

על היחס שבין חוק-יסוד: כבוד-האדם וחירותו לבין תקנות סדר הדין האזרחי, בכלל, והסעדים הזמניים, בפרט*

שי שגב**

1. מברא

א. הצגת הבעיה

תקנות סדר הדין האזרחי¹ מכילות הוראות דינויות רבות הפוגעות בזכויות וחירותו היסוד, אשר חלקן מעוגן כיום בחוק-יסוד: כבוד-האדם וחירותו². נשאלת השאלה, אם כן, מהו היחס בין הוראת סעיף 8 לחוק-היסוד³ לבין התקנות, והאם, לאור השינוי הנורמטיבי במעמדן של זכויות-היסוד המופיעות בחוק-היסוד, יש מקום למחוק הוראות מסוימות מתקנות סדר הדין, או שמא יכולים שני דברי החקיקה לחיות זה בצד זה⁴. אומנם, פועלו העיקרי של מאמר זה הוא תאורטי, שכן חוק-היסוד משמר את הדין שהיה קיים ערב חקיקתו⁵, אולם קיים גם פן מעשי, אשר פועלו הינו בעיקר במישור שיקול-הרעת בהפעלת או אי-הפעלת אותן הוראות דינויות המתנגשות עם עקרונות היסוד כאמור. למותר לציין, שסוגייה זו תתעורר במלוא היקפה כאשר יבקש מחוקק המשנה להתקין תקנות חדשות או להוסיף הוראות דינויות חדשות לתקנות הקיימות.

* רשימה זו נכתבה במסגרת סמינריון שנערך בהדרכת שופט בית-המשפט העליון, ד"ר ש' לוי, והנני אסיר תודה לו על עזרתו הרבה והודכתו לאורך כל הדרך.

** בוגר בית-הספר למשפטים של המכללה למנהל.

1 תקנות סדר הדין האזרחי, ק"ח 4685, התשמ"ד, 2220; (להלן: התקנות).

2 חוק-יסוד: כבוד-האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150 (להלן: חוק-היסוד/החוק)

3 להלן: "פסקת ההגבלה".

4 שהרי כאשר יש התנגשות בין שני דברי חקיקה נשתדל לפרש את שניהם בצורה שיוכלו להתקיים זה בצד זה, שכן זה ביטוי לכלל הפרשנות המבקש להבטיח קיומה של "הרמוניה חקיקתית" ו"שלמות נורמטיבית". ראה א' ברק פרשנות במשפט כרך א (נבו, 1993) 543.

5 סעיף 10 לחוק-היסוד.

ב. שיטת הדין

עניין לנו בהתנגשות שבין שתי מאטריות מורכבות: המאטריה הדיונית, מחד, והחוקתית מאידך; לא נצא ידי חובתנו, אם לא נעסוק תחילה בשאלות מקדמיות הנוגעות לדין בדבר היקפו ותחולתו של חוק-היסוד, דהיינו: הן בדיקת היקף הזכויות הנכללות בגדרו, והן בדיקת תחולת החוק, בכלל, ופסקת ההגבלה, בפרט, במשפט הפרטי. מאידך, גם בנייתו הפן הדיוני לא נוכל להתייחס לכל אותן נקודות בעייתיות ולנתח אותן לעומקן; מסיבה זו בחרנו למקד את הדין בסוגיית הסעדים הזמניים ולהשוות אותה עם הסדרים של שיטת המשפט האנגלר-אמריקאית. חששנו גם מ"הצפת אסמכתאות" ולפיכך, בראש כל פרק נפנה למקורותיו העיוניים העיקריים כמקור כללי, ובנוסף נפנה גם לאסמכתאות עיקריות ספציפיות השייכות לדין. כמו כן נעמוד על השאלה, האם ראוי שהפרוצדורה האזרחית תוסדר בחקיקה ראשית ולא בחקיקת משנה.

2. חוק-יסוד: כבוד-האדם וחירותו

א. כללי

אין ספק, שהמערכת המשפטית רואה בעין יפה את העלתן של הזכויות החוקתיות עלי ספר ועיגונן בחקיקה בעלת מעמד נורמטיבי עליון. ארבעה עשורים לאחר "החלטת הררי"⁶ המערכת המשפטית בשלה דיה לחקיקת חוק-יסוד: כבוד-האדם; ראייה לכך רואים אנו בחומר המשפטי הרב שנתברכנו בו מאז חקיקתו. חקיקת חוק-יסוד: כבוד-האדם, תוך עיגון חלק מצומצם בלבד מזכויות-היסוד בו, נעוצה ברצון המחוקק להסדיר תחילה את אותן זכויות אשר לגביהן אין מתלוקת פוליטית⁷ — וביניהן הזכויות מן המשפט הפרטי. להלן נעבור על החוק ועל הזכויות המוענקות בו, הרלוונטיות לדין.

ב. היקף ההגנה של חוק-יסוד: כבוד-האדם

ניתן לסווג את הזכויות לשתי קבוצות: בקבוצה הראשונה תיכללנה כל הזכויות אשר מוזכרות במפורש בחוק. זכויות אלה הן: זכות האדם על גופו⁸, זכות האדם להגנה על קניינו⁹, זכות האדם לצאת מישראל ולהיכנס אליה¹⁰ וזכות האדם לפרטיות¹¹. בקבוצה השנייה נכללות זכויות אשר אינן נזכרות במפורש בחוק, אולם ניתן להכניסן תחת כנפיו

6 ד"כ 5, חש"י, 1743.

7 ק' קליין "חוק-יסוד: כבוד-האדם וחירותו" המשפט א (תשנ"ג) 123; א' ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9.

8 סעיף 2 לחוק-לא חל רק במשפט הפלילי — אלא גם במשפט האזרחי — עזולת התקיפה. בדין להלן נתעלם ממנה.

9 סעיף 3 לחוק.

10 סעיף 6 לחוק.

11 סעיף 7 לחוק.

תוך פרשנות המונח "כבוד" בהקשר שלנו¹². לדוגמא: חופש החזרים¹³, זכותו של אדם לשם טוב¹⁴ ועוד. במסגרת זו נשאלת השאלה, עד כמה ניתן להרחיב ולפרש את המונח המעורפל "כבוד-האדם"; לכאורה, הוציא המחוקק מתחולת חוק זה את חופש הביטוי, חופש הדת והמצפון, הזכות לשוויון בפני החוק וזכויות אחרות אשר לא נזכרו בו, אולם ייתכן, שאם השלמת חקיקת חוק-היסוד הנותרים תתעכב זמן רב, ייטה בית-המשפט העליון להרחיב את פרשנות המונח "כבוד-האדם".¹⁴ נשאלת השאלה, בהקשר שלנו, האם זכותו של אדם למשפט הוגן¹⁵, בכלל, וכללי הצדק הטבעי, בפרט, כלולים במסגרת המונח "כבוד-האדם". עניין מיוחד לנו בשאלה זו, שכן כללי הצדק הטבעי כוללים את הפן הדיוני של זכויות-היסוד החוקתיות, זכויות אשר יש להן נפקות במיוחד במאטריה של תקנות סדרי הדין. לשאלה זו לא ניתן למצוא מענה בפסקת ההגבלה בחוקה האמריקאית, שכן היא מזכירה במפורש את המילים "הליך משפטי הוגן". גם ב-Charter הקנדי קיים סעיף מפורש המעגן בו את כללי הצדק הטבעי.¹⁶ בהצעת-חוק-יסוד: זכויות-האדם היתה פסקה שנוסחה בדומה לפסקת ההגבלה האמריקאית¹⁷, אולם הנוסח של פסקת ההגבלה בחוק-יסוד: כבוד-האדם שונה. לאור הצעת-חוק-יסוד: זכויות במשפט¹⁸, המעגנת את פסקת ה-"due process" בסעיף 7(ב) שבה, מתחייבת המסקנה, שכללי הצדק הטבעי לא מעוגנים בחוק-יסוד: כבוד-האדם. מכל מקום, על-אף שכללי הצדק הטבעי לא מעוגנים בחוק-היסוד, ולפיכך הם לא השתכללו לידי זכויות מוגנות כשלעצמן, אין בכך, לדעתנו, כדי למנוע התערבות בית-המשפט בדברי חקיקה המסדירים יחסים בין השלטון לבין האזרח, אשר אינם עומדים בדרישות פסקת ההגבלה בשל פגם מהותי בהליכים הדיוניים המסדירים יחסים אלה. בכך, ניתן לומר, יש מעין השתקפות של האספקט המהותי של פסקת ההגבלה האמריקאית. מעבר לכך, ייתכן שגם בחקיקה המסדירה פרוצדורה מסוימת בין אזרחים ניתן להתערב מאותו נימוק – לא משום שמהות הסעד המוסדר פגומה, אלא משום שבהסדר הדיוני להשגתו קיימים פגמים

- 12 סעיף 2 המהווה איסור לפגוע, בין היתר, בכבודו של אדם וסעיף 4, המקנה לאדם זכות להגנה, בין היתר, גם על כבודו.
- 13 א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל ב (תשנ"ג) 253.
- 14 מפתיע, אולם זכות בסיסית ויסודית זו לא מוזכרת במפורש בחוק.
- 14 א זמן קצר ביותר לפני פרסום כרך זה ניתן פסק-הדין בבג"צ 2481/93 יוסף דיין נ' יהודה וילק, מפקד מחוז ירושלים, ואח' (לא פורסם), התומך באופן חדר-משמעי בגישה הנ"ל, בו "נקלט" חופש הביטוי לחוק-היסוד; בפוסקו כי: "החופש להתבטא – במלים או במעשים – הוא ביטוי מובהק לכבוד האדם וחירותו" (למרות שהמחוקק על-ידי עצם הצעת חוק-יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות, הביע את דעתו, כי חופש הביטוי לא כלול במונח: "כבוד-האדם"), קבע למעשה בית-המשפט העליון, כי אין הוא נזקק יותר למחוקק לשם השלמת החוקה של מדינת ישראל.
- 15 במשפט האמריקאי fair trial הוא מונח נרחב יותר מאשר כללי הצדק הטבעי.
- 16 Constitution act, 1982, Chapter 1, Sec. 7 (הפרק מכונה: "הצ'וטר").
- 17 סעיף 19 להצעת-חוק-יסוד: זכויות-האדם, ה"ח חשל"ו 135. ראה גם ש' שטרית "היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות ריגוניות מן החקיקה" הפרקליט לא (תשל"ז) בע' 82-42.
- 18 הצעת-חוק-יסוד: זכויות במשפט, ה"ח 2219, תשנ"ד, 99.

מהותיים, אשר יכולים לגרום לתוצאות בלתי צודקות בשל העדר הליך דיוני מתוקן; במקרה כזה ניתן לומר, שהחוק פוגע בזכויות, במידה העולה על הנדרש¹⁹.

ג. מעמדו הנורמטיבי של החוק

ראשיתה ועיצומה של המהפכה טמון בשינוי הנורמטיבי העמוק עקב חקיקת החוק, ובמיוחד עקב פסקת ההגבלה. עובר לחקיקת החוק, זכויות-האדם²⁰ היו נחותות מחוק רגיל. אומנם פרשנות החקיקה התבצעה כך שלא תינתן לחוק פרשנות הסותרת את עקרונות היסוד²¹, אולם אין חולק, שעקרונות היסוד וזכויות-האדם היו נסוגים אחור מפני חקיקה מפורשת²². כיום המצב שונה לחלוטין; לא די בחקיקה מפורשת, אלא יש צורך שיהיה זה "חוק ההולם את ערכיה של מדינת-ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש". לא רק במובן זה עלה ערכן של זכויות-היסוד; כלל יסוד בשיטתנו הוא, שהכנסת ריבונית על חוקיה, ובית-המשפט לא יוכל להתערב ולבטל חוק הנוגד את עקרונות היסוד²³, אלא אם כן הוא עומד בסתירה לחוק משוריין²⁴. כיום, לאור לשונה הנרחבת של פסקת ההגבלה, אין מניעה, שכל ערכאה שיפוטית²⁵ תוכל לדרוך, ב"תקיפה עקיפה", בתוקפו של חוק ולהצהיר על בטלותו עקב היותו נוגד את פסקת ההגבלה הנ"ל²⁶, אם כי משמעותה המשפטית של הצהרה עקיפה שכזאת — כוחה מוגבל²⁷. יתר על כן, יש לצפות, כי עקב העלאת רמתן החוקתית של הזכויות הללו

- 19 הסיפא של פסקת ההגבלה. כמה דברים אמורים: פרוצדורה מקובלת בארצנו היא הוצאת צו עיקול זמני במעמד צד אחד. אולם, אם המחוקק יפטור את המבקש מתמיכת העובדות שביסוד הבקשה בתצהיר, או אם ישלול הוא את זכות החקירה הנגדית מהצד שכנגד, ההסתברות שבית-המשפט יתן עיקול בסיטואציה שלא היה צריך ליתן אותו גוברת במידה שאינה מוצדקת, ולפיכך תבוטל הוראה זו, לא משום שהיא פוגעת בכללי הצדק הטבעי, אלא משום שהיא פוגעת בזכות האדם על קניינו במידה העולה על הנדרש. ראה גם: ע"א 217/63 רב-און נ' הולצמן, פ"ד יז 2717.
- 20 וגם כיום, כמובן, נכון הדבר, לגבי הזכויות שלא כלולות בחוק.
- 21 המקרה המפורסם ביותר הינו, כמובן, בג"צ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871. החזקה, כי המחוקק לא מחוקק חוקים בניגוד לעקרונות היסוד ניתנת לסתירה אך ורק בחוק מפורש — בג"צ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח (1) 598. ראה גם: בג"צ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לו (3) 337.
- 22 ראה סקירה על כל הפסיקה בנושא בבג"צ 142/89 תנועה לאו"ר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד (3) 529, בע' (להלן — "בג"צ לאו"ר").
- 23 לדעה שונה קימצא (השופט ברק) ראה בג"צ לאו"ר, שם בע' 554.
- 24 הדוגמא בארצנו היא, כמובן, חוק העומד בניגוד לעיקרון השוויון המצוי בחוק-יסוד: הכנסת. ראה בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג (1) 693; ראה גם בג"צ לאו"ר, לעיל הערה 22.
- 25 שהרי סמכות הביקורת על פעולות המחוקק נתונה רק לבג"צ.
- 26 גם כעת, כמובן, לא תהיה סמכות לבית-משפט אזרחי לדרוך בתקיפה ישירה חוק של הכנסת, שכן זהו עניין חוקתי מובהק, אלא להצהיר על בטלותו בתקיפה עקיפה מכוח סעיף 76 לחוק בתי-המשפט. אומנם סמכות זו היתה קיימת, באופן תאורטי, גם בעבר, אולם לא היתה לה נפקות, שכן עקרון השוויון בבחירות לכנסת, למשל, ממילא לא היה מגיע לבית-משפט אזרחי.
- 27 שהרי מדובר בסמכות אינצידנטלית וכוחה יפה כלפי הצדדים בלבד. אף-על-פי-כן, אין חולק, שאם בית-המשפט העליון יפסול חוק הנוגד את חוק-היסוד, אפילו בצורה עקיפה, כוחה המשפטי של פסילה כזאת יהיה, למעשה, כבתקיפה ישירה.

גם מעמדן המהותי יעלה²⁸.

ד. תחולת החוק, בכלל, ופסקת ההגבלה, בפרט, במשפט הפרטי

1. גישת השופט ברק

אין ספק, שחוק-היסוד מכוון במישרין כלפי רשויות השלטון²⁹; השאלה היא, מהו היקף תחולתו במשפט הפרטי. לעניין זה נכתבה כבר רשימה מקיפה³⁰, אשר העלתה ארבעה מודלים אפשריים של תחולה: תחולה ישירה, תחולה עקיפה, העדר תחולה ותחולה על הרשות השופטת בלבד³¹. המודל שנבחר על-ידי השופט ברק הוא מודל התחולה העקיפה — על-פיו חוק-היסוד אומנם חל במשפט הפרטי, אולם ניתן ליישמו אך ורק דרך המסגרות של המשפט הפרטי — כגון תוס-לב, תקנת הציבור וכו'; השופט ברק מנמק את מסקנתו בשני נימוקים: האחד הוא, שהמשפט הפרטי עצמו, הדין בהתנגשות זכויות בין פרטים, מעניק זכות לאדם אחד תוך שלילת זכותו של האחר — ומכאן, שזכויות-היסוד מחוייבות לעבור "סינון" דרך כללי המשפט הפרטי; הנימוק השני הוא, שהמשפט הפרטי תמיד התחשב בזכויות-האדם ואך נכון הוא, שזכויות אלה תחולנה בו. לפני שנביע את דעתנו לגבי סוגיית התחולה, נראה כיצד המשפט האמריקאי והמשפט הקנדי, אשר בחרו במודל של העדר תחולה, מנמקים את גישתם.

2. המשפט האמריקאי והמשפט הקנדי — דוקטרינת העדר התחולה

ד. 1.2 המשפט האמריקאי: בית-המשפט העליון הפדרלי של ארה"ב ציין, שכל הכוחות המוחזקים על-ידי המדינה כפופים לזכויות ולחסינויות של אזרחי ארה"ב³². התיקון ה-14 אוסר על כל פעולה של המדינה אשר פוגעת בזכויות או בחסינויות של האזרחים, ואין זה משנה אם הפעולה נעשתה על-ידי הרשות המחוקקת, השופטת או רשות אחרת

28 השופט ברק מביא שתי דוגמאות במאמרו: "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר

קלינגהופר על המשפט הציבורי (1993) 163, 177

29 ראה סעיף 11 לחוק, באופן כללי, וסעיף 8, כמובן, המכוון כלפי הרשות המחוקקת (ובמשתמע — גם כלפי המבצעת והשופטת — שכן מכלל הן אתה שומע לאו — אם ניתן לפגוע בזכויות-היסוד אך ורק בחוק, לא ניתן לעשות זאת בדרך אחרת).

30 ראה ברק, לעיל הערה 28.

