

## הליכי סרק אזורחיים

מאת

משה בר-עם\*

א. מבוא. ב. תרופות דיוניות. ג. תרופות מהותיות; 1. דיני הנוזיקין – בין עולות הנגישה לעולות הרשלנות; 2. אחריות עורך-הדין כלפי מי שאינו לקוחו; 3. עקרון תום הלב – שימוש לרעה בזכות הגישה לערכאות; 4. עוולה חוקתית – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וזכות הגישה לערכאות. ד. מקורות לאחריות של משתתפים בהליכים משפטיים – סקירה השוואתית; 1. מבוא – עקרונות המשפט המקובל – מדיניות ה-Common law; 2. Wrongful use of civil proceedings – שימוש לרעה בהליכי משפט אזורחיים; 3. Abuse of proces – ניצול לרעה של ההליך המשפטי; 4. Rule 11 – Federal rules of civil procedure. ה. הטלת אחריות בגין ניהול הליכי סרק – הטיעון הנורמטיבי; 1. מבוא; 2. שימוש לרעה בהליכים משפטיים בחוסר תום לב; 3. ניהול רשלני של ההליכים – אחריות של צדדים להליך המשפטי; 4. יסודות העולה המוצעת. ו. סיכום.

### א. מבוא

במציאות המשפטית הרווחת, אנו עדים לא פעם לנקיטתם של הליכים משפטיים אזורחיים ללא יסוד עובדתי או משפטי סביר ו/או לניהולם בחוסר תום לב משיקולים זרים, למטרה אחרת ותוך שימוש לרעה בהליכי בית-משפט (להלן – הליכי סרק). פוטנציאל לנזק ממשי בשל נקיטת הליכי סרק מצוי בגדרן של עתירות לסעדים זמניים, בהליכים לביצוע פסקי-דין ובהחלטות שיפוטיות אחרות במסגרת ההוצאה

\* שופט בית-משפט השלום בירושלים. המאמר מבוסס על עבודת גמר שהוגשה במסגרת לימודי תואר מוסמך באוניברסיטת חיפה בספטמבר 2005, בהנחיית ד"ר לימור זר-גוטמן, אשר הערותיה המועילות האירו את עיניי וסייעו לי בגיבוש העבודה ובהשלמתה ועל כך תודתי.

לפועל<sup>1</sup>. אלה, שהן פולשניות מטבען ופוגעות בזכויות יסוד מוקנות בדרך של הגבלה על חירותו, על תנועתו של הנתבע ועל רכושו, מחייבות זהירות יתר כלפי דרכי ניהולם וקבלת הסעד המבוקש בגדרם<sup>2</sup>.

ואולם, בעוד שלסיכולם של הליכי סרק בהוצאה לפועל ישנה תרופה אפשרית בגדרה של "טענת פרעתי"<sup>3</sup>, הרי שבעניין סעדים זמניים קשה עד מאוד לסכלם מראש לנוכח נסיבות קבלתן, בדרך כלל במעמד צד אחד, על בסיס ראיתי חלקי וחסר ובתנאי אי-ודאות<sup>4</sup>. לפיכך טוהר ההליכים הדיוניים וניהולם בתום לב על בסיס עילה מבוססת, הכרחי לקיומו של הליך תקין והוגן.

המקור העיקרי שמכוחו ניתן לעתור כנגד הליכי סרק, אם כי באופן חלקי, מעוגן בתקנות סדר הדין האזרחי<sup>5</sup>, שמכוחן ניתן לקבל תרופה דיונית, בהתאם לנסיבות העניין. פתיחת הליכים מחייבת ברגיל תשלום אגרה על-פי הכללים שנקבעו<sup>6</sup>, ולאחריהם רשאי בית-המשפט למחוק תובענה על הסף, בין משום שאינה מגלה עילה<sup>7</sup>, בין משום היותה טורדנית או קנטרנית<sup>8</sup>, וכן בשל עילות נוספות שאינן מנויות בתקנות<sup>9</sup>. כן הוא רשאי לדחות תובענה על הסף, בין היתר, בשל מעשה בית-דין<sup>10</sup>, התיישנות<sup>11</sup> או שימוש לרעה בהליכי בית-משפט<sup>12</sup>.

- 1 חוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967 (להלן – חוק ההוצל"פ), שבגדרו ניתן לבצע חיובים אחרים שדינם כפסק-דין, לרבות משכנתאות ומסמכים שנקבע לגביהם כי יש לבצעם כמו פסק-דין (סעיף 81 לחוק ההוצל"פ)
- 2 ש' שגב "על היחס שבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין תקנות סדר הדין האזרחי, בכלל, והסעדים הזמניים, בפרט" המשפט ב (תשנ"ה) 53.
- 3 סעיף 19 לחוק ההוצל"פ, שבגדרו רשאי החייב להעלות כל טענה שלפיה איננו צריך למלא אחר פסק-הדין.
- 4 על השיקולים שלפניהם ניצב בית-המשפט ואיזון האינטרסים שנעשה ראו ד' שוורץ "סעדים זמניים – קווים מנחים להפעלת שיקול הדעת השיפוטי" מחקרי משפט יג (תשנ"ז) 441.
- 5 תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, ק"ת 2220 (להלן – התקנות).
- 6 תקנות בית משפט (אגרות), תשמ"ח-1987, ק"ת 221 (להלן – תקנות האגרות).
- 7 תקנה 100(1) לתקנות.
- 8 תקנה 100(2) לתקנות.
- 9 ע"א 615/84 אברהם מרקוביץ – חברה לבניין ולהשקעות בע"מ נ' סתם, פ"ד מב(1) 541.
- 10 תקנה 101(א) לתקנות.
- 11 תקנה 101(א)(3) לתקנות; א' גורן סוגיות בסדר דין אזרחי (מהדורה שביעית, 2003), 142-141.
- 12 שם, והפסיקה המובאת שם. כן ראו י' זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית, 1995), 397-400 ולאחרונה ע"א 2452/01 אורן נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נח(1) 577 (להלן – פרשת אורן).

עוד רשאי בית-המשפט בנסיבות המתאימות, להורות על הפקדת ערובה להבטחת הוצאות הנתבע<sup>13</sup> ובסיומם של ההליכים הוא רשאי לפסוק הוצאות, ללא קשר עם תוצאות המשפט<sup>14</sup>, ואף להטיל הוצאות אישיות על עורך-דין בשל ניהול משפט שלא בתום לב<sup>15</sup>. במהלך הדיון, במקום שבו מוגשת עתירה לסעד זמני, בית-המשפט רשאי להיעתר לבקשה רק לאחר שקילת האינטרסים הנוגעים בדבר וקיומה של עילת תביעה על בסיס ראיות מהימנות לכאורה<sup>16</sup>, בכפוף להמצאת ערובה להטבת נזקים בגין מתן הצו<sup>17</sup>.

עם זאת והגם שלעתים יש בכלים הדיוניים כדי ליתן פתרון מספק, הרי לנוכח השינוי שחל בשנים האחרונות באקלים החוקתי, המעבר לפרשנות תכליתית וההכרה בזכות הגישה לערכאות זכות חוקתית, גברה הנטייה לזהירות יתר בעניינו של מי שמבקש לנהל הליכים משפטיים ועל כן אף אם מתעורר חשש לקיומם של הליכי סרק בגדרם, יש קושי רב יותר בקבלת סעד דיוני אפקטיבי הדרוש לסיכולם ואין בנמצא סעד ממשי לפיצוי על נזקים שנגרמו בגינם.

מהאמור עולה כי אין בסעד הדיוני כדי לספק תרופה מלאה והולמת למכלול הנזקים שנגרמו לצד הנפגע בשל הליכי הסרק, והניסיונות להבטיח את מניעתם, כמו גם מתן פיצוי בגינם בפסיקת צו להוצאות, לא צלחו. זאת ועוד, אין זה ראוי לבסס עילת תביעה מהדין המהותי על חקיקת משנה שעניינה סדרי דין ואין בתקנות כדי לשמש מקור ראוי בנסיבות שבהן מלכתחילה נקטו הליכי סרק<sup>18</sup>. ואכן "מקובל לחשוב שאין קיימת בישראל תרופה נזיקת כנגד מי שיוזם או מנהל נגד יריבו mala fide הליך סרק אלא לפי סעיף 60 לפקודת הנזיקין", אשר גם בה אין כדי לסייע, לנוכח תחולתה המצומצמת, על הליכי נפל בפלילים, פשיטת רגל ופירוק בלבד<sup>19</sup>.

בנסיבות אלה יוצא הצד הנפגע מתוסכל וממורמר, שכן אין בדחיית התובענה ובמתן צו להוצאות כדי ליתן מזור מלא לנזקיו, בהיותם רבים ומגוונים, נוסף על הפגיעה בזכותו להליך הוגן ותחושתו המוצדקת בדרך כלל, שלפיה "חוטא יוצא נשכר". תחושה זו, שלפיה "הצדק לא נעשה" (לפחות לא במלואו), יש בה, בהיבט המצרפי, כדי לפגוע

13 תקנה 519 לתקנות.

14 תקנה 514 לתקנות.

15 בש"פ 658/88 סארי חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 670.

16 ויתר התנאים הדרושים לקבלת הסעד הזמני (תקנה 362 לתקנות).

17 תקנה 364 לתקנות.

18 לרבות מכוח תקנה 514 לתקנות, שלכאורה איננה חלה על הליך סרק שמלכתחילה הוגש על-ידי בעל-דין כלפי יריבו ראו ש' לוי תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד (תשנ"ט), 48.

19 סעיף 60 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], דמ"י 10, תשכ"ח (17.4.1968), 266; לוי, שם, עמ' 47.

באמון ציבור המתדיינים בבית-המשפט, ובטווח הארוך יש בה כדי לתרום לפגיעה ביוקרתו של בית-המשפט בעיני הציבור, עד כדי פגיעה בשלטון החוק בבחינת "אין דין ואין דיין". לא זו אף זו, היעדר תרופה מתאימה עלולה לשמש תמריץ לניהול הליכי סרק, שכן בהערכה כלכלית מושכלת, תוחלת הסיכון בניהולם קטנה מהתועלת הנפסדת בגינם. בשנת 1970, עם פרסום מאמרו המאלף של פרופ' גינסר<sup>20</sup>, נדון לראשונה בספרות המשפטית המתח הקיים בין "חופש הדין" לבין "ניצולו לרעה" והשאלה אם יש להטיל אחריות על בעל-דין שהטריד את יריבו בהליך סרק וגרם לו להוצאות בלתי סבירות. לדעת המחבר שם, אין מניעה עקרונית לעשות כן מכוח עוולת הרשלנות, ולראות במטרד ליריב עוולה המזכה את בעל-הדין שכנגד בתרופה מתאימה, לרבות תשלום פיצויים, שכן התנהגותו של בעל-דין המטריד את יריבו ראויה לשמש עילת תביעה בנוזיקין<sup>21</sup>. ואולם הגם שהמאמר פורסם לפני שנים רבות, לא התקיים שיח של ממש בפסיקה ובספרות המשפטית בעניין ניהול הליכי סרק. נדמה כי הגיעה השעה לעשות כן, תוך בחינת מכלול השיקולים הרלוונטיים העומדים לדין, לעניין זכות הגישה לערכאות, מצד אחד, והשימוש בה לרעה, מצד אחר, ולאחר מכן עריכת עימות ואיזון ראוי ומידתי ביניהם, והכול להבטחת ניהולו התקין וההוגן של ההליך המשפטי.

הטיעון המרכזי שאבקש להוכיח הוא קיומו של אינטרס ציבורי מובהק לקביעת חובה שבדין, בעלת תחולה כללית, כנגד מי שנוקט הליכי סרק ומנהל אותם, המתאימה לצורכי החברה המשתנים והמהווה מענה ראוי לאקלים המשפטי הנוהג. הטלת אחריות במקרים המתאימים תביא לחיסכון בעלויות ההתדיינות, תשמש תמריץ חיובי וחסם יעיל כנגד אינטרסים כלכליים צרים של בעל-דין, עורכי-דין, ומשתתפים אחרים בהליך המשפטי, ובה בעת לא יהיה בה כדי לפגוע בזכותם לגישה חופשית ויעילה לערכאות מעבר למידה ראויה.

לאחר תיאור קצר של הדין הנוהג, הדיוני והמהותי, כמו גם הסביבה המשפטית הרלוונטית<sup>22</sup>, אבחן מקורות מהותיים אפשריים לחבות בדין הקיים, ובכלל זה בגדרה של עוולת הרשלנות. לאחרונה נקבע לגביה כי יש להכיר בקיומה של חובת זהירות מושגית, ביחסים שבין תובע המבקש ומקבל צו עיקול זמני במעמד צד אחד לבין נתבע שרכשו עוקל, לעניין אופן השגת הצו<sup>23</sup>. כן אבחן את אפשרות הרחבת תחולתה בעניין ניהול רשלני של הליכים משפטיים. בהמשך, אעמוד על מקור נוסף, מכוחו של עקרון

20 ש' גינסר "מטרד ליריב – נגישה, קינטור וטרדנות בהליכי משפט" משפטים ב (תש"ל-תשל"א), 221-251 ו-576-553.

21 שם, עמ' 575.

22 בקשר לאחריותו המקצועית של עורך-הדין כלפי מי שאינו לקוחו.

23 רע"א 1565/95 סחר ושרותי ים בע"מ נ' חברת שלום וינשטיין בע"מ, פ"ד נד(5) 638 (להלן – פרשת סחר ים).

תום הלב "שמצודתו פרושה על כלל המערכת המשפטית בישראל"<sup>24</sup>, ובגדרו אבסס את האחריות בגין שימוש לרעה בהליכי בית-משפט. את החלק הראשון אסיים בזכות הגישה החוקתית לערכאות וקיומה של עוולה חוקתית, שבגין הפרתה ניתן לפסוק פיצויים<sup>25</sup>. בחלק השני אציג סקירה השוואתית של הדין החל במשפט המקובל, בכלל, ובמשפט האמריקני, בפרט, שבו ישנה תחולה רחבה לעוולת Malicious prosecution (תביעה זדונית), אשר בהליכים אזרחיים ידועה כ־Wrongful use of civil proceedings (שימוש לרעה בהליכי משפט אזרחיים) ולצדה העוולה לעניין Abuse of process (ניצול לרעה של ההליך השיפוטי), והשימוש שנעשה בכל אחת מהן במקרים המתאימים. במסגרת סקירת המשפט המשווה אציג את המבחנים שנקבעו לעניין תחולתן בנסיבות שונות ובדוגמאות שיובאו, אבחן גם הקשרים דיוניים ושונים ואסיים בהצגת יסודותיו של כלל 11 לכללי הפרוצדורה הפדרלית<sup>26</sup>, הנוהג בבתי-המשפט הפדרליים בארצות-הברית לעניין חובתו של עורך-הדין כלפי בית-המשפט ובבחינת התאמתו, בשינויים המחויבים, לענייננו. בחלק השלישי אפתח בהצגת הטיעון ובהבחנה בין המקורות העיקריים לחבות, ובכלל זה מכוח חובת תום הלב ובשל ניהול הליכים למטרה זרה. בהמשך אתמקד בעוולת הרשלנות, שבמסגרתה יוצגו השיקולים העיקריים בעד ונגד קביעת חובת זהירות מושגית בעניין ניהול רשלני של הליכים משפטיים, תוך יישום עקרונות הגישה הכלכלית לדיני הנזיקין. במסגרת הדיון שם, אבחן את תפקידיהם של עורך-הדין ובית-המשפט, את היחס שביניהם ועד כמה ראוי להסתפק בהטלת אחריות על עורך-הדין, בין בדרך של "הוצאות אישיות" ובין בדרך של חיוב בנזיקין, במקום שהשליטה המעשית על ניהול ההליכים בידיו וכמי שבכוחו לסכל הליכי סרק במרבית המקרים בטרם נקיטתם. בהמשך, אנתח בפירוט את יסודות העוולה המוצעת לעניין ההתרשלות, מידת הרשלנות, ראשי הנזק ועניינים דיוניים הכרוכים בניהולה. בהקשר זה אשאל אם יש מקום לקביעת מידת אחריות מיוחדת הנגזרת ממערכת היחסים שבין הצדדים<sup>27</sup>, אם ראוי לקבוע סייג לאחריות למי שפעל בתום לב<sup>28</sup> ואת ראשי הנזק הראויים, לרבות פיצויים

24 ע"א 700/81 פז נ' פז, פ"ד לח(2) 736 (להלן – פרשת פז), 742; רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (להלן – פרשת רוקר).

25 ראו לוין (לעיל, הערה 18), עמ' 48-50.

26 Federal Rules of Civil Procedure, Notes to Rule 11 (With Advisory Committee's Notes) (LII 2004 ed.) (Amended 1937, 1983, 1987 & 1993) (להלן – כלל 11).

27 פרשת סחר ים (לעיל, הערה 23), דברי השופטת שטרסברג-כהן לעניין מידת הרשלנות והזיקה בינה לבין התנהגות זדונית של הצד המפר הנגועה בחוסר תום לב; ע"א 2273/02 חברת פסל בע"מ נ' חברת העובדים השיתופית בא"י בע"מ, פ"ד נח(2) 36 (להלן – פרשת פסל).

28 סעיף 449(ב) להצעת חוק דיני ממונות, לעניין "אחריות בהליך משפטי".

עונשיים בשיעור הנגזר מעוצמת היסוד הנפשי בנסיבות כל עניין ועניין, והכול כמתחייב מטיבה של העוולה העומדת לדיון.

עיקרו של הטיעון הוא כי יש מקום להכיר בקיומה של אחריות בגין ניהול הליכי סרק בדין הפוזיטיבי ברגיל, בגדרה של עוולת הרשלנות<sup>29</sup>, בעניין ניהול רשלני של הליכים משפטיים ובמקרים החריגים מכוחו של עקרון תום הלב, בשל ניצול לרעה של ההליך השיפוטי ולמטרה אחרת, ולהטיל אחריות בגדרה של עוולת הרשלנות, בין בעניינם של צדדים להליכים המשפטיים ובין בענייניו של עורך-הדין הפועל מטעם לקוחו הרשלן, תוך איזון ראוי בין האינטרסים הרלוונטיים הנוגעים בדבר ובלי לפגוע מעבר למידה ראויה בזכות החוקתית לגישה חופשית ויעילה לערכאות.

## ב. תרופות דיוניות

נדמה כי אין חולק בדבר חשיבותם של סדרי הדין ההכרחיים להבטחת ניהול משפט תקין ובאמצעותם מתן כלים שנועדו להבטיח זכויות דיוניות ומהותיות. הגישה למערכת המשפט נועדה לקיים הליך שיפוטי יעיל, שמטרתו להביא להכרעה אמיתית בסכסוך על-ידי כללים אובייקטיביים המבוססים על שוויון, הגינות ותום לב בין בעלי-הדין<sup>30</sup>. לנוכח השינוי שחל בסביבה החוקתית<sup>31</sup> והמעבר מכללי פרשנות פורמליים-טכניים לכללים מהותיים ולפרשנות תכליתית<sup>32</sup>, ההכרה בזכות הגישה לערכאות גברה בשנים האחרונות, וזו קיבלה מעמד בכורה בתהליך האיזון שנעשה, במסגרת פרשנות סדרי הדין ואמות המידה שבגדרן הופעל שיקול הדעת השיפוטי<sup>33</sup>. לפיכך, משהוגדרה זכות הגישה כזכות חוקתית עצמאית<sup>34</sup>, חל שינוי בדרך שבה יש

29 השוו ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (להלן – פרשת גורדון) (שם הונחה המסגרת הרעיונית להטלת אחריות כללית, שעליה סמך בית-המשפט בפרשת סחר ים (לעיל, הערה 23)).

30 לוי (לעיל, הערה 18), עמ' 22; גורן (לעיל, הערה 11), עמ' 2, הסבור כי סדרי הדין קובעים את הדרך היעילה ביותר להגשמת זכויותיהם של בעלי-הדין ומאזנים בין האינטרסים המתחרים, בהתחשב במשקלם הסגולי; ברע"ע 305/80 שילה נ' רצ'קובסקי, פ"ד לה(3) 449.

31 בייחוד חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150.

32 ע"א 3857/96 שגיא נ' תעשיות רוגוזין בע"מ, פ"ד נב(2) 706 (להלן – פרשת רוגוזין).

33 רע"א 8292/00 יוספי נ' לוינסון, נבו – המאגר המשפטי הישראלי.

34 לוי (לעיל, הערה 18), עמ' 22-26; ע"א 4980/01 עו"ד כהן, כונס נכסים נ' גלאם, פ"ד נח(5) 625 (להלן – פרשת גלאם); ע"א 9245/99 ויינברג נ' אריאן, פ"ד נח(4) 769 (להלן – פרשת ויינברג); ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים, פ"ד נז(5) 433, 445; רע"א 9572/01 דדון נ' וייסברג, פ"ד נו(6) 918, 921; רע"א 1958/00 נדב נ' סלון מרכזי

לפרש את סדרי הדין, והגם שאין חולק שכללי הפרשנות הרגילים צריכים לחול על סדרי הדין, מקבלים אלה היבטים מיוחדים לנוכח היעדים החדשים שלפניהם ניצבת הפרוצדורה האזרחית, כך בעניין עקרונות היסוד וכך בעניין כללים מיוחדים. כל אלה מחייבים לעתים קרובות פרשנות תכליתית, שבמסגרתה יש לשקול ולעמת בין האינטרסים הנוגעים בדבר וליתן את ההדגשים הנובעים מהזכות החוקתית לגישה למערכת המשפט.

לפיכך נקבע כי במקום שבו ניתן שיקול דעת לבית-המשפט להחליט בדרך מסוימת, ראוי שיבחן את הנושא העומד להכרעתו על-ידי ניתוח התקנה ומטרותיה ושקילת האינטרסים השונים העומדים להכרעה. שיקול הדעת האמור איננו דינוי-טכני אלא משקף את המדיניות החוקתית שאותה מבקש בית-המשפט ליישם בנסיבות העניין ומכוחה מתחייבת פרשנות תכליתית לתקנות התואמת גישה זו, תוך התחשבות בעקרון תום הלב<sup>35</sup>.

מכאן, גם תקנות שנראות על פניהן כתקנות טכניות שאינן מחייבות שיקול דעת מעמיק, מחייבות פרשנות התואמת את הגישה הבסיסית העומדת ביסודן של התקנות, המתיישבת עם ההיבט החוקתי והמאפשרת דיון הוגן ושוויוני. לפיכך, רק הפעלה רציונלית של התקנות, תוך ניתוח המטרה העומדת ביסוד כל תקנה ותקנה ותוך שקילה ואיזון בין האינטרסים הנוגעים בדבר, יבטיחו את יישום המדיניות החוקתית החדשה והתכלית העומדת ביסודה.

הפרשנות התכליתית ואיזון האינטרסים שנעשה במסגרתה, היו בסיס להחלטות דינויות של בתי-המשפט, שניתנו על רקע פרשנות מחודשת של התקנות ובדרך של שקילה ועימות של האינטרסים הנוגעים בדבר<sup>36</sup>, תוך מתן משקל מכריע לזכות הגישה

למכונות כביסה, פ"ד נה(5) 47, 43 (להלן – פרשת נדב); רע"א 3454/04 ורקר נ' הראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי.

35 לזין (לעיל, הערה 18), עמ' 104. אכן, עקרון תום הלב והמבחנים שנקבעו על-פיו, יש בהם כדי לצמצם ולרסן התנהגות לא ראויה במהלך הדיון בתובענה, במקום שהצדדים מבקשים לעשות שימוש בזכויותיהם הדינויות ובית-המשפט לא ייעתר לבקשות ביניים המוגשות שלא בתום לב (זוסמן (לעיל, הערה 12), עמ' 354) ולא יתיר לבעל-דין הטוען טענה מסוימת בהליך אחד לטעון טענה הפוכה בהליך אחר (רע"א 6753/96 מ.מ.ח.ת. בע"מ נ' פרידמן, פ"ד נ(5) 418; ע"א 513/89 Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros S.A., פ"ד מח(4) 133), שכן על בעל-הדין מוטלת החובה לפרוס בפני בית-המשפט את היריעה כולה ובהליך אחד (ע"א 813/87 רוטברד נ' משרד הבריאות, פ"ד מג(3) 514, 517; בש"א 2236/06 חממי נ' אוחיון, נבו – המאגר המשפטי הישראלי; ראו והשוו תקנה 72(ב) לתקנות). ההשתק מלטעון טענה סותרת חל במשפטנו מכוח חובת תום הלב, אשר הורחבה לכל תחומי המשפט ונקבעה כעיקרון אוניברסלי ומכוחה נובע האיסור על שימוש לרעה בהליכי בית-משפט (ע"א 513/89, שם, עמ' 199).

36 ראו למשל רע"א 4286/01 גיל נ' עו"ד ירדן, נבו – המאגר המשפטי הישראלי; ע"א 623/99 מדינת ישראל נ' זייד, נבו – המאגר המשפטי הישראלי; רע"א 2055/00 שיוק

לערכאות ומתן עדיפות לבירור הטענות בתובענה לגופן, על אף החשש לניהול הליכי סרק והנזק שעלול להיגרם בגינם. כך למשל נעשה בעניין ערובה להוצאות<sup>37</sup>. כך גם לעניין הארכת מועד<sup>38</sup>, מתן פסק־דין בהיעדר<sup>39</sup>, ביטול החלטה על-פי צד אחד<sup>40</sup>, אגרות משפט<sup>41</sup> והכללים הנוהגים לעניין סדר דין מקוצר<sup>42</sup>.

המעבר לפרשנות תכליתית ובחינת התקנות, תוך מתן משקל מכריע לזכות הגישה לערכאות, הביאו לזהירות יתר בדרך שבה בית-המשפט בחן את התנהגות הצדדים במהלך הדיון בתובענה. לנוכח הגישה הליברלית, קשה יותר כיום למנוע קיומם של הליכי הסרק מיד עם תחילתם, כמו גם במהלכם, למעט במקרים חריגים ביותר, במקום שבו נעשה שימוש לרעה מוכח בזכות הגישה לערכאות וכאשר טענות הסרק גלויות על פניהן<sup>43</sup>.

השינוי באקלים החוקתי ומתן בכורה לזכות הגישה לערכאות קיבלו עיגון ממשי בפסיקת בתי-המשפט ומכוחה של זכות הגישה נקבע הכלל "כי אין לנעול את שערי בית

נהריה י.מ. (1984) בע"מ נ' בנק איגוד לישראל בע"מ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי; ע"א 6391/99 כהן נ' ועדת הערר המחוזית-מחוז ים, נבו – המאגר המשפטי הישראלי.

37 תקנה 519, שהרציונל העומד בבסיס הסמכות להטיל ערובה בגדרה, הוא למנוע תביעות סרק ולהבטיח את תשלום הוצאותיו של הנתבע מראש, כאשר נראה שסיכויי התביעה נמוכים. כיום, לנוכח הוראות חוקי היסוד והבחינה המחודשת של ההלכות בעניין חיוב תובע בערובה להוצאות הנתבע, הפעלת שיקול הדעת תעשה תוך מתן משקל יתר ודגש על זכות הגישה לערכאות; לוי (לעיל, הערה 18), עמ' 35; רע"א 2146/04 מדינת ישראל נ' עזרון המנוח באסל נעים איברהים, פ"ד נח(5) 865.

38 מכוח תקנה 528; ראו פרשת רוגוזין (לעיל, הערה 32).

39 רע"א 8743/01 אריעד מבנים בע"מ נ' אבי את אריק הנדסות חשמל בע"מ, פ"ד נו(4) 61, 65.

40 תקנה 201.

41 תקנות האגרות, שבעניין תחולתן נקבע כי במקום שבו קיים ספק לגבי יכולתו של המבקש לשלם אגרה או לגבי סיכויי בתובענה, תהיה ידו על העליונה; ראו לוי (לעיל, הערה 18), עמ' 35.

42 פרק טז לתקנות, שבעטיים נקבע כי תינתן לנתבע רשות להתגונן בקלות רבה יותר עם העלאת הגנה אפשרית וכן לעניין תקנה 210 שלפיה יש להתחשב כיום גם במצבו הכספי של הנתבע ולשקול את השפעת חוק היסוד על השימוש בה; לוי (לעיל, הערה 18), עמ' 38.

43 ראו בשג"ץ 4748/06 שקד נ' תפוחי, נבו – המאגר המשפטי הישראלי, שבגדרו הובאה ההלכה (ע"א 183/75 אלון נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 124, 125-126) שלפיה לא ניתן לכאורה לקבל בדין הישראלי צו חוסם, שימנע מבעל-דין מסוים לפתוח בהליכים משפטיים ללא רשות בית-המשפט בנסיבות של "הגשה סדרתית של הליכי סרק, שאין בהם ולו צל של עילה או רסיס של טעם, עד שניתן לקבוע כי מדובר למעשה בניהול הליכים טורדני (vexatious litigation) ואת סקירת המשפט המשווה שם.

המשפט בפני תובע המבקש סעד אלא מטעמים כבדי משקל<sup>44</sup>, ואף הניסיון לבטל את תקנה 204 לתקנות, שעניינה מתן רשות להתגונן בטענה שהתקנה בלתי חוקתית כיוון שהחלטות בתי-משפט שניתנו על-פיה מנעו את הגישה לערכאות, נדחה<sup>45</sup>. האמור לעיל ממחיש את האווירה החוקתית השוררת כיום בין כותלי בתי-המשפט באשר לשימוש יתר בזכות הגישה, העלול להסיט את נקודת האיזון בין הצדדים, במסגרת הקצאת הסיכונים הדיוניים, מעבר למידה ראויה ולאפשר מכוחה ניהול הליכי סרק, תוך שימוש בה לרעה, ללא סעד דיוני אפקטיבי<sup>46</sup>.

לכאורה, היה ניתן לטעון כי תקנה 514 לתקנות עשויה לשמש מקור מספק ואמצעי יעיל למניעת הליכי סרק. אכן, בגדרה של תקנה 514 ניתן לעשות שימוש מושכל וזהיר ולפסוק הוצאות לטובת אוצר המדינה במקום שננקטו הליכי סרק ובשל אי-ניצול הזמן השיפוטי באופן מיטבי, ובדרך זו להרתיע מפני בזבוז משאב ציבורי זה<sup>47</sup>, אולם תקנה 514 אינה אלא כלי ניהולי, המאפשר נקיטת סנקציה משמעתית מידתית, במקום שבו בית-המשפט סבור כי נוהל הליך סרק, ואין בה, כשלעצמה, כדי לשמש מנגנון הולם לפסיקת פיצויים בגין נזקים שנגרמו לבעל-הדין שכנגד. בה בעת, הדרך שבה פועל בעל-דין היא מרכיב חשוב בקביעת שכר הטרחה וההוצאות, ובמקום שבו נוהג בעל-דין שלא ביעילות וגורם להארכת הדיון שלא לצורך, הוא עלול למצוא את עצמו נושא בשכר טרחה גבוה מן המקובל, אם הפסיד בסופו של יום<sup>48</sup>.

מכל המקובץ עולה כי הגם שיש בתרופות הדיוניות ליתן, במקרים המתאימים, מענה סביר, אם כי חלקי לנוכח הוזהירות המרובה בקשר לזכות הגישה המרחפת כמטריה מעל ההליך כולו, במרבית המקרים אין בהן כדי ליתן מענה הולם ומספק וסעד של ממש למי שנפגע מניהול רשלני של הליכים אזרחיים.

44 פרשת אורן (לעיל, הערה 12), עמ' 584; פרשת נדב (לעיל, הערה 34), עמ' 47.

45 בג"ץ 3349/05 מזדיקוב נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי.

46 זאת ועוד, בשל החשיבות שניתנה לזכות הגישה ומעמדה החוקתי נקבע כי אין להכיר בתניה חוזית ברבר הגבלת השימוש בזכות, שכן "הסכם הכולל תנאי החוסם את הגישה לערכאות משקף התנגשות בין שתי זכויות אדם חוקתיות: האחת – זכות הגישה לערכאות, והשניה – חופש החוזים" (ע"א (ב"ש) 1226/97 אבו ג'עפר חברה לבנין נ' החברה הכלכלית לפיתוח ב"ש, נבו – המאגר המשפטי הישראלי. עוד נקבע כי "זכות האדם למשפט הוגן, על-אף שטרם נכללה בחוק יסוד חרות" (שם, פסק דינו של השופט י' פלפל) ו"תקנת הציבור היא כי אין לנעול שעריהם של בית המשפט בפני צדדים לחוזה" (ראו ד' פרידמן, נ' כהן חוזים (כרך א, תשנ"א), 378-379).

47 רע"א 1514/06 תדיראן מוצרי צריכה נ' שאול, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (להלן – פרשת תדיראן).

48 ע"א 9535/04 סיעת "ביאליק 10" נ' סיעת "יש עתיד לביאליק", נבו – המאגר המשפטי הישראלי.

משלא מצאנו תרופה דיונית מספקת, כללית או מסוימת לסיכול הליכי סרק ולפיצוי בגינם ולאחר שנוכחנו כי קיימת תרופה חלקית בדרך דיונית-מקוצרת של פסיקת הוצאות, כלליות ומיוחדות לטובת אוצר המדינה, ובמקרים חריגים הוצאות אישיות על עורך-הדין, עולה השאלה אם קיימת תרופה אחרת בעניין ניהול סרק של הליכים אזרחיים. לצורך כך נפנה להוראות הרלוונטיות בדין המהותי.

## ג. תרופות מהותיות

### 1. דיני הנזיקין – בין עוולת הנגישה לעוולת הרשלנות

נדמה שאין בעוולת הנגישה<sup>49</sup> כדי לשמש מקור יעיל לאחריות בעניין ניהול הליכי סרק, בשל יסודותיה הנוקשים המצמצמים יתר על המידה את אחריות המזיק. עוולת הנגישה חלה רק בקשר להליכים פליליים, פשיטת רגל או פירוק ואינה חלה על הליכים אזרחיים<sup>50</sup>, הגם שבאנגליה היא חלה גם בקשר למאסר אזרחי והטלת עיקול ובמרבית מדינות ארצות-הברית על כל המשפט האזרחי<sup>51</sup>.

