

## פרוצדורה ומהות: חשיבה מחודשת על קטגוריות ישנות

שאלת היחס שבין הפרוצדורה לבין הדין המהותי, העומדת בלבה של כל תורת משפט, היא שאלה קשה ומורכבת. במבט ראשון מורכבות זו מעוררת תמיהה, שכן מבחינה אנליטית הסיווג של הוראת דין כלשהי כדיונית או כמהותית אינו קשה במיוחד: הדין המהותי מהווה את מכלול הזכויות והחבויות החלות על הפרטים בחברה, המבקשות להכתיב את אופן הפעולה שלהם בעולם, ואילו הפרוצדורה היא מערכת הכללים שחלה על ההתדיינות ביחס לזכויות וחבויות אלו בפני ערכאה שיפוטית.<sup>1</sup> מכאן, שהוראת דין המקימה לאדם זכות משפטית כנגד זולתו וגוררת את תוכנה של הזכות תיחשב למהותית, ואילו הוראת דין המסדירה את האמצעים והדרכים למימוש של אותה זכות תיחשב לדיונית. במילים אחרות, אפשר לחלק את הדין לשני רבדים: הרובד ה'מהותי' או ה'מטריאלי' הקובע מה מגיע לנו, והרובד ה'דיוני' או ה'פרוצדורלי' הקובע כיצד ניתן לממש את מה שמגיע לנו (להלן: 'המבחן האנליטי' או 'האבחנה האנליטית').<sup>2</sup> אולם, למרות חדותה של ההבחנה האנליטית, אנו מגלים כי בכוא בית המשפט לסווג הוראת דין כלשהי כמהותית או כדיונית, ההבחנה מיטשטשת ואף מתמוטטת לחלוטין. מאמר זה מבקש להסביר את הסיבות לכך; מתוך הבנת הסיבות תצמח גם הבנה מחודשת של מערכת היחסים המורכבת שבין הפרוצדורה לדין המהותי.

המאמר נחלק לארבעה חלקים. החלק הראשון יעמוד על ההשלכות המשפטיות שיש לסיווג של הוראות חוק לדיוניות ולמהותיות בעולם המעשה. נראה כי שאלות משפטיות בתחומים מגוונים – כגון מתי מוסמך מחוקק המשנה להתקין תקנות, האם יש להחיל את הדין הישראלי או את הדין הזר על פי כללי ברירת הדין במשפט הבין-לאומי הפרטי, ומתי יש תחולה רטרואקטיבית להוראות דין – מוכרעות, לפחות לכאורה, על בסיס הסיווג והוראות הדין כמהותיות או כדיוניות.

\* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. אני מבקש להודות למיכאל בירנהק, לישי בלנק, לחנוך דגן, לשרון המר, לטלי פישר ולהילה שמיר על הערותיהם המצוינות לטיוטות קודמות של המאמר. כמו כן אני מודה לסטודנטיות העורכות כרמל בן-צור ויאנה רבינוביץ', ולחברי המערכת ניר מולכו, נועם זילברמינץ ותמר בן-ארצי, שהערותיהם סייעו לי לחדד את הטענות המפורטים במאמר.

1 Robert M. Cover, *For James Wm. Moore: Some Reflections on the Reading of the Rules*, 84 YALE L.J. 718, 721-722 (1975).

2 ראו מרים בן-פורת "מבחנים לסיווג הוראה בדין כמהותית או דיונית" הפרקליט לח 5 (1988). לצורך מאמר זה המונח 'פרוצדורה' כולל גם את דיני הראיות. הסיבה לכך היא שלצורך הסיווג האנליטי של הוראות דין כמהותיות או כדיוניות, דיני הראיות – כמו סדרי הדין – קובעים את אופן המימוש של הזכויות ואינם מקימים לפרטים זכויות משפטיות עצמאיות כנגד זולתם. כך מתייחס לכך גם בית המשפט; ראו, למשל, ע"א 350/74 חברת מ.ל.ט. נ' ממז, פ"ד כט(1) 208 (1974); ע"פ 735/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 94 (1981); ד"נ 25/80 קטאשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 457 (1981).

החלק השני של המאמר בוחן את האופן שבו סיווגו בתי המשפט בפועל הוראות דין כמהותיות וכדיוניות, ומראה כי בלא מעט מקרים סטו בתי המשפט מהמבחן האנליטי וסיווגו הוראות דין המסדירות את האמצעים והדרכים למימוש זכויות כמהותיות, וזאת כשלתחושת השופטים המבחן האנליטי הביא לתוצאה לא ראויה ולא צודקת. במקרים אלה החליפו בתי המשפט את המבחן האנליטי במבחן תוצאתי (המכונה במאמר 'מבחן התוצאה'), שלפיו בית המשפט בודק תחילה מה התוצאה הראויה בעיניו ובהתאם לתוצאה זו מסווג את הוראת הדין כמהותית או כדיונית, אף שעל פי המבחן האנליטי התוצאה הייתה צריכה להיות הפוכה. כך, למשל, על פי המבחן האנליטי זכות הערעור היא לכל הדעות זכות דיונית, שכן היא אינה מעניקה זכות עצמאית אלא קובעת את האופן שבו אפשר לממש זכות מהותית. אולם, כאשר התעוררה בבית המשפט השאלה אם אפשר להחיל באופן רטרואקטיבי הוראת דין המשנה זכות ערעור, בחן בית המשפט תחילה אם הדבר ראוי בעיניו, ומשהגיע למסקנה שהדבר אינו ראוי – קבע כי לעניין זה זכות הערעור היא מהותית.

עם זאת, המבחן האנליטי מעולם לא בוטל והשופטים משתמשים בו כנקודת מוצא – שלעמים מהווה גם את נקודת הסיום – מתוך עמדה מוצהרת שברוב המקרים מבחן זה מועיל לפתרון של בעיות קונקרטיות. במאמר אטען כי בניגוד לעמדה זו, המבחן האנליטי אינו יכול לסייע בפתרון בעיות קונקרטיות. בבסיס העמדה שמחזיק בית המשפט מונחת ההנחה שאין לפרוצדורה השלכה על זכויותיהם המהותיות של הצדדים – וכפי שאראה, להנחה זו אין אחיזה במציאות. לאמתו של דבר, הסיווג האנליטי אינו מלמד אותנו דבר וחצי דבר על ההשפעה של הוראת דין כלשהי (בין שהיא מהותית ובין שהיא דיונית) על הזכויות המהותיות של הצדדים, שהיא היא השאלה החשובה שעל פיה יש להכריע בסוגיות העומדות לפתחו של בית המשפט. על כן, הניסיונות החוזרים ונשנים של בתי המשפט לפתור סוגיות אלו באמצעות המבחן האנליטי הם עקרים.

המאמר יטען עוד כי מבחן התוצאה – שבו בית המשפט משתמש כתחליף למבחן האנליטי – אינו תחליף הולם משום שהוא לוקה במעגליות: את התשובה לשאלה אם כלל כלשהו חל על הוראת דין כלשהי בית המשפט גוזר מהתשובה לשאלה אם הוראת הדין היא מהותית או דיונית, אך את התשובה לשאלה אם הוראת דין כלשהי היא מהותית או דיונית בית המשפט גוזר מהתשובה לשאלה אם ראוי להחיל את אותה כלל על הוראת הדין. מעגליות זו גורמת לבלבול ולחוסר בהירות בפסיקה ואינה תורמת לדיון מושכל בסוגיה הסיבה לכך שבית המשפט נקלע למעגליות זו נעוצה, כאמור, בתפיסה המושרשת שלפיה הוראת דין דיונית אינה יכולה לפגוע בזכויות מהותיות, ועל כן אם הוראת דין כלשהי נתפסת בעיני בית המשפט כפוגעת בזכות מהותית של מי מהצדדים – היא מסווגת מיניה וביה כהוראת דין מהותית.

בניגוד לתפיסה מושרשת זו, מאמר זה יוכיח כי הוראות דין דיוניות יכולות לפגוע בזכויות המהותיות של הצדדים לא פחות מהוראות דין מהותיות. פגיעה כזו עשויה להיות מוצדקת או בלתי-מוצדקת בהתאם לסדרת התכליות והערכים ששיטת המשפט מבקשת לקדם, אך היא אינה תלויה בהיותה של הוראת הדין מהותית או דיונית. מכאן, שעל בית המשפט לוותר על הניסיון לגזור מסיווג של הוראות דין כדיוניות או כמהותיות (סיווג שניתן לעשות באמצעות המבחן האנליטי) סדרה של השלכות משפטיות ולהמירו בדיון ערכי שעניינו זכויות הצדדים העלולות להיפגע ואם פגיעה זו היא ראויה (דיון זה מכונה

במאמר 'מבחן הפגיעה בזכויות'). במילים אחרות: יש לנתק בין ההבחנה שבין פרוצדורה למהות לבין סדרת ההשלכות שמקובל לגזור ממנה. חלק הארי של המאמר נועד להסביר ולהמחיש מסקנה זו, וכדי לעשות זאת ייבחן לעומק ההיגיון התאורטי שבבסיס החלוקה בין הפרוצדורה לדין המהותי.

החלק השלישי של המאמר בוחן באופן ביקורתי את העמדה המסורתית השלטת בפסיקה ובספרות שלפיה הפרוצדורה אינה משפיעה על זכויות מהותיות או שהשפעתה עליהן היא שולית. לדין המהותי, כך נטען, יש תכליות וערכים שהוא מבקש לקדם ואילו הפרוצדורה – המורכבת ברובה מכללים טכניים של אדמיניסטרציה שיפוטית – אינה אלא כלי שרת למימושם ואין לה השפעה על זכויותיהם המהותיות של הצדדים. במאמר אטען כי עמדה מסורתית זו בטעות יסודה. הפרוצדורה, כמו הדין המהותי, מבוססת על תכליות וערכים (הן עצמאיים והן כאלו שאותם מקדם גם הדין המהותי) ויש לה השפעות מרחיקות-לכת על הזכויות המהותיות. למעשה, הפרוצדורה והדין המהותי כרוכים זה בזה ומשפיעים זה על זה באופן שכלל אינו מאפשר לחשוב עליהם בנפרד. הסיבה לקשרי הגומלין המורכבים הללו נעוצה בשני מאפיינים משלימים של הפרוצדורה, שהוגים רבים עמדו עליהם זה מכבר: האחת היא השפעת הפרוצדורה על הכוונת התנהגותם של פרטים ותאגידים בעולם ולא רק בין כותלי בית המשפט, והאחרת היא היותה של הפרוצדורה רכיב משמעותי בעיצוב הזכויות המהותיות עצמן – הן בהיותה המנגנון המאפשר, מגביל או מונע את מימושן והן בשל השפעתה על סיכויי הזכייה של הצדדים.

החלק הרביעי והאחרון של המאמר מדגים את הטענה התאורטית שנטענה בחלקו השלישי באמצעות עיון בפסיקה שעניינה התחולה הרטרואקטיבית של הוראות דין. ההדגמה תתמקד בארבעה תחומים מרכזיים שבהם התעוררה הסוגיה: שינוי בסמכות של ערכאות שיפוטיות, שינוי במועד לביצוע פעולות משפטיות, התובענה הייצוגית והוראות דין "טכניות" שעניינן אופן ההמצאה של כתבי בי דין. המסקנה מן הדיון בפסיקה היא שהשימוש במבחן האנליטי לצורך סיווג של הוראות דין כמהותיות או כפרוצדורליות אינו רק עקר אלא גם טומן בחובו סכנה ממשית לפגיעה בזכויות. זאת, משום שמבחן זה מסתיר את ההשלכות מרחיקות-הלכת של הפרוצדורה על הזכויות המהותיות ומאפשר לבית המשפט לפגוע בהן בעקיפין ובחוסר שקיפות, בלי שהכרעה תהיה נתונה לביקורת הציבורית הנלווית בדרך כלל לפגיעה ישירה בזכויות.

## א. ההשלכות המשפטיות של סיווג הוראות דין כמהותיות או כדיוניות

בטרם אכנס בעובי הקורה ואבחן את מערכת היחסים המורכבת שבין הפרוצדורה לדין המהותי יש לברר תחילה מהן השלכותיה המשפטיות של הבחנה זו. התשובה לשאלה זו היא שעל פי הדין הנוהג יש לסיווג של הוראות דין כדיוניות או כמהותיות השלכה על תחומים משפטיים רבים. על שלושת המרכזיים שבהם אעמוד להלן בקצרה.

### 1. הסמכות של מחוקק המשנה להתקין תקנות

בדברי חקיקה רבים המחוקק הראשי מסמיך את מחוקק המשנה להסדיר בתקנות את סדרי הדין שיחולו בבתי משפט ובערכאות שיפוטיות נוספות. הדוגמה המובהקת לכך הוא חוק

בתי המשפט, המסמיך את שר המשפטים "להסדיר בתקנות סדרי דין את סדרי הדין והנוהג לפני בתי משפט, רשמים ולשכות הוצאה לפועל",<sup>3</sup> שמכוחו הותקנו תקנות סדר הדין האזרחי. הוראות דומות פזורות בדברי חקיקה רבים.<sup>4</sup> כדי להחליט אם הוראת דין כלשהי שהתקין מחוקק-המשנה הותקנה בסמכות אם לאו עלינו לסווגה כמהותית או כדיונית. אם דיונית היא – בסמכות נתקנה והרי היא שרירה וקיימת, אך אם מהותית היא – בחוסר סמכות נתקנה והיא בטלה ומבוטלת.<sup>5</sup>

## 2. כללי ברירת הדין במשפט הבינלאומי הפרטי

בסכסוכים המגיעים בפני בתי משפט בישראל שבהם כל אחד מהצדדים המעורבים כפוף למערכת משפטית של מדינה אחרת, או כשהצדדים הסכימו ביניהם כי על כל סכסוך עתידי ביניהם יחול דין זר, מתעוררת שאלה המכונה 'ברירת הדין' שלפיה יקבע בית המשפט איזה דין יחול – הדין הישראלי או הדין הזר. במשפט הישראלי, כמו גם בשיטות משפט רבות אחרות, קבעה הפסיקה כי ברירת הדין מתבצעת רק לגבי הדין המהותי אך לא לגבי הוראות דין פרוצדורליות. אם נצרך בית המשפט להחיל דין זר הוא יחיל רק את הדין הזר המהותי, ואילו הפרוצדורה – סדרי דין ודיני ראיות – תהיה לעולם לפי הדין המקומי הישראלי (lex fori).<sup>6</sup> מכאן, שכדי להחליט לגבי כל הוראת דין אם יש להחיל את הדין הישראלי או את הדין הזר יש לסווגה כפרוצדורלית או כמהותית ורק כך אפשר לדעת איזה דין יחול.