31 שם, בע' 168 ואילך: מודל העדר תחולה — על-פיו אין כל קשר בין חוק-יסוד כבוד-האדם לבין המשפט הפרטי, באשר החוק מכוון אך ורק כלפי השלטון; מודל תחולה ישירה — המהווה, במילים אחרות, תוספת של זכויות ועילות תביעה נוספות כלפי מי שפוגע בזכויות על-פי החוק (הדוגמא במאמר הנ"ל הינה עילה עקב הפרעתו של אדם אחד לתהלוכה שמשותף בה אדם אחר — שם); מודל התחולה על הרשות השופטת גורס, כי זכויות-היסוד הן מגן ולא חרב — על-פי גישה זו, התערבותו של בית-המשפט תהיה על דרך של אי-מתן סעד למי שמפר את זכויות-היסוד, לדוגמא: חוזה המגביל את חופש העיסוק לא יזכה את התובע לאכיפתו או למתן פיצויים עקב הפרתו.

32 ראה 42 Am Jur 2d, סעיף 187. שים לב, שהתיקונים בחוקה אינם מאפשרים שיקול-דעת שכוה, אלא מנוסחים בצורה מוחלטת. למעשה, סוגיית צווי המניעה מהווה אינדיקציה נוספת, לכך ששיקול-הדעת בהגנה על-פי התיקון ה-14 מקביל לשיקול-הדעת שבפסקת ההגבלה המצויה בחוק-יסוד: כבוד-האדם וחירותו.

המפעילה כוח של המדינה לרבות כל פקיד או שלוח של המדינה³³. לעומת ההכללה הרחבה והגורפת הנ"ל קבע בית-המשפט העליון הפדרלי במספר רב של פסקי-דין, שהתיקון ה-14 לא דן ביחסים בין פרטים, ולא מגן בפני פעולות של פרטים הפוגעות בזכויותיהם של פרטים אחרים על-פי תיקון זה³⁴, ואין חשיבות לשאלה עד כמה חמורה הפגיעה³⁵. לפיכך נקבע, כי התיקון ה-14 אינו מסמיך את הקונגרס לחוקק חוקים הבאים להסדיר פעילויות במשפט הפרטי, אפילו הן פוגעות בזכויות ובחסינויות של אזרחים אחרים³⁶. לאור ההבחנה, בין חקיקה המסדירה יחסים בין פרטים, לחקיקה המסדירה יחסים עם המדינה, עלתה השאלה, מה קורה במקרי הביניים — כמו חקיקה עסקית מפורטת — אם נאמר שיש כאן חקיקה במשפט הפרטי או חקיקה במשפט הציבורי³⁷. התשובה היא, שבאופן עקרוני ניטה לראות חקיקה מסוימת כחקיקה ציבורית, ככל שמעורבות המדינה ביחסיה עם הפרט היא משמעותית יותר³⁸. יש לציין, כי לא רק לגבי התיקון ה-14 נקבע כי הוא לא מטפל ביחסים בין פרטים, אלא אותו דבר נקבע גם לגבי התיקון הראשון. לגבי נקבע במפורש, כי אין לו כל קשר לעסקאות בין יחידים³⁹.⁴⁰ אולם, על-אף אי-ההתערבות החיצונית, קיימת התערבות פנימית. במקרה זה בית-המשפט האמריקני פועל במסגרת פרשנית ומצמצם את האפשרויות להוצאת צו למניעת פרסום לשון הרע עד למינימום. חריג לאמור לעיל הוא חופש התנועה. במספר פסקי-דין נקבע, שעל אף הכלל, שהתיקונים לחוקה לא נועדו להגנה על הפרת זכויות במסגרת המשפט הפרטי, הזכות החוקתית למעבר בין מדינה למדינה⁴¹ מוגנת גם כלפי התערבות

- 33 ראה, למשל, *Black v. McClung* 172 U.S. 239, 19 S. Ct. 165 (1897).
- 34 ראה, למשל, *Saunders v. Shaw* 244 U.S. 317, 37 S. Ct. 836 (1916).
- 35 *United States v. Wheeler* 254 U.S. 281, 41 S. Ct. 133 (1920); *United States v. Harris* 106 U.S. 629, 1 S. Ct. 601 (1881); *Davidow v. Lachman Bros Inc.* 76 F2d 186 (1935).
- 36 ראה, למשל, *Gilmore v. City of Montgomery* 417 U.S. 556, 94 A. S. Ct. 2416 (1974); *District of Columbia v. Carter* 409 U.S. 418, 93 S. Ct. 602 (1973); *Central Hardware Co. v. NLRB* 407 U.S. 539, 92 S. Ct. 2238 (1972).
- 37 ראה, בנוסף לאסמכתאות לעיל, *Jackson v. Metropolitan Edison Co.* 419 U.S. 345, 95 S. Ct. 449 (1974).
- 38 שכן מקובל שחקיקה ציבורית היא מטועפת ועניפה, ואילו חקיקה במשפט הפרטי היא בדרך כלל מינימליסטית. במקרה אחד, חוק טקסני העניק זכות עיכובן לבעל בית על נכסים של שוכרים. היות ועל-פי המסורת הטקסנית הוצאת זכותו של בעל העיכובן לפועל נעשתה על-ידי פקיד מדינה, חוק זה הוכר על-ידי בית-המשפט כחוק מדינתי שהתיקון חל עליו: *Hall v. Garson* 430 F2d 430 (1970) לעומת זאת, במקרה אחר, העובדה, שהנזבעת היתה שוכרת את מקום העבודה מהעירייה ומקבלת כספים מקרן של העירייה, לא הספיקה על-מנת לחסות בצל התיקון: *Gotsis v. Lorain Community Hospital* 345 NE2d 641 (1974).
- 39 *Public Utilities Com. v. Pollack* 343 U.S. 451, 72 S. Ct. 813 (1952); *In re Kempf's Will* 16 NE2d 123 (1938); *United States Nat. Bank v. Snodgrass* 275 P2d 860 (1954).
- 40 לגבי צו המגביל את חופש הביטוי ראה להלן.
- 41 חופש התנועה (Right to travel) של אזרחי ארצות-הברית מחולק לשני סוגים: הסוג הראשון הינו הזכות למעבר ממדינה למדינה בתוך ארצות-הברית (Interstate commerce) והסוג השני הינו חופש התנועה לחו"ל. בשל הגישה הפדרליסטית, חופש התנועה הבין-מדינתי הינו רחב ביותר ופסקי-הדין שיובאו להלן מתייחסים אליו. חופש התנועה מחוץ לארה"ב מוגבל יותר.

והפרה על-ידי פרטים⁴², ולא ניתן לשלול את חופש התנועה של שחורים על-ידי אימים, חקיפות וכדומה. מכל מקום, לא מצאתי אסמכתא להגנה על יחידים מפני צו עיכוב יציאה שנסבה על עניין אזרחי רגיל.

ד.2.2. המשפט הקנדי: סעיף 32 לצ'רטר מחיל אותו על הפרלמנט, על ממשלת קנדה ועל מחוקקי כל פרובינציה והממשלות שלהן. בעבר היתה מחלוקת בין המלומדים בקנדה בדבר תחולת הצ'רטר במשפט הפרטי⁴³. חלק מהמלומדים סבר, כי מודל התחולה הישירה הוא הראוי; חלק אחר סבר, כי מודל התחולה על הרשות השופטת הוא הראוי⁴⁴; עיקר המחלוקת נבע מכך שלא היתה הוראה פוזיטיבית המוציאה את תחולת החוק מהמשפט הפרטי. מכל מקום, בית-המשפט בקנדה הכריע במחלוקת ופסק, כי מודל העדר התחולה הוא המודל הראוי⁴⁵.

ד.3. העדפת מודל העדר התחולה

בכל הכבוד הראוי, מעדיפים אנו את גישת העדר התחולה, שכן הגישה העקיפה הינה בעייתית ליישום: מחד, אם ממילא הזכויות על-פי החוק תעבורנה את ה"סינון" של המשפט הפרטי, הרי שלא תהיה נפקות מעשית לתחולה עקיפה. מאידך, רמת ההפשטה של החלת זכויות-יסוד "מלמעלה" דרך "סינון" היא גבוהה ויוצרת תחום אפור הפותח פתח נרחב לא-יודאות, הן מבחינת העוצמה והן מבחינת ההיקף⁴⁶. מכל מקום, נדגיש

42 *Griffin v. Breckenridge* 403 U.S. 88, 91 S. Ct. 1790 (1971); *United States v. Guest* 383 U.S. 745, 86 S. Ct. 1170 (1966).

43 הכוונה לפעולות פרטיות "טהורות"; אין כל מחלוקת, כי פעולות הפרט מכוח חוק — כדוגמת מעצר חשוד ללא צו, המוסדר בסעיף 6 לפקורת סדר הדין הפלילי (מעצר חזירוש) [נוסח חדש], חש"כ"ט — 1969, דיני מדינת-ישראל, נוסח חדש מס' 12 חשכ"ט 284 — אינן פעולות במשפט הפרטי, והצ'רטר כן יחול עליהן.

44 לפרישת קשת הדעות ראה P.W.Hogg *Constitutional Law of Canada* (2nd ed., 1985) p. 675 at 126.

45 *Retail Wholesale and Department Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd.* 573 S.C.R. [1986]; ראה גם ברק, לעיל הערה 28, בע' 174 ו-185.

46 דוגמא להחלה מוטעית, לדעתנו, של חוק-היסוד, היתה בתיק בו נפסק בבית-משפט השלום בכפר-סבא (המ' 1245/92, לא פורסם), כי לאור חוק-יסוד: כבוד-האדם וחירותו, המעגן את זכות הקניין ברמה של חוק-יסוד, יש לפרש את "חוק גל" (חוק ההסדרים במגזר החקלאי המשפחתי, התשנ"ב — 1992) בצמצום, כך שבמקרה של ספק, אם יש לעכב הליכים בתביעה כספית על-מנת להעבירה למשקם או להשאירה בבית-המשפט, ייטה בית-המשפט, מכוח ההגנה על זכויות הקניין של הנושה ולאור העובדה שחוק זה פוגע בזכויות הנושים, להשאיר את הדיון בתיק בבית-המשפט. לכאורה, "חוק גל" אינו כולל מושגי שסתום או "מסננות" למיניהן, ולפיכך ההרכבה של חוק-היסוד הינה ראויה. ונדגיש: הנקודה היא לא האם יש לפרש את "חוק גל" בצמצום או לא; הנקודה היא, האם יש מקום להחיל נורמות, המכוונות לשלטון, על חוק הדין בין אזרחים לבין עצמם; ייתכן ואכן יש לפרש את "חוק גל" בצמצום, אולם פרשנות זו צריכה לנבוע מתוכו, ולא כהעתקת נורמות התנהגות ראויות של השלטון. על-מנת להמחיש את הבעייתיות של החלת נורמות ציבוריות על פרטים ניתן לראות מהתוצאות בדעיכה, של בג"ץ 5304/92 עמותת פרי"ח נ' שר המשפטים (שרם פורסם), אך כי מבחינה משפטית קל יותר להחיל נורמות ציבוריות, במקרה של מעורבות ההוצאה לפועל, על מאסר חייבים, והשווה עם הערה 38, לעיל.

מיד, שאין הכוונה, בבחירת מודל העדר התחולה, למצב שבו לזכויות-היסוד לא תהיה כל דריסת רגל במשפט הפרטי. לדעתנו, לזכויות האזרח יש שני היבטים: ההיבט הראשון הינו היבט "הגנתי", בו ממלאות זכויות-היסוד תפקיד של מסך בין האזרח לשלטון, מסך שנועד למנוע התערבות לא חוקית של השלטון בזכויות הפרט, דהיינו, התערבות שאינה סבירה הנובעת משיקולים זרים; במדינות בהן אין חוקה, מסך זה הינו דק ופגיע ובמדינות שבהן יש חוקה, מסך זה מעובה ויציב. ההיבט השני הינו היבט פרשני, דהיינו: אם נצא מנקודת הנחה, שזכויות-היסוד הן לב ליבה של שיטתנו המשפטית, מעין "כל התורה על רגל אחת", הרי שכל חוק בא להסדיר, במפורש או במשתמע, פז זה או אחר של זכויות-היסוד, ולפיכך יש למצוא בכל חוק ביטוי זה או אחר של זכות-יסוד אחת או יותר⁴⁶. התערבות בדבר חקיקה מן ההיבט הראשון היא התערבות ישירה, ממקור חיצוני, ביחסים שבין האזרח לשלטון; מאידך, התערבות בדבר חקיקה מכוח ההיבט השני הינה התערבות על דרך פרשנות, הנובעת מתוך הטקסט עצמו; כזאת, התערבות כזאת מלכתחילה יכולה להיעשות אך ורק בהתאם לרוח החוק, והסיכוי לטעות בפרשנות דבר חקיקה על דרך מקור חיצוני נמוכה יותר. לפיכך, גם אם נאמץ את מודל העדר התחולה, עדיין יש נפקות לזכויות-היסוד בחקיקה הפרטית. ודאי וודאי שתהיה גם נפקות להתחזקות הנורמטיבית של הזכויות שעוגנו בחוק-היסוד, התחזקות שתמצא אולי את ביטוייה בשינוי משקלן של הזכויות כאשר ניזקק לאיזון אינטרסים⁴⁷. יצויין, כי עובר לחקיקת חוק היסוד נדרש בית-המשפט העליון לסוגיית תחולתו של עיקרון השוויון בהליכי מיכרו במשפט הפרטי והעדיף את העדר תחולתו על תחולתו⁴⁸; אכן, ככל שהמדובר בקשר מסחרי מובהק, נוהר בית-המשפט מהטלת חובת שוויון גורפת⁴⁹.

3. ההליכים הדיוניים בתקנות, המתנגשים עם זכויות בחוק-היסוד

רבים הם ההליכים אשר יוצרים בעייתיות בקונטקסט שלנו. לצורך גרסה מצומצמת זו של המאמר, נסקור בקצרה את הסעדים הזמניים הפוגעים בזכויות הנתבע על-פי סוג הזכות הנפגעת. הזכות המותקפת ביותר הינה זכות הקניין של הנתבע. היא נמצאת בסכנה בהליכים הבאים: סעדים זמניים⁴⁸, כגון: כינוס נכסים⁴⁹, עיקול זמני⁵⁰, צווי

46 א' ברק פרשנות במשפט כרך ב' (נבו, 1993), בע' 553.

47 גם בפועל, יש לזכור, שהפסיקה אמצה, לפחות עד לשלב זה, את תחולת החוק כסוגיית שבין האזרח לשלטון: בין אם המדובר במשפט הפלילי, ובין מדובר בהוצאה לפועל וכי, ולא במשפט הפרטי.

48 ד"ר 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות', פ"ד מג (1) 41, אשר הפך את פסק-הדין בע"א 207/79 רביב משה ושות' נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לו (1) 533.

49 כהן ה"שוויון" מול חופש החוזים המשפט א' (תשנ"ג) 131, 147.

48 לרבות בשלב הערעור — תקנה 471.

49 תקנות 392–386

50 תקנות 375–360; ראה גם עיקול על-פי תקנה 387.

מניעה ועשה⁵¹. יש לזכור, שיש דרגות שונות של חומרה לגבי סעדים זמניים, החל במתן הסעד כמעמד שני הצדדים, וכלה בנתינתו כמעמד צד אחד⁵² טרם הגשת התביעה⁵³. סעד נוסף, הינו מתן ערובה על-ידי נתבע אשר יש לגביו חשש שהוא עומד להבריח נכסים מהארץ⁵⁴. כמו כן, גם עיכוב ביצוע פסק-דין עד להחלטה בערעור⁵⁵ פוגע בזכותו של הזוכה לממש את פסק-הדין. פגיעה נוספת, אם כי עקיפה, מצויה בתקנה 124 המאפשרת בדיקת נכס שנתעוררה לגביו שאלה בתובענה. סעד הפוגע באופן קיצוני בחופש התנועה הוא עיכוב יציאה מהארץ, הן לגבי חוב שכבר התגבש⁵⁶, והן לגבי חוב שפרעונו בעתיד⁵⁷; גם סעד של המצאת נכסים או ערובה להמצאתם⁵⁸ פוגע באופן חלקי בחופש התנועה. סעדים דיוניים אחרים, כגון שאלונים, גילוי מסמכים, מומחים, בדיקת נכס על-פי תקנה 124 ועוד, פוגעים בפרטיותו ולעיתים גם בכבודו של הנתבע. על-אף הפגיעה הרבה בזכויותיו של הנתבע אין חולק, כי ההליכים הדיוניים חיוניים הם לכל שיטת משפט ובלעדיהם, למעשה, מרוקנת הפרוצדורה האזרחית מכל תוכן; להלן נראה, הכיצד הליכים אלה הגיעו לרמת איוון פנימית משביעת רצון, אשר הפנימה לתוכה את זכויות-היסוד על-ידי הגבלת מתן כל סעד בתנאים המתאימים. כאמור, בחרנו למקד את הדיון בסוגיית הסעדים הזמניים, שהיא הנקודה הבעייתית ביותר מבחינת פגיעה בזכויות הפרט. את הדיון בהליכים האחרים נשאיר לרשימה אחרת.

4. היחס שבין חוק-היסוד לבין התקנות

א. כללי

כאשר אנו דנים ביחס שבין חוק-היסוד לבין התקנות, עלינו לעורר שתי שאלות עקרוניות: השאלה הראשונה היא, מהם התנאים בהם יתערב בית-המשפט בדבר חקיקה עקב היותו פוגע בזכויות-יסוד; עד כמה צריכה להיות חמורה הפגיעה ומהו היקף שיקול-דעתו של בית-המשפט. השאלה השנייה היא, עד כמה קיים איוון באינטרסים של הצדדים לדיון המשפטי בכל סוגייה וסוגייה, והאם מוצדק להתערב בכל מקרה לגופו.