49 הקבועה בסעיף 60 לפקודת הנזיקין והכוללת ארבעה יסודות מרכזיים: 1. פתיחתו של הליך – בפלילים, פשיטת רגל או פירוק; 2. בזדון ובלי סיבה סבירה ומסתברת; 3. ההליך הסתיים לטובתו של האדם שנגדו נפתח; 4. ההליך חיבל באשראי, שמו הטוב או סיכון את חירותו. מדובר ביסודות מצטברים ועל התובע מוטל הנטל להוכיחם; ראו ת"א (י-ם) 2441/89 קוק נ' סקאלר, פ"מ תשנ"ב(4) 3; ע"א (ת"א) 1337/01 רשות הדואר נ' אגשם, פ"מ תשס"ב(2) 257 (להלן – פרשת אגשם); בש"א (חי) 12435/00 י.מ. נ' יאנוס, נבו – המאגר המשפטי הישראלי.

50 ע"א 688/68 טייכמן נ' מנוביץ, פ"ד כג(1) 482; ע"א 732/80 ארנס נ' "בית אל – זכרון יעקב", פ"ד לח(2) 645 (להלן – פרשת ארנס).

51 לנוכח הסייגים החמורים ליסודות שנקבעו בגדרה של עוולת הנגישה, אין לה במשפטנו תחולה מעשית של ממש. לנוכח הסייג, שלפיו לא תוטל אחריות על מי שמסר תלונה לרשות המוסמכת, תחולתה מצומצמת עוד יותר וחלה רק על "מסירת מידע כוזב בזדון" (בג"ץ 64/91 חילף מערב א-חילף נ' משטרת ישראל, פ"ד מז(5) 653, 659). לכן, גם מסירת מידע ללא בסיס לא מקימה אחריות כנגד המתלונן, שכן ההנחה היא שהרשות תבדוק את המידע, בטרם תנקוט בהליכים על-פיו ואם תנהג ברשלנות תקום אחריות כנגדה (שם, עמ' 658; ראו והשוו גינוסר (לעיל, הערה 20). ואכן, פסקי-הדין שהטילו אחריות בגינה במהלך השנים הם מעטים ביותר.

עוולת הנגישה שמקורה בדין ההלכתי האנגלי נועדה במהותה לתובעים פרטיים, בעוד שבשיטתנו התובעים הם מוסדיים והשיקולים העומדים ביסוד הצורך להגן על חופש פעולתם שונים מאלה העומדים ביסוד חופש פעולתו הראוי של התובע הפרטי (פרשת גורדון (לעיל, הערה 29)). היסוד הנפשי של זדון (נוסף על סיבה סבירה ומסתברת) מצמצם מאוד את תחולת העוולה (אולם ראו בפרשת גורדון, שם המיר השופט ברק את יסוד הזדון, ביסוד הרשלנות ובדרך זו עיקר במידה רבה את תחולת עוולת הנגישה) והצורך בהוכחת

לפיכך, אין בעוולת הנגישה כדי לשמש מקור מתאים להטלת אחריות בעניין ניהול הליכי סרק, ואין ביסודותיה שיובאו מהדין האנגלי כדי לבסס אחריות של בעל-דין כנגד יריבו. אם כן, האם קיים מקור אחר בדין הפוזיטיבי להטלת אחריות על בעל-דין שניהל הליך לא ראוי?

בטרם נידרש לשאלה לגופה ולמקור האפשרי לקיומה של אחריות בדין הישראלי, נדמה כי יש מקום לסקירה היסטורית קצרה, לבחינת הרקע והצורך שהתעורר בפסיקה בעניין הטלת אחריות על בעל-דין שנהג באופן לא ראוי כלפי יריבו.

נוכח טיבם של הסעדים הזמניים, שמטבעם נושאים פוטנציאל רב יותר לנקיטת הליכי סרק בגדרם ולגרימת נזק לבעל-הדין שכנגדו ניתן הסעד, היה זה אך טבעי שהסוגיה תתעורר לראשונה דרך הפריזמה של סעדים זמניים.

ואכן, הדיון בהקשר זה התעורר לראשונה בת"א (חי) 96/48 אלקלעי נ' בלנגה<sup>52</sup>, שם הוטל עיקול זמני, שבוטל בהמשך, ולאחריו הוגשה תביעה לפיצויים בגינו. בית-המשפט קבע כי לאדם שרכושו עוקל לפי צו זמני שלא הושג בזדון ושוטל לאחר מכן, אין תרופה בנזיקין, לא מכוח הפקודה ולא מכוחו של עיקרון אחר<sup>53</sup>. בית-המשפט חזר על ההלכה שנקבעה בפרשת בלנגה בעניין אחר<sup>54</sup>. גם בע"א 280/73 פלאימפורט בע"מ נ' ציבה-גייגי לטד<sup>55</sup>, חזר בית-המשפט וקבע כי תרופתו של מי שנפגע ממתן סעד זמני איננה מעוגנת בדיני הנזיקין, אלא על בסיס התחייבות המבקש שניתנה כערובה להבטחת הנזקים בגינו. בית-המשפט הוסיף כי "ישנם טעמים חשובים לכך שאדם אשר הגיש

מניע בלתי נאות, זר ופסול, החורג ממיצוי אינטרס אכיפת החוק, הכרחי. לשון אחר, היסוד הנפשי כולל יסוד סובייקטיבי, שלפיו על המתלונן להאמין בכנות ולהיות משוכנע באשמת הנילון ואמונתו צריכה להיות מבוססת על יסוד סביר, קרי קיומן של נסיבות שלפיהן ניתן להסיק באופן סביר את האשמה.

לא ניתן לנקוט בהליכים בגין עוולת הנגישה, אלא אם ההליכים שעל יסודותיהם נטענת האחריות, הסתיימו לטובת הנילון וסיומם מהווה תנאי סף לפתיחת הליכי הנגישה, שאחרת תימחק התובענה (ע"א 145/71 ורמברנד נ' אגולסקי, פ"ד כה(2) 457; ע"א 245/86 ש. חסיד בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 640; גורן (לעיל הערה 11), עמ' 89). לסיום נציין כי עוולת הנגישה איננה "הסדר שלילי" ואין מניעה לבסס אחריות ברשלנות בגין מתן סעד זמני, שהושג בחוסר סבירות או בזדון ולא יהיה בעוולת הנגישה כדי לשלול זאת; פרשת ארנס (לעיל, הערה 50); פרשת גורדון (לעיל, הערה 29), עמ' 127, פסקה 13; גינוסר (לעיל, הערה 20), עמ' 238.

52 ת"א (חי) 96/48 אלקלעי נ' ד. בלנגה ובניו, פ"מ ג 93 (להלן – פרשת בלנגה).

53 שם, עמ' 95-96; פרשת ארנס (לעיל, הערה 50), עמ' 65; גינוסר (לעיל, הערה 20), עמ' 558.

54 ע"א 94/62 הסוכנות היהודית לא"י נ' קקונדה, פ"ד טז 2456.

55 ע"א 280/73 פלאימפורט בע"מ נ' ציבה-גייגי לטד, פ"ד כט(1) 597 (להלן – פרשת פלאימפורט), 602.

תביעה וזכה בפסק דין לא יחוייב בפיצויים אם פסק הדין בוטל<sup>56</sup>, והשופט כהן ציין כי מי שפועל על-פי פסק-דין אשר איננו סופי, פועל על-פי סיכנונו שלו שמא יבוטל בערעור<sup>57</sup>.

בין לבין, פורסם בשנת 1970 מאמר<sup>58</sup>, שעניינו המתח שבין "חופש הדיון" – זכות הגישה לערכאות – לבין "ניצולו לרעה". לאחר סקירה היסטורית של ההלכה האנגלית והצבת העיקרון של חופש ההתדיינות, נקבע מנגד הצורך בריסון החופש במקרה של ניצולו לרעה, והביטוי לכך ניתן בעוולת הנגישה הנוהגת במשפט האנגלי ושנקלטה בפקודת הנזיקין. לטענת המחבר, אין די בעוולת הנגישה כדי ליתן מענה הולם לסוגיית ניצול ההליכים לרעה בשל תחולתה המצומצמת, אשר גרמה לפיתוח תרופות דיוניות שונות בתחום הפלילי והאזרחי והמוכרות לנו בתקנות, לרבות מחיקה, דחייה על הסף וחיוב בהוצאות. לדעתו, יש להכיר בחובה כללית המוטלת על כל מתדיין לנהוג בכנות ובהגינות בהליכי משפט ויש מקום להכיר בעוולת "מטרד ליריב", שעניינה ניהול הליך משפטי בזדון או ללא סבירות<sup>59</sup>.

האכסניה הראויה לעוולה המוצעת היא במסגרת עוולת הרשלנות, המהווה עולת מסגרת ובגדרה, כך מציע המחבר, "המטריד את יריבו ישא באחריות בגין רשלנות, כאשר עשה מעשה אשר, כלשון סעיף 35 לפקודה, אדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, בעוד שהיה חב ליריבו המוטריד שלא לנהוג כפי שנהג. יהיה זה שטח כיבושה החדש של הרשלנות, 'הסופגת אל תוכה במידה גדלה והולכת את העוולות והספציפיות והפולשנות' גם אל מעבר לדיני הנזיקין"<sup>60</sup>. לדעתו, אין בין הוצאות המשפט לבין מושג הרשלנות ולא כלום. כל מתדיין חב חובת זהירות כלפי יריבו, שלפיה צריך לצפות שהיריב עלול להיפגע בשל מעשה או מחדל בלתי זהירים במהלך המשפט. ככל שינהל המתדיין את עניינו בתום לב ובכנות, לא יפר את חובת הזהירות, והחיוב בהוצאות המשפט "לפי התוצאות" אינו אלא סיכון הכרוך בעצם ההתדיינות ואחריותו להוצאות היריב אינה קשורה להפעלת חובת הזהירות כלפי יריבו.

אין אדם סביר ונבון נוהג להגיש הליך או להתגונן מפניו בלי להעריך בכובד ראש את העובדות כפי שהן ידועות לו ואת השאלות המשפטיות העולות מהן ובמידה שאינו מסוגל לעשות זאת בעצמו, יידרש לעצת עורך-דין, אולם אם טעה או הוטעה בהערכתו, אין לומר שהפר חובתו "שלא לנהוג כפי שנהג", שכן "מטרד ליריב" איננו הערכה

56 שם, עמ' 607.

57 שם, עמ' 610.

58 גינוסר (לעיל, הערה 20).

59 שם, עמ' 235.

60 שם, עמ' 236. המחבר סבור שאין בעוולת הנגישה כדי להוות הסדר שלילי לנוכח קיומה של עוולה פרטיקולרית אחרת המוכרת במשפט האנגלי, abuse of process, אשר לא נקלטה במניין העוולות הפרטיקולריות בפקודת הנזיקין.

מוטעית בלבד בגבולות חופש ההתדיינות, אשר בגדרו רשאי כל בעל-דין לכלכל צעדיו בתום לב, כי אם "התנהגות אסורה, בהיותה מזיקה ומפריעה ביודעין, מכוונת, או לפחות עלולה, לעוות את הדין או לעכב את הדיון ללא הצדקה"<sup>61</sup>.

בכל הכבוד הראוי, הנני מבקש להצטרף לעמדתו ואף אני סבור כי אין מקום להטיל אחריות על מי שמנהל את ענייניו בתום לב (אובייקטיבי) וללא רשלנות. עם זאת שלא כמו גינוסר, אינני רואה מקום להבחנה עניינית-מהותית, כפי יפורט בהמשך, בין יסוד תום הלב (האובייקטיבי) לבין יסוד הרשלנות. גם בעניין חיוב בהוצאות הנני סבור כי טיבו של החיוב הוא נזיקי ומקורו בעקרון השבת המצב לקדמותו ובפיצוי בעל-דין שנפגע בשל ניהול הליכים שאדם סביר ונבון לא היה מנהל בעניינו, כאשר שיעורם מושפע, בין היתר, מדרך ניהולם ומהיסוד הנפשי הנלווה להתנהגותו, אם כי, כפי שיפורט להלן, אין בו כשלעצמו כדי ליתן מענה ראוי והולם במקרים שבהם נזק של ממש<sup>62</sup>.

אולם אין לכחד כי הגם שמאמרו של גינוסר פורסם לפני למעלה מ-30 שנה, עיקריו רלוונטיים מאוד גם היום בנסיבות של ניהול הליכי הסרק והשיקולים שהובאו שם מתאימים לענייננו, והכול כפי שיוצג להלן.

בפרשת ארנס ניתן סעד זמני של צו מניעה בגין עבודות בנייה שבוצעו לכאורה בניגוד לתכנית מתאר. להבטחת נזקי הנתבע ניתנה ערבות לשיפוי בגין נזק שעלול היה להיגרם בשל הפסקת עבודות הבנייה. לימים בוטל הצו הזמני והנתבעת עתרה בהליך אחר לפסק-דין הצהרתי, שלפיו התבקש בית-המשפט להצהיר כי על מבקש הצו לפצותה בגין נזקים שנגרמו לה עקב מתן צו.

בית-המשפט קבע כי התביעה איננה חוסה בצילה של עוולת הנגישה, שכן זו איננה חלה על הליכים אזרחיים, עם זאת נקבע כי אין מניעה עקרונית לבסס את האחריות בגין מתן הסעד הזמני שבוטל על חובת הזהירות. בית-המשפט איזכר את מאמרו של גינוסר, סמך עליו את ידו וקבע "שהרי אם יוכח, כי בהשיגו סעד זמני התנהג המבקש בחוסר

61 שם, עמ' 241. לשון אחר, ככל שנוהג המתדיין בניהול ההליכים בתום לב, אין לומר כי טעות בשיקול דעת מקימה כנגדו אחריות בנזיקין ובנסיבות אלו, חיוב ההוצאות אינו אלא ביטוי לסיכון שבניהולם. חיובו בנזיקין יעשה בנסיבות שבהן התנהגותו מזיקה ומפריעה ביודעין או עלולה לעוות את הדין, קרי התרשלנות והפרת החובה, כאשר בגדרה יכללו מעשים מכוונים.

62 אך ראו את הפרקטיקה המקובלת בצרפת, שלפיה רשאי בית-המשפט להטיל תשלום פיצויים לפי אומדנותו ובמסגרת תביעה שכנגד של המוטרד בשל ניהול הליכי סרק, ומנגד את זו הנוהגת במשפט המקובל, שלפיה לא ניתן להגיש תביעה שכנגד בגין ניהול הליך רשלני, אלא בכפוף לסיום הדיון בתביעה העיקרית, מחמת היותה מוקדמת ולפיכך לא תקום לנתבע עילת תביעה שכנגד עד אשר התובענה הראשית נדחתה והפכה להליך נפל; גינוסר (לעיל, הערה 20), עמ' 250.

סבירות או בזדון, תקום האחריות הנזכרת בנוזיקין, אם היא קיימת, ותיתוסף לנפגע עילת תביעה<sup>63</sup>.

מאז פרשת ארנס לא עלתה הסוגיה של ניהול הליכי סרק, אם בקשר לסעדים זמניים ואם בכלל וממילא לא נערך שם, כמו גם לאחריה, דיון מלא וממצה בעניין ההצדקות להטלת אחריות בנוזיקין על ניהול הליכים רשלניים.

בפרשת גורדון נדונה השאלה אם יש מקום להטיל אחריות בנוזיקין על גורמי התביעה הפלילית, בשל אכיפה רשלנית של פסקי-דין שבוצעו על יסוד נתונים שגויים במערך המחשוב של הרשות, בקשר לזהות החייב ובעניין הליכי מאסר שננקטו כנגדו. בית-המשפט (מפי השופט ברק) הניח את המסד התאורטי-עיוני להטלת אחריות על מי שמנהל הליכי סרק רשלניים, אגב דיון בגורמי התביעה הפלילית, וקבע לראשונה את קיומה של חובת זהירות מושגית בעניין הדומה לעניינו, לאחר שניתח בהרחבה את השיקולים הרלוונטיים ולאחר שמצא כי אין שיקולים מיוחדים של מדיניות משפטית, שיש בהם כדי להצדיק יצירתו של חריג השולל את קיומה של חובת זהירות מושגית, הגם שמדובר ברשות ציבורית. לעניין השיקולים העומדים ביסוד החובה, נדרש בהמשך הדיון ובהרחבה, אולם יש להדגיש כי בית-המשפט נדרש שם לשאלת החפיפה שבין עולת הנגישה, ובייחוד לעניין יסוד הזדון שבגדרה, לבין עולת הרשלנות, שאיננה מחייבת יסוד נפשי כלשהו כתנאי לתחולתה וקבע כי העוולות בפקודת הנוזיקין אינן "איים של אחריות, שכל המוצא עוגן על אחד מהם אינו יכול בעת ובעונה אחת להטיל עוגן גם באי אחר", אלא "העוולות בפקודה הן רשתות רשתות המוטלות זו על גבי זו, על מערכת עובדתית נתונה"<sup>64</sup>. באימוץ "הגישה הפונקציונלית", עיקר השופט ברק את תחולת עולת הנגישה במידה רבה, כך שהתייתר הצורך בהמשך קיומה וברוך זו התגבר על הקושי הרב שהיה קיים ביישום יסודותיה הנוקשים, בעיקר לעניין יסוד הזדון. מכאן שכיום אין לכאורה צורך להיזקק לעולת הנגישה בקשר למחדלים דיוניים בניהול הליכים משפטיים, וממילא איננו נדרשים ליסוד הזדון אשר מחייב רמה גבוהה של יסוד נפשי שקשה להוכחה.

בית-המשפט איזכר את פרשת ארנס שבגדרה נקבע כי לא ניתן לשלול את האפשרות לתבוע בעולת הרשלנות כנגד מי שביקש והשיג צו מניעה וגרם בשל קבלתו לנזק<sup>65</sup>, והדגיש כי "משמעות דבריו של חברי היא, כי הוא היה מוכן – ולדעתי בצדק – להכיר בקיומה של חובת זהירות מושגית, המוטלת על התובע האזרחי. אינני רואה כל יסוד להבחין בינו לבין התובע הפלילי לעניין זה"<sup>66</sup>. בית-המשפט קבע כי בנסיבות המקרה,

63 פרשת ארנס (לעיל, הערה 50), עמ' 655.

64 פרשת גורדון (לעיל, הערה 29), עמ' 126.

65 פרשת ארנס (לעיל, הערה 50), עמ' 656.

66 פרשת גורדון (לעיל, הערה 29), עמ' 136-137.

משהודע לגורמי התביעה על תקלה במערך האכיפה שניהלה ועל קיומה של טעות בזיהוי בעניין החייב, קמה חובתה של הרשות, שכן מאותו שלב יכולה וצריכה הייתה לצפות כי אם תפעל על בסיס נתונים שגויים שהפיקה, ייגרם נזק למי שבעניינו ננקטו הליכי אכיפה.

בעקבות ההלכה שנקבעה בפרשת גורדון החלו בתי-המשפט להטיל אחריות על רשויות ציבור בעניינים שונים הקשורים להפעלת סמכויותיהן כלפי הציבור ובנושאים קרובים לענייננו: בעניין אחד, הוטלה אחריות על המדינה בקשר לאי-מניעת יציאתו מן הארץ של אדם שהוצא נגדו צו עיכוב יציאה<sup>67</sup>; במקרה אחר נקבע כי אין לשלול עקרונית את האפשרות כי המדינה תימצא אחראית בניזיקין בגין אי-מניעת מעשים פליליים או מעשי איבה שנעשו עם אחר<sup>68</sup>, שכן המשטרה כגוף שלטוני צריכה לצפות ששימוש או אי-שימוש רשלני בסמכויותיה, עשוי לגרום לנזק; לאחרונה נפסק כי מוטלת על המשטרה אחריות בעניין טיפול רשלני בתלונות הציבור<sup>69</sup>.

מכל המקובץ עולה כי לאחר פרשת גורדון, בית-המשפט לא היסס להטיל אחריות על מוסדות המדינה בקשר להתנהלותם ולשימוש שנעשה בסמכותם בניהול הליכי אכיפה וחקירה, וקבע כי במקום שבו נעשה שימוש רשלני בסמכות, יש להטיל אחריות על הרשות. זאת ועוד, לאחר פרשת גורדון בתי-המשפט לא נדרשו, למעט מקרים חריגים, לקביעת אחריותם של מי שניהלו הליכים משפטיים לא ראויים במסגרת עוולת הנגישה, לנוכח יסודותיה הנוקשים, בייחוד יסוד הזדון, והתנהגותם של אלה נבחנה במסגרת עוולת הרשלנות, שכן "ההלכה הפסוקה קובעת, כי קיומה של עוולת פרטיקולרית אין משמעה שלא ניתן לחייב בעל דין גם בעוולת מסגרת, כגון רשלנות, אם מערכת העובדות מצביעה על כך"<sup>70</sup>. אם כן נדמה כי לאחר פרשת גורדון, עוולת הנגישה חלפה ועברה לה מן העולם, וכי אין לה כיום כל יישום מעשי, עד כדי כך שיש לשקול את ביטולה ומחיקתה מפקודת הנזיקין<sup>71</sup>.

בפרשת סחרים התעוררה השאלה אם על תובע, המבקש צו עיקול זמני, חלה חובת זהירות מושגית כלפי הנתבע, בקשר לדרך קבלת הצו וביצועו. לאחר שבית-המשפט (מפי השופט מצא) קבע כי אין בתקנות תרופה דיונית הולמת והסדר מספק מניח את הדעת, שכן אין בגדרן פתרון הולם לנזקים שהוסבו לנתבע בשל מתן הצו (ואין בערובה כדי לסייע מקום שהנתבע הפסיד במשפט), הוא קבע כי ניתן לבסס את אחריותו של המזיק על יסוד עוולת הרשלנות.

67 ע"א 429/82 מדינת ישראל נ' סוהן, פ"ד מב(3) 733 (להלן – פרשת סוהן).

68 ע"א 6970/99 אבו סמרה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 185, 188.

69 ע"א 1678/01 מדינת ישראל נ' וייס, פ"ד נח(5) 167.

70 פרשת אגשם (לעיל, הערה 49); ת"א (ת"א) 201170/02 דרעי נ' עיתון ידיעות אחרונות בע"מ (טרם פורסם, ניתן ביום 3.3.05).

71 וכך גם עולה מדברי ההסבר להצעת חוק דיני ממונות, שם הוצע לבטל את עוולת הנגישה.

בית-המשפט בחן את יסודות עוולת הרשלנות וסקר פסיקה קודמת, ששללה קיומה של עילה נזיקית או עילה מוכרת אחרת שעליה יוכל הנתבע הניזוק לסמוך את תביעתו<sup>72</sup> וציין את מאמרו של גינוסר ואת פרשת ארנס, שם אוזכרה לראשונה האפשרות של הטלת אחריות על מבקש סעד זמני וקיומה של חובת זהירות כלפי יריבו. בהמשך ועל יסוד פרשת גורדון, שלפיה "על היוזם או המנהל הליך שיפוטי מוטלת חובת זהירות כלפי בעל דינו"<sup>73</sup>, בית-המשפט קבע שאם התובע התרשל ובעקבות זאת ניתנה החלטה שיפוטית שגרמה נזק לצד השני, אין בעובדה שהנזק נגרם על-ידי החלטה שיפוטית כדי לשלול מהנפגע את הזכות לתבוע את נזקיו מידי התובע על יסוד עוולת הרשלנות.

בית-המשפט ערך סקירה השוואתית של המשפט האמריקני, שם מוכרת עילת תביעה בשל Abuse of process (שאליה נתייחס בפירוט בהמשך) והוסיף לאור פרשת גורדון כי "אין עוד מקום לפקפק, כי נפגע מהליך שיפוטי, אשר ננקט על ידי יריבו תוך הפרת הזהירות המוטלת עליו (בהנחה וככל שהיא חלה) עשוי למצוא את תקנתו במסגרת עולת הרשלנות"<sup>74</sup>. בית-המשפט הדגיש כי דין דומה חל כלפי מי שנפגע מהליך שיפוטי שננקט נגדו בזדון, בייחוד מפני שיסוד הרשלנות כולל גם מעשה מכוון. עם זאת יודגש כי בית-המשפט התמקד ביחסים שבין תובע, המבקש ומקבל צו עיקול זמני במעמד צד אחד לבין נתבע שעוקל רכושו, לעניין אופן השגת הצו וביצועו בלבד, וקבע כי החובה המוטלת על מבקש העיקול לפעול בסבירות, בהגינות ובתום לב, בשים לב לשיקולים העומדים ביסוד מוסד העיקול הזמני, לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהכיר בזכות הקניין כזכות יסוד חוקתית, ועל יסוד כל אלה הטיל אחריות, בנסיבות המקרה שם, על סחר ים. לפיכך והגם שלכאורה סבר כי קיימת חובה כללית בין צדדים המנהלים הליכים משפטיים בקשר לניהולם בסבירות, בית-המשפט לא נדרש להצדקות ולשיקולים העומדים ביסוד הטלת חובת זהירות מושגית בעניין ניהול הליכי סרק, בכלל, אלא התמקד בשאלה שעמדה בפניו, שעניינה נקיטת הליכים זמניים רשלניים ונדמה, בכל הכבוד הראוי, כי בטרם זו תקבע כדבר מובן מאליו, יש מקום לערוך בחינה כוללת, מעמיקה ומפורטת של השיקולים הרלוונטיים, תוך עימות ואיזון ביניהם. לכך נדרש בהמשך.

לאחר פרשת סחר ים בית-המשפט חזר על ההלכה שנקבעה שם ובעניין אחר הרחיב את מעגל האחריות וקבע כי "בית משפט זה הכיר בקיומה של חובת זהירות, שחב בעל-דין כלפי יריבו בנוגע לפעולות המתבצעות במסגרת הליך שיפוטי. דברים אלה בפרשת

72 פרשת בלנגה (לעיל, הערה 52); פרשת פלאימפורט (לעיל, הערה 55).

73 פרשת סחר ים (לעיל, הערה 23), עמ' 652, פסקה 14 לפסק הדין.

74 שם, עמ' 655, פסקה 18 לפסק-הדין.

סחרים מתייחסים לשימוש בלתי ראוי שנעשה במכשיר העיקול הזמני, וניתן ליישם גם באשר לפעולות אחרות שנקט בעל-דין במהלך התדיינות משפטית<sup>75</sup>. נדמה אפוא כי התפתחות ההלכה נעשית בדרך קזואיסטית ובכך אין כל פסול, עם זאת הנני מבקש לעלות על שולחן הדיונים את הסוגיה העקרונית לעניין ניהול רשלני של ההליך האזרחי בכללותו. בעניין זה טרם נערך בפסיקה דיון של ממש, אולם בטרם נידרש לבחינת קיומה של אחריות בנזיקין של בעל-הדין ובגדרה של עוולת הרשלנות, יש מקום לדון באחריותו של עורך-הדין כלפי מי שאינו לקוחו ובעניין פעולות המתבצעות במסגרת היחסים שבין לקוחו לצד שכנגד.

## 2. אחריות עורך-הדין כלפי מי שאינו לקוחו

אחריות עורך-הדין כלפי מי שאינו לקוחו מחייבת עריכת דיון בעל הקשרים אחרים: הראשון, לעניין מיהות הצדדים ועד כמה ראוי להטיל אחריות על עורך-דין לעוולה שביצע כלפי מי שאינו לקוחו<sup>76</sup>; השני, לעניין הפעולות שבגינן יש להטיל אחריות ובענייננו, עד כמה ראוי לחייב עורך-דין בשל רשלנותו בניהול הליכים משפטיים. קיומה של חובת זהירות של עורך-דין כלפי מי שאינו לקוחו הוכרה זה מכבר במשפטנו, וההלכה היא שגם כלפיו חייב עורך-הדין חובת זהירות, אם כי זו שונה במהותה ובהיקפה מהחובה המוטלת עליו כלפי לקוחו. חבות זו, שהוכרה גם באנגליה, מקורה בעוולת הרשלנות ומבוססת "על אופיו המיוחד של המקצוע המשפטי ועל חובות ההגיונות בהן חב עורך הדין לציבור כולו. כיוון שהציבור כולו מסתמך על מקצועיותו ועל יושרו של עורך הדין הוא חב בחובת זהירות לא רק כלפי מרשו אלא גם כלפי יריבו

75 ראו פרשת פסל (לעיל, הערה 27) (ההדגשה שלי – מ' ב'). בית המשפט הוסיף לעניין מידת הרשלנות כי "אולם ברי כי גם אם עשויה לעמוד לבעל-דין עילת תביעה בגין התרשלנות של אחר בהליך שיפוטי – התרשלנות שגרמה לו נזק – הרי שלא בנקל יטיל בית-המשפט אחריות שכזו, ובדרך-כלל תידרש הוכחת התנהגות שאינה בתום-לב, התנהגות שיש עמה רשלנות בולטת או ניצול לרעה של הליכי משפט"; שם, עמ' 45. ראו גם פסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן לעניין מידת האחריות בפרשת סחרים (לעיל, הערה 23).

76 לעניין חובת עורך-הדין כלפי הצד שכנגד ראו ל' זר-גוטמן "ייצוג מול צד שכנגד בלתי מיוצג – ייזרה עורך הדין" דין ודברים א (תשס"ה) 153, שם סברה המחברת כי בתי-המשפט הרחיבו את האחריות של עורך-הדין כלפי צד בלתי מיוצג מעבר למידה ראויה. החיבור מדגיש את הבעייתיות הנעוצה בהרחבת חובת זהירות, בשים לב למשפט האנגלו-אמריקני והמבחנים המצמצמים הנוהגים על-פיו ומבקר את הפסיקה המרחיבה בעניין אחריות עורך-הדין, תוך הצגת השיקולים החסרים, שבהיעדרם נוצר, לדעת המחברת, הסדר לקוי בכל הנוגע לקביעת גבולות החובה והכול לנוכח פסק-הדין שניתן בע"א 6645/00 ערד נ' אבן, פ"ד נו(5) 365 (להלן – פרשת ערד), שקבע חובת זהירות רחבה, לדעתה.

וכלפי הציבור כולו<sup>77</sup>. השאלה מה מידת החבות ומתי היא מתגבשת, תלויה בנסיבות העובדתיות של כל מקרה והקושי הוא בהצבת גדרים לחובה, שכן מלאכה זו איננה קלה במקום שבו מדובר ביחסי עורך-דין והצד שכנגד עד שספק אם ראוי לקבוע מראש את גבולות החובה<sup>78</sup>, ויש להשאירה להתפתחות הפסיקה בנסיבותיו של כל עניין ועניין<sup>79</sup>. הטלת חובה על עורך-הדין בגין עוולה שביצע כלפי הצד שכנגד מעוררת בפני עורך-הדין דילמה קשה עד מאוד בין נאמנותו ללקוחו לבין אחריותו כלפי הצד שכנגד. לפיכך הטלת אחריות על עורך-הדין נעשית במקרים מוגדרים. כך למשל עורך-הדין מחויב שלא להטעות את הצד שכנגד. הוא גם מחויב לפעול במיומנות ובזהירות בהצגת דברים לצד שכנגד, כאשר ידוע לו כי זה אינו מיוצג על-ידי עורך-דין, לבל ישליל אותו במודע או בהיסח הדעת, כאשר הוא יכול להניח שהצד האחר סומך על יושרו ומיומנותו. בנוגע לטענות במסגרת הדיון המשפטי, יהיה קשה על הצד שכנגד לבסס ולהוכיח את תביעתו, שכן בנסיבות אלו, מצטמצמת לכאורה חבותו של עורך-הדין באופן משמעותי לנוכח חובותיו כלפי לקוחו וייצוג האינטרסים שלו באופן הולם<sup>80</sup>.

בחינה השוואתית בשיטות משפט שונות, בעניין מידת אחריותו של עורך-דין כלפי מי שאינו לקוחו, מלמדת כי ברגיל, אין עורך-הדין חב בחובת זהירות כלפי הצד שכנגד, למעט בנסיבות חריגות שאינן קשורות לענייננו<sup>81</sup>.

- 77 ע"א 2625/02 נחום נ' דורנבאום, פ"ד נח(3) 385 (להלן – פרשת נחום), 410-409; ע"א 37/86 לוי נ' שרמן, פ"ד מד(4) 472, 446.
- 78 ע"א 1170/91 בכור נ' יחיאל, פ"ד מח(3) 214, 207; ע"א 751/89 מוסהפור נ' שוחט, פ"ד מו(4) 529.
- 79 בפרשת נחום (לעיל, הערה 77), השאירו השופטים ברק וחיות בצריך עיון את שאלת גבולותיה של חובת זהירות החלה על עורך-דין כלפי מי שאינם לקוחותיו. ראו גם פרשת ערד (לעיל, הערה 76), שם נקבע כי במקום שבו צד איננו מיוצג, יכול שתקום חובת זהירות של עורך-דין כלפיו בנסיבות שבהן ברור לעורך-הדין כי הצד שאיננו מיוצג שם בו את מבטחו ועל כן צריך היה להניח עורך-הדין כי זה סומך על אמינותו ויושרו.
- 80 א' יעקב "רשלנות בין כותלי בית המשפט – לשאלת אחריותם המקצועית של עורכי דין במסגרת הדיון המשפטי" עיוני משפט כו(1) (תשס"ב) 5; המאמר עוסק באחריותם המקצועית של עורכי-דין בקשר לניהול הליכים משפטיים וכיצד הם משפיעים על קיומה של החובה. לטענתו יש מקום לגישה הרווחת, שלפיה הגם שעורכי-הדין אינם חסינים פורמלית מאחריותם, בתי-המשפט ממעיטים לחייבם באחריות מקצועית, כך בכלל, ובקשר לחבותם כלפי צד ג, בפרט.
- 81 לסקירת המשפט המשווה והשיקולים השונים העומדים ביסוד החובה והיעדרה בשיטות משפט שונות ראו בפרשת נחום (לעיל, הערה 77), עמ' 21-26. כמו כן ראו מאמרה של זר-גוטמן (לעיל, הערה 76) ומאמרו של יעקב (לעיל, הערה 80), בקשר להלכה שנהגה באנגליה עד לשינויה בשנת 2000, שלפיה הוענקה לבריסטרים חסינות מפני תביעות רשלנות בנוזיקין, גם ביחס לצד שכנגד ולמעט במקרים חריגים של ניצול לרעה של חסינותם.