## 3. רטרואקטיביות של הוראות דין

על פי תורת המשפט הנוהגת בישראל, החלה רטרואקטיביות של נורמות משפטיות היא חשודה ועל כן 'חזקה על כל חוק כי הוא צופה פני עתיד ולא פני עבר'.<sup>7</sup> הסיבות לחזקה זו – המכונה 'חזקת אי-הרטרואקטיביות' או 'חזקת הפרוספקטיביות' – ברורות: המטרה של חקיקה היא לכוון את ההתנהגות האנושית, ותחולה רטרואקטיבית של נורמות משפטיות אינה מאפשרת תכנון מראש ולפיכך פוגעת ביציבות המשפטית, בוודאות וביעילות הכלכלית (שכן השוק החופשי דורש ודאות באשר לתוצאות המשפטיות של פעולת הפרטים). התחולה הרטרואקטיבית פוגעת גם בעקרונות בסיסיים של הוגנות וצדק, שכן הפרטים נדרשים להתנהג על פי נורמה שלא היו ערים לה ולא היו יכולים לדעת על קיומה – ואז הם 'נענשים' על אי-עמידה בה.<sup>8</sup>

- 3 ס' 108 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984.
- 4 דוגמאות נוספות הן: ס' 13 לחוק בתי משפט לענינים מינהליים, התש"ס-2000; ס' 26 לחוק בית המשפט לעניני משפחה, התשנ"ה-1995; ס' 42 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968; ס' 43 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969.
- 5 ראו בג"ץ 7067/07 נתנאל נ' שר המשפטים, תק-על 2008 (1) 3642 (2007).
- 6 ראו, למשל, ע"א 352/87 גרייפין קורפריישן נ' כור סחר, פ"ד מד(3) 45 (1990). ראו גם עמוס שפירא "הערות על טיבם ותכליתם של כללי ברירת הדין במשפט הבינלאומי-פרטי" עיוני משפט י 275 (1984).
- 7 ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765, 776-777 (1992) (להלן: פרשת ארביב).
- 8 ראו (1977) 6 J. LEGAL STUD. 373, Stephen R. Munzer, *Retroactive Law*.

מכאן גם שהחלה רטרואקטיבית של נורמות משפטיות סופה שתביא לפגיעה חמורה באמון הציבור במוסדות השלטון ובמערכת המשפטית.<sup>9</sup> לחזקת אי-הרטרואקטיביות יש סייג שנקבע בפסיקה, שלפיו החזקה חלה רק על הוראות דין מהותיות ואין לה תחולה על הוראות חוק דינויות.<sup>10</sup> על פי הגישה המקובלת, הסיבה לכך היא שלהוראות דין דינויות – שאינן עוסקות בתוכן הזכות המשפטית אלא באופן ניהול ההליך המשפטי הכרוך במימושה – אין השלכה על הזכויות המהותיות של הפרטים ולכן אפשר להחילן רטרואקטיבית על הליכים תלויים ועומדים.<sup>11</sup> לעומתן, הוראות דין מהותיות משליכות באופן ישיר וממשי על הנורמות המשפטיות החלות על הפרטים ועל זכויותיהם, ומכאן שהחלתן באופן רטרואקטיבי עלולה לפגוע בהם פגיעה קשה. על כן חזרה הפסיקה וקבעה כי לבעלי דין יש 'זכות מוקנית' בדין המהותי אך אין להם זכות כזו בסדרי הדין; כל שיש להם לגבי סדרי הדין הוא 'ציפייה' בלבד – ולכן שינוי בהוראות דין דינויות יחול למפרע על תביעות תלויות ועומדות.<sup>12</sup> סוגיית התחולה הרטרואקטיבית של הוראות דין העסיקה רבות את בתי המשפט ואליה התנקזו רבים מהדיונים באשר ליחס בין פרוצדורה למהות.

### ב. המבחנים לסיווג של הוראות דין כמהותיות וכדינויות

כאשר בוחנים את האופן שבו סיווגו בתי המשפט הוראות דין כמהותיות וכדינויות מגלים כי פעולת הסיווג אינה פשוטה כלל ועיקר. המבחן האנליטי, שלפיו הדין המהותי קובע מה מגיע לתובע והדין הדינוי קובע כיצד הוא יכול לממש את מה שמגיע לו, אכן משמש את בתי המשפט במקרים רבים לצורך פעולת הסיווג.<sup>13</sup> ואולם, עיון בפסקי דין מגלה כי לא

9 פרשת ארביב, לעיל ה"ש 7, בעמ' 777 ("חקיקה למפרע פוגעת בתפיסות יסוד חוקתיות. היא פוגעת בעקרונות שלטון החוק, בוודאות המשפט ובביטחון הציבור בו. היא פוגעת בעקרונות היסוד של צדק ושל הגינות ובאמון הציבור במוסדות השלטון").

10 ראו בן-פורת, לעיל ה"ש 2, בעמ' 6. יש לסייג זאת ולומר כי בפרשת ארביב העלה הנשיא ברק הסתייגות מההלכה שלפיה אין להחיל את חזקת אי-הרטרואקטיביות על הוראות דין דינויות, וסיווג מחדש את הכללים החלים על תחולתן של נורמות בזמן: הוא הוסיף על שתי הקטגוריות המוכרות – התחולה הרטרואקטיבית והתחולה הפרוספקטיבית – קטגוריה שלישית של 'תחולה אקטיבית'. לטענתו, קטגוריה זו היא החלה על מרבית הנורמות הדינויות. לדין בפרשת ארביב ראו להלן בתת-פרק ד.5.

11 ראוי להדגיש כי בדרך כלל החלה רטרואקטיבית של הוראות דין דינויות אין כוונתה החלה למפרע על הליכים שכבר התקיימו עובר לשינוי הנורמה הדינוית, אלא לתחולה מיידית של הוראות חוק דינויות מרגע כניסתן לתוקף גם על הליכים תלויים ועומדים. ראו ע"א 135/63 כורי נ' כורי, פ"ד יז 1855, 1870 (1963).

12 ראו, למשל, ע"א 534/59 כהן נ' כהן, פ"ד יד 1415, 1420 (1960); בג"ץ 162/80 פלוני נ' בית הדין הצבאי המיוחד, פ"ד לה(1) 292 (1980) (להלן: פרשת פלוני); פרשת ממז, לעיל ה"ש 2.

13 לפסקי דין שבהם החיל בית המשפט את המבחן האנליטי ראו, לדוגמה, פרשת ארביב, לעיל ה"ש 7, בעמ' 790, 792 (תיקון לפקודת בתי הסוהר (נוסח חדש), התשל"ב-1971, המאריך את תקופת הזמן שבה אפשר לבטל רישיון חופש, חל רטרואקטיבית בהיותו הוראת חוק דינוית על פי ההבחנה הקלאסית בין הוראה דינוית לבין הוראה מהותית ובין פגיעה בזכות מוקנית לבין פגיעה בציפייה גרדא); ע"א 132/85 אמרופא א.ג. נ' ה.ש.י. המגדר – תעשיות פלדה בע"מ,

תמיד סייע מבחן זה לבתי המשפט לסווג הוראות דין, ומפעם לפעם הם סטו ממנו כשחשו שהתוצאה שאליה הגיעו באמצעותו אינה ראויה וצודקת. אעמוד בקצרה על כמה דוגמאות.

## 1. הסטייה מהמבחן האנליטי

הסמכות העניינית: בחוק בתי המשפט נקבע כי "שר המשפטים רשאי להסדיר בתקנות סדרי דין את סדרי הדין והנהוג לפני בתי המשפט [...]".<sup>14</sup> האם הוראת דין זו מסמיכה את שר

פ"ד מא(4) 477 (1987) (התיישנות מכוח חוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 היא דיונית משום שהיא מכוונת כלפי דרך המימוש של זכות התביעה ולא כלפי הזכות מהותית שהתובעים מבקשים לתבוע, ואילו התיישנות מכוח חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971 היא מהותית משום שהזכות עצמה אוכרת ולא רק זכות התביעה. השאלה נבחנה ביחס לדרישה להעלות טענות התיישנות בהודמנות הראשונה); הפ"ב (מחוזי מרכז) 03-09-5173 לב אילת בע"מ נ' ב.ש. (בלושייץ) קבלני בניין בע"מ, תק-מח 2009(3) 6398, פס' 43 (2009) (תיקון לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968, המטיל על הבורר חובה לנמק את פסק הבוררות. נקבע כי התיקון חל רטרואקטיבית על הליכי בוררות תלויים ועומדים בהיותו הוראת חוק דיונית); ת"א (מחוזי חי') 232/83 ספיבק נ' אנדריאוס, פ"מ תשמ"ו(1) 397 (1985) (סעיף 6ב לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 (להלן: חוק הפלת"ד) חל רטרואקטיבית גם על הליכים תלויים ועומדים בהיותו הוראת חוק דיונית); ת"א (מחוזי ת"א) 1269/85 אמסלם נ' לוי, פ"מ תש"ן(1) 171 (1989) (סעיף 6ב לחוק הפלת"ד חל על תביעה שהוגשה בישראל בעקבות תאונה שאירעה בשטחים המוחזקים משום שהוראת החוק היא דיונית ולפיכך חל עליה דין הפורום על פי כללי ברירת הדין במשפט הבין-לאומי הפרטי); ו"ע (מחוזי ת"א) 1281/05 ארוס נ' מנהל מיסוי מקרקעין רחובות, תק-מח 2008(3) 8103, פס' 48 (2008) (תיקון 55 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963 הוא הוראה דיונית ולכן יש לו תחולה רטרואקטיבית); בש"א (שלום נצ') 1820/06 מוסקא נ' בונד בליידס אינטרנשיונל בע"מ, פדאור 11(1) 540 (2006) (תיקון מס' 3 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקסד"א) הוא הוראה דיונית לפי הגישה הקלאסית ולכן יש לו תחולה רטרואקטיבית); בש"א (שלום נצ') 4088/06 מנורה חב' לביטוח בע"מ נ' מסארווה, תק-של 2006(4) 9336 (2006) (תיקון תשס"ד לחוק החוזים האחדים, התשמ"ג-1982 הוא הוראה דיונית ולא מהותית ולכן תהיה לו תחולה רטרואקטיבית); תע"א (עבודה חי') 1368-08 גבריאל נ' כבאז חיים – מעוף שירותי הובלה, תק-עב 2010(3) 7749, פס' 5 (2010) (תיקון 38 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969 הוא הוראה דיונית משום שהוא נועד לקבוע דרכי הגשמה של מצב משפטי נתון ולא את תוכנו או מהותו של מצב משפטי זה, ולכן יש לו תחולה רטרואקטיבית); ת"א (שלום נצ') 41274-12-09 מחייסן נ' אלטיף, תק-של 2010(4), פס' 13-17 (2010) (מינוי מומחה לפי סעיף 6א לחוק הפלת"ד הוא הוראה דיונית ולא מהותית לצורך כללי ברירת הדין במשפט בין-לאומי פרטי); ע"פ (מחוזי ת"א) 70751/01 מדינת ישראל נ' גינצבורג, תק-מח 2003(1) 1234, פס' 5 (2003) (התיישנות היא הוראה דיונית לצורך תחולה רטרואקטיבית של הוראת דין המשנה את תקופת ההתיישנות); ב"ל (עבודה חי') 2102/00 שרון נ' בטוח לאומי סניף חיפה, תק-עב 2002(3) 2358, פס' 8 (2002) (תק' 5 לתקנות הביטוח הלאומי (גמלה לשמירת הריזון), התשנ"א-1991 היא בעלת אופי דיוני, בקובעה את המנגנון של קבלת הגמלה לשמירת הריזון לצורך תחולה רטרואקטיבית של התקנה).

14 ס' 108 לחוק בתי המשפט.

המשפטים לשנות את כללי הסמכות העניינית? לכאורה, על פי המבחן האנליטי התשובה לשאלה זו צריכה הייתה להיות חיובית, שהרי כללי הסמכות הם במובהק עניין של סדרי דין: הם אינם מעניקים לפרט זכויות מהותיות אלא קובעים לאיזו ערכאה עליו לפנות כדי לממש את זכויותיו.<sup>15</sup> אולם, הפסיקה קבעה שהוראת הדין האמורה בחוק בתי המשפט אינה מקנה לשר המשפטים סמכות להתקין תקנות הקובעות או משנות את הסמכות העניינית של ערכאות שיפוטיות,<sup>16</sup> וכי "אין בכוחן של הוראות כלליות, המסמיכות את שר המשפטים לקבוע סדרי מנהל, כדי להעניק לו את הכושר להתערב בגדרי סמכויותיהם הענייניות של בתי-המשפט".<sup>17</sup> בית המשפט הסביר כי שינוי הסמכות העניינית של ערכאות שיפוטיות היא פעולה ה"יורדת לשורש פעולתם של בתי-המשפט. השפעתה על תפקוד המערכת, על תוצריה ועל השירות שבכוחה לספק לאזרח היא מכרעת [...] אין היא עניין להותירו לחקיקת משנה. רצוי כי כלליה ייקבעו למצער בחקיקה ראשית של הכנסת, שמטבעה מלווה בעיני ובחינה מקיפים".<sup>18</sup>

אשר לתחולה הרטרואקטיבית של הוראות דין המשנות את הסמכות העניינית של ערכאות שיפוטיות יש פסיקה סותרת. זרם אחד בפסיקה קבע כי יש לראות בהוראה המשנה סמכות עניינית נורמה דיונית ועל כן יש להחילה למפרע גם על הליכים תלויים ועומדים,<sup>19</sup> ואילו זרם אחר (מרכזי יותר) ראה שינוי של הסמכות העניינית כעניין המשליך על זכויות מהותיות ועל כן אין להחיל אותו רטרואקטיבית. לתפיסת הזרם השני, על בית המשפט שהחל לדון בעניין כלשהו להמשיך לדון בו גם אם במהלך ההתדיינות השתנו כללי הסמכות באופן שהעניין הוצא מסמכותו והועבר לסמכותה של ערכאה שיפוטית אחרת.<sup>20</sup>

**זכות הערעור:** על פי המבחן האנליטי יש לסווג הוראות דין המקימות זכות ערעור וקובעות את גדריו כהוראות דין דיוניות.<sup>21</sup> הערעור אינו מקנה לבעל דין זכות בעלת קיום עצמאי אלא מטרתו לאפשר לבעל דין לממש את זכויותיו המהותיות במסגרת הליך שיפוטי. אכן, יש שופטים ומלומדים הסבורים כי בניגוד לזכות התביעה, הנחשבת בדין לזכות מהותית, זכות הערעור אינה אלא "בדיקה נוספת של הקביעה השיפוטית" ועל כן ראוי לסווגה כזכות דיונית.<sup>22</sup> אף על פי כן הפסיקה – מאז ראשיתה – סיווגה את זכות הערעור כזכות מהותית לצורך התחולה הרטרואקטיבית של הוראות דין המשנות זכות ערעור. נפסק כי הוראת

15 ראו ע"א 238/53 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 4, 16 (1954) (להלן: פרשת כהן).