ב. אימתי יתערב בית-המשפט בחקיקה הפוגעת בזכויות הפרט

1. כללי

גם לצורך המענה על שאלה זו פנינו לשיקול-דעתם של בתי-המשפט באמריקה. אולם

- 51 אין הוראה בתקנות, אולם הסמכות נגזרת מסעיף 75 לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד – 1984, ומחקיקה פרטית כגון פקודת הנוזיקין ועוד.
- 52 לגבי בקשות בדרך המרצה – תקנה 244, ולגבי עיקול זמני – תקנה 362.
- 53 בעיקול זמני – תקנה 360; וכן בצווי מניעה וצווי-עשה.
- 54 תקנה 386 – מתן ערובה או התייצבות ומתן טעם מדוע לא יתן ערובה.
- 55 תקנות 466–470.
- 56 תקנה 376; רע"א 18/89 פייכמן נ' בנק לאומי (טרם פורסם).
- 57 תקנה 385;
- 58 תקנות 387–386.

עלינו לזכור, שפסקת ההגבלה האמריקאית נוקטת לשון מוחלטת ושוללת, על-פי לשונה, כל פגיעה שהיא בזכויות האזרח המוגנות; פסקת ההגבלה אצלנו, לעומת זאת, מסייגת את עצמה בסיפא שלה.

2. התערבות בחקיקה המתנגשת עם הגנת התיקון ה-14 – שיקולים מנחים⁵⁸:

למרות שהתיקונים החמישי והארבעה-עשר נוקטים לשון מוחלטת, להבדיל מ"פסקת ההגבלה" אצלנו, גם בית-המשפט העליון האמריקאי לא מתערב בכל פעם שזכויות האזרח נפגעות. בראש ובראשונה, התיקון ה-14 נועד להגן על האזרח מפני המדינה ולא מפני אזרח אחר; לפיכך, אם מדובר בסכסוך בין פרטים, לא יעסוק בית-המשפט בפן הפרוצדורלי של הפגיעה אלא בפן המהותי בתקיפה עקיפה, דהיינו: האם החוק שעל-פיו פעל הפרט פוגע בזכויות המוגנות בתיקון ה-14; אם החוק אכן פוגע בזכויות האזרח, הוא יוכרז כבטל ובעקבותיו תבוטל פעולת האזרח. כאשר עוסקים אנו ביחסים של הפרט מול המדינה, גם אז יפעיל בית-המשפט את שיקול-דעתו האם להתערב ולבטל את הפעולה הנדונה. ראשית, הוא יבדוק האם הזכות הנפגעת נכנסת לאחת הקטגוריות של חיים, חירות או רכוש, הראויות להגנה; שנית, על-מנת שבית-המשפט יתערב, האזרח צריך להראות יותר מצורך אבסטרקטי להגנה על זכויותיו; עליו לבסס תביעה לגיטימית להגנה על זכותו; גם לאחר כל אלה יבדוק בית-המשפט, האם מדובר בהליך תקין והוגן (fair), בו נתקבלה ההחלטה בסבירות. אם כך הוא הדבר, בית-המשפט לא יתערב. למעשה, רואים אנו, שהתוצאה המעשית דומה לפסקת ההגבלה שלנו. הגנה על-פי התיקון ה-14 אין פירושה בדיקת יעילות ההליך ושיקול-דעת המחוקק, בהעדיפו פרוצדורה אחת על פני פרוצדורה אחרת, כל עוד ההליך אינו פוגע בשלושת התנאים המוזכרים לעיל⁵⁹. בית-המשפט לא יתערב בפרוצדורה של מדינה מסוימת, רק מכיוון שמדינות אחרות הסדירו את הפרוצדורה בצורה טובה יותר, חכמה או אפילו הוגנת יותר. כל מחוקק הינו סוברני לקביעת הפרוצדורה אשר תביא לעשיית צדק. בית-המשפט הדגיש, כי שיקול-דעתו צריך להיות גמיש ביותר ולבדוק כל מקרה לנסיבותיו. הבדיקה של בית-המשפט מצטמצמת לשאלה האם נעשה צדק עם האזרח, האם ניתנה לו זכות להישמע והאם ההחלטה היתה סבירה; מצד שני יבדוק בית-המשפט את מידת הסיכון הטמון בהליך ואת רמת ההסתברות לטעות בקביעה המשפטית. בנוסף לכך, כאשר האזרח פונה לבית-המשפט ומבקש צו מניעה כנגד אכיפת חוק הפוגע בזכויות-היסוד, לא ימהר בית-המשפט להעתר לו, גם אם טענתו מוצדקת. פגיעה בזכויות חוקתיות אינה מהווה תנאי מספיק על-מנת לזכות בצו-מניעה. על העותר להראות נסיבות המצדיקות התערבות בית-המשפט, נסיבות של סכנה לנזק בלתי הפיך, נזק שלא ניתן לפיצוי כספי או לתרופה אחרת. אם החוק שכנגדו מבוקש צו המניעה מסדיר בתוכו את הפיצוי לנפגע, לא ינתן צו. בין הדוגמאות הבולטות להחלת דוקטרינת אי-ההתערבות ניתן למצוא את

58 א ראה, כללי, 16A Am Jur 2d, p. 967-987.

59 ניתנה זכות טיעון, החלטה סבירה ולא שרירותית שניתנה לגופו של עניין.

סוגיית ה־Repossession⁶⁰, ואת סוגיית חוקיותו Federal Rule of Civil Procedure 6035⁶⁰ המאפשר בדיקה פיזית ונפשית של צדדים לתביעה בבית-משפט פדרלי (סעיף המקביל לתקנה 132 שלנו), בין תובעים בין נתבעים⁶¹. בית-המשפט פסק, כי בסעיף הנ"ל אין כל בעיה חוקתית של פגיעה בפרטיות.

ב. מסקנות לגבי סוגיית התערבות בית-המשפט בחקירה ישירה בחקיקה פרטית מהאמור לעיל עולה, שהפרשות שניתנה לפסקת ההגבלה האמריקאית מילאה אותה בתוכן נורמטיבי הדומה לתוכנה של פסקת ההגבלה במשפט הישראלי, משמע: לא הגנה מוחלטת בגין כל פגיעה, אלא הגנה יחסית, בהתאם לנסיבות המקרה. על-פי הפסיקה האמריקאית, התערבות בית-המשפט בדבר חקיקה המסדיר התנגשות בין פרטים תהיה רק במקרים נדירים, מקרים בהם יש צורך להחליף ולהגן על זכויות שיש להן נפקות מעבר למשפט הפרטי, כגון הגנה על משכורתו של עובד מפני עיקול⁶². לפיכך, מרכז הכובד בדיון שלנו עובר מסוגיית פסילת דבר החקיקה מעיקרו, לסוגיית האיזון בין ההגנות שניתנות לשני הצדדים המתדיינים וזאת משני נימוקים: הנימוק הראשון הוא, שעל-מנת לבדוק האם דבר החקיקה סביר או לא, יש לבדוק את מהות האיזון המוסדר בו; הנימוק השני הוא, שממילא, אם הגענו למצב בו בודקים אנו את האיזון, הרי שדבר החקיקה אינו רע כשלעצמו, ולפיכך אין צורך לפוסלו — הכשרתו תיעשה על-ידי שינוי האיזון בהגנה על זכויות הצדדים⁶³.

ג. ההליכים הקיימים: סוגיית איזון האינטרסים בראש ובראשונה עלינו לזכור, כי במשפט הפרטי שמירה על זכויות וחובות במובן הצר היא עניין דו-צדדי: הגנת זכותו של נתבע, למשל, היא פגיעה בזכותו של התובע, ולהיפך. לפיכך, אל לנו לבחון את התקנות מנקודת מבט של צד אחד שפוגע בזכויותיו של צד אחר, אלא על שני צדדים, שזכויות-היסוד של שניהם מתעמתות⁶⁴, ועל בית-המשפט למצוא את נקודת האיזון המתאימה. משמע, בית-המשפט יוצא מנקודת הנחת קיומן של כל הזכויות, והדיון לא נסב על הצורך אם יש להתחשב בזכות מסוימת או לא, אלא האם הזכות של צד אחד, כאשר היא עומדת על כף המאזניים אל מול זכותו

60 ראה להלן.

60 28 U.S.A.C. 561 (1992).

61 *Schlagenhauf v. Holder* 379 U.S. 104, 85 S. Ct. 234 (1964).

62 ראה להלן, Garnishment, טקסט בסמוך להערות 151, 152.

63 מעטים הם ההסדרים, גם במשפט האמריקאי, אשר הם נחשבים "רע כשלעצמם" — אפילו מאסר בשל חוב במשפט האמריקאי הינו חוקי, כאשר אי-תשלום החוב כרוך במרמה. מכל מקום, גם סעד שהינו "רע כשלעצמו" בשיטה משפטית אחת, יכול להיות מקובל בשיטה משפטית אחרת — במשפט הישראלי ובמשפט האנגלי בוטלו תקנות אשר איפשרו מעצר נתבע כסעד זמני לפני מתן פסק-דין; בשיטת המשפט הגרמנית, לעומת זאת, אין הדבר כך. לפעמים הזכות היא זהה: זכות הקניין של שני הצדדים בדיון בבקשת עיקול, ולפעמים שונה: כגון זכות הקניין של צד אחד מול זכות הקניין וזכות השימוע של הצד השני, בדיון בבקשת עיקול במעמד צד אחד.

של הצד השני — מכריעה את הכף או לא מכריעה — וזו כבר שאלה שונה לגמרי — שאלת משקל הזכות ולא שאלת הצדקת קיומה בדיון הספציפי. זו הסיבה, שגם העלאת הנורמטיביות "המהותית" לא פוגעת או מוסיפה לצדדים, שכן העלאת עצמתן של הזכויות פועלת לשני הכיוונים⁶⁵. בנוסף לכך יש לתזור ולציין, כי תקנות סדר הדין הן לא ה"מה", אלא ה"איך" — תפקידן הוא לסייע לבעל-דין, אשר יש לו עילה מוצדקת כלפי בעל-דינו, לממש את עילתו על-ידי קבלת פסק-דין כנגדו, בדרך הצודקת ביותר תוך ביורור השאלה והכרעתה לגופו של עניין. בית-המשפט זנח כבר לפני שנים רבות את דרך הפורמאליות הנוקשה ואף מתקין התקנות הלך בעקבותיו⁶⁶. מכל האמור לעיל עולה, כי התקנות הן אך ורק מכשיר — ומכשיר, ככל מכשיר, יש בו פוטנציאל של סיכון והרס; אולם אם קיומו של המכשיר הינו חיוני, עצם הסיכון הנובע ממנו אינו נימוק מספיק לפסילתו. נעבור כעת לבחינת מערכת האיזונים במשפט המשווה בסוגיית הסעדים הזמניים.

5. סעדים זמניים — המשפט המשווה

א. כללי:

אנו נזקקים למשפט המשווה משני נימוקים. הנימוק הראשון הינו הצורך לראות הכיחד המשפט המשווה מתייחס לסוגיית ההתנגשות בין ההוראות הדיוניות לבין פסקת ההגבלה; לצורך ליבון סוגייה זו פנינו למשפט האמריקאי וכן למשפט הקנדי, אשר הווה את המודל לחוק-יסוד כבוד-האדם. הנימוק השני הינו בדיקת מערכת האיזונים שכל מערכת משפטית יצרה לעצמה והמסקנות המתחייבות מכך. לפני שנפנה לניתוח המעשי ברצוננו לציין, כי כאשר עורכים משפט השוואתי יש להיזהר מהשלכות אוטומטיות לגבי הפעלת שיקול-הדעת בדין אחד לעומת דין אחר. להלן נעמוד בכל מקום על ההבדלים הראויים לציון בכל שיטה. לגבי החלטות במעמד אחד נציין, כי נדון רק באותן החלטות המוגשות במעמד צד אחד בשל דחיפות העניין או למניעת סיכול מטרת הבקשה על-ידי הצד השני. את הסעדים הזמניים אנו מחלקים לשלוש קטגוריות: הקטגוריה הראשונה כוללת בחובה את הסעדים הזמניים המקבילים, ולמעשה, כמעט זהים לסעד הסופי. דוגמא לכך היא בקשה לצר-מניעה זמני, כאשר בתביעה העיקרית מתבקש צר-מניעה סופי (תביעה נזיקית על מטרד, למשל). הקטגוריה השנייה כוללת גם היא סעדים הקשורים לסעד הסופי, אולם אין זהות ממש בין הסעד הזמני לסעד הסופי. דוגמא לכך היא בקשה לעיקול זמני של מקרקעין במסגרת תביעת בעלות על אותם מקרקעין. בקטגוריה השלישית כלולים המקרים בהם אין שום קשר בין הסעד הזמני לסעד הסופי, פרט לכך שהסעד מבקש למנוע מצבים של הכבדה על ניהול הדיון, או

65 שני הצדדים נהנים מחיזוקה של זכות הקניין, ולפיכך, למעשה, לא שונה "שווי המשקל המשפטי" שביניהם. מכל מקום יש לציין, כי התוצאה תהיה שונה, אם תהיה התנגשות בין זכות אשר לא הוסדרה בחוק, כגון חופש הביטוי, לבין זכות שכן הוסדרה כמו חופש העיסוק.

66 תקנה 524 — תיקון כל פגם בהליך לשם שמירה על הצדק.

מצבים שבהם לא יהיה ניתן לבצע את פסק-הדין. בקטגוריה זו ניתן למצוא את העיקול הזמני (על-מנת ליחד נכסים לביצוע פסק-הדין) או את צו עיכוב היציאה מהארץ וכו'.

ב. סעדים זמניים — הדין האנגלי

ב.1. כללי

כאמור, בכל מקום שעורכים השוואה עם דין זר יש להיזהר ולשים לב להבדלים הנורמטיביים בין המאטריות; נכון הדבר במיוחד בקשר לסוגייה זו של עריכת השוואה בין הדין האנגלי לדין הישראלי בנושא סעדים זמניים. לפיכך, עלינו לעמוד על ההבחנה בין מערכות הדינים לפני שנתחיל בניתוח. להלן נעמוד על שתי הנקודות העיקריות. הנקודה הראשונה היא האופי הנורמטיבי של הסעדים באנגליה; אומנם, בתי-המשפט באנגליה ראו את עצמם מוסמכים להעניק צווים מקדמת דנא⁶⁷, אולם צווים אלה היו צווים אישיים (in personam) — צווי מניעה או צווי עשה (mandatory). אין באנגליה צווים חפציים (in rem) כמו, למשל עיקול בדין הישראלי⁶⁸. על כן, יש לשים לב, לכך שכל הסעדים הזמניים באנגליה, הרלוונטים לדיוננו, הם פיתוח זה או אתר של צווי מניעה או צווי עשה, נקודה שיש להתחשב בה בעת הבחינה של שיקול-הדעת בהוצאת הצו. הנקודה השנייה נוגעת להתפתחות ההיסטורית של הסעדים הזמניים באנגליה. לצורך סקירה זו עלינו להבחין בין שלוש תקופות שונות⁶⁹, כאשר התקופה הראשונה נמשכת עד אמצע-שלהי המאה ה-19, התקופה השנייה נמשכת עד אמצע שנות ה-70 של המאה הנוכחית והתקופה השלישית נמשכת עד היום. בתקופה הראשונה היה נהוג לאסור את הנתבע עד שהוא ימציא ערובה טובה או בטחונות לתובע⁷⁰. אומנם הליכים אלה בוטלו רשמית ב-1947, אולם למעשה, כאמור, הם היו אות מתה כבר הרבה לפני כן. בתקופה השנייה, שנמשכה כ-150 שנה, במצבים בהם התובעים היו נזקקים לסעד מהסוג השלישי⁷¹, נגרם להם נזק רב כאשר לאחר שנים של התדיינות הם זכו במשפטם, אולם לא היתה להם שום דרך למימוש פסק-הדין, שכן הנתבע היה דואג להבריח את כל נכסיו מחוץ לאנגליה מבעוד מועד. תקופה ארוכה עמדו בתי-המשפט חסרי אונים כלפי תופעה זו והם היו זקוקים לאוטוריטה אמיתית בדמותו של הלורד Denning על-מנת שינהיג את פריצת הדרך בעניין *Mareava*⁷². מאז, תוך 10 שנים חלה התפתחות

67 ראה, למשל, (1956) *Plucknett A Concise History Of The Common Law* בעמ' 679–678 מציינים המחבר, כי כבר בתקופה המוקדמת של ה-*Common Law* ניתן למצוא את ניצני הצווים, אשר קיימים עד היום: ה-*Writ of prohibition* וה-*Quia timet*.

68 על נקודה זו נתעכב כשנרדן בצו ה-*Mareava*. לעומת זאת, קיימים הליכים הדומים לעיקול בשלב ביצוע פסק-הדין — *Garnishment* ו-*Attachment*; להלן סעיפים 3.2.5 ו-4.2.5.

69 החלוקה שלי, ש.ש.

70 סקירה היסטורית ראה ב-*The Supreme Court Practice*, 1993 (London, 1992) p. 520 (להלן: *white book*).

71 לעיל, סעיף 2.ב.5.

