

השפעת שיקולי צדק ויושר על ההליך השיפוטי האזרחי

קובי ורדי*

א. מבוא; ב. סמכות עניינית; 1. השראה מדו"ח ועדת אור; 2. יצירת השתק ומניעות במקרה של אי העלאת טענת היעדר סמכות עניינית בהודמנות הראשונה; ג. דיני המצאה; ד. סמכות טבועה; ה. סעדים זמניים ופעולות המתבצעות במסגרת הליך שיפוטי; ו. "תקנת הסל" ומבחן הפלוגתאות שבמחלוקת; ז. חזקות עובדתיות מיוחדות; ח. בית המשפט סוטה מהסכמים דיוניים בין צדדים מתקן טעויות של בעלי דין/עורכי דין/שופטים; 1. סטייה מהסדר דיוני עקב טעות של עורך דין; 2. התגברות על טענות פרוצדורליות להשגת מטרה צודקת; 3. תיקן טעויות ושגיאות של בית המשפט עצמו למען הצדק ולמניעת עוול; ט. סיכום

את עדי הכרתי כאופן אישי עוד בימי הראשונים כתלמיד בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, עדי תרגל אותי בקורס בדיני נזיקין. לימים, הצטלבו דרכינו פעמים נוספות בכית המשפט בתל-אביב-יפו, משהחלפתי את עדי בכית משפט השלום כשמיעת המרצות פתיחה וצווי מניעה זמניים, ועם מעברו לבית המשפט המחוזי כשופט בפועל. בהמשך התיידדנו והתחברנו והיינו נפגשים בכית המשפט ומחוצה לו.

חיפשתי נושא למאמר שישקף ויהלום את דרכו השיפוטית ואישיותו של עדי ובחרתי בנושא: "השפעת שיקולי צדק ויושר על ההליך השיפוטי האזרחי". לטעמי, נושא זה משקף את דרכו השיפוטית של עדי, שהתאפיינה במציאת פתרונות משפטיים מיוחדים ולא שגרתיים, כדי להגיע לתוצאה צודקת ולבטא את תחושת הצדק שכערה בעצמותיו¹.

עדי היה משפטן מצוין אבל מעל לכל בן אדם, לכן, מאמר זה מוקדש לעדי. יהי זכרו ברוך!

* שופט בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו ודוקטור למשפטים.

1 ראו דוגמאות להחלטות של השופט ד"ר עדי אור שהביאו לידי ביטוי את תחושת ושליוחות הצדק: בש"א (מחוזי ת"א) 17239/03 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' אמנונים חברה לעבודות עפר בע"מ (לא פורסם, 25.5.04) לגבי מעשה בית-דין וסטייה מן הכלל של מעשה בית-דין משיקולי צדק המחייבים זאת, ובש"א (מחוזי ת"א) 23993/01 רינגל נ' לינדאור, תק-מח 2004 (1) 3290 (2004) לגבי תיקון בקשה לרשות להתגונן שניתנה גם למי שהתגלה כי נהג בחוסר תום לב בהצגת גרסה לא נכונה בעבר, כדי להשיג תוצאה ראויה וצודקת.

א. מכוא

"הרשות השופטת אינה אך חבר שופטים וספר חוקים ושולחן וכיסא ומנורה. המושג רשות שופטת הינו רחב – רחב ועמוק – מאלה. בית משפט הוא צדק ויושר, ערכים ומנהגות, מוסכמות ומושכלות, עקרונות ועיקרים"².

ניתן להצביע על מגמה כללית בפסיקת כתי המשפט של מתן משקל יתר ושימת דגש על הפן המהותי, להבדיל מהפן הטכני הפרוצדורלי, תוך שימוש ב"ארגז הכלים" של השופט למתן פתרונות יצירתיים, גמישים ומיוחדים כדי להגיע לתוצאה משפטית צודקת. חלק מהמגמה מתבטאת בהמצאת "כלים" חדשים, או בשימוש ב"כלים" "המיובאים" ממקורות משפטיים זרים, או בהרחבת השימוש ב"כלים" חריגים, מעבר למה שהיה מקובל עד כה.

יש לציין ולהדגיש שהשימוש הנ"ל נובע, לעתים, מצורך מערכתי למצוא פתרון צודק לבעיה משפטית בסיסית הגורמת לקשיים מערכתיים, כדי להדביק את המציאות, המתקדמת בצעדים מהירים יותר מהמשפט. לעתים, השימוש הנ"ל נובע מהצורך למצוא פתרון משפטי צודק שייתן מענה לבעיה אנושית ספציפית או לסיטואציה פרטית מיוחדת. לעתים, השימוש נובע מתפישת עולמו האישית של השופט הדין בתיק, ומהמטען שהוא נושא עמו, מצבעוניותו ואישיותו, ולעתים – מצורך השעה, בנסיבותיו של תיק נתון, למציאת פתרון צודק.

מאמר זה לא בא להצביע על הכלל, אלא דווקא על היוצא מן הכלל. מאמר זה גם לא בא לחלק ציונים לשבח או להעביר ביקורת על שופטים אלה או אחרים שנקטו פתרונות שיפטיים יצירתיים. מטרת המאמר היא להציג לפני הקורא את "ארגז הכלים" של השופט, את השימוש שנעשה ב"כלים" אלה ואת השפעתם של שיקולי הצדק והיושר על ההליך השיפוטי בכמה נושאים, בניסיון לבחון מתי ניתן לעשות בהם שימוש, באיזו צורה ולאיזו תוצאה ניתן להגיע בעזרתם, ולהעמיד לרשות הקהילייה המשפטית והציבור הרחב מידע וידע לגבי האפשרות לעשות שימוש ב"כלים" האמורים, על החסרונות והיתרונות שבכך.

נוסף לכך, הדוגמאות המובאות במאמר הן דוגמאות בלבד שאינן ממצות את הסוגיות המשפטיות שבהן עושה בית המשפט שימוש בשיקולי צדק ויושר. יש להדגיש, שכיוון שמדובר ב"כלים" חריגים ומיוחדים בחלקם, נודעת חשיבות דווקא לשימוש המצומצם והזהיר שייעשה בהם, לא כדבר שבשגרה אלא לשם מציאת פתרון צודק במקרים מיוחדים וחריגים.

מאמר זה יבחן ויצג את השפעת שיקולי הצדק והיושר על ההליך השיפוטי האזרחי, ואת יישומם במספר נושאים בולטים.

2 רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 265 (1999).

ב. סמכות עניינית

ניתן להצביע על מגמה של אחידות ו"יישור קו" בנושאים של סמכויות, כשכבת המשפט מפרש באופן רחב את עניין הסמכות, במטרה להקנות סמכות לבית המשפט. כך, מבחינת הסמכות המקומית, תוך תפישתה של המדינה כמדינה קטנה, כשאינן משמעות מופרזת לשאלה אם תובענה פלוגית מוגשת בתחום סמכותו המקומית של בית משפט פלוני, ואין עניין זה ראוי, בנסיבות רגילות, לשמש נושא להעלאת טענות טרומיות. כל זאת, כדי להיכנס ל"טרקלין" של בית המשפט וכחלק ממגמה של התאמת סדרי הדין להוראות הדין המהותי³.

למעשה, עניין לוי, צמצם מאוד את המקרים שבהם יעביר בית המשפט תיק לבית משפט אחר מחמת חוסר סמכות מקומית. זאת, כדי למנוע הארכת דיונים שלא לצורך ודחייה של מתדיינים וכדי להגיע לדיון מהותי לגוף העניין. כל זאת, נוסף להלכה הפסוקה, שלפיה יש להעלות את הטענה בדבר היעדר סמכות מקומית בהזדמנות הראשונה, ונוסף למתן פרשנות רחבה לסעיפים המקנים סמכות מקומית בתקנות סדר הדין האזרחי.

גם לגבי סמכות בינלאומית, בית המשפט נוטה לראות את העולם כ"כפר גלובלי" אחד לגבי השאלה אם מדובר ב"פורום לא נאות", ונטייתו גוברת שלא להיענות לטענה זו, עקב היעדר המשמעות המכבידה כבעבר של המרחקים בין המקומות וההתפתחויות בתקשורת ובאמצעי התחבורה והקומיניקציה⁴.

מגמה כללית זו הולכת ומתפשטת גם אל עבר שאלת הסמכות המהותית העוסקת בעניין עצמו – הסמכות העניינית – תוך שאיפה לאחידות ולשימוש ב"כלים" של תום לב ומניעות, כחלק ממגמה זו, שאינה מגובה עדיין בחקיקה.

הכיוון הוא, שבעניין הסמכויות תהא אחידות לגבי הצורך להעלות את הטענה של היעדר סמכות עניינית בהזדמנות הראשונה, בדומה לטענה לגבי היעדר סמכות מקומית. אם הטענה אינה מועלית בהזדמנות הראשונה, יוצרת הפסיקה מניעות והשתק להעלאתה, תוך שימוש בעקרון תום הלב ומניעת שימוש לרעה בהליכי משפט.

זאת – בהמשך למגמה בעניין הסמכות המקומית והסמכות הבינלאומית, בהמשך לנטייה לכיוון המהות, לרצון להגיע ל"טרקלין", וכדי להתאים את המצב המשפטי למציאות שנוצרה כל זמן שדו"ח ועדת אור טרם אומץ כמלואו בחקיקה. בדו"ח ועדת אור הוצע, בסעיף 34 להצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 28) (מבנה

3 רע"א 6920/94 לוי נ' פולג, פ"ד מט(2) 732 (1995); שם פורש המקום שנועד לקיום התחייבות כמקום שנועד לקיומו של חיוב הנובע מהדין, ולא רק המקום שנועד לקיומו של חיוב הקשור לחוזה או הנובע ממנו.

4 רע"א 2705/97 הגבס א' סיני (1989) בע"מ נ' The Lockformer Co., פ"ד נב(1) 109 (1998); רע"א 2903/96 מסיקה נ' דולנס, פ"ד נב(1) 817 (1998); זאת, להכריל מפסיקה בשנות ה-80 שראתה ב"טלטול" נבדק לרופא מומחה מירושלים לתל אביב, דרישה בלתי סבירה שאינה עולה בקנה אחד עם דרישת תום הלב: בר"ע 305/80 שילה נ' רצקובסקי, פ"ד לה(3) 451 (1981).

מערכת בתי המשפט ותיקונים שונים), התש"ס–2000, שאם אין מועלית טענה בדבר היעדר סמכות עניינית על ידי בעל דין לראשונה, או על ידי בית המשפט בתחילת הדין, קונה בית המשפט סמכות עניינית, וזאת כדי למנוע תקלות שמא כל ההליכים יהיו בטלים בכל שלב.

הכלל הנוהג הינו שפסק דין שניתן בהיעדר סמכות עניינית הוא בטל (void). לכן, תוצאתה של העלאת טענה זו על ידי צדדים או על ידי בית המשפט בכל שלב, כולל בערכאת הערעור, עלולה הייתה להביא לבטלות פסק הדין, לאחר שנים של התדייניות ו"התגלגלויות" בערכאות משפטיות. זאת, כמו גם האפשרות למניפולציות של צדדים, שימתינו עם הטענה של היעדר סמכות עניינית כ"קלף אחרון" כדי לשלוף אותו במקרה שהסיכוי המשפטי שלהם קטן או קלוש ואין להם עוד מה להפסיד, או לאחר שהפסידו בערכאה הראשונה, והם מנסים לגרום לביטול פסק הדין או ההליך או לעבור לשופט או לבית משפט אחר.

יש להביא בחשבון שפרשנות רחבה במקרה ספציפי המקנה סמכות, עלולה להיות לרועץ במקרה אחר, שיעלו בו עובדות דומות. אך התוצאה במקרה האחר בשימוש בפרשנות זהה עשויה להביא לתוצאה הפוכה, ולכן מן הראוי ליצור אחידות במקרים ספציפיים הדורשים פרשנות בשאלת הסמכות העניינית. כמענה על הצורך האמור ולצורך מתן פתרון מערכתי משפטי, פיתחה הרשות השיפוטית כמה "כלים" כדי להיחלץ ממצבים בהם טענה בדבר היעדר סמכות עניינית נטענת שלא בהזדמנות הראשונה.

1. השראה מדו"ח ועדת אור

בית המשפט מפרש באופן רחב את הכלל הקובע "לא יעבירנו עוד", הנקוב בסעיף 79(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984 (להלן: חוק בתי המשפט), כך שהוא חל גם במקרה של העברת עניין שאינו מאותו סוג⁵. בית המשפט בעניין לוי ציין את דו"ח ועדת אור לכדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל, אשר הצביע על התוצאות הקשות המוכתבות על ידי הדין הקיים, ושהציע להגביל את האפשרות להעלות טענות בנוגע להיעדר סמכות עניינית, בדומה לסמכות המקומית, רק במקרים שבהם העלו בעלי הדין את נטענות בהזדמנות הראשונה, תוך שאיבת השראה מהצעות ועדת אור במקרה שהוראות הדין ניתנות לפרשנויות שונות, למרות שהצעות אלו טרם נתקבלו.