16 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 12, בעמ' 300.

17 פרשת נתנאל, לעיל ה"ש 5, בפס' 29.

18 שם.

19 ראו, למשל, פרשת כורי, לעיל ה"ש 11, שם.

20 ראו, למשל, פרשת כהן, לעיל ה"ש 15; פרשת פלוני, לעיל ה"ש 12, בעמ' 300; ע"פ 4912/91 תלמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 581 (1993).

21 ראו בן-פורת, לעיל ה"ש 2, בעמ' 7.

22 ראו שם, בעמ' 7. משה קשת הסכים עם בן-פורת כי את זכות הערעור יש לסווג כזכות דיונית, אך מדבריו אפשר להבין שהוא חולק על הרציונל שהיא נותנת לכך. לטענתו אלו הגורסים כי יש להתייחס לזכות הערעור כזכות מהותית התכוונו אך ורק לחשיבותה המכרעת. מכאן, שלטעמו חשיבותה של הזכות לא צריכה להכריע באשר לאופן שבו יש לסווגה. משה קשת

חוק המבטלת זכות ערעור (ולא נקבע בה מפורשות שיש לה תחולה רטרואקטיבית) לא תחול על הליכים שהיו תלויים ועומדים בעת חקיקת החוק.<sup>23</sup> בדומה נקבע כי הוראת חוק המקנה זכות ערעור בנוגע לסוגי עניינים, שעובר לחקיקתה לא הייתה לגביהם זכות ערעור, לא תחול על הליכים שבהם כבר ניתן פסק דין בערכאה הראשונה ופסקי דין אלה ייחשבו לסופיים ולבלתי-ניתנים לערעור.<sup>24</sup> הסיבה שנתנו בתי המשפט לסיווג של זכות הערעור כמהותית היא חשיבותה הרבה. בפרשת כהן נ' קצין התגמולים הסבירו השופטים אגרנט, זילברג וויתקון: "הענקת זכות ערעור משמעותה כי למערער ניתן 'כוח', וזו זכות מהותית בעלת ערך [...] 'כוח' פירושו כאן סמכות חוקית לשנות, על ידי פעולה רצונית, את היחסים המשפטיים הקיימים בין בעל הסמכות לבין חברו".<sup>25</sup> זוסמן סיווג אף הוא את זכות הערעור כזכות מהותית אך ההנמקה שהוא נתן לכך הייתה פורמלית, קרי: העובדה שזכות זו הוענקה בחוק בתי המשפט ולא בתקנות סדרי הדין.<sup>26</sup>

**ההתיישנות:** על פי המבחן האנליטי ההתיישנות הדיונית (limitation) היא זכות דיונית. היא מהווה טענת הגנה החוסמת תביעות שמאז התגבשה עילתן חלפה תקופה הקבועה בחוק, אך היא אינה מקימה זכות עצמאית לבעל הדין הטוען אותה.<sup>27</sup> אף על פי כן, לעניין התחולה הרטרואקטיבית של הוראות דין המשנות תקופות התיישנות קבע בית המשפט כי "יש לראות בהוראת ההתיישנות המאוחרת זכות דיונית, כל עוד לא חלפה תקופת ההתיישנות המקורית, וזכות מהותית לאחר שתקופה זו כבר חלפה עברה לה".<sup>28</sup> לכן יש להבחין בין שני מצבים: האחד, כאשר טרם חלוף תקופת ההתיישנות הקבועה בחוק נחקק חוק חדש המאריך את תקופת ההתיישנות המקורית. במצב זה נקבע כי החקיקה החדשה תחול רטרואקטיבית על עילות תביעה שטרם חלפה לגביהם תקופת ההתיישנות המקורית. המצב האחר מתרחש כאשר לאחר חלוף תקופת ההתיישנות הקבועה בחוק נחקק חוק חדש המאריך את תקופת ההתיישנות המקורית, באופן שהופך עילות תביעה שהתיישנו על פי

- הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי – הלכה ומעשה כרך ב 1357-1360 (מהדורה 15, 2007).
- 23 ע"פ 15/49 סורדאן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ב 361 (1949); ע"א 121/52 אפשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ז 169 (1953).
- 24 ע"פ 22/56 כהן מ' קצין התגמולים, פ"ד י 1375 (1956).
- 25 שם, בעמ' 1379.
- 26 ראו יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 751 (מהדורה שביעית, 1995). הנמקה זו של זוסמן תמוהה, שכן כפי שטען בצדק משה קשת: "רבות מהזכויות הדיוניות נקבעו בחקיקה ראשית ויש חוקים שכל עניינם זכויות דיוניות בלבד". קשת, לעיל ה"ש 22, בעמ' 1358.
- 27 ראו, למשל, ע"א 316/56 קרמש נ' סול, פ"ד יא 1336, 1339 (1957) ("גלוי וידוע כי טענת התיישנות אינה נמנית על הדין המהותי (הסובסטיבי) אלא עם סדרי הדין"). ד"ג 36/84 טייכנר נ' איר-פרנס נתיבי אוויר צרפתיים, פ"ד מא(1) 589, 644 (1987) ("כידוע ההתיישנות לפי חוק ההתיישנות, תשי"ח-1958, היא דיונית ולא מהותית, וכפי שנאמר בסיפא לסעיף 2 לחוק, אין בהתיישנות בלבד כדי לבטל את הזכות גופה"). יש להבחין את ההתיישנות הדיונית (limitation) מההתיישנות המהותית (prescription), היוצרת עם חלוף הזמן זכות מהותית שלא הייתה קודם לכן.
- 28 פרשת פלוגי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 300.



החוק הישן לבנות תביעה לפי החוק החדש. במצב זה קבעה הפסיקה כי אי-אפשר להחיל רטרואקטיבית את הוראת הדין הקובעת את תקופת ההתיישנות החדשה – הארוכה יותר – על עילות שכבר התיישנו.<sup>29</sup> זוסמן הסביר את ההבדל בין שני המצבים בכך שבמצב השני, שבו הוארכה תקופת ההתיישנות לגבי עילה שכבר התיישנה, ה'זכות' מתחום המשפט הדיוני הצמיחה זכות מהותית ועל כן בעל הדין זוכה לחסינות.<sup>30</sup>

## 2. מבחן חלופי לסיווג הוראות דין: מבחן התוצאה

ראינו כי בתי המשפט סטו לא פעם מהמבחן האנליטי וסיווגו כהוראות מהותיות הוראות חוק שעל פי מבחן זה היו צריכות להיות מסווגות כדיוניות, משום שחשו כי סיווגן כדיוניות יגרור אי-צדק. מהו המבחן החלופי שבאמצעותו נעשה הסיווג במקרים אלה? התשובה לשאלה זו עולה במרומז בחלק מפסקי הדין וקיבלה אישור במאמרה של השופטת בן-פורת "מבחנים לסיווג הוראה בדין כמהותית או כדיונית": המבחן החלופי הוא מידת החשיבות של הוראת הדין והשלכתה על הזכויות המהותיות של בעלי הדין. כך הסבירה זאת בן-פורת:

טעות היא לחשוב שהשאלה הפשוטה – האם הוראה היא בבחינת 'מה' או בבחינת 'כיצד' – היא הפותרת בכל מקרה את בעיית הסיווג. בדיקה מעמיקה מעט יותר מגלה על נקלה שהשאלה האמורה אינה אלא נקודת מוצא, להבדיל מסוף פסוק [...] נמצא שכל אימת שהחלתו המיידית של שינוי בדין נראית בלתי הוגנת בהיותה פוגעת בזכות הראויה בעיני בית המשפט להגנה, גברה הנטייה לסווגו כמהותי על מנת שיפעל אך מכאן ולהבא, ולהפך.<sup>31</sup>

בן פורת המשיכה וקבעה כי "החלוקה של הדין ל'מהותי' ול'דיוני' אינה חדה וחלקה ואינה מתבצעת על פי מבחן טכני גרידא כי אם במידה רבה לאור התוצאה אליה עתיד הסיווג להוביל, מבחינת הפרוספקטיביות או הרטרופסקטיביות".<sup>32</sup>

דוגמה טובה ליישום של מבחן התוצאה אפשר למצוא בפסק הדין בעניין פלוני נ' בית הדין הצבאי.<sup>33</sup> בפרשה זו היה העותר חייל שעבר עברה מחוץ לגבולות מדינת ישראל בזמן שירותו הצבאי. בתקופה שבה נעברה העברה קבע חוק השיפוט הצבאי כי בחלוף 180 יום מיום שחרורו של החייל אי-אפשר עוד להגיש כתב אישום נגדו בגין אותה עברה. לפני חלוף 180 יום מיום שחרורו של העותר תוקן חוק השיפוט הצבאי, והתקופה שבה אפשר להגיש כתב אישום בגין העברה שעבר הוארכה לשנה מיום השחרור. בתיקון אף נקבע כי

29 ע"א 369/57 נסכרג נ' פלוס, פ"ד יג 584 (1959); ע"א 150/62 טביוביץ נ' גולדמן, פ"ד טז 2325 (1962); פרשת כורי, לעיל ה"ש 11, שם.

30 פרשת קרמש, לעיל ה"ש 27.

31 ראו בן-פורת, לעיל ה"ש 2, בעמ' 6-7.

32 שם, בעמ' 7 (ההדגשה הוספה). ראו גם שלמה לוי, תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 19 (מהדורה שנייה, 2008) ("נראה לנו שאי-אפשר להתעלם מן העובדה כי לעתים נטה בית המשפט לזהות זכות 'חשובה' כזכות מטריאלית וזכות 'פחות חשובה' כזכות פרוצדורלית. לעתים קרובות משמשת האבחנה האמורה בסיס רעוע למתן תשובה לשאלה קונקרטיית העומדת על הפרק").

33 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 12.

”כאשר בוצעה עבירה בידי חיילים שותפים לדבר [...] כל זמן שהחוק חל על אחד מהם הוא יהול על כולם”. בחלוף 17 חודשים מיום שחרורו של העותר הוגש כתב אישום נגדו ונגד שלושה חיילים נוספים. טענתו המרכזית של העותר הייתה שהתיקון לחוק הוא בעל אופי מהותי ולא דיוני ולכן אין להחילו עליו רטרואקטיבית.

פסק הדין של בית המשפט בסוגיה כאילו נלקח ישירות מבית מדרשו של הריאליזם המשפטי.<sup>34</sup> אשר לשאלת הסיווג כתב השופט שלמה לויין את הדברים הבאים:

כל מערכת אבחנות היא בהכרח שרירותית וניתנת להמרה במערכת אחרת; לא ניתן לומר, כי מערכת פלונית היא 'נכונה' בעוד שמערכת אחרת 'מוטעית'. הניסיון מלמד, כי ברוב המקרים הייתה האבחנה מועילה לפתרון של בעיות קונקרטיות, ואם כי במקרי גבול נתעוררו ספקות, אין בכך סיבה מספקת כדי לנטוש את האבחנה המסורתית, שקנתה לה אחיזה מבוססת ביותר בפסיקה.<sup>35</sup>

השופט לויין המשיך וקבע:

מי שמגדיר את הנורמות הסובסטנטיביות ככוללות את הדין בדבר טיבן ומהותן של הזכויות המוקנות ואזרח ואת הנורמות הפרוצדוראליות כמסדירות את הערכים והתנאים להחלתן אכן עשוי להיתקל בקשיים [...] דא עקא, ייחוס משמעות קבועה ובלתי משתנה לאבחנה פלונית יש בה כדי להחטיא את המטרה, שהרי מלכתחילה אין בה אלא ברירה שרירותית של נתונים המסורה לראות עיניו של המגדיר. הקובע אבחנה בין נורמות שונות חייב להשלים עם המסקנה שבמציאות עשויה האבחנה להתמודד עם מצבים שונים ומתחלפים ולא הרי סיווג לעניין אחד כהרי סיווג לעניין אחר.<sup>36</sup>

אם כך, לא זו בלבד שלא תמיד אפשר להכריע בשאלה אם הוראת דין כלשהי היא מהותית או דיונית על פי המבחן האנליטי, אלא אף אי-אפשר לסווגה באופן גורף ויש לבחון לגבי כל סוגיה וסוגיה אם יש לסווג את הוראת הדין כמהותית או כדיונית. במילים אחרות, אותה הוראת דין עצמה עשויה להיות מהותית לצורך עניין אחד (למשל לצורך סמכות השר להתקין תקנות) אך דיונית לצורך עניין אחר (למשל לצורך התחולה רטרואקטיבית). בסופו של דבר הכריע שלמה לויין כי יש להחיל את התיקון לחוק רטרואקטיבית, ונימק את הכרעתו בכך שהחלה רטרואקטיבית של התיקון לא תחמיר את מצבו של העותר שכן "לא ניתן לטעון שבזמן ביצוע העבירה עשוי היה העבריין לכלכל את צעדיו בהתאם לתקופת ההתיישנות" – ולכן גם לא נפגעה זכות מהותית כלשהי של העותר.

מבחן התוצאה מעורר את השאלה מה טעם יש בסיווג מלכתחילה? חשיבותם של סיווגים במשפט טמונה בכך שאפשר לגזור מהם כללים משפטיים בלא שיהיה צורך לבחון בכל פעם מחדש מה התוצאה הרצויה. במילים אחרות, סיווגים אלה משמשים "אמצעי יעיל

34 ראו המאמר הריאליסטי הקלאסי של וולטר ווילר קוק, שבו העלה המחבר טענה זהה לזו של השופט שלמה לויין, קרי: שאין למתוח קו שיבדיל בין פרוצדורה לדין מהותי באופן אבסטרקטי אלא יש לשאול לאיזה צורך אנו מבקשים לערוך את ההבחנה. Walter Wheeler Cook, "Substance" and "Procedure" in the Conflict of Laws, 42 YALE L.J. 333 (1933).