72 *Mareava Compania Naviera SA v. International Bulkcarriers SA* (1975) *Lloyd's Rep.*

509, [1980] 1 All ER 213. למען הדיוק נציין, כי צו *Mareava* אומנם נקרא על-שם פסק-הדין הנ"ל, אולם זכות היוצרים "שייכת לפסק-דין אחר שניתן באותה שנה: *Nippon v. Karageorgis* [1975] 3 All E.R. 282

מטאורית, פסק-דין *Mareava* הורחב הרבה מעבר לתחולתו המקורית⁷³, אומץ בחקיקה⁷⁴ ונפץ כל כך, עד כי השימוש בו מעלה דאגה רבה בקרב המלומדים באנגליה. מכל מקום, לא רק צו זה מסמל את תחילת העידן החדש באנגליה, אלא עוד שני פסקי-דין שניתנו באותה תקופה. פסק-הדין הראשון הינו פסק-הדין בעניין *Anton Piller*⁷⁵ אשר דן במתן צו הדומה לצו חיפוש בחצרי הנתבע ותפישת מסמכים ו/או עדויות אחרות החיוניים להוכחת התביעה, אשר יש חשש שיושמדו ברגע שיוודע לנתבע על הגשת תביעה כנגדו, ולפיכך הוא מוענק במעמד צד אחד לפני הגשת התביעה; פסק-הדין במקור ניתן גם הוא במאטריה המצומצמת של קניין רוחני וזכויות יוצרים, אולם, כקודמו, גם תחולתו הורחבה מעל ומעבר לכל פרופורציה בה ניתן פסק-הדין המקורי. פסק-הדין השני הינו פסק-הדין בעניין *American Cyanamid v. Ethicon*⁷⁶, אשר בו קבע מאור גדול אחר במשפט האנגלי, הלורד Diplock, שלצורך קבלת סעד זמני די שהתובע ישכנע את בית-המשפט, לא בכך שיש לו זכות לכאורה, אלא שיש שאלה רצינית לדיון (= והתביעה אינה קנטרנית). הפועל היוצא של פסק-הדין הנ"ל הוא, שהורדה המשוכה באופן ניכר לגבי מי שמבקש סעד זמני⁷⁷, ואם נשלב פסק-דין זה עם השניים הקודמים, אשר ניתנו בסמוך אליו, רואים כיצד מסמנים הם את תחילתה של תקופה חדשה. כאמור, כאשר מפעילים שיקול-דעת, באם לאמץ סעד זמני או פסיקה אנגלית מן הראוי שנשים את ליבנו לשתי נקודות אלה.

2.2. מתן צו — שלבים בהפעלת שיקול-הדעת^{77א}

א. כללי: גם באנגליה^{77ב} מטרת הצו הינה שמירה על המצב הקיים⁷⁸ על-מנת להקל על

- 73 ראה להלן, פרק נפרד.
 74 Supreme Court Act 1981 (c. 54), sec. 37(3). (להלן: (S.C.A.).
 75 *Anton Piller K.G. v. Manufacturing Processes Ltd.* (1976) Ch. 55
 76 *American Cyanamid v. Ethicon* (1975) 1 All E.R. 504
 77 לניתוח השינוי בעקבות פסק-דין זה ראה: Casson & Dennis *Modern Developments in the Law of Civil Procedure* (London, 1982) pp. 39-42.
 77א השיטה המקובלת כיום להפעלת שיקול-הדעת בענין צו מניעה היא "שיטת השלבים", המתוארת להלן. שיטה זו מאמצת בפסקי-דין של הלורד Diplock בענין *American Cyanamid*, לעיל, הערה 76. לדעה אחרת, על-פיה אין מקום לשיטת השלבים אלא עדיפה בחינה של מכלול הנסיבות בכל מקרה לגופו, ראה: א' וינוגרד צווי מניעה, חלק כללי (הלכות, 1993), בע' 100-99, והשווה עם רע"א 5507/92 גולן ש.פ. בע"מ נ' בנק איגוד לישראל בע"מ (לא פורסם) בו צוין, כי מאזן הנוחיות הוא רק אחד מהשיקולים ששומה על בית-המשפט להביאו בחשבון ברונו בבקשה למתן צו מניעה זמני.
 77ב הואיל ובמאטריה של צווי מניעה הדין הישראלי ינק את הדין האנגלי, כמעט במלואו, והואיל ותקנות סדר הדין אינן מייחדות פרק נפרד לצווי מניעה — למרות שהן מאזכרות אותם — ראה תקנה 500(6) — לא ייוחד פרק נפרד לצווי מניעה בדין הישראלי ברשימה זו, אלא תוספנה הערות מספר בפרק זה בלבד.
 78 *Janes v. Pacaya Rubber and Produce Com. Ltd.* [1911] 1 K.B. 455, 457 הישראלי ראה: ע"א 385/73 פרידמן ואח' נ' זהבי, פ"ד כח (1) 765, 768 — "סעד זמני על שום מה?...".

ביצוע פסק-הדין לאחר בירור מלא של המשפט⁷⁹. גם אם הערכאה הראשונה מסרבת להעניק לו את הצו, יכול התובע לקבל אותו מבית-משפט של-ערעור עד שישמע ערעור⁸⁰, אם כי יש לציין, שרק לעיתים רחוקות תתערב ערכאת ערעור בשיקול-דעתה של ערכאת השמיעה⁸⁰. אין מניעה, במשפט האנגלי, שהתובע יקבל סעד זמני, אפילו הוא חופף לסעד הסופי⁸¹.

ב. שלב I: חשיבות הסוגייה: יש לשים לב לכך שבאנגליה הבקשה נתמכת בתצהיר ללא חקירה נגדית על-ידי הצד השני⁸¹. על-מנת להתגבר על הבעייתיות הזאת התפתחה פסיקה, על-פיה יוכל התובע לזכות בסעד המבוקש, רק אם עולה מהתצהיר, על פניו, שהוא זכאי לסעד וכי יש סיכוי לתביעתו⁸². עם הזמן התגמשה הדרישה, בנימוק שהסעדים הזמניים הם גמישים, ויש להעניק שיקול-דעת נרחב לבית-המשפט ולהתחשב בשיקולי הגינות, צדק ושכל ישר⁸³. פסק-הדין בעניין *American Cyanamid v. Ethicon*⁸⁴ מסמן את הקו החדש, אשר על-פיו די שהתובע יראה לבית-המשפט שיש שאלה רצינית לדון בה. למרות זאת יש לציין, כי כאשר מדובר בשאלה משפטית טהורה, כגון פרשנות סעיף חוק⁸⁴ או פרשנות סעיף של חוזה, אשר אינו משתמע לשני פנים⁸⁴ — ידון בה בית-המשפט כבר בדיון המקדמי והראשוני של צו המניעה הזמני, למרות שאין דרכו של בית-המשפט להכריע כבר בשלב הביניים בשאלות שאמורות להידון

- Smith v. Peters* (1875) L.R. 20 Eq. 511 at 513 79
- Erinford Properties Ltd v. Cheshire C.C.* [1974] Ch. 261 80
- 445(ב)(4) ר' 471 לתקנות; ראה גם: בש"א 243/88 ד"ר אנבא בסיליוס — המוטראן הקופטי של הכסא הקדוש של ירושלים והמזרח הקרוב נ' עדילה ואח', פ"ד מב (3) 208; וינוגרד, לעיל, הערה 77א, בע' 244-241.
- 880א ראה, למשל, החלטתה הקצרה של המשנה לנשיא (כתוארה אז), השופטת מ' בן-פורת, בר"ע 10/86 מורל נ' מורל, פ"ד לט (4) 728, אשר עיקרה היה המשפט הבא:
- "כלל נקוט הוא בדינו, שאין להתערב בשיקול-דעתו של בית-המשפט קמא במתן סעדי ביניים אלא לעיתים נדירות בלבד".
- 81 אם נתעלם מהעובדה שהזמנים לגביהם מתבקש הסעד אינם חופפים.
- 81א בד"ן הישראלי, לעומת זאת, ראה: ע"א 217/63 הנ"ל, לעיל הערה 19; רע"א 3509/92 קאשי נ' סבידסקי (לא פורסם).
- 82 *Harman Pictures N.V. v. Osborne* [1967] 1 W.L.R. 723
- 83 *Hubbard v. Vosper* [1972] 2 Q.B. 84
- 84 לעיל, הערה 76. יש לציין, כי פסק-דין זה אומץ גם במשפט הישראלי: ע"א 342/83 גלזומן נ' גלזומן, פ"ד לח (4) 105; ע"א 483/85 לב ואח' נ' דגם מערכות בע"מ, פ"ד לט (4) 729; רע"א 2512/90 סופרגו חברה ישראלית להפצת גז בע"מ נ' תופיני סער ואח', פ"ד מה (4) 405.
- 84א ראה, למשל: רע"א 2512/90 הנ"ל, לעיל הערה 84.
- 84ב ראה, למשל, ע"א 497/61 סיאני נ' יצהרי, פ"ד טו 2310, 2312 — אשר בו אחד הנימוקים למתן צו המניעה הזמני היה, שתוכנו של ההסכם אינו משתמע לשני פנים, ושהחתייכויותיו של הנתבע אינן שנויות במחלוקת. ראה גם: ע"א 256/60 פרנקל נ' אמריקן אוברסיס פוד סנטרס אינקורפורייטד, פ"ד טו 87 וכן — ע"א 218/58 "מרום" שירותי אויר בע"מ נ' המועצה לייצור ושיווק כותנה בע"מ, פ"ד יב 1380, 1383 — שם נקבע במפורש, כי לא ינתן צו מניעה זמני כאשר התביעה נובעת מכח ההסכם שנוסחו שנוי במחלוקת. בנוסף יש לציין, כי הנסיבות העולות מהתצהיר צריכות להיות ברורות: רע"א 1256/93 גז הקירות א.ב. בע"מ נ' דור אנרגיה (1988) בע"מ ואח' (לא פורסם).

בתיק העיקרי גופו⁸⁴. מכל מקום, היות ומשוכה זו הונמכה, מרכז הכובד עובר לנקודה השנייה — מאזן הנוחיות.

ג. שלב II: מאזן הנוחיות⁸⁵ — הבדיקה מחולקת לשלושה שלבים:

א. האם הנזק ניתן לפיצוי: השאלה הראשונה שעל בית-המשפט לשאול את עצמו היא: בהנחה שהתובע יזכה במשפט — האם נזקו ניתן לפיצוי, ואם כן, האם הנתבע נמצא במצב שיוכל לפצות את התובע. אם התשובה על שתי שאלות אלה היא חיובית, לא יינתן סעד זמני, ולא חשוב עד כמה חזק ה-case⁸⁶.

ב. האם הנזק שיגרם לנתבע, באם התובע יפסיד, ניתן לפיצוי בכסף: השאלה כאן היא כפולה — האם ניתן לפצות בכסף את הנתבע על נזקיו, והאם התובע יוכל לשלם אותם. בהנחה שהתשובה על שתי שאלות אלה חיובית, סיכויי הנתבע לזכות בתביעתו אינם מהווים שיקול לאימתן הצד⁸⁷.

ג. אם יש ספק לגבי אופי התרופה המתאימה לנתבע, בהנחה שיזכה במשפט, בית-המשפט חייב להתחשב בקשת רחבה של גורמים על-מנת לאזן את הנוחיות והשיקולים המשתנים בהתאם לנסיבות העניין, ובעיקר מהות הזכות ועוצמתה⁸⁷ ושיקולי יושר⁸⁷. ד. בנוסף, יש להבחין בין צו מניעה, אשר נועד לשימור המצב הקיים, לבין צו עשה, אשר משנה את המצב הקיים, ולפיכך גם ניתן במקרים נדירים⁸⁷.

ד. שלב III: כאשר כפות המאזניים מעויינות — שיקולים מיוחדים

1. שמירה על המצב הקיים: כאשר כפות המאזניים מעויינות, נטיית בית-המשפט תהיה להשאיר את המצב הקיים בעינו⁸⁸. במיוחד נכון הדבר, כאשר צפוי לצדדים נזק שלא

84 ראה רע"א 2512/90 הנ"ל, לעיל הערה 84; ראה גם דבריו של השופט ש' לרין ברע"א 1256/93 הנ"ל, לעיל הערה 84: "מטעמים מובנים אין צורך שאתיחס לתוכנו של התצהיר שבדודאי ישמש נושא לדין לפני בית-המשפט המחוזי"; ע"א 1489/91, 4406 הלפרין נ' מרבר ואח', פ"ד מו (5) 155; ע"א 342/83 הנ"ל, לעיל הערה 84. אולם יש לזכור, כי בית-המשפט בוחן את סיכויי התביעה, ולא יתחר לבקשה למתן סעד זמני בהעדר סיכוי להצליח בתביעה — ר"ע 10/87 ג'ריר נ' שופאניה ואח', פ"ד מא (2) 553; גם סיכויים קלושים להצלחה בתביעה אינם מצדיקים מתן צו מניעה זמני — ר"ע 236/84 אשתר נ' נפתלי, פ"ד לח (2) 665.

85 ראה: *Snell's Equity* (29th ed., 1990), pp. 660-662.

86 ראה: *Garden Cottage foods Ltd v. Milk Marketing Board* [1984] A.C. 130 במיוחד לא ניתן צו, כאשר הנזק הצפוי הוא פרוט: ע"א 93/81 אליאס ואח' נ' שיפר ואח', פ"ד לו (2) 444.

87 ראה: *Hilton v. Earl of Granville* (1841) Cr. Ph. 283, 297-298.

88 כן, למשל, מקום בו הזכות הנטענת בכתב התביעה הינה קניינית, בית-המשפט נוטה יותר להוציא צו מניעה: ע"א 538/80 דרחי (אברהמי) נ' כורש ואח', פ"ד לו (3) 498; ר"ע 555/85 מרכז הארגונים בע"מ נ' שמה ואח', פ"ד מ (1) 559. לשיקולי בית-המשפט בעסקאות במקרקעין ראה: ב"ש 1222/85 נחשון ואח' נ' שי ואח', פ"ד מ (1) 103.

87 על היחס שבין עוצמת הזכות, עליה מבקשים להגן, לבין שיקולי יושר, בכלל, ושיהוי בפרט — ראה, לאחרונה: רע"א 5240/92 חלמיש חברה ממשלתית עירונית לשיקום הדיור בת"א-יפו נ' אשרו עיבוד נתונים בע"מ ואח', פ"ד מז (1) 45.

87 ראה, למשל: רע"א 2430/91 טיב טירת צבי נ' דליקטיב הקניון ואח', פ"ד מה (4) 225; ראה גם: א' גורן וסגיות בסדר דין אזרחי מהרורה שניה (לשכת עורכי-הדין ועד מחוז תל-אביב, 1991), בע' 428; וינוגרד, לעיל הערה 77 בע' 71. ראה גם להלן הערה 167.

88 פסק-דין *American Cynamid v. Ethicon*, לעיל הערה 76, בעמ' 408.

ניתן להערכה, אלא אם כן תהיינה נסיבות מכריעות כגון נזק ודאי לתובע לעומת סיכון בלבד לנתבע⁸⁹.

2. המשקל היחסי של טיעוני הצדדים: אומנם בית-המשפט לא מנהל משפט אך ורק על בסיס תצהירים נוגדים, אולם לעתים, כאשר יש עובדות שאינן שנויות במחלוקת, נלקחים בחשבון סיכויי הצדדים להצליח בחיק העיקרי⁹⁰.

3. שיקולים מיוחדים נוספים: לעיתים ישקול בית-המשפט עניין ציבורי, כגון במקרים של שיווק תרופות שכבר נקלטו בשוק והן מוכרות על-ידי רופאים ונמצאות בשימוש על-ידי חולים שתלויים בהן⁹¹, או כשמדובר בתרופה שנועדה להצלת חיים⁹². לעיתים נשקלים גם שיקולים בטחוניים⁹³. שיקול חשוב נוסף הוא לא להעניק למבקש הסעד יתרון שדבר החקיקה המקנה אותו לא התכוון לתיתו⁹⁴.

3. צווים במקרים ספציפיים

1. לשון הרע: משנת 1875 כל החטיבות של ה-High Court היו מוסמכות להוציא צווים למניעת פירסום לשון הרע; מכל מקום, צו כזה יינתן רק במקרים הברורים ביותר⁹⁴. בצווים מסוג זה לא יישקלו שיקולי צדק הגינות וכיבוצא בזה, אלא יש להוכיח זדון⁹⁵.

2. צו Mareava⁹⁶.

א. התפתחותו⁹⁷: כאמור לעיל, צו זה נועד במקורו כדי למנוע הברחת נכסים מחוץ

89 *John Walker & Sons Ltd. v. Rothmans International Ltd.* [1978] F.S.R. 387. במקרה זה התבקש צו על-מנת למנוע שיווק סיגריות "התווית האדומה" ("Red Label"). הבקשה נדחתה.

90 *The Quaker Oats Co. v. Alltrades Distributors Ltd.* [1981] F.S.R. 9

91 פסק-דין *American Cyanamid v. Ethicon*, לעיל הערה 76.

92 *Roussel-Uclaf v. Searle (GD) & Co.* [1978] 1 Lloyd's Rep. 225, [1978] R.P.C. 747; [1978] F.R. 95; [1977] F.S.R. 125.

93 *Att-Gen v. Guardian Newspapers Ltd.* (1987) 1 W.L.R. 1248, [1987] 3 All E.R. 316.

94 א 18/86 ממעלי זכויות ישראלים פניציה בע"מ נ' *Les Verreies De Saint Gobain*, פ"ד מה (3) 224 קבע בית-המשפט, כי בהשארת צו המניעה הזמני על כנו, שם בשל עילה בעוולת גניבת עין, יהיה למעשה יצירת מונופולין ויעניק זכויות קנין רוחני למבקש ללא רישום וללא הגבלת זמן — מעל ומעבר לזכויות הסטטוטוריות — ולפיכך ביטל את הצו.

94 *Quartz Hill Consolidated Gold Mining Co. v. Beall* (1882) 20 Ch. D. 501. ראה גם

Bonnard v. Perryman [1891] 2 Ch. D. 269, אשר גם הוא ציין את סמכותו של בית-המשפט

של האקוויטי להוציא צו למניעת פירסום לשון הרע, אולם כבר אז ציין בית-המשפט, שיש להשתמש בזהירות רבה בשיקול-הרעת הוצאתו, הן משום שיש פגיעה בחופש הביטוי, והן משום שסוגייה זו, בד"כ, נדונה בפני חבר מושבעים. לסקירה מקיפה של המשפט המשווה

בעניין צו למניעת פירסום לשון הרע ראה: ע"א 214/89 אבנרי ואח' נ' שפירא ואח', פ"ד מג (3)

840. ראה גם: רע"א 531/88 אבנרי ואח' נ' שפירא ואח', פ"ד מב (4) 20; רע"א 3418/91

העולם הזה ואח' נ' סני שירותי החוקה ונקיין בע"מ, פ"ד מה (4) 283.