5. דהיינו, העברה ראשונה מחמת היעדר סמכות עניינית ואחר כך נטען להיעדר סמכות מקומית, או העברה ראשונה מחוסר סמכות מקומית ואחר כך נטען להיעדר סמכות עניינית. להבדיל מהעברתו של עניין מאותו סוג של היעדר סמכות עניינית או היעדר סמכות מקומית, הן בהעברה הראשונה והן בטענה המועלית מאוחר יותר, המהווה הרחבה לכאורה של עניין קלקודה — ע"א 145/58 קלקודה נ' אגד (א.ש.ד.) אגודה שיתופית לתחבורה בע"מ, פ"ד יג 260 (1959). למרות שלטעמי, הלכת קלקודה רחבה מספיק וניתנת לפרשנות מרחיבה הכוללת את כל סוגי המקרים, כך שלא היה צורך להרחיבה.

כלומר, בית המשפט בעניין לוי עשה שימוש בדו"ח ועדת אור כמקור השראה לפרשנות רחבה כדי להסיר מכשול משפטי ולהגיע למהות המשפטית. בית המשפט הסביר זאת גם בטעמים פרגמטיים המצדיקים הימנעות, ככל האפשר, מלאפשר לבעלי הדין ל"טלטל" את ההליכים המתנהלים ביניהם מבית משפט אחד למשנהו, ולאחר מכן שוב לבית משפט אחר. גם לטענות בעניין "היעדר סמכות" חייב להיות "סוף" על מנת שבעלי הדין יתכבדו ויכנסו מוקדם ככל האפשר לעובי הקורה של טענותיהם, לגופו של עניין, תוך הכרעה על יסוד שיקולים של מדיניות שיפוטית המתבססת גם על טעמים פרגמטיים.

2. יצירת השתק ומניעות במקרה של אי העלאת טענת היעדר סמכות עניינית בהזדמנות הראשונה

כשם שהעברה לפי סעיף 79 לחוק בתי המשפט יוצרת השתק המונע בעל דין, שלא העלה בעתה טענה בדבר חוסר סמכות, מלהעלות טענה כזו בהמשך, כך יוצר בית המשפט מניעות גם לגבי אי העלאת טענה בדבר היעדר סמכות עניינית בהזדמנות הראשונה.

הפסיקה הלכה בכיוון זה בתחילה בזהירות ובהדרגתיות, צעד אחר צעד, תוך התבטאויות "מעבר לנדרש" וציון העובדה שבעת האחרונה נחלשה במידת מה ההלכה שהייתה מקובלת עד עתה, שלפיה ניתן להעלות טענת היעדר סמכות עניינית בכל שלב, גם בערעור. נשמעו קולות שראוי לשקול למנוע העלאת הטענה כשהתנהל דיון שלם ומפורט בערכאה שיפוטית רגילה שמבוקש לבטלו, בהתעלם מהזמן שעבר ומהמשאבים שהושקעו.

כך, בפסק דין דור אנרגיה⁶, הביע השופט אור את דעתו שלגבי בתי המשפט הרגילים, רצוי לקבוע כלל, שלפיו לאחר שבית המשפט דן בעניין ונתן את פסקו, שוב לא תוכל לצוף ולעלות שאלת הסמכות העניינית בכל שלב נוסף של הדיון. השופטת (כתוארה אז) ביניש הלכה בדרכו של השופט אור בעניין אלעזרה⁷ והוסיפה, כי העלאת טענה בדבר היעדר סמכות עניינית בערעור, כאשר המערער לא השלים עם תוצאות פסק הדין, מהווה דוגמה נוספת לכך שאין להשאיר פתח לטענת חוסר סמכות מקום שההליך התברר במלואו לפני בית משפט הנמנה עם בתי המשפט של המערכת השיפוטית הרגילה, כדי למנוע התדיינות ממושכת ומיותרת נוספת על חשבון הבירור הענייני והיעיל של הסכסוך.

דהיינו, מדובר בהתבטאויות שיפוטיות שהן בגדר הבעת דעה וקריאה לצורך לקבוע כלל לגבי מקרה שבית משפט כבר נתן את פסק דינו. אך כפי שנראה בהמשך, קריאה זו התבססה והתרחבה עד כדי הנמקה מהותית היוצרת גם מניעות, וזאת – אף במקרה שבית המשפט טרם נתן את פסק הדין. בית המשפט ציין שתפישה זו נובעת לא רק משיקולים מעשיים של יעילות

6 ע"א 1049/94 דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' חמדן, פ"ד (5) 820, 829 (1997).

7 ע"א 4796/95 אלעזרה נ' אלעזרה, פ"ד נא(2) 675, 669 (1997).

הדין, אלא שורשיה נעוצים בתפישה רחבה של מניעות שיסודה בחוכת תום הלב ובמניעת השימוש לרעה בהליכי בית המשפט על ידי צד המפסיד במשפט, המעלה לראשונה בערעור טענת היעדר סמכות עניינית.

בית המשפט ציין שגם כיום, בטרם קיבלה הצעת החוק שבעקבות ועדת אור תוקף, מנוע בעל דין מלהעלות טענת היעדר סמכות עניינית באיחור, כאשר טענה זו טענה ביסוס עובדתי שלא הובא.⁸

בית המשפט עשה לעניין זה שימוש ב"עובדות סמכותיות" הנקבעות על ידי הערכאה הראשונה על פי כתבי הטענות, לצורך הסמכות, בלא שניתן להוסיף על כך בבית המשפט בערכאת הערעור. זאת, כ"מכשיר" נוסף לקבוע שעל פי העובדות שהיו לפני בית משפט קמא לצורך שאלת הסמכות, אין מקום לקבוע שלא הייתה סמכות עניינית.⁹

כאמור, מדובר בהתבטאויות שיפוטיות "מעבר לנדרש" העושות שימוש ספציפי ב"עובדות הסמכותיות" כדי לדחות טענה בדבר היעדר סמכות עניינית שהועלתה בשלב מאוחר (בערעור).

בהמשך, במקרה של טענה כזו שהועלתה 13 שנים לאחר פסק דין חלוט, הביע בית המשפט ביקורת על התופעה, בציינו שנוסיבות אלה העמידו את סיכוייה של טענת הסמכות באור נוקשה לא רק לגופה ולמהותה, אלא גם לגבי עצם קיומה של זכות דיונית להעלאתה בשלב זה של הדברים, ואפשר שבהקשר זה תקום מניעות וכדברי בית המשפט בעניין סילקו¹⁰:

"אין צריך לומר כי עשוי לעלות לדיון בהקשר זה גם היבט המניעות שיסודו בחוכת תום-הלב המוטלת על צדדים למשפט, ובכלל זה צד המפסיד במשפט, ביחס להעלאה לראשונה של טענת היעדר סמכות עניינית שנים כה רבות לאחר מתן פסק סופי בעניינו"¹¹.

במקרה נוסף בעניין כלפה¹², ראה בית המשפט העלאת טענת היעדר סמכות עניינית במסגרת הסיכומים לאחר כשלוש שנים של התדיינות בתביעה, כפעולה שנעשתה שלא בתום לב היוצרת מניעות להעלות טענת היעדר סמכות עניינית.

8 ע"א 1662/99 חיים נ' חיים, פ"ד נו(6) 295 (2002).

9 עניין אלעזרבה, לעיל ה"ש 7, השופטת ביניש והשופט שלמה לוי. לדוגמה, אם עניין שווי הנכס לא עלה בערכאה הראשונה וטענה זו לגבי השווי נטענת רק בערכאת הערעור, אין מקום לפתוח את נושא השווי מחדש.

10 רע"א 6630/00 ועד הנאמנים ת"א יפו נ' סילקו, פ"ד נו(6) 913 (2001); השופטת פרוקצ'יה, בהסתמכה על דבר המלך במועצה של ארץ ישראל (המקומות הקדושים), 1924, קבעה שאין סמכות לבית המשפט לדון במשפט הקשור למקומות הקדושים, תוך שימוש ב"עובדות סמכותיות" לצורך דחיית הטענה של היעדר סמכות עניינית.

11 עניין סילקו, שם, בעמ' 917.

12 רע"א 11183/02 כלפה נ' זהבי, פ"ד נח(3) 49 (2004) תוך חזרה על ההלכות והמגמה בעניין חיים, לעיל ה"ש 8 ובעניין אלעזרבה, לעיל ה"ש 7.

”כבר נאמר כי חובת תום הלב חלה גם על ההליכים שבהם נוקטים בעלי דין בבית המשפט. [...] יש גם מקום לומר, כי התנהגות שלא בתום לב של בעל דין, עלולה לחסום אותו, על דרך של מניעות, מלהעלות טענה [...] השתהותו של המבקש מלהעלות את טענתו נגד סמכותו של בית המשפט המחוזי לדון בתביעה עם פתיחת הדיון, ואף לאחר מכן, חוסמת את טענת העדר הסמכות, מחמת המניעות שנוצרה על ידיה”¹³.

מדובר בנימוקים שיפוטיים מהותיים לדחיית הטענה של היעדר סמכות עניינית ולא באמירה ”מעבר לנדרש”, וזאת, גם במקרה של העלאת הטענה להיעדר סמכות עניינית בשלב הסיכומים ולא בערעור או לאחר שפסק הדין כבר הפך לחלוט. מקל וחומר, שניתן יהיה להשתמש ב”כלי” של מניעות גם במקרים אלה.

בדרך כלל, ככל שהטענה בדבר היעדר סמכות עניינית תיטען בשלב מאוחר יותר (כמו לאחר פסק דין חלוט), המגמה תהיה להכשיר את הסמכות העניינית, ולא לשנות את המצב.

מדובר ב”כלי” שבא כמענה למציאות המתקדמת שבה המרחקים התקצרו. הוא נועד ליצור כלל משפטי שיאפשר פעולה ראויה ותקינה של ההליך השיפוטי ושיאפשר התדיינות מהותית לגופה, תוך יצירת אחידות לגבי הצורך להעלות את טענת היעדר הסמכות בהזדמנות הראשונה. זאת – כדי לא ל”טרטר” את בעלי הדין וכדי למנוע מניפולציות ושימוש לרעה בנושאי סמכות, תוך מתן מענה לבעיות פרקטיות היוצרות גם קושי מערכתי, וכדי להגיע, בסופו של דבר, לגוף העניין ולמהות.

ג. דיני המצאה

בהמשך לשאלת הסמכות, ובהקשר לה, קיימת התפתחות נוספת גם בדיני ההמצאה של כתבי הטענות ופסקי דין. התפתחות זו מצביעה על המטרה להגיע לביורר המהות עצמה ולא למנוע דיון באמצעות טענות טכניות, לעתים מקוממות, תוך יצירת מניעות מלטעון, במקרים חריגים, טענות נגד ההמצאה, מניעות הנובעת מחובת תום הלב.

כך, בית המשפט מוצא ליתן פרשנות רחבה לגבי המצאה לחו”ל בדואר רשום, נטען שלא ניתן להמציא בדואר לחו”ל על פי אמנת האג, משלא הייתה מחלוקת לגבי עצם מסירת כתב התביעה וקבלתו בפועל לידי הנמען. בית המשפט ציין:

”אומנם בפסיקה ובספרות הובעה הצעה, כי הקפדה על קיומן של הדרישות הפורמליות הקשורות לאופן ההמצאה היא תנאי לקיום ההליך בפני בית המשפט [...], אלא שאין זו הלכה פסוקה, ובמספר פסקי-דין והחלטות של בית-המשפט העליון נקבע כי ניתן לוותר על הדרישות הטכניות הקבועות

13 עניין כלפה, שם, בעמ' 52.

בחוק ובתקנות אם ניתן להוכיח את ההמצאה בדרך אחרת, ישירה או עקיפה. דעתי היא, כי דרך ההמצאה הינה שאלה טכנית גרידא, ואין בה כדי להשפיע על הסוגיה המהותית של האפשרות לקיים הליך נגד צד, שהוכח כי קיבל בפועל את כתבי הטענות הרלוואנטיים"¹⁴.