35 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 12, בעמ' 297.

36 שם, בעמ' 298.

להתמצאות בין שלל העובדות והכללים ופוטרו[ים] את המשפטן מהצורך להידרש בכל פעם מחדש ללוגיקה ולערכים שעליהם מבוססת קבוצת האבחנה".<sup>37</sup> כך, בתחילת המאמר יצאתי מהנחה שמהסיווג של הוראת דין כלשהי כדיונית או כמהותית אפשר לגזור את הכללים החלים עליה בתחומי משפט שונים (כגון כללי הסמכות, ברירת דין במשפט הבין-לאומי הפרטי והתחולה הרטרואקטיבית). אם על פי מבחני הסיווג הוראת דין כלשהי מוגדרת כמהותית, אזי על פי כללי ברירת הדין יש להחיל עליה את הדין הזר ועל פי הכללים החלים על תחולתן של נורמות בזמן אין להחילה רטרואקטיבית; לעומת זאת, אם הוראת דין נחשבת דיונית אזי יש להחיל עליה את דין הפורום, ומחילים אותה רטרואקטיבית גם על הליכים תלויים ועומדים. אולם, אם הסיווג אינו משמש לצורך זה, והלכה למעשה בית המשפט בוחר בכל מקרה לגופו מה התוצאה הרצויה (קרי: אם ראוי להחיל לגבי הוראת דין כלשהי את הדין הזר או את דין הפורום ואם ראוי להחילה רטרואקטיבית) – ועל פי תוצאה רצויה זו מסווג את הוראת הדין כמהותית או כדיונית, אזי אין כל טעם בסיווג. בית המשפט יכול לקבוע מה התוצאה הראויה בכל מקרה – יותר נכון: בכל סוג של מקרים – בלי להידרש כלל לשאלת הסיווג של הוראת הדין כמהותית או כדיונית. יתרה מזו: כפי שאראה בהמשך, הטענה של השופט לוי שבמרבית המקרים ההבחנה מועילה לפתרון בעיות קונקרטיים, ושהספקות מתעוררים אך ורק במקרי גבול, בטעות יסודה. לאמתו של דבר, כל הוראת דין – טכנית וזוטרית למראית עין ככל שתהא – עשויה להיות בעלת השפעה ניכרת על הזכויות המהותיות של בעלי דין.

להלן אטען כי המבחן האנליטי לסיווג של הוראות דין אכן אינו מסייע, ולא ראוי שיסייע, בפתרון בעיות קונקרטיים, שכן הוא מביא לפגיעה חמורה ולא ראויה בזכויות של בעלי הדין. עוד אטען כי מבחן התוצאה – שבית המשפט משתמש בו לעתים כתחליף למבחן האנליטי – אינו תחליף הולם משום שהוא לוקה במעגליות: את התשובה לשאלה אם כלל כלשהו חל על הוראת דין כלשהי בית המשפט גוזר מהתשובה לשאלה אם הוראת הדין היא מהותית או דיונית, אך את התשובה לשאלה אם הוראת דין כלשהי היא מהותית או דיונית בית המשפט גוזר מהתשובה לשאלה אם ראוי להחיל את אותו הכלל על הוראת הדין, קרי: מהתוצאה של החלת הכלל על אותה הוראת דין. מעגליות זו גורמת לבלבול רב ולחוסר בהירות בפסיקה ואינה תורמת לדיון מושכל בסוגיה. המסקנה היא שעל בית המשפט לזנוח את היומרה לסווג הוראות דין כמהותיות וכדיוניות – אם על פי המבחן האנליטי ואם על פי מבחן התוצאה – כדי לגזור מסיווג זה את הכללים שיחולו על הוראות הדין (אלא אם כן הורה המחוקק אחרת במפורש), ולהמירו במבחן הפגיעה בזכויות שבמרכזו דיון ערכי העוסק בזכויות הצדדים העלולות להיפגע ובבדיקה אם פגיעה זו ראויה. על פי מבחן הפגיעה בזכויות, יש לנתק את ההבחנה בין פרוצדורה למהות (שאותה אפשר לבצע באמצעות המבחן האנליטי) מסדרת ההשלכות המשפטיות שמקובל לגזור מהבחנה זו. כך, למשל, כדי להחליט אם להחיל רטרואקטיבית הוראת חוק או איזה דין יש להחיל על פי כללי ברירת הדין, על בית המשפט לבחון אם החלה רטרואקטיבית של הוראת הדין או בחירה בדין הישראלי או בדין הזר פוגעת פגיעה לא ראויה בזכויות של אחד הצדדים, בלי להיזקק כלל לשאלה אם

37 יששכר רוזן-צבי וטליה פישר, "מעבר לאזרחי ולפלילי: סדר חדש לסדרי הדין" משפטים לח 495, 489 (2008).

המדובר בהוראת דין ריונית או מהותית. יודגש, כי מבחן הפגיעה הזכויות לא נועד לשמש מבחן עזר במקרי גבול שבהם המבחן האנליטי כושל, אלא הוא נועד להחליף את המבחנים שבהם בית המשפט משתמש כיום משום שאין בנמצא מקרי גבול. כל הוראת דין – אפילו אלה הנדמות טכניות וחסרות חשיבות – עשויה להשפיע במידה ניכרת על זכויות הצדדים. כדי להבין מדוע יש לרדת לשורש הסיבות לקיומו של הקושי לסווג נורמות משפטיות לפרוצדורליות ולמהותיות. לשם כך עלינו לבחון לעומק את ההיגיון התאורטי שבבסיס החלוקה בין הפרוצדורה לדין המהותי. לכך אעבור עתה.

### ג. היחס בין פרוצדורה למהות: עיון תאורטי

העמדה המסורתית בפסיקה ובספרות הייתה (ובמידה רבה עודנה) שהפרוצדורה היא שפחתו של הדין המהותי. לפי עמדה זו יש לדין המהותי סדרה של תכליות וערכים שהוא מבקש לקדם ואילו הפרוצדורה – המורכבת מכללים טכניים של אדמיניסטרציה שיפוטית – אינה אלא כלי שרת למימוש ואין לה משלה ולא כלום.<sup>38</sup> מעמדה זו נגזרות שלוש מסקנות חשובות: המסקנה הראשונה היא שאין לצדדים 'זכות קנייה' בפרוצדורה, והפרוצדורה המוחלת על הליך כלשהו היא מעניינה של בית המשפט בלבד. מכיוון שאין לפרוצדורה השלכה על זכויותיהם המהותיות של הפרטים, לא יכולה להיות להם טענה כלשהי אם משנים את כללי הפרוצדורה החלים עליהם בזמן שההליך תלוי ועומד או אם מחילים עליהם את כללי הפרוצדורה של המדינה הדנה בתביעה, גם אם הוסכם בין הצדדים כי הדין החל על הסכסוך ביניהם יהיה דין זר. המסקנה השנייה היא שכללי הפרוצדורה צריכים להיות על-מהותיים. היות שהפרוצדורה היא טכנית ואינה מבוססת על ערכים מהותיים, אפשר להחיל את אותם כללים פרוצדורליים על רוב סוגי העניינים האזרחיים הנדונים בבתי המשפט ללא קשר לאופי השאלות המהותיות הנדונות במסגרתם. המסקנה השלישית היא מוסדית: מכיוון שהפרוצדורה היא מכשיר טכנוקרטי לאדמיניסטרציה שיפוטית, ראוי שהיא תעוצב על ידי מומחים ולא על ידי הדרג הפוליטי. מכאן קצרה הדרך להסמכתו של שר המשפטים לקבוע בתקנות "את סדרי הדין והנהוג לפני בתי המשפט"<sup>39</sup> אשר יחולו על רוב העניינים האזרחיים הנדונים בבתי המשפט.

בחינה ביקורתית של העמדה המסורתית מגלה כי היא מבוססת על הנחות שגויות ולכן מסקנותיה שגויות אף הן. נקודת המוצא לדיון שאערוך היא שהזכויות הפרוצדורליות הן אכן נלוות, מבחינה מושגית, לזכויות המהותיות, שכן אין משמעות לזכויות פרוצדורליות אלא

38 ראו, למשל, רע"א 6920/94 לוי נ' פולג, פ"ד מט(2) 731 (1995); דודי שורץ סדר דין אזרחי – חידושים, תהליכים ומגמות 24 (התשס"ז); קשת, לעיל ה"ש 22. ראוי לציין כי עמדה מסורתית זו רווחה לא רק בישראל אלא גם במקומות אחרים בעולם. לדיון בעמדה זו במשפט האמריקני ובהשפעתה על העיצוב של כללי הפרוצדורה הפדרליים Federal Rules of Civil Procedure ראו Robert G. Bone, *The Process of making Process: Court Rulemaking, Democratic Legitimacy, and Procedural Efficacy*, 87 GEO. L.J. 887 (1999).

39 ס' 108 לחוק בתי המשפט.

אם כן הן באות לממש זכות מהותית כלשהי.<sup>40</sup> כך, למשל, אדם אינו יכול לבוא למערכת השיפוטית ולדרוש את 'יומו בבית המשפט' בלא שהצביע תחילה על הפרה לכאורה של זכות מהותית כלשהי. אך מכאן ועד למסקנה שהפרוצדורה אינה מבוססת על ערכים מהותיים, או שהיא אינה משליכה על זכויות מהותיות – הדרך רחוקה עד מאוד. הפרוצדורה, כמו הדין המהותי, מבוססת על סדרה של תכליות וערכים, ויש לה השפעות מרחיקות-לכת על הזכויות המהותיות. למעשה, הפרוצדורה והדין המהותי כרוכים זה בזה ומשפיעים אהדדי באופן שאינו מאפשר כלל לחשוב על האחת בלא האחר. הסיבה לקשרי הגומלין המורכבים שבין הפרוצדורה לדין המהותי נעוצה בשני מאפיינים משלימים של הפרוצדורה, שהספרות המשפטית – בעיקר בתחום המשפט והכלכלה – עמדה עליהם זה מכבר: האחד הוא ההשפעה של הפרוצדורה על הכוונת התנהגותם של פרטים ותאגידים בעולם, והאחר הוא ההשפעה של הפרוצדורה על עיצוב הזכויות המהותיות ועל היקפן. הבנה של קשרי גומלין אלה יסייעו להוכיח את הטענה העומדת בלב המאמר, שלפיה הניסיון של בתי המשפט לסווג נורמות משפטיות כדיוניות וכמהותיות כדי להכריע איזה דינים חלים עליהן הוא ברוב המקרים ניסיון עקר ואף מסוכן.<sup>41</sup>

40 בן-פורת, לעיל ה"ש 2, בעמ' 5 ("סימן היכר חשוב טמון בעובדה שהזכויות המהותיות הן בעלות קיום עצמאי ללא קשר להליך שיפוטי דווקא, ואילו הזכויות הדיוניות אינן אלא כלי עזר למימושן של הזכויות המהותיות"); ש"ז פלר, "ההתיישנות בפלילים לאור משפט המעבר" הפרקליט כג 204, 208 (זכויות "דיוניות הן הזכויות והחבויות אשר נקבעות במסגרת מהלך מימוש הזכויות והחבויות המהותיות, ולשם מימושן. אין להן, איפוא, קיום בפני עצמן").

41 כמאמר המצוין "יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה" עושים המחברים אלון קלמנט ורועי שפירא שימוש בתוכנות התאורטיות האמורות כדי לבסס גישה פרשנית חדשה לכללי הפרוצדורה, המביאה בחשבון את השפעת הכללים על התנהגות הצדדים מראש (ex ante) ולא רק בדיעבד (ex post). לטענתם, גישה זו תביא למקסום היעילות ואף לתוצאות צודקות יותר. מאמרם של קלמנט ושפירא כמעט אינו עוסק בהבחנה המסורתית בין פרוצדורה לבין דין מהותי וודאי אינו מבקש לערער עליה או לבקר אותה; ההפך הוא הנכון: הטיעון שהם מקדמים יוצא כמידה רבה מתוך נקודת מוצא שלפיה יש הבדל בין פרוצדורה לדין מהותי ומהבדל זה יש לגזור את הכללים והעקרונות שיחולו על כל אחד מהם, וטיעונם נוגע אך ורק לאופן שבו יש לפרש את הכללים הפרוצדורליים. ראו אלון קלמנט ורועי שפירא "יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה" משפט ועסקים 75 (2007). עדות ברורה לכך אפשר למצוא בדברים שכתב קלמנט מאוחר יותר במקום אחר ולפיהם: "ההבחנה בין דין דיוני לבין מהותי עשויה להיות קשה... עם זאת ברובם של המקרים אפשר לקבוע בנקל אם מדובר בדין דיוני או בדין מהותי, ועל פי זה לקבוע מהם העקרונות שראוי להחיל בשאלות המשפטיות והנורמטיביות שעולות". ראו אלון קלמנט "סדר הדין האזרחי", בתוך ניתוח כלכלי של המשפט 997, 998 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012). לעומת זאת, מאמרי זה משתמש בתוכנות התאורטיות באשר להשפעה של כללי הפרוצדורה על התנהגות פרטים בעולם ועל עיצוב הזכויות המהותיות כדי לערער על עצם היכולת להשתמש בהבחנה האנליטית בין פרוצדורה לדין מהותי כדי לגזור ממנה את הכללים והעקרונות המשפטיים החלים על כל אחד מהם. מכאן הצעתי להחליף את ההבחנה האנליטית בדין ערכי, הבוחן את הזכויות הנפגעות בלי להידרש כלל לשאלה אם המדובר בהוראת דין פרוצדורלית או מהותית.