95 *Herbage v. Pressdram Ltd.* [1984] 1 W.L.R. 1160

96 לגבי חומר בעברית על צו זה ראה: וינוגרד, לעיל, הערה 77א, בע' 249-259; ע' אזר "צווי

"מריבה" ו"אנטון פילר" הפרקליט מא (1-2) (תשנ"ג) 93.

97 על המצב שקדם להוצאת הצו ראה לעיל, טקסט להערות 69 ואילך.

לאנגליה. מכל מקום, תוך זמן קצר רב השימוש בצו זה, ובית-המשפט הרחיב את תחולתו, כאשר כיום בית-המשפט יתנו לא רק לתושב זה, אלא גם לאזרח אנגליה⁹⁸; לא רק למניעת הברחת נכסים מחוץ לאנגליה, אלא גם בתוך אנגליה⁹⁹; במקרים מספר השתמשו בצו זה על-מנת לעכב יציאת הנתבע מאנגליה¹⁰⁰; צו זה יכול להינתן גם לפני שיש לתובע עילת תביעה, שייכנס לתוקף עם היווצרות העילה¹⁰¹, ויכול להינתן על כל נכס שהוא¹⁰².

ב. שיקולים למתן הצו: למעשה, ישאל בית-המשפט שלוש שאלות והן: האם נראה לכאורה שהתובע יזכה בפסק-דין, האם לנתבע יש נכסים למימוש פסק-הדין, והאם יש מקום לסברה, שהנתבע נוקט צעדים על-מנת לגרום לכך שפסק-הדין לא יהיה בר ביצוע¹⁰³. צו זה לא יינתן משום שיקול אחר, לרבות שיפור מצבו של התובע כאשר הנתבע עומד בפני פשיטת רגל¹⁰⁴, מטעמי מסחר בתום-לב¹⁰⁵ וכו'.

ג. הדרישות מהמבקש¹⁰⁶: בשל חומרת הצו והעובדה שהוא ניתן במעמד צד אחד ידרוש בית-המשפט מהמבקש תום-לב בהגשת הבקשה, פירוט מלא של העובדות, ראייה טובה לכאורה, הן לעניין עילת התביעה והן לעניין עילת הבקשה לסעד — שכנוע בית-המשפט שהתשובה על שלוש השאלות לעיל הינה חיובית. בנוסף, מחויב המבקש להפקיד ערובה¹⁰⁷. אומנם בתי-המשפט הזהירו את עצמם שיש לתת צו זה בזהירות רבה ובמקרים קיצוניים, אולם מכל מקום, השימוש בצו זה הינו נרחב בצורה מדיאגה.

ד. היחס בין צו ה־*Mareava* לצו העיקול בתקנות סדר הדין: בראש ובראשונה, העיקול הוא צו חפצי ה־*Mareava* הוא צו אישי ומכאן נובע ההבדל היסודי, שגם לאחר הוצאת צו זה קיים סיכון שהתובע ימצא את עצמו מול שוקת שבורה, כיוון שצד ג' לא כפוף לצו הזה¹⁰⁸, ואם הוא רכש את הנכס בתום-לב זכותו גוברת על זכותו של התובע, שלא לדבר על מקרים בהם הנכס הוברח על-ידי צד ג' שאינו הנתבע. במיוחד קיימת בעיה, כשהנכסים האמורים הם נכסים שלנתבע אין בעלות מלאה בהם — נכסי שותפות, בעלות משותפת, נכסים ממושכנים וכו'. היות ועיקול הוא צו שניתן כמעט כדבר שבשיגרה ופועלו העיקרי של צו ה־*Mareava* הוא כזה של עיקול, נוצר עיוות משפטי, שכן כשבית-המשפט בא להעניק סעד הדומה לעיקול הוא צריך לשקול שיקולים של צו-מניעה.

- Prince Abdul Rahman Bin Turki Al Sudairy v. Abu-Taha* [1980] 3 All E.R. 409 98
Z Ltd v. A-Z and AA-LL [1982] 1 All E.R. 556 99
Bayer AG v. Winter (1986) 1 W.L.R. 540 ראה, למשל: 100
A v. B [1989] 2 Lloyd's Rep 423 101
Halsbury's Laws of England (4th ed. Reissue, 1991) vol. 24 para. 867 p. 458 102
 (להלן: "הלסבורי").
Z v. A-Z, לעיל הערה 99. 103
Iraqi Ministry of Defence v. Arcepcy Shipping Co. [1981] QB 65 104
Avant Petroleum Inc v. Gatoil Overseas Inc [1986] 2 Lloyd's 236 105
 ריכוז אסמכתאות — הלסבורי, לעיל הערה 102, para. 870. 106
 ראה להלן. 107
Cretanor Maritime Co. Ltd v. Irish Marine Management Ltd. [1978] 3 All E.R. 164 108

3. צו Anton Piller¹⁰⁹

א. כללי: להבדיל מצו ה-Mareava, אשר פוגע בזכות הקניין ובחופש התנועה של הנתבע, צו זה פוגע הן באופן מהותי בפרטיותו, והן בזכות הקניין שלו. גם תחולתו של הצו הנ"ל הורחבה; במקור הוא הוצא במקרים של קניין רוחני וזכויות יוצרים ועם הזמן הורחב לכל אותם מקרים שבהם הנתבע מחזיק בחצירו מסמכים או ראיות אשר יש חשש, שהנתבע ישמידם בד בבד עם הידיעה על פתיחת הליכים כנגדו. כמו כן, גם הוא יכול להינתן לגבי חצרי נתבע הנמצאים בחו"ל. כמו צו ה-Mareava, גם הבקשה לצו זה נעשית כמעמד צד אחד. בשל קיצוניות הצו, נוהר בית-המשפט בניסוחו, ולמעשה הוא אינו מסמך את התובע להיכנס בכוח אל חצרי הנתבע, אלא הצו מהווה הוראה לנתבע להתיר לתובע להיכנס לחצירו. אם הנתבע אינו מסכים, אין רשות לתובע להיכנס בכוח¹¹⁰; הוא מחויב לתת לנתבע זמן להתייעץ עם עורך-דין, אם הוא מעוניין בכך. ברגע שנכנס התובע לחצרי הנתבע, הוא רשאי לחפש ראיות ולתפוס אותן.

ב. שיקול-דעת במתן הצו¹¹¹: בשל קיצוניותו של הצו, יידרש התובע להראות עילה לכאורה מבוססת היטב (extremely strong prima facie case); הנוק לנתבע חייב להיות חמור מאוד עבור התובע באם לא יינתן הצו, ויש להביא עדות ברורה לכך, שברשות הנתבע ישנם מסמכים ו/או חפצים, וכי יש הסתברות גבוהה שהלה ישמידם לפני שהבקשה תוכל להישמע כמעמד שני הצדדים. בפסקי-הדין ניכרת מגמה של הגנה על הנתבע: בית-המשפט ינסח את הצו בצורה מיניליסטית ככל האפשר (מבחינת הסמכויות המוקנות בו); ההוראה מעניקה את סמכות הכניסה אך ורק לעורך-הדין של התובע; יש להקפיד על ביצוע הצו בדיוק לפי התנאים הנקובים בו, ויש להפקיד את החפצים התפוסים בידי פקיד בית-המשפט או בידי עורכי-הדין של הנתבע, תוך התחייבות שלהם לשמור עליהם. בית-המשפט קרא לתוך הבקשות למתן סעד זה התחייבות מכללא של המבקש שלא לעשות אף שימוש במסמכים או בטובין התפוסים שלא למטרת הצו¹¹². אומנם צו זה אינו צו חיפוש¹¹³ ואינו מקנה סמכות כניסה לביתו של הנתבע ככוח, אולם יש לזכור שעדיין מדובר בהוראת בית-המשפט¹¹⁴, והמסרב לה מסתכן בהליכי בזיון בית-דין¹¹⁵, אם כי, במידה וסרובו של הנתבע היה סביר, כגון שביקש שהות להתייעץ עם עורכי-דינו, לא תופעל כנגדו הסנקציה.

4. צווים זמניים לטובת הנתבע

גם הנתבע יכול לזכות בסעד זמני, אפילו הסעד המבוקש לא קשור לתביעה¹¹⁶.

109 ראה, כללי: Casson & Dennis לעיל 77, בע' 48-52 *J. O'Hare & R.N. Hill Civil Litigation* (5th ed., 1991) pp. 332-335

110 אולם יינקטו כלפיו הליכי בזיון בית-דין: 418 *EMI Ltd v. Pandit* [1975] 1 All E.R.

111 ראה הלסבורי, para. 873-874 ואסמכתאות שם.

112 *Crest Homes plc v. Marks* [1987] AC 829, [1987] 2 All E.R. 1074

113 *WEA Records Ltd v. Visions Channel 4 Ltd.* [1983] 2 All E.R. 589

114 למרות שהוא צו לכל דבר, הוא מכונה בספרות: "Anton Piller Orders".

115 *Bihmji v. Chatwani* [1991] 1 All E.R. 705

116 *Sargent v. Read* (1876) 1 Ch. D. 600

5. מינוי כונס נכסים זמני¹¹⁷

מילות הקסם, כידוע, לשיקול-דעתו של בית-המשפט בשאלת מינוי כונס, הינן "צודק ונוח" (Just & Convenient)¹¹⁸. להבדיל מישראל, ניתן למנות כונס נכסים, הן על-ידי בית-המשפט והן מחוץ לבית-המשפט. כאשר הכונס ממונה על-ידי בית-המשפט הוא מתמנה כנציגו ולא כנציג הצדדים. הפועל היוצא של מינוי כונס נכסים כלפי הצדדים הינו כפועלו של צו-מניעה. לצדדים אסור להפריע לכונס הנכסים למלא את תפקידו, ומי שמפר צו זה צפוי להליכי בזיון בית-משפט. לפיכך, אין המינוי נכנס לתוקפו כל עוד לא הפקיד כונס הנכסים ערובה טובה. בית-המשפט יקפיד לבדוק שאין לכונס הנכסים איזשהו קשר קודם או עכשווי עם הצדדים על-מנת לוודא את פעילותו האובייקטיבית¹¹⁹. מגוון המקרים בהם ממונה כונס נכסים רחב הרבה יותר מאשר בשיטה שלנו. עוד במקורו סעד זה היה סעד שיורי, שניתן בעבר אך ורק במסגרת הגנה אקוויטבילית על מי שתרופה רגילה בבתי-המשפט של ה-Common Law לא היתה מתאימה¹²⁰. רק מאוחר יותר¹²¹ הוסדר ענף זה בחקיקה וכיום כל החטיבות של ה-High Court מוסמכות להעניק סעד זה. היות ומלכתחילה שימש סעד זה כסעד שיורי, פרח ענף זה של ה-Equity בהעדר סעדים זמניים בענייני רכוש, כגון העיקול הזמני, ולכן ניתן למנות כונס נכסים במגוון רחב של מקרים. הסוג הראשון של המקרים בהם ימונה כונס נכסים הוא שימור נכסים שבהם לתובע יש זכות מסוימת עד לתום ההליכים, במקרים שאין סעד שיגן על נכסיו בתקופת הביניים¹²² במסגרת סוג זה ניתנה הגנה על נכסים במקרה שצפויה להם סכנה, או במקרים של תובעים שאין להם יכולת לפקח ולדאוג לשימור הנכסים, כמו-כן מקרים של נאמנות וכיוצא בהם. מינוי כונס נכסים היה מתבקש גם לצורך אכיפת זכויות לאחר שקיומן הוכרה על-ידי בית-המשפט, כגון בעל משכנתה, מקרי הוצאה לפועל מן היושר, פירוק שותפויות וכו'; לגבי סוג זה של מקרים מציין Kerr¹²³, שגם במקרים בהם יש סעד אלטרנטיבי, ייעתר בית-המשפט וימנה כונס נכסים, גם בהעדר הוכחת סכנה לנכסים. בנוסף, קיימת רשימה ארוכה של מקרים בהם ימונה כונס נכסים¹²⁴. הסוג הראשון של המקרים הוא בעייתי. בית-המשפט דורש הוכחת עילה על פניה, והוכחה שקיימת סכנה לרכוש נשוא הבקשה. במקרה שלא הוכחה סכנה לרכוש, לא ימונה כונס נכסים. תפקידו של בית-המשפט הוא להגן על הרכוש לטובת מי שבית-המשפט סבור שלו קיימת עילה לכאורה. בהליך זמני שכזה בית-המשפט צריך

117 ראה, כללי: Snell's Equity, לעיל הערה 85, בע' 699-689; *KERR on Receivers & Administrators* (London, 14th ed., 1989) pp. 3-87.

118 למעשה, המילים "צודק ונוח" חלות על כל הצווים הזמניים מכוח S.C.A sec. 37(1), הדומה לסעיף 75 לחוק בתי-המשפט. ראה גם: White Book o.51 — הוצאה לפועל מן היושר. ראה גם: White Book o.30.

119 *Fripp v. Chard Ry.* (1853) 11 Hare 241, 260

120 *Hopkins v. Worcester, etc., Canal Co.* (1868) L.R. 6 Eq. 437, 447

121 S.C.A. s. 19; Supreme Court of Judicature Act 1873 36 & 37 Vict., c.66, כיום מוסדר ב-

122 *Cummins v. Perkins* [1899] 1 Ch. 16, 19

123 Kerr, לעיל הערה 117, בע' 6.

124 שם, בע' 87-12.

להימנע מלהביע את דעתו נחרצות על סיכויי התביעה הראשית¹²⁵. לא ימונה למשרת הכונס מי שיש לו עניין ברכוש, או מי שיכול להשפיע על מערך הזכויות בו. כאמור, פרט לסוגיית הוכחת עילה לכאורה ופרט להוכחת סכנה לרכוש שיקול-הדעת מקביל, פחות או יותר, לשיקול-הדעת בהוצאת צווים.

6. אשראי דוקומנטרי: הואיל ועיסקת אשראי דוקומנטרי נעשית על-פי העיקרון של "מוזמנים כנגד מסמכים", אך לעיתים נדירות, בהן דרגת המירמה של המוכר גורמת לכך שהעיקרון החשוב של ניתוק מכתב האשראי מחוזה המכר לא ישרת עוד שום מטרה לגיטימית, יעתר בית-המשפט לבקשה למתן צו מניעה זמני^{125א}. לא ניתן לעקוף את המגבלות הללו על שיקול-דעתו של בית-המשפט על-ידי עתירה לקבלת עיקול זמני במקום עתירה לקבלת צו מניעה זמני^{125ב}.

ב.4. צווים במעמד צד אחד

על-אף שיש אפשרות לקבל צו Ex parte, לא יינתן צו זה אלא אם כן הבקשה נעשתה באופן מייד¹²⁶, ויש להראות נימוקים משכנעים המצדיקים מתן הצו במעמד צד אחד. המבחן הוא: האם ייגרם לתובע עוול חמור או עוול שלא ניתן לתיקון¹²⁷. יש לפרוש את כל המערכת העובדתית בפני בית-המשפט¹²⁸, אחרת תידחה הבקשה מבלי שיישקלו סיכויי התביעה¹²⁹. לבית-המשפט יש סמכות להעניק סעד זמני גם לפני הגשת כתב התביעה¹³⁰ תוך התחייבות להגיש כתב תביעה במהירות האפשרית. תוקפו של צו במעמד צד אחד יהיה עד ליום שמיעת ההמרצה הבאה¹³¹. בית-המשפט יתן צו במעמד צד אחד רק במקרים יוצאי דופן. לא יינתן צו במעמד צד אחד אם לפני החלטה בבקשה חזר אישור הנתבע על המצאת כתב התביעה¹³², אלא אם כן המקרה דחוף במיוחד¹³³. בית-המשפט מקפיד על ציון המצאת כתב התביעה לנתבע בתצהיר התומך את הבקשה, אם היא מוגשת לאחר ההמצאה¹³⁴. צו Ex-parte ב-Family Division יינתן רק במקרי חירום כאשר יש לשקול שיקולי צדק, הגנה על המבקש או על ילדים ויש צורך

125 *Fripp v. Chard Ry*, לעיל הערה 119.

126 א"ר 646/84 שוראב אינדוסטרי אנד טריידינג קומפני נ' רמונד סבה — "אונקס" ואח', פ"ד לח (4) 693; השווה: רע"א 222/87 פיתוח כוכב יאיר אגודה שיתופית בע"מ נ' דביר ג.פ.ש. חברה לפיתוח ובנין בע"מ ואח', פ"ד מא (4) 430. יש להבחין, כמובן, בין מירמה המתייחסת לעיסקת המכר, הנוכרת למעלה, לבין מירמה במסמכים — אולם דיון בכך חורג מגדר רשימה זו.

127 רע"א 206/87 ארמו ויליגר בע"מ ואח' נ' P.V.B.A. Dekayser SPRL. ואח' (לא פורסם).

Earl of Mexborough v. Bower (1843) 7 Beav 127 126

Lewis v. Langham (1835) 2 Coop temp Cott 170 127

R v. Kensington Income Tax Commissioners [1917] 1 K.B. 486,504 128

Boyce v. Gill (1891) 64 L.T. 824 129

In re "N" (infants) [1967] Ch. 512 130

Ex p. Abrams (1884) 50 L.T. 184 131

Collard v. Cooper (1821) 6 Madd 190 132

Marasco v. Boiton (1750) 2 Ves Sen 112 133

Harrison v. Cockerell (1817) 3 Mer 1 134

בהתערבות מיידית¹³⁵. ייתכן ויש לשקול את עדכניות ההלכות בדבר צו במעמד צד אחד לאור השימוש הרב בצווי Anton Piller ו-Mareava, אשר מוענקים אך ורק במעמד צד אחד.