בפסיקה הובעה גישה זהירה ביחס להטלת אחריות על עורך-הדין, בעניין ניהול הליכים ונקבע כי "החובה המוטלת על סניגור כלפי לקוחו אינה שלא לטעות בשיקול דעתו. החובה היא לשקול דעתו כמיטב יכולתו"<sup>82</sup>. מכאן, טעות בשיקול דעת איננה מגיעה כדי רשלנות. גישה "חשדנית" של בתי-המשפט בעניין הטלת חובת זהירות מוקצנת עוד יותר כאשר מדובר במתח קיצוני בין חובות עורך-הדין כלפי לקוחו לבין חובותיו כלפי בעל-הדין שכנגד<sup>83</sup>, אולם בצד חובתו של עורך-הדין כלפי לקוחו עומדת חובתו כלפי בית-המשפט ולצדה חובתו כלפי הצד שכנגד.

סעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין<sup>84</sup> מטיל על עורך-דין חובה לסייע לבית-המשפט לעשות צדק. "עורך-הדין הוא החוליה המקשרת בין הלקוח לבין בית-המשפט, ובמעמד-ביניים זה שקנה נושא הוא בחובות גם כלפי לקוחו גם כלפי בית-המשפט; כלפי בית-המשפט, קרא: כלפי מערכת המשפט. עורך-הדין מהווה חלק בלתי-נפרד ממערכת המשפט והצדק – 'קצין בית-המשפט' הוא – והצורך המובהק לסינכרוניזציה בין אבריה השונים של המערכת, מטיל עליו חובות כלפי מערכת המשפט"<sup>85</sup>.

בשים לב לסעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין והחובה המוטלת על עורך-הדין לסייע לבית-המשפט, הטילו בתי-המשפט אחריות על עורכי-הדין, בשעה שפסקו כנגדם הוצאות אישיות באותם מקרים נדירים ויוצאי דופן<sup>86</sup>, אולם טרם נקבעה אחריות בנזיקין, אם מכוח סעיף 54 ואם מכוח עולת הרשלנות, כנגד עורך-הדין כלפי הצד שכנגד בעניין ניהול הליכים משפטיים לא ראויים מטעם לקוחו, ונדמה כי הגיעה השעה לעשות כן.

### 3. עקרון תום הלב – שימוש לרעה בזכות הגישה לערכאות

נדמה שאין חולק היום בדבר מעמדו של עקרון תום הלב, המהווה הוראת יסוד במשפט הישראלי, בכלל, ובמשפט הפרטי, בפרט<sup>87</sup>. עקרון תום הלב, שלפיו כל בעל זכות צריך להפעיל את זכותו בתום לב, הוא חלק ממערך נורמטיבי כולל ונמנה עם אותן דוקטרינות כלליות, לצד רשלנות והתעשרות שלא כדין, בעלות תחולה כללית

82 ע"א 735/75 רויטמן נ' אדרת, פ"ד ל(3) 75, 80.

83 מ' דויטש פרשנות הקודקס האזרחי (כרך א, תשס"ה), 106.

84 חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961.

85 ע"א 6185/00 חנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 366, 381-380. בפסק-הדין ניתח בית-המשפט את השיקולים שמכוחם יש להטיל על עורך-דין חיוב בהוצאות אישיות במקום שבו הוא מפר את חובותיו כלפי בית-המשפט. בעל"ע 7892/04 הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין נ' בוטח (טרם פורסם, ניתן ביום 10.5.05), נקבע כי על עורך-הדין מוטלת החובה כאמור, גם בייצגו את עצמו.

86 למשל ע"א 5075/02 ברדוגו נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 860.

87 ד"נ 7/81 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673.

במשפטנו<sup>88</sup>. עיקרון זה נחשב לעיקרון "מלכותי"<sup>89</sup>, אשר "מצורתו פרושה על כלל המערכת המשפטית בישראל"<sup>90</sup> ומקורו הפורמלי בהוראות סעיפים 39 ו-61 (ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973<sup>91</sup>.

עקרון תום הלב מבטא סטנדרט של התנהגות ראויה במכלול היחסים הבין-אישיים, לעניין פעולות משפטיות וחיוכים שבכלל מערכת המשפט<sup>92</sup>. דוקטרינת תום הלב "חותכת את משפט ישראל כולו לאורכו ורוחבו מלוא כל הארץ כבודה"<sup>93</sup>.

נדמה כי שלא כמו דוקטרינת תום הלב, אין דוקטרינה משפטית אחרת שבכוחה לעצב הוראת חוק, לשנות הוראות חוזיות, להוסיף או לגרוע מפעולות משפטיות וליצור מקור לתרופה עצמאית בשל הפרתו<sup>94</sup>, והכול כדי להתאים את מימוש הזכות למבחן המתנה את הפעלתה בתום לב<sup>95</sup>.

אמנם, חוק החוזים קבע את אמת המידה של תום הלב, אך לא יצק לה תוכן של ממש ולא קבע את גדריה. משימה זו הוטלה לפתחו של בית-המשפט, אשר לו הסמכות לקבוע כללים וסייגים. מאחר שעקרון תום הלב משתרע מעבר לחיובים בחוזה וכל גם על פעולות משפטיות שאינן חוזה (סעיף 61 (ב) לחוק החוזים), "יש להתחשב במסגרות נרחבות יותר של דינים, עליהם יחול עקרון זה 'בשינויים המחויבים'<sup>96</sup>. לפיכך יש ליתן לעקרון תום הלב משמעות גמישה, שתאפשר התמודדות עם נסיבות חדשות ועם צורכי החברה המשתנים ובדומה לרשלנות, תהווה אמת מידה "פתוחה". אכן, "הקטגוריות של תום הלב לעולם אינן סגורות, לעולם אינן נוקשות ולעולם אינן שוקטות על השמרים"<sup>97</sup>.

לשון אחר, באימוץ הדוקטרינה נקבע העיקרון כי המשפט יכיר בזכות משפטית אך ורק אם הפעלתה נעשתה בתום לב והוא הדין במימוש חיוב, אולם כאשר אנו נדרשים לצקת תוכן לעקרון העל, נדמה כי תוכנו המעשי ויישומו הקונקרטי מעורר קשיים ונראה כי ככל שרבה חשיבותו ועליונותו, כן גדלה אי-הבהירות ויישומו בחיי היום-יום, ולא

88 ע"א 2643/97 גנו נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385 (להלן – פרשת גנו).  
 89 בג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מז(4) 702, 708.  
 90 פרשת פז (לעיל, הערה 24), עמ' 742.  
 91 חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן – חוק החוזים).  
 92 ע"א 566/81 שמואל נ' שמואל, פ"ד לט(4) 399.  
 93 השופט חשין בפרשת רוקר (לעיל, הערה 24).  
 94 בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828 (להלן – בג"ץ שירותי תחבורה ציבוריים).  
 95 'וינבוים בדרך מקובלת ובתום לב (2000), 35.  
 96 א' ברק שיקול דעת שיפוטי (1987), 467. לפיכך על בית-המשפט "ליתן לביטוי זה אותה משמעות המשקפת את תפיסות העולם והשקפות החיים המקובלות עלינו"; שם, עמ' 468.  
 97 שם, עמ' 469 ועל כן ספק רב אם ניתן להגדיר במדויק את תום הלב, שכן כל הגדרה תסבול מכלליות חסרת משמעות.

ניתן לגבש הגדרה ברורה ומדויקת המאפשרת תיחום גבולותיו וזיהוי מראש של פעולות או של התנהגויות שניתן להגדירן שבוצעו בתום לב.

אכן מושג תום הלב הוא "מושג שסתום" המתאפיין בכך, שהלשון איננה קובעת תוכן חד-משמעי, וזה נקבע על-פי שיקול דעת הפרשן, הניזון מעקרונות השיטה ומהאזיון הראוי בין ערכים לעקרונות השולטים בחברה נתונה<sup>98</sup>. לפיכך נקבע כי המונח תום לב המופיע בחוקים שונים איננו בעל משמעות אחידה<sup>99</sup> ואין לזהות את תום הלב בחוק מסוים עם זה המופיע בחוקים אחרים.

אמת, המשמעות הפשוטה של המונח היא התנהגות מוסרית, תוך הקפדה על יושר והגינות, אולם מהותה של הזכות שבגדרה נבחן עקרון תום הלב, משפיעה על היקף פעולתו. כל זכות והערכים והאינטרסים המוגנים על-ידיה; כל זכות ועוצמתה שלה; כל זכות ואיזוניה שלה, ביחסים עם ערכים ואינטרסים נוגדים; כל זכות ומידת השפעתו של תום הלב עליה<sup>100</sup>.

על אף היותו של עקרון תום הלב בעל תחולה טוטלית, לא ברור מה התוצאות הנובעות מאי-קיום החובה לנהוג בתום לב. אלו אינן אחידות ומשתנות על-פי ההקשר שבו מתעוררת השאלה<sup>101</sup>, שכן סעיף 39 לחוק החוזים, הקובע את חובת תום הלב, איננו מפרט בגדרו את הסעדים בגין אי-קיום החובה, ואלה נגזרים מחובת תום הלב ומשקפים את הצורך ליתן סעד שיהיה מתאים להפרת החובה בנסיבות העניין<sup>102</sup>.

#### (א) מהותו של תום הלב

הדעה המקובלת כיום כי עקרון תום הלב מבטא ברגיל אמת מידה להתנהגות ראויה וככלל איננו מעמיד דרישה נפשית של חוסר זדון, הגם שיש בו הדגשה מסוימת למצב נפשי ללא משמעות סובייקטיבית חד-משמעית. אכן, מושג תום הלב נושא משמעות שונה, תלוית הקשר ועל-פי תכלית החקיקה שבגדרה הוא נקבע<sup>103</sup>.

בדומה לאופן פרשנותו של דבר חקיקה, הנעשה על-פי התכלית העומדת ביסודו<sup>104</sup>, מדובר במבחן פונקציונלי ולפיו גדרו של תום הלב משתנה לנוכח הסביבה שבה הוא

98 ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה, תשנ"ה), 41-77 (פרק 4 – עקרון תום הלב).

99 ע"א 788/79 ריימר נ' עזבון המנוח ברקו (דב) רייבר, פ"ד לו(2) 141.

100 פרשת רוקר (לעיל, הערה 24), עמ' 278.

101 לעתים התוצאה תהיה בתשלום פיצויים (בג"ץ שירותי תחבורה ציבוריים (לעיל, הערה 94)), וזו התרופה החשובה בענייננו, אם כי אין מניעה ליתן תרופות אחרות המתחייבות בכל מקרה ומקרה.

102 רע"א 2443/98 ליברמן נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נג(4) 804; ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.ם. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289.

103 ברק (לעיל, הערה 96), עמ' 470.

104 דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817.

נבחן. לפיכך במקום שתום הלב נדרש לשם רכישת זכות עדיפה, למשל בעסקאות נוגדות, רכישה על-פי תקנת השוק במכר, מיטלטלין או מקרקעין או אחיזה כשורה בשטרות, משמעותו סובייקטיבית ומצריכה יסוד נפשי של היעדר זדון<sup>105</sup>; לניהול משא ומתן חוזי או ביצועו, משמעותו אובייקטיבית ועניינו אמת מידה מינימלית-אובייקטיבית של התנהגות ראויה על-פי תחושת הצדק החברתי של הציבור הישראלי, בכל הנוגע להתנהגות צדדים שפועלים ממניעים אישיים. בנסיבות אלה משקף תום הלב את ציפיותו הסבירה של הציבור בישראל באשר להתנהגות ראויה, וזו תיקבע בנסיבות כל עניין ועניין<sup>106</sup>.

קיימת דעה אחרת<sup>107</sup>, ולפיה מושג תום הלב הוא מושג סובייקטיבי, שכן שאלת תום הלב נבחנת על-פי הנעשה בלבו של האדם ולא בדעתו של בית-המשפט, לאחר שהפעיל אמות מידה ראויות לחברה בישראל, והגם שתחומי התפרסותה יכולים שיהיו שונים מעניין לעניין, על-פי הקשר הדברים "תום הלב", לעולם – לדעתי – עניינו בליבו של אדם, במצב דעתו, ולא בעקרונות ובסטנדרטים לבר-ליבו ולבר-דעתו<sup>108</sup>.

עם זאת קיימת גישת ביניים, שלפיה עקרון תום הלב משלב יסודות סובייקטיביים ואובייקטיביים, עם דגש מרכזי על היסוד האובייקטיבי<sup>109</sup>, ונדמה כי זו הגישה הראויה. גישה זו מציבה משמעות גמישה למושג תום הלב ותוכן משתנה, בהתאם לנסיבות ולהקשר שבהם הוא עולה. מכאן, השאלה בענייננו היא אם קיימת אחריות בשל ניהול הליכים שלא בתום לב, ואם כן, מה מהותו של תום הלב: אובייקטיבי, סובייקטיבי או מעורב? לעניין זה נעבור לדון בסמוך.

### (ב) שימוש לרעה בהליכים משפטיים שלא בתום לב

בפרשת סחרים חידש השופט מצא הלכה בעניין ניהול רשלני של סעד זמני, וקבע כי קיימת חובת זהירות מושגית בענייניו של תובע המבקש צו עיקול זמני כלפי הנתבע שאת

105 ע"א 4609/99 בעלי מקצוע נכסים (1997) בע"מ נ' סונדרס, פ"ד נו(6) 832; ע"א 7785/99 ארוך נ' פאריינטי, פ"ד נה(3) 85 (להלן – פרשת ארוך).

106 ונדמה שזו גישתם של מרבית השופטים בבית-המשפט העליון; ראו: פרשת רוקר (לעיל, הערה 24); בג"ץ שירותי תחבורה ציבוריים (לעיל, הערה 94); פרשת גנז (לעיל, הערה 88).

107 אשר נציגה הנאמן כיום הוא השופט חשין, הנשען על עמדתו של השופט יצחק כהן בע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231 (להלן – פרשת ספקטור); ראו פרשת רוקר (לעיל, הערה 24).

108 פרשת ספקטור, שם, פסק-דינו של השופט חשין.

109 רע"א 6553/97 חגאי נ' חברת עבודי חיים בע"מ, פ"ד נב(2) 345 (להלן – פרשת חגאי), דברי השופט שטרסברג-כהן.

נכסיו הוא מבקש לעקל. לפסק-דינו הצטרפה השופטת שטרסברג-כהן והוסיפה כי התנהגותו של תובע, המבקש עיקול זמני, יכולה להקים לנתבע עילה בנוזקין בעוללת רשלנות. לעומתם השופט טירקל, הגם שהצטרף לפסק-דינו של השופט מצא על כל נימוקיו, סבר כי "יכול שנתבע, שנפגע על ידי עיקול זמני שהוטל על רכושו במעמד צד אחד יהיה זכאי לפיצויים גם מכוחה של עילה אחרת שהיא הפרת החובה לנהוג בתום לב, לפי סעיפים 12(א), 39 ו-61(ב) לחוק החוזים"<sup>110</sup>, ובנסיבות המקרה שם קבע כי התובע הפר את חובת תום הלב, משלא הביא בפני בית-המשפט את מכלול העובדות הרלוונטיות לבקשה.

בעניין אחר<sup>111</sup>, שהובא בפני בית-המשפט בעניין נזקים שנגרמו עקב הגשת תביעת סרק, קבעה השופטת דורנר כי לנוכח זכות הגישה לערכאות ומעמדה החוקתי והחשש להתרעת יתר מפני הגשת תביעות ופגיעה בזכות מעבר למידה ראויה, יש ככלל לערוך את האיזון הראוי בין זכויות הצדדים במסגרת פסיקת ההוצאות ולחייב במקרים המתאימים את מי שעשה שימוש לרעה בזכות. עם זאת היא השאירה בצריך עיון את השאלה אם במקרים קיצוניים ניתן לראות בפתיחת הליכי משפט שעיקר מטרתם אינו הזכייה בהם, משום שימוש לרעה בזכות.

השופט טירקל היה בדעה כי אין צורך להשאיר בצריך עיון את השאלה, שכן לשיטתו, דינו של מי שפתח בהליכים משפטיים שלא בתום לב וכתוצאה מכך נגרם נזק לבעל-הדין האחר, הוא חיובו בתשלום פיצויים לבעל-הדין שניזוק בשל הפרת חובת תום הלב.

אכן, לגישתו של השופט טירקל אין מניעה כיום להטיל אחריות על מי שמנהל הליכי סרק ועושה שימוש לרעה בחוסר תום לב בהליך המשפטי, אולם נדמה כי דעתו טרם הבשילה כדי הלכה פסוקה, מעבר לאמירות שהובאו בפסיקה בהקשרים שונים בעניין זה. אף אני סבור שאין מניעה להטיל אחריות מכוח חובת תום הלב (הסובייקטיבי)<sup>112</sup>, במקרים המתאימים, בנסיבות של ניצול לרעה של ההליך השיפוטי, למטרה זרה להליך ומתוך רצון, כוונה או מודעות להשיגה, אולם לעניין זה נידרש בהמשך ולאחר סקירה השוואתית בדבר הדין הנוהג במשפט המקובל.

110 פרשת סחר ים (לעיל, הערה 23), פסק-דינו של השופט טירקל.

111 פרשת גלאם (לעיל, הערה 34).

112 בשם לב לטיב החובה הרלוונטית והפרתה ונדמה כי כך גם עולה מהפסיקה בפרשת סחר ים (לעיל, הערה 23).

## (ג) על רשלנות ותום לב (אובייקטיבי) ומה שביניהם

בספרות המשפטית ובפסיקה עלתה לא פעם השאלה בדבר היחס שבין תום לב לרשלנות<sup>113</sup>, אולם עד כה לא נקבעו קריטריונים לעניין ההבחנה ביניהם וליישום כל אחד מאלה במקרים נתונים, הגם שעשויה להיות לכך חשיבות לכאורה, במקום שבו נבחנת האחריות על-פי כל אחד מהם בנפרד ועשויה להיות לתחולתו של כל אחד מהם, נפקות משפטית שונה.

לכאורה, רשלנות ותום לב יכולים לדור בכפיפה אחת ורשלנות רגילה או רשלנות גסה לא בהכרח מפקיעה את תום הלב, אם כי זו יכולה להיות ראייה בדבר חוסר תום לב<sup>114</sup>. עם זאת נדמה כי לנוכח חשיבותו של עקרון תום הלב, כאמת מידה ראויה ואובייקטיבית החולשת על כל תחומי המשפט, מוטלת מכוחו חובה לנהוג בהגינות ועמידה בחובה זו פירושה נקיטה באמצעים סבירים.

ואכן, בעניין שנדון לאחרונה<sup>115</sup> בעניין תחולתה של עוולת הרשלנות בקשר לעסקאות נוגדות במקרקעין, נזקק בית-המשפט להבחנה שבין עוולת הרשלנות לעקרון תום הלב. בית-המשפט קבע כי על בעל זכות במישור הקניין להפעיל את זכותו בתום לב, שמשמעה לנהוג בהגינות בהפעלת זכותו, לנוכח ההלכה בדבר חשיבותו של עקרון תום הלב כמושג כללי, החולש על כל תחומי המשפט ובכלל זה גם בדיני הקניין. לעניין עסקאות נוגדות הוא קבע כי חובת תום הלב איננה מחייבת אחריות מוחלטת אלא כזו המתחשבת בנסיבות ובאמצעים אובייקטיביים, הניתנים למימוש בידי בעל הזכות, ובכלל זה נקיטה באמצעים סבירים וזמינים הניתנים למימוש בידי בעל הזכות כדי להגן על אינטרס סביר של זולתו.

לפיכך קבע בית-המשפט כי חובת תום הלב, שמכוחה מוטל על בעל העסקה הראשונה נטל רישום הערת אזהרה, משליכה במישורין על גיבושה של חובת זהירות בנזיקין המוטלת עליו, וביניהם "קווי דמיון והשקה ולא מעט מן המשותף בתכלית החברתית והמשפטית שעל יסודה הן נבנו"<sup>116</sup>. לגופו של עניין, בית-המשפט ניתח את אחריותו של בעל העסקה הראשונה לעניין קיומה של חובת זהירות קונקרטית על-פי

113 ראו ד' פלפל "תום לב חוזי ודיני הנזיקין" הפרקליט לח (תשמ"ט-תש"ן) 454, שלפיו סבורה המחברת כי יש מקום להחיל את הוראות תום הלב מכוח הוראת סעיף 61(ב) לחוק החוזים, המחילה את מרב הוראות חוק החוזים, בשינויים המחויבים, גם על דיני הנזיקין.

114 ע"א 634/79 קון נ' חסון, פ"ד לה(3) 611, 613; פרשת גנו (לעיל, הערה 88), פסקה 4 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן, אם כי במקום שבו נבחן תום הלב, אין לנו עניין באחריות בנזיקין והתרשלנות של המזיק רלוונטית רק עד כמה שיש בה גם הפרה של עקרון תום הלב; ראו שם, פסקה 23 לפסק-דינו של השופט ברק.

115 פרשת ויינברג (לעיל, הערה 34).

116 שם, פסקה 27 לפסק-הדין, אם כי הוסיף "גם אם היסודות הנדרשים לביסוס המשפטי והתוצאות המשפטיות הנובעות מהחלתן אינם חופפים בכל אלה לאלה"; שם, עמ' 799.

אמות מידה אובייקטיביות, בחן את האמצעים הסבירים שזה נקט כדי לצאת ידי חובתו וסיכם כי על-פירוב קיים מתאם מלא בין עמידה בחובת תום הלב לבין עמידה בדרישות חובת הזהירות וההבחנה המושגית ביניהם "עשויה להיטשטש במהלך יישומם במציאות"<sup>117</sup>.

בשלב זה של הדיון הנני מבקש להצטרף, בכל הכבוד הראוי, לגישת בית-המשפט שם ולפיה בכל הנוגע למושג תום הלב במשמעו האובייקטיבי, יש דמיון רב בינו לבינו מוסד הרשלנות, לנוכח השיקולים הדומים העומדים ביסודם ובשל התכלית החברתית והמשפטית המשותפת שעל יסודה הן נבנו. אף אני בדעה כי במקום שבו "עניין לנו בתום לב אובייקטיבי, אין אתם אומרים אלא שעניין לנו בהשוואת התנהגויות של הגינות, המחייבת זהירות, לאמור, 'מאזן של השתקים', שהורתם ברשלנות"<sup>118</sup>.

זאת ועוד, אף אם קיימת הבחנה ביניהם בהקשר הפורמלי, מדובר בהבחנה דקה, שלא נאמר דקיקה, עד כי באופן מעשי איננה אפשרית בעת יישומם בפועל בנסיבות כל מקרה, ועם זאת יישומם בדרך דומה משתלב באורח הרמוני בתפיסה המשפטית המשותפת, המכירה בקיומם של כל אחד ואחד מהם בנפרד<sup>119</sup>.

ואכן, עיון בפרשת סחרים מעלה כי הגם שבית-המשפט שם בחר לבסס את אחריותו של מי שמבקש להטיל עיקול על נכסי יריבו במסגרת עוולת הרשלנות, נעשה שימוש בשיקולים הנשענים על דוקטרינת תום הלב, אשר שימשו את בית-המשפט, בערבוביה עם שיקולים מתחום הרשלנות.

בשעה שבחן את השיקולים העומדים ביסוד העניין, השופט מצא קבע כי תובע המשתמש בהליך העיקול להשגת מטרה זרה, כגון לשם הפעלת לחץ על הנתבע על מנת שיפרע את חובו, מפר את חובתו לנהוג בתום לב והדגיש כי צו עיקול שניתן ברגיל במעמד צד אחד הוא אמצעי רב עוצמה, שכן במועד הגשת הבקשה אין בידי בית-המשפט כלים לבחון את אמיתות ואמינות הנתונים העובדתיים העומדים ביסוד הבקשה ומכאן מתחייב הצורך למתן את העוצמה בידי התובע ולצמצם את סיכון הפגיעה בקניינו של הנתבע.

117 שם, עמ' 803.

118 פרשת גנז (לעיל, הערה 88), פסק-הדין של השופט רבלין.

119 ראו פלפל במאמרה (לעיל, הערה 113), הסבורה שיש מקום לשנות את חיובי דיני הנזיקין בכך שאדם לא יופטר מחובת הזהירות המוטלת עליו אם ייצא כי פעל בחוסר תום לב, ולפיכך היא סבורה כי לצורך קביעת אחריות בעניין ניהול הליכי סרק, אין צורך בהוכחת עוולת הנגישה וגם אחריות ברשלנות יכולה להספיק אם ייקבע שניהול ההליך לא היה בתום לב. לשיטתה מרב העוולות הנזכרות בפקודת הנזיקין הן פעולות משפטיות וניתן לבסס אחריות על-פיהן, בלי שיהיה צורך להוכחת יסודותיהן ובלבד שהפעולה בגינם נעשתה שלא בתום לב. בדרך זו נצמד לקראת איחוד מחדש בין דיני החוזים לדיני הנזיקין ולקראת יצירת דיני חיובים הרמוניים. עם כל הכבוד הראוי אני מצטרף לעמדתה.

השופט מצא הדגיש כי בקשה למתן צו עיקול היא "פעולה משפטית" כמשמעה בסעיף 61(ב) לחוק החוזים, שעל מבצעה חלה חובת תום הלב ובגדרה מוטלת עליו החובה לנהוג בתום לב ולהביא בפני בית-המשפט את מלוא המידע הדרוש להכרעה בבקשה, ככל שזה מצוי בידו או שיש ביכולתו להשיגו בנקיטת אמצעים סבירים, שכן מצופה ממנו לנהוג עם הנתבע בסבירות ובהגינות<sup>120</sup>.

כך השופט מצא וכך גם השופטת שטרסברג-כהן, אשר קבעה בפסק-דינה כי על התובע המבקש להטיל עיקול זמני לנהוג על-פי התקנות, בתום לב, שאם לא כן הוא צפוי לאחריות בגין רשלנות, הגם שלדעתה איזון נכון בין האינטרסים הראויים להגנה של הצדדים מחייב לקבוע רמת התנהגות מיוחדת ולשיטתה, "תידרש רשלנות גסה או רשלנות רבתי או התנהגות בזדון או בחוסר תום לב על מנת להעמיד לנתבע עילת תביעה ברשלנות"<sup>121</sup>.

נדמה כי בנסיבות פרשת סחר ים הופרה חובת תום הלב הסובייקטיבית וככזו עומדת לנפגע עילת תביעה עצמאית לצד עוולת הרשלנות, שיסודותיה שונים. על ההבדלים בין עוולת הרשלנות לבין זו שעניינה ניצול לרעה של ההליך השיפוטי, נעמוד בהמשך החיבור בהרחבה.

#### 4. עוולה חוקתית – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וזכות הגישה לערכאות

אין חולק כי כיום זכות הגישה למערכת השיפוטית היא זכות חוקתית מוכרת, המשקפת הכרה חוקתית בזכות הפרט לדיון מלא והוגן בבית-המשפט<sup>122</sup>, בין שזו נגזרת מזכות הקניין, שמקורה בסעיף 3 לחוק היסוד ובין מזכות לכבוד או לחירות שם<sup>123</sup>. השאלה היא אפוא מה התרופה העומדת לנפגע בגין פגיעה שלא כדין בזכותו החוקתית לגישה לערכאות. פגיעה שלא כדין בזכות חוקתית עלולה לנבוע ממקור חקיקה, חוק, תקנה או החלטה מינהלית, שאז תיחשב "פגיעה נורמטיבית", או על-ידי פעולה פיזית במערך יחסים חוזיים או אחרים במשפט הפרטי ואז תיחשב "פגיעה

120 פרשת סחר ים (לעיל, הערה 23), פסקה 21 לפסק-דינו של השופט מצא.

121 שם, עמ' 664, פסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

122 ראו לעיל, בפרק תרופות דיוניות והערה 34.

123 לוי (לעיל, הערה 18), עמ' 26; א' ברק פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית (תשנ"ד), 363, הסבור כי יש לראות את זכות הגישה כחלק מהזכויות המוגדרות ככבוד האדם על-פי הקבוע בסעיף 4 לחוק; י' רבין "זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית – בעקבות ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ" המשפט ה (תשס"א) 217; וזו גם עמדת המשפט האמריקני בפסיקתו ובאמצעות פסקת ה- Due process שבגין הפרתה עומדת לנפגע תרופה מכוח עוולת ה-Abuse of process, שתידון להלן.

פיזית<sup>124</sup>. מכאן, תכליתה של התרופה החוקתית בהתאם ועיקרה הוא שלילת הפגיעה בזכות החוקתית. לפיכך כאשר הזכות נפגעת פגיעה נורמטיבית גם הסעד הוא נורמטיבי, קרי ביטול הנורמה הפוגעת בדרך של תקיפה ישירה או עקיפה ובהתאם, כאשר הזכות נפגעת פגיעה פיזית, ראוי כי הסעד העיקרי יהיה פיזי והתרופות הרלוונטיות בגדרו הן פיזיות, אכיפה או השבה.

כמתבקש מן העיקרון שלפיו במקום שבו קיימת זכות, קיימת גם תרופה נקודת המוצא העקרונית היא כי פגיעה פיזית בזכות חוקתית צריכה לגרור אחריה תרופה מתאימה.

על רקע זה עולה השאלה בדבר מקומו הגיאומטרי של הסעד הראוי. לשון אחר: האם התרופה לפגיעה בזכות הגישה היא מכוח חוק היסוד כסעד חוקתי הנגזר במישורין ממנו (תרופה ישירה), או שמא יש למצוא את התרופה במערכות דינים אחרות שהן חיצוניות לחוק היסוד, במסגרת המשפט הפרטי וכחלק מדיני הנזיקין (תרופה עקיפה)<sup>125</sup>? הגם שאין מניעה עקרונית לעצב עילת תביעה חוקתית מחוץ לפקודת הנזיקין, נדמה כי ראוי לעשות כל מאמץ לעגן את התרופה לפגיעה בזכות הגישה, במסגרת דיני הנזיקין עצמם וככל שיידרש, לשנותם "באופן ההולם את המציאות הנורמטיבית החדשה"<sup>126</sup>. גם אני סבור, בכל הכבוד הראוי, כי אין מניעה עקרונית לראות בפגיעה בזכות הגישה לערכאות, הנגזרת מהזכות הבסיסית להליך הוגן, עוולה חוקתית ואין כל טעם ראוי שלא לעצב עילת תביעה על-פיה, במסגרת דיני הנזיקין ובגדרה של עוולת הרשלנות, אשר במקרים המתאימים תטיל אחריות על מי שעושה שימוש רשלני בזכותו הדינית. ודוק, אין בקביעת האחריות בנסיבות אלה פגיעה בזכות הגישה של המזיק לערכאות מעבר למידה ראויה, שכן לצד זכותו שלו עומדת חובתו היסודית לקיים הליך משפטי תקין והוגן, ושימוש לא ראוי ורשלני בגדרו, בדרך העלולה לסכל את ההליך השיפוטי, פוגע בזכות הגישה לערכאות של יריבו ומצדיקה הטלת אחריות כלפיו.

124 ברק בספרו, שם, עמ' 777.

125 שם, עמ' 781 המבחין בין מודל התרופה הפנימית לבין מודל התרופה החיצונית. לאחר סקירת המשפט המשווה בעניין זה ברק מגיע למסקנה כי ניתן לבסס את מקומה של התרופה הראויה, במסגרת המשפט הפרטי, בדיני הנזיקין, בגדרה של עוולת הרשלנות או היפר חובה חקוקה. ראו גם מאמרה של דפנה ברק המוזכר שם, ולפיו יש מקום להכיר בחובת זהירות מושגית חדשה חוקתית של הרשות כלפי הפרט, ועמדתו של ברק ולפיה "גישה זו נראית לי ראויה. מקובל עלי, כי בין רשות שלטונית לבין פרט מתקיימים יחסי 'רעות' כאלה, שהרשות השלטונית צריכה להתחשב בכך שהתנהגות רשלנית ('התרשלות') מצידה תפגע בזכות אדם מוגנת"; שם, עמ' 787.

126 ראו שם, עמ' 792, אשר סבור עם זאת כי "כל עוד דיני הנזיקין לא חוללו את השינוי הנדרש... יש לשקול בכובד ראש פניה להלכת אדמה [ראו ע"א 140/53 אדמה חברה בינלאומית בישראל בע"מ נ' לוי, פ"ד ט 1666 – מ' ב' וגיבוש תרופה פנימית להפרת זכות יסוד חוקתית", שם, שם.

לנוכח האקלים החוקתי השורר כיום, נדמה כי אין מניעה לעשות כן, תוך הרחבת פריסתה של עוולת הרשלנות בהתאם, "באופן ההולם את המציאות הנורמטיבית החדשה".

זאת ועוד, יאמר כבר עתה כי שימוש לא ראוי וזדוני בהליך המשפטי, המגיע עד כדי ניצולו לרעה של ההליך, מקים אף הוא אחריות כלפי מי שמבקש להשתמש בזכותו לערכאות לרעה, שכן על בעל-דין חלה חובת תום הלב בניהול הליכי המשפט שבהם הוא מעורב ובגדרה עליו לנהל את ההליכים למטרה ראויה וללא מניע זר, שאם לא כן עלולה הפרת חובת תום הלב, בנסיבות המתאימות, לשלול את יומו בבית-המשפט (תרופה דיונית) ולמצער, לגרור את חיובו בהוצאות (קיצור דרך דיוני בהגשמה חלקית של זכות מהותית) ואם לא יהיה בכך כדי לפצות את יריבו באופן מלא, הוא עלול למצוא את עצמו חשוף לתביעת פיצויים בגין הנזק שהסב בניהול ההליכים ומכוח הפרת עקרון תום הלב<sup>127</sup>.

#### ד. מקורות לאחריות של משתתפים בהליכים משפטיים – סקירה השוואתית

##### 1. מבוא – עקרונות המשפט המקובל – מדיניות ה־Common Law

במשפט המקובל קיימות שתי עוולות עיקריות בעניין ניהול הליכים משפטיים לא ראויים.

הראשונה, Malicious prosecution (תביעה זדונית)<sup>128</sup> המסורתית, שיסודותיה דומים לאלו של עוולת הנגישה במשפט הישראלי, חלה בעיקר על הליכי נפל בפלילים. במשפט

127 בפרשת סחרים (לעיל, הערה 23), בחר השופט מצא להשאיר בצריך עיון את השאלה אם יש מקום ליצור עילה עצמאית לתביעת בעל-דין שניזוק משימוש לרעה בהליכי בית-המשפט שנעשה בידי יריבו, לאחר שהזכיר כי במשפט אמריקני מוכרת עילת תביעה בשל Abuse of process, על יסוד הזכות החוקתית ל-Due process, המוכרת שם והמהווה עוולה עצמאית במשפט הנוהג. אני כאמור, סבור אחרת.

128 Restatement, Torts (vol. III, deviations 3-9, 1938); Restatement 2d, Torts (vol. III, §§ 504-707A, 1976), chapter 29, §§653-673; 52 Am. Jur. 2d (1994), 131; 45(2) Halsbury's Law of England (4<sup>th</sup> ed., Reissue, 1999), §§ 458-490; W.L. Prosser, W.P. Keeton On Torts (5<sup>th</sup> ed., by W.P. Keeton and others, 1984), chapter 21, 870; Y.B. Smith, W.L. Prosser Torts, Cases and Materials (2<sup>nd</sup> ed., 1957); P.H. Winfield, J.A. Jolowicz On Tort (15<sup>th</sup> ed. By W.V.H. Rogers, 1998); J.G. Fleming The Law of Torts (4<sup>th</sup> ed., 1971); J.D. Lee, B.A. Lindahl (eds.) Modern Tort Law: Liability & Litigation (vol. 3, 1988); F.V. Harper, F. James Jr., O.S. Gray The Law of Torts (vol. I, 2<sup>nd</sup> ed., 1986).

האנגלי ובחלק ממדינות ארצות-הברית, הורחבה תחולתה של עוולה זו גם להליכים אזרחיים מסוימים ובקשר לסוגי נזק מיוחדים, כגון מאסר שווא או עיקול נכסים ובנסיבות של פגיעה חמורה בשם הטוב, בזכות התנועה והקניין. בחלק אחר של מדינות ארצות-הברית, הורחבה העוולה לכלל ההליכים האזרחיים ולכל סוגי הנזקים והיא מכונה Wrongful use of civil proceedings (שימוש לרעה בהליכי משפט אזרחיים)<sup>129</sup>. השנייה, Abuse of process (ניצול לרעה של ההליך השיפוטי)<sup>130</sup>, עניינה שימוש לרעה בהליכי בית-משפט ולמטרה לא ראויה.

ודוק, קיים הבדל מהותי בין ה-Malicious prosecution לבין Abuse of process, שכן בעוד שהראשונה, עניינה בנקיטת הליכים משפטיים בזדון, ללא עילה סבירה ומסתברת והיא מתמקדת בשאלה אם ההליכים הוגשו על בסיס עובדתי ומשפטי סביר, השנייה עניינה בסיבה ובשיקולים שהובילו לנקיטתם מלכתחילה והיא מתמקדת בשאלה בדבר המטרה הזרה שעמדה ביסוד הגשתם.

לפיכך בעוולת ה-Malicious prosecution מרכז הכובד הוא בניהול ההליכים ובשאלה עד כמה יש ליוזם ההליך יסוד סביר להאמין בקיומה של עילת התביעה. לעומת זאת בעוולת ה-Abuse of process איננו נדרשים לבחינת תוכנם של ההליכים אלא למטרתם, גם אם אלו הוגשו על יסוד עילת תביעה מוכרת בדין, שכן המבחן לקיום האחריות על-פיה הוא השימוש הלא ראוי שנעשה בכלי הדיוני, למטרה אחרת מזו שלשמה הוא נועד ומתוך מניע נסתר. משכך, אין גם נפקות משפטית לשאלה אם ההליכים הקודמים נדחו כפי שקובעת עוולת ה-Malicious prosecution ויסוד זה איננו תנאי סף לקיומה של עילת התביעה.

בנוסף קיימת הבחנה לעניין תחולתה של ה-Malicious prosecution בנסיבות של הליכי נפל בפלילים לבין אלו הקיימים בהליכי סרק אזרחיים, והשיקולים העומדים ביסודם שונים. בפלילים ישנה זהירות יתר של בתי-המשפט בטרם תוטל אחריות על גורמי התביעה, מתוך רצון לעודד גילוי פשעים והעמדת עבריינים לדין, ומכאן תחולתה מצומצמת ויסודותיה נוקשים, בין היתר, לעניין דרישת הזדון שמהותה היעדר אמונה

Restatement 2d, *Torts* (vol. III, §§ 504-707A, 1976), chapter 30, §§674-681b 129  
 45(2) *Halsbury's Law of England*; Wrongful use of civil proceedings (לעיל, הערה  
 Prosser & Keeton; 500-490 §§ (128), עמ' 889.  
 Restatement 2d, *Torts* (vol. III, §§ 504-707A, 1976), chapter 31, § 682 Abuse of 130  
 45(2) *Halsbury's Law of England*; process; 1 Am. Jur. 2d (1994), 407  
 Prosser & Keeton; 503-501 §§ (128), עמ' 897, (לעיל, הערה 128),  
 Smith & Prosser; 897 (לעיל, הערה 128);  
 A.L. Choo *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal* (128);  
 Winfield & Proceedings (1993); J.G. Fleming *The Law of Torts* (9<sup>th</sup> ed., 1998)  
 S. Ginossar "Abuse of Process" 17(4) *Isr. Law*; 678 (עמ' 678), (לעיל, הערה 128),  
 Jolowicz (1982) 399 *Rev.*

סובייקטיבית של התובע באשמה. לעומת זאת במתכונתה האזרחית נדרשת אמונה סבירה בסיכויי התביעה. ואכן, בתי-המשפט נוטים להטיל אחריות בגין עוולת Malicious prosecution, בנסיבות של הליכי נפל בפלילים, במשורה ומעדיפים הטלת סנקציות דינויות. התכלית העיקרית העומדת ביסוד עוולת ה-Malicious prosecution היא להגן על זכותו של הנתבע להליך הוגן ומפני תביעה לא מוצדקת, כאשר לצדה קיימת עוולה נוספת שעניינה false imprisonment (מאסר שווא) ותכליתה להגן בעיקר על חירותו של הנתבע. יצוין שעוולת ה-Malicious prosecution איננה חלה בתי-המשפט הפדרליים אלא בתי-המשפט המדינתיים בלבד, אולם ניתן להגיש שם תובענות הקשורות להליכי סרק גם בעניינים פדרליים. לעומתם, בתי-המשפט הפדרליים נוהגים להטיל סנקציות דינויות, בנסיבות של ניהול הליכים לא ראויים, בדרך של צווי מניעה או סנקציות דינויות אחרות, כדוגמת Rule 11<sup>131</sup>.

עוולת ה-Malicious prosecution דורשת כאמור כתנאי מוקדם לתחולתה את סיומם של ההליכים הקודמים שבגינם הוגשה התובענה, לטובת התובע בהליך הנוכחי, וכן כי ההליכים הקודמים נוהלו בזדון וללא עילה סבירה ומסתברת. לעומתה, עוולת ה-Abuse of process דורשת כתנאי לתחולתה כי ההליכים הקודמים ננקטו מתוך מניע נסתר ולמטרה זרה מזו שלשמה נועדו.

לאחר שנסקור את יסודותיה של עוולת ה-Malicious prosecution במתכונתה האזרחית, נדון ביסודות עוולת ה-Abuse of process ובהיקף תחולתה ונסיים בניחותו של כלל 11 הנוהג במשפט הפדרלי בלבד ובהוראותיו, אשר נדמה כי בשינויים המחויבים מתאימים לענייננו, בעיקר לעניין אחריות עורך-הדין בסיכול ובמניעת הליכי סרק מראש.

## 2. Wrongful use of civil proceedings – שימוש לרעה בהליכי משפט אזרחיים

מבחינה היסטורית, יסודה של עוולת ה-Wrongful use of civil proceedings הוא בעוולת ה-Malicious prosecution שנהגה במשפט המקובל באנגליה, ולפיה:

“Wrongfully setting the law in motion on a criminal charge... without reasonable and probable cause, must have been instituted or carried on

131 ראו כלל 11 (לעיל, הערה 26), שהוא כלל דיוני המטיל אחריות, בייחוד על עורך-דין בשל חובתו כלפי בית-המשפט להבטחת הליך תקין ובגדרו ניתן להטיל סנקציות בגין הפרת החובה. על כלל 11 בהרחבה ראו G.M. Vairo *Rule 11 Sanctions, Case Law, Perspectives and Preventive Measures* (3<sup>rd</sup> ed., 2003).

maliciously and must have terminated in the claimant's favor. The claimant must also prove damage"<sup>132</sup>.

עניינה הטלת אחריות על מי שיוזם ומנהל הליך זדוני, בעיקר פלילי, ללא עילה סבירה ומסתברת ובלבד שההליכים יסתיימו לטובת מי שננטו ההליכים כנגדו. עוולת ה-Malicious prosecution נקלטה בדין הישראלי בסעיף 60 לפקודת הנזיקין, אולם תחולתה במשפט האנגלי רחבה במקצת מזו הנוהגת במשפטנו וחלה גם בקשר לניהול הליכים אזרחיים מסוימים, שגרמו ל"נזק מיוחד" לשמו הטוב של הנתבע, לרכושו ולחופש תנועתו. עם זאת במרבית מדינות ארצות-הברית הורחבה תחולתה על כלל ההליכים האזרחיים ולכל סוגי הנזקים, בשינויים המחויבים מטיבו של ההליך והתאמתו לעניינים אזרחיים<sup>133</sup>.

יסודות עוולת ה-Malicious prosecution, כפי שנקלטה במשפט האמריקני, דומים לאלו שנקבעו בהלכה האנגלית<sup>134</sup>, ועיקרם הגשת כתב אישום זדוני (malice), ללא עילה מסתברת (probable cause), שהסתיים לטובת הנאשם וגרם לו לנזק<sup>135</sup>.

בטרם הורחבו יסודות העוולה להליכים אזרחיים נעשה בה שימוש בהליכי נפל פליליים בלבד והטלת אחריות בגדרה הייתה כנגד כל מי שנטל חלק פעיל בהגשת כתב האישום, לרבות עד ומתלונן שנתן עדות שקר. נוסף על יסודותיה העובדתיים של העוולה, קיים יסוד נפשי של זדון שעיקרו מניע לא ראוי ומטרה אחרת בניהול ההליך, מלבד הבאת הנאשם לדין. היעדר עילה עשוי לשמש ראיה לזדון, ומכל מקום בעניין קיומה של עילה סבירה ומסתברת על נוקט ההליך להאמין בתום לב בקיומה ובנכונות העובדות שבבסיסה. לשון אחר: כדי לצאת ידי החובה על התובע הפלילי להאמין בתום לב באשמת הנאשם, על בסיס סביר של עובדות ובנסיבות שיש בהן כדי להביא להרשעתו. המבחן הוא מבחן מעורב של תום לב סובייקטיבי שבבסיסו יסוד סביר של נסיבות<sup>136</sup>. לפיכך נקבע כי במקום שבו מוגש כתב אישום על יסוד תלונה כוזבת שבידיעתו הבלבדית של המתלונן, אין בדרך כלל לתובע שיקול דעת אפקטיבי לעניין הגשת כתב האישום ומשנמצא בדיעבד כי בסיס האישום כוזב, תוגש התובענה כנגד המתלונן בלבד, אף שכתב האישום מוגש על-ידי תובע משטרתי<sup>137</sup>.

132 *Halsbury's Law of England* 45(2) (לעיל, הערה 128), § 458.

133 לעיל, הערה 130.

134 *Albright v. Oliver*, 114 S. Ct. ראו על זכות חוקתית; ראו (1994) 807.

135 *Restatement 2d, Torts* (vol. III, 1976), chapter 29.

136 *Halsbury's Law of England* 45(2) (לעיל, הערה 128), § 472, עמ' 314.

137 *B.S. Markesinis, S.F. Deakin Tort Law* (4<sup>th</sup> ed., 1999), 403.

במהלך השנים הוצע במשפט המקובל לסייג את מבחן תום הלב הסובייקטיבי, בנסיבות של קבלת עצה מעורך-דין, אולם נקבע כי יסוד האמון בנכונות האישום לאחר חקירה ראויה הכרחי לעניין הסתברות העילה ולעניין יסוד אמונתו של התובע בתום לב בנכונות נסיבות האישום. עם זאת במקום שבו התובע לא האמין באשמת הנאשם היה בכך כדי לשמש ראיה מכרעת להיעדרה של אחריות. התובע נדרש להוכיח סוג מיוחד של פגיעות ונזקים כתנאי להקמת העילה, בייחוד במקום שבו נפגעו שמו הטוב, חירותו, חופש תנועתו ורכושו, נוסף על הוצאות הגנתו<sup>138</sup>.

במשך הזמן הרחיבה הפסיקה את תחולתה של העוולה גם להליכים אזרחיים מסוימים<sup>139</sup>, בנסיבות של גרימת נזק מיוחד בלבד (special injury) ולסוגי פגיעות, הדומות לאלו בהליך הפלילי, אולם הם צמצמו מאוד את תחולתה. בתי-המשפט דחו תביעות בעוולת ה-Malicious prosecution בנסיבות שלא נגרם נזק מיוחד, כיוון שסברו שדי בפסיקת הוצאות ובדחיית הליכי הנפל שנקטו. באופן מעשי יישומה בהליכים אזרחיים נעשה בנסיבות של פשיטת רגל, פירוק, מעצר שווא, הוצאה לפועל ותפיסת ספינות בלבד. ניתן להצדיק את הגישה המצמצמת לנוכח קיומו של מוסד פסיקת ההוצאות הנוהג בדין האנגלי (כמו גם במשפטנו), ולפיו מוטל על הצד שהפסיד לשפות את יריבו בהוצאות המשפט, במובחן מהשיטה הנוהגת בדין האמריקני, שם כל צד נושא בהוצאותיו<sup>140</sup>.

עוולת ה-Malicious prosecution נקלטה, כאמור, במשפט האמריקני ותחולתה הורחבה גם למישור האזרחי בעניין שימוש לרעה בהליכים אזרחיים, תחת הכותרת Wrongful use of civil proceedings ולפיה:

“One who initiates... civil proceedings against another is liable to him for the harm... if the proceedings are initiated without probable cause and primarily for a purpose other than... (and) terminated in favor of the person against whom they are brought”<sup>141</sup>.

עניינה כי מי שנוקט הליכים בהיעדר עילה מסתברת ולמטרה אחרת, תחת הזכייה בהם, וההליכים הסתיימו כנגדו, חייב באחריות. שלא כמו במתכונתה הפלילית, אין די באמונתו הסובייקטיבית של נוקט ההליך בהצלחת התביעה ונדרשת אמונה סבירה

138 52 Am. Jur. 2d, ; עמ' 317, § 475, (הערה 128), (לעיל, הערה 128) 45(2) Halsbury's Law of England pp. 193, 214.

139 שם, § 490, עמ' 323.

140 Prosser & Keeton (לעיל, הערה 128), עמ' 889, הסבורים כי פסיקת הוצאות מהווה שיקול משמעותי לתחולה מוגבלת של העוולה.

141 Restatement 2d, Torts (vol. III, 1976), chapter 30, § 674, p. 440.

(reasonable belief), כלומר מבחן אובייקטיבי של תום לב<sup>142</sup>, אם כי הסתמכות על ייעוץ משפטי מהווה הגנה, ובלבד שהשכר בגינו איננו תלוי תוצאה. על כן כאשר התובע לא מאמין בהצלחת תביעתו וההליכים ננקטו בשל עוינות או כדי לאלץ את הנתבע להתפשר, מדובר במטרה לא ראויה, המבססת את יסוד הזדון הדרוש להוכחת התובענה.

יסוד הזדון חיוני לביסוס התביעה, אולם על התובע להוכיח את קיומו במובנו המשפטי – "Legal Malice", שעיקרו נקיטת הליך "primarily for an improper purpose"<sup>143</sup>. קיומו של זדון נלמד במקום שבו הוכח כי התובע נכשל בגילוי מלא והוגן של מסמכיו, נכשל בביצוע חקירה ראויה של הנסיבות בטרם נקט בהליך או בשל התנהגות אחרת שלא ניתן בגינה הסבר סביר<sup>144</sup>.

הבדל נוסף בין המתכונת הפלילית לאזרחית נעוץ בסופיות ההליך הקודם. בעוד שבמתכונת הפלילית הנתבע רשאי לטעון שחרף הזיכוי התובע ביצע את העבירה, שבגינה הועמד לדין<sup>145</sup>, במתכונת האזרחית פסק־הדין שניתן בעניינו הוא סופי<sup>146</sup>, ובלבד שהדיון הסתיים שם בהכרעה לגוף העניין, דהיינו אם התביעה הקודמת נדחתה לא ניתן לערער ולחלוק עליה, והפסיקה מחייבת לצורך הגשת תביעה בשל הליך הסרק שננקט בגדרה<sup>147</sup>.

יודגש כי על-פי יסודות העוולה, התובע נדרש להוכיח נזק ממשי (material harm) או פגיעה בזכות מוקנית ובכמה מדינות, תנאי לתחולתה הוא קיומו של נזק מיוחד (special injury) שמקורו בכלל האנגלי (English rule) ומכוחו נעשה שימוש מוגבל בעוולת ה-Wrongful use of civil proceedings ומתוך מטרה לחזק את זכות הגישה לערכאות<sup>148</sup>.

זאת ועוד, גם אם התובענה הקודמת לא נדחתה, עדיין ניתן לקבל פיצוי בגין הליך נפל שננקט במסגרת הליכי ביניים שנדחו, כמו בעניין סעדים זמניים או אחרים, ולעניין הפיצויים יצוין כי בית-המשפט רשאי להטיל גם פיצויים עונשיים במקרים המתאימים, בייחוד במקום שבו יסוד הזדון גלוי וברור על פניו.

היסוד של "היעדר עילה מסתברת" הוא היסודי העיקרי והמרכזי בעוולת ה-Wrongful use of civil proceedings, ולפיו אדם שמנהל הליך אזרחי ייחשב כמי

142 שם, עמ' 441, 448-451.

143 52 Am. Jur. 2d, p. 172, ומכל מקום אין די ברשלנות, שכן זדון נלמד מקיומה של מטרה זרה, בעוד שרשלנות נלמדת מהיעדרה, שם, שם.

144 שם, עמ' 175.

145 Prosser & Keeton (לעיל, הערה 128), עמ' 885.

146 52 Am. Jur. 2d, pp. 159, 168.

147 שם, עמ' 146, ולא ניתן לתבוע במסגרת תביעה שכנגד; שם, עמ' 149.

148 למשל כמו במדינות אילינוי, ג'ורג'יה, מרילנד, טקסס. לעומתם במדינת אלבמה דחו את הכלל האנגלי והכירו בכל סוגי הנזקים; M.A. Crosswhite "Abuse of Process and Malicious Prosecution in Alabama" 38 Ala. L. Rev. (1986-1987) 99, 101-103.

שתביעתו מקימה עילה מסתברת, אם הוא מאמין באופן סביר בקיומן של העובדות שעליהן סומכת תביעתו ויש יסוד סביר לאמונתו שעל בסיס העובדות קיימת בידו עילת תביעה מוכרת בדין או שאמונתו הסבירה סומכת על עצת עורך-הדין, שניתנה בתום לב ולאחר גילוי מלא של העובדות הרלוונטיות שמצויות בידיו ויש יסוד סביר להאמין בכשירות עורך-הדין וביכולתו המקצועית ליתן את העצה נשוא ההליך.

המבחן הוא אובייקטיבי ונבחן עובר לנקיטת ההליכים<sup>149</sup>, עם זאת סבירותה של העילה איננה תלויה במציאות הקיימת הלכה למעשה, אלא "upon the honest and reasonable believe" של התובע<sup>150</sup>. לפיכך טעות בעובדה בתום לב עשויה לשמש הגנה ראויה, אולם טעות משפטית בעניין קיומה של עילת תביעה איננה רלוונטית, שכן המבחן הוא אובייקטיבי. עם זאת הסתמכות בתום לב על עצה משפטית, בכפוף לגילוי מלא והוגן של כל העובדות הרלוונטיות, יספק לעניין קיומה של עילה מסתברת, אם כי החיית ההליכים הקודמים תשמש בדרך כלל ראיה מכרעת להיעדרה<sup>151</sup>.

במרכזו של מבחן העילה המסתברת עומד אפוא עקרון תום הלב במובנו האובייקטיבי, אשר על-פיו תינתן הגנה למי שנקט הליכים בתום לב ובטרם נקיטתם קיימת חקירה סבירה בדבר הנסיבות הרלוונטיות והמסקנות המשפטיות העולות מהן<sup>152</sup>. עם זאת נקבע כי ככל שעורך-הדין מאמין בתום לב כי יש בסיס לתביעה, אין לו, בדרך כלל, סיבה לחשוש מהטלת אחריות והוא יכול לחסות בצל ההגנה השמורה לו בכלל 11 (Rule 11), שאליו אתייחס להלן<sup>153</sup>.

ואכן, בעניין אחד שהתעורר בבית-המשפט העליון בקליפורניה נקבע כי אף שהוכח שעורך-הדין לא ערך חקירה ראויה של העובדות בטרם הגשת התובענה, אין מקום להטיל עליו אחריות במקום שבו נמצא כי קיימת עילת תביעה ראויה, הגם שעורך-הדין לא האמין בהצלחתה, שכן אמונתו של עורך-הדין רלוונטית רק במקום שבו נקבע כי לא קיימת עילת תביעה<sup>154</sup>.

בתי-המשפט המדינתיים אימצו בחקיקה הפנימית את העוולה ההלכתית בשינויים המחויבים. לדוגמה במדינת פנסילבניה מוכרת העוולה תחת הכותרת: Wrongful use of civil proceedings, שיסודותיה הם נקיטת ההליך ברשלנות חמורה (grossly negligent),

149 52 Am. Jur. 2d, p. 177.

150 שם, שם.

151 שם, עמ' 178, 186, 207.

152 שם, עמ' 205.

153 שלפיו מוטלת על עורך-הדין החובה לערוך "חקירה ראויה" (reasonable inquiry) בקשר לעובדות העומדות ביסוד עילת התביעה וככל שיעשה כן, לא יימצא ברגיל חייב בפיצוי הנתבע, גם אם התביעה תידחה.

154 *Sheldon Appel Co. v. Albert & Oliker*, 47 Cal. 3d 863, pp. 867-868 (1989).

בהיעדר עילה מסתברת (probable cause) ובייחוד למטרה אחרת, כאשר המבחן לעילה מסתברת הוא כדלקמן:

“§ 8352. ... if he reasonably believes in the existence of the facts upon which the claim is based, and either:

1. reasonably believes that under those facts the claim may be valid under the existing or developing law;
2. believes to this effect in reliance upon the advice of counsel, sought in good faith and given after full disclosure of all relevant facts within his knowledge and information; or
3. believes as an attorney of record, in good faith that his procurement, initiation or continuation of a civil cause is not intended to merely harass or maliciously injure the opposite party”<sup>155</sup>.

המבחן הנוהג במדינת פנסילבניה אפוא הוא מבחן של “רשלנות חמורה” (ולא זדון) ובהיעדר “עילה מסתברת”, שבגדרה שני יסודות מצטברים. הראשון, בעניין הבסיס העובדתי, קרי אמונה סבירה בקיומן של העובדות המהותיות והשני, בעניין הבסיס המשפטי, קרי אמונה סבירה שיש בעובדות המהותיות כדי להקים עילה מוכרת על-פי הדין הנוהג<sup>156</sup>. הדין בפנסילבניה מכיר בחריג למבחן העילה המסתברת למי שהסתמך על עצה משפטית בתום לב ולאחר גילוי מלוא העובדות הרלוונטיות שבידיעתו ומעניק הגנה לעורך-הדין, שיופטר מאחריות אם האמין בתום לב שההליך לא נועד בעיקרו למטרה אחרת.

מה הם השיקולים העיקריים העומדים ביסוד עוולת ה־ Wrongful use of civil proceedings?

השיקול החשוב והמרכזי כנגד הטלת אחריות מכוחה הוא החשש מ־“אפקט הצינון” (chilling effect)<sup>157</sup>, דהיינו שהגשת תביעות נזיקין בגין ניהול הליכים שנכשלו, תמנע הגשת תביעות אזרחיות מוצדקות.

במישור הפלילי, כדי לצמצם את תחולתו של “אפקט הצינון” וכדי להבטיח מתן חופש פעולה מלא לרשויות התביעה בעניין העמדתם של עבריינים לדין, ניתנה לגורמי

Pensylvania Consolidated Statutes – Judiciary and Judicial Procedure (Title 42), 155 Chapter 83, Subchapter E – Wrongful Use of Civil Proceedings, §§ 8351-8355.

ראו למשל *Shiner v. Moriarty*, pa. Sup. 706 A. 2d 1228 (1988), rearg. den; *N’Jai v. Sanchez*, 522 C.D. (2003).

157 Prosser & Keeton (לעיל, הערה 128), עמ’ 890.

התביעה המוסדית הפועלים בשדה הדיוני חסינות והגנות מפני תביעות אישיות כנגדם, אם כי לא ניתנה חסינות לפרטים: לעורך-הדין, לשותפים להליך הסרק ולשוטרים<sup>158</sup>. כמו כן, בתי-המשפט נוטים להחיל את העוולה באופן מצומצם ולהטיל אחריות בגדרה בנסיבות חריגות. באשר למתכונתה האזרחית, במשך שנים רבות לא נעשה בה שימוש, בין היתר בשל החשש לפגיעה בזכות הגישה לערכאות, אולם בשל ריבוי התביעות ולאחר שנמצא כי אין בפסיקת הוצאות כדי ליתן סעד הולם ופיצוי הוגן, החלו בתי-המשפט לעשות שימוש בעוולה בהליכים אזרחיים ולהטיל אחריות על-פיה – בתחילה בשל נזקים מיוחדים ופגיעה בגרעין זכויות היסוד (זכות הקניין והחירות) ובהמשך גם לנזקים רגילים.

שיקול נוסף עניינו פגיעה בעקרון סופיות הדין<sup>159</sup> לנוכח החשש מריבוי תביעות ומעגל אין סופי של דיונים (the slippery slope), ולפיו הגשת תביעה תגרור בעקבותיה תביעה שכנגד, בטענה שהתביעה העיקרית היא תביעת סרק וזו תגרור תביעה נוספת, בשל אותה טענה, שהתביעה שכנגד היא תביעת סרק וחוזר חלילה.

עם זאת החשש מפני תביעות אין סופיות (interminable lawsuits) התגלה כלא מבוסס, שכן בתי-המשפט עמדו על הוכחת יסודות העוולה, בייחוד בעניין יסוד הזדון ולנוכח נטל ההוכחה המוטל על התובע, מנעו הגשת תביעות מיותרות.

לסיום פרק זה יצוין כי מדינות נוספות שבהן נוהגת שיטת המשפט המקובל, קלטו את עוולת ה-Malicious prosecution והיא מיושמת בעניינים אזרחיים מסוימים, תחולתה מצומצמת ויסודותיה הם על-פי הדין הנוהג במשפט האנגלי וכך גם לעניין עוולת ה-Abuse of process שתידון להלן ואשר נקלטה שם בשינויים קלים בלבד.

מדינת ניו-זילנד קלטה את העוולות בדיני נזיקין, תחת הכותרת "Abuse of Legal Procedure"<sup>160</sup>; אוסטרליה קלטה אותן במסגרת הפרק בדיני הנזיקין של "Intentional Person"<sup>161</sup>; Torts to the ; כך גם מדינות דרום אפריקה<sup>162</sup> וקנדה<sup>163</sup>.

### 3. Abuse of process – ניצול לרעה של ההליך המשפטי

מקורה של עוולת ה-Abuse of process, כמו קודמתה, במשפט המקובל באנגליה, ויסודותיה:

158 שם, עמ' 871 ; 339 U.S. Den. cert. (1949) 2d Cir. 579 F. 2d 177; *Gregoire v. Biddle*, 94 L. Ed 1363, 70 S. Ct. 803.

159 Prosser & Keeton (לעיל, הערה 128), עמ' 889.

160 *The Law of Torts in New Zealand* (2<sup>nd</sup> ed., 1997), Chapter 19, 769-786.

161 F. Trindade, P. Cane *The Law of Torts in Australia* (3<sup>rd</sup> ed., 1999), 82-100.

162 P.Q.R. Boberg *The Law of Delict* (vol. 1 – Aquilian Liability, 1984), 206.

163 G.H.L. Fridman *The Law of Torts in Canada* (vol. 2, 1990), 233-260.

"It is a tort to use legal process in its proper form in order to accomplish a purpose other than that for which it was designed and, as a result, to cause damage"<sup>164</sup>.

על-פי עוולה זו צד שמשמש בהליך שיפוטי שנקט כדון, על מנת להשיג מטרה שונה מזו שלשמו נועד ההליך וכתוצאה מכך נגרם נזק ליריבו, מנצל לרעה של ההליך השיפוטי.

עוולת ה-Abuse of process משמשת בעיקר בהליכים של מעצר שווא, עיקול סרק וכדומה ואיננה מתמקדת בתוכנם של ההליכים ובהתאמתם לדין הדיוני-מהותי הרלוונטי, לרבות קיומה של עילת תביעה מבוססת, אלא במניע לנקיטתם ובייחוד במטרה שעמדה ביסוד הגשתם, החורגת ממטרת ההליך המשפטי שברגיל<sup>165</sup>. עוולת ה-Abuse of process נועדה למקרים שבהם הוגשו תביעות מוצדקות ועם זאת נקט הליך דיוני מתוך מניע נסתר וזר להליך<sup>166</sup>.

רמזים לקיומה של העוולה ניתן למצוא עוד בתקופה שקדמה לכיבושה של אנגליה על-ידי הנורמנים והמשפט המקובל (בשנת 1066), שם התייחסו בחומרה יתירה לבעלי-דין שנכשלו בתביעתם או הגנתם במשפט, מכיוון שהגישה באותה תקופה הייתה כי אדם הנכשל בדין ניסה להטעות את השופט ועליו לשאת באחריות בשל כך או לפצות את יריבו שניזוק ממעשיו. גישה זו הרתיעה רבים מלפנות ולבקש סעד מבית-המשפט.

בהמשך, הצורך בשמירה על שלום הציבור ובמניעת נקמות פרטיות הביא לשינוי ולהגמשת סדרי הדין, עם קבלת עקרון חופש ההתדיינות והמטרה בגילוי האמת ועשיית משפט צודק, כאשר במקרים של ניצול לרעה של הליכי משפט נקבע הצורך בריסון חופש ההתדיינות<sup>167</sup>.

עוולת ה-Abuse of process נולדה בשנת 1838 במשפט המקובל באנגליה, בפסק-הדין *Grainger v. Hill*<sup>168</sup>. באותו מקרה התובע שיעבר את ספינתו לטובת הנתבע להבטחת פירעון הלוואה שנטל ממנו. על-פי ההסכם החייב היה רשאי להחזיק בספינתו

164 *Halsbury's Law of England* 45(2) (לעיל, הערה 128), §§ 501, עמ' 328; Restatement 1 Am Jur 2d, p. 464-465, § 682, 2d, *Torts* (vol. III, 1976), chapter 31, כמו כן ראו "as the misuse of a legal process, whether criminal or civil, against another, primarily to accomplish purpose for which the process is not designed".

165 *Halsbury's Law of England* 45(2) (לעיל, הערה 128), §§ 500, עמ' 328; Restatement 2d, *Torts* (vol. III, 1976), chapter 31, 464.

166 להבחנה בינה לבין עוולת ה-malicious prosecution ראו Prosser & Keeton (לעיל, הערה 128), עמ' 897 והפסיקה המובאת שם.

167 P.H. Winfield *The History of Conspiracy and Abuse of Legal Procedure* (1921)

168 *Grainger v. Hill*, 4 Bing. (N.C.) 212, 132 Eng. 769 (1838). (להלן – עניין *Grainger*).

ולהמשיך ולבצע הפלגות לפרנסתו. הנושה, שהיה מעוניין בספינה, החל לנקוט בהליכי מאסר כנגד החייב, לכאורה לאכיפת פרעון ההלוואה (על-פי הדין הוא לא היה מנוע מלעשות כן) ולמעשה למטרה אחרת: לאלץ את החייב לוותר על זכויותיו בספינה ולהעבירן לידי, בדרך של מניעת האפשרות מהחייב להמשיך ולבצע הפלגות. הנושה ידע שלא יהיה באפשרותו של החייב לסלק את ההלוואה ולהשתחרר ממאסרו או לשלם ערבות. ואכן, החייב נותר במאסר עד שנאלץ לוותר על זכויותיו בספינה לצורך שחרורו. החייב הגיש תביעה כנגד הנושה בעוולת הנגישה ובטענה כי הליכי המאסר שבהם נקט הנתבע לאכיפת הסכם הלוואה ופרעונה, נעשו שלא כדין ומתוך כוונה זדונית לגרום לו לוותר על זכויותיו בספינה, מקום שלא היה ניתן לחייבו לעשות כן במסגרת הסכם ההלוואה.

בית-המשפט, שהיה ער לעובדה כי ההליכים בעניין פרעון ההלוואה טרם הסתיימו, ומשלא ניתן היה לתבוע בעוולת ה-Malicious prosecution בטרם הסתיים ההליך המשפטי שבגיננו מוגשת התביעה, קבע כי ביסוד הליכי המאסר עמדה מטרה אחרת, זרה להליך השיפוטי, שכן לא את פרעון ההלוואה ביקש הנתבע להשיג באמצעות מאסרו של התובע, אלא את זכויותיו בספינה. מטרה זו הושגה בדרך של ניצול ההליך השיפוטי לרעה ומשכך חייב בפיצוי התובע על נזקיו.

בית-המשפט דחה את טענת הנתבע לעניין אי-סיומם של ההליכים הקודמים מחמת היעדר רלוונטיות וקבע כי סיומם לא דרוש כיסוד הכרחי לקיומה של עוולת ה-Abuse of process<sup>169</sup>. בית-המשפט הוסיף כי קיומה של עילת תביעה מבוססת בגדרם של ההליכים הקודמים אינה משמשת טענת הגנה, הגם שיש להוכיח בגדרה של העוולה את קיומה של תכלית זרה, נסתרת, וכוונת זדון בשימוש בהליך המשפטי<sup>170</sup>.