1. השפעת הפרוצדורה על הכוונת התנהגות<sup>42</sup>

אין חולק על כך שאחת המטרות המרכזיות של המשפט המהותי היא לכוון את האופן שבו פרטים פועלים בעולם. הוא מבוסס על סדרה של תכליות וערכים (כגון חירות, צדק מתקן, צדק חלוקתי, הוגנות, שוויון ויעילות) שמהם נגזרות נורמות התנהגות המתורגמות לחקיקה פרטנית בתחומים רבים (דיני חוזים, דיני נזיקין, דיני קניין וכיוצא באלה). ויכוח נוקב מתנהל בשאלה איזה תכליות וערכים על המשפט לקדם, והוויכוח הולך ונמשך בין השקפות עולם שונות זו מזו ולעתים אף מנוגדות. עם זאת, בכל נקודת זמן הדין המהותי משקף את האיזון האופטימלי בין התכלית והערכים, כפי שהוא נתפס בעיני המחוקק ובעיני בתי המשפט באותה העת, ומכתיב לפרטים נורמות התנהגות ראויות. ומה באשר לפרוצדורה? על פי העמדה המסורתית הפרוצדורה אינה משפיעה על האופן שבו הפרטים פועלים בעולם אלא רק על אופן התנהגותם במהלך הדיון המשפטי, קרי: לאחר שאירעה לכאורה הפרה של זכות מהותית כלשהי, המחייבת פנייה לערכאה שיפוטית. מעמדה זו עולה שאפשר להפריד באופן ברור בין הדין המהותי – שעניינו הכוונה של התנהגות הפרטים בעולם שמחוץ לכותלי בית המשפט, לבין הפרוצדורה – שעניינה הכוונת התנהגות בתוך בית המשפט.

עיון מעמיק יותר מגלה שבמקרים רבים הפרוצדורה משפיעה לא רק על אופן ההתנהגות של הפרטים במהלך ההתדיינות המשפטית אלא גם על האופן שבו הם פועלים מחוצה לה. העמדה שלפיה יש לכללי הפרוצדורה השפעה רק על התנהגות הפרטים במהלך ההליך המשפטי מבוססת על הנחה סמויה של 'הפרדה אקוסטית' בין כללי התנהגות (conduct rules) לבין כללי הכרעה (decision rules).<sup>43</sup> הפרדה אקוסטית זו משמעותה שבעוד הפרטים מכירים את כללי ההתנהגות המחייבים אותם (קרי: הדין המהותי) ויכולים לנהוג על פיהם, הם אינם מכירים את כללי ההכרעה (דהיינו: הפרוצדורה ודיני הראיות) שבאמצעותם הערכאה השיפוטית מכריעה במחלוקות המגיעות לפתחה, ולכן לא תהיה לכללים אלה השפעה על התנהגותם. כך, למשל, כל אדם יודע שאם ירצח אדם אחר צפוי לו עונש של מאסר ממושך, אך לא כל אחד יודע באיזה אופן תצטרך התביעה להוכיח את אשמתו; בדומה, כל פרט יודע כי אם יזיק לאדם אחר הוא צפוי לשלם פיצויים בגין הנזק שגרם, אך מרבית האנשים אינם יודעים על פי אלו סדרי דין יקבע בית המשפט את חבותם ומהו מערך הכלים העומד לרשותם כדי להתגונן.

ההנחה בדבר קיומה של הפרדה אקוסטית, אף שהיא אינה מופרכת לחלוטין,<sup>44</sup> במקרים רבים היא אינה נכונה ולכן אין ביכולתה לספק בסיס איתן להבחנה בין פרוצדורה לדין מהותי. במציאות, רבים מן הפרטים אינם מכירים את כללי הדין המהותי המחייבים אותם ולכן אינם יכולים לפעול על פיהם מחד גיסא; מאידך גיסא הם מכירים היטב את הפרוצדורה שתחול עליהם אם ייתבעו בבית משפט והם מכוונים את התנהגותם בהתאם.

42 כחלק זה של המאמר המונח 'פרטים' כולל גם תאגידים וגופים נוספים היכולים לתבוע ולהיתבע בבית המשפט.

43 המונח 'הפרדה אקוסטית' והניתוח שלהלן מבוססים על מאמרו המפורסם של מאיר דן-כהן: Meir Dan Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, 97 HARV. L. REV. 625 (1984).

44 ראו להלן בעמ' 64.

אשר לאי־יכולתם של פרטים לדעת איזה נורמות התנהגות מהותיות מחייבות אותם, די להזכיר את מושגי השסתום והסטנדרטים הרבים של הדין המהותי כגון תום לב, סבירות ורשלנות, שבתי המשפט ממלאים אותם תוכן מעת לעת.<sup>45</sup> סטנדרטים אלה אינם מאפשרים לצדדים לדעת מראש (ex ante) איזה נורמות התנהגות חלות עליהם ולכן גם מונעים מהם לפעול בהתאם להן.<sup>46</sup> אך לא רק סטנדרטים גורמים לחוסר בהירות באשר לנורמות ההתנהגות החלות על הפרטים. גם הכללים הרבים שמהם מורכב הדין המהותי, שלעתים קרובות אפשר להחיל כמה מהם על מצב עובדתי נתון, גורמים לכך שבמקרים רבים הפרטים אינם יכולים לדעת מראש איזה נורמות התנהגות מחייבות אותם. אם נוסף על האמור את העובדה שבמקרים רבים יחולו על אותו מצב עניינים עובדתי הן כללים (והן סטנדרטים), ובית המשפט יבחר איזה מהם להחיל כשיובא העניין בפניו, נגיע למסקנה הבלתי־נמנעת שהיכולת של הפרטים לדעת מראש איזה נורמות התנהגות חלות עליהם היא בהכרח מוגבלת.<sup>47</sup> הטענה השנייה חשובה יותר לענייננו: כפי שהוכיחו הוגים רבים, פרטים רבים מודעים לכללי הפרוצדורה ולדיני הראיות שיחולו עליהם אם וכאשר תוגש נגדם תביעה, ומכוונים את התנהגותם בהתאם, באופן הצופה פני התדיינות אפשרית. במילים אחרות: כללי הפרוצדורה, כמו הדין המהותי, מכוונים את התנהגות הפרטים בעולם ולא רק בין כותליו של בית המשפט.<sup>48</sup> ניקח כדוגמה את מערכת היחסים השכיחה בין בעלי דירות לשוכרים. אחד התנאים המקובלים בחוזי שכירות, שבעלי דירות רבים עומדים עליו, הוא שהשוכר ימציא ערבות

45 להבחנה בין כללים לסטנדרטים ראו מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית

החדשה – לשאלת תורת־המשפט של החקיקה" משפטים יז 321 (1987).

46 פסק הדין שניתן בע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991), פ"ד מט(2)

265 והדיון הסוער שמתנהל סביבו זה כשני עשורים, הם המחשה טובה לטענה זו. ראו, למשל,

דניאל פרידמן "לפרשנות המונח "פרשנות" והערות לפסק דין אפרופים" המשפט ח 483, 487

(2003). לאחרונה תוקן חוק החוזים כדי לבטל ולכלל הפחות לרכך את השפעתו של פסק הדין

בעניין אפרופים. ראו חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2), התשע"א-2011, ס"ח התשע"א

201, 202. ראו את הצעת החוק ואת דברי ההסבר בהצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס'

(2) (כללי פרשנות חוזה), התש"ע-2010, ה"ח 335.

47 ראו MARK KELMAN, A GUIDE TO CRITICAL LEGAL STUDIES 15-63 (1987)

48 ראו, למשל, RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 585 (6<sup>th</sup> ed. 2003)

("The likelier a suit is, the greater is the deterrent effect of whatever legal principle

the suit would enforce, and hence the less likely are potential defendants to engage

in the forbidden conduct that would create a right to sue"); Lawrence B. Solum,

*Procedural Justice*, 78 S. CAL. L. REV. 181, 206, 213 (2004) ("In practice, rules of judicial

administration directly affect the way litigants behave before disputes arise"); Bruce L.

Hay, *Procedural Justice – Ex Ante vs. Ex Post*, 44 UCLA L. REV. 1803, 1813 (1997)

("Individuals choose their action based, at least in part, on the anticipated consequences

of their actions. The dispute resolution machinery may significantly determine the

anticipated consequences of a given action, and hence may also significantly influence

individuals' primary behavior"); Chris William Sanchirico, *Character Evidence and the*

*Object of Trial*, 101 COLUM. L. REV. 1227 (2001); Chris William Sanchirico, *A Primary*

*Activity Approach to Proof Burdens*, 37 J. LEGAL STUDIES 273 (2008).

בנקאית אוטונומית לטובת המשכיר. העלות של ערבות בנקאית לשוכר היא גבוהה ועל כן שוכרים רבים היו מעדיפים להעביר למשכיר בטוחות אחרות שעלותן נמוכה יותר כגון ערבים או שטר ביטחון. ההיגיון המדריך את בעלי הדירות לדרוש ערבות בנקאית – על אף העלויות הגבוהות הכרוכות בה, שבשוק תחרותי עלולות לגרום להורדת שכר הדירה שהם יכולים לדרוש – הוא היגיון פרוצדורלי. בעלי הדירות יודעים כי בהיעדר ערבות בנקאית, אם ייגרם נזק למושכר ותתגלע מחלוקת ביניהם לבין השוכר באשר לשאלה מי צריך לשלם את התיקון, הם ייאלצו לפנות לערכאה משפטית ולהוציא ממון רב כדי לקבל סעד. ערבות בנקאית אוטונומית מאפשרת להם לפנות לבנק ולקבל ממנו את הכסף ללא עלות וללא צורך בהוכחת הנזק, וכך נחסכות מהם העלויות הרבות הכרוכות בפנייה לערכאות.<sup>49</sup>

דוגמה זו היא דוגמה אחת מני רבות להשפעת הפרוצדורה על התנהגות הפרטים בעולם. דיני הראיות גורמים לפרטים, כדבר שבשגרה, לפעול באופן שיאפשר להם להציג בבית המשפט ראיות התומכות בעמדתם אם וכאשר ייתבעו; הכללים הקובעים את סוגי המקרים שאפשר לתבוע בסדר דין מקוצר גורמים לתאגידים לפעול באופן שיתאפשר להם להגיש תביעה בהליך זה בשל היתרונות המשמעותיים שיש לתבוע בסדר דין מקוצר על פני הנתבע; הכללים הגודרים את המצבים שבהם אפשר להגיש תובענה ייצוגית גורמים לתאגידים לפעול באופן שיסכל הגשה של תובענות ייצוגיות עתידיות נגדם; כללי ברירת הדין במשפט הביין-לאומי הפרטי משפיעים על התוכן של אין-ספור חוזים; כללי ההמצאה משפיעים על אופן הפעילות של תאגידים במדינות רבות, ובכלל זה על השאלה אם הם פועלים באמצעות סוכן מורשה, מפיץ בלעדי או מפיץ שאינו בלעדי; דיני ההתיישנות משפיעים על השאלה אם פרטים יגישו תביעות (אם תקופת ההתיישנות קרבה לסיומה) או ינהלו משא ומתן; הכללים החלים על גילוי מסמכים משפיעים על השאלה אם תאגידים וגופים גדולים יבצעו תחקירים פנימיים בעקבות כישלונות כמו גם על השאלה אלו דברים יועלו על הכתב ויופצו בתוך התאגיד ומחוצה לו; הכללים בדבר סעדים זמניים משפיעים על אופן ההחזקה של נכסים, שכן פרטים ותאגידים יעדיפו להעביר את נכסיהם לבעלות של אדם או של גוף משפטי שהיכולת לתבוע היא נמוכה כדי שאי-אפשר יהיה להטיל עיקול על הנכסים<sup>50</sup> ועוד.

בחלק מהמקרים השפעת הפרוצדורה על הכוונת ההתנהגות של הפרטים היא מכוונת. המחוקק ומתקין התקנות משתמשים במכוון בכלים פרוצדורליים כדי לגרום לפרטים לנהוג על פי נורמות התנהגות ראויות. דוגמה לכך מהשנים האחרונות היא חוק תובענות ייצוגיות. התובענה הייצוגית היא מכשיר פרוצדורלי המאפשר לתובע יחיד לייצג קבוצה גדולה של תובעים בלי לקבל מהם ייפוי-כוח. התובענה הייצוגית נועדה להתמודד עם מצבים שבהם תאגידים גדולים או רשות מרשויות המדינה פוגעים בציבור רחב וגורמים לו נזק, כשלכל פרט נגרם נזק קטן שאינו מצדיק הגשת תביעה אך סכום הנזק המצטבר לכלל ציבור הנפגעים הוא

49 אמנם השוכר יוכל לפנות לבית המשפט, אך בכך יעמוד במצב נחות אל מול בעל הדירה: הן משום שהפנייה לבית המשפט כתובע יקרה יותר (בין היתר בשל הדרישה לשלם אגרת בית משפט), הן מכיוון שנטל השכנוע להוכיח את התביעה יוטל עליו והן מכיוון שכל תקופת הדיון המשפטי (שעלול להתמשך זמן רב) הכסף יהיה בידי בעל הדירה.

50 לדוגמה, אנשים שהם בעלי עסקים קטנים יעדיפו לרשום את נכסיהם על שם בני זוגם כדי לוודא שאם ייתבעו באופן אישי בעניין הנוגע לפעילותו של העסק, הנושים לא יוכלו להניח יד על נכסיהם הפרטיים.



גדול. חוק תובענות ייצוגיות מתגבר על בעיית הפעולה המשותפת ועלויות עסקה הגבוהות שכרוכות בהתארגנות של פרטים על פי כללי הפרוצדורה המסורתיים (על ידי ביטול הצורך בייפוי כוח לצורך הייצוג), ויוצר תמריצים להגשת תובענות (באמצעות גמול ניכר לתובע המייצג ושכר טרחה גבוה לעורכי-דינו). אחת המטרות המוצהרות של התובענה הייצוגית היא להרתיע גופים גדולים במשק ולהשפיע על התנהגותם. כך נקבע במפורש בסעיף המטרות של החוק, הקובע כי אחת ממטרותיו היא "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו"<sup>51</sup>, ובצורה ברורה אף יותר בדברי הסבר להצעת החוק: "מכשיר התובענה הייצוגית משרת לא רק את האינטרס הפרטי של הנפגעים, אלא גם את האינטרס הציבורי בכך שהוא מרתיע מזיקים פוטנציאליים מפני הפרת הוראות החוק, גם כאשר מדובר בהפרות חוק קטנות"<sup>52</sup>. במקרים אחרים השפעת הפרוצדורה על הכוונת ההתנהגות של הפרטים בעולם היא תוצאה לא מכוונת של חוסר היכולת לעשות הפרדה אקוסטית (בוודאי לא מלאה) בין כללי ההתנהגות לכללי ההכרעה. במקרים אלה ההשפעה של הפרוצדורה על הכוונת ההתנהגות עשויה לייצר עיוותים באופן ההתנהגות הראוי. דוגמה לעיוות כזה אפשר למצוא בכללים העוסקים בגילוי מסמכים וחסינות ובהשפעתם על התנהגות תאגידים. תאגידים החוששים מפני תביעות שבמסגרתן תעלה דרישה נרחבת לגילוי מסמכים משתדלים לא להעלות על הכתב דברים שעשויים לסבך אותם ואף אינם מקיימים הליכים שיש ערך חברתי ניכר בקיומם, כדי שלא ייאלצו לגלותם בבית המשפט ביום פקודה. אחת התוצאות החברתיות המזיקות שנגרמות עקב כך היא הימנעות של גופים גדולים לתחקר בדיעבד מצבי כישלון כדי לנסות להשתפר בעתיד. כך, למשל, בתי חולים נהגו להקים באופן וולונטרי ועדות בדיקה פנימיות כשחולה נפטר בבית החולים: הוועדות ביצעו תחקירים כדי לברר אם אפשר היה למנוע את מותו של החולה ולהפיק לקחים שיסייעו להעניק טיפול טוב יותר לחולים בעתיד. בשנת 1995 יצא מאת בית המשפט העליון פסק דין המחייב את בתי החולים לגלות את הדו"חות של ועדות הבדיקה במסגרת הליכי גילוי המסמכים בתביעות רשלנות רפואית שהוגשו נגד בתי חולים, וסירב לקבל את טענת בתי החולים כי חל על דוחות אלה חיסיון.<sup>53</sup> בעקבות פסק הדין, בנובמבר 1995 הורו ראשי ההסתדרות הרפואית בישראל לציבור רופאי ישראל לחדול מיד לשתף פעולה עם ועדות הבדיקה הפנימיות למיניהן,<sup>54</sup> באופן שחייב את התערבות המחוקק שכפה על בתי החולים להקים ועדות בדיקה במקרים המנויים בחוק.<sup>55</sup> כתוצאה מכך,

51 סעיף 21(2) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

52 דברי הסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, ה"ח 93.