ב.5. מבחן הגינות הצוים

סעדים זמניים התפתחו בבית-המשפט של ה-Chancery, שם נשקלים שיקולי צדק, יושר ונקיון כפיים של הצדדים. שיקולים אלה הם למעשה הקו המנחה את שיקול-דעת בית-המשפט. דוגמא לעיקרון זה ניתן לאחרונה בפסק-דין *Cayne v. Global Natural Resources*¹³⁶, בו סעד הביניים שנתבקש היה זהה לחלוטין לסעד הסופי; והפך את הליך הביניים למעין סדר דין מקוצר. בית-המשפט היה צריך להתמודד, לא רק עם ההלכה שזהות סעד הביניים לסעד הסופי לא מהווה, כשלעצמה, נימוק מספיק לדחיית הבקשה, אלא גם עם פסק-דין *American Cynamid*¹³⁷, שעל-פיו קל יותר לקבל סעד זמני ("שאלה רצינית לדיון"). בית-המשפט אבחן את המקרה הנ"ל מפסק-דין *American Cynamid*; כמו כן פסק, שמתן סעד סופי בהליך של סעד זמני יהיה לא הוגן כלפי הנתבע ("most unfair"). אומנם ניתן לקבל, לעיתים רחוקות, סעד זמני החופף את הסעד הסופי, אולם רק בנסיבות יוצאות דופן ורק כשה-*case* של התובע הינו מבטיח ביותר. בנייתו של פסק-הדין הנ"ל¹³⁸ היתה הסכמה עם התוצאה, אולם הועלתה ביקורת על הצורך של בית-המשפט לאבחן את פסק-דין *American Cynamid*. על-פי דעה זו, אין לנתח את פסק-דינו של ה-Lord Diplock כאילו היה חוק חקוק. אדרבה, יש לשמור על גמישות שיקול-הדעת ועל גמישותם של הצוים, אשר נועדו להביא לצדק בין הצדדים ולכן דווקא צוים כאלה, הנתונים לשיקול-דעת נרחב של בית-המשפט, אין להסדירים בחקיקה או ליתן להם צביון ונוקשות של חקיקה. מקרה נוסף בו נשקלו שיקולי צדק, אולם שיקולים מסוג "האם נגרם עוול עם המבקש" הינו *Glynn v. Keele University and another*¹³⁹. במקרה זה ביקש מר Glynn, סטודנט שהושעה ביום האחרון ללימודים בלא שניתנה לו זכות שמיעה, צר-מניעה כנגד השעייתו בנימוק של הפרת כללי הצדק הטבעי. בית-המשפט אומנם פסק, כי סמכות ההשעיה היא סמכות מעין שיפוטית, וככזאת היא כפופה לכללי הצדק הטבעי, אולם לאור הודאת המבקש בעילת השעייתו¹⁴⁰ ולאור העובדה שההשעיה היתה מוצדקת, אין מקום להתערב ולהוציא צו כנגד ה-vice-chancellor.

135 *Ansah v. Ansah* [1977] 2 All E.R. 638. יש לציין, כי הפעלת שיקול-הדעת, כאשר מדובר בדיני משפחה, מצומצמת גם במשפט הישראלי: ע"א 192/82 סדן נ' סדן, פ"ד לו (4) 176, 169; ע"א 53/83 רונקין נ' רונקין, פ"ד לח (1) 151; ע"א נחום ואח' נ' נחום, פ"ד לו (4) 667; ע"א כסיף ואח' נ' כסיף, פ"ד לו (2) 294; ע"א 410/80 ברזני נ' ברזני, פ"ד לה (2) 317. 136 [1984] 1 All E.R. 225.
137 לעיל, הערה 76.
138 All ER Annual Review 1984, p.218.
139 [1971] 2 All ER 89.
140 הוא וחבריו הסתובבו עירומים בקמפוס.

6.2. ערובה להוצאות הנטבע — Cross-undertaking

במסגרת שיקולי הצדק והבטחת זכויותיו של הנתבע, תנאי מהותי למתן הסעד הוא מתן ערובה של התובע לפיצוי על נזקי הנתבע, באם הלה יצליח בתביעתו. בפסק-דין שניתן לאחרונה¹⁴¹ נפסק, שגם הסכמת הנתבע למתן הצו לא מונעת ממנו את הזכות לפיצוי בגין נזקיו. במקרה זה ניתן צו זמני כנגד עובדי התובע אשר פרשו מעבודתם והקימו להם עסק מתחרה. תוצאתו של צו המניעה הזמני היתה התמוטטות עסקם של הנתבעים. בית-המשפט פסק, כי מטרתם של צווים זמניים אינה עונשית; תפקידם הוא להגן על התובע מפני פגיעה עתידית בזכויותיו. במקרה הזה, פסק בית-המשפט, ההגנה שניתנה על-ידי הצווים היתה רחבה מדי ועל התובעים לפצות את הנתבעים על נזקיהם. התובעים טענו, שאין מקום לפצות את הנתבעים, שכן הם הסכימו למתן צו המניעה. בית-המשפט דחה טענה זו, בנימוק שאומנם הסכימו הנתבעים למתן הצו, אולם הם לא ויתרו בכך על הערובה שניתנה להם על-ידי התובעים. בית-המשפט ציין שם, שהבסיס לפיצוי במקרה הנ"ל היה חוזי. יוצא, על כן, שסעד זמני אינו נקי מסיכון. רק במקרה אחד, יוצא דופן, ישתמש בית-המשפט בשיקול-דעתו וויתר על הערובה, וזאת במקרה שהכתר עותר לסעד זמני לשם אכיפת החוק¹⁴²; לפעמים יעשה כן בית-המשפט כאשר המבקשת היא רשות מקומית¹⁴³. מכל מקום, בית-המשפט מדגיש את מבחן ההגיינות¹⁴⁴. במיוחד ידרוש בית-המשפט ערובה, כאשר הצו מתבקש כמעמד צד אחד והתרשמותו של בית-המשפט הינה מוגבלת ביותר. בכך מיישם בית-המשפט את העיקרון של שוויון הצדדים בפני החוק — כאשר הוא מגן על צד אחד על-ידי מתן הצו, ועל הצד השני על-ידי הערובה. על החשיבות שמקנה בית-המשפט באנגליה למתן הערובה ניתן ללמוד מפסק-דין שניתן לאחרונה¹⁴⁵, אשר בו נמחקה תביעה לצו-מניעה קבוע משום שהתובעים לא ביקשו צו-מניעה זמני, כשאחד הנימוקים לכך היה הרצון להימנע ממתן ערובה. בפסק-דין מאוחר יותר¹⁴⁶ נמתחה ביקורת על פסק-הדין הראשון, ובית-המשפט פסק, שלא ניתן לנעול שערי בית-המשפט ממי שיש לו תביעה כנה; פסק-הדין האחרון נתמך בשני נימוקים: הראשון היה, שהימנעות מבקשת סעד זמני אינה עילת מחיקה, והשני היה, שלא ניתן לכפות על תובע, בכל מקרה של תביעה שעלולה לגרום נזק כספי לנתבע, לבקש מבית-המשפט צו-מניעה¹⁴⁷. גישות אלה נמצאות בראשית דרכן ומעניין לראות כיצד יתפתחו.

Universal Thermosensors Ltd v. Hibben [1992] 3 All E.R. 257 141

Hoffman-La Roche (F) & Company AG v. Secretary of State for Trade and Industry [1974] 2 All E.R. 1128 142

Kirklees Metropolitan BC v. Wickes Building Supplies Ltd. [1992] 3 All E.R. 717 143

שם, שם. 144

Blue Town Investments Ltd. v. Higgs & Hill [1990] 2 All E.R. 897 145

Oxy Electric Ltd. v. Zainuddin [1990] 2 All E.R. 902 146

147 טול, לדוגמא, מקרה שבו אדם נתבע על סכום של מיליון ש"ח. לנתבע יש שתי אפשרויות — או שישתמש בכסף, או שיפקידו בבנק עד לבירור התביעה. האם במקרה כזה ניתן לחייב את התובע לבקש הקפאת חשבון הבנק של הנתבע כתנאי הכרחי לבירור תביעתו?

ב.7. הסעדים הזמניים באנגליה מנקחת מבט זכויותיהם החוקתיות של הצדדים, עברנו על מערכת השיקולים הנרחבת של המשפט האנגלי בקשר לצווים שונים. ראינו, כי לפחות מבחינת ההנחיות להפעלת שיקול-הדעת יש כיוון ברור של שמירה בקנאות על איזון בין זכויות הצדדים. לעומת זאת, ראינו גם שהתפתחות צווי ה-Mareava וה-Anton Piller כצו השעה דרך המאטריה של צו המניעה עוותה כמעט את מערכת השיקולים. אם, למשל, נדיר היה לקבל צו Ex-parte בעבר, הרי כיום צווי Mareava ו-Anton Piller מתקבלים אך ורק כמעמד צד אחד. התפתחותם המהירה של צווים אלה ערערה את מערכת השיקולים שהיתה קיימת בתקופה שקדמה להם. בשנים האחרונות אנו עדים למגמת התפכחות מסוימת, שמטרתה היא עצירת הסחף וצמצום הנזק הפוטנציאלי שלהם. כאשר אנו בוחנים את מערכת האיזונים שבין זכויות הצדדים עולות הנקודות הבאות — באופן עקרוני, אין כמעט נזק שלא יכול להיות מפוצה בכסף; לכן, נקודת הכובד עוברת לבדיקת מאזן הנזקים — בהנחה שהתביעה אינה קנטרנית מיסודה והתובע הוכיח כי ייגרם לו נזק שאינו בר פיצוי — יבדוק בית-המשפט אם הנזק של הנתבע ניתן לפיצוי. אם כן, תינתן ערובה, אשר בית-המשפט מקפיד מאוד על קיומה. אם הנזק של הנתבע אינו ניתן לפיצוי לא יינתן סעד זמני. במקרים שבהם הפגיעה בזכויות התובע היא קשה באופן קיצוני, ידרוש בית-המשפט עמידה בסטנדרטים נוקשים הרבה יותר. דוגמאות לכך ראינו הן במקרה של צו למניעת פירסום לשון הרע, הפוגע בחופש הביטוי, הן בצו מסוג Anton Piller, הפוגע בחופש בקניין ובזכות הפרטיות והן בצווים כמעמד צד אחד, הפוגעים בזכות השמיעה ובכללי הצדק הטבעי. כשיקול עיקרי, לאורך כל הדרך, ניכרת הגישה לשמור על גמישות בשיקול-הדעת בית-המשפט על-מנת לתת החלטה צודקת ונכונה. על-מנת לשמור על גמישות זו ראינו את הדעה, על-פיה אין לקבוע מסמרות לגבי סעדים זמניים בחקיקה וכי אין לפרש תקדימים בסוגייה זו בצורה שתפגע בגמישות בית-המשפט כאמור.

ג. סעדים זמניים — הדין האמריקאי¹⁴⁸

1. ג.1. צווי מניעה וצווי-עשה¹⁴⁸

המינוח האמריקאי הוא temporary injunction, interlocutory injunction או preliminary injunction. מגוון צווי המניעה וצווי העשה במשפט האמריקאי דומה לצווים שבמשפט האנגלי. גם במשפט האמריקאי ניתן לתת צו-מניעה ארעי עוד בטרם תתברר הבקשה לצו-מניעה זמני כמעמד שני הצדדים (Temporary restraining order)¹⁴⁹, אולם הוא יינתן רק במקרי חירום ממש. בעבר היתה ליבראליות במתן סעדים זמניים כמעמד צד אחד, שכן תוקפם מוגבל לזמן קצר, אולם כיום הנטייה היא לא להעניק

148 ראה: James, Hazard, Leubsdorf *Civil Procedure* (London, 4th ed., 1992) p. 276;

Richard A. Givens *Manual of Federal Practice* (4th ed.) vol. II pp. 442-483

Federal Rule of Civil Procedure 65, 28 U.S.C.A. 187 (1992) א187

149 ראה: s. 65(a)(1): "Notice. No Preliminary injunction shall be issued without notice: 149

Temporary Restraining Order, s. 65(b), to the adverse party." המאפשר הרצאת

בתנאי הסעיף.

צו שכזה בלי לתת לצד השני זכות טיעון, אלא במקרים שבית-המשפט סבור שלא יהא זה פרקטי לזמן את שני הצדדים. בית-המשפט העליון הפדרלי פסק, כי כאשר מוגשת בקשה למתן סעד זמני הפוגע בזכויות-האדם המעוגנות בחוקה, אין לתת צו אלא במעמד שני הצדדים. גם במשפט האמריקאי קיימת דרישה של מתן ערובה להבטחת הוצאות המשיב, אולם במקרים שמדובר בעניין ציבורי, כמו מטרדים, יפטור, לעיתים, בית-המשפט את המבקש מהפקדת ערובה, שכן בדרך כלל התועלת למבקש נמוכה מהערובה שהוא צריך להפקיד ותהפוך את הבקשה לבלתי כדאית. בית-המשפט שוקל את סיכויי התביעה; להבדיל מהמשפט האנגלי, יש להראות סיכויים סבירים להצלחה במשפט וסיכויים לנזק בלתי ניתן לחיקון¹⁵⁰. בית-המשפט עורך גם מאזן נזקים, וכמו כן שוקל הוא לעיתים את השפעת הסעד על טובת הציבור. המלומדים האמריקאים מודעים לכך שאין אחדות בפסיקה האמריקאית בקשר לשיקול-הדעת, דהיינו מהו המשקל הפנימי של כל שיקול במערכת השיקולים הכללית, אולם הם מציינים, כי בדרך כלל, על-אף האמור לעיל, התוצאות דומות. מעניין לציין, שבית-משפט אמריקאי של מדינה מסוימת מוסמך להוציא צו נגד אזרח של אותה מדינה, על-פיו יימנע האחרון מהמשך ניהול הליכי משפט במדינה אחרת¹⁵⁰.

2.2.1 Garnishment :

צו זה, הינו הוראה לצד ג', אשר חייב כסף לנתבע, להימנע מלשלם אותו עד שתתברר התביעה בין התובע לבין הנתבע (הזכאי לקבלת הכסף מצד ג'). דוגמא שהיתה מקובלת במשפט האמריקאי היא צו המונע מהמעביד לשלם סכומים מסוימים לעובד. בעקבות מספר פסקי-דין בהם נפסק, שצו Garnishment כנגד עובד אשר ניתן במעמד צד אחד, המונע ממנו ניצול השכר המגיע לו, מהווה פגיעה בזכות למשפט הוגן¹⁵¹, הגביל הקונגרס את מתן הצו הני¹⁵².

3.1 Replevin¹⁵³ :

צו שמתבקש בדרך כלל על-ידי סוחר, אשר מכר סחורה לנתבע בתשלומים והוא עדיין לא שילם עבורה, המבקש מבית-המשפט להורות לנתבע להשיב את הסחורה לידי התובע עד לבירוך המשפט. גם סעד זה הינו סעד מרחיק לכת, במיוחד באותם מקרים רבים בהם התובע מקבל את הסחורה שלו ומסתפק בכך — ואז הוא זוכה לסעד הסופי לפני בירור המשפט. אומנם מצד אחד יש פגיעה ב-*due process* כאשר התובע מקבל סעד של *replevin* במעמד צד אחד, אולם אם נצא מנקודת הנחה, שבית-המשפט סובר

Shearer v. Congdon 131 NW2d 377 150

Injunctive relief against oppressive suits in foreign jurisdictions 12 א לעניין זה ראה: 150 F.R.D. 502

.Sniadach v. Family Finance Corp. of Bay View 395 U.S. 337, 89 S. Ct. 1820 (1969) 151

כיום סעד זה מוסדר הן בחקיקה פרלית והן בחקיקה מדינית (Consumer Credit Protection Act) 152

U.C.C 2-711(2)(B); U.C.C. 2-716(3) 153

שהמדובר בסחורה השייכת לתובע, אז אין כאן פגיעה בקניין של אחר. בית-המשפט מתיר סעד של replevin רק כאשר התובע הראה את סיכויי לזכות בתביעה וכאשר שוכנע, שניתן יהיה לפצות את הנתבע על נזקיו יש צורך בשלושה תנאים: הראשון, שהנתבע זכאי לשימוע לאחר הצו תוך זמן קצר; השני, שהתובע יבסס את בקשתו; והשלישי הוא מתן ערובה. כמ־כך, פניה לבית-המשפט תעשה רק לאחר מאמץ סביר לקבלת התמורה שנכשל, וכאשר יש סיכוי נמוך לקבלת יתרת התשלומים.

ג.4. Attachment¹⁵⁴:

הוצאת רכוש מידי הנתבע והפקדתו אצל השריף (כיום — בית-המשפט) על-מנת לייחד רכוש לצורך ביצוע פסק-הדין. אם מדובר בחשבון בנק, אין הנתבע יוכל להשתמש בו אלא אם כן יפקיד ערובה או נכסים אחרים העולים כדי שווי הנכסים התפוסים. כאשר מדובר בקרקעות ונשלחה הודעה מתאימה ללשכת הרישום, ניתן למכור את הקרקע אפילו אם בתקופת הביניים היא נמכרה לאחר. השאלה החוקתית העולה במסגרת ה-Attachment הינה מהם הסייגים למתן סעד זה, ומהם ואמצעי הביטחון על-מנת להגן על זכותו של הנתבע להליך משפטי הוגן.

ג.5. השבת נכסים בדרך של Self-help:

סעיף 9-503 U.C.C¹⁵⁵ מעניק לתובע צו הרומה ל-replevin אולם בצורה של סעד עצמי, ללא צורך בפנייה לבית-משפט¹⁵⁵. נעשו מספר נסיונות לתקוף סעיף זה בשל פגיעה ב-due process המהותי, אולם נסיונות אלה תמיד נדחו¹⁵⁶ בית-המשפט הדגיש, כי מדובר בתביעה בין פרטים, והדגיש גם לגופו של עניין, כי יש לשקול גם את האינטרס של המוכר והנוק שייגרם לו אם יצטרך לרוץ לבית-המשפט ולהרבות בהליכים על-מנת להשיב לו נכס שממילא שייך לו; מעבר לכך הודגש, שהוצאות המשפט הרבות יילקחו בחשבון מחירי הנכסים הנמכרים ויגרמו לעליית מחירים ולהשפעה על עולם המסחר. יתר על-כן, כאשר זכותו של המוכר מעוגנת גם בחוזה המכר, אין ספק בדבר חוקיות הפעולה. יצויין, כי סעד מסוג Self-help יש בו מתן לגיטימציה לעשיית פעולות הנראות בעליל צודקות וטבעיות, עד שהמשפט מוכן להכיר בהן^{156א}. לפיכך, מטבע הדברים, כל שיטה קובעת עבודה מהן הפעולות הנחשבות צודקות וטבעיות^{156ב}. סעיף כדוגמת 9-503 לא אומץ במשפט הישראלי.