הלכת *Grainger* ועולת ה-Abuse of process שנקבעה בגדרה, נועדה ליתן סעד באותם מקרים שלפיהם אין תחולה לעוולת ה-Wrongful use of civil proceedings, בשל יסודותיה הנוקשים ולנסיבות שבהן הוכח כי נעשה שימוש לרעה בהליך השיפוטי ולמטרה אחרת, אולם לא ניתן להגיש תביעה בעוולת ה-Abuse of process, אלא אם התנהל קודם להגשתה הליך משפטי<sup>171</sup> לא ראוי וקיומו מהווה יסוד הכרחי לתחולתה, הגם שאין הכרח כי ההליך יסתיים לטובת הנתבע שם, שכן עילת התביעה קמה מרגע שנעשה שימוש לרעה בהליך.

169 שם, עמ' 774.

170 שם, שם.

171 52 Am Jur 2d.

זמן קצר לאחר פסק-דין *Grainger* החלו בתי-המשפט השונים במדינות ארצות-הברית לאמץ את העוולה החדשה על-פי יסודותיה כפי שנקבע שם<sup>172</sup>, וכיום ניתן למצוא את עוולת ה-*Abuse of process* בפסיקת בתי-המשפט ברחבי ארצות-הברית<sup>173</sup>. יודגש כי התכלית העיקרית העומדת במרכזה של עוולת ה-*Abuse of process*, היא מתן סעד באותם המקרים שבהם נעשה שימוש בהליכים משפטיים למטרה לא ראויה, אחרת מזו שלשמה נועדו הליכים, ומכאן אין זה רלוונטי כלל אם ההליך הוגש ונפתח כדין או אם הייתה עילה לתביעה<sup>174</sup>. בפסיקת בתי-המשפט ובספרי מלומדים מצוינים שני יסודות מהותיים שבלעדיהם לא תקום עילה בגין עוולת ה-*Abuse of process*: הראשון הוא נקיטת הליך (willful act) למטרה שאיננה ראויה (not proper) והשני, מניע נסתר (ulterior motive)<sup>175</sup>. בתי-המשפט חלוקים ביניהם לגבי הצורך בהוכחת טיבו וטבעו של המניע, כאשר יש בתי-משפט הסבורים כי התובע צריך להוכיחו<sup>176</sup>, בעוד שאחרים בדעה שניתן להסתפק בהוכחת המטרה הזרה בלבד, שאיננה ראויה וללא קשר לטיבו של המניע<sup>177</sup>. העומד ביסודה. יש הסוברים כי את יסוד המניע הנסתר ניתן להקיש מהיסוד הראשון<sup>178</sup>, אולם לא ניתן להקיש מקיומה של מטרה לא ראויה לגבי המניע העומד ביסודה<sup>179</sup>. לפיכך שימוש ראוי בהליכים משפטיים בשל מניע כזה או אחר, לא ייחשב ל-*Abuse of process*.

- Page v. Cushing*, 38 Me. 523 (1854); *Smith v. Weeks*, 60 Wis. 94, 18 N.W. 778 172  
(1884) ודוגמאות נוספות שמוכרות ב-465, Restatement 2d, *Torts* (vol. III, 1976).
- H.W. Davis "Torts – Abuse of Process Defined" 28 *Ark. L. Rev.* (1974-1975) 388 173  
המביא במאמרו פסקי-דין רבים שנעשה בהם שימוש בעוולת ה-*Abuse of process*, כמעין עוולת מסגרת (catch all) לניהול ההליך השיפוטי בכללותו, בעניין מחדליהם הדיוניים של בעלי-הדין ולצד עוולת ה-*Malicious prosecution*. כמו כן ראו גם ספרו של Boberg (לעיל, הערה 162), שסוקר את תחולתה של העוולה בדרום אפריקה ובוחר את יסודותיה הדומים במהותם לעוולה הנוהגת במשפט המקובל, בייחוד לעניין הוכחת מטרה לא ראויה.
- Prosser & Keeton (לעיל, הערה 128), § 121, עמ' 897. 174  
שם, עמ' 898. למשל כדי להשיג יתרון לא מוצדק ולסחוט את הצד שכנגד ולאיים עליו 175  
במהלך משא-ומתן.
- Geier v. Jordan*, 107 a.sd 440, 441 (d.c. mun. app. 1954); *Earl v. Winne*, 34 N.J. 176  
Super. 605, 791 (Cty. Ct. 1955); *Brown v. Robertson*, 120 Ind. App. 434, 92 N.E. 2d  
856 (1950); *Priest v. Union agency*, 174 Tenn. 304, 125 S.W. 2d 142 (1939).
- Varga v. Pareles*, 137 Conn. 663, 81a. 2d 112, 115 (1951) 177
- Prosser & Keeton (לעיל, הערה 128), § 121, עמ' 897; Crosswhite (לעיל, הערה 148), 178  
עמ' 113.
- Sachs v. Levy*, 216 F. Supp. 44 (E.D. Pa. 1963); *Lembert v. Breton*, 127 Me. 510, 179  
144a. 864, 866 (1929).

ישנן מדינות שבהן נוסף לשני היסודות הללו, דורשים בתי-המשפט הוכחת יסודות נוספים, למשל קיומו של נזק מיוחד כתוצאה מעיקול נכס או ממאסר אדם<sup>180</sup>, סיומו של ההליך לטובת הנתבע בתובענה הקודמת<sup>181</sup>, היעדר עילה סבירה לתביעה<sup>182</sup> וכוונת זדון<sup>183</sup>. לעומת זאת במדינות אחרות דרוש יסוד הזדון לקבלת פיצויים עונשיים בלבד, הגם שבמרבית בתי-המשפט במדינות השונות נפסק כי התובע איננו נדרש להוכיח את היעדר סבירותה של עילת התביעה הקודמת כיסוד הכרחי בעילת התביעה בעולת Abuse of process. מכל מקום, תביעה חסרת בסיס משמשת ראיה להוכחת יסוד המניע הנסתר. מכאן עולה כי בעוד שלעניין עולת ה-Wrongful use of civil proceedings שהכללים לתחולתה ברורים, בנוגע לעולת ה-Abuse of process שורר בלבול מסוים באשר ליסודות הדרושים להוכחתה<sup>184</sup>. יצוין כי על-פי החוק הפדרלי לא ניתן לקבל פיצויים מהמדינה בגין עולת Abuse of process<sup>185</sup>, למעט בעניין פעולות שנעשו לגביית חובות ולמעצר שווא בגינם<sup>186</sup>.

כדי לבחון את תחולת העוולה, בנסיבות כל מקרה ומקרה, יש לקבוע את תכלית החיקוק שמכווח נעשה השימוש בהליך. מדובר בבחינה כללית-מושגית ולא בהקשר הקונקרטי. לשון אחר, בית-המשפט ישאל את עצמו מה תכלית החיקוק שמכווח נהלו ההליכים הקודמים ואם נעשה שימוש בחיקוק למטרה אחרת מחוץ לתכלית העומדת ביסודו, שאם כן, השימוש שנעשה הוא ניצול לרעה של ההליך ובגינת תקום אחריות כנגד המשתמש.

קיימת הבחנה ברורה בין עולת ה-Abuse of process לבין ה-Wrongful use of civil proceedings, שכן בעוד שהשנייה מתמקדת בהליך, בטרם פתיחתו ובשאלה אם יסודו בעילה מסתברת, הראשונה מתמקדת בהתנהגות הצדדים לאחר שהחלו הליכים, הגם

180 לדוגמה במדינות ניו יורק ופנסילבניה: *Dorak v. County of Nassau of State of New York*, 329 F. Supp. 497, 501 (E.D.N.Y. 1970); *Marz v. Marz White Way Tours*, 116 F. Supp. 601 (E.D. Penn., 1958).

181 *Bach v. Quigan*, 5 F.R.D. 34 (1954); **שם** 181

182 *Chamberlain co. v. Mays*, 96 Ga. App. 755, 101 S.E. 2d 728, 731 (1957); *Kool v. Crosswhite* (לעיל, הערה 148), 43 Utah 394, 134 p. 906 (1913); *Lee* (להלן – פרשת *Kool*); **שם** 184

183 *Clikos v. Long*, 231 Ala. 424, 165 So. 394 (1936); *Shaw v. Fulton*, 266 Mass. 189, 165 N.E. 26 (1929).

184 *Crosswhite* (לעיל, הערה 148), עמ' 209.

185 1 Am Jur 2d

186 **שם**.

שנפתחו כדין<sup>187</sup> ובשאלה אם נעשה על-ידי מי מהם שימוש לרעה בהליכים, בשלב כלשהו של הדיון המשפטי<sup>188</sup>.

לפיכך, לא תקום עילת תביעה בשל נזקים שנגרמו כתוצאה משימוש רגיל ותקין בהליכים, גם אם אלו נעשו מתוך מניע נסתר ואף אם יסתבר כי ההליך חסר יסוד עובדתי או משפטי, שכן המבחן היחיד שבלעדיו אין, לצורך קיומה של אחריות, הוא אם נעשה בהליך שימוש למטרה אחרת מזו שלשמה הוא נועד ותו לא. מכאן, כאשר נמצא כי נעשה שימוש לא ראוי בהליך שלא לקבלת פיצוי, אלא על מנת לגרום לאשפוזו של אדם במוסד לחולי נפש, הגם שהיה ידוע כי אין צורך באשפוזו, היה הדבר בסיס להטלת אחריות בשל עוולת ה-*Abuse of process*<sup>189</sup>. כך גם בקשר להליכי גילוי בתצהירים למרות שאין כל מניעה על-פי הדין לפנות ולבקשם, כאשר מוגשות בקשות רבות בעניינים אלו, הגם שאין למבקש עניין של ממש בקבלתם והדבר נעשה מתוך כוונה אחרת. כך גם בעיקול נכס<sup>190</sup>, שכל מטרתו להטריד את בעליו, לפגוע בו שלא לצורך ו/או בנסיבות של עיקול בשווי העולה על גובה החוב הנטען או עיקול של נכס מסוים שפוגע בחייב מעבר למידה הדרושה, במקום שבו קיים נכס אחר, שאין הבדל ענייני ורלוונטי ביניהם לעניין מטרת העיקול והכול כדי לאלץ את החייב לפעול לסילוקו של החוב הנטען וכך גם בדוגמאות נוספות רבות<sup>191</sup>.

לסיים נציין כי ניתן להגיש תובענה בגין עוולת ה-*Abuse of process* כנגד כל מי שהיה שותף לשימוש לרעה בהליך, לרבות צד ג ועורך-הדין שפעל מטעמו של המעורר<sup>192</sup>.

מעמדו של עורך-הדין בהליך המשפטי ראוי לבחינה מנקודת מבט נוספת, דיונית ועל-פי כלל 11 הקובע את חובתו ואחריותו כלפי בית-המשפט.

- 187 Davis (לעיל, הערה 173), עמ' 395 והפסיקה המובאת שם.  
 188 עם זאת המשותף לשניהם הוא אי-תקינות ההליכים ולפיכך מוגשות תובענות, בדרך כלל על יסוד שתיהן; Prosser & Keeton (לעיל, הערה 128), עמ' 898.  
 189 1 Am. Jur. 2d, p. 420.  
 190 C.R. Findlay "Excessive Attachment as Abuse of Process in California" 9 *Santa Clara Lawyer* (1968-1969) 132, שם מציע המחבר למי שנפגע מעיקול מוגזם (excessive attachment), קרי עיקול בסכום גבוה מזה שנדרש להבטחת ההליך, לתבוע בעוולת ה-*Abuse of process* תחת עוולת ה-*Malicious prosecution*. כך גם נקבע בבית-המשפט העליון בקליפורניה, *White Lighting Company v. Wolfson*, 1968 Cal. Lexis 168, המשפט העליון בנבדה, *Aden v. Williams*, 1972 Nev. Lexis 541.  
 191 למשל בעניין הוצאת צו מאסר ללא בסיס וכדי לאלץ את השוכר לפנות את המושכר ראו פרשת *Kool* (לעיל, הערה 182); ראו גם 1 Am. Jur. 2d, pp. 422-427.  
 192 שם, עמ' 431.

**4. Rule 11 – Federal Rules of Civil Procedure**

לצד התרופות הדיוניות הקלסיות כדוגמת אלו הנוהגות במשפטנו לעניין מחיקת תובענה או דחייתה על הסף והוצאות המוטלות על צדדים להליכים במהלכם או בסיומם, קיימת תרופה דיונית מיוחדת, הנוהגת בבתי-המשפט הפדרליים בלבד, הידועה כ- Rule 11 (כלל 11)<sup>193</sup>, כפי שתוקן בשנת 1993. כלל 11 מתמקד בעורך-הדין, כמי שמשמש גורם מרכזי ועיקרי בניהול ההליכים ומטיל עליו סנקציות אם נכשל באימות העובדות המהותיות העומדות בבסיס העילה, כפי שזו הוצגה לבית-המשפט באמצעות כתבי הטענות. עורך-הדין, הפועל מטעמם ובשליחותם של בעלי-הדין, הוא "הבריה התיכון" בהליכים. בכוחו לבלום ולרסן במידה ניכרת את הגשתם של הליכי סרק וככזה משמש "מונע הנזק הזול ביותר". הטלת סנקציות עליו תמריץ אותו, במקרים המתאימים, להפנים את התנהגותו המזיקה. על-פי הכלל, על עורך-הדין מוטלת החובה לבדוק את כתבי הטענות ולאשר בחתימתו את כשרותם בטרם יגיש את התובענה. עורך-הדין נדרש לבצע בדיקה סבירה של העובדות ושל הדין הרלוונטי העומד ביסוד עילת התביעה או ההגנה.

הסיבה שמכוחה הותקן הכלל היא ריבוי תביעות לבתי-המשפט הפדרליים והמתח שנגרם בין העומס הקיים, מצד אחד, לגידול בעלויות ההתדיינות, מצד אחר, ולאחר שנמצא כי תביעות רבות שהוגשו אינן מבוססות. לפיכך, עלה הצורך בקביעת מנגנון לסינון ולריסון תביעות סרק באמצעות הטלת סנקציה דיונית על עורך-הדין.

**יסודות הכלל**

כלל 11 קובע בסעיף קטן (א) כי כל כתב טענות יחתם על-ידי עורך-הדין המייצג ואם בעל-הדין אינו מיוצג יחתם על-ידי בעל-הדין עצמו. סעיף קטן (ב) קובע כי בחתימתו על כתבי הטענות והצגתם לבית-המשפט מאשר עורך-הדין כי למיטב ידיעתו ואמונתו ולאחר חקירה סבירה: כתבי הטענות לא הוגשו למטרה לא ראויה, כמו למשל הטרדה, עיכוב מיותר בניהול ההליכים, העצמת עלויות ההתדיינות וכדומה; קיים בסיס משפטי לעילת התביעה או הגנה; קיים בסיס ראיתי לטענות המפורטות בגדרה של העילה או ניתן להעריך זאת לאחר חקירה נוספת שנערכה או לאחר קיום הליכי גילוי מלאים, וכי הכחשת טענות בעל-הדין שכנגד נשענות על בסיס ראיתי או מוכחות, מחוסר ידיעה, באופן סביר.

סעיף קטן (ג) קובע את המסגרת הדיונית להטלת הסנקציה ולפיו לאחר מתן התראה והזדמנות סבירה להשיב, בית-המשפט רשאי להטיל על עורך-הדין המפר, בכפוף לתנאים שנקבעו שם, סנקציה ראויה, שמידתה תיקבע על-פי שיקול דעתו ובהתאם

193 לעיל, הערה 26.

לנסיבות העניין. בהמשך קובע הכלל את המסגרת הדיונית ואת התנאים להטלת הסנקציה, שעיקרם תשלום הוצאות סבירות ושכר טרחת עורך-דין של הצד שכנגד, עד למידה הדרושה לריפוי הפגם ולמניעת הפרה חוזרת של הכלל. במקרים המתאימים מטיל בית-המשפט על עורך-הדין הוצאות "לטובת המדינה".

כלל 11 מתמקד אפוא בחובתו של עורך-הדין כלפי בית-המשפט וכולל בגדרו שני יסודות עיקריים: האחד, יסוד טכני-פורמלי שעניינו חתימה (signature), ולפיו עורך-הדין מאשר ומאמת בחתימתו את תקינותם של המסמכים המוגשים לבית-המשפט. השני, יסוד ענייני-מהותי שעיקרו קיומה של חקירה סבירה (reasonable inquiry) בדבר העובדות והחוק הרלוונטיים קודם להגשת כתבי הטענות ואישורו של עורך-הדין כי הגשתם נעשתה שלא למטרה לא ראויה.

יצוין כי בתיקון לכלל 11 משנת 1993 ניתנה לעורך-הדין הזדמנות לתקן את כתבי הטענות ולהסיר את הפגם בטרם תוטל עליו סנקציה באמצעות מתן התראה על כוונה לעתור לבית-המשפט בבקשה להטלת סנקציה ומתן אפשרות לעורך-הדין לחזור בו מטענותיו המקוריות או לתקן עד למועד שנקבע. הגנה דיונית זו כונתה בספרות "safe harbor" ("מפלט בטוח") ובגדרה ניתן שיקול דעת נרחב לבית-המשפט, שלאחריה הופחת השימוש בכלל ותחת זאת הוטלו סנקציות דיוניות אחרות מכוח סמכותו הטבועה של בית-המשפט.

הפסיקה פירשה את התיקון בשנת 1993 באופן מקל ובתי-המשפט נטו שלא להטיל סנקציות בטרם יוכח יסוד נפשי של זדון. פסיקת בתי-המשפט קבעה שמתן "מפלט בטוח" לעורך-הדין מצדיקה פרשנות מצמצמת ומקלה, ורק במקום שבו שוכנע בית-המשפט שהתנהגות עורך-הדין מגיעה כדי שימוש לרעה בהליך, יטיל סנקציות<sup>194</sup>. תכליתו של כלל 11 בהשגת מטרה חינוכית-מניעתית לצמצום התנהגות פסולה בלבד ולא ככלי לפסיקת פיצויים. המטרה המרכזית בתיקון כלל 11 הייתה להפחית את כמות הבקשות על-פיו. יודגש כי לא ניתן לבסס תביעה עצמאית מכוחו, שכן הכלל נועד לשמש תמריץ למניעת הליכי הסרק, אך לא לפצות בגינם. כלל 11 חל בבתי-משפט פדרליים בארצות-הברית בתביעות אזרחיות, למעט בהליכים מיוחדים כמו פשיטת רגל או זכויות יוצרים, ותחולתו על תביעות, בקשות ולמעשה על כל הליך שהוגש, לרבות טיעון בעל פה המבוסס על מסמכים שהוגשו וקביעת האחזיות על-פיו היא רק בקשר להתנהגות עורך-דין שקשורה בהצגת טענות לבית-המשפט והתאמתן לדרישות שנקבעו בגדרו. יצוין כי התנהגות פסולה של עורך-הדין כשלעצמה איננה כפופה לכלל 11, שבוחן את התנהגותו רק על-פי היסודות שנקבעו בגדרו וחתמתו על המסמכים שהוגשו לבית-המשפט.

194 Vairo (לעיל, הערה 131), עמ' 77, שם מנתח המחבר בהרחבה את יסודותיו של הכלל ואת נסיבות תחולתו ומביא פסקי-דין רבים של בתי-המשפט הפדרליים בקשר ליישום הכלל בנסיבות שנדונו שם.

לבו של הכלל הוא במושג "חקירה סבירה" של העובדות ושל החוק הרלוונטי. המבחן שנקבע בפסיקה למונח "reasonable inquiry" הוא מבחן אובייקטיבי, אשר הועדף על פני מבחן של תום לב סובייקטיבי ומבחן זה חל גם על צדדים לא מיוצגים<sup>195</sup>. לעניין אופן ביצועה, תיחשב החקירה לסבירה על-פי אורכה, קצב התמשכותה, עומק הבדיקה, עלויות שיידרשו לקיומה – והכול על-פי ניסיונו של עורך-הדין ובהתאם לנסיבות העניין. במסגרת החקירה רשאי עורך-הדין לסמוך על עובדות שנמסרו לו על-ידי לקוחו והוא איננו חייב לבדוק את אמיתותן, הגם שמוטלת עליו החובה לאשש את תוכנו אל מול יתר הראיות ולשקול היטב אם יש בהן כדי להקים את עילתו. בגדרה של החקירה, מוטלת על עורך-הדין החובה לשוחח עם לקוחו ולשאול אותו שאלות רלוונטיות, לדרוש הצגתם של מסמכים ובטרם יציג את טענותיו לבחון את מכלול הראיות שבידיו והמסקנות המשפטיות העולות מהן.

ודוק, חובת קיום החקירה חלה לא רק במועד שקדם להגשת כתבי הטענות, אלא מדובר בחובה מתמשכת, לאורך כל הדיון המשפטי ("continuing duty"), לרבות לאחר הליכי הגילוי. ובאשר לבסיס המשפטי, מדובר בחובה לבדוק באופן סביר את הדיון הרלוונטי החל ואת קיומם של תקדימים משפטיים שפורסמו, וגם כאן נבחנת סבירות היקף הבדיקה, תוצאותיה והמסקנה שהתקבלה על-פיה<sup>196</sup>.

המסגרת הדיונית שנקבעה בכלל 11 לבחינת התנאים והשיקולים שבגדרם תוטל על עורך-הדין סנקציה בשל הפרתו, חורגת מענייננו. לפיכך אציין רק כי בטרם תוטל הסנקציה, בית-המשפט נדרש לקיים הליך הוגן ובכלל זה ליתן לעורך-הדין הזדמנות להשיב לטענות שנטענו כנגדו ולקיים דיון מלא בבקשה שהוגשה בעניין זה, שלאחריה ייקבע אם יש להטיל עליו סנקציה מידתית ראויה<sup>197</sup>.

לסיכום, נדמה כי יש בהוראות כלל 11, בשינויים המחויבים לענייננו, כדי ליתן בסיס נאות לבחינת אחריות עורך-הדין על-פי הדיון הישראלי, כלפי מי שאינו לקוחו, בקשר לניהול רשלני של הליכים משפטיים ולהעמיד בגדרה את חובתו הבסיסית לקיים "חקירה סבירה" של הבסיס העובדתי והמשפטי העומד ביסוד עילת התביעה או ההגנה, בטרם ינקוט בהליכים משפטיים מטעם מרשו. במקרים רבים קיום "חקירה סבירה", שהיקפה ייקבע בנסיבות כל מקרה ומקרה, קריטית למניעתם של הליכי סרק וראוי לאמצה כחלק מחובתו של עורך-הדין לבית-המשפט ולצד שכנגד, ולהטיל בגדרה אחריות ברשלנות עם הפרתה.

195 המבחן מתייחס הן לאופן ביצוע החקירה הן לתוצאותיה ולפיו בוחן בית-המשפט אם עורך-דין סביר היה מגיש את כתבי הטענות על יסוד בדיקה סבירה של הנתונים שבפניו והוראות הדיון הרלוונטי; ראו שם, עמ' 244.

196 שם, עמ' 339.

197 שם, עמ' 519.

## ה. הטלת אחריות בגין ניהול הליכי סרק – הטיעון הנורמטיבי

### 1. מבוא

נוכחנו כי אין בתרופות הדיוניות הנוהגות כדי ליתן פתרון הולם ומספק כנגד מי שמנהל הליכי סרק כלפי יריבו וכלפי מי שעושה שימוש לרעה או רשלני בזכויותיו הדיוניות, ואין בסעד הדיוני אלא לכל היותר משום הקטנת הנזק וקיצור דרך להגשמה חלקית של הזכות המהותית, אם בדרך של מחיקת/דחיית ההליך על הסף בתחילת הדיון ואם בדרך של מתן צו הוצאות בסופו וחילוט ערובה, שניתנה במקרים מתאימים להטבת נזק במהלכו, ואף זאת בעיקר במקרים קיצוניים, במקום שאי־תקינות ההליך בולטת וגלויה על פניה.

בחנו קיומה של תרופה מהותית ומצאנו כי קיימים שני מוסדות משפטיים, דוקטרינריים, העשויים לשמש כמקור לאחריות כנגד מי שמנהל כלפי יריבו הליך סרק: האחד, מכוח עקרון תום הלב וכלפי מי שעושה שימוש לרעה בהליך המשפטי והשני, מכוח עוולת הרשלנות, בעניין פעולות מסוימות שנקט בעל־דין בעצמו או באמצעות עורך־הדין מטעמו במהלך התדיינות משפטית. אולם נדמה כי על אף חשיבות הסוגיה והשיקולים הנוגדים העומדים ביסודה, לא נערך בפסיקה דיון של ממש בדבר ההצדקות לקיומן של תרופות מהותיות וההשפעות שיהיו לתחולתן על ניהול ההליך האזרחי בכללותו.

זאת ועוד, אחריותו של בעל־דין שעושה שימוש רשלני בזכותו הדיונית נקבעה אגב אורחא בפרשת ארנס. בהמשך הובאה כהלכה מחייבת בפרשת גורדון, הגם שמסגרת הדיון שם הייתה בעניין אחריותם של גורמי התביעה הפלילית. בפרשת סחר ים נקבעה הלכה בעניין מי שמבקש צו עיקול זמני ובפרשת פסל הורחבה ההלכה גם "לפעולות אחרות" שנקט בעל־דין, בלי שאלה פורטו. למעשה טרם נקבעה חובת זהירות מושגית כללית בעניין מי שמנהל הליך משפטי אזרחי רשלני כנגד יריבו.

אמת, בפרשת סחר ים קבע בית־המשפט כי "מאז פסק הדין בעניין גורדון אין עוד מקום לפקפק, כי נפגע מהליך שיפוטי, אשר ננקט על ידי יריבו תוך הפרת חובת הזהירות המוטלת עליו (בהנחה וככל שהיא חלה), עשוי למצוא את תקנתו במסגרת עוולת הרשלנות"<sup>198</sup>, אולם פרשת גורדון דנה באחריותם של גורמי התביעה הפלילית וממילא, על־פי הכללים הנוהגים במשפטנו, כל קביעה שאיננה קשורה ישירות לעניין הנדון שם, היא "הערת אגב" בלבד שאיננה מחייבת, והדברים ידועים<sup>199</sup>.

198 פרשת סחר ים (לעיל, הערה 23), עמ' 655, פסקה 18 לפסק־הדין.

199 על"ע 8856/00 אל נסאסרה נ' לשכת עורכי הדין של מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 258, 287.

גם בעניין האחריות המוטלת על מי שעושה שימוש לרעה בהליך המשפטי בחוסר תום לב כמקור לתביעת פיצויים לא נערך דיון מפורט, ולמעשה סקירת הפסיקה מלמדת כי המושגים תום לב ורשלנות הובאו שם בערבוביה, ללא הפרדה עיונית ועניינית ביניהם ושימשו כמקור משותף לאחריות.

לעומת זאת במשפט המקובל ישנה לכאורה הבחנה ברורה בין עוולת ה- Wrongful use of civil proceedings, שיסודותיה ונסיבות תחולתה ברורים וידועים, לבין עוולת ה- Abuse of process, שחלה במקרים מובהקים של שימוש בהליך המשפט למטרה אחרת ובחוסר תום לב.

אמת, כאשר אנו מבקשים לבסס במשפטנו את מקורות האחריות כנגד מי שמנהל הליכי סרק, נדמה כי בעניין חובת תום הלב אין צורך להכביר מילים ואיננו נדרשים לפרט את ההצדקות העומדות ביסודה, לנוכח נסיבות תחולתה, כלפי מי שעושה שימוש מודע וזדוני בכוחותיו הדיוניים למטרה זרה להליך, תוך ניצול לרעה של זכותו החוקתית לערכאות. הטלת אחריות בנסיבות אלה היא אינטואיטיבית, כמעט מובנת מאליה ולכאורה איננו נזקקים לקיים דיון ארוך ומפורט כדי להצדיק את קיומה. עיקרו של הדיון מתמצא אפוא בהוכחה פורמלית בלבד של מקורה של האחריות בעקרון תום הלב, שתחולתו על "פעולות משפטיות" היא מכוח הוראת סעיף 61(ב) לחוק החוזים.

שאלה מעניינת יותר היא ההצדקה בהטלת אחריות על מי שמנהל הליך אזרחי ללא עילה סבירה וגורם נזק ליריבו בהתנהגותו הרשלנית. סוגיה זו, שהיא רחבה יותר מקודמתה בשל היעדרו של יסוד נפשי, מעוררת שאלות רבות ושיקולים נוגדים, איננה מובנת מאליה ולנוכח ההיבטים הרבים העומדים ביסודה והאינטרסים המתנגשים, יש צורך בעימות ואיזון ביניהם. לכך נקדיש את מרבית הדיון.

הדיון בטיעון הנורמטיבי בדבר קיומה של חובה כללית כנגד מי שמנהל הליכי סרק ייערך אפוא כדלקמן: ראשית, יובא הטיעון בעניין חובת תום הלב והיסודות הדרושים על-פיה. בהמשך יוצג הטיעון לעניין הרשלנות וכמצוות מלומדים זה יעשה בתחילה בדרך של בחינת חובת הזהירות המושגית והקונקרטיה והמבחנים שנקבעו לעניין הפרת החובה. כמו כן אערוך דיון בשאלה אם יש שיקולים של מדיניות משפטית שאינם מצדיקים הטלת אחריות ובמסגרתו אציג את מכלול השיקולים הרלוונטיים, לרבות מתחום הגישה הכלכלית למשפט ועקרון "ההרתעה היעילה". לאחריו אדון ביסודות העוולה המוצעת, הנזק והמסגרת הדיונית הראויה לניהול תובענה בגין הליכי סרק. אסיים בסיכום קצר ותמציתי.

## 2. שימוש לרעה בהליכים משפטיים בחוסר תום לב

הפרופוזיציה שאבקש להציג בעניין זה היא כי מי שנוקט בהליך משפטי למטרה אחרת מזו שלשמה נועד ההליך, עושה שימוש לרעה בזכויותיו הדיוניות, מפר את חובת תום הלב ואחראי לפצות את יריבו בגין הנזק שנגרם.

את חובת תום הלב לעניין ניהול הליכים משפטיים יש לפרש על-פי הסכיבה המשפטית הרלוונטית<sup>200</sup>.

במקום שבו נעשה שימוש לרעה בהליכים ולמטרה אחרת, קיים בהתנהגות בעל-הדין יסוד נפשי, ולו ברמה של מודעות, למטרה הזרה, ולעתים רצון של ממש בהשגתה, שאחרת לא היה נוקט בהליכים. אם כן התנהגותו של בעל-הדין נשאה מלכתחילה אופי זדוני, שהרי בעל-הדין מבקש להשיג מטרה זרה להליכים שלא כדין. בנסיבות אלו מוצע לפרש את מושג תום הלב במובנו הסובייקטיבי, שעניינו "שכנוע פנימי ואמונה של הפועל בהגינות פעולתו"<sup>201</sup>. לשון אחר, שימוש לרעה בהליכי בית-משפט, למשל כאשר התובענה איננה פורשת את מלוא היריעה והמניע העומד ביסודה זר להליך, הוא התנהגות בחוסר תום לב<sup>202</sup>, בעלת יסוד נפשי של זדון ולמצער מודעות למטרה הזרה<sup>203</sup> ואין טעם של ממש להבחנה בין חובת תום הלב לבין שימוש לרעה בהליכי בית-משפט<sup>204</sup>.

מתן משמעות סובייקטיבית לתום הלב נגזר בנסיבות העניין מטיבו של ההליך והאיזון הראוי שיש לעשות בגדרו, בין זכות הגישה לערכאות לבין הזכות להליך הוגן ותקין של בעל-הדין שכנגד ופגיעה מידתית וראויה בזכות הגישה, בנסיבות של ניצול לרעה של הזכות.

היסוד העיקרי והמרכזי בקיום החובה הוא ניהול הליך למטרה אחרת. הוכחת המטרה הזרה תשמך חזקה עובדתית בדבר חוסר תום לבו הסובייקטיבי של נוקט ההליך, שלאחריה יועבר אליו הנטל להבאת ראיות, להפרכת טענת חוסר תום הלב ולהוכחת טענתו בדבר מידת אמונתו והגינות פעולתו.

זאת ועוד, אין צורך בהוכחת המניע שעומד ביסוד המטרה הזרה, הגם שמניע נסתר ישמש ראיה בעלת משקל לקיומה. ודוק, לצורך הקמת העילה והטלת חובה משפטית, די בהוכחת מטרה זרה שעמדה ביסוד ההליך ורצון, או למצער, מודעות להשגתה.

200 פרשת רוקר (לעיל, הערה 24), עמ' 278.

201 פרשת ספקטור (לעיל, הערה 107), עמ' 248, ובהקשר הרלוונטי לענייננו, אין מניעה שמושג תום הלב יישא תוכן שונה מזה הקיים על-פי החובה הכללית; ראו דויטש (לעיל, הערה 83), עמ' 61.

202 בש"א (ת"א) 17656/02 מודגל בע"מ נ' ליונינג (ישראל) השקעות בע"מ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי; פרשת אורן (לעיל, הערה 12).

203 בש"א (י-ם) 2263/05 רבוע כחול ישראל בע"מ נ' רמי לוי שיווק השקמה בע"מ (טרם פורסם, ניתן ביום 6.7.05) (להלן – פרשת רבוע כחול), שם נקבע כי הפרת תום הלב הסובייקטיבי נמדדת במעשה זדוני בעוד שתום לב אובייקטיבי עשוי "להתבטא גם בעצימת עיניים ובמחדל רשלני בבדיקת העובדות כראוי" (שם, פסקה 14 לפסק-הדין). בעניין "עצימת עיניים" ישנה דעה אחרת, שלפיה זו עשויה להיחשב כשקולה למודעות; פרשת ארוך (לעיל, הערה 105), עמ' 94.

204 פרשת סחר ים (לעיל, הערה 23).

יצוין כי אין הבדל רעיוני ממשי ברציונל העומד ביסוד הפרת חובת תום הלב לבין עוולת Abuse of process המוכרת במשפט המקובל, הגם ששניהם ניוזנים ממקורות היסטוריים שונים: הראשון, ממוסד תום הלב (bona fide)<sup>205</sup>, שחדר אלינו מהמשפט היבשתי-האזרחי והשני, מהזכות להליך הוגן ונאות (Due process) הנוהג במשפט המקובל וממעמד זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית<sup>206</sup>.