53 רע"א 1412/94 הסתדרות מדיציניית הדסה עין כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516 (1995) (להלן: פרשת הדסה).

54 ראו דוד שרים "חיסיון על פעולות איכות וניהול סיכונים – האומנם?" 11 PharmaLine – מגזין מקצועי לרוקחים (2004) <http://www.pharmaline.co.il/154105>.

55 חוק זכויות החולה מחייב את בתי החולים להקים ועדת בדיקה כדי לחקור תלונה של מטופל או כדי לבדוק אירוע חריג הנוגע למתן טיפול רפואי, על פי הוראה של אחד מאלה: (א) מנהל מוסד רפואי לגבי טיפול רפואי שניתן במוסד; (ב) מנהל קופת חולים לגבי טיפול רפואי שניתן במוסד ממוסדות קופת החולים; (ג) מנכ"ל משרד הבריאות. ראו ס' 21 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996. יצוין כי אף שלא חל חיסיון על הממצאים והמסקנות של ועדת הבדיקה הטיל המחוקק חיסיון יחסי בנוגע לגילוי הפרוטוקולים של ועדת בדיקה. ראו סעיף

כיום קשה יותר לסמוך על הממצאים והמסקנות של ועדות הבדיקה המוקמות מכוח הוראת המחוקק – הן מכיוון שבלא חיסיון "יהיה זה בלתי מציאותי לצפות שהרופאים, שפעולותיהם נבדקות, ישתפו פעולה תוך גילוי לב מלא, יושר מקצועי, וביקורת עצמית נוקבת",<sup>56</sup> והן מכיוון שוועדות הבדיקה עצמן עשויות לערוך תחקיר לא מספק כדי לא לחשוף את בית החולים שבו הן פועלות לתביעות רשלנות רפואית.<sup>57</sup> שינוי זה של נורמות ההתנהגות מצד רופאים ובתי חולים הוא שינוי לרעה הפוגע באינטרס הציבורי.<sup>58</sup> אילולא היו בתי החולים מודעים לכללי גילוי המסמכים שיחייבו אותם בבית המשפט (כלל ההכרעה) כשהם מחליטים על הקמה של ועדות בדיקה (כלל ההתנהגות), הייתה המערכת המשפטית יכולה להשיג את הטוב שבכל העולמות: ועדות בדיקה היו מוקמות כדבר שבשגרה באופן שהיה מאפשר לבתי החולים לשפר את הטיפול בחולים עתידיים, ובידיהן של משפחות החולים שנפטרו היו ראיות חותכות וברורות על רשלנות (אם הייתה כזו) – דבר שהיה מאפשר לבתי המשפט להגיע לתוצאה מדויקת תוך הוצאה מינימלית של משאבים. מאחר שבמציאות אי-אפשר לערוך הפרדה אקוסטית כזו, על המחוקק ובתי המשפט להכריע איזו תכלית חשובה יותר: גילוי האמת בהליך המשפטי או הפקת לקחים כנה ומלאה מצד בתי החולים.

מן האמור לעיל עולה שאין לקבל את הטענה שהפרוצדורה אינה משפיעה על התנהגות פרטים מחוץ לכותלי בית המשפט. פרטים רבים מביאים בחשבון אפשרות של התדיינות עתידית בנוגע לפעולותיהם ומכוונים את התנהגותם באופן שיאפשר להם להתמודד עמה. המסקנה מכך היא שעל המחוקק ומחוקק-המשנה להביא בחשבון שאלות מהותיות של הכוונת התנהגות לכתחילה (ex ante) בכואם לעצב את כללי הפרוצדורה, וכללים אלה חייבים להיות מושתתים על ערכים ועל נורמות התנהגות ראויות.<sup>59</sup> עוד נובע מכך כי הפרוצדורה, אף שאין לה קיום ללא הדין המהותי, איננה שפחתו. לאמתו של דבר, מערכת המשפט בכללותה, הן הדין המהותי והן הפרוצדורה, מבקשת לקדם סדרה של תכליות וערכים – חירות, יעילות, הוגנות, שוויון, צדק מתקן, צדק חלוקתי ועוד – ולרשותה מגוון כלים שבהם היא יכולה להשתמש, חלקם מהותיים וחלקם פרוצדורליים. ייתכנו מקרים שבהם המחוקק מבקש לקדם ערך כלשהו – כגון עקרון השוויון – דווקא באמצעים פרוצדורליים ולא באמצעות הדין המהותי, ובמקרים אלה כפיפתה של הפרוצדורה לדין המהותי תפגע באותו ערך.<sup>60</sup>

21(ד) לחוק זכויות החולה. לדין בשיקולים להסרת החיסיון היחסי של פרוטוקול ועדת בדיקה ראו רע"א 4708/03 חז' נ' מדינת ישראל, תק-על 2002(4) 1116 (2005).

56 פרשת הדסה, לעיל ה"ש 53, בעמ' 526.

57 ראו ה"פ (שלום י-ם) 852/97 גבאי נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (לא פורסם, 8.8.1999).

58 ראו יצחק עמית "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי – ניסיון להשלטת סדר" ספר אורי קיטאי 247, 278 (בוועז סנג'רו עורך, 2007).

59 ראו קלמנט ושיפרא, לעיל ה"ש 41, בעמ' 79.

60 דוגמה למצב שבו על הדין המהותי לכוף ראשו בפני הפרוצדורה אפשר למצוא בתקנות העוסקות בסמכות השיפוט המקומית. בתובענה שאינה כולה במקרקעין התקנות קובעות חמש חלופות הנתונות לבחירתו של התובע באשר לבית המשפט שאליו הוא רשאי להגיש את התובענה. מתקין התקנות לא קבע היררכיה בין החלופות ועל כן התובע זכאי לבחור כרצונו ולנתבע אין זכות לטעון נגד החלופה שנבחרה, גם אם הזיקה בין הפורום שנבחר לבין התובענה הוא פורמלי בלבד. (עם זאת, לפני הנתבע פתוחה הדרך לפנות לנשיא בית המשפט העליון בבקשה שיעביר

ההבנה של תפקיד הפרוצדורה בהכוונת ההתנהגות של הפרטים בעולם מעוררת שתי בעיות: הבעיה הראשונה, שנדונה לעיל, עניינה העיוותים בהכוונת ההתנהגות שנוצרים עקב ההתנגשות הפוטנציאלית בין המטרות שהדין המהותי מקדם לבין אלו שהפרוצדורה מקדמת. כאמור, יש מקרים שבהם המטרות שהפרוצדורה מקדמת אינן עולות בקנה אחד, ואף מתנגשות, עם אלה שאותן הדין המהותי מבקש לקדם. העיוות בהכוונת ההתנהגות שנוצר עקב ההתנגשות עשוי להיות תוצאה של חוסר מחשבה תחילה מצד המחוקק ובתי המשפט, אך כפי שהראו אלכס שטיין וגדעון פרחמובסקי, במקרים אחרים העיוות הוא בלתי־נמנע.<sup>61</sup> כך, למשל, מערכת המשפט אינה יכולה למנוע את העיוות שנוצר עקב הכללים העוסקים בגילוי מסמכים (כגון אי־עריכת תחקירים בעקבות כישלון, אי־העלאת עניינים על הכתב ומדיניות כללית של הסתרה) בלי לפגוע פגיעה אנושה בהיגיון שבבסיס אותם כללים, היינו: הרצון לאפשר לצדדים להשיג ראיות התומכות בעמדתם והרצון לאפשר לבית המשפט להגיע לתוצאה נכונה, ובסופו של יום לגרום לכך שאנשים לא יפרו את נורמות ההתנהגות החלות עליהם. אמנם אפשר לחייב פרטים לערוך תחקירים במקרים מסוימים ולהעלות דברים על הכתב,<sup>62</sup> אך התמריץ שהפרוצדורה מציעה – לנקוט מדיניות הסתרה – כמו גם הפערים הבלתי־נמנעים בין החובה המשפטית לבין פרשנותה יגרמו לכך שהעיוות בהכוונת ההתנהגות לעולם לא יפתר במלואו.

דוגמה נוספת המובאת במאמרם של שטיין ופרחמובסקי, וממחישה בצורה טובה כי העיוות שנוצר כתוצאה מההבדלים בין המטרות של הפרוצדורה ושל הדין המהותי הוא לעתים בלתי־נמנע, לקוחה מן המשפט הפלילי. נניח שנודע למשטרה ממקור עלום כי

את התובענה לבית משפט אחר באותה דרגה על פי ס' 78 לחוק בתי המשפט). מכיוון שהכוח לבחור בין החלופות נתון לתובע, החלופות מוטות לטובתו של הנתבע: החלופה הראשונה עניינה מקום מגוריו או עסקו של הנתבע, וארבע החלופות האחרות קשורות לעניין נשוא התובענה – אך אף אחת מהן אינה קשורה למקום מגוריו או למקום עסקו של התובע. איזון זה שנקבע בתקנות – בין זכותו של התובע לבחור את המקום שבו הוא מעוניין להגיש את תובענתו לבין הגישות לערכאות של הנתבע – הופר על ידי בית המשפט העליון בפרשת לוי נ' פולג (לעיל ה"ש 38). בפרשה זו פירש השופט שלמה לויין את תקנה 3(א)(3) לתקנות סדר הדין האזרחי, שלפיה התובע זכאי להגיש את התובענה בבית המשפט שבאזור שיפוטו נמצא המקום שנועד או שהיה מכוון לקיום ההתחייבות, באופן המאפשר לתובע המגיש תביעה כספית לבחור במקום מגוריו או במקום עסקיו (של התובע) כמקום שבו תוגש התובענה. לויין הסביר את התוצאה שאליה הגיע: "ער אני לעובדה שפסק־דיננו יכול שיצמצם במידה ניכרת את היקף התפרסותה של תקנה 3 ככל שהמדובר בתובענות לתשלום סכום כסף; אך זוהי תוצאה בלתי נמנעת מהתאמתם הרצויה של סדרי הדין להוראות הדין המהותי". שם בעמ' 734. במילים אחרות: בית המשפט היה סבור כי הפרוצדורה משרתת את הדין המהותי ועל כן עליה לכפות את ראשה בפני ההיגיון והתכליות של הדין המהותי. ולא היא. במקרה זה היה לפרוצדורה היגיון עצמאי המבקש לקדם את השוויון בין תובעים לנתבעים, וכפיפתה לדין המהותי (שיש לו היגיון משלו) מפרה איזון ראוי זה באופן הפוגע אפריורית בנתבעים.

61 Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *The Distortionary Effect of Evidence on Primary Behavior*, 124 HARV. L. REV. 518 (2010)

62 ראו הערה 55 לעיל והטקסט הנלווה לה.

בכוונת פלוני לבצע אונס. מה תעשה המשטרה? אם תלך ותעצור את פלוני מיד אי־אפשר יהיה להרשיעו בפלילים שכן הוא עדיין לא ביצע כל פשע ועל כוונות בעלמא, כידוע, אי־אפשר להעניש. כדי לאסוף ראיות מספקות שיאפשרו להרשיע את פלוני בניסיון לאונס על המשטרה לחכות ולארוב לו בתקווה שתצליח לעצור אותו בטרם יבצע את זממו. הדבר כרוך מטבע הדברים בסיכון לציבור, שכן תמיד יש אפשרות שהמשטרה לא תצליח לעצור את הפושע בזמן. הסיבה לכך שהעיוות בהתנהגות המשטרה הוא בלתי־נמנע נעוצה בהגיון הפרוצדורלי שמטרתו לדאוג לכך שפרטים לא יורשעו לשווא. אם נסתפק בסף נמוך יותר להרשעה – פחות מהרשעה מעל לכל ספק סביר – לביצוע הפשע או בניסיון לבצעו, תגדל מאוד הסכנה שאנשים רבים יורשעו לשווא על פשעים שכלל לא ביצעו או בגין כוונה לבצע פשעים שהם היו עשויים לחזור ממנה.<sup>63</sup>

הבעיה השנייה היא ההתעצמות של חוסר־השוויון הנובעת מהעובדה שיש בכל זאת הפרדה אקוסטית חלקית בין כללי ההתנהגות הקבועים בדין המהותי לבין כללי ההכרעה הפרוצדורליים. בלא בחינה אמפירית אי־אפשר לדעת כמה מהפרטים מכירים את הדינים המהותיים המחייבים אותם וכמה מהם מכירים את כללי הפרוצדורה שיחולו עליהם בבית המשפט אם וכאשר ייתבעו. עם זאת, אפשר להניח בזהירות הראויה כי מספר הפרטים המכירים את הדין המהותי עולה (אולי אפילו בצורה ניכרת) על מספרם של אלה המכירים את כללי הפרוצדורה. כפי שראינו, הכרת הפרוצדורה היא משאב בעל משמעויות מרחיקות־לכת. היא מאפשרת לפרטים לפעול בעולם באופן שמעניק להם יתרונות ניכרים במסגרת הליך משפטי עתידי. מכיוון שפעולות הפרטים בעולם נעשות תמיד "בצל המשפט", היכרות עם הפרוצדורה מאפשרת לבעל המידע המוקדם יכולת להגיע לפשרות שיהיו לטובתו ואף לסכל את האפשרות של הצד השני להגיש תביעה.<sup>64</sup> יתרונות אלו אינם מחולקים באופן שוויוני בין כל הפרטים בחברה. ברי כי בעלי הממון הזוכים לייעוץ משפטי צמוד ותאגידים שהם שחקנים חוזרים (repeat players) במערכת יכירו את כללי הפרוצדורה טוב יותר מפרטים שאין להם נגישות לעורכי־דין ומשחקנים חד־פעמיים (one shotters) שהיכרותם עם בית המשפט מתמצה בביקור אחד או במספר מצומצם של ביקורים. יתרון זה מעצים את חוסר השוויון שקיים ממילא בין הפרטים בחברה הן בתוך המערכת המשפטית והן מחוצה לה.<sup>65</sup>

63 ראו Parchomovsky & Stein, לעיל ה"ש 63, בעמ' 530-534. השוו לדיסטופיה המוצגת בסרט דו"ח מיוחד (Minority Report), המבוסס על ספרו של סופר המדע הבדיוני פיליפ ק' דיק. הספר מתאר עולם שבו המשטרה עוצרת וכולאת 'פושעים' על פי חיזיון של שלושת ה'רואים' – בני אדם בעלי כישורים על־טבעיים – החוזים מקרי רצח לפני שהתרחשו ואף לפני שאותם 'פושעים' מודעים לכך שבכוונתם לפשוע.