Federal Rule of Civil Procedure 64 28 U.S.C.A. 170 (1992). 154

3A U.L.A. — Master edition (West Publishing Co.) s. 9-503 155

75 A.L.R.3d 1061 156

156א ע"א 79/89 סולל בונה בע"מ נ' אחים גולדשטיין חברה לשיכון ופיתוח בע"מ (בפירוק) ואח', פ"ד מונ(3) 58.

156ב במשפט הישראלי הסעדים העצמיים הכולטים הינם — זכות העיכוב, המוגדרת בסעיף 11 לחוק המיטלטלין, התשל"א — 1971 והמצויה בדברי חקיקה המקנים אותה; זכות הקיזוז, המצויה בסעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג — 1973 ובדברי חקיקה בהם היא מוקנת; הזכות לסעד עצמי המצויה בסעיף 18 לחוק המקרקעין, התשכ"ט — 1969; הזכות לביטול חוזה עקב פגם ברצון או עקב הפרתו.

6.ג. צווים במעמד צד אחד בראי סעיף ה־due process :

וגם כאן חוזר התסריט הקבוע על עצמו: כאשר הפגיעה בזכויות-היסוד היתה במסגרת התיקון ה־14 (יחסי אזרח מול מדינה) מיהר בית-המשפט וביטל את הצו שניתן במעמד צד אחד; אולם כאשר הצו ניתן במסגרת המשפט הפרטי לא התערב בית-המשפט ולא פסל את ההחלטה. על-מנת להמחיש את ההבחנה בין המקרים נביא להלן דוגמאות משני עברי המתרס. דוגמא לצו שניתן במעמד צד אחד ובוטל הינה פסק-דין **Carroll v. Presedent and Commrs. of Princess Anne**,¹⁵⁷ בו התבקש ה־Circuit court למנוע כינוסה של מפלגה פוליטית. בית-המשפט נעתר לבקשה ונתן צו־מניעה למשך עשרה ימים. בתום עשרת הימים האריך בית-המשפט את תוקפו של הצו לעשרה חודשים נוספים. בבית-המשפט העליון הפדרלי הפכו גם את ההחלטה בדבר עשרת הימים הראשונים. עלינו לזכור, כי לא מדובר במשפט בין פרטים, אולם יש להניח, שגם כאשר מדובר בפגיעה בחופש הביטוי במסגרת תביעה בין פרטים, כמו בתביעת דיבה, רק במקרים נדירים יתן בית-המשפט צו במעמד צד אחד¹⁵⁸. יש לציין, כי בית-המשפט בעניין **Carroll** ציין, כי לא ניתן לפגוע Ex-parte, לא רק בתיקון הראשון, אלא בכל הזכויות והחירויות בחוקה. לכאורה, לאור פסק-הדין של בית-המשפט העליון הפדרלי, אשר איץ את ההחלטה של ה־Circuit court, היינו מצפים לאי-החמרה עם מי שהפר צו כזה, הפוגע בתיקון הראשון. בעניין **Walker v. City of Birmingham**¹⁵⁹ עלתה השאלה הנ"ל ונפסק, כי התרופה היחידה של מי שהוצא כנגדו צו שכזה היא בערעור; הפרת הצו תגרוור הליכי בזיון בית-משפט, גם כשמדובר בחופש הביטוי. מכל מקום, על-אף פסקי-הדין הללו, ישנם מקרים בהם הוצא צו במעמד צד אחד לטובת המדינה, ואפילו בלי מתן ערובה, מכוח חקיקה למניעת מטרדים (חוקים הבאים למנוע מטרדים מסוימים, כגון מכירת משקאות חריפים, זנות וכדומה), בהם פסק בית-המשפט שאין פגיעה כלל ב־life, liberty or property המוגנות על-ידי התיקון ה־14 וניתן להוציא צווים במעמד צד אחד¹⁶⁰. גם במסגרת המשפט הפרטי נטען, שמתן צווים במעמד צד אחד מנוגד לתיקון ה־14 ולפיכך מעבר לסמכותו של בית-משפט. במקרים אלה, על-אף שחזר בית-המשפט והדגיש כי מדובר בסעד קיצוני, המהווה הוצאה לפועל של פסק-הדין לפני שניתן¹⁶¹, פסק בית-המשפט, כי העובדה שהצו ניתן במעמד צד אחד כשלעצמה אינה חוסה בצל התיקון ה־14. הצורך התדיר בשמירה על המצב הקיים עד לבירור מלא של העניין מחד, מול החשש לנזק שאין לו תקנה באם ידע הנתבע על הגשת בקשה שכזאת נגדו, ומול ההסתברות הנמוכה לנזק חמור של הנתבע כתוצאה מהענקת הסעד הזמני מאידך, מהווים בדרך-כלל את השיקולים המנחים בשאלה אם להעניק

157. 393 U.S. 175, 89, S. Ct. 347 (1968).

158 לריכוז אסמכתאות בעניין ההגנה החוקתית על חופש הביטוי במסגרת בקשה לצו מניעת פרסום

לשון הרע, ראה: 47 A.L.R.2d 726.

159 (1967) 387 U.S. 307, 87 S. Ct. 1824.

160 למקבץ אסמכתאות בנושא ראה 152 A.L.R. 168.

161 *Kittanning Brewing Co. v. American Natural Gas* 73 A. 174 (1909)

צווים אלה אם לאו. בית-המשפט הדגיש באחד המקרים¹⁶², כי שיטת משפט טובה חייבת להיות פרקטית ויעילה. במקרה אחר הבהיר בית-המשפט, כי אפילו היה מבוטל הסעיף בספר החוקים המסמיך בית-המשפט להוציא צו במעמד צד אחד, עדיין יהיה לו שיקול-דעת אם להעניק או לא להעניק צו במעמד צד אחד, בדיוק כמו שיש לבית-המשפט של ה-Chancery באנגליה¹⁶³. במקרה אחר קבע בית-המשפט¹⁶⁴, כי עצם הפעלת שיקול-הדעת השיפוטי ובדיקת נסיבות המקרה לגופו מספקות את דרישת ה-due process, ואין בצו כזה משום "נטילת החוק לידיים". לגבי צווי-עשה במעמד צד אחד פסק בית-המשפט, כי הם יינתנו במקרים נדירים, שכן הם נוגדים את הרעיון המונח ביסוד הצו הזמני, שהוא שימור המצב הקיים עד לכירור התביעה¹⁶⁵; אולם במקרים שבהם עצם נתינתו של צו-העשה מהווה שימור המצב הקיים, ניתן יהיה לקבלו גם במעמד צד אחד¹⁶⁶. גם לגבי צווים ארעיים במעמד צד אחד, אשר במקרים מסוימים ניתן לקבלם גם ללא מתן ערובה ועל סמך תצהירים בלבד, קבע בית-המשפט, שאין בהם כדי לפגוע בחיים, רכוש או חירות של מי שכנגדו ניתן הצו¹⁶⁸.

7. הג. הפעלת שיקול הדעת לאור דרישת ה-due process — מבחנים מגחים:

כאמור לעיל, בית-המשפט משתמש בתיקון ה-14 כמכשיר לעשיית צדק, וזאת בשני מובנים: במובן הפרוצדורלי בודק בית-המשפט, האם נעשה צדק בדיון הספציפי; במובן המהותי בודק בית-המשפט, האם הפרוצדורה העומדת למבחן מונעת ממנו את הוצאת הצדק לאור. המבחן העיקרי והמנחה הינו "מבחן ההגיונות", אשר ממנו נגזרים מבחני משנה, כגון חובת ההודעה לצד השני על פתיחת ההליכים נגדו, מתן זכות לטיעון ולחקירה נגדית, החובה שהחלטה תהיה סבירה ונקיה משרירות לב ומשיקולים זרים וכד'. עיקרון מנחה נוסף הינו הצורך בהגנה שווה של החוק על כל האזרחים, עיקרון שצריך להפעילו משתי נקודות מבט: מחד, לכל אזרח יש זכות לפנות לבית-המשפט ולעתור לקבלת סעד זמני במקרה המתאים; מאידך, עיקרון זה מחייב שמירה גם על האינטרסים של המשיב. הגשמתו של עיקרון זה באה לידי ביטוי בעריכת איוון

Bumpus v. French 179 Mass. 131, 60 N.E. 414 (1901) 162

מקור הצווים הזמניים הוא *Rochell v. Florence* 236 Ala. 313, 182 So. 50 (1938) 163
 ה-Equity, ולכן הקיש בית-המשפט האמריקאי גזירה שווה — כמו שבאנגליה לבית-המשפט של ה-Chancery היתה סמכות להעניק צו במעמד צד אחד גם ללא הסמכה בחוק כך גם לבית-המשפט של ה-Chancery באמריקה.

Mongogna v. O'Dwyer 152 A.L.R. 162 164

Boca & L. R. Co. v. Superior Ct. 150 Cal. 147, 88 P. 715 (1907) 165

166 (1932) 54 S.W.2d 190 *Texas Pipeline Co. v. Burton Drilling Co.*, בו הוצא צו שחייב את הנתבע לספק נפט לחובע.

167 יש לציין, שקיים בלבול מונחים בין צו עשה לצו-מניעה; גם בפסקי-דין *Kittanning, Texas*, לעיל הערה 161, היה בלבול כזה, בו ניתן "צו עשה לשימור המצב הקיים". לענין ההבחנה בין צו-מניעה לצו-עשה ראה הערתו של השופט וינוגרד בהמ' (ת"א) 14977/91 נחישתן תעשיית מעלויות בע"מ נ' אחים שרבת חברה לבנין בע"מ ואח', פ"מ תשנ"ב (ב) 317,314.

168 פסק-הדין *Wilcox v. Gilbert*, ונוספים מ-170 A.L.R. 152.

האינטרסים בין שני הצדדים. מבחן גוסף, המקובל בשיטת המשפט האמריקאית, הינו בדיקת שיעורו של הסיכון להחלטה מוטעית ועוצמתו, על-ידי בחינת מכלול הנסיבות בתיק, על-ידי עריכת מאזן הנוחיות ועל-ידי התניית תוקפו של הסעד הזמני במתן ערובה. יש לזכור, כי תפקידו העיקרי של בית-המשפט הוא הכרעה בסכסוכים; הכרעה בסכסוך אין פירושה הכרעה תאורטית אלא הכרעה פרקטית; פסק-דין שאינו ניתן לביצוע פוגם במראית פני הצדק, ולכן מבחן בעל משקל רב בשיטת המשפט האמריקאית הינו "מבחן הפרקטיות" — מחד, יש להגן על זכויותיו של התובע כיאות, על-ידי מתן צו במקרה המתאים — על-מנת שיוכל לממש את פסק-הדין; מאידך, יש להגן גם על זכויותיו של הנתבע ולהקפיד על טיבה של הערובה אשר ניתנת להבטחת נזקיו. מבחנים אלה, ככל המבחנים בשיטות המשפט האחרות הנדרונות ברשימה זו, סובבים כולם סביב תפקידו של בית-המשפט, שהינו הכרעה בסכסוכים על דרך של איזון אינטרסים.

ד. סעדים זמניים — הדין בישראל¹⁶⁹

ד.1. מינוי כונס נכסים זמני —

אומנם סעד זה נקלט כמעט בשלמותו מהדין האנגלי, אולם בכל זאת קיים הבדל בנקודה אחת, והיא העדרו של סעד העיקול הזמני בדין האנגלי. לפיכך, על-אף שקשת המקרים בהם מונה כונס נכסים באנגליה רחבה יותר, עדיין נשמר אופיו של סעד זה כסעד שיורי. בישראל קשה יותר לקבל סעד זה מאשר באנגליה. אומנם שונתה הפסיקה ונקבע, כי רשימת המקרים, על-פיהם יעניק בית-המשפט סעד זה אינה סגורה¹⁷⁰, אולם מצד שני עדיין סעד זה הוא סעד שיורי¹⁷¹, המוגבל לנכס ספציפי¹⁷², אשר יש לבקשו בידיים נקיות¹⁷³, ומכל מקום, על הכונס להפקיד ערובה להבטחת פיצוי המשיב (תקנה 391) במקרה שנגרם נזק כתוצאה מרשלנות או זדון בטיפולו בנכס (תקנה 392).

ד.2. עיכוב יציאה מן הארץ —

גם סעד זה הינו סעד קיצוני, באשר הוא פוגע באופן ישיר ומהותי בחופש התנועה של אזרח, ובית-המשפט יקפיד שלא ישתמשו בסעד זה (כמו בכל הסעדים האחרים) כאמצעי לחץ על הצד השני¹⁷⁴. צו זה ניתן אך ורק אם קיים חשש כן ורציני כי יציאתו של בעל-הדין שכנגדו מתבקש הצו מהארץ תסכל או תכשיל את ההליך השיפוטי או תביא

169 ראה, כללי: י' זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה שישית, בעריכת ש' לוי, אמינון, 1990) 545-595.

170 ע"א 689/74 בשמת חברה להשקעות בע"מ נ' עירית אילת, פ"ד כט (2) 281; דגש גם על המילים "צדק ונוח" בתקנה 386.

171 רע"א 7/89 רותם חברה לביטוח נ' גשר סוכנות לביטוח, פ"ד מב (4) 683.

172 לא ניתן לקבל כינוס נכסים "על כל הרכוש", אלא על נכסים ספציפיים המחזרים בבקשה — פסק-דין בשמת, לעיל הערה 170, שהרי צו כינוס נכסים כללי על נכסי החייב כמוהו כמתן צו פשיטת רגל — פסק-דין רותם, לעיל, 177.

173 דגש על העובדה שמדובר בסעד מדיני היושר ניתן בפסק-דין בשמת, לעיל הערה 170.

174 ע"א 703/70 סומך נ' גזילייט, פ"ד כד (2) 799.

למניעת ביצועו של פסק-הדין¹⁷⁴. לאחרונה יצא מכור מחצבתו של בית-המשפט העליון פסק-דין, אשר צמצם עוד יותר את האפשרות לזכות בצו כזה¹⁷⁵. נדרשת הוכחה דווקנית של כל התנאים המנויים בתקנה 376(א)¹⁷⁶, וגם כאשר הם מתקיימים, עדיין יש שיקול-דעת נרחב לבית-המשפט באם להעניק איזשהו סעד, או להתנות את היציאה בתנאים. מעבר לכך, יש סכום מינימלי המצדיק הגשת הבקשה, ועל המבקש להפקיד ערובה ועירבון (תקנות 214–213). גם לאחר כל אלה רשאי בית-המשפט לאפשר לנתבע לצאת מן הארץ אם יפקיד ערובה (תקנה 381). להבדיל מצו עיקול זמני, יפקע צו העיכוב בתום שנה מיום נתינתו, או בתום המועד שנקבע בו, לפי המוקדם (תקנה 382) או עם הפסקת ההליכים בשל דחייה, מחיקה או הפסקת התובענה. ושוב, להבדיל מעיקול, אי-אפשר "לחטוף" צו במעמד צד אחד, אלא במקרים קיצוניים וחמורים. כאשר ניתן הצו, יש לזמן את הצדדים תוך שבעה ימים לבירור הבקשה (תקנה 378), ועד אז, למעשה, היא על תנאי. מבחינת ההיסטוריה של צו עיכוב היציאה מן הארץ יש לזכור, כי הוא הותקן כתחליף מעודן לתקנה 260 לתקנות הקודמות¹⁷⁷ — שהסמיכה בית-משפט להורות על מעצר נתבע כסעד זמני לתקופה של עד שישה שבועות בהעדר מתן ערובה למילוי פסק-הדין. כיום חל כרסום רב גם במעמדו של הצו הזה, וכאמור, המקרים בהם הוא ינתן הולכים ומצטמצמים. בהקשר זה, מבחינת המשפט המשווה יש לזכור, כי צו עיכוב יציאה מן הארץ אינו נפוץ. עם עיגון זכות האזרח לצאת ממדינת-ישראל ולהיכנס אליה בסעיף 6 לחוק-היסוד, יש להניח שמעמדו יצטמצם עוד יותר.

3.7. עיקול זמני —

סעד זה הוא פחות קיצוני מחבריו, המהווה הקפאת המצב הקיים ללא שינוי מצב הזכויות והחובות בנכס, ולפיכך הנוק שיכול להיגרם, בדרך כלל, הוא נזק כספי של אוכרן עסקה טובה — זו הסיבה, שחייב המבקש ליתן רק ערובה (ולא ערבות) כתנאי מוקדם לתוקפו של העיקול (תקנה 365, אולם ראה גם תקנה 207). מכל מקום, על המבקש להראות כי יש לו צורך אובייקטיבי, מוכח וברור בהטלת העיקול¹⁷⁸; יש לתמוך את התביעה בראיות מהימנות (תקנה 360) ובתצהיר (כמו כל בקשה לסעד זמני הכוללת עובדות הדרושות אימות), כאשר יכולתו הכלכלית של החייב אינה תנאי מספיק או הכרחי במערכת השיקולים בבקשה. עיקול ניתן בדרך כלל על-פי צד אחד (תקנה 362). היות וקל, יחסית, בשיטתנו המשפטית, לקבל עיקול במעמד צד אחד, הקפיד מתקין התקנות להסדיר את פקיעת העיקול באם התובע לא מגיש לבית-המשפט, תוך שבעה ימים מיום מתן הצו, את כל המסמכים הדרושים לצורך המצאתם לנתבע (או למחזיק)

174 א"א בג"צ 3914/92 לאה לב ואח' נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב (טרם פורסם).