כך גם לגבי השאלה אם יש להעדיף את כלל ה"ידיעה" על אודות פסק דין על פני כלל ההמצאה של פסק הדין, במקרה שפסק הדין לא הומצא בהמצאה כדין, אך הוכח שהוא נמסר בדרך אחרת והיה בפועל בידעתו של הצד השני במשך תקופה ארוכה, שרק לאחריה פתח בהליך משפטי לביטולו. בית המשפט הכיר באפשרות להעדיף את כלל הידיעה כחריג לכלל ההמצאה, תוך כדי יצירת מניעות מלהעלות את הטענה כי חרף קיומו של כתב בי הדין בידיו וידיעת תוכנו, הוא לא פעל לביטולו במסגרת המועדים הקבועים בתקנות מחמת אי המצאתו הפורמלית¹⁵. זאת, כדי לקדם את התכלית הראויה של עמידה על קיומם של הליכים משפטיים בתוך פרקי הזמן הקבועים בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984, תוך מתן הזדמנות מלאה לבעלי הדין שקיבלו בפועל את כתבי ביהדין, גם אם לא בדרך של המצאה כדין, להתגונן כראוי וכדי להכריע באופן סופי במחלוקות תוך זמן סביר. כדברי בית המשפט בעניין סרביאן:

"מניעות זו מתיישבת עם עקרונות הסדר הדיוני ועם תכליתו וכן עם התפיסה המושרשת שלפיה חובת תום-הלב, החוצצה שתי וערב את מסגרות המשפט כולן, חלה גם על כללי סדר הדין באשר הם. היא מתיישבת עם צרכיה של מערכת השיפוט בקיום מסגרת מועדים סבירה לניהול הליכים וסיומם; היא עונה לזכויותיהם הדיוניות של בעלי-הדין כי מירון התקופות לנקיטת הליך משפטי יחל רק מנקודת הזמן שבה הובא כתב-ביהדין הרלוונטי לעניין לידיעתם; היא תואמת את זכות הגישה לערכאות הנתונה לאזרח ואינה סותרת אותה"¹⁶.

מדובר, בשימוש ב"כלי" משפטי קיים של עקרון תום הלב, תוך מתן פרשנות לתקנות סדר הדין האזרחי באופן ראוי ומהיר, שיביא לידי יעילות המערכת השיפוטית, בלא לפגוע בזכויות הצדדים ובלא לאפשר מניפולציות לבעלי דין, על

14 רע"א 8402/03 Raytheon Company נ' אשכרון חברה לטכנוניות ומסחר בע"מ, תק-על 2003(3) 1721 (2003), דברי השופטת דורנר, שאת גישתה הליברלית הנוטה לכיוון המהותי ניתן לפגוש גם במסגרת "כלים" אחרים כפי שיפורטו בהמשך.

15 ברע"א 1113/97 אסמאעיל נ' סלימאן (לא פורסם, 6.4.97), פסק דינו של הנשיא ברק; בר"מ 1299/02 תפנית אורטופדיה בע"מ נ' קופ"ח לאומית, פ"ד נו(4) 769 (2002), פסק דינה של השופטת בניני; רע"א 1415/04 סרביאן נ' סרביאן, פ"ד נט(2) 440, 445, השופטת פרוקצ'יה; וראו גם גישה שונה לגבי החלת כלל "ההמצאה" ולא "כלל הידיעה" כל זמן שלא עלתה טענת השתק – בש"א 1890/00 מנורה איוו אהרון בע"מ נ' אולצקי כריה (1990) בע"מ, פ"ד נד(2) 844, 840 (2000).

16 עניין סרביאן, שם, בעמ' 444–445.

השפעת שיקולי צדק ויושר על ההליך השיפוטי האזרחי

ידי יצירת מחסום ומניעות מלהעלות טענות טכניות, בזמן שמבחינה מהותית ברור שבעל הדין קיבל כתב טענות וידע על ההליך השיפוטי, והכול – כחריג לכלל ההמצאה במקרים מיוחדים.

ד. סמכות טבועה

הסמכות הטבועה היא סמכות ייחודית ומיוחדת, יציר התפתחות הפסיקה, שנעשה בה שימוש כמשך עשרות שנים, במקרים שונים. זוהי סמכות שעברה במהלך השנים גלים של צמצום והרחבה, תוך כדי תנודות ושינויים בפרשנות ובמקרים שבהם ייעשה בה שימוש.

בשנות ה-60 נעשה שימוש בסמכות הטבועה בעיקר במקרים של הארכת מועדים שנקבעו בפסק הדין לעשיית דבר. זאת, בשני תנאים: האחד, שאי העשייה נובעת מסיבות שלא הייתה למבקש שליטה עליהן, והשני, שהארכת המועד נחוצה כדי למנוע אי צדק¹⁷.

מגמת ההרחבה – תחילתה בשנות ה-70, באופן שהשימוש בסמכות הטבועה נעשה לא רק להארכת מועד שנקבע בפסק הדין שהכריע בין טענות הצדדים, אלא גם להארכת מועדים שנקבעו בהסכם פשרה, שקיבל תוקף של פסק דין. הדגש הושם על השימוש בסמכות הטבועה למניעת עוול בולט ואי צדק ברור בענייני נוהל. וכדברי השופט ברנזון בפסק הדין בעניין בן שחר¹⁸:

"הסמכות הטבעית [...] אינה אלא אותה סמכות מינימלית בעניני נוהל, יעילות המשפט וצדקתו הדרושה לבית-המשפט כדי שיוכל למלא את התפקיד שלמענו הוא קיים: עשיית משפט צדק. סמכות זו היא הביטוי החיצוני לחוסר הצדק הפנימי שהשופט ניחן בו והנותן לו פורקן בעשייה היומיומית שלו".

בתחילת שנות ה-80, ניתן לזהות דווקא מגמה של צמצום מסוים והחמרה בדרישות לעניין השימוש בסמכות הטבועה של בית המשפט. נדרשו נסיבות כבדות משקל ויצאות דופן לשימוש בסמכות זו – קרי, מקרים חריגים ומיוחדים, נסיבות של אונס, חוסר אונים, עושק ועוולה, כשהתנאים המצטברים היו: מחדלו של החייב למלא את החיוב בעתו נבע מכורח הנסיבות שנוצרו לאחר מתן פסק הדין ושלא היו בשליטתו, ושאי לא תוענק לחייב ארכת חסד למלא באיחור את המוטל עליו, ייגרם אי צדק בולט וברור¹⁹.

17 ע"א 122/66 ברנזון נ' להמן, פ"ד (3) 371 (1966). השימוש בסמכות נעשה להארכת מועדים, כמו מועד פינני או מועדי תשלומים שנקבעו בפסק דין.

18 ד"נ 22/73 בן שחר נ' מהלב, פ"ד כח(2) 89, 96 (1974).
19 ע"א 499/81 עודה נ' חדורי, פ"ד לח(4) 729 (1985); ע"א 748/81 סוקולובר נ' הרפז, פ"ד לח(2) 688 (1984).

בסוף שנות ה־80 ובתחילת שנות ה־90, נתגלו בקיעים במגמת צמצום זו והובע ספק אם נוסחה זו, המחייבת את התקיימות שתי התנאים כאחד, באופן מצטבר, עודנה כה נוקשה ומצימצמת. נקבע שהסמכות הטבועה להעניק ארכת חסד נתונה לבית המשפט באורח חריג לכלל הרגיל, גם אם התנאי של אונס נסיבות אינו מתקיים די צורכו, ובלבד שהענקת הסעד דרושה למניעת תוצאות קשות שחוש הצדק אינו יכול להשלים עמן. זאת, ללא מבחנים נוקשים שאינם מתחשבים בתנאים מיוחדים ויוצאי דופן, אלא המבחן יותר גמיש למניעת תוצאות קשות ובלתי צודקות²⁰.

דהיינו, אין מדובר ב"פריצת סכרים" ובהיתר לאי קיום התחייבות מחד גיסא, אך מאידך גיסא, אין זה מקרה שבו לעולם לא ניתן יהיה להושיט סעד. מדובר בעשיית צדק בדרך הגוברת על דרישות פורמליות למנוע תוצאות קשות שחוש הצדק אינו יכול להשלים עמן, תוך שימוש זהיר בסמכות זו. הסמכות הטבועה היא סמכות שבית המשפט קונה לעצמו על פי קביעתו שלו, אך היא אינה נוצרת יש מאין. קיומה מהווה פועל יוצא בנסיבות שבהן אי אפשר בלעדיה, ולא רק בנסיבות של הארכת מועד למילוי חיוב שנקבע בפסק דין. מקום בו לא נפגע איש, ובעיקר לא נפגע כהוא זה מי שהמתין לקיום החיוב החוזי ואירעה טעות שהשלכותיה שוליות ופורמליות, שאז רשאי בית המשפט להפעיל את שיקול דעתו ואת סמכותו הטבועה ולהושיט סעד.

עמידה על קיומה של זכות חוזית באורח דווקני אינה בהכרח בגדר חוסר תום לב והיא לגיטימית, אך התחמקותו של צד לחוזה מקיום מלוא התחייבותו, ותמרונים המיועדים להכביד על קיום ההתחייבות או היתפסות לפגם פורמלי שולי, מהווים התנהגות חסרת תום לב, כשהכוונה אינה ללכוד משהו שמעמד מעידה קלת ערך וחסרת משמעות, ולהשתמש ב"מארב" כדי להתנער מאחריות.

בשנות ה־90 חזרה הרשות השיפוטית, למעשה, לתנאים המקוריים שנקבעו בעניין ברגמן ובעניין בן שחר הנוהגים משנות ה־60 וה־70. השימוש בסמכות הטבועה על ידי בית המשפט, נעשה כדי ליצור, במקרים יוצאי דופן, כלים במישור הפרוצדורה, שמטרתם להגן על יכולתו של בית המשפט להבטיח אי ניצול לרעה של הליכי משפט ומניעת אי צדק העלול לנבוע מקביעת מועדים לעשיית פעולה כלשהי²¹. בשנות ה־90 נעשה שימוש בביטויים כלליים, תוך כדי שימוש בשיקולים מערכתיים והדגשה שמדובר בסמכות שיורית. הפסיקה חזרה על כך שהתנאים להיווצרות הסמכות הטבועה אינם מצטברים בהכרח. יש שהסמכות הטבועה נוצרת בהיותה דרושה וחיונית לשם הגנה על יכולתו התפקודית-מוסדית של בית המשפט, ויש שהיא פועל יוצא של הנסיבות הקוראות למתן סעד דיוני שבית המשפט אינו רשאי משיקולי צדק למונעו מן הנזקק לו. השימוש בסמכות

20 ע"א 230/87 שקולניק נ' זכאי, פ"ד מו(3) 279 (1992); רע"א 1233/91 גרבי נ' בן-דוד, פ"ד מה(5) 661 (1991).

21 דנ"א 7325/95 קראוס נ' ידיעות אחרונות, פ"ד נב(3) 1 (1998).

הטבועה ייעשה, כאמור, רק במקרים שהדבר נדרש באופן חיוני, למטרה הכרחית שאין בידי בית המשפט להשיגה במסגרת סמכותו הרגילה.²²

כך, נעשה שימוש בסמכות הטבועה כמקור לקביעת סדרי דין לצו עיכוב יציאה מן הארץ של בית הדין הרבני, ונקבע שמדובר בסמכות שלטונית שיש להפעילה בסבירות תוך איזון ראוי בין ערכים, עקרונות ואינטרסים, שיש להתחשב בהם בעת הפעלת הסמכות הטבועה, קרי – צדק דינוי, כללי צדק טבעי, הגינות, זכויות אדם, ראיית ההליך הדינוי כנועד להגשים את המשפט המהותי²³. כך, עשה בית המשפט שימוש בסמכות הטבועה לעיכוב יציאה מן הארץ של מנהל חברה, כמקור להוצאת הצו.²⁴

כך עשה בית המשפט שימוש בסמכותו הטבועה לביטול פסק דין חלוט, בהתקיים נסיבות שבהן שיקולים של צדק עדיפים על פני שיקולים של מעשה בית-דין, תוך שימוש ראשון בכלי של "משפט חוזר" אזרחי, במקרה שבו התגלו ראיות חדשות, שבכוחן לשנות את פני ההכרעה מיסודה, לאחר שניתן פסק דין סופי ושלא היה ניתן להשיגן בשקידה סבירה קודם למתן פסק הדין.²⁵

הדבר דומה למגמה שהתפתחה כלפי עקרון מעשה בית-דין כעיקרון שאינו מוחלט, ככלל של שכר ישר. בתי המשפט קבעו זאת לעצמם כעניין של מדיניות שיפוטית, תוך קביעת סייגים לתחולת העיקרון הכללי, במקרים שהצדק או האינטרס הציבורי מחייבים זאת, כשלעיתים אמת ויציב – אמת עדיף²⁶. בשנות ה-2000 עשה בית המשפט שימוש בסמכות טבועה למניעת שימוש לרעה בהליכי משפט, כדי למחוק או לדחות תביעה כשבעל דין עשה שימוש לרעה בהליכי משפט²⁷.

בסוף שנות ה-90 ובתחילת שנות ה-2000, הופיעו ניצנים, ואף מעבר לכך, להרחבת הסמכות הטבועה מענייני נוהל בלבד גם לעניינים מהותיים כהענקת סעדים. מגמה זו החלה בדעת מיעוט של השופט חשין בעניין רוקר²⁸.

למרות שהייתה, למעשה, אחידות דעים בין השופטים בעניין רוקר, שלפיה שיקול

22 ע"א 4845/95 ניר ג' מדינת ישראל, פ"ד מט(2) 639 (1995), לגבי הטלת הוצאות אישיות על עורך דין מכוח סמכות טבועה.

23 בג"ץ 3914/92 לב ג' בית הדין הרבני האזורי בתל אביב, פ"ד מח(2) 457 (1992); פסק דינו של הנשיא ברק, כשלגבי ברק, פסק דין זה יש מחלוקת פרשנית בין הנשיא ברק לשופט חשין בעניין רוקר, לעיל ה"ש 2, בשאלה אם מדובר בסמכות בענייני נוהל או מהות.

24 רע"א 6424/98 סימון נ' מפרק דגני עמירם בע"מ (בפירוק וכינוס נכסים), פ"ד נג(1) 280 (1999).

25 ע"א 4682/92 עזבון המנחה סלים עזרא שעה ז"ל ג' בית טלטש בע"מ, פ"ד נו(3) 366 (2003), כשניתן לבטל גם פסק דין חלוט מכוח הסמכות הטבועה עקב תרמית, דנ"א 79/01 עין גב קבוצת פועלים להתיישבות שיתופית בע"מ ג' מקורות חרות מים בע"מ, תק"על 2001(3) 652 (2001).

26 ע"א 5610/93 זלסקי ג' הוועדה המקומית לתכנון ובניה ראשון לציון, פ"ד נא(1) 68 (1997).
ע"א 2452/01 אורן ג' מגדל חברה לביטוח בע"מ, תק"על 2003(3) 1932 (2003), וכן מוזכר השימוש האפשרי בהלכת רוקר, לעיל ה"ש 2.

28 עניין רוקר, שם; וראו עניין חנא להלן ה"ש 32.

הדעת של בית המשפט שלא להושיט סעד למי שזכותו הקניינית נפגעה הינו מצומצם ומוגבל למקרים חריגים ונדירים, התפתח דיון, שחלקו אקדמי, לעניין מקור הסמכות של בית המשפט להפעיל שיקול דעת שימנע את הריסת הבנייה שפגעה בזכות הקניין, ולעניין היקפו של שיקול דעת זה. בעוד שדעת הרוב, מפי הנשיא ברק, התמקדה בעקרון תום הלב כמכשיר העשוי למנוע הענקת סעד של הריסה, התמקדה דעת המיעוט, מפי השופט חשין, בסמכות הטבועה כמקור העשוי למנוע סעד זה. השופט חשין בעניין רוקר ציין שלא רק סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), ועקרון תום הלב מהווים מקור לשיקול דעת בית המשפט אם להעניק לתובע סעד אם לאו, אלא קיים מקור נוסף – בית המשפט עצמו, העושה שימוש בסמכות הטבועה הקיימת גם בהתעלם מחוק החוזים.

תנאי מוקדם והכרחי לשימוש בסמכות הטבועה הוא שהתובע יוכיח כי קנויה לו זכות שהדין מכיר בה וכי הנתבע פגע בזכות זו. ואם זה התקיים – אזי יש לבית המשפט שיקול דעת להעניק את הסעד מתוך בית המשפט עצמו, תוך שימוש בסמכות הטבועה והטבעית, שהיא סמכות תשתית²⁹.

השופט חשין בעניין רוקר ציין שגבולותיה של הסמכות הטבועה "מטושטשים משהו" (בלשון המעטה) וכי היקף פרישתה אינו בהיר לחלוטין, כשבית המשפט מדבר על הסמכות הטבועה כ"סמכות מינימלית". אך בה בעת החיל אותה גם על "צדקתו", תוך שימוש לא רק בנושאי נוהל גרידא ובנושאים דיוניים, אלא גם בנושאים מהותיים. בעניין זה הביא השופט חשין כדוגמה את עניין לב, שבו נעשה שימוש בסמכות הטבועה לעיכוב יציאה מן הארץ, שלטעמו זו הלכה מהותית מהמעלה הראשונה, "מהות הנחבאת בקפלי הנוהל".

לדעת השופט חשין, בדעת מיעוט בעניין רוקר, גבולות הסמכות הטבועה ייגזרו ממהות בית המשפט, מהשקפות החברה על תפקידה ומדרך פעולתה של הרשות השופטת שאינה "טבולה ראסה" אלא "רקמה חיה". השופט חשין פירש באופן רחב את השימוש שיש לעשות בסמכות הטבועה כמסגרת שיקול דעתו של בית המשפט להחיל דין ולעשות משפט צדק לא רק בענייני נוהל וסדר דין במובן המצומצם, אלא גם בנושא הסעד שבעל הדין יזכה בו.

לגישתו, המקור לסמכות הכללית לתת סעד הינו סעיף 75 לחוק בתי המשפט, כשהדברים דומים אך לא זהים לפעולות בית המשפט של ה"Equity, שהתאים את הדין לחיים המשתנים ויצר דין. כדברי השופט חשין:

"אנו, לענייננו עתה, אין אנו מרחיקים-לכת כדי כך, עניינו הוא אך ורק בנושא הסעד, ולגירסתנו מחזיק בית-המשפט – מטבע ברייתו – בשיקול דעת איזה סעד יעניק למתדיין שהוכיח זכותו לפניו"³⁰.

29 השופט חשין בעניין רוקר, לעיל ה"ש 2, המצטט את ההלכות בעניין גיר, לעיל ה"ש 22, בעניין בן שחר, לעיל ה"ש 18, בעניין שקולניק, לעיל ה"ש 20, ובעניין גרבי, לעיל ה"ש 20.

30 עניין רוקר, שם, בעמ' 269.

לגישת השופט חשין בעניין רוקר, ראשית, שומה על בית המשפט לקבוע אם בעל דין מחזיק בזכות, ואם הפר הצד השני את זכותו של אותו בעל דין. אם אכן הופרה זכות שבדין, הרי שלאחר שמיעת טיעוניהם של בעלי הדין, "אף רץ בית המשפט אל מחסן הסעדים ונוטל הוא מעל למדפים את הסעד הראוי כי יינתן, לדעתו, לתובע". דהיינו, אין מדובר רק ב"ארגז כלים" אלא ב"מחסן" שיש בו סעדים, ועל השופט שנוכח שהופרה זכות שבדין של בעל דין "לרוץ" לאותו "מחסן סעדים" וליטול משם את הסעד הראוי³¹.

אמנם דובר, לגישת השופט חשין, בסמכות ולא מהות, אך בסמכות של מהות ולא רק של דיון ונוהל. בכך ניתן, לכאורה, למלא תוכן את הניסוח הכללי המקובל בכתבי טענות, המבקש מבית המשפט, מעבר לסעדים ספציפיים, גם "לתת סעד לפי שיקול דעת בית המשפט". ניסוח כזה מהווה פתח לחיפוש ולמתן סעדים גם שלא נתבקשו, אם הופרה זכות שבדין, תוך שיקול דעת של בית המשפט לעשיית צדק, אף בדרך של מתן סעד שלא נתבקש.

כנגד דעת מיעוט זו, על פי דעת הרוב של הנשיא ברק והשופט מצא בעניין רוקר, הרי שדעתו של השופט חשין, שלפיה שיקול דעתו של בית המשפט אם להעניק סעד הריסה יכול לסמוך על סמכותו הטבעית, מהווה הרחבה של מושג הסמכות הטבעית מעבר לראוי, כשיש להגביל את הסמכות הטבעית לעניינים שבדין, לרבות סעדים זמניים, כמו בעניין לב שעסק לדעתם בענייני נוהל ללא מהות.

לפי דעת הרוב של הנשיא ברק בעניין רוקר, אין להכיר בסמכות הטבועה לעניין הסעד המהותי, כהפרת זכויות אדם. על הסעד להיגזר מזכות האדם ולא מסמכות בית המשפט, כשבכל מקרה – השימוש בסמכות הטבועה ראוי לו שיהא שיורי. דהיינו, תחילה בודקים אם יש מקור בדין, כמו סעיף 39 לחוק החוזים, העשוי להיות מקור לשיקול דעת בית המשפט, שאז אין זה ראוי לפנות לסמכות הטבעית של בית המשפט. לפי דעת הרוב בעניין רוקר, במשפט חוקתי המכבד זכויות אדם, יש להגביל את סמכויותיהן הטבעיות של רשויות השלטון השונות, לרבות את סמכויותיהן הטבעיות של הרשות השופטת. הסמכות הטבועה הינה רק מקור שיורי לכוחו של בית המשפט להעניק סעד שבשיקול דעת, והשימוש בה ייעשה רק בעניינים שבדין ובנוהל, ולא בעניין מהותי.

לטעמי, בסופו של דבר, יכול להיות הכדל סמנטי בלבד בתוצאה של דעת הרוב ושל דעת המיעוט בעניין רוקר, שכן, אם יורחב עקרון תום הלב, כמושג רחב שכולל ערכי צדק, לא יהא צורך לעשות שימוש בסמכות הטבועה, כשגם השופט חשין מחפש, ראשית לכל, מקור שבדין לזכות. אם שיקול הדעת להעניק או למנוע סעד נובע מתום הלב או מסמכות טבועה

31 לעניין זה יש ליתן את הדעת למינויים של שופטים בעלי כושר גופני ראוי שיוכלו לרוץ למחסן הסעדים.

ומעשיית צדק, הרי ניתן להגיע בשני המקרים לתוצאה דומה. השאלה הינה יותר שאלה של מידה ושל מידת ההרחבה המשפטית של מושג הסמכות הטבועה, שהוא מושג עמום ונרחב יותר מעקרונות תום הלב. יכול להיווצר מצב של חוסר צדק גם בלא קשר להתנהגות הצדדים או לחוסר תום לבם, כך שלכאורה, מושג הצדק רחב יותר ממושג תום הלב והוא עשוי לעלות גם כשהצד השני תם לב. והנה, בעניין חנא³², שניתן לאחר פסק הדין בעניין רוקר ניתן פסק דין, פה אחד, במושב של שלושה שופטים, בו נקבע כי ראוי שהשימוש בסמכותו הטבועה של בית המשפט להטלת הוצאות אישיות על עורך דין ייעשה בזהירות ולא כדבר שבשגרה, וכך נאמר על ידי השופט חשין בעניין חנא:

"סמכותו הטבועה" – או: סמכותו הטבעית – של בית המשפט כוללת אפוא אותם כוחות שיש לבית המשפט מטבע ברייתו – כגוף שייעודו לעשות משפט וצדק – ואשר לא נלקחו ממנו על ידו חוק; לשון אחר: אותם כוחות שנתרו בידיהם של בתי המשפט מסמכותם הכלמקיפה של ימים עברו. כך באשר לסמכות הטבועה בנושאי נוהל ודין וכך באשר לסמכות הטבועה בנושאי מהות. [...] אפיון סמכותו הטבועה והטבעית של בית משפט כ"שארית הסמכות דומה משהו – ואפשר יותר משהו – לפרודוגטיבה (prerogative) שמחזיק המלך (הרשות המבצעת) על-פי המשפט האנגלי [...] נוסף על כך – ואפשר אף בעיקר – נגזרת הסמכות הטבועה במישורין מלכתה של הרשות השופטת: מאותה רקמה חיה שייעודה מעיקרה הוא לעשות צדק ומשפט אמת. ראו פרשת רוקר נ' סלמון, שם"³³.

דהיינו, שלושת השופטים בעניין חנא מסכימים עם דעת הרוב בעניין רוקר, שלפיה הסמכות הטבועה היא סמכות שירותית, אך מציינים שהסמכות הטבועה עשויה להתייחס גם לנושאי מהות ולא רק לנושאי נוהל ודין. זוהי הרחבה של השימוש האפשרי בסמכות הטבועה גם לנושאי מהות.

השאלה הינה אם הרחבה אפשרית זו תמשיך לחלחל, במיוחד לאחר פרישתו של השופט חשין מבית המשפט העליון, או שמא תיעלם מגמה זו ותצומצם ההרחבה של השימוש בסמכות הטבועה, באופן שהשימוש בה יחזור להתייחס רק למקרי נוהל והארכת מועדים. "ימים גידו"³⁴.

מכל מקום, מדובר ב"כלי" משפטי המיועד לעשיית צדק, שיש לעשות בו שימוש זהיר, מושכל וחריג, במקרים של אי צדק בולט, למניעת עוול. "כלי" זה ראוי שיעמוד לנגד עיני השופטים, עורכי הדין וציבור המתדיינים, בבואם לשקול את השימוש בו במקרים ראויים.

32 ע"א 6185/00 חנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 366 (2001).

33 עניין חנא, שם, בעמ' 378–379.

34 כמו ברע"א 3143/04 וילאר נכסים (1985) בע"מ נ' קרמיטל אי. אל בע"מ, פ"ד נח(6) 789 (2004), שם חזר בית המשפט לשימוש המצומצם בסמכות הטבועה, כפי שהיה מקובל בעבר.