64 ראו Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950 (1979).

65 לניתוח של חוסר השוויון המבני שנוצר כתוצאה מן הפרוצדורה, בין היתר בשל השפעתה על התנהגות הפרטים בעולם, ראו Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW & SOC'Y REV. 95 (1974). לדיון בחוסר השוויון שנוצר ביחס לתביעות ייצוגיות וליכולתם של תאגידים גדולים לפעול בראש באופן שיסכל את האפשרות להגיש תביעות ייצוגיות נגדם ראו Shai Lavie, *The Malleability of Collective Litigation*, 88 NOTRE DAME L. REV. 679 (2013).

## 2. השפעת הפרוצדורה על עיצוב הזכויות המהותית

ראינו כי הפרוצדורה משפיעה על התנהגות הפרטים בעולם ולא רק בתוך בית המשפט, ולכן עליה להיות מושתתת על ערכים מהותיים של הכוונת התנהגות ראויה. לאמתו של דבר, מערכת היחסים שבין הפרוצדורה לדין המהותי היא מורכבת ועמוקה אף יותר. במציאות, הפרוצדורה והדין המהותי כרוכים זו בזו בשל ההשפעה שיש לפרוצדורה על עיצוב הזכויות המהותיות עצמן. נקודת המוצא לדיון הייתה ועודנה שמבחינה מושגית הזכויות הפרוצדורליות נלוות לזכויות המהותיות מכיוון שאין משמעות לזכות פרוצדורלית – כגון זכות הגישה לערכאות או זכות הערעור – בלא זכות מהותית כלשהי שעליה בית המשפט מתבקש להגן. הנטייה הטבעית (אך השגויה) של רבים היא להסיק מכך שיש לחשוב על הפרוצדורה בנפרד מן הזכויות המהותיות ורק לאחר שאלו הופרו. כך, למשל, אם לווה מסרב להשיב הלוואה שקיבל לאחר שעבר המועד הקבוע בהסכם החזר הלוואה, עומדת למלווה הזכות המהותית הקבועה בדיני החוזים לפנות לבית המשפט ולבקש ממנו לחייב את הלווה להשיב לו את סכום הלוואה. רק אז מתעוררת השאלה איזה כללי פרוצדורה יחולו על התביעה: איזו ערכאה שיפוטית מוסמכת לדון בתביעה מבחינה עניינית ומקומית? איזה הליך יש לנקוט? מה פרק הזמן שבו אפשר לממש את הזכות לפנות לבית המשפט? מה רמת הפירוט העובדתי הנדרש בכתבי הטענות? את מי אפשר לצרף לתובענה? באיזה אופנים אפשר לחלץ מהצד שכנגד מידע הנחוץ להוכחת התביעה? האם אפשר לקבל סעד ביניים שימנע מהצד שכנגד לברוח מהארץ או להבריח נכסים? מה נטל ההוכחה הנדרש כדי להוכיח את התביעה? ועוד שאלות רבות נוספות. אולם, הסתכלות בדיעבד (ex post) זו, המתבוננת על תפקיד הפרוצדורה לאחר פרוץ הסכסוך, מסתירה את התפקיד המרכזי של הפרוצדורה בעיצוב הזכויות המהותיות עצמן – תפקיד המתגלה לעין כשמתבוננים על הכללים הפרוצדורליים מנקודת מבט מלכתחילה (ex ante).<sup>66</sup> מנקודת מבט זו מתברר כי כפי שאין משמעות לפרוצדורה ללא הזכות המהותית שמבקשים לממש, אין גם משמעות לזכות המהותית בלא פרוצדורה אפקטיבית למימושה. יתרה מזו: תוכן הזכות המהותית והיקפה נקבעים, בין היתר, על ידי השאלות באלו מקרים ובאלו אופנים הזכות מוגנת. התשובות לשאלות אלה נקבעות במידה רבה על ידי הפרוצדורה.<sup>67</sup>

עתה אפנה לדון בשני האופנים המרכזיים שבהן הפרוצדורה משפיעה על עיצוב הזכויות המהותיות: האחד הוא השפעת הפרוצדורה על האפשרות לממש את הזכות המהותית והאחר הוא השפעתה על סיכויי הזכייה. לצורך כך עלינו לחזור למושכלות ראשונים של תורת המשפט והכלכלה.<sup>68</sup>

66 ראו קלמנט ושפירא, לעיל ה"ש 41, בעמ' 81-82. ראו גם Hay, לעיל ה"ש 48.  
 67 לדיון דומה ומאיר עיניים בשאלת היחס בין 'זכויות' ל'סעדים' ראו, Hanoch Dagan, *Remedies, Rights and Properties*, 4(1) J. TORT LAW (2011).  
 68 הדיון שלהלן מבוסס על הניתוח הקלאסי של תורת המשפט והכלכלה ביחס לפרוצדורה. ראו Richard A. Posner, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, 2 J. LEGAL STUD. 399 (1973); LOUIS KAPLOW & STEVEN SHAVELL, FAIRNESS VERSUS WELFARE 22-290 (2002); STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS

על השאלה אם יש לפרוצדורה מטרות עצמאיות ואם היא מקדמת ערכים נפרדים מאלו של הדין המהותי ניטש ויכוח רבי-שנים. יש הטוענים כי הפרוצדורה מבקשת לקדם ערכים עצמאיים (כגון השתתפות, כבוד האדם ולגיטימציה של מערכת המשפט) ולעומתם יש הטוענים כי לפרוצדורה אין ערכים ומטרות משלה. עמדתי היא שהפרוצדורה מקדמת ערכים עצמאיים משלה, אך לצורך הדיון כעת די להניח שהפרוצדורה אינה מקדמת ערכים עצמאיים ומטרתה מצומצמת ליישום הדין המהותי בלבד (כפי שסוברים מרבית אנשי המשפט והכלכלה). במצב דברים זה המשמעות היא שיש לעצב את כללי הפרוצדורה מתוך התחשבות במטרה זו בלבד. בעולם מושלם הפרוצדורה הייתה מאפשרת לבית המשפט להגיע לתוצאה הנכונה (קרי: גילוי העובדות, יישום מדויק של הדין המהותי על עובדות אלה ומתן סעד הולם) בכל המקרים ובלא עלויות. בעולם כזה הפרוצדורה אכן הייתה יכולה להיות כלי טכני לאדמיניסטרציה שיפוטית שאינה מושתתת על ערכים ואין לה השפעה כלשהי על הזכויות המהותיות.

עולם מושלם כזה אינו בנמצא. במציאות כל מערכת משפטית לוקה בשתי בעיות אינהרנטיות: הראשונה היא בעיית הטעות. בכל מערכת פרוצדורלית, טובה ככל שתהא, טעויות הן מצב בלתי-נמנע – הן בקביעת העובדות, הן בהחלת הדין המהותי עליהן והן בקביעת הסעד ההולם. לבעיית הטעות יש עלויות לא מבוטלות: עבור צדדים שהפסידו במשפט בשל טעות שיפוטית עלות הטעות היא ברורה, אך לטעויות השיפוטיות יש גם עלויות חברתיות ניכרות כגון הרתעת חסר של מעוולים פוטנציאליים, עידוד של תביעות סרק<sup>69</sup> ופגיעה בלגיטימציה של המערכת המשפטית בעיני הציבור.<sup>70</sup>

OF LAW 387-470 (2004); Bone, *The Process of making Process: Court Rulemaking, Democratic Legitimacy, and Procedural Efficacy*, לעיל ה"ש 38.

69 תביעות סרק הן תביעות שתובע מגיש בידיעה שבסיסן העובדתי או המשפטי רעוע, כשהסיבה היחידה להגשתן היא הסיכוי לטעות שיפוטית שתוביל לפסיקה לטובת התובע. בעולם מושלם, שבו בית המשפט אינו טועה, ערכן של תביעות אלה עבור התובע הוא תמיד שלילי מכיוון שבית המשפט יפסוק בסוף המשפט לטובת הנתבע וכל הוצאה שהוא יוציא על ההליך תרד לטמיון. במציאות, ערכן של תביעות סרק עשוי להיות חיובי בשל בעיית הטעות המאפשרת לתובעים כאלה לזכות במשפט מפעם לפעם. כך, למשל, אם מוגשת תביעה בסכום של מיליון ש"ח כשיש סיכויים של 5% שבית המשפט יפסוק (בטעות) לטובת התובע, התוחלת החיובית של התביעה עבור התובע היא 50 אלף ש"ח. משמעות הדבר היא שיהיה כדאי לתובע להוציא עד 50 אלף ש"ח על הגשת תובענה זו וניהולה. יתרה מזו: השילוב של בעיית הטעות עם בעיית העלות מאפשרת לתובעים לסחוט מנתבעים (המודעים אף הם לבעיית הטעות) פשרה שתותיר את התובעים עם ערך חיובי אך תמנע מהנתבעים את הצורך להוציא הוצאות על הליך משפטי יקר. ניקח את הדוגמה הקודמת ונניח שהנתבעים מודעים לתוחלת הסיכון שהם צפויים לו אם התביעה תתנהל עד לסיומה (50 אלף ש"ח). עוד נניח שהנתבעים יצטרכו להוציא על ניהול התביעה 50 אלף ש"ח: במקרה כזה הם יהיו מוכנים להסכם פשרה שבמסגרתו הם משלמים לתובע סכום שאינו עולה על 100 אלף ש"ח. תוצאה זו ניתנת לריכוך על ידי כללי הפרוצדורה – לדוגמה, על ידי כללי פסיקת שכר טרחת עורך-דין, המחייבים פסיקת הוצאות ריאליות לתובע שתבע תביעת סרק והפסיד. כללים אלה ישנו מלכתחילה את ערכה של תביעת הסרק.

70 ראו קלמנט ושפירא, לעיל ה"ש 41, בעמ' 82-83.

הבעיה השנייה היא העלות הכרוכה בהליך המשפטי. הפעלה של מערכת שיפוטית כרוכה בעלויות לא מבוטלות הכוללות, בין היתר, את שכר השופט, את עלותה של האדמיניסטרציה השיפוטית, את שכר-הטרחה של עורכי-הדין, את עלות איסוף הראיות, את שכר המומחים והעדים, את זמנם של בעלי הדין ועוד. בין בעיית הטעות לבעיית העלות מתקיימים יחסי גומלין, שכן על פי רוב הקטנה של בעיית הטעות והשגת דיוק רב יותר בתוצאה של ההליך השיפוטי כרוכה בהשקעת משאבים רבים יותר על ניהולו – ועל כן בהגדלה של בעיית העלות. תפקיד הפרוצדורה הוא לערוך איזון ראוי בין הרצון להשיג תוצאה מדויקת ככל האפשר לבין הרצון להימנע מהוצאת משאבים העולים על הערך הפרטי והחברתי המצטבר של התביעות.<sup>71</sup> הפרוצדורה עושה זאת באמצעות מספר רב של כללים פרטניים החלים על סוגים שונים של עניינים ולגבי סוגים שונים של צדדים, שלגבי כל אחד מהם נעשה איזון שונה בין דיוק התוצאה לבין עלות ההליך.<sup>72</sup>

מן הניתוח עד כה אפשר להבין את האופן הראשון שבו הפרוצדורה משפיעה על הזכויות המהותיות – אפשרות מימושן באמצעות הגשת תביעה. במקרים קיצוניים, כשהמערכת המשפטית אינה מעמידה לרשות הפרט סדרי דין כלשהם שבאמצעותם אפשר לממש את הזכות המהותית, הפרוצדורה (או במקרה זה היעדרה) מאיינת את הזכות המהותית. אפשר אמנם לטעון כי מבחינה מטפיזית יש לפרט 'זכות' משפטית גם אם זו אינה ניתנת למימוש, אולם זכות כזו היא – בלשונו של פליקס כהן – "הבל טרנסצנדנטלי" (transcendental)

71 ראוי לציין כי עשויים להיות מצבים שבהם הערך הפרטי של התביעה (קרי ערכה עבור התובע) עולה על הערך החברתי שלה (קרי ערכה עבור הציבור כולו), ולעומת זאת ישנם מקרים שבהם הערך החברתי של התביעה עולה על ערכה הפרטי באופן המצדיק את קיומו של הליך משפטי אשר על פניו יש לו ערך שלילי. דוגמה למקרה הראשון היא תביעה שלתובע כדאי להגישה מכיוון שעלות ניהולה עבורו (הכוללת אגרה, שכר טרחת עורך דין והוצאות משפט נוספות) קטנה מתוחלת התביעה (קרי המכפלה של סכום התביעה בסיכויי התביעה כפי שהתובע מעריך אותם), ואולם העלות של ניהול התביעה למערכת השיפוטית כולה (ולכן לציבור המממן אותה מכספי המיסים) עולה על ערכה החברתי. אם ניתן לזהות כיתה של מקרים מסוג זה מן הראוי למנוע אותם על ידי העלאת סכום האגרה למשל. דוגמה למקרה ההפוך היא תביעה אשר לתובע לא כדאי להגישה מכיוון שעלות ניהולה עבורו גדול מתוחלת התביעה, אך יש לה ערך מוסף בעבור הציבור כולו. כך, למשל, נהוג לחשוב כי על המערכת הפרוצדורלית למנוע הגשת תביעות כאשר עלות ניהול ההליך עבור המערכת השיפוטית הוא 50,000 ₪ ואילו ערכה של התביעה (קרי הסעד המבוקש בה) הוא 10,000 ₪. ואולם, נניח עתה שבאמצעות ניהול הליך יחיד זה ניתן לחסוך מספר רב של תביעות נוספות שערכן המצטבר הוא 100,000 ₪ אם בשל תקדים משפטי מחייב ואם על ידי כללים כגון השתק פלוגנתא לא הרדי או שניהול ההליך יגרום למזיקים פוטנציאליים להימנע מלהזיק בעתיד. במצב זה ערכה החברתי של התביעה עולה באופן ניכר על ערכה הפרטי ועל המערכת לעודד תביעות כאלה אם על ידי סבסודן ואם באמצעות פרוצדורות מיוחדות כגון בית המשפט לתביעות קטנות או התובענה הייצוגית.

ראו: Steven Shavell, *The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System*, 26 J. LEGAL STUD. 575 (1997)

72 ראו לדוגמה את הניתוח שעורכים קלמנט וספירא ביחס לסדר הדין המהיר: קלמנט וספירא, לעיל ה"ש 41, בעמ' 122-126.

(nonsense),<sup>73</sup> שכן מבחינה מעשית בלא יכולת מימוש אין לומר שעומדת לפרט זכות מהותית כלשהי.<sup>74</sup> זו התוצאה של פסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת מור נ' ברק אי. טי. סי.,<sup>75</sup> שבו נפסק כי אין מסגרת דיונית הולמת שבאמצעותה אפשר לתבוע גולשים אנונימיים ברשת.<sup>76</sup> זו הייתה עלולה להיות גם התוצאה של תקנה 7א(ה) לתקנות סדר הדין האזרחי, שלפיה לא יתקבל כתב בידין על ידי מזכירות בית משפט אם לא צוין בראשו מספר הזהות של בעל הדין. תקנה זו עוררה ביקורת ציבורית בשל החשש שתיקון טכני לכאורה זה יפגע קשות בזכות הגישה לערכאות של קבוצות אוכלוסייה מוחלשות – כגון פלסטינים תושבי השטחים ומהגרי עבודה בלתי-חוקיים – משום שהוא ימנע לחלוטין ממי שאין לו מספר זהות ישראלי או דרכון זר להגיש תובענה בבית משפט בישראל.<sup>77</sup>

צמצום הזכות המהותית, עד כדי איונה, יכול שייעשה על ידי הפרוצדורה גם לגבי סוגי תביעות שבהם יש תאורטית פרוצדורה להגשתן, אם עלות ניהול התביעה עבור הפרט עולה על ערכה באופן שהופך את הגשתה ללא כדאי אפרוירית. ניקח לדוגמה תביעות פעוטות ערך (קרי: תביעות כספיות או תביעות שווי שערך אינו עולה על כמה מאות או כמה אלפי שקלים). מערכת פרוצדורלית השולחת את הפרטים להתדיין על תביעות פעוטות ערך שכאלה לפי הפרוצדורה הרגילה ואינה מעמידה לרשותם הליכים זולים ומהירים (כגון בית משפט לתביעות קטנות) או מנגנון לאיחוד תביעות של פרטים רבים שנפגעו באופן דומה (כמו תובענה ייצוגית), הופכת את התביעות הללו לתביעות בעלות ערך שלילי (קרי: תביעות שעלות ניהולן עולה על תוחלת הזכייה בהן). הלכה למעשה, משמעות הרבר היא פגיעה בזכויות המהותיות העומדות בבסיס התביעות הללו – עד כדי איונן. לסיכום נקודה זו: אין משמעות לזכויות המהותיות בלא פרוצדורה אפקטיבית למימושן ומכאן שיש לפרוצדורה תפקיד חשוב בשאלה האם ובאילו מקרים ניתן יהיה לממש זכות מהותית.

האופן השני שבו הפרוצדורה מעצבת את הזכויות המהותיות הוא ההשפעה המכרעת שיש לה על הסיכויים לזכות בתביעה שבאמצעותה ממומשת הזכות המהותית, כמו גם על

73 ראו: Felix S. Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 COLUM. L. REV. 809 (1935).

74 ראו בג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת, תק-על-2011 (3) 3196 (2011), פס' 19 ("ברי כי אם לא ניתן לאכוף זכויות באמצעות פנייה לבתי המשפט, הן עלולות להיוותר ריקות מתוכן").

75 רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי. טי. סי. [1995] החברה לשירותי בזק בינלאומיים בע"מ, תק-על 2010 (1) 10230 (2010) (להלן: פרשת מור נ' ברק אי. טי. סי.).

76 לדיון בפרשה זו ראו להלן הטקסט הנלווה לה"ש 147.

77 בעקבות הביקורת הציבורית שעוררה התקנה תיקן שר המשפטים את תקנה 7א והוסיף שתי הוראות: האחת, כי בעלי דין פלסטינים יציינו על כתב בי הדין, במקום מספר זהות ישראלי, את מספר הזהות שלהם כפי שהוא רשום במרשם האוכלוסין הפלסטיני (הגדרת 'מספר זהות' בפסקה (6) לתק' 1 לתקסד"א). ההוראה האחרת היא שכל בעל דין שאינו פלסטיני, ומסיבה כלשהי אין לו מספר זהות, יפרט את הטעמים לכך בראש כתב בי הדין או הטופס לפתיחת הליך אזרחי, והמזכיר הראשי יאשר את קבלת כתב בי הדין לרישום אם יתברר כי לבעל דין אכן אין מספר זהות (תק' 7א(ו) לתקסד"א). התוצאה של התיקון היא שלא יקובל כתב בי דין רק ממי שיש לו מספר זהות ואינו רושמו בטופס לפתיחת הליך או בכתב בי דין שהוא מגיש למזכירות בית המשפט.



העלויות הכרוכות בכך. הפרוצדורה היא הקובעת מה תהיה החלוקה האפריורית של סיכוני המשגה בין צדדים שונים ובתחומים שונים, ומכיוון שכל כלל פרוצדורלי, קטן כגדול, משפיע במינונים משתנים הן על סיכויי הזכייה והן על עלויות ניהול התביעה – לכלל כללי סדר הדין יש השפעה על הזכויות המהותיות. הדוגמאות לכך רבות; להלן אעמוד על כמה דוגמאות קלאסיות:

**סילוק על הסף:** מערכת פרוצדורלית הדורשת מהתובע פירוט עובדתי נרחב בכתב התביעה, מחייבת אותו לצרף כבר בשלב זה אסמכתות (תצהירים וראיות) התומכות באותן עובדות, ומאפשרת לסלק על הסף תביעות שאינן עומדות בדרישות אלה – דנה לכישלון תביעות רבות יותר ממערכת פרוצדורלית שבה נדרש פירוט עובדתי מצומצם, ללא צירוף אסמכתות ושכללי הסילוק על הסף בה מוגבלים. כך, הכללים החלים בישראל על מחיקת כתב תביעה מחמת היעדר עילה – שלפיהם יש להניח כי התובע יצליח להוכיח את כל האמור בכתב התביעה, והנתבע נדרש להראות, כתנאי לסילוק על הסף, כי גם אם יוכיח התובע את כל האמור בכתב התביעה הוא לא יהיה זכאי לקבל מן הנתבע את הסעד שאותו הוא מבקש<sup>78</sup> – מאזנים בין הזכויות המהותיות של התובע והנתבע באופן שונה משעושים זאת כללים הבודקים כבר בשלב זה את 'סבירות' (plausibility) הטענות של התובע בכתב התביעה, ומאפשרים לסלק על הסף תביעות שאינן עומדות במבחן זה.<sup>79</sup>

**צירוף צדדים להליך:** הכללים החולשים על צירוף צדדים לתובענה משפיעים אף הם על עיצוב הזכויות המהותיות. נבחן לדוגמה את הכלל המאפשר לתובע שאינו יודע ממי הוא זכאי לתבוע, או שיש לו ספק בכך, לצרף לתביעה אחת כמה נתבעים כדי ששאלת החבות ומידת החבות של כל אחד מהם תוכרע בין כל בעלי הדין.<sup>80</sup> בהיעדר תקנה זו, קיומה של זכות מהותית בנוזיקין לקבל פיצוי מן המעוול לא היתה מועילה לניזוק, שכן הוא היה חייב, בליט ברירה, לבחור את מי מן המעוולים הפוטנציאליים הוא תובע וכל אחד מהם היה יכול במסגרת ההליך המשפטי שבו הוא נתבע לעורר ספק באשר לחבותו על ידי הטלת האחריות על המעוולים הפוטנציאליים האחרים, ולצאת כשידו על העליונה. התקנות המאפשרות צירוף של כל המעוולים הפוטנציאליים כנתבעים, גם אם ברור כי רק אחד מהם הזיק לתובע, מאפשרת לתובע לממש את זכותו המהותית תוך פגיעה מסוימת בנתבעים תמי הלב.

**גילוי מסמכים:**<sup>81</sup> כללים פרוצדורליים הקובעים זכות רחבה של גילוי מסמכים מצמצמת את האפשרות להסתיר מידע מהצד שכנגד ונותנת בידי הצד בעל המידע המוגבל (בדרך כלל הצד החלש) נגישות למסמכים ולראיות שבאמצעותם יוכל להוכיח את תביעתו, ומאזנת את סיכויי התביעה של הצדדים שהיו מוטים מלכתחילה לטובת הצד החזק. בכך יש כמובן כדי להשפיע על סיכויי התביעה של צדדים חלשים. דוגמה טובה לכך הם כללי הגילוי החלים בהליכים פליליים. חוק סדר הדין הפלילי מחייב את המדינה לגלות לנאשם את כל חומרי

78 ע"א 76/86 פיינשטיין נ' ה.ש. מלונות בע"מ, פ"ד מג(3) 124 (1989).

79 זה הכיוון שאליו נעה הפרוצדורה האמריקנית בסדרת פסקי דין שניתנו בשנים האחרונות. ראו *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007); *Ashcroft v. Iqbal*, 556 U.S. 662 (2009).

80 תק' 22(ב) לתקסד"א.

81 לדיון מקביל בהשפעות המהותיות של הליך גילוי המסמכים ראו קלמנט ושפירא, לעיל ה"ש 41, בעמ' 94-101.

החקירה שנאספו ונוגעים לאישומים נגדו, ומנגד אינו מטיל על הנאשם (כמעט) כל חובת גילוי.<sup>82</sup> כללי גילוי אלו עורכים איזון בין המדינה, שהיא הצד החזק שלרשותו עומדים מנגנוני חקירה רבי-עוצמה, לבין הנאשם שהוא הצד החלש, ובכך משפרים את סיכויי הזכייה של הנאשם ומטילים את סיכוני המשגה על המדינה.

**סדר דין מקוצר:**<sup>83</sup> בעוד שכללי הפרוצדורה החלים על התביעה הרגילה משקפים מצב של שוויון אפריורי בין התובע לבין הנתבע, בתביעות המוגשות בסדר דין מקוצר ניתן יתרון משמעותי לתובע. ההיגיון המונח בבסיס סדר הדין המקוצר הוא כי תובע העומד בתנאים האפריוריים לשימוש בו, אוהז בעילת תביעה חזקה ומבוססת במיוחד ובידיו ראיות טובות התומכות בה, ואלו מצדיקים להעניק לו יתרון דיוני משמעותי. יתרון זה מתבטא בראש ובראשונה בכך שאין לנתבע רשות אוטומטית להגיש כתב הגנה אלא הוא חייב לבקש מבית המשפט רשות להתגונן – בקשה שבמסגרתה עליו לפרט את הטענות שעליהן נסמכת הגנתו, בצירוף אסמכתאות, ועל בקשה זו להיתמך בתצהיר.<sup>84</sup> אם לא מוגשת בקשת רשות להתגונן תוך הזמן הקצוב לכך עומדת לתובע הזכות לקבל מבית המשפט פסק דין לטובתו.<sup>85</sup> אולם, גם כשמוגשת בקשה כזו ניתנת לתובע זכות לחקור את הנתבע על תצהירו ולנסות להוכיח כי הגנתו היא 'הגנת בדים', דהיינו: כי היא משוללת כל יסוד על פניה ואין לה על מה שתסמוך.<sup>86</sup> משמעות הדבר היא שבסוגי העניינים שבהם התובע רשאי להגיש תביעה בסדר דין מקוצר – כגון תביעות לסכום כסף קצוב מכוח חוזה או התחייבות, מפורשים או מכללא, שיש עליהן ראיות שבכתב, או תביעות של רשות מקומית לתשלום דמי ארנונה<sup>87</sup> – סיכויי התביעה מתרבים במידה ניכרת ועלות ניהולה לתובע יורדת בצורה ניכרת. מטבע הדברים, כללים פרוצדורליים אלה משפיעים על הזכויות המהותיות שבבסיס סוגי התביעות שאפשר להגיש בסדר דין מקוצר (קרי: זכויות חוזיות לקבלת סכום כסף קצוב והזכות של רשויות מקומיות לכספי הארנונה של תושביה), המקבלות חיזוק משמעותי. כל שינוי בכללים פרוצדורליים אלה – בין שנעשה על ידי המחוקק או מחוקק המשנה ובין שנעשה על ידי בתי המשפט – משנה את הזכויות המהותיות. כך, למשל, הפרשנות שנתנו בתי המשפט למונח 'ראיות שבכתב', תוך קביעה שלפיה 'ראשית ראייה דיה'<sup>88</sup> וראשית ראייה זו צריכה להצביע על קיומו של ההסכם בלבד ולא על הפרתו<sup>89</sup> – פרשנות זו חיזקה את הזכויות החוזיות של גופים גדולים במשק כגון בנקים, חברות אשראי וחברות הסלולר על חשבון

- 82 ס' 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.
- 83 לדיון מקביל בהשפעות המהותיות של סדר הדין המקוצר ראו קלמנט ושפירא, לעