסוד, הרי שזהו טעם נוסף לקביעה כי הוראות פרק טז לתקנות אינן תקפות: בג"ץ 7691/95 שגיא נ' ממשלת ישראל, פ"ד נב(5) 577; בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, בעמ' 49; בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, בעמ' 423.

177 רע"א 8292/00 (לעיל, הערה 52), פסקה 5.

178 *Boddie v. Connecticut* 401 U.S. 371, 377.