ה. סעדים זמניים ופעולות המתבצעות במסגרת הליך שיפוטי

בסעדים הזמניים קיימת מגמה של אחידות ושל הכנסת שיקולי יושר וצדק לתוך תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984. כך מופיע הדבר בתקנה 362 לתקנות סדר הדין האזרחי, כשכית המשפט בוחן אם הבקשה הוגשה בחוסר תום לב ואם מתן הסעד צודק וראוי בנסיבות העניין ואינו פוגע במידה העולה על הנדרש. בעניין זה, קיימת מגמה להטיל חובה להקפיד יותר על גילוי מלוא העובדות הרלוונטיות, כחלק משיקולי יושר, תום לב ונקיון כפיים, כשאי מילוי החובה האמורה עלול להביא לדחיית הבקשה.³⁵

בהמשך, התפתחה בפסיקת בית המשפט העליון חובת הגינות המוטלת על מבקש הסעד הזמני, תוך דרישה לגילוי כל העובדות העשויות להיות רלוונטיות בבקשה לסעד זמני. במקרה של ספק, אם יש לגלות את העובדות, יש להשאיר את שאלת הרלוונטיות של העובדות להחלטת בית המשפט. מדובר בחובת גילוי מלוא המידע שבידי המבקש או שיש ביכולתו להשיג בנקיטת אמצעים סבירים, כשאי הגילוי עלול היה להביא כשלעצמו לדחיית הבקשה.³⁶

כך, בעניין שפר, לא גולו בבקשה לסעד זמני עובדות ומסמכים חשובים, כמו התכתבויות בין הצדדים ומסמכים שהיו עשויים לתמוך בטענותיו של הצד השני ל"תקנת השוק", שאם היו מוצאים אותם לא היה ניתן, כנראה, הצו הזמני.³⁷ בבית המשפט העליון בעניין שפר נקבע, שמי שפונה לבית המשפט בבקשה לסעד זמני, חייב לגלות את כל העובדות העשויות להיות רלוונטיות לבקשתו, ובמקרה של ספק, עליו להשאיר את שאלת הרלוונטיות להחלטת בית המשפט. אל לו לקבוע בעצמו, תוך שיקול האינטרס הצר שלו, מה יש לגלות לבית המשפט.

חובה זו אינה מותנית בגילו, בכישוריו, או בנסיגו המקצועי של מי מבאי כוחו. מדובר בתום לב אובייקטיבי, כשגם עצימת עיניים ואף מחדל רשלני לבדוק את העובדות עלולים להביא להפרת חובת הגילוי. משקל רב במיוחד ניתן לחובה לנהוג בהגינות ובסבירות בבקשה לסעד זמני ולחובת הגילוי הנובעת מחובת תום הלב לגלות את מלוא המידע שבידי מבקש הסעד הזמני, או שיש ביכולתו להשיג בנקיטת אמצעים סבירים, שאם לא ננקטו – ניתן היה לצפות מראש תוצאה של גרימת נזק.

הפרתה של חובת תום הלב במקרה של סעד זמני פרטי, כמו גם במקרה של

35 רע"א 5072/00 איזי יוגב תעשיות בע"מ נ' מסגריית האחים אבו בע"מ, פ"ד נה(2) 307 (2000). הדגש בשיקולי יושר ונקיון כפיים בסעדים זמניים הינו למעבר ל"דרישות ישראליות" ו"שיקולי יושר ישראליים".

36 רע"א 8113/00 שפר נ' תרבות לעם (1995) בע"מ, פ"ד נה(4) 433 (2001).
37 תוך ניסיון ל"הפיל את התיק" על פרקליט צעיר וחסר ניסיון שטעה בתום לב, ניסיון שאינו ראוי, לטעמי, ומתעלם מאחריותם של עורכי הדין, בעלי המשרד, המעסיקים עורכי דין צעירים.

ניהול הליכים משפטיים ככלל, עשויה להביא לקיומה של עילת תביעה ותביעת פיצויים נגד מי שהפר חובה זו וגרם לצד השני נזק, עקב רשלנות או התנהגות חסרת תום לב או ניצול לרעה של הליכי משפט. כך, מי שמבקש סעד זמני, חייב לפעול בתום לב ובסבירות וכן לנהוג בהגינות ולא להציג תנאים בלתי סבירים לבקשותיו של הצד השני לצמצום היקף הסעד הזמני או לשינוי תנאיו.³⁸

לעניין הסבירות, הכוונה היא שעל מבקש הסעד הזמני לא לצאת מגדרו כדי להיטיב עם הנתבע ולא להשקיע משאבים יקרים בחקירה ובדרישה לבירור כל הנתונים האפשריים.³⁹ לגישת השופטת שטרסברג-כהן בעניין סחריים, רק רשלנות גסה או רשלנות רבתי או התנהגות בזדון או בחוסר תום לב, כרמת התנהגות מיוחדת, תעמיד נתבע עילת תביעה ברשלנות. לעומתה ביסס השופט טירקל בעניין סחריים עילת תביעה אפשרית בגין הפרת חובת תום הלב לגבי אי גילוי כל העובדות החשובות, שיש בהן כדי להשפיע על הכרעות בית המשפט, לגבי מידע שבידיו של מבקש הסעד, או שיש ביכולתו להשיג על ידי שימוש באמצעים סבירים.⁴⁰

בעניין סחריים, למרות שהתובע זכה בכל תביעותיו וכל העיקולים שהטיל אושרו בתביעה (בסך של כ־90,000 ש"ח), הוא הפסיד בתביעת הרשלנות נגדו, עקב כך שהצהיר בבקשה לעיקול הזמני שערך המטען הוא כ־30,000 ש"ח, בזמן שערכו היה כ־140,000 ש"ח. כן הצהיר, שלמיטב ידיעתו המטען עומד להימכר לצד שלישי בלא לעבור למחסן, כשלא הייתה כוונה למכור את המטען לצד שלישי. וכן הוא לא הסכים לצמצם את צו העיקול באופן שהמטען המעוקל יועבר למפעלה של הנתבעת.

בהמשך, בעניין חברת פסל⁴¹, הורחבה חובת הזהירות שחב בעל דין כלפי יריבו, לא רק לסעדים זמניים אלא גם לפעולות המתבצעות במסגרת הליך שיפוטי. הכללים הנ"ל יושמו גם כאשר לפעולות אחרות שנוקט בעל דין במהלך התדיינות משפטית, ונקבע, שברוך כלל תידרש הוכחה בדבר התנהגות שאינה בתום לב, התנהגות שיש עמה רשלנות בולטת או ניצול לרעה של הליכי משפט, כדי להקים עילת תביעה בגין הפרת חובה כזו.

בית המשפט התייחס גם למקרים קיצוניים שבהם נפתחו הליכי משפט, שעיקר מטרתם אינו הזכייה בהם, לצורך השאלה אם הם מהווים שימוש לרעה בזכות. בעניין גלאם⁴² השאירה השופטת דורנר שאלה זו בצריך עיון. בעוד שהשופט

38 רע"א 1565/95 סחר וישרות ים בע"מ נ' חברת שלום וינשטיין בע"מ, פ"ד נד(5) 638 (2000) (להלן: עניין סחר ים).

39 השופט מצא והשופט טירקל בעניין סחר ים, שם.

40 העקרונות האמורים אומצו למעשה בעניין שפר, לעיל ה"ש 36.

41 ע"א 2273/02 חברת פסל בע"מ נ' חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ, פ"ד נח(2) 36 (2003).

42 ע"א 4980/01 כהן נ' גלאם, פ"ד נח(5) 625 (2004).

טירקל סבור היה, כי מי שפתח בהליכים משפטיים שלא בתום לב, וכתוצאה מכך נגרם נזק לבעל הדין האחר, דינו להיות מחויב בתשלום פיצויים לבעל הדין שניזוק בשל הפרת החובה לנהוג בתום לב לפי סעיפים 12 (א) ו-39 ו-61 (ב) לחוק החוזים. השופט טירקל חזר על דבריו בעניין סחרים.

דהיינו, הפרת חובת תום הלב, או שימוש לרעה בהליכי משפט או הפרת חובת זהירות המגיעה לכדי רשלנות (כדרך כלל בולטת), מקימה עילת תביעה עצמאית, וגם אם זכה צד בהליך או בסעד הזמני, הוא עלול למצוא את עצמו בפני תביעה אם הפר חובה כזו. כל זאת, תוך הטלת חובה אקטיבית על מי שמבקש את הסעד הזמני או נוקט הליך משפטי, כולל איסוף מידע, חקירה ודרישה, לפני הגשת בקשות או ניהול הליך, וכן חובה לגילוי מלוא המידע, הן זה שנאסף והן זה שניתן היה להשיג בנקיטת אמצעים סבירים.

בעניין זה חל הכלל "יזהר התובע". מבקש הסעד הזמני או זה שנוקט את ההליך השיפוטי, חייב לעשות עבודת הכנה של איסוף מידע וגילוי, לפני פתיחת הליך, עליו להיות קשוב לבחינת הצעות מטעם הצד שכנגד העשויות להקטין את הנזק, וכן לאפשרות לבקש סעדים פחות פוגעניים ופחות גורמי נזק פוטנציאלי. לכל האמור יש השלכה מעשית על בקשות ועל החלטות בסעדים זמניים ובהליכים שיפוטניים, בשל הדרישה לחובת תום לב ולחובת גילוי נכבדות⁴³.

מן הראוי להשקיע מחשבה בטרם מבקשים סעד לא ראוי או סעד נרחב מדי, עת ניתן לבקש סעד מצומצם יותר ופחות פוגע בצד השני, ולהיות קשובים להצעות ולבקשות של הצד השני לעניין נושא הקטנת הנזק ואפשרות צמצום הצו. כך, יש לשקול אם ניתן להסתפק בסעד פחות חריף במדרג הסעדים, שיגרום פחות נזק לצד השני, כמו עיקול זמני, ולא כינוס נכסים זמני, תוך שימוש בעקרון המידתיות⁴⁴.

על צד להליך זמני לדעת "ניצחון" בעת קבלת סעד זמני כמעמד צד אחד או כמעמד שני הצדדים, יכול להיות "ניצחון פירוס", בזמן שבסופו של דבר, לעתים לאחר חלוף זמן רב, עלולה התביעה להידחות והסעד הזמני עלול להתבטל ולהקים עילת תביעה לצד השני בגין הנזק שנגרם לו כתוצאה מהסעד הזמני, שאז אין משמעות לכך שהסעד הזמני התקבל בתום לב. המבחן היחידי יהא מבחן חוזי של צפיות וקשר סיבתי לנזק, בלא בחינת התנהגותו של מקבל הצו לעניין הפיצוי בגין הנזק שנגרם כתוצאה מהצו הזמני⁴⁵.

לכן, על בעלי הדין להיות מודעים לסיכון הטמון בסעדים זמניים ובהליכים משפטיים ולא לבקש כלאחר יד צווים זמניים או סעדים פוגעניים שכרוך בהם סיכון רב שאם תידחה התביעה והנזק שנגרם לצד השני הוא רב, הם יחויבו לפצותו

43 כך, לדוגמה, רצוי לקבוע בהסדרי פשרה שלא יהיו תביעות או טענות כלשהן לא רק בהליך של הצו הזמני אלא גם בעילות נוספות, כגון רשלנות או חוסר תום לב.

44 רע"א 9911/01 טלפז תדלוק והשקעות בע"מ נ' פז חברת נפט בע"מ, פ"ד נו(6) 550 (2002).

45 רע"א 2422/00 אריאל הנדסת השמל רמזורים ובקרה נ' עירית בת ים, פ"ד נו(4) 612 (2002).

בסכומים ניכרים, שניתן היה להקטינם בהרבה, אם היו מבקשים סעד מצומצם יותר או פוגעני פחות.

ו. "תקנת הסל" ומבחן הפלוגתאות שבמחלוקת

כחלק מהניסיון לעשיית צדק, ניתן לעשות שימוש גם בתקנה 524 לתקנות סדר הדין האזרחי, כ"תקנת הסל" המקנה סמכות כללית לבית המשפט לתקן כל פגם בהליך, בכל עת ובכל הליך ובכל עניין כ"כל שייראה לבית המשפט צודק". על בית המשפט מוטלת חובה לעשות את כל התיקונים הדרושים גם "כדי לברר מה הן באמת השאלות השנויות במחלוקת בין בעלי הדין".

מדובר בתקנה רחבה המקנה שיקול דעת רחב לבית המשפט והמהווה כלי עזר חיוני וחשוב לבית המשפט⁴⁶. דודי שוורץ גוזר מתקנה 524 לתקנות סדר הדין האזרחי האמורה את "מבחן הפלוגתאות שבמחלוקת", שהינו, לטעמו, מבחן העזר העיקרי לבחינת ההגינות הדיונית או לתום הלב הדיוני החל על בית המשפט⁴⁷. מבחן זה בודק עד כמה התנהגותו של בעל דין, בין במעשה ובין במחדל, משרתת את התכלית הדיונית שהיא: העמדת הפלוגתאות במחלוקת בין הצדדים, מיקודן, בירורן וההכרעה בהן. מבחן כזה עולה מתוך כללי הדיון האזרחי, הוא שזור בהם וקוהרנטי להם.

מבחן זה מיישם את בחינת התנהגות בעלי הדין, עד כמה היא משרתת את הצבת הפלוגתאות שאכן שנויות ביניהם במחלוקת ואת ההכרעה בהן. מדובר במבחן הנוצר מתוך תקנות סדר הדין האזרחי עצמן, המתחם את תום הלב להקשר דיוני אובייקטיבי והמעניק לו מימד מקומי ויישומי, תוך קביעת תכלית דיונית ללא כניסה לערכי תום לב מהותי. זהו מבחן העשוי להביא לתוצאות שונות במקרה של שימוש בו במקום שימוש בעקרון תום הלב החיצוני⁴⁸. מבחן הפלוגתאות שבמחלוקת אומץ ואף הוכר כ"עקרון על" בעניין ארליך⁴⁹. שם, ביקשו התובעים לצרף כתצהירים בשלב ההוכחות עדויות המתייחסות

46 ראו לעניין זה את האפשרות לעשות שימוש בתק' 524 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, לרבות תיקון טעות בשם בעל דין, גם לאחר מתן פסק הדין, כשזו הייתה כוונתו של פסק הדין המקורי; רע"א 1332/98 אייבי טרנס ספנות בע"מ נ' איירון שופינג בע"מ, פ"ד נב(3) 476 (1998).

47 מגמות התפתחות בענין דין אזרחי, ספר המשפט השני, וכן דודי שוורץ "תחולתו של עקרון תום הלב בסדר הדין האזרחי" עיוני משפט כא 295 (1998).

48 כך, בדוגמה שמביא דודי שוורץ לגבי השאלה לעניין הצורך בצירוף כתב ויתור לכתב התביעה בתביעת ביטוח, ואם הצירוף ייחשב כחוסר תום לב. התנהגות מסוג זו עלולה להיחשב לחוסר תום לב על-פי עקרון תום הלב, כעולה מר"ע 218/85 אריה חברה לביטוח בע"מ נ' שטמר, פ"ד לט(2) 452 (1985) ולא תיחשב כחוסר תום לב דיוני, לפי מבחן הפלוגתאות שבמחלוקת, כשהאמור עשוי להעלות קושי גם לעניין ההבחנה בין תום לב להגינות רגילה.

49 רע"א 5491/01 ארליך נ' ציין חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נו(2) 871 (2002).

להתנהגות רופאים לגבי הקשר שלהם עם מבוסחים. למרות התנגדות הנתבעות לכך עקב הרחבת חזית, הצורך לבקש את תיקון כתב התביעה ופגיעה בזכותם לקיים הליכים מקדמיים בעניין זה של גילוי מסמכים ושאלונים ומשלוח הודעת צד ג', קיבל בית המשפט את הבקשה.

מדובר היה במקרה מיוחד שבו יורשיו של המנוח ארליך ז"ל, שנפטר מדום לב בגיל 46, הביאו ראיות מצדם בתביעה הדורשת מחברות הביטוח לשלם את תגמולי הפוליסה, שסירבו לשלם בטענה שהמנוח מילא הצהרה כוזבת בדבר בריאותו (השיב בשלילה על כאבים בחזה למרות שסבל מכך). הם צירפו תצהירים שבהם נטען שאחד הרופאים שתשאל את המנוח מילא טפסים ורשם בהם, לגבי אדם אחר, שהוא "אתלטי" לאחר 10 כפופות ברכיים, בזמן שהיה נכה פוליו. רופא אחר רשם בטופס שמבוטח אחר השיב בשלילה על כאבים בחזה למרות שלא נשאל עליהם ואף דיווח על כאבים בחזה מיוזמתו.

בית המשפט ראה לנגד עיניו את הצורך לברר את מהות העניין, וראה את המחלוקת ניטשת רק בשאלת המסגרת הפרוצדורלית שבה יש לברר את הטענות. בית המשפט אימץ את מבחן הפלוגתאות שבמחלוקת שהוצע על ידי דודי שוורץ, כמבחן המשמש עקרון על המופנה לשופט כדי שינחהו בהכרעות הדיוניות הניצבות לפניו, לפי התכלית עד כמה התנהגותו של בעל דין מקדמת את העמדת הפלוגתאות שבמחלוקת באמת קובע בית המשפט שהמחלוקת בין הצדדים כבר נתגבשה וידועה. בית המשפט ציין שהתניית הגשת ראיות המבקשים, העשויות לקדם את חשיפת האמת, במילוי הדרישה הפורמלית של תיקון כתב התביעה או הגשת כתב תשובה, אין בה כדי לסייע להגדרת המחלוקות או אף כדי לייעל את הדיון, והיא מיותרת⁵⁰.

בעניין ארליך ביטא בית המשפט גישה מהותית יותר, הרואה בכללי סדר הדין כלי עזר לצורך יישוב הסכסוכים כיעילות בבתי המשפט, כשבמקרה של צורך להכריע בניגוד הנוצר לעתים בניהול הדיון, בין הצורך להקפיד על קיום הכללים הדיוניים לבין ההכרח לקצר את הליך חשיפת האמת בסכסוך הקונקרטי, על בית המשפט להנחות את עצמו על פי עקרון הפלוגתאות שבמחלוקת, עיקרון הבוחן את התנהגות בעלי הדין ואת הגינותם לשם קידומו של תהליך גיבוש הפלוגתאות שבמחלוקת.

במקרה אחר, בית המשפט עשה שימוש במבחן הפלוגתאות שבמחלוקת גם לצורך סטייה מהסדר דיוני שנעשה בין באי כוח הצדדים, כדי לעשות צדק⁵¹. בין שדובר בשימוש בתקנה 524 לתקנות סדר הדין האזרחי ובין שדובר

50 עניין ארליך, שם, פסק דינה של השופט דורנר. לטעמי, ניתן לטעון גם נגד גישה זו המייצגת את הגישה הליברלית-מרחיבה המעניקה משקל יתר למהות לעומת הפן הדיוני, אך ביסודה עומדת המטרה של עשיית צדק במקרים מתאימים, כמו במקרה האמור.

51 ראו לעניין זה בהרחבה בהמשך, ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171 (1997).

בשימוש במבחן הפלוגתאות שבמחלוקת, מדובר ב"כלים" מעשיים שניתן לעשות בהם שימוש לשם עשיית צדק ובחינת הגינותם הדיונית של הצדדים, כאשר שימוש זה חייב להיות גם הוא מושכל, זהיר ובמקרים מתאימים, אך יש להיות מודעים לאפשרות לעשיית שימוש ב"כלים" אלה.

ז. חזקות עובדתיות מיוחדות

לעתים, ניתן לראות את היצירתיות של בית המשפט בשימוש ב"כלים" מיוחדים לשם יצירת חזקות עובדתיות המעבירות את נטל הבאת הראיות לצד השני. בית המשפט יצר לעצמו "כלים" להתמודדות עם ניסיונות להברחת רכוש, הן באופן עצמאי והן "בייבוא" מחו"ל.

כך, למשל, יצר בית המשפט חזקת מתנה בשימוש ביחסים קרובים מיוחדים בקשר משפחתי אנכי, בהיררכייה המשפחתית בין הורים לילדים, כחזקה הניתנת לסתירה בראיות, שמדובר במתנה במקרה של העברת רכוש מהורה לילד, בהנחה שהמעביר הינו אדם שעליו הדאגה למחסורו ולרווחתו הכלכלית של הנעבר⁵².

דוגמה נוספת לכך, בה ייבא בית המשפט כלי נוסף מהמשפט האנגלו-אמריקני היא זו של "אותות אי האמת" "Badges of Fraude" — לגבי סעיף 34(ב) לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967 — ליצירת חזקה שבעובדה המצביעה על קיומה של מרמה. לפיה, ככל שיש סימנים רבים יותר של "אותות מרמה" עובר הנטל להבאת הראיות לצד השני, שעליו להפריכם ולהראות את תום הלב בעשיית העסקאות או לספק הסבר המניח את הדעת⁵³.

כשמדובר בעובדה שלילית עשוי בית המשפט להסתפק ברמה פחותה של ראיות להרמת נטל הבאת הראיות, וגם כאשר מצוי המידע בידיעתו הבלעדית של הנתבע, כמות הראיות הנדרשת מהתובע, פחותה. ככל מקרה, נטל השכנוע נותר על כתפי התובע. אולם, ככל שהמידע מצוי בידי הנתבע וככל שהתובע יראה אותות מרמה רבים יותר, ניתן יהיה להפחית את נטל הראיות המוטל על התובע ולהעביר את נטל הראיות לחייב, הנתבע, להראות שהעסקאות נעשו בתום-לב או להסבירן באופן שיניח את הדעת.

52 ע"א 34/88 רייס נ' עזבון המנוחה אברמן ז"ל, פ"ד (מד1) 278 (1990); ע"א 3829/91 וואלט נ' גת, פ"ד מח(1) 801 (1994); ע"א 1153/95 כהן נ' מגדל הנביאים בע"מ, פ"ד (נב1) 506 (1998).

53 פסק דינו של הנשיא גורן בה"פ (מחוזי ת"א) 1823/92 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' סבג, פ"מ תשנ"ו(3) 421 (1996); פסק הדין אושר בבית המשפט העליון בע"א 3876/96 אסטבלישמנט דאדסו נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (לא פורסם, 15.2.98); ע"א 8482/01 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' סנדובסקי, פ"ד נו(5) 776 (2003) על ידי השופטת שטרסברג כהן, ובפסק דינו של השופט רובינשטיין בע"א 1680/03 לוי נ' ברקול, פ"ד נח(6) 941 (2004).

ח. בית המשפט סוטה מהסכמים דיוניים בין הצדדים ומתקן טעויות של בעלי הדין/עורכי הדין/שופטים

מה יעשה שופט כאשר הוא מבחין בטעות של בעל דין או עורך דין בעריכת הסדר דיוני, בניסוח כתב הטענות או בעניין משפטי אחר, העלולה לגרום עוול ואי צדק לאחד הצדדים? האם על השופט להתערב במקרה כזה כדי לעשות צדק, ולפגוע הן בהסכמה החוזית שבין הצדדים והן ביתרון הדיוני-משפטי שאמור היה לקבל אחד הצדדים להליך המשפטי? ואם כן, באיזו דרך עליו להתערב, האם ברמז ובאופן משתמע או באופן מפורש וברור? מה יעשה שופט כאשר הוא נוכח לדעת כי שופט אחר טעה טעות העלולה להביא, לטעמו, לאי צדק בולט? האם עליו להתערב ולפעול למען תיקון הטעות גם במחיר של פגיעה בהליך השיפוטי הקודם וגם באחד הצדדים שיצא נשכר ממנו?

מדובר בשאלות לא קלות שאין להן, כמובן, "פתרון בית ספר", אך ניתן ללמוד ממספר דוגמאות בפסיקה, לגבי מקרים, שחשוב לציין שהם חריגים ונדירים, שבהם עשה בית המשפט שימוש ב"כלים" אלו, ולנסות להבין מתי ראוי ורצוי, אם בכלל, להשתמש בהם.

1. סטייה מהסדר דיוני עקב טעות של עורך דין בעניין ואתורי⁵⁴ דובר בתביעת רשלנות שהגישה משפחת המנוחה נגד בית החולים בגין מותה של המנוחה, אישה בת 27, שנפטרה בהיותה בהיריון, בעקבות החלטת הרופאים שלא להפסיק את הריונה בשבוע ה-24-25 להיריון. נטען, בין היתר, שההחלטה שלא להפסיק את ההיריון נעשתה ללא מתן הסבר למנוחה לגבי חומרת הסכנה שבכך, וללא קבלת הסכמתה מדעת של המנוחה.

בקדם המשפט פוצל הדיון באופן שתחילה נדונה שאלת האחריות, כשכל צד הציג חוות דעת של מומחה מטעמו ובאי כוח הצדדים הגיעו להסדר דיוני בהסכמה שלא יביאו ראיות נוספות וכי בית המשפט יכריע בשאלת האחריות על יסוד חוות דעת ועדויות המומחים בלבד. שני המומחים הסכימו בעדותם שהייתה קיימת חובה ליתן הסבר למנוחה ושהייתה חובה על בית החולים להסביר למנוחה ליטב את הסיכונים ולקבל את עמדתה, כשלא היה ברור, מבחינה עובדתית, כיצד נהגו במקרה זה בפועל. לעניין זה לא הובאו עובדות וראיות והמומחים לא התייחסו לכך בחוות הדעת שלהם.

בשלב הבאת הראיות ביקש עורך הדין של משפחת המנוחה להציג כראיה דו"ח של ועדת חקירה שמונתה לאחר המוות על ידי משרד הבריאות ושחקרה את האירוע, כאשר הצדדים ידעו על קיומו של דו"ח זה ושני העדים המומחים

54 השופט מצא בעניין ואתורי, לעיל ה"ש 51. ערער על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בת"א (מחוזי י"ם) 931/87 ואתורי נ' בית החולים לניאדו (לא פורסם, 5.8.90).

הזכירו אותו בחוות הדעת שלהם, כחלק מהחומר העובדתי בו עיינו לקראת גיבוש עמדותיהם. הדו"ח גם נמנה בתצהיר גילוי המסמכים של הצדדים. לטענת בא כוח משפחת המנוחה, מהדו"ח עולה שלא קיים רישום לגבי הסבר שניתן למנוחה למרות שנהוג לערוך רישומים, על כן נטען שזו ראיה לכאורה לכך שלא ניתן הסבר למנוחה.

בא כוח בית החולים התנגד להגשת הדו"ח מחמת חוסר קבילות וכן עקב ההסדר הדיוני, שכן מדובר בראיה חיצונית המנוגדת להסדר הדיוני. השופטת נאור בבית המשפט המחוזי קיבלה את ההתנגדות משני הטעמים.

משהוגשו הסיכומים, נוכחה השופטת נאור לדעת כי אין לפניה כל ראיה לעניין השאלה העובדתית להסבר שקיבלה המנוחה והיא לא רצתה להכריע על יסוד כללי נטל הראיה. השופטת זימנה את באי כוח הצדדים לכירור השאלה אם יש להם בקשה להבאת ראיות נוספות לעניין מה שהוסבר למנוחה, ולאחר ששני הפרקליטים השיבו בשלילה, נדחתה התביעה בבית המשפט המחוזי. נפסק, שלא הוכחה רשלנות באי הפסקת ההיריון ובטיפול, כשהטענה לגבי אי קיום חובת ההסבר והיעדר הסכמת המנוחה מדעת, נדחתה עקב אי עמידה בנטל הראיה. ניתן לומר שהשופטת נאור נתנה "סולם", או "עץ", לבא כוח המשפחה, בדרך של רמז עבה, כדי לתקן את טעותו מבחינה ראייתית, בטרם מתן פסק הדין, שכן אם התובעים היו מביאים ראשית ראיה להוכיח שברשומות בית החולים אין תיעוד כלשהו על אודות ההסבר שניתן למנוחה או עדות מפי הבעל, שגם לו הרופאים לא הסבירו דבר, היה ניתן להסתפק בכך כראיה לכאורה שבכוחה להעביר לבית החולים את הנטל לסתור⁵⁵.

התובעים בחרו שלא להעיד ולהביא ראיות, וזאת, למרות ההודמנות הנוספת שנתנה להם השופטת. עקב כך, נותר בית המשפט לוט בערפל עובדתי בשאלה חשובה זו ולא היה לו מנוס מהמסקנה שהתובעים נכשלו בהוכחת תביעתם. דהיינו, במקרה זה, בית המשפט המחוזי נוכח שעקב מחדלו של עורך דין, שערך הסכם דיוני המקפח באופן בולט צד אחד, למרות שהיה ניתן, במינימום של הבאת ראיות, להעביר את הנטל לצד השני ולא עשה כן עקב מחדל זה, נגרם לצד עוול ויש להושיט לו יד למען עשיית צדק. זאת, גם במחיר של סטייה מהסדר דיוני ופגיעה באינטרס של הצד השני לרובק בהסדר הדיוני, שיביא, ואף הביא בפועל, לדחיית התביעה.

בית המשפט המחוזי בחר לעשות זאת בדרך של רמיזה לצדדים ולא באופן מפורש, תוך מתן אפשרות לצד ששגה לתקן את טעותו, בלא התערבות שיפוטית ישירה. והנה, משלא צלחה דרך זו, ו"הרמז לא נקלט" על ידי פרקליט המשפחה,

55 הפסיקה קבעה, שבמקרה של "נוק ראייתי" כזה עובר נטל הראיה ואף נטל השכנוע להוכיח את ההסברים לבית החולים, ראו לדוגמה, ע"א 6160/99 דרוקמן נ' בית החולים לניאדו, פ"ד 27(3) 117 (2001).

הלך בית המשפט העליון צעד נוסף לשם עשיית צדק, התגבר על קבילות הדו"ח כראיה והגיע למסקנה שהיה צריך להציג את הדו"ח חרף הסטייה מהסדר הדיוני. השופט מצא, בבית המשפט העליון בעניין ואתורי, ציין, שבנסיבות שהתקיימו, היה ברור שקיימת מחלוקת עובדתית לגבי ההסבר שקיבלה המנוחה, יש צורך בהוכחת הנ"ל בעובדות ובראיות ואין די בחוות דעת המומחים. להעברת נטל הראיה די היה בדו"ח ועדת החקירה, שכן די להראות כי ברשומות בית החולים אין זכר להסבר. לפיכך, הסכמת בא כוח המשפחה להסדר הדיוני הייתה מוטעית, כאשר בעת עריכת ההסדר הדיוני לא הובא בחשבון הצורך להביא ראיה שתעביר את הנטל. השופט מצא הגיע למסקנה שההסדר הדיוני לא הלם במלואו את כל צורכי ההכרעה במחלוקת, שכן היה צורך בראיות עובדתיות ובשל כך הועמדה התובענה כולה בסכנת דחייה. הסכנה התעצמה בשלב הראיות שבו אם לא תותר הבאת ראיה תידחה התביעה, והסירוב להצגת הדו"ח חרף את גורל התביעה.

בית המשפט העליון בעניין ואתורי קבע שעדיפים שיקולי צדק על פני הסדר דיוני שלא הלם את צורכי הברור, וסטייה ממנו לא תגרום יותר מאי נוחות דיונית. עוד ציין בית המשפט שהמחדל של עורך הדין, גם בהזדמנות הנוספת שניתנה לו להבאת ראיה, אינה קשורה להחלטת בית המשפט, שהרי גם השופטת בבית המשפט המחוזי נוכחה לדעת שאין לפניו ראיה והיא לא רצתה להכריע לפי נטל הראיה בלבד, ולכן זימנה את הצדדים להביא ראיות. בית המשפט העליון ציין שהכלל הוא שיש לברך על הסדר דיוני שעשוי לייעל את בירור ההליך, אך אין קדושה בהסדר דיוני ואין הוא גורע מסמכות בית המשפט לעשות משפט ולפקח על הסדרים כאלו ולבקדם. וכדבריו של השופט מצא:

"הסדר דיוני, כדוגמת זה אותו כתרו הצדדים בפרשתנו עשוי לייעל עד למאוד את הליך הברור. לכן, ככלל, יש לברך על הסדרים כאלה, וכל עוד אין בכך כדי לגרוע מיכולתו של בית המשפט לעשות משפט, זכאים הצדדים לצפות ולדרוש שההליך ינוהל על-פי המתכונת שנקבעה בהסדר עליו הסכימו מראש. אך בהסדר אין משום קדושה, ואם מתברר שניהול ההליך על-פי ההסדר הדיוני לא יאפשר לבית המשפט להכריע במחלוקת האמיתית שבין הצדדים, רשאי בית המשפט להתיר סטייה מן ההסדר"⁵⁶.

אכן, בית המשפט העליון השלים את המלאכה שהחל בה בית המשפט המחוזי והלך צעד נוסף. בית המשפט לא הסתפק ברמז בלבד כלפי באי כוח הצדדים, אלא התערב באופן ישיר ומפורש והחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי להשלמת ההליך תוך מתן היתר להצגת דו"ח ועדת החקירה למרות ההסדר הדיוני. בית המשפט עשה אם כן צדק, תוך התערבות בהסדר דיוני.

56 עניין ואתורי, לעיל ה"ש 51, בעמ' 189; וראו גם לגבי הכלל שיש לברך על הסדר דיוני ולקיימו כל זמן שהדבר אינו גורע מיכולת בית המשפט לעשות משפט בע"א 6092/04 י. מזרחי קבלנות כללית בע"מ ג' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ, פ"ד נט(2) 198 (2004).

לטעמי, אין מדובר רק "בגרימת אי נוחות דיונית" לצד השני, שכן, המשמעות של הסטייה מההסדר הדיוני במקרה זה מבטלת את דחיית התביעה עקב המחלול ועלולה להטות את הכף באופן שיהפוך את תוצאות המשפט תוך כדי פגיעה בצד שזכה בו. לכאורה, מדובר בעניין מהותי הפוגע גם באינטרסים המשפטיים של הצד השני – במקרה זה, בית החולים. זאת, מעבר לטענה שניתן לטעון, לגבי פגיעה בחופש ההתקשרות החוזית בין הצדדים, בדומה להסכמות אחרות של בעלי דין שלעיתים מקבלות תוקף של החלטה או של פסק דין.

לטעמי, ניתן לראות שבית המשפט במקרה של ואתורי בשתי הערכאות נותן ביטוי לתחושת אי צדק קשה ועוול ממשי שנעשה למשפחת המנוחה עקב מחלולו של עורך דין. עקב תחושה זו, כמקרה חריג, בית המשפט חיפש דרך לעשות צדק ולתקן את המחלול. יש להדגיש עוד, שהשופט מצא בעניין ואתורי השתמש ב"מבחן הפלוגתאות שבמחלוקת", לכך, שבית המשפט רשאי לסטות מהסדר דיוני כדי להכריע במחלוקות האמיתיות שבין הצדדים.⁵⁷

ניתן לראות, אם כן, שבית המשפט מעדיף שיקולי צדק על פני הסדר דיוני שנעשה בהסכמה, שאינו הולם את צורכי הציבור. בית המשפט הוא זה הקובע מהם צורכי הציבור, וסוטה – כדי לעשות צדק – מהסדר דיוני שמרע עם אחד הצדדים.

לגבי הסדר דיוני, למרות שהכלל הינו שיש לכבדו, הרי ייתכנו מקרים חריגים שבהם בית המשפט עצמו, בלא שהצדדים ביקשו לחזור בהם מהסכמתם הדיונית, יסטה מהסדר דיוני שנעשה ביניהם. בית המשפט אינו כבול להסדרים כאלה ויש ביכולתו לסטות מהם במקרים מסוימים, כמו הפעלת שיקול הדעת בקביעת סדרי הדין במשפט המתנהל לפניו, ואפשר לסטות גם מהחלטות קודמות של בית המשפט עצמו בעניין שבסדרי דין.⁵⁸

כן, בעניין מזרחי, סטה בית המשפט מהסדר דיוני שנעשה בין הצדדים וקיבל תוקף של החלטה על ידי רשמת, שלפיה יידונו התביעות יחד עם ההודעות לצד שלישי, והפריד את הדין בין התביעות העיקריות להודעות לצד שלישי, וזאת בשל שיקולי יעילות ואי סרבול הדין.

יש לציין, שבית המשפט משתמש, לעתים, בהשתק דיוני כדי למנוע מהצד שנהנה מהסדר מוסכם שגובש עם יריבו מלטעון ומלהוכיח טענות, אפילו הן נכונות, הכופרות בתוקף ההסדר. ההשתק חל מכוון חובת תום הלב, שממנה נובע האיסור על שימוש לרעה בהליכי משפט. פן של איסור כזה משתקף במניעה מלכפור במצב שבעטייו ניתן סעד במשפט ובעקבותיו הצד השני שינה את מצבו לרעה. כך, לדוגמה, לגבי הסכם פשרה שנעשה בין הצדדים וקיבל תוקף של פסק דין, נדחה ניסיון של אחד הצדדים לסגת מהסכם פשרה זה.⁵⁹

57 ראו לעניין זה הפרק הדין במבחן הפלוגתאות שבמחלוקת.

58 עניין מזרחי, לעיל ה"ש 56; רע"א 8781/96 נעלי דאלי אופנת אלפיים בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, תק-על (1)97 844 (1997).

59 רע"א 4976/00 בית הפסנתר נ' מור, פ"ד נו(1) 577 (2001).

2. התגברות על טענות פרוצדורליות להשגת מטרה צודקת לעתים, ניתן ל"קרוא בין השורות" שבית המשפט מתקן טעויות והתנהגות בלתי הוגנת של צד – ובמיוחד של רשות שעליה מוטלות חובות הגינות מוגברת וחובת תום לב מחמירה יותר מחובת תום הלב הנדרשת מן הפרט⁶⁰. זאת, אף בדרך של העלאת טענה ביוזמת בית המשפט או במתן פרשנות משפטית רחבה לטענות הצדדים, במטרה להשיג תוצאה צודקת.

כך בעניין קזס⁶¹, שם נדון מקרה שבו נכס סווג על ידי העירייה כמשך שנים כחנות במקום פאב, ועקב כך שולמו כמשך שנים תשלומי ארנונה ביתר. התובע הגיש תביעת השבה כספית בגין תשלומי הארנונה ששולמו ביתר. משלא הייתה, למעשה, מחלוקת באשר לעובדות, הביע בית המשפט את דעתו שבנסיבות אלה היה ראוי שהרשות הציבורית תשיב את מה ששולם ביתר גם ללא התדיינות, תוך מתן פרשנות רחבה לכתב התביעה, בו נאמר ש"נפלה טעות בידי הנתבע בכל הנוגע לסיווג". בית המשפט הגיע למסקנה שמדובר ברשלנות, וגם אם מדובר בטענה משפטית חדשה – אין מניעה להיזקק לה, שכן מדובר בטענה משפטית חדשה ולא בעילת תביעה חדשה⁶².

בעניין קזס ניתן היה לטעון, שלא הונחה לפני בית המשפט תשתית עובדתית מספקת ליסודותיה של עוולת הרשלנות, שכתב התביעה לא פירט התייחסות לכך, אלא לטעות בלבד⁶³. עם זאת, גם כאן ניתן ל"קרוא בין השורות" שדעת בית המשפט בעניין קזס לא הייתה נוחה מהתנהגות הרשות, שבמשך שבע שנים גבתה תשלומי יתר מאזרח ולאחר מכן סירבה להשיבם בטענות פרוצדורליות של אי הגשת השגה במועד. בית המשפט פירש, במקרה זה, באופן רחב את השימוש האפשרי ב"כלי" המשפטי של שימוש בטענה משפטית או מסקנה משפטית⁶⁴.

3. תיקן טעויות ושגיאות של בית המשפט עצמו למען הצדק ולמניעת עוול בעניין זלסקי⁶⁵ התערב בית המשפט העליון למען הצדק ולמניעת עוול וקיפוח כדי לתקן טעות בפסק דין שלו בנושא של חישוב נזק כספי, תוך העדפת האמת והצדק על היציבות וסופיות הדין.

60 בג"צ 164/97 קונטרם נ' משרד האוצר אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289 (1998); ע"א 5042/96 כהן נ' מנהל מקרקעי ישראל מחוז ירושלים, פ"ד נג(1) 743 (1998).

61 רע"א 7669/96 עיריית נהריה נ' קזס, פ"ד נב(2) 221 (1999).

62 כשגם אז נעשה שימוש בקונסטרוקציה משפטית, שלא העלתה על ידי הצדדים, כצעד חריג ובמיוחד כשדרישת הצדק מחייב זאת.

63 ראו לעניין זה, לדוגמה, ע"א 536/89 פז חברת נפט בע"מ נ' לויטין, פ"ד מו(3) 617 (1992); ע"א 4839/92 גנו נ' כץ, פ"ד מח(4) 749 (1994). מנגד ראו, לדוגמה, ע"א 590/88 אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' פישר, פ"ד מד(1) 730 (1990).

64 למרות שבמקרה זה הצדדים גם התייחסו לכך בסיכומים והנתבעת אף ציינה בסיכומיה ששאלת ההתרשלות היא השאלה היחידה לדיון, ניתן היה לטעון, כפי שבית המשפט ציין בעניין קזס, לעיל ה"ש 61, שבכך הכשירה הנתבעת את הטענה האמורה.

65 עניין זלסקי, לעיל ה"ש 26.

בעניין זלסקי דובר בקבלן בניין שרכש חלקת מקרקעין לשם הקמת פרויקט בנייה על סמך מצג עקרוני של הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה שניתן לבנות על החלקה 16 דירות. התברר שדובר במצג שווא רשלני והיקף הבנייה האמיתי היה מחצית ממה שהוצג, דהיינו, ניתן היה לבנות על הקרקע 8 דירות בלבד. הקרקע נרכשה על ידי הקבלן ב־900,000 ל"י בזמן שלמעשה הייתה שווה 450,000 ל"י. לימים, לאחר כמה שנים, מכר הקבלן את הקרקע לצד שלישי בכמיליון ל"י.

השאלה שעלתה לדיון נסבה על הנזק: האם זכאי הקבלן לפיצוי מהוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, בגין מצג השווא הרשלני שנעשה כלפיו? בבית המשפט המחוזי הוחלט שהוועדה המקומית אינה אחראית להשבת הנזקים שנגרמו לקבלן, אך בית המשפט המחוזי הביע את עמדתו שלפיה אם יתקבל הערעור על החבות הרי שיש לחשב את הנזק כהפרש בין שווי הקרקע לפי המצב התכנוני, שנבע מההחלטה העקרונית, לבין ערכה של הקרקע כפי שנמכרה לצד שלישי⁶⁶.

בית המשפט העליון בערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי קיבל את הערעור בתחום החבות, אך קיבל את השקפת בית המשפט המחוזי לגבי הנזק, עקב החובה בדבר הקטנת הנזק של הניזוק, וקבע שהנזק שנגרם הוא ההפרש בין שווי החלקה, שנקבע מתוך הסתמכות על ההחלטה העקרונית, לבין שווי החלקה שנקבע במכירתה מרצון לצד שלישי. הדיון הוחזר לבית המשפט המחוזי, כדי שיערוך את חישוב הנזק לפרטיו⁶⁷.

במצב דברים זה ולפי חישוב זה, נקבע בבית המשפט המחוזי שלא נגרם נזק לקבלן, שכן ההפרש בין השווי של החלקה שנקבע מתוך הסתמכות על החלטתה העקרונית של הוועדה המקומית, שהיה 900,000 ל"י, לבין השווי של הקרקע כפי שנמכרה לצד שלישי — מיליון ל"י יצר רווח של 100,000 ל"י, ולא הפסד.

בית המשפט המחוזי, שאליו הוחזר התיק, ביצע את החישוב המתמטי והגיע למסקנה שאין נזק, ועל כך הוגש הערעור לבית המשפט העליון. דהיינו, למעשה, דובר בערעור טכני בלבד על חישוב הנזק, שנעשה לפי קביעת בית המשפט המחוזי שאושרה בערעור בבית המשפט העליון על ידי שלושה שופטים, שאישרו את אופי החישוב העקרוני באופן שלמעשה לא נגרם נזק. הערעור היה אמור להתייחס אך ורק לחישוב הטכני ולא לאופן החישוב העקרוני של הנזק.

והנה, למרות זאת, שינה בית המשפט העליון בעניין זלסקי את התוצאה ודן בערעור על אופי החישוב העקרוני⁶⁸, למרות שסוגיה זו הוכרעה בפסק דין סופי⁶⁹. נקבע, שהנזק שנגרם הינו ההפרש בין שווי החלקה שנקבע בהסתמך על החלטת

66 ת"א (מחוזי ת"א) 738/79 זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ראשון לציון (לא פורסם, 31.12.86), פסק דינו של השופט אילן.

67 ע"א 80/87 זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ראשון לציון, פ"ד מה(4) 604 (1991).

68 עניין זלסקי, לעיל ה"ש 26.

69 לאחר שגם בקשה לדיון נוסף נדחתה בדנ"א 4036/91 זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה ראשון לציון (לא פורסם, 25.11.91).

הוועדה המקומית לבין שווי החלקה בפועל, דהיינו 450,000 ל"י (450,000 – 900,000). הטעות הברורה הייתה במקרה זה, שאת הנזק צריך היה לחשב לפי אינטרס ההסתמכות, באופן שהפיצוי יהא ההפרש בין המחיר ששולם בפועל בגין הקרקע, כהחלטת הוועדה המקומית, לבין המחיר האמיתי של הקרקע בפועל, שהיה מחצית מהשווי שהוצג, שכן ניתן היה לבנות רק מחצית ממספר יחידות הדיור שהוצגו לפניו. הנזק שנגרם לקבלן היה ההפרש ביניהם, דהיינו 450,000 ל"י. נזק זה התגבש כבר בעת רכישת הקרקע ואין זה משנה שלאחר שנים נמכר הנכס לצד שלישי במיליון ל"י, שכן הקבלן היה צפוי במועד המכירה לצד שלישי להרוויח 550,000 ל"י (450,000 – 1,000,000) ולא רק 100,000 ל"י.

בית המשפט בעניין זלסקי ציין שעקרון מעשה בית-דין אינו עיקרון מוחלט, שכן מדובר בכלל של שכל ישר ושל מדיניות שיפוטית. במקרים שהצדק או האינטרס הציבורי מחייב זאת, יש לקבוע סייגים לתחולת העיקרון הכללי. בית המשפט הכשיר סטייה מההחלטה בערעור קודם באותו הליך, על מנת לתקן טעות ברורה שנפלה ואשר עלולה הייתה לגרום לאי צדק של ממש, כחריג, מטעמים כבדי משקל למניעת אי צדק מבעלי הדין. ההכרעה המקורית לקתה בפגם חמור שעלול היה לגרום נזק כספי ניכר למערערים, שזכותם לפיצוי נשללה וקופחה, ונגרם להם עוול ממשי.

בית המשפט ציין שאין מדובר במקרה זה בתקדים מחייב או בהלכה משפטית, אך גם אם היה מדובר בתקדים מחייב, היה מקום לסטות מפסק הדין, ובמקרה של טעות כזו עדיפה סטייה מההחלטה. מול השיקולים של יעילות וסופיות הדין עומדים שיקולים של תיקון טעויות למניעת עוול כדי לעשות צדק ולהתערב, כאשר במקרה זה אמת ויציב – אמת עדיף.

בית המשפט תיקן אפוא טעות מהותית של בית המשפט המחוזי ושל בית המשפט העליון שגרמה לאי צדק מהותי ולנזק כספי ניכר. שהרי החלטת בית המשפט היא זו שהביאה לכך שהזכות המהותית לפיצוי על הנזק, קופחה לחלוטין וגרמה לעוול ממשי שיש לתקנו כדי לעשות צדק. דהיינו, בית המשפט סטה מפסק דין סופי של בית המשפט העליון במסגרת ערעור טכני על חישוב הנזק לפי עקרונות שנקבעו בפסק הדין סופי, כדי לעשות צדק ולמנוע עוול ממשי⁷⁰. עם זאת, כפי שהדבר נאמר בעניין זלסקי, יש לעשות את השימוש בחריג זה, של תיקון טעות ברורה שנפלה בפסק דין והעלולה לגרום לאי צדק של ממש, תוך ריסון עצמי, בזהירות ובמתינות⁷¹.

70 זאת, הגם שברור שעשיית הצדק במקרה זה על ידי בית המשפט פוגעת בצד הזוכה, שכבר החזיק בידו פסק דין סופי בשעה שאין נזק כשבקשה לדני"א נדחתה גם היא: דני"א 3217/97 הוועדה המקומית לתכנון ובניה ראשון לציון נ' זלסקי, תק-על (3)97 (1997).

71 בסייג שעניין זלסקי נדון בבית המשפט העליון, וכן עת מדובר בהליכים המתנהלים בין אותם צדדים, ולא בהליכים עצמאיים ונפרדים.

ט. סיכום

במאמר זה סקרתי את השפעת שיקולי צדק ויושר על ההליך השיפוטי האזרחי, כחלק ממגמה של שימת דגש על המהות, כדי להגיע להכרעה צוקדת ועניינית בסכסוך. כחלק ממגמה זו סקרתי את "ארגז הכלים" המשפטי המכיל מספר "כלים" (ויש בו מקום ל"כלים" נוספים שלא הוזכרו במאמר) שנועדו לתת פתרונות משפטיים במצבים שונים, ברובם – חריגים, כשימוש אחרון, בדרך כלל, לשם השגת פתרון צודק ולמניעת עוול של ממש לאחד הצדדים, בהליך השיפוטי האזרחי.

שימוש ב"כלים" אלה נעשה, ויכול להיעשות, הן על ידי השופטים בבתי המשפט, הן על ידי עורכי הדין המופיעים בבתי המשפט והן על ידי כלל ציבור המתדיינים והמתדיינים הפוטנציאליים. לכן, לצורך שימוש זה, נודעת חשיבות להכרת אותם "כלים", מן הראוי לדעת מהם "תנאי העבודה" והעתוי בהם ניתן לעשות שימוש, תוך הכרה בכך שמדובר בשימוש חריג ויוצא דופן, שברובם רצוי להשתמש רק במקרה חריג של עוול חמור שלא ניתן לתיקון בדרך הרגילה, והעולה וזועק מבפנים בכל עוצמתו.

ככלל, דווקא השימוש החריג והזהיר ב"כלים" משפטיים אלה יגביר את עוצמתם וכוחם, שכן שימוש שכיח ותדיר בהם יביא לפיחות בערכם ולדחיית הבקשות בעניינם. עם זאת, בחלק מן המקרים, נעשה השימוש ב"כלים" משפטיים גם במקרים שכיחים, במטרה לתת פתרון מערכתית־משפטי למציאות עובדתית־מעשית, כמו בנושאי הסמכות העניינית ודיני ההמצאה.

השימוש ב"כלים" האמורים לא בא לפטור את המשתמשים מהחובה לשלוט בפרוצדורה האזרחית ו"בכלים" השכיחים שלה, ולעשות בה שימוש באופן תדיר ושכיח, כשתנאי להכרת החריגים, היוצאים מן הכלל הינו הכרה ושליטה בכלל, כדי להבין ולדעת גם מתי ניתן לעשות שימוש ביוצא מן הכלל.

אני מקווה שמאמר זה, המבטא, לטעמי, את דרכו השיפוטית ואת "האני מאמין" של חברי, השופט עדי אור ז"ל, שהחתימה לאמת ולצדק הייתה נר לרגליו, יחזק את ההכרה בכך שבית המשפט אכן מחפש, בסופו של יום, לעשות צדק, בתקווה שהוא גם מצליח בכך.