לפיכך, כשם שיסוד ה-malice נחוץ לקיומה של עוולת ה-Abuse of process ועיקרו המטרה הזרה שעמדה ביסוד ההליך, כך גם יסוד חוסר תום הלב (הסובייקטיבי), בענייננו, הזהה מבחינת תוכנו ליסוד "הזדון" במשפט המקובל ובהיעדר טעם של ממש לדבר אין בשימוש במונחים שונים כדי להצדיק קיומה של הבחנה מהותית בין המושגים<sup>207</sup>.

אכן נכון, זכות הגישה הוכרה כזכות חוקתית גם במשפטנו ולפיכך ניצול הזכות לרעה ובחוסר תום לב (סובייקטיבי) מקים עילת תביעה עצמאית, לצד עוולת הרשלנות, ולפיה כל מי שניזוק משימוש לרעה של ההליך, זכאי לפיצויים בשל הפרת חובת תום הלב.

ודוק, כשם שאין חשיבות לתוצאת ההליך שבגדרו ננקטו הליכי סרק להקמתה של עילת תביעה בעוולת Abuse of Process, כך גם לעניין חובת תום הלב ובלבד שיוכח כי אלה ננקטו למטרה זרה. כמו כן, אין רלוונטיות לעובדה שההליכים ננקטו על-פי עילה מוכרת בדין<sup>208</sup> ולשאלה אם ההליכים הסתיימו.

היסוד הדומיננטי ההכרחי והבלעדי לאחריות, הוא קיומה של מטרה זרה להליך ויסוד נפשי סובייקטיבי של מודעות לאותה מטרה או זדון בהשגתה.

205 שלו (לעיל, הערה 98), עמ' 51, שלפיו סבורה המחברת כי "הדרישה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב שקולה לדעתי לדרישת סעיף 242 ל-B.G.B. הגרמני לנהוג בתום לב". לעומת זאת ראו והשוו *B.S. Markesinis A Comparative Introduction to the German Law of Torts* (3<sup>rd</sup> ed., 1994), שלפיו במשפט הגרמני מוטלת חובה כללית על כל אדם שלא לפגוע באחר וגישת המחבר שם כי הוראת ה-B.G.B. נועדה להגן על פגיעה בזכות מוקנית, ובענייננו הזכות להליך תקין והוגן; שם, עמ' 74.

206 *Logan v. Zimmerman Brush. Co.*, 454 U.S. 422, 428-433 (1982).

207 פרשת רבוע כחול (לעיל, הערה 203).

208 לפיכך בנסיבות של פרשת ווקר (לעיל, הערה 24), הגם שנקודת המוצא בדיון שם הייתה שהבנייה ברכוש המשותף היא שלא כדין ולפיכך היה בסיס משפטי לטענה בדבר השבת המצב לקדמותו, אין לקבלה בהכרח, שכן שימוש בזכות להריסת הבנייה (הלא חוקית) ברכוש המשותף יש לעשות בתום לב (אם מקור החובה מצוי בסעיף 14 לפקודת הנוזיקין ואם מכוח חובת תום הלב, שסעיף 14 הוא מקרה פרטי לתחולתה). לפיכך, רק משנמצא כי בנסיבות העניין אין לראות בתביעה להסרת הבנייה ברכוש המשותף משום הפרת חובת תום הלב (ושם אימץ בית-המשפט, בדעת רוב, מבחן אובייקטיבי למונח תום הלב), התקבלה התביעה להריסת הבנייה הלא חוקית.

- הטלת אחריות מכוח הפרת חובת תום הלב בנסיבות של ניצול ההליך המשפטי לרעה, מציבה אמת מידה ראויה להתנהגות בעלי-הדין ומטבע הדברים רלוונטית למקרים חריגים וקיצוניים, למקום שבו נעשה שימוש מוכח לרעה בהליך המשפטי.
- יצוין כי פוטנציאל הליכי הסרק קיים, בדרך כלל, בניהול הליכים משפטיים, שהם תולדה של "יחסים קרובים" מיוחדים, ולעתים מתמשכים, בין הצדדים לדיון, לדוגמה:
- מכוח סטטוס, בשל סכסוך כלכלי בין בני זוג, שמטבעו כולל שיקולים אמוציונליים ואחרים החורגים ממימוש הזכות נשוא התובענה.
  - מכוח חוזה למתן שירותים מקצועיים, למשל משפטיים, במקום שמוגשת תביעה לתשלום שכר טרחה והנתבע מתגונן בטענות סרק של רשלנות מקצועית ולעתים מגדיל ומגיש תביעה שכנגד, והכול כדי ליצור מאזן אימה, בניסיון להסיר או להקטין את חובתו לתשלום שכר הטרחה.
  - מכוח חוזה עבודה, בשל יחסי עבודה עכורים שהסתיימו על רקע סכסוך ולאחריו מוגשת תביעה לשכר עבודה ופיצויי פיטורין, והמעסיק מתגונן בטענות סרק שונות שעיקרן הפרת כללי העבודה בנסיבות הפוטרת את המעסיק מתשלום פיצויי הפיטורין.
  - מכוח חוזה שכירות, בנסיבות שלפיהן המשכיר מעוניין לנשל את השוכר ולקבל את המושכר לידי שלא כדין ו/או בנסיבות של חוזים אחרים למתן שירות, במקום שהזמין מתגונן בטענות סרק כנגד חובתו לתשלום השירות, בטענה לקיומם של ליקויים בעבודת הקבלן, שהיקפם נקבע בהתאם לסכום התביעה ושאותם הוא מבקש לקזז.
  - מכוח זכות הבעלות, במסגרת תביעה לסילוק יד, כאשר השוכר מתגונן בטענות סרק, על מנת "להרוויח זמן" ולדחות את הקץ לפינוי המושכר.
  - מכוח הנסיבות, למשל בסכסוך בין דיירים בבית משותף (פרשת רוקר) או שותפים עסקיים, שפרץ ביניהם סכסוך על רקע עסקי והתביעה שמוגשת על-ידי אחד השותפים היא אמצעי טקטי להשגת יתרון עסקי על פני שותפו ועוד כהנה וכהנה דוגמאות.
- לעומתם יחסים מזדמנים, כמו בעסקת מכר חד-פעמית או מעשה נזיקין, בדרך כלל אינם "קרקע מתאימה" לתביעות של ניצול לרעה, הגם שלעתים יש בבסיסם הליכים רשלניים בהיעדר עילה, משלא נלווה להם יסוד נפשי של זדון, וברגיל התובענות אינן מוגשות מתוך מטרה זרה להליך והפרת חובת תום הלב לא חלה עליהם.

כללם של דברים, הנני סבור כי סעיף 61(ב) לחוק החוזים יכול וצריך לשמש מקור פורמלי לתחולת חובת תום הלב לעניין נקיטת הליכי סרק ולזכות את הנפגע, במקרים המתאימים, בפיצויים ראויים בשל הפרתו<sup>209</sup>, נוסף על כל סעד ראוי והולם אחר<sup>210</sup>. אמת, זכות הגישה לערכאות נהנית ממעמד חוקתי ובדין, אולם זכות הגישה איננה צריכה לאפשר את השימוש בה לרעה, שכן מטרת ההליך המשפטי היא ליתן כלים דיוניים לקבלת סעד למימוש זכות שנפגעה ואין להתיר את השימוש בו למטרה אחרת. מכאן, ניצולו לרעה יהיה הפרה של חובת תום הלב ויזכה בפיצויים את הנפגע. שאלה אחרת היא אם ראוי לחייב בפיצויים את מי שנוהג ברשלנות בניהול ההליכים המשפטיים ונוקט בהליך ללא יסוד עובדתי או משפטי סביר.

### 3. ניהול רשלני של ההליכים – אחריות של צדדים להליך המשפטי

#### (א) שיקולים בעד ונגד קביעת החובה

בפרשת גורדון נקבע כי הכלל הוא שאם הנזק צפוי במישור הטכני, הוא מקים אחריות וחובת זהירות מושגית, והנטל מוטל על אלה הטוענים להיעדרה, למרות צפיותה הטכנית ובשל שיקולים של מדיניות משפטית, שיש בהם כדי להצדיק יצירתו של חריג השולל את קיומה של החובה.

בענייננו, נדמה כי לא יכול להיות חולק כי אדם שנוקט בהליך משפטי אזרחי, יכול לצפות כי בשל ניהול ההליך ייגרם נזק ליריבו, שהיקפו ושיעורו המדויק עשוי להשתנות בהתאם לנסיבות כל עניין ועניין. מי שמנהל הליכים משפטיים בוודאי יכול לצפות שניהול הגנת/תביעת יריבו כרוך בהוצאות משפט, שכר טרחת עורך-דין ועלויות אחרות הדרושות לניהול ההתדיינות ובמקרים המתאימים, על-פי טיבו של ההליך ועילת התביעה/ההגנה שבגדרו, יכול לצפות לנזקים נוספים לרכושו ולשמו הטוב של יריבו (בשל נקיטת הליכי ביניים לסעדים זמניים ולנוכח טיבן של הטענות שהובאו בכתיב הטענות ובמהלך הדיון בתובענה).

אם הנזק צפוי (כעניין טכני), עולה השאלה אם קיימים שיקולים מיוחדים של מדיניות משפטית, המצדיקים את שלילת קיומה של החובה בעניין אחריותם של צדדים להליכים המשפטיים המנהלים את עניינם ללא בסיס עובדתי ומשפטי סביר. לשון אחר,

209 פרשת חגאי (לעיל, הערה 109), שם בית-המשפט לא פסל את האפשרות להטיל אחריות בשל התנהגות בחוסר תום לב, הגם שבנסיבות העניין מצא כי לא נפל בה פגם.

210 על יסוד ההלכה שנקבעה בפרשת רוקר (לעיל, הערה 24), ניתן להניח כי בנסיבות מעט שונות ובמקום שבו היה מוכח כי דרישה להריסה בלתי חוקית היא שימוש בזכות בחוסר תום לב, היה בית-המשפט דוחה את התביעה להריסה ואף ייתכן כי היה מזכה את הנתבע בפיצוי בגין ניהול הליך סרק.

מה הם השיקולים הרלוונטיים המתחרים העומדים ביסוד העניין. ניתן להצביע על סוגי שיקולים אחדים: ראשית, מתחום הצדק המתקן – בצורתה הטהורה של השיטה, המתמקדת בניזוק ומתעלמת לכאורה משיקולים אחרים. סוג אחר, עניינו בשיקולים מתחום הצדק הדיוני-הליכי ואלו מתמקדים בחשיבותם של ההליכים המשפטיים לניזוק, למזיק ולציבור. סוג נוסף נעוץ בשיקולים של הרמוניה חקיקתית וניתוח לוגי של הדין הפוזיטיבי. תחום אחר של שיקולים ניתן למצוא בגישה הכלכלית למשפט ולדיני הנזיקין בפרט, ואלו מתמקדים בעקרון "ההרתעה היעילה" והתאוריה הנורמטיבית של התועלתנות העומדת בבסיסה. ישנם גם שיקולים אחרים, הנוגעים ל"משולש הכוחות" ותפקידם של בעלי-הדין, עורכי-הדין ובית-המשפט וחלוקת האחריות ביניהם "במשחק המשפטי". שיקולים אחרונים אלה קשורים, בין היתר, במוסד ההוצאות, בכלל, ואלו האישיות, בפרט, אשר פסיקתן בסיום ההליכים, אמורה להיטיב לכאורה את הנוק שנגרם בשל ניהולם הרשלני, ולכאורה מייתרת הטלת אחריות נוספת על בעל-הדין ועורך-הדין שפעל מטעמו.

#### (ב) עקרון "החזרת המצב לקדמותו"

אחד מן החשובים שבעקרונות היסוד והדוקטרינות השולטות בשיטת המשפט הוא העיקרון של השבת מצב הדברים לקדמותו בעין, ולמצער בהיעדר יכולת לעשות כן, ישמש הכסף אמצעי ראוי להשבת המצב לקדמותו<sup>211</sup>. על-פי עקרונות הצדק המתקן, יש לתקן את מצב העניינים שנוצר עקב פגיעה עוולתית ולהחזיר את המצב, כפי שהיה עובר להתנהגות המזיקה.

שיטת הצדק המתקן מתמקדת בניזוק, במאפיינים שונים של ההתנהגות המזיקה ובניסיון ללמוד ממאפייניה אם ההתנהגות היא עוולתית<sup>212</sup>. תפיסת הצדק המתקן מתעלמת משיקולים אחרים, שאינם קשורים בצדדים, כגון שיקולים של טובת הציבור וקידום רווחה כלכלית וחברתית או בקשר לחלוקת משאביה<sup>213</sup>.

211 ע"פ 4466/98 דבש נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 73 (להלן – עניין דבש). לפיכך נקבע כי פסיקת הפיצויים "שמה לה למטרה, כתכלית ראשונה במעלה, את העמדת הניזוק במצב בו היה אלמלא מעשה העוולה, ככל שניתן לעשות כן באמצעות תשלום כסף"; ראו ע"א 140/00 עיזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (להלן – פרשת אטינגר), פסקה 7 לפסק-הדין; ד' קציר פיצויים בשל נזק גוף (מהדורה חמישית, תשס"ג), 29-36 והפסיקה המובאת שם.

212 ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498 (להלן – פרשת חמד) (פסק-דין של השופט ריבלין שבגדרו מובאת תפיסתו של פרופ' א' וינריב "נביא" הגישה של הצדק המתקן, לדבריו).

213 א' פורת "רשלנות ואינטרסים" עיוני משפט כד (תשס"א) 275, 278-281.

בעניינינו, מי שמנהל הליך משפטי כנגד יריבו ובסיום הדיון נדחתה התובענה או ההגנה, בשל כך שנקבע כי עובר לנקיטת ההליך לא נמצא יסוד סביר לטענותיו בעניין קיומן של העובדות המהותיות שעליהן מבוססת עלתו ו/או לא נמצא יסוד סביר בגדרן לקיומה של עילה מוכרת בדין הנוהג, חייב לפצות את יריבו בשיעור שיעמידו באותו מצב עובר לתחילת ההליכים המשפטיים ואם אין בפסיקת הוצאות כדי להיטיב את מלוא הנזק בעניינינו, יש להטיל אחריות על בעל-הדין הרשלן בגין הנזק שהוסב. לעומת זאת פסיקת פיצויים בגין ניהול הליכים משפטיים עשויה להיחשב כפגיעה בקניינו של הפרט ועל-פי התפיסה החוקתית הנוהגת במשפטנו אין לפגוע בקניינו של אדם אלא מכוח הוראת חוק מפורשת (ובעניינינו, פקודת הנזיקין) ובמידה שאינה עולה על הנדרש על כן יש לבדוק אם בפסיקת פיצויים בשל ניהול הליכים משפטיים רשלניים, אין פגיעה בקניינו של נוקט ההליך מעבר למידה ראויה<sup>214</sup>.

#### (ג) זכות הגישה לערכאות ומעמדה החוקתי

כיום, אין עוד מי שחולק על חשיבותה ועל מעמדה החוקתי של זכות הגישה לערכאות<sup>215</sup>, אשר מגלמת בגדרה את אינטרס הציבור בשלטון החוק ובאכיפתו<sup>216</sup>. הפעלת הזכות מטבעה פוגעת בנתבע ומטילה עליו את עלות ההתדיינות, "ברם, אין בכל אלה כדי לשלול את זכות היסוד ולסגור את דלתות בית-המשפט בפני התובע על ידי יצירת עילה לחיובו בתשלום כל נזקי התביעה, תהא היא חסרת סיכוי ככל שתהא"<sup>217</sup>. זאת ועוד, הטלת פיצויים בשל ניהול הליכים משפטיים עלולה לגרום ל"אפקט צינון", לחשש מפני הגשת תביעות מוצדקות ולהרתעת מתדיינים פוטנציאליים מלפנות לבית-המשפט לשם אכיפת זכותם המוכרת, גם בנסיבות ראויות. הרתעת יתר תפגע בזכות לגישה חופשית ונטולת עכבות לערכאות, מעבר למידה ראויה. לפיכך אין להטיל הגבלות על זכות הגישה של בעל-הדין ויש למנוע מצב שבו אכיפת הזכות, תוך שמירה על שלטון החוק, אינה משתלמת, שכן לציבור אינטרס מובהק בקיום הליכים המבטיחים אכיפה שוויונית של החוק ושמירה על הסדר החברתי התקין.

214 ראו והשוו על"ע 663/90 פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל אביב יפו, פ"ד מז(3) 397 (להלן – פרשת פלוני), 401.

215 ראו הפסיקה לעיל, בהערה 34.

216 בג"ץ 891/05 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' הרשות המוסמכת למתן רשיונות יבוא – משרד התעשייה והמסחר, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (להלן – פרשת תנובה).

217 פרשת גלאם (לעיל, הערה 34), עמ' 629.

לעומת זאת שמירת יתר על זכות הגישה, גם בנסיבות של ניהול הליכים משפטיים לא ראויים, פוגעת בזכותו של בעל-הדין שכנגד לגישה לערכאות, לקיום דיון אמיתי, מלא והוגן בעניינו ויש בה במקרים המתאימים כדי לפגוע בזכותו שלו מעבר למידה הראויה. אכן, זכות הגישה לערכאות ומעמדה אינם נתונים כלל לוויכוח, אולם בבחינת הסוגיה שבפנינו יש להעריך את משקלה של הזכות באופן שוויוני ואת תחולתה על שני הצדדים. ככל שנתיר שימוש בלתי מרוסן וללא הגבלות ראויות בזכות הגישה של האחד, יהיה בכך בהכרח כדי לפגוע בזכות הגישה של יריבו. מכאן נדמה כי באיזון הראוי יש ליתן משקל גם לפגיעה בבעל-הדין שכנגדו נקטו ההליכים ואשר בסיומם נמצא כי לא היה יסוד להגשתם. אי-הטלת אחריות בנסיבות אלה היא פגיעה מעבר למידה הראויה בזכות הגישה של בעל-הדין שכנגד. האיזון הראוי אפוא הוא בקביעת מגבלות וסייגים, בנסיבות של ניהול הליכי סרק, שאין בהם פגיעה בזכות הגישה של נוקט ההליכים מעבר למידה ראויה, והטלת אחריות על מי שמנהל הליכים משפטיים רשלניים במצב דברים זה היא ראויה.

#### (ד) "הצפת" בתי-המשפט

בפרשת גורדון נטען, ולא בפעם הראשונה, כי הכרה באחריות המוטלת על גורמי התביעה עלולה להביא ל"הצפת" בתי-המשפט בתביעות בגין טענות להליכי סרק. על-פי הטיעון, כל נתבע שיזכה בהליך המשפטי, ינצל את קיומה של חובת הזהירות ויתבע את התובע שתביעתו נדחתה, דבר שיביא לריבוי תביעות עד כדי "הצפת" בתי-המשפט. החשש מפני "אנדרלמוסיה" נטען גם בפרשת סחר ים. לטענת "ההצפה" ניתן להשיב בשניים, הן במישור העובדתי-אמפירי הן במישור המושגי-מהותי. באשר למישור העובדתי, נקבע בפרשת גורדון כי הטענות בדבר "הצפת" בתי-המשפט לרוב מוגזמות ונטולות כל בסיס עובדתי, וכי הניסיון המצטבר מלמד שאין יסוד לחשש. זאת ועוד, מסקירת הפסיקה עולה כי השימוש בכלים הדיוניים למניעת הליכי סרק איננו תדיר ולא גרם לעלייה בנפח ההתדיינות. מכאן ניתן להסיק שגם שימוש בכלים מהותיים לא יגרם לעלייה משמעותית בהיקף הדיונים ולהצפת בתי-המשפט בתובענות חדשות. גם הניסיון במשפט המקובל מעלה כי לא היה לטענה בסיס עובדתי מוצק "ו'הליכת אימים' זו על בתי המשפט הוכיחה את עצמה פעמים רבות כמחוסרת יסוד"<sup>218</sup>.

במישור המהותי, נקבע בפרשת סחר ים כי חזקה על בתי-המשפט כי יהיו מודעים וערים לניסיונות לעשות שימוש לרעה בהליכי משפט מצד כל בעל-הדין. לא זו אף זו,

218 בר"ע (י-ם) 2315/00 מדינת ישראל נ' פרידמן, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (להלן – פרשת פרידמן); פרשת סוהן (לעיל, הערה 67), עמ' 741.

גידול בהליכי סרק הוא שגורם לבזבוז במשאב הציבורי היקר של הזמן השיפוטי ובעקיפין תורם לפגיעה באיכות השירות השיפוטי לציבור.

#### (ה) עקרון סופיות הדיון

כלל סופיות הדיון נועד לשים קץ לדיונים משפטיים ולמנוע את הטרדתו של בעל-דין על-ידי התדיינות נוספת בעניין שכבר נפסק<sup>219</sup>. על-פי הנטען, דחיית תובענה תגרום לתביעה נוספת בגין הליכי סרק ודחייתה של זו תגרור תובענה נוספת בגין אותה עילה וחוזר חלילה. התדיינות חוזרות ונשנות בין אותם צדדים ולכאורה באותו עניין מוסיפות על העומס המוטל על בתי-המשפט, מייקרות ללא צורך את עלות ההליכים המשפטיים, פוגעות במשאבים שמעמידה המדינה לניהול התדיינות ובעקיפין, פוגעות באכיפה צודקת ומהירה. אינטרס הציבור הוא לשים סוף להתדיינות ובכך לשמור על כבודה של המערכת השיפוטית ועל יוקרתה ולהבטיח יציבות, ודאות וביטחון במשפט. עם זאת הטלת אחריות תחסוך דווקא בניהול משאבי בית-המשפט ותקטין מעומס התיקים, בעוד שהיעדרה עשוי לשמש תמריץ לניהול הליכי סרק, ללא כל חשש וסיכון לשאת באחריות. זאת מכיוון שהטלת אחריות תוביל לנקיטת אמצעי זהירות סבירים ויעילים, בטרם יפנו מתדיינים פוטנציאליים לבית-המשפט ובכך יקטן מספרם של הדיונים.

#### (ו) שיקולים של הרמוניה חקיקתית

סעיף 80 לחוק העונשין<sup>220</sup>, כמו גם סעיף 38 לחוק סדר הדין הפלילי<sup>221</sup>, קובעים כי בית-המשפט רשאי לפסוק הוצאות ופיצוי בשל מאסר או מעצר שווא רשלני, לאחר שנמצא כי לא היה בסיס למעצר או יסוד לאשמה שממנה זוכה הנאשם ובנסיבות המצדיקות את קביעתם ועד לגובה הסכום המרבי שנקבע לעניין זה בתקנות. בפסק-הדין המנחה לעניין סעיף 80 לחוק העונשין (שעיקריו הרלוונטיים לענייננו להלן מתאימים, בשינויים המחויבים, גם לעניין סעיף 38 לחוק סדר הדין הפלילי), נקבע<sup>222</sup> כי במקום שבו גורמי התביעה נוהגים שלא בסבירות ובזהירות ראויה, תישא המדינה בהוצאות הנאשם ותאלץ לפצותו על מאסרו, שכן "אחד מן החשובים בעקרונות היסוד והדוקטרינות השולטים בשיטת המשפט הוא העקרון של השבת מצב הדברים לקדמותו"<sup>223</sup>. עוד נקבע כי הליך הפיצוי אינו אלא ספיה למשפט הפלילי – מעין קיצור

219 נ' זלצמן מעשה בית דין בהליך אזרחי (תשנ"א), 12.

220 חוק העונשין, תשל"ז-1977.

221 חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996.

222 עניין דבש (לעיל, הערה 211).

223 שם, עמ' 99.

דרך דיוני – וכי לנאשם שזוכה עומדת במקרה המתאים גם עילה בנוזיקין, אשר הזכאות בגדריו של סעיף 80 מהווה מעין "תשלום תכוף" בלבד ובמסגרתה יוכל הנאשם לקיים בירור מלא ומקיף בהליך נפרד<sup>224</sup>.

השיקולים העומדים ביסוד הוראת סעיף 80 הם בעיקר זכותו של הנאשם להטיב את נזקיו בשל התנהגות רשלנית של גורמי התביעה הפלילית, במקום שלא היה יסוד סביר להעמדתו לדין, מחד גיסא, והאינטרס הציבורי הקיים בהעמדתם של עבריינים לדין והחשש שמא הטלת חיוב על המדינה לשיפוי הנאשם שיצא זכאי בדין עלולה לרפות ולהרתיע את ידי התביעה, להטיל נטל כבד על הקופה הציבורית ולגרור אחריה הליכים משפטיים לא מעטים, אשר יתרמו לעומס המוטל ממילא על בתי-המשפט, מאידך גיסא. על אף כל זאת נקבע כי עומדת לנפגע עילת תביעה בנוזיקין.

יאמר מיד כי השיקולים העומדים ביסוד חיוב המדינה לפצות נאשם בשל ניהול הליך פלילי רשלני מצדיקים כשלעצמם הטלת אחריות גם על תובע אזרחי בשל ניהול רשלני של הליך משפטי ומקל וחומר, שכן לנוכח התכלית העומדת ביסוד ההליך הפלילי, שעיקרה העמדת עבריינים לדין, יש משקל עודף לשיקולים הרלוונטיים שהובאו בדין שם ועוצמתם גדולה לאין שיעור מאלה הקיימים בניהול הליכים אזרחיים. בהליכים אזרחיים אין חשיבות "להרתעת עבריינים" ואם בהליכים פליליים נקבע כי על אף האמור, יש מקום להטיל אחריות במקרים המתאימים בשל ניהול רשלני של ההליכים, נדמה כי ראוי לעשות כן גם בעניין ניהול הליכים אזרחיים, לנוכח השיקולים הדומים העומדים ביסוד העניין ובדרך של היקש, ולהטיל אחריות על מי שמנהל הליכי סרק אזרחיים. לעומת זאת ניתן לטעון כי הנזק הפוטנציאלי בניהול הליך פלילי רשלני גדול לאין שיעור מזה שעלול להיגרם בהליכים האזרחיים, לנוכח הפגיעה הקשה בגרעין זכויות יסוד, שעניינו חירותו וחופש תנועתו של הנפגע, כמו גם הפגיעה בשמו הטוב ובכבודו.

למרות זאת, אינני סבור שיש ליתן משקל רב לעוצמת הנזק הפוטנציאלי בהליך הפלילי יותר מזה האזרחי, שכן גם בניהול רשלני של הליך אזרחי עלול המזיק להסב נזקים משמעותיים ולפגוע בשמו הטוב של יריבו, ברכושו ובכבודו. מכאן, יש להרחיב את מעגל הניזוקים והמזיקים גם להליכים אזרחיים מטעמים של קוהרנטיות והרמוניה משפטית ראויה.

סעיף 80 לחוק העונשין, כפי שפורש על-ידי בית-המשפט העליון, מתאפיין כאמור במתכונת דיונית מקוצרת, מעין "תשלום תכוף", אולם על-פי ההלכה, הזכאות לפיצוי

224 ע"פ 11024/02 מנצור נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 436 (להלן – פרשת מנצור). עוד נקבע שם כי המבחן לקביעת אחריות המדינה הוא אובייקטיבי, בשאלה אם ההחלטה להעמיד לדין על יסוד התשתית הראייתית הייתה סבירה.

ושיפוי על-פיו "איננה מוציאה את העילות הנזיקיות ככל שהן עומדות לנאשם בנסיבות העניין ולגביהן יוכל הנאשם לקיים בירור שלם ומקיף – בתובענה אזרחית"<sup>225</sup>.  
 אכן, ההליך הפלילי שונה לכאורה מהותית מההליך האזרחי, בעניין ההצדקות בדבר הטלת אחריות על-פיו, במקום שבו נוהלו הליכים רשלניים והחשש להטלת אחריות על גורמי התביעה לפיצוי מי שיצא זכאי בגינו ולהרתעת ידי התביעה מלמלא את חובתה בהבאת עבריינים לדין, איננה חלה בהליכים אזרחיים ומהווה שם טעם משמעותי, בעל משקל רב, במסגרת השיקולים להטלת אחריות. על אף כל זאת, קבעה ההלכה הפסוקה כי עומדת לרשות הנאשם שזוכה עילה בנזיקין במסגרת עוולת הרשלנות<sup>226</sup>.  
 משנקבע כי יש להטיל אחריות בעניין ניהול הליך פלילי רשלני, על אף ההצדקה הקיימת כנגד הטלתה והחשש שבקביעתה יש כדי לרפות את ידי התביעה, נדמה כי הטלת אחריות בעניין ניהול הליכים אזרחיים רשלניים היא בבחינת קל וחומר, שכן השיקול המרכזי והעיקרי בעניין החשש מאי-העמדתם של עבריינים לדין, איננו רלוונטי בעניינו ולכאורה בהיעדרו קל יותר להצדיק את קיומה של אחריות בנזיקין, משאין טעם אחר המייחד את ההליכים האזרחיים לסתור.  
 אכן, גם בית-המשפט בפרשת גורדון סבר כי אין יסוד להבחין בין התובע האזרחי לפלילי והגם שנדמה כי בית-המשפט שם יצא מנקודת מוצא אחרת<sup>227</sup>, יש לקבל את גישתו, שלפיה אין מקום להבחנה בין ההליכים השונים ויש להטיל אחריות בשל ניהול רשלני גם על התובע האזרחי. כאמור, הטלת אחריות נעוצה באינטרס הציבור בדבר אחידות ההלכה ויצירת הרמוניה חקיקתית, שהן שיקול חשוב במדיניות משפטית בשל קהרנטיות פנימית וקשרים פנימיים בין הנורמות השונות<sup>228</sup>.

#### (ז) מוסד ההרתעה היעילה

שיקול נוסף בעל ערך, התופס לו מקום נכבד במערך השיקולים, מקורו בעקרון "ההרתעה היעילה" שיובא למשפטנו מהגישה הכלכלית למשפט.  
 הגישה הכלכלית למשפט מזוהה בדרך כלל עם קריטריון "היעילות", המוגדר בתמצית כמיקסום העושר המצרפי ומבוסס על ניתוח פוזיטיבי של תורת התועלתנות, שעל-פיה כל פרט מנסה למקסם את תועלתו האישית במקום שיש לו יכולת בחירה בין

225 שם, עמ' 443.

226 עניין רבש (לעיל, הערה 211), עמ' 106-107, 131.

227 ועל יסוד ההלכה שנקבעה לכאורה בפרשת ארנס (לעיל, הערה 50), שם מצא בית-המשפט כי אין מניעה להטיל אחריות בנזיקין על תובע אזרחי בשל ניהול רשלני של עניינו.

228 ברק (לעיל, הערה 96), עמ' 221.

חלופות אפשריות על-ידי בחירת החלופה הטובה ביותר<sup>229</sup>. הדרך להשגת יעילות אופטימלית היא באמצעות שוק פתוח חופשי ומשוכלל, שבמסגרתו מנהלים פרטים רציונליים משא ומתן ומוכנים לשלם פיצוי מלא (קריטריון קלדור-היקס) לאחר תמורת הפעילות הרלוונטית ועדיין יישארו ברווח ובכך יתרמו להגדלת הרווחה המצרפית<sup>230</sup>.

המודל הקלסי מניח מידע מושלם של המשפט והיעדר עלויות עסקה, כך שכללי אחריות משפטיים מדריכים את בחירת התנהגותם של הפרטים, אולם על-פי הגישה המתונה, קיימים כשלי שוק שונים בשל היעדר מידע והשפעות חיצוניות אחרות, כמו הוצאות עסקה, ומכאן יש צורך בהסדרים חיצוניים (רגולציה מוסדית), שיתרמו לפעילותו התקינה והיעילה של השוק.

הניתוח הכלכלי של דיני הנזיקין מתמקד בעיקר במכשיר ההרתעה, שבאמצעותו ניתן להגדיל את הרווחה החברתית הכוללת, לצד פיזור הנזק<sup>231</sup>. מהות ההרתעה, מנקודת מבט כלכלית, היא הטלת סנקציה על המזיק, על מנת להביאו לידי הקטנה או מניעת הנזק<sup>232</sup>. השינוי בהתנהגות המזיק עשוי להגדיל את הרווחה המצרפית, ולפיכך ייחשב רצוי ויעיל מבחינה כלכלית. דרך ההרתעה תיעשה באמצעות הטלת אחריות בנזיקין על הפעילות יוצרת הסיכון, על-ידי חיובם של המזיקים-בכוח לפצות את הנזוקים-בכוח בגין הנזק נשוא פעילותם. הטלת אחריות תשמש תמריץ להכנסת שינויים בפעילותם, כאשר עוצמת ההרתעה עומדת ביחס ישר למידת השינוי וככל שהפיצוי יהיה גדול יותר, כך יגדל התמריץ להכניס שינוי בפעילות.

תמצית ההרתעה הכלכלית היא לצמצם את אובדן הרווחה הנגרם בשל הפעילות יוצרת הסיכון, כל עוד הגידול ברווחה עקב מניעת הנזק גדול מאובדן הרווחה הכרוך במניעה. מכאן, עמדת הגישה הכלכלית היא במתן תמריצים להגדלת הרווחה המצרפית ובאמצעות פיצוי שיוצר הרתעה וככזה הוא יעיל, בהיותו תורם לגידול "העוגה" החברתית.

229 ע' זלצברגר "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט" משפטים כב (תשנ"ג) 261. המאמר סוקר את מאפייניה של הגישה הכלכלית למשפט, תוך ניתוח כלכלי במסגרת מודל השוק ובלעדיו, ובוחן את ההצדקות של תורת התועלתנות העומדת במרכזה.

230 לדיון מפורט ראו: R.H. Coase "The Problem of Social Cost" 3 *J. L. & Econ.* (1960) 1; G. Calabresi, A.D. Melamed "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral" 85 *Harv. L. Rev.* (1972) 1089.

231 "גלעד" על גבולות ההרתעה היעילה בדיני-הנזיקין" משפטים כב (תשנ"ג) 421. המחבר בוחן את השאלה אם ניתן להשיג הרתעה יעילה בנזיקין ובאיזו מידה, ומגיע למסקנה כי מן הראוי שניתוח כלכלי לא יתמקד בעקרון היעילות, שכן היכולת להשיג הרתעה יעילה באמצעות דיני הנזיקין חלקית ומוגבלת, בשל היעדר מידע מלא והקושי במדידה אמיתית של הפעילויות התורמות לגידול או לצמצום הרווחה המצרפית.

232 לפירוט בדבר השיקולים השונים ראו ע"א 44/76 אתא חברה לטקסטיל בע"מ נ' שוורץ, פ"ד ל(3) 785, 802.

בהקשר הזה ידועה נוסחת לרנד-האנד, שלפיה בית-המשפט יקבע אם פעילות מסוימת היא רשלנית, לאחר שישווה בין הוצאות המניעה שהיו נדרשות מן המזיק לשם מניעת הנזק לבין המידה שבה הייתה תוחלת הנזק של התנהגותו מופחתת, אילו השקיע את הוצאות המניעה, כל זאת במבט של "לפני מעשה"<sup>233</sup>. לפי נוסחה זו "על המזיק להתחשב בהסתברות לקרות הנזק (P), בשיעור הנזק (L) ובהוצאות למניעת הנזק (B). התנהגותו של המזיק אינה סבירה כאשר שיעור הנזק, בהתחשב בהסתברות התרחשותו עולה על ההוצאות למניעתו (B<PL)<sup>234</sup>, הגם שלא ניתן לכאורה לקבע בגדרה את מושג הסבירות, שכן "האדם הסביר איננו רק האדם היעיל, זהו גם האדם הצודק, ההוגן והמוסרי"<sup>235</sup>.

אם כן, ההרתעה האופטימלית-היעילה, היא זו שיש בה, באמצעות הטלת פיצוי, לגרום למזיק להפנים את פעילותו המזיקה ולנקוט באמצעי זהירות שעלותם נמוכה מגובה הפיצוי שיוטל אם אלה לא יינקטו ובכך למנוע את התנהגותו המזיקה. הטלת אחריות תיעשה בנסיבות כל מקרה ומקרה, על-פי שקלול תוחלת הנזק אל מול עלות אמצעי מניעתם ובדרך של שימוש בנוסחת האנד.

בענייננו, ניהול הליכים רשלניים יימנעו, אם יינקטו אמצעי זהירות קודם להגשתם, שכן "החלטה של חובת הזהירות תאלץ אותו לקיים בירורים מסוימים לפני הגשת הבקשה"<sup>236</sup> בעלות פחותה מתוחלת הנזק, כאשר מידת הבירור והיקף החובה ייקבעו בנסיבות כל מקרה לגופו.

עם זאת והגם שהרתעה יעילה היא נימוק שובה נפש ויש בה כדי לתרום למניעת פעילויות מזיקות, יישומה בעייתי ועלול לגרום במקרים לא מעטים להרתעת יתר, בשל היעדר כלים מתאימים למדידת הנתונים הרלוונטיים, מכיוון שהחלטה תלויה ומושפעת במידה מסוימת מהשקפת עולמו של השופט היושב בדین.

233 א' פורת "רשלנות וסיכנון העצמי של המזיק – בשולי פסק-דין ע"א 3510/99 ולעס נ' אגד – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל" עיוני משפט כו (תשס"ב) 321.

234 פרשת חמד (לעיל, הערה 212), עמ' 511.

235 שם, שם, אם כי יש מי שסבור שגורמים אלה כולם יכולים לבוא בגדרה של נוסחת האנד, שכן גם ערכים חברתיים ניתנים להערכה ומשמעות "בעשותו כן, עשוי בית המשפט להציב בנוסחה כל ערך הנראה לו כראוי... ויכול גם להתחשב בשיקולים הנוגעים להתנהגות הצודקת, ההוגנת והמוסרית. בית המשפט הוא המחליט מהי העלות ומהי התועלת. פגיעה בצדק – היא עלות, צדק מתקן – הוא תועלת"; ראו שם, עמ' 519 (פסקה 3 לפסק-דינו של השופט ריבלין).

236 פרשת סחר ים (לעיל, הערה 23), עמ' 657.

אם כן, הביקורת העיקרית שנמתחה על עקרון ההרתעה היעילה איננו מופנה כנגד ההצדקה הנורמטיבית העומדת ביסודו, אלא כנגד יישומו המעשי והקושי במתן ערך לכל אחד מהמרכיבים הרלוונטיים<sup>237</sup>.

מכל מקום, נדמה כי יישומו של עקרון ההרתעה היעילה לא מעורר קשיים במרבית המקרים שבהם ניתן די בקלות, בלי שיהיה צורך במתן ערכים מדויקים, לקבוע כי עלות אמצעי המניעה פחותה מתוחלת הנזק ולפיכך ראוי כי תוטל אחריות ברשלנות. הביקורת שהובאה בספרות, עניינה "במקרים הקשים" ושם יהיה ניתן להיעזר בשיקולים נוספים לבד מעקרון ההרתעה היעילה.

לסיכום, יש בהצדקה הנורמטיבית ובתכלית העומדת ביסוד עקרון ההרתעה היעילה כדי למתן פעילויות מזיקות, בכלל, ובקשר לניהול הליכי סרק, בפרט, שכן ברגיל, עלות נקיטת אמצעי זהירות למניעת התממשות הסיכון תהיה נמוכה מתוחלת הנזק הצפויה ועל כן היעדרם יצדיק הטלת אחריות<sup>238</sup>.

#### (ח) אחריות בית המשפט

עשויה להישמע הטענה כי אין מקום להטיל אחריות על בעל־דין שהתרשל בניהול ההליך, לנוכח תפקידו של בית המשפט "במשחק המשפטי" ותרומתו לניהול רשלני של ההליכים. עם זאת לא ניתן להתעלם מתפקידו של עורך־הדין, שמומחיותו היא בניהול הליכים משפטיים ואם הוא התרשל בניהולם, יש להטיל עליו את האחריות ולפטור את בעל־הדין שסמך על עצתו<sup>239</sup>. אכן נכון, לבית המשפט ולעורכי־הדין תפקיד מרכזי בניהול צודק ויעיל של הדיון המשפטי.

בשיטת משפט אדוורסרית טהורה תפקיד השופט הוא פסיבי לחלוטין והוא מניח את ניהול המשפט בידי בעלי־הדין ועורכי־דינם, שכן הרעיון המונח ביסוד השיטה הוא שההליך השיפוטי מצוי בתחום האוטונומיה של בעלי־הדין, שעניינם לנהל את המשפט כראות עיניהם. לעומת זאת בשיטה אינקוויזיטורית, תפקיד השופט בהליך הוא קריטי ואחריותו להגיע לחקר האמת על־ידי בדיקה יסודית של הראיות, שאותה הוא מבצע בעצמו וביוזמתו.

237 גלעד (לעיל, הערה 231), עמ' 446-484. לדעתו כמות המידע הנדרשת כדי לשנות את התנהגותם של הפרטים באורח יעיל איננה ניתנת בפועל להשגה; ראו גם מאמר של י' גלעד "בעקבות פסק־דין עיזבון אטינגר – לשאלת הפיצוי הראוי על נזקי 'השנים האבודות'" עלי משפט ד (תשס"ה) 47, 84 וכן ד' מור "הלכת אטינגר – אנטומיה של פסק־דין שנוי במחלוקת" עלי משפט ד (תשס"ה) 101, 124.

238 שכן בדרך כלל תספיק "חקירה סבירה" בנסיבות שעלותה נמוכה ועניינה בדיקת הראיות והמסקנות העולות מהן.

239 ראו דיון לעיל, בפרק ד1, שם ניתנה במשפט האמריקני הגנה למי שסמך בתום לב על עצת עורך־דינו.

לכאורה ניתן להניח ששיטת המשפט החלה במשפטנו היא השיטה האדוורסרית, השלטת בשיטות המשפט האנגלו-סקסי, אולם הדבר איננו מדויק כלל ועיקר ולמעשה נדמה כי השיטה הנוהגת בדין הישראלי היא שיטה מעורבת. מצד אחד, היוזמה לנקיטת הליך משפטי היא בידי בעלי-הדין, לפי הנטלים המוטלים עליהם, אולם מצד אחר, האחריות על ניהול ההליך מוטלת על השופט ואין נזקק בהכרח ליוזמת הצדדים<sup>240</sup>. לפיכך, הגם שאין לצפות לקבלת ייעוץ משפטי מצד השופט באשר לדרכי ניהול התובענה ולתיקון מחדלי הצדדים, מוטלת על השופט אחריות מינהלית, בעיקר בשלבים המקדמיים של ההליכים, ובמסגרתם רשאי השופט לברר מיוזמתו, בין היתר, אם כתבי הטענות מגלים עילת תביעה או הגנה וליתן את הסעדים הדיוניים המתחייבים, על-פי סמכותו, כקבוע בתקנות<sup>241</sup>.

השאלה היא אפוא מה הדין במקום שבו בית-המשפט גילה פסיביות יתרה ונמנע מלברר ביוזמתו אם קיימת בידי הצדדים עילה ראויה או במקום שבו הוא איפשר ניהול הליך, כאשר גלוי וברור על פניו שמדובר בהליך סרק, קרי ללא יסוד סביר העומד בבסיסו. לשון אחר, האם יש ליתן בידי בעל-הדין הרשלן או עורך-דינו טענת הגנה, שלפיה יש לזקוף את התנהגותו הרשלנית לפתחו של בית-המשפט, בטענה שזה תרם בדרך ניהול ההליך למחדלו? נדמה כי יש להבחין ולהפריד בין אחריותו המינהלית, ולעתים השיפוטית, של בית-המשפט באשר לדרכי ניהול ההליכים שבפניו, לבין אחריותם של הצדדים, האחד כלפי השני ואין ליתן, כעניין שבמדיניות משפטית ראויה, לצד רשלן לחסות בצל "טעותו" של בית-המשפט, ככל שנפלה טעות בניהול ההליך, בין משום שחובה על בעל-הדין הרשלן לצפות כי מחדלו יגרום לנזק ובין משום שאין זה ראוי לערב את בית-המשפט "במשחק" שמנהלים הצדדים וליתן בידיהם כלים לביצוע תמרונים משפטיים ולהטוטים דיוניים רשלניים.

שאלה אחרת היא אם דרך ניהול הדיון על-ידי בית-המשפט מגיעה כדי רשלנות, או אז לכאורה אין מניעה עקרונית לראות בבית-המשפט "מעוול משותף" ובכפוף לסייגים שנקבעו בעניין זה בהלכה הפסוקה<sup>242</sup>, יש להתיר בידי בעל-הדין הרשלן את צירוף את בית-המשפט כצד נוסף בתובענה, אולם מטבע הדברים, יהא זה במקרים נדירים ביותר.

240 לוי (לעיל, הערה 18), עמ' 125.

241 שם, עמ' 127; פרשת רוגוזין (לעיל, הערה 32), עמ' 711, שם נקבע כי בית-המשפט רשאי לתת החלטות ביניים אף ביוזמתו, לפיכך הוא רשאי להורות על מחיקת תביעה/הגנה ללא עילה ו/או ליתן צו בדבר פרטים נוספים בתצהיר וכיוצא באלה דברים והכול כדי לברר את השאלות האמיתיות השנויות במחלוקת.

242 פרשת פרידמן (לעיל, הערה 218), שם נקבע סייג לחסינות, המאפשר הגשת תביעה נגד המדינה בגין רשלנות בית-המשפט במקרים חריגים מאוד של רשלנות גסה. לעומת זאת ישנה הביקורת שנמתחה על ההלכה בשורה של פסקי-דין ומאמרים, למשל: ד' אבניאלי

מאידך, בעל-הדין הרשלן רשאי לטעון לרשלנות תורמת מצד בעל-הדין שכנגד, בנסיבות שבהן ננקט הליך סרק ובמקום שבעל-הדין שכנגד היה יכול לעתור בהליך מתאים לסעד דיוני למחיקת או לדחיית ההליך על הסף בהיעדר עילה, ולהקטין בדרך זו את הנזק שנגרם. אם ימצא כי בנסיבות העניין סביר היה לעשות כן, בית-המשפט יתחשב ברשלנותו התורמת של הנפגע וחובתו להקטנת הנזק ויתן לכך ביטוי בהכרעתו, על-פי הכללים הנוהגים לעניין זה בדין הכללי.

עם זאת לא ניתן להתעלם מקיומו של שחקן נוסף בזירה שתפקידו איננו בלתי רלוונטי לענייננו והוא עורך-הדין של בעל-הדין הרשלן ולשאול אם ראוי להטיל עליו, יחד עם לקוחו או בלעדיו, אחריות למחדליו בניהול ההליך. הסוגיה איננה פשוטה כלל ועיקר ומחייבת דיון נפרד בעניין אחריות עורך-הדין כלפי מי שאיננו לקוחו.

#### (ט) אחריות עורך-הדין כלפי מי שאיננו לקוחו, בעניין ניהול הליכים משפטיים רשלניים

הטלת אחריות על עורך-הדין כלפי יריבו של לקוחו מחייבת איזון ועימות בין שיקולים רלוונטיים מתחרים, בשים לב למסגרת הדיון, שעניינה ניהול הליכים משפטיים.

התדיינות משפטית בין צדדים יריבים היא ביטוי, אולי הקיצוני ביותר, למידת יריבות מוגברת במיוחד, בין לקוחו של עורך-הדין והצד שכנגד וזו מחייבת התייחסות שונה ומיוחדת, שלא כמו בעניין הטלת אחריות "רגילה" על עורך-הדין כלפי הצד שכנגד, בנסיבות של יחסים משפטיים מחוץ לכותלי בית-המשפט, שם השיקולים העומדים ביסוד העניין שונים ועיקרם מידת הסתמכותו והאמון שרכש הצד שכנגד כלפי עורך-הדין, או במקום שבו התקיימו בין הצדדים יחסים מיוחדים "ונטילה וולונטרית של אחריות" מצד עורך-הדין<sup>243</sup>.

מכאן, הסתמכותו של הצד שכנגד על "אמינותו ויושרו" של עורך-הדין, כמו גם מידת האמון הסבירה, אינן רלוונטיות לענייננו, שכן בנסיבות של התדיינות משפטית, אין לייחס לצד שכנגד הסתמכות סבירה על עורך-הדין של יריבו, המנהל הליכים משפטיים כנגדו<sup>244</sup>.

<sup>243</sup> "מי ישפוט את השופטים וכיצד?" פרקליט מז (תשס"ד) 77; י' גלעד "אוי לדור ששופטיו צריכים להישפט?" עלי משפט ב (תשס"ב) 255.

<sup>243</sup> פרשת נחום (לעיל, הערה 77), פסקאות 36-43 לפסק-דינו של השופט ריבלין והסקירה ההשוואתית שהובאה שם לעניין זה; מ' ויסמן תביעות רשלנות בנוזיקין (2003), 841 ואילך והפסיקה המובאת שם.

<sup>244</sup> זר-גוטמן (לעיל, הערה 76), עמ' 182, הסבורה, שככל שמידת היריבות בין הצדדים נמוכה, גובר האמון והסתמכות הצד שכנגד על עורך-הדין.

זאת ועוד, נדרשת בחינה אחרת של מידת ההשפעה שיש להטלת האחריות על יחסי עורך-דין-לקוח. לכאורה, הטלת אחריות עלולה להציב את עורך-הדין במצב של ניגוד עניינים, לעתים עד כדי הפרת חובת הנאמנות והפרה של כללי הדין המשמעתי אשר חלים על עורך-הדין ביחסיו עם לקוחו. בנסיבות אלו גובר החשש לפגיעה בשיקול דעתם העצמאי של עורכי-הדין ופעילותם, בייחוד במצבים שבהם קידום עניינו של הלקוח עומד בניגוד לאינטרס בעל-הדין שכנגד. במצב דברים זה עלול עורך-הדין להפר את חובתו לפעול במסירות כלפי לקוחו בשל החשש להטלת אחריות, עד כדי פגיעה באיכות השירות המשפטי, שלציבור אינטרס מובהק בקיומו, ויצירת מצב של "עריכת-דין הגנתית"<sup>245</sup>.

אולם נדמה כי בענייננו, אין לחשש בדבר הפרת חובת הנאמנות של עורך-הדין כלפי לקוחו על מה לסמוך. בניהול הליכים משפטיים, החובה העיקרית המוטלת על עורך-הדין היא לנהל את ההליכים בסבירות. בנסיבות אלה, קשה לראות כיצד התנהגותו הסבירה תעמוד בניגוד לאינטרס לקוחו, שכן עורך-הדין איננו נדרש ברגיל במהלך ניהול ההליכים ליתן לצד שכנגד שירות, שעלול להעמידו בניגוד עניינים והפרת כללי האתיקה המקצועית.

מכאן, נדמה כי בנסיבות של התדיינות משפטית, המשקל שיש ליתן לשיקולים אלו מופחת עד מאוד. עוד יצוין כי גילוי מידע רלוונטי לצד שכנגד, במסגרת הליך משפטי, איננו פוגע לכאורה בחובת הסודיות המוטלת על עורך-הדין וגילוי מותר<sup>246</sup>.

בעניין זה הועלתה הטענה שבשל חובת הגילוי יימנעו לקוחות מלשתף את עורכי-דינם במידע רלוונטי ואלה יעדיפו שלא לקחת על עצמם ייצוג לקוחות, בשל החשש להטלת אחריות כלפי הצד שכנגד, עד כדי היווצרות מצב שבו יהיה קשה לקבל שירות משפטי בעניינים מסוימים<sup>247</sup>.

גם לטענה זו אין ליתן משקל רב בענייננו, שכן במהלך ניהול הליכים משפטיים עורך-הדין איננו נדרש לשתף את הצד שכנגד במידע שחל עליו חיסיון, ועם זאת הדין איננו מתיר, כעניין שבמדיניות משפטית ראויה, להציג לבית-המשפט ולצד שכנגד

245 שם, עמ' 184-185.

246 אם לפי כלל 19 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ז-1986 ואם במסגרת החובה הקבועה בדין הכללי בדבר גילוי מידע רלוונטי; ראו זר-גוטמן (לעיל, הערה 76), עמ' 187-190, ודעתה בקשר לחובת הגילוי בנסיבות אלו.

247 שם, עמ' 191.

תשתית עובדתית חסרה<sup>248</sup>. אמת, בנסיבות של שירות משפטי מחוץ לכותלי בית- המשפט יש לטענה על מה לסמוך<sup>249</sup>.

בספרות ובפסיקה הזרה הוצע ליתן סייג לאחריות ומפלט מפני הטלתה בנסיבות שבהן נתן עורך-הדין אזהרה מוקדמת לצד שכנגד, שלא הסתמך על דבריו ומעשיו<sup>250</sup>. בענייננו, מתן אזהרה מוקדמת איננה נחוצה, לנוכח טיבם המיוחד של היחסים שבין לקוחו של עורך-הדין לצד שכנגד והדבר טבוע בהליכים המשפטיים שהצדדים מנהלים ביניהם, עד כי בעל-דין סביר צריך לדעת שבנסיבות אלו אין להסתמך על עורך-הדין של היריב.

לעומת זאת יש מקום להתייחסות מיוחדת לנסיבות שבהן צד בוחר שלא להיות מיוצג במהלך ההתדיינות ולראות בהתנהגותו "נטילת סיכון" מדעת, שכן רצונו לחסוך בעלות השירותים המשפטיים מלמד על מודעותו לסיכון, בשל היעדר מומחיותו וכישוריו המשפטיים ויש בסיכון שנטל כדי ללמד במקרים המתאימים על היעדרה של אחריות קונקרטי מצד עורך-הדין של יריבו ולמצער, על רשלנות תורמת מצדו<sup>251</sup>.

מכל המקובץ עולה כי הטלת אחריות על עורך-הדין כלפי הצד שכנגד בגין ניהול רשלני של הליכים, מחייבת עריכת איזון אחר מזו הנוהגת לעניין יחסים מחוץ לכותלי בית-המשפט ונקודת האיזון משתנה: מחד גיסא, לכאורה אין מקום להטיל עליו אחריות, מהשיקולים והטעמים שהובאו בפסיקה בעניין הסתמכותו של הצד שכנגד והאמון שנתן בעורך-הדין, שכן אלה אינם רלוונטיים להליך המשפטי. מאידך גיסא, אין בשיקולים שהובאו כדי להצדיק היעדרה של אחריות בנסיבות של ניהול רשלני מצד עורך-הדין שפעל מטעמו של לקוחו. אם כן מה הם השיקולים המייחדים את ההליך המשפטי, שיש בהם כדי להצדיק הטלת אחריות על עורך-הדין? ובהקשר זה, האם לא ניתן להסתפק בהטלת אחריות עליו בלבד ולהימנע מלהטיל אחריות על בעלי-הדין?

לכאורה ראוי להטיל אחריות על עורך-הדין מטעמים של הרתעה יעילה, בהיות עורך-הדין "מונע הנזק הזול ביותר" וכמי ששולט על ניהול ההליכים הלכה למעשה. הטלת אחריות במקרים המתאימים, תגרום להפנמת התנהגותו המזיקה ותמריץ את עורך-הדין לנקוט באמצעי זהירות סבירים למניעת הסיכון שבניהול הליכים רשלניים. זאת ועוד, בנסיבות אלה אין צורך בהרחבת מעגל הנתבעים ודי בהטלת אחריות על עורך-הדין כדי להשיג הרתעה יעילה.

248 שכן התנהגות זו עלולה להיחשב כשימוש לרעה בהליכים והפרת חובת תום הלב, ראו פרשת סחר ים (לעיל, הערה 23).

249 והנני מצטרף, בכל הכבוד, לעמדה שהובאה במאמרה של זר-גוטמן (לעיל, הערה 76), עמ' 188, ולדעתה בקשר לפסק-דין המאוזכר שם, בעניין ערד (לעיל, הערה 76).

250 זר-גוטמן (לעיל, הערה 76), עמ' 191 והפסיקה המובאת שם.

251 שם, עמ' 193; פרשת נחום (לעיל, הערה 77), שם נקבע שאין ליתן תמריץ שלילי לשכירת עורך-דין.

הימנעות מהטלת אחריות על בעלי-הדין אף תשרת את זכותם החופשית לגישה לערכאות, שלציבור יש אינטרס רב בקיומה, נוסף על כך שעורך-הדין הוא "כיס עמוק" ומקור לפיזור הנזק, שכן ברשותו ביטוח מקצועי והטלת אחריות עליו מבטיחה שהניזוק יקבל את הפיצוי.

עם זאת הטלת אחריות על עורך-הדין תגרום ל"אפקט צינון" בשל החשש מחיוב בפיצויים, תשנה את התנהגותו בשל נקיטת אמצעי זהירות מוגברים, תעצים את עלויות ההתדיינות ובמקרים מסוימים תוביל לסירוב ייצוג הלקוח ודרך זו תיפגע באופן עקיף זכות הגישה לערכאות.

שקלול מושכל של מכלול השיקולים הרלוונטיים לעניינו של עורך-הדין, מעלה כי אין בשיקולים שהובאו כדי להצדיק אי-הטלת אחריות ומכוח השיקולים הכלליים בעניין הטלת אחריות על בעלי-הדין, יש לראות בו במקרים המתאימים מעוול משותף עם לקוח-שולחו, מתוקף חבותם הסולידרית לנזק שגרמו לצד שכנגד ועל-פי הקבוע בסעיף 11 לפקודת הניזוקין. בחלוקת האחריות ביניהם תיבחן תרומתם היחסית של כל אחד מהם בנפרד להפרת החובה ולגרימת הנזק, על-פי המבחנים הנוהגים לעניין מידת האשמה המוסרית, בנסיבות כל מקרה ומקרה, עד כי במקרים המתאימים ניתן לפטור כליל מי מהם מאחריות ובלי שיהיה בכך כדי לפגוע בזכותו של הניזוק להיפרע מהם יחד ולחוד ובמלוא שיעור הנזק שנקבע.

כך למשל במקום שההתרשלות היא במישור העובדתי, בנסיבות שהעובדות הרלוונטיות הן בידיעת הלקוח בלבד, יש מקום לקביעת שיעור אחריות מופחת לעורך-הדין. לעומת זאת במקום שמעשה ההתרשלות קשור למישור המשפטי בעניין הערכה רשלנית של העובדות והמסקנות המשפטיות על-פיהן, יש מקום להטיל את עיקר האחריות, אם לא את כולה, על עורך-הדין, אשר מומחיותו בתחום המשפטי ועליו החובה לערוך חקירה סבירה בעניין קיומה של עילה ראויה ומחדלו מלעשות כן מצדיק שיעור משמעותי בחלוקת האחריות בינו לבין לקוחו. עם זאת הכול תלוי בנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה ואין זה ראוי לפטור, אפריורית, מי מהם מאחריות.

כללם של דברים "מקצוע עריכת הדין פועל בתוך מתחם משולש של נאמנות צולבות: נאמנות ללקוח, נאמנות למערכת המשפט ונאמנות עורך הדין לאינטרסים שלו עצמו"<sup>252</sup>, אולם אין לראות בחובת הנאמנות ללקוח את לב העיקר בהתנהגותו, שכן זו

252 ל' זר-גוטמן "חובת עורך-הדין לא להטעות את בית-המשפט" עיוני משפט כד (תשס"א) 413. המאמר מנתח את חובתו של עורך-הדין מכוח סעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין וכללי האתיקה שהותקנו מכוחו ובעיקר בחובת עורך-הדין שלא להטעות את בית-המשפט מכוח תפקידו כנאמן בית-המשפט, גם אם יש בכך כדי לפגוע בזכויות לקוחו. המאמר סוקר את היסודות המרכיבים את העבירה המשמעתית של הטעת בית-המשפט על שני חלקיה ומגיע למסקנה, בין היתר באמצעות שימוש בדוקטרינות הלקוחות מדיני העונשין לעניין

נסוגה מפני חובתו כלפי בית-המשפט, אשר במהותה מהווה מעין חובת מסגרת<sup>253</sup> ובגדרה קיימת חובתו כלפי הצד שכנגד וממנה נגזרות חובות משנה קונקרטיות, בנסיבות כל מקרה ומקרה. החובה המרכזית בין החובות המוטלות על עורך-הדין כלפי בית-המשפט וכלפי הצד שכנגד בקשר לניהול הליכים משפטיים, היא החובה בניהול הליכים משפטיים סבירים, קרי על בסיס עובדתי ומשפטי סביר וככל שידרש, עליו לנקוט באמצעי זהירות למניעת הליכי סרק ולקיים חקירה ראויה בגדרם.

חובת עורך-הדין קשורה אפוא לחובתו לקיים "חקירה סבירה" בדבר קיומן של העובדות המהותיות והביסוס הראייתי להן ובעניין זה רשאי עורך-הדין לסמוך על העובדות שמסר לקוחו ובלבד שבחן את כמותן ומשקלן ומצא שיש בהן כדי להקים עילה סבירה. לפיכך עורך-הדין לא יחוב אם ימצא בסיום ההליך כי העובדות שעליהן סומכת העילה כוזבות (אלא אם יוכח כי עורך-הדין היה שותף ביודעין להצגתם). עם זאת חקירה חלקית ורשלנית עלולה להקים אחריות, אם עורך-הדין יימנע מלשוחח עם לקוחו ולברר את מכלול העובדות והראיות הרלוונטיות הקיימות בידי לקוחו ובכלל זה, ככל שניתן, לשוחח עם עדים מטעם לקוחו ולבחון באופן סביר את עדותם, לרבות המסמכים שבדעת לקוחו לסמוך עליהם במהלך הדיון.

באשר להיבט המשפטי, על עורך-הדין לבחון את מסכת העובדות ולחקור בדבר המסקנות המשפטיות העולות מהן. לצורך כך עליו לקיים "חקירה סבירה" בדבר המקורות המשפטיים האפשריים, לרבות תקדימים שפורסמו ולשאול את עצמו עד כמה יש בכל אלה כדי להקים עילה מוכרת בדיון. סיכומו של דבר, על עורך-הדין לעשות את כל הדרוש מבחינה מקצועית ובסבירות המתחייבת בנסיבות העניין<sup>254</sup>.

עם זאת הטלת אחריות על עורך-הדין מתווספת לכאורה לכלים אחרים העומדים לרשות בית-המשפט בעניין התנהגותו של עורך-הדין במהלך ההתדיינות המשפטית, ובכלל זה פסיקת הוצאות רגילות ואישיות על עורך-הדין במקרים המתאימים<sup>255</sup>. מכאן שהשאלה בהקשר זה היא אם ניתן להשיג את התוצאה המיוחלת באמצעות כלים אלו ובלי להידרש להטלת אחריות נוספת בנוזקין.

הוכחת היסוד הנפשי, כי מוטלת חובה על עורך-הדין מכוחו של סעיף 54 לבדוק ביסודיות את טענותיו של לקוחו בטרם יוצגו בבית-המשפט ולנקוט בצעדים המתאימים המתחייבים, לרבות גילוי ההטעיה לבית-המשפט.

253 שם, עמ' 415, וממנה מותר וראוי לגזור חובות קונקרטיות שונות שהמשותף לכולן לסייע לבית-המשפט לעשות משפט.

254 ע"א 4166/00 שטרית נ' ובר, פ"ד נה(4) 958.

255 וכלים נוספים אחרים, ראו מאמרה של זר-גוטמן (לעיל, הערה 252), עמ' 456-460. כמו כן ראו גינוסר (לעיל, הערה 20), עמ' 566.

## (י) פסיקת הוצאות, רגילות ו/או אישיות כתחליף להטלת אחריות

כידוע, בית-המשפט מוסמך לפסוק הוצאות בסיום הדיון והדין החל מימים ימימה קובע כי באופן עקרוני, המפסיד הוא שנושא בהוצאות המשפט של הזוכה בדין<sup>256</sup>. מכאן, עשויה לעלות הטענה שלפיה די בפסיקת הוצאות, ששיעורן נתון ממילא לשיקול דעתו של בית-המשפט ואשר בנסיבות המתאימות ניתן ליתן על-פיו ביטוי למורת רוחו מניהול הליכי סרק בדרך של פסיקה מוגדלת של הוצאות.

לפיכך, בשים לב לזכות הגישה לערכאות, מעמדה החוקתי ויתר השיקולים המצדיקים אי-הטלת אחריות, יש בפסיקת ההוצאות כדי להיות לכאורה פיצוי נאות והולם, המהווה איזון ראוי בין השיקולים המתחרים ואשר מצדיק היעדר אחריות בנוזיקין. יצוין כי בשיטת המשפט הנוהגת בארצות-הברית, כל צד נושא בהוצאותיו, אם זכה ואם הפסיד<sup>257</sup> ולכאורה גישה זו מצדיקה קיומה של אחריות נפרדת בנוזיקין, כפי שזו נוהגת, לפיצוי בגין הנזקים שנגרמו בשל ניהול הליך ללא עילה סבירה ומסתברת ובכלל זה לשיפוי בגין הוצאות ההתדיינות. במשפטנו נוהגת שיטה אחרת המאפשרת הטלת הוצאות, אולם אלה צריך שיהיו ריאליות, סבירות ומידתיות<sup>258</sup>, בהתחשב, בין היתר, בהתנהלות הצדדים. מטעם זה ועל-פי אותו טיעון, אין הצדקה לכאורה לקיומה של חובה נוספת.

אמת, בחלק גדול מהמקרים לא יהיה צורך במתן פיצוי נוסף על ההוצאות, אולם הדברים אמורים במקום שבנסיבות העניין שיעור הנזק שנגרם איננו חורג משיעור ההוצאות שנפסקו, אשר על-פי הדין הן "ריאליות, סבירות ומידתיות". עם זאת במקום שנגרם נזק נוסף, למשל נזק כלכלי בשל היעדר אפשרות של שימוש בכסף המוחזק בידי הנתבע (במקום שננקט הליך הגנה רשלני) או נזקים לעסקו ולרכושו של הנתבע (במקום שננקט הליך תביעה רשלני), לא יהיה בפסיקת ההוצאות, שאין בהן אלא קיצור דרך דיוני ופיצוי חלקי בלבד, כדי ליתן מענה הולם ופיצוי למלוא הנזק, בייחוד בשל היעדר מסגרת דיונית מתאימה להוכחתו<sup>259</sup> ובמרבית המקרים לא יהיה בפסיקת הוצאות לדוגמה, כדי לפצות את הניזוק על מלוא נזקיו. מכאן שאין במוסד ההוצאות, כפי שהוצג לעיל, כדי ליתן מענה הולם למכלול הנזקים שעלולים להיגרם בשל ניהול הליך רשלני.

בעניין זה עשויה להישמע הטענה שלפיה ניתן במקרים המתאימים להטיל הוצאות לטובת אוצר המדינה מכוח תקנה 514 לתקנות ואף להטיל הוצאות אישיות על עורך-הדין ובדרך זו לגרום לבעל-הדין ולעורך-דינו להפנים את התנהגותם הרשלנית בניהול

256 פרשת תנובה (לעיל, הערה 216), עמ' 9 והפסיקה המובאת שם.

257 שם, שם והמקור המובא שם.

258 שם.

259 פרשת מנצור (לעיל, הערה 224), עמ' 443; פרשת פלוני (לעיל, הערה 214), עמ' 401.

הדיון בצורה יעילה ובלי שיהיה צורך להטיל על עורך-הדין או על לקוחו אחריות נוספת, בנזיקין. לטענה זו, בשים לב לדין הנוהג, אין על מה לסמוך.

בכל הנוגע להטלת הוצאות לטובת אוצר המדינה מכוח תקנה 514 אין בהן, על-פי הגדרתן, כדי לסייע לבעל-דין שנפגע מניהול הליכי סרק ופסיקתן אינה נותנת מענה לנזק שנגרם לו. אמת, פסיקת הוצאות לטובת אוצר המדינה בצורה מושכלת וזהירה היא אמצעי הרתעתי כלפי בעל-דין שניהל הליכי סרק ומשמשת כלי ראוי ויעיל לצורך ניצול מיטבי של הזמן השיפוטי, אולם השימוש בו נעשה במשורה ובמקרים חריגים ביותר ורק "כאשר בעל דין חרג בצורה קיצונית מן המקובל", וגם אז ראוי כי שיעורן ייקבע "במידה ובמתינות"<sup>260</sup>. מכאן שתרומתו של אמצעי זה להרתעה יעילה כנגד ניהול הליכי סרק חלקית ואינה מספקת. זאת ועוד, יש הסוברים שלתקנה 514, על-פי לשונה, אין תחולה בנסיבות שבהן ננקטו הליכי סרק מלכתחילה, קרי במקום שלא היה להליכים כל יסוד עובדתי או משפטי, במובחן מניהולם בדרך לא ראויה במקום שלא נפל כל פגם בהגשתם והיה צידוק בנקיטתם<sup>261</sup>. כך בעניין הוצאות לטובת אוצר המדינה וכך גם בעניין חיוב בהוצאות אישיות על עורך-הדין.