175 הכוונה לבר"ע 26/89 סוהיל משרקי נ' "רוחם", חברה לביטוח (טרם פורסם) ולבג"צ 3914/92 הנ"ל, לעיל הערה 174 א.

176 הוגשה תובענה (ולפיכך לא ניתן לבקש עיכוב לפני הגשת התביעה, להבדיל מעיקול), הוכח כי הנתבע עומד לצאת מן הארץ, לצמיתות או לתקופה ממושכת, וכי העדרו עלול להכביד על בירור המשפט או ביצוע פסק-הדין.

177 לגבי נקודה זו ראה י' זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה שנייה, 1961) 372–371.

178 ע"א 187/66 פינינר קונקריס (ישראל) בע"מ נ' ש' דיסקין בע"מ, פ"ד כ (4) 429.

(תקנה 373(1)), או במקרה שעברו שבעה ימים מיום שנתקבל העיקול ועדיין לא הוגש כתב התביעה (תקנה 373(2)). מכל מקום, אין ספק שהפרקטיקה כיום, על-פיה ניתן עיקול על-פי צד אחד כדבר שבשגרה, מעיבה משהו על זכות הקניין המוגנת בחוק-היטוד. ייתכן והשינוי הנורמטיבי בעוצמתה של זכות הקניין יגרור בעתיד את צמצום רוחב היד בהענקת עיקול על-פי צד אחד, ובית-המשפט יבדוק ביתר חומרה האם נסיבות הבקשה באמת מצדיקות הטלתו ללא ידיעתו ותגובתו של הצד השני.

ד.4. בקשות במעמד צד אחד –

בכל מקרה שבו מוגשת הבקשה לסעד זמני במעמד צד אחד יש לבדוק האם יגרם נזק חמור או נזק שאין לו תקנה למבקש באם לא יקבל את הצו (תקנה 244(א)) והמשיב יכול לפנות לבית-המשפט בבקשה לביטולו (תקנה 244(ב)) – כאשר בעת הדיון בבקשת הביטול צריך שוב להוכיח הצד השני מדוע חיוני לו כל כך קיומו של הסעד¹⁷⁹.

ד.5. הכטחת זכויותיו של הנתבע

ערובה וערבות¹⁸⁰: במספר הלכות חדישות של בית-המשפט העליון נפסק, כי כאשר ניתן סעד זמני על-ידי בית-המשפט, יש, כרגיל, להתנות את ביצועו בהתחייבות עצמית של מבקש הצו לכל נזק, ללא הגבלת סכום, ובערבות של צד שלישי או אחרת המוגבלת בסכום¹⁸¹. יש לציין מה טיב הערבות שתניתן על-ידי המבקש, לקבוע הוראות מפורשות לגביה, ושומה עליו גם לבדוק את טיבה¹⁸².

מניעת כפל צווים: אין מקום ליתן צווי מניעה זמניים לגבי נכסים שכבר הוטל עליהם עיקול, כאשר העיקול מבטיח את זכויותיו של המבקש¹⁸³.

מניעת צווים שאין בהם צורך: בית-המשפט לא יתן צו שאין בו צורך, כגון צו עיכוב יציאה מהארץ כנגד נתבע שממילא אינו מסוגל לצאת ממנה¹⁸⁴.

מניעת צווים שאין בהם תועלת: בית-המשפט לא יתן צו שאינו אכיף¹⁸⁵ או צו שאין בו תועלת; לפיכך, יש להמציא מידע בפני בית-המשפט לגבי האפקטיביות של כל צו שינתק¹⁸⁶.

179 אולם לא פטור מבקש הביטול מלהעלות נימוק לצידוק בקשתו, כגון תקיפת הראיות התומכות בה: ע"א 583/71 צין נ' לוי ואח', פ"ד כו (2) 631, 633 או הטלת ספק בצדקת התביעה: ע"א 275/74 קלש ואח' נ' ווקסלמן ושות', חברה קבלנית לבנין בע"מ, פ"ד כח (2) 722; רע"א 490/86 יונה נ' מקמילן, פ"ד מ (4) 115.

180 על הערובה – מהותה וניטוחה, ראה פסק-הדין המקיף בע"א 732/80 מיכאל ארנס ואח' נ' "בית אל – זכרון יעקב", פ"ד לח (2) 645.

181 רע"א 4033/90 דנינו נ' חרד (לא פורסם); רע"א 4135,4078/90 פלג נ' פלג, פ"ד מה (2) 111.

182 רע"א 4033/90, לעיל הערה 181; דוגמה להצעת ערובה שלא היתה מקובלת על בית-המשפט ראה: רע"א 86/87 גבסו ואח' נ' קימברידג' אנדסטריאל אנד בילדינג אינקורפוריישן, פ"ד מב (1) 822.

183 רע"א 4078/90, לעיל הערה 181.

184 ע"א 230/69 קנטי נ' יוניטרד שרילי פילם, פ"ד כג (1) 505.

185 ראה וינוגרד, לעיל הערה 77, בע' 110.

186 רע"א 1755/91 גל אינוסטמנט קורפוריישן נ' עו"ד דוד מינץ ואח' (לא פורסם).

ניסוח הצו: מן הראוי, שבית-המשפט יקפיד על ניסוח הצווים לפי התקנות¹⁸⁷.
 סעדים לטובת הנתבע: אין מניעה, שבמקרה המתאים ייעתר בית-המשפט ויתן סעד
 זמני לנתבע, אם כי בית-המשפט ישתמש בסמכותו זו במקרים נדירים¹⁸⁸.

ה. סעדים זמניים — סיכום ומסקנות

מטרת חלק זה של המאמר היתה בדיקת המשפט המשווה בסעדים זמניים. לאחר סקירה של הדין האנגלו-אמריקאי ושל הדין הקונטיננטלי ניתן לסכם את הנקודות הבאות: קיומם של סעדים זמניים נחוץ לשם קיום מערכת משפטית תקינה. לכן, גם קיומם של סעדים במעמד צד אחד, במקרה המתאים, הוא נחוץ. על-מנת לעשות צדק בין הצדדים, יש להשאיר לבית-המשפט שיקול-דעת נרחב לגבי הוצאות הצווים — תחולתם, התנאים בהם יוצאו והתנאים בהם יפקעו¹⁸⁹. ראינו גם, שהמשפט האמריקאי משופע בשסתומי ביטחון להגנת הנתבע, כגון ההימנעות על-פי חוק מהוצאת צר-מניעה בלא זימון שני הצדדים, וכגון החובה להפקיד ערובה, אשר בלעדיה לא ייכנס הצו לתוקפו. במשפט הקונטיננטלי מתן ערובה, אומנם, אינה דרישה נפוצה, אולם אפשר לנמק זאת, בכך שבמשפט הקונטיננטלי חובה על המבקש לבסס בעזרת ראיות עילה לכאורה — משוכה גבוהה יותר מאשר במשפט האנגלו-אמריקאי. ראינו גם, שישנם סעדים אשר לגביהם אין מחלוקת בכל שיטות המשפט שהם נחוצים, כגון עיקול זמני; לעומת זאת, קיימים סעדים לגביהם יש סטייה מן האחידות הנ"ל, לדוגמה מעצר אזרחי כסעד זמני, המקובל בגרמניה. הנקודה הבעייתית במשפט הישראלי היא צו עיכוב היציאה מן הארץ. ניתן לומר, שעוד לא הגיעה העת במשפט הישראלי לבטלו כליל, אולם יש להניח, כי בהדרגה יצומצם תוקפו למקרים יותר ויותר קיצוניים. נקודה בעייתית נוספת בישראל הינה הפרקטיקה המקובלת על-פיה מוצא צו-עיקול במעמד צד אחד כדבר שבשגרה. גם כאן נראה, שבעתיד ייטה המאזן לכיוון הנתבע, ובית-המשפט יתן צו זה רק במקרים המצדיקים זאת. לאור כל האמור לעיל מתבקשת המסקנה, שלפחות לגבי סעדים זמניים ההתערבות מכוח חוק-יסוד: כבוד-האדם, אם תהיה כזאת, לא תינקט לצורך ביטול סעדים מסוימים, אלא לצורך איזון האינטרסים.

6. האם ראוי שהפרוצדורה האזרחית תוסדר בחקיקה ראשית?

ישנם שיקולים בעד ונגד העלאת התוקף הנורמטיבי של הפרוצדורה. בארצות הקונטיננטל מוסדרת הפרוצדורה בקודים השונים; במשפט האמריקאי חלק מהפרוצדורה מוסדר

187 לגבי תקנה 365 ראה רע"א 4033/90, לעיל הערה 181; לגבי תקנה 386 ראה רע"א 4265/91 לייב נ' חורש (לא פורסם). ראה גם זוסמן, לעיל הערה 169, בע' 554.

188 לריכוז אסמכתאות ראה זוסמן, לעיל הערה 169, סעיף 463, הערה 13.

189 ראה, למשל: רע"א 2794/91 אפלבוים נ' קומפני פריזיין ואח' (לא פורסם), שם לא ביטל בית-המשפט סעדים זמניים שניחנו לטובת המשיבה — למרות הפגמים הדיוניים הרבים בהגשת הבקשות לסעדים, שהצדיקו את ביטולם — בנימוק שלא נגרם עיוות דין עם המבקשת. מאידך, נתן בית-המשפט למשיבה שהות לשוב ולהגיש בקשות מסודרות למתן אותם סעדים זמניים, על-מנת לתקן את הפגמים הדיוניים.

ב־Federal Rules of Civil Procedure או ב־U.C.C. שיקול נוסף בעד הסדרת הפרוצדורה בחקיקה הוא בשל פסקת ההגבלה — אם נראה את התקנות ככאלה שפוגעות בזכויות של מי מהצדדים, יש להסדיר אותן בחוק, אחרת כאשר ישונו התקנות ניתן יהיה להתערב בהן לכל אורך הדרך. כאשר התקנות מוסדרות בחקיקה ראשית, בית-המשפט לא יתערב בחקיקה אם היא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. נימוקים נוספים הם: לתת לפרוצדורה את הכבוד המגיע לה; האדרת יוקרתה בעיני הציבור על-ידי עיגונה בחוק ושיפור היעילות¹⁹⁰. שיקולים כנגד העלאת הנורמטיביות של התקנות זהים, באופן עקרוני, לכלל הנושאים המוסדרים על-ידי תקנות — פרוצדורה היא ענף משפטי חי; ככזה, היא צריכה להיות גמישה מבחינת אפשרות המחוקק לשנותה. בנוסף, היות והמטרה הראשית של דיני הפרוצדורה היא להביא למשפט צדק בין הצדדים, יש להשאיר לבית-המשפט שיקול-דעת נרחב בדרך ובאופן ביצוען. זו הסיבה, למשל, שסמכותו של בית-המשפט לתת סעדים זמניים קבועה בחוק בתי-המשפט, ואילו ההסדר הספציפי מוסדר בתקנות. כאשר דנים בשיקול-דעת נרחב, יותר נוח לבית-המשפט לסטות מהוראות של תקנה מאשר אילו היתה היא מעוגנת בחוק. מן הראוי להצביע על דעה נוספת, על-פיה לא שאלת התוכן הנורמטיבי היא החשובה, אלא שאלת הכמות. על-פי גישה זו, היות ומטרת התקנות היא הוצאת הצדק לאור, לשם כך יש להרחיב את מרחב שיקול-הדעת של בית-המשפט, ואין לכבול אותו על-ידי מאות תקנות. על-פי גישה זו די במספר מצומצם הרבה יותר של תקנות, ואת השאר יש להשאיר לחוש המומחיות של בית-המשפט.

7. סיכום

לסיכומו של המאמר נצביע על מסקנותינו: באשר לכללי הצדק הטבעי, הסקנו כי הם אינם מעוגנים בחוק-היסוד; באשר לתחולת חוק-היסוד במשפט הפרטי, בחרנו כמודל העדר התחולה; באשר להתערבות בחקיקה פרוצדורלית הסקנו, כי היא תיעשה במישור המהותי ולא במישור הדיוני, דהיינו, פגיעה דיונית גרידא לא תהווה עילת התערבות, אלא פגיעה מהותית, שאינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, אשר נגרמת מפגם דיוני. בשורה התחתונה ניתן לומר, שהשפעתו העיקרית של חוק-היסוד תהיה, לכל היותר, באופן השימוש בשיקול-הדעת ובעריכת איזון אינטרסים מחדש, המעניק משקל רב יותר לזכויותיו של הנתבע המעוגנות בחוק-היסוד, ולא בביתול הליכים שהיו קיימים עובר לחקיקתו. שאלה נוספת שלא דנו בה ברשימה זו, אך היא מעניינת לא פחות, היא: הכיצד ישפיע חוק-יסוד: כבוד-האדם על קליטת סעדים חדשים מן המשפט המשווה. שיטת משפט טובה חייבת להיות דינאמית על מנת להתאים את עצמה לקצב החיים ולדרישות החברה. במקרים רבים תובע הצורך לעשיית צדק בין הצדדים מתן סעד שלא היה מקובל קודם לכן. המחוקק היה מודע לכך והסמיק כל בית-משפט הדין בענין אזרחי

לתת כל סעד שיראה לנכון בנסיבות שלפניו¹⁹¹. לאחרונה הסתננו למשפט הישראלי, על דרך של חקיקה שיפוטית, שני הסעדים המתוארים לעיל, הן צו Mareava¹⁹² והן צו Anton Piller¹⁹³. אמנם, בית-המשפט העליון טרם חיווה דעתו על פלישתם של סעדים אלה אולם יש להניח, שגם בעתיד ימשיכו בתי-המשפט לבדוק כל ענין לנסיבותיו ולתת בכל מקרה את הסעד המתאים. מכל מקום, את הדיון על היחס שבין סעיף 75 לחוק בתי-המשפט לבין חוקי-יסוד: כבוד-האדם וחירותו¹⁹⁴ נשאיר לרשימה אחרת.

- 191 סעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד — 1984.
- 192 המ' (ת"א) 13432, 13698/90 אוקון נ' זקס, פ"מ תשנ"ב (א) 184. אמנם כבוד הנשיא וינגרד ציין, שם בע' 196, כי אין בהחלטתו שם למתן צו מניעה זמני כדי לאמץ את הלכת Mareava בארץ והוא אף יישם את כללי העיקול הזמני, הנוחים יותר למבקש הצו, משום שאין הוא נדרש להוכיח שהמשיב מתכוון להבריח את נכסיו (שם בע' 198), אולם כפועל באותו מקרה אכן הוכחה — לא רק כוונת הברחה — אלא הברחת נכסים ממש. כבוד הנשיא אף ציין, כי על אף שאין צורך בהוכחת הברחת נכסים, כאמור, ראוי שבית-המשפט יבחן גם דרישה זו בבואו לתת צו מניעה זמני (שם, שם). אם ניקח בחשבון, שלאחר פסק-הדין בעניין American Cynamid די לו למבקש שיוכיח כי תביעתו מעלה שאלה רצינית לדיון ואינה קנטרנית — הרי שאין הברד רב בין צו מניעה זמני, בכלל, וצו Mareava, בפרט, לבין עיקול — מבחינת הדרישות המקדמיות מהמבקש. לפיכך, בכל הכבוד הראוי, סבורני כי בפסק-הדין אוקון נ' זקס הנ"ל אומצה הילכת Mareava בארץ (זאת, כמובן, מבלי להביע על כך דעה מבחינה מהותית).
- 193 המ' (ת"א) 12295/90 ארליך נ' ארליך (לא פורסם). במקרה זה הסתמך בית-המשפט על סעיף 11 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג, התשל"ג — 1973, המסמך את בית-המשפט לנקוט אמצעים לשמירה על זכותו (בין קיימת ובין עתידה) של בני-זוג על-פי הסכם-ממון או על-פי הסדר איוון המשאבים. יצוין, כי גם בעבר נקלטו ההלכות האנגליות דווקא כמטריה של מעמד אישי — ראה, למשל, קליטת הלכת American Cynamid הנ"ל לראשונה בע"א 342/83 הנ"ל, לעיל, הערה 84. פסק-דין נוסף אשר בו ניתן צו מסוג Anton Piller הינו ת"א (ת"א) 798/91 רותם חברה לביטוח בע"מ נ' ראודור (לא פורסם); לסקירה על פסק-הדין הנ"ל ראה ע' אור לעיל הערה 96 בע' 94-96. יצוין, כי החידוש בהחלטות אלה היה הענקת הסעד בעניינים שאינם מצויים בתחום המצומצם של קניין רוחני.
- 194 הן חוקתי כללי, דהיינו — האם גם בעתיד ניתן יהיה לעתור לקבלת סעדים חדשים מכת הסמכות הכללית המצויה בסעיף 75 לחוק בתי-המשפט, או שמא יהיה צורך להסדיר כל סעד חדש בחקיקה ראשית (ראה לשון סעיף 8 לחוק היסוד: "אין פוגעים... אלא בחוק), והן מהותי ספציפי, דהיינו — האם לאור חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד-האדם והעלאת רמתן הנורמטיבית של הזכויות המוסדרות בו יהיה צורך לשרטט "קו אדום" כלשהו, אשר לא יצדיק מתן סעדים קיצוניים ממנו (ואם כבר היה "קו אדום" שכזה, הכיצד ישפיע עליו חוק-היסוד), או שמא שיקול-דעתו של בית-המשפט לא יהיה מוגבל בסוג הסעדים שהוא מוסמך לתת בכל מקרה לגופו (בהנחה, כמובן, שהנסיבות מצדיקות מתן סעד שכזה) בכפוף ל"הוראות בטיחות" כגובה הערכה, משך תוקפו של הצו וכדומה (להמחשת הבעייתיות ניקח דוגמה קיצונית: נניח שבעל-דין מסוים, החייב מיליוני שקלים וסיכויי התביעה נגדו טובים עד כדי ודאות, הוא אמן תחפורשות והתחמקויות, וצו עיכוב יציאה מהארץ לא יעצור בעדו מלברוח לחוץ-לארץ; הניתן יהיה לקבל סעד של מעצר זמני על מנת למנוע את סיכול התביעה?).