כפי שנוכחנו, המבחנים שנקבעו לחיוב עורך-הדין בהוצאות אישיות הם צרים ביותר, ככל הנראה בשל המסגרת הדיונית המיוחדת שבגדרה הם מוטלים ונדרש יסוד של זדון כתנאי להטלתם<sup>262</sup>. בנסיבות אלה, לא ניתן להשיג הרתעה יעילה ולמנוע את התנהלותם של הליכי הסרק או לצמצמם באופן ניכר, ככל שרשלנות עומדת ביסודם.

במשפט הפדרלי האמריקני נוהג כלל 11 (Rule 11), שמכוחו ניתן להטיל הוצאות אפקטיביות בשל התנהגות רשלנית של עורך-הדין ומחדלו מלבצע "חקירה סבירה" (reasonable inquiry)<sup>263</sup> של העובדות והמסקנות המשפטיות על-פיהן. לכאורה ניתן

260 פרשת תדיראן (לעיל, הערה 47).

261 לויין (לעיל, הערה 18), עמ' 48. בכל הכבוד הראוי, אני בדעה אחרת. אני סבור כי ניתן לראות בתקנה, על-פי התכלית העומדת ביסודה, מקור משפטי לפסיקת הוצאות גם בנסיבות שבהן לא היה מקום לניהול ההליכים מעיקרם, אולם אינני נזקק לדיון מפורט בשאלת נסיבות תחולתה של התקנה, שכן אין בה, למעט במקרים הקיצוניים ביותר (שמטבע הדברים נמצאים בשוליים), כדי לסייע בפסיקת פיצויים לטובת בעל-הדין שניזוק מהתנהגותו הרשלנית של בעל-הדין שכנגד, ומשכך היא איננה מקור מספק ועוגן ראוי לתלות בו את חובת הפיצוי.

262 ראו זוסמן (לעיל, הערה 12), עמ' 538. ההלכה בעניין זה ויסודותיה הנוקשים נקבעו בע"א 4845/95 ניר נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(2) 639, שלפיה ככלל ולמעט מקרים חריגים ונדירים ייטה בית-המשפט להימנע מחיוב עורך-הדין בהוצאות אישיות. ראו והשוו ע"א 7775/01 גבעון נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 25.11.02), שם הוטלו הוצאות גבוהות במיוחד על עורך-הדין המערער בשל שימוש לרעה בהליכי בית-משפט, בנסיבות של כפיית ייצוג לקוחותיו, בניגוד לרצונם.

263 ראו לעיל פרק ד3.

להציע להתקין כלל כדוגמת כלל 11 ונדמה כי זה עשוי להיות פתרון יעיל, בלבד שהמבחן להטלת הוצאות על-פיו ייקבע בהתאם למתכונת הנוהגת שם.

מבחן "החקירה הסבירה" ראוי ומתאים בנסיבות העניין להשגת הרתעה יעילה, אולם בהיעדר מסגרת דיונית דומה במשפטנו אין בהוצאות אישיות שיוטלו על עורך-הדין כדי להשיג הרתעה יעילה ונדמה כי יש לשמור את הטלתן למקרים חריגים במיוחד, כפי שנקבע ובשים לב למסגרת הדיונית הקיימת. עם זאת יש להותיר בידי בעל-הדין שנפגע סעד מהותי, בדרך של תביעת פיצויים כנגד יריבו וכנגד עורך-הדין שלוחו של יריבו על-פי עוולת הרשלנות.

בחינת מכלול השיקולים הרלוונטיים מעלה כי השיקולים להיעדר אחריות הם בעלי משקל ואין להקל בהם ראש, אלא שיש להעמידם כנגד השיקולים המתחרים המצדיקים הטלת אחריות, תוך יצירת איזון ועימות נאות ביניהם. נראה לי כי בתהליך השקילה והעימות בין כל השיקולים שהובאו, השיקולים המצדדים בהטלת אחריות גוברים ולפיכך יש מקום להכיר בקיומה של חובת זהירות מושגית בעניינם של צדדים, לרבות עורכי-דינם, המנהלים הליך אזרחי בהיעדר עילה סבירה, כפי שזו חלה במשפט האמריקני, שם מוטלת חובה על צדדים להליך משפטי לנהל את עניינם בסבירות ועל יסוד עילה מסתברת.

עם זאת הנני סבור כי יש בעוולת הרשלנות מרחב ניכר לשיקול דעת, אשר במקרים קונקרטיים לא יצדיקו להטיל אחריות על בעל-דין או על עורך-הדין שפעל מטעמו בנסיבות אותו המקרה.

#### 4. יסודות העולה המוצעת

לאחר שמצאנו כי יש מקום להטיל אחריות על צדדים להליך המשפטי, אפנה לדון ביסודות העולה המוצעת, העובדת והמשפטי, כמו גם בעניינים נוספים הקשורים בהיקף תחולתה ובמסגרת הדיונית הראויה לבחינת האחריות בגדרה.

##### (א) יסוד ההתרשלות

הטיעון המרכזי לעניין מעשה הרשלנות הוא כי מי שמנהל הליכים משפטיים אזרחיים ללא עילה סבירה (תביעה או הגנה), מפר את חובת הזהירות וחייב לפצות את יריבו.

מבחן "העילה הסבירה" העומד בבסיס ההתרשלות כולל שני מרכיבים מצטברים – עובדתי ומשפטי – ועל-פיהם יש יסוד סביר להניח כי יש בידי נוקט ההליך את כל העובדות המהותיות שעליהן מבוססת עילתו ואלו מקימות עילה מוכרת בדין הנוהג. המונח "יסוד סביר" הוא מונח אובייקטיבי-נורמטיבי ונבחן בכל מקרה ומקרה על-פי נסיבותיו ובתשובה לשאלה אם אדם סביר היה בנסיבות העניין מגיע למסקנה בטרם נקיטת ההליכים כי יש בידיו את מכלול העובדות המהותיות הרלוונטיות והתמיכה

הראייתית הדרושה לביסוס עילת תביעה על-פיהן, וכי על יסוד העובדות המהותיות, יש בידו עילת תביעה או הגנה, המוכרת בדין הנהג. יצוין כי אין מקום להבחנה בין עילת תביעה או הגנה, שכן לגבי שתיהן מצופה מבעל-הדין לנהוג בסבירות ולכלכל את צעדיו בהתאם, בטרם ינקוט בהליכים, וכשם שאין להתיר תביעת סרק, אין מקום לאפשר הגנת סרק בהיעדר טעם לדבר.

מהותו של ההיבט העובדתי, במסגרת "העילה הסבירה" והיסוד הסביר שבגדרה, הוא בעיקרו אי-ידיעה רשלנית של מכלול העובדות המהותיות, לרבות בקשר לאמיתותן, במקום שחקירה סבירה בנסיבות העניין, הייתה מלמדת על היעדרן או על אי-אמיתותן. ודוק, אי-ידיעה רשלנית כוללת גם ידיעה בפועל, שכן יסוד ההתרשלות כולל גם מעשים מכונים<sup>264</sup>, מודעות ו"עצימת עיניים" השקולה למודעות<sup>265</sup>.

בהקשר זה ניתן להביא כדוגמה טענות עובדתיות הנתמכות בעדות יחידה של העד, שאילו הייתה נעשית חקירה מוקדמת, היא הייתה מלמדת כי לא ניתן לזמן את העד למתן עדותו, בשל מותו או מחלתו ובהיעדר עדותו לא ניתן להוכיח את עילת התביעה.

דוגמאות אחרות: במקום שחקירה סבירה הייתה מלמדת על קיומם של מסמכים או ראיות אחרות המפריכות את טענות התובע או הנתבע; במקום שבו הוגשה תובענה או הגנה בלי בדיקה ושקילה של מכלול הראיות בטרם הגשתה; במקום שבו נטענו טענות כוזבות וניתן להפריכן באמצעות מסמכים שקיימים בידי הצד השני או בידי עדים אחרים; טענות בדבר נזק שנגרם לגוף או לרכוש, בלי שהטענה נבדקה על-ידי מומחה בטרם הגשת התובענה ולאחריה נמצא כי אין ממש בטענה; במקום שנטען כי קיימות עדויות בעניין מסוים ובמהלך הדיון הוברר כי לא מניה ולא מקצתיה, וכי חקירה עניינית הייתה מגלה את היעדרן בטרם הגשת התובענה או ההגנה וכיוצא באלה מחדלים באשר לבדיקת מכלול העובדות הרלוונטיות, קיומן ואמיתותן.

מהותו של ההיבט המשפטי במסגרת "העילה הסבירה" הוא בעיקרו הערכה רשלנית של השאלות המשפטיות והמסקנה העולה מהן, על יסוד העובדות המהותיות והדין החל בנסיבות העניין, בין שזו נעשית ללא ייעוץ משפטי במקום שלא הייתה מניעה סבירה לעשות כן בהתחשב באמצעים הסבירים לקבלתו ובין שזו נעשית על יסוד ייעוץ משפטי רשלני שניתן עובר לנקיטת ההליכים, הגם שייעוץ משפטי רשלני מעמיד לכאורה בידו של בעל-הדין, עילת תביעה כנגד עורך-הדין אשר על עצתו הסתמך.

בהקשר זה ניתן לייחס מחדל רשלני לבעל-דין, בייחוד בנסיבות שבהן בחר שלא להיות מיוצג ולנהל את ההליך המשפטי בעצמו, במקום שהייתה דרושה בדיקה משפטית

264 ראו פרשת סחר ים (לעיל, הערה 23), פסקה 18 לפסק-דינו של השופט מצא והפסיקה המובאת שם, אם כי ברגיל, ניהול הליך סרק מכוון וזדוני מקים עילה אחרת, בשל הפרת חובת תום הלב ובנסיבות אלה נדמה כי זו עדיפה.

265 פרשת ארוך (לעיל, הערה 105), עמ' 94.

סבירה של הדין החל טרם תחילת ההליכים, וזו לא נעשתה בשל היעדר כישורים מתאימים של בעל-הדין ובלי שניתן טעם סביר לדבר. זאת ועוד, הנני סבור כי אין לאמץ את הגישה הנוהגת במשפט האמריקני, שלפיה פוטרים מאחריות בעל-דין שהסתמך על עצה משפטית, בנסיבות ובתנאים שנקבעו שם, כאשר עומדת לו זכות לשיפוי מעורך-הדין ואין זה ראוי לשלול מהניזוק את הפיצוי בגין הייעוץ הרשלני שניתן לבעל-הדין המזיק.

### (ב) מידת הרשלנות

בהקשר זה עולה השאלה אם יש מקום לקביעת מידת רשלנות מיוחדת, לנוכח היחסים המיוחדים שבין הצדדים והשיקולים המאפיינים את הסביבה המשפטית הרלוונטית.

בפרשת סחר ים נקבע כי איזון ראוי של האינטרסים הנוגעים בדבר מחייב "רמת התנהגות מיוחדת למערכת יחסים זו. על פי רמה זו תידרש רשלנות גסה או רשלנות רבתי או התנהגות בזדון או בחוסר תום לב על מנת להעמיד לנתבע עילת תביעה ברשלנות"<sup>266</sup>.

אכן נכון, קביעת רמות שונות של מידת זהירות במערכות יחסים אינה זרה לשיטתנו המשפטית<sup>267</sup>, אולם נדמה כי בענייננו, אין צורך להידרש למידת רשלנות מיוחדת קבועה מראש בשל סיבה מעשית ועניינית כאחד.

מההיבט המעשי, אין משמעות של ממש לקביעת מידת רשלנות מיוחדת, שכן הבחנות בין רמות שונות של אחריות קשות ליישום הלכה למעשה ואין בהן אלא הבדלים סמנטיים בלבד. מההיבט הענייני, נדמה כי ראוי לאמץ גישה אחרת ולמקם את מידת הרשלנות במקום גיאומטרי שונה מזה המוצע. אמת המידה שלפיה נבחנת התנהגות האדם הסביר היא אמת מידה אובייקטיבית ועל כן ראוי לקבוע את שיעור המידה במערכת היחסים המיוחדת במסגרת בחינת כל מקרה ומקרה לגופו, ולשנות את רף הסבירות בהתאם למאפיינים סובייקטיביים של המזיק ולפי נסיבותיו במסגרת קביעת ההפרה<sup>268</sup>.

266 פרשת סחר ים (לעיל, הערה 23), עמ' 664, פסקה 6 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן. ראו גם פרשת פסל (לעיל, הערה 27), שם הוצע ליישם מידת אחריות גבוהה להתנהגות שיש עמה רשלנות בולטת.

267 ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45; פרשת פרידמן (לעיל, הערה 218).  
268 פרשת חמד (לעיל, הערה 212), פסקה 2 לפסק-דינו של השופט ריבלין; הצעת החוק דיני ממונות, סעיף 461 – עוולת הרשלנות, שלפיו הוצע להסתפק בתיבה "התרשלות" בלבד, מאחר שכל התרשלות תיבחן ממילא על רקע נסיבותיה.

עם זאת ניתן לטעון כי בשים לב לקיומו של מוסד ההוצאות, שבגדרו ניתן במרבית המקרים לקבל סעד מספק, יש מקום, אם בכלל, להטיל אחריות נוספת רק בנסיבות חריגות, לנוכח השיקולים כבדי המשקל העומדים מנגד ובייחוד זכות הגישה לערכאות ולפיכך לקבוע מידת רשלנות מוגברת כתנאי להטלתה.

זאת ועוד, המציאות המשפטית הנוהגת שונה מזו שבמשפט המקובל, ובייחוד בדיון האמריקני, שם נושא כל צד בהוצאותיו ועל אף האמור נדרש שם יסוד נפשי של זדון וגם מטעם זה ראוי לאמץ מידת רשלנות מחמירה.

עם זאת לנוכח מכלול השיקולים שהובאו, הנני סבור כי ראוי להשאיר עניין זה להתפתחות הפסיקה, בהתחשב בהיקף התביעות ומספר המקרים שלהם יידרש בית-המשפט ולהותיר בידיו את שיקול הדעת ליצירת מנגנונים מרסנים בלי לקבוע מסמרות. בהקשר זה יצוין כי גישת המשפט המקובל, שלפיה להקמת אחריות נדרש יסוד של זדון, שהוא יסוד נפשי ברמה של מודעות, סותר מניה וביה את עוולת הרשלנות, שמטבעה מניחה אי-ידיעה ומטעם זה בלבד יש לדחות את מבחן הזדון למידת הרשלנות<sup>269</sup>.

עוולת הרשלנות תחול בנסיבות שבהן ננקטו הליכים רשלניים ללא יסוד נפשי ובהיעדר מטרה זרה, שאם זו קיימת, תתאים מערכת הנסיבות לאחריות בעילה אחרת של הפרת חובת תום הלב ושל ניצול לרעה של ההליך המשפטי.

באשר ליסוד תום הלב כמבחן ראוי למידת הרשלנות, אינני נדרש להכביר מילים לנוכח ההבחנה המוצעת בין הפרת חובת תום הלב במובנה הסובייקטיבי כעוולה עצמאית ונפרדת, לבין עוולת הרשלנות ומהותה בהקשרה האובייקטיבי<sup>270</sup>.

### (ג) סייג לאחריות

בקודקס האזרחי הוצע לסייג את האחריות בנוזיקין במסגרת ההליך המשפטי ולפיו "ב) בעל דין, בא כוחו או עד, לא יישאו באחריות בנוזיקין למעשה שעשו בתום לב בהליך משפט ולמטרתו"<sup>271</sup>. בדברי ההסבר נאמר כי הוראה דומה נמצאת כיום רק בסעיף 13(5) לחוק איסור לשון הרע<sup>272</sup> אשר חל על פרסום של משתתף בהליך משפטי.

269 ראו גינוסר (לעיל, הערה 20), עמ' 246-247, שם המחבר מותח ביקורת בעניין היסוד הנפשי בעוולת הנגישה ועמדתו היא כי הוכחת קיומו של זדון, כפי שנקבע בעוולה, הוא מיותר ומעורר תמיהה.

270 ראו לעיל, פרק 33(ג): "על רשלנות ותום לב (אובייקטיבי) ומה שביניהם". כן ראו פרשת רוקר (לעיל, הערה 24), פסקה 28 לפסק-דינו של השופט חשין, שלפיו "אין לתמוה כי המושגים תום לב, הגינות, הוגנות וסבירות משמשים בדבריו חליפות כמכוונים לאותה מהות".

271 הצעת חוק דיני ממונות, סעיף 449.

272 חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965.

עוד נאמר שם כי מטרת הסייג היא להגן על משתתפים בהליך המשפטי וכן למנוע ניהול מחדש של הליך משפטי שהסתיים באמצעות הגשת תביעה בנוזיקין, אשר עלול לגרום להרתעת יתר מפני השתתפות בהליך ועד לפגיעה בעקרון סופיות הדיון ויצירת עומס על המערכת.

הסייג המוצע חל על מי שפעל בתום לב, אם התרשל ואם לא ולא יהיה ניתן להגיש נגדו תביעה בעוולת הרשלנות אלא אם פעל בחוסר תום לב.

באשר לשיקולים העומדים ביסוד הטלת האחריות, אלה הובאו בהרחבה ואין צורך לשוב ולפרטם ועל-פי האיזון שנערך בגדרם מצאנו כי ראוי להטיל אחריות על משתתף בהליך משפטי. השאלה העולה בהקשר זה לנוכח הסייג שהובא בקודקס היא אם יש מקום להכיר בהגנת תום הלב ולפטור מאחריות על-פיה, במקום שעוולת הרשלנות איננה מכירה ברגיל בהגנת תום הלב כחריג להטלת אחריות בגדרה. לשון אחר, מהו היסוד להבחנה בין תחולתה של עוולת הרשלנות בנסיבות רגילות לבין זו שחלה בנסיבות של ניהול הליכים משפטיים.

נדמה כי על-פי דברי ההסבר שם, השיקול המרכזי העומד ביסוד הסייג, עניינו הדמיון בין האחריות ברשלנות במסגרת ניהול הליכים משפטיים, לבין זו הקיימת בחוק איסור לשון הרע, שם נקבעה הגנת תום הלב בנסיבות שפורטו בסעיף 15 לחוק ולענייננו, פרסום שנעשה על-ידי משתתף בהליך המשפטי ובמהלך ניהול הדיון, אולם עיון בחוק איסור לשון הרע מעלה כי התנאים לקיומה של אחריות על-פיו הם מעשה של פרסום, בנסיבות שנקבעו ובלי שיהיה צורך ביסוד נפשי נלווה כלשהו, לרבות של רשלנות<sup>273</sup>. בנסיבות אלה, יש מקום לחריג שנקבע שם, שאם לא כן כל "מעשה של פרסום" עלול להקים אחריות בנוזיקין, מעין עוולה של אחריות מוחלטת. בענייננו, איננו נדרשים לקיומה של הגנת תום הלב, לנוכח טיבה של האחריות בעוולת הרשלנות, שלפיה יש להוכיח את יסוד ההתרשלות כתנאי להקמת אחריות ובגדרו נבחנת התנהגותו הסבירה של המזיק והשיקולים שם דומים במהותם לאלה הקיימים במוסד תום הלב (האובייקטיבי), שיסודותיו שקולים ליסוד הרשלנות<sup>274</sup>.

לפיכך משנקבע בקודקס כי משתתף בהליך שיפוטי, "לרבות בא כוחו", הוצע לפרש את הסייג שהובא שם בצמצום ובגדרו "ראוי לפרש באופן הכולל גם איסור על התרשלות ולמצער – על התרשלות חמורה" ומכל מקום "לשקול מחדש את מעמדו של הסייג המוצע בקודקס לעורך הדין בהליך השיפוטי ואת גבולותיו"<sup>275</sup>.

מכל המקובץ עולה כי הסייג שהובא בגדרו של סעיף 449(ב) לקודקס מיותר, איננו נחוץ ומוצע להסירו.

273 שם, סעיף 7; א' שנהר דיני לשון הרע (תשנ"ז), פרק 11, עמ' 143-144.  
 274 ראו לעיל, פרק 33(ג): "על רשלנות ותום לב (אובייקטיבי) ומה שביניהם".  
 275 דויטש (לעיל, הערה 83), עמ' 106.

## (ד) לעניין הנזק

יסוד הנזק בעוולת הרשלנות מוגדר בסעיף 2 לפקודת הנזיקין ולפיו:

"נזק" – אובדן חיים, אובדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם טוב או חיסור מהם וכל אובדן או חיסור כיוצאים באלה".

הגדרת הנזק רחבה וכוללת את כל סוגי הנזק, בין פיזי ובין שאינו פיזי, בין ממוני ובין שאינו ממוני<sup>276</sup>. עם זאת לא כל נזק כפי שהוא מתגבש במציאות, מטיל אחריות על המזיק וישנם שיקולים שונים, שיש בהם כדי לצמצם את אחריותו של המזיק לנזק מסוים, אולם נדמה כי מקומם של השיקולים הרלוונטיים לבחינת סוגי הנזקים הוא במסגרת השיקולים של מדיניות משפטית הקשורים ביסוד החובה.

לפיכך "המקום הגיאומטרי" לדיון בשאלה אם יש להכיר בקיומו של נזק מיוחד החורג מראשי הנזק "הרגילים", הוא במסגרת הדיון בעניין חובת הזהירות המושגית והשיקולים המתחרים לקביעתה.

בענייננו, אין באופן עקרוני מניעה שלא להכיר בקיומם של נזקים ממוניים ולא ממוניים, מיוחדים וכלליים, כפי שנעשה ברגיל בשאלת תחולתה של עוולת הרשלנות בנסיבות אחרות ואין טעם של ממש המצדיק סטייה מדיני הנזיקין הרגילים.

עם זאת נדמה כי יש מקום לדיון בשאלת פסיקתם של פיצויים עונשיים, שהרי אלו אינם נכללים במסגרת הסעד התרופתי שנועד להסיר את הנזק ולהטיבו.

אכן נכון, כפי שהובא לעיל, תכלית הפיצויים היא בהעמדת הניזוק עד כמה שאפשר באותו מצב עובר לפגיעה העוללתית, באמצעות תשלום כסף<sup>277</sup>.

קיימות שיטות משפט המכירות בסעד של פיצויים עונשיים (punitive damages)<sup>278</sup>, כלומר מתן פיצוי בסכום שאינו משקף הערכה של הנזק, אלא גלום בו יסוד הענשה<sup>279</sup>. עם זאת בשיטות משפט אחרות ובמשפטנו נקבע כי "בנסיבות בהם התנהגות המזיק היא חמורה במיוחד או שיש עמה פגיעה בזכויות חוקתיות" יטיל בית-המשפט פיצויים עונשיים, אשר גם "הניתוח הכלכלי למשפט ייחד לפיצויים העונשיים תפקיד חשוב בקידום התכלית של הרתעה יעילה", ובנסיבות שבהן "סכום הפיצויים העונשיים צריך

276 פרשת גורדון (לעיל, הערה 29) (שם נפסק שבמסגרת ראשי הנזק ניתן לכלול גם נזק בגין "הטרדה גרדא").

277 פרשת אטינגר (לעיל, הערה 211), פסקה 73 לפסק-הדין, שם נקבע כי "תכלית זו שזורה ושלובה בעקרון, לפיו אין אדם חייב בפיצויים, אלא בגין הנזק שגרם. עקרון זה מקבל ביטוי בהתניית האחריות בנזיקין בקיומם של נזק שהוסב לניזוק ושל קשר סיבתי בין המעשה העוללתי לבין אותו הנזק".

278 במשפט המקובל ראו בסקירת המשפט המשווה לעיל, בקשר לפיצויים עונשיים.

279 פרשת אטינגר (לעיל, הערה 211), פסקאות 74-80 לפסק-הדין, שם נערך דיון מפורט בסוגיית הפיצויים העונשיים והשיקולים לפסיקתם, בין היתר תוך סקירה השוואתית.

לשקף את הסיכוי שהמזיק לא יחוב בגין עוולתו<sup>280</sup> ועל-פיה הכירה ההלכה הפסוקה בפסיקת פיצויים עונשיים במקרים המתאימים. מכאן, נדמה כי ניתן להצדיק את פסיקתם בנסיבות של ניהול הליכי סרק, בכוונת זדון או מתוך מודעות מלאה לניהול ההליך, ובייחוד במקום שבו הוכח כי העובדות שהובאו בכתיבי הטענות נמצאו כוזבות בעליל. במצב דברים זה יהיה בהטלת פיצויים עונשיים כדי לקדם מדיניות של הרתעה יעילה<sup>281</sup>.

#### (ה) עניינים דיוניים

השאלה העיקרית בהקשר זה היא בדבר המסגרת הדיונית הראויה לביורור הטענות בקשר להליך סרק קודם שהתנהל בין אותם צדדים. לשון אחר, האם יש לאמץ את ההלכה במשפט המקובל, שלפיה לא ניתן להגיש תביעה בגין הליכי סרק אלא לאחר סיום ההליכים הקודמים העומדים ביסודה או שמא ניתן להכיר במסגרת דיונית אחרת בדרך של הגשת תביעה שכנגד או נגירת, במסגרת ההליכים המתנהלים או בהגשת בקשה מתאימה עם סיומם, לקביעת מרכיבי הנזק ובפני אותו מותב שדן בתובענה.

בעניין זה קיימים שיקולים סותרים. מצד אחד, ראוי להמתין לסיומם של ההליכים שבעניינם נטען לניהול סרק, שכן קביעה בדבר היותם הליכי סרק עשויה לשמש במקרים מסוימים "פלוגתא פסוקה" בין אותם צדדים ולצורך דיון בתביעה נפרדת, ובלבד שהובאו ראיות לעניין זה ונקבע ממצא פוזיטיבי. מצד אחר, ראוי למצוא את הדרך להביא בפני המותב שדן בתובענה את התובענה הנוספת, אשר בדרך יעילה ומקוצרת, לנוכח פרטי ההליך הנהירים לו, יכריע גם בעניין הליכי הסרק בלי שיהיה צורך בהגשת תביעה נפרדת, אשר עשויה להתברר בפני מותב אחר שאיננו בקיא בפרטי ההליכים הקודמים בין אותם צדדים ואשר עשוי להגיע להכרעה אחרת<sup>282</sup>.

280 שם, פסקה 76 לפסק-הדין. מכל מקום, פסיקתם הוגבלה "לנסיבות יוצאות מגדר הרגיל ובמיוחד... שהתנהגות הנתבע שערווייתית או זדונית במידה המצדיקה את הענשתו"; שם, פסקה 78 לפסק-הדין.

281 ת"א (י-ם) 2555/00 מרגלית נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי. כן ראוי להטיל פיצויים עונשיים בעניין הפרת חובת תום הלב, במקרים המתאימים ולנוכח טיבו של תום הלב המונח בגדרה של האחריות, שטיבו סובייקטיבי ועניינו הוא מודעות לניהול הליך סרק ורצון בהשגת מטרה זרה העומדת ביסודו.

282 זו גם דעתו של גינוסר (לעיל, הערה 20), שלפיה קיימת דרך מתאימה יותר שאיננה פוגעת בעקרון סופיות הדיון והיא הפעלת סמכותו של בית-המשפט הקיימת לו והענקת הסעדים הדרושים במהלך הדיון אגב ניהול סרק שלו, אשר ברגיל לא יהיה צורך לחרוג מפסיקת הוצאות ואם הוברר כי לבעל-הדין שכנגד נגרם נזק נוסף, יהיה השופט מוסמך לחייב את

בהליכים פליליים מוכרת האפשרות שלפיה ניתן להגיש "תביעה אזרחית נגרת להרשעה בפלילים" כקבוע בסעיף 77 לחוק בתי המשפט ועל-פי תקנה 17 לתקנות תוגש התובענה לבית-המשפט שבו הורשע הנתבע ויצורף לכתב התביעה העתק מפסק-הדין והעתק מכתב האישום, ובלבד שכתב התביעה יוגש בתוך 30 יום מיום שפסק-הדין בפלילים הפך לחלוט.

להגשת תובענה בשל הליכי סרק במסגרת תביעה נגרת, יש צורך בתיקון סעיף 77 לחוק בתי המשפט ותקנה 17 לתקנות ובשינויים המתחייבים.

לנוכח השיקולים המתחרים הנני סבור כי ראוי להשאיר לשיקול דעתו של בית-המשפט את המסגרת הדיונית היעילה לבירור הטענות בדבר הליכי סרק ולהתיר הגשת תביעה שכנגד, אשר במקרים המתאימים ועל-פי הקבוע בתקנה 59 לתקנות רשאי הנתבע שכנגד לעתור להפרדת התביעה שכנגד מהתביעה העיקרית ובקשתו תידון על-פי הכללים הנוהגים לעניין זה, שעיקרם כי ראוי להפריד את הדיון במקום שבו האיחוד יגרום לסירבול ההליכים ולעיכוב בבירור התביעה העיקרית.

המקרים המתאימים להגשת תביעה שכנגד, תחת המתנה לסיום ההליכים הקודמים, הם בנסיבות שבהן בולטת אי-התקינות וזו גלויה על פניה ובייחוד בעניינים עובדתיים שעל-פיהם משוכנע הנתבע (התובע שכנגד) שאין בסיס לטענות התובע כנגדו. בנסיבות אלה ראוי לקיים בירור משותף ומאוחד של טענות הצדדים, הן בקשר להליכים שבגינם נטען לניהול סרק הן בקשר לנזקים שנגרמו בשל ניהולם, ככל שייקבע כי יסודם רשלני. דרך זו תקהה את הפגיעה בעקרונות סופיות הדיון ותתרום לבירור מהיר ויעיל של טענות הצדדים.

## 1. סיכום

חלפו למעלה מ-30 שנה מאז הוצע לראשונה על-ידי פרופ' גינוסר במאמרו, להכיר בקיומה של חובת זהירות מושגית בעניין מי שמנהל הליכי משפט רשלניים.

עם חלוף השנים נקבע אגב אורחא, בתחילה בפרשת ארנס ובהמשך בפרשת גורדון, כי מוטלת על תובע אזרחי חובת זהירות מושגית ועל יסודה נקבעה ההלכה בדבר קיומה בעניינם של גורמי התביעה הפליליים. על יסוד פרשת גורדון נקבעה לראשונה הלכה בפרשת סחר ים בדבר קיומה של חובת זהירות מושגית, בעניין מי שמבקש להטיל עיקול זמני ובקשר לאופן קבלת הצו, שלאחריה הובאה בפסיקה – בפרשת פסל – הקריאה להרחבתה, בעניין פעולות נוספות בהליך המשפטי.

יריבו בפיצויים במסגרת פסק-הדין. בנסיבות אלה ניתן יהיה לפסוק את הפיצויים במסגרת "סעד כללי" ו/או בדרך של הגשת תביעה שכנגד.

במשך השנים חל שינוי באקלים המשפטי הנוהג וגידול משמעותי בהגשת תביעות סרק לבתי המשפט<sup>283</sup>, דבר שגרם להגדלת העומס עד כדי הבאת מערכת המשפט בפני קריסה. אחת הדרכים להתמודד עם השינוי במציאות המשתנה היא להכיר בקיומה של חובת זהירות מושגית כללית בעניין מי שמנהל הליכים משפטיים ולא נוקט באמצעי זהירות להבטחת ניהולם הסביר. משנמצא כי אין בפסיקת הוצאות כדי ליתן תרופה הולמת למי שנפגע מניהולם של הליכי סרק ואין בתרופות הדיוניות סעד מספק, קיים תמריץ לניהול הליכי סרק, שכן בהערכה כלכלית מושכלת תוחלת הסיכון בניהולם קטנה מהתועלת הנפסדת בגינם. הכרה בחובת זהירות מושגית תניח מסד ראוי לניהול יעיל של הליכים משפטיים, לא תפגע מעבר למידה ראויה בזכות הגישה לערכאות ובעקרון סופיות הדיון ועם זאת תתרום ליציבות המערכת, להקטנת העומס ובזבוז משאביה ותסייע לאכיפה צודקת, מהירה יעילה ושוויונית של זכויות מהותיות. במסגרת השיקולים שהובאו, מצאתי כי יש מקום להטיל אחריות על עורך-הדין, שלקוחו ניהל באמצעותו הליכים רשלניים, משלא ערך חקירה סבירה קודם לנקיטתם, כאשר חלוקת האחריות ביניהם תיקבע בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו.

אכן, "דרכו של המשפט שמעת לעת מתחדשים בו חידושים. הוא משתנה עם שינוי העתים ועם השינויים בתפיסות החברתיות, הכלכליות והפוליטיות. לא אחת מתקבל החידוש בתחילת דרכו כזעזוע ואף כ'רעידת אדמה', אך דרכם של חידושים שהם נוצקים לתוך מסכת החיים המשפטיים ונעשים חלק 'אורגני' ממנה, בין על דרך של חקיקה ובין על דרך של פסיקה"<sup>284</sup>.

עוד ביקשתי להראות כי אין הבדל של ממש בין התנהגות בתום לב במובנו האובייקטיבי, לבין רשלנות, באשר אלו ניזונים ממקורות נורמטיביים דומים ולפיכך אין גם צורך להכיר בסייג לאחריות, כפי שהוצע בהצעת החוק דיני ממונות לעניין התנהגות בתום לב. זאת ועוד, מצאתי כי יש להכיר במקור נוסף להטלת אחריות בגין הליכי סרק, שעניינה הפרת חובת תום הלב במובנו הסובייקטיבי, שכן שימוש לרעה בהליכי בית המשפט היא הפרה של החובה שמכוחה ניתן להגיש תובענה לפיצויים ובגין הנזקים שנגרמו בשל הפרתה.

משלא נמצאה בדין הנוהג תרופה הולמת לסיכול הליכי סרק ו/או לפיצוי בגינם, בעוד שזו נהגת במשפט המקובל, מוצע לאמץ עקרונית לענייננו את הדין החל שם, בשינויים המתחייבים, ולהטיל אחריות בגין ניהול הליכי סרק, בין מכוח חובת תום הלב, במקום שנמצא כי ההליכים נוהלו למטרה זרה להליך ובין מכוח עוולת הרשלנות, בנסיבות ניהול רשלני של ההליך המשפטי.

283 הגם שלא נעשה מחקר אמפירי בנושא. הטענה מבוססת על ניסיוני כשופט ועל שיחותיי עם חבריי לכס השיפוט.

284 דנ"א 4011/04 עיריית ירושלים נ' עזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל, פ"ד נט(4) 8, 16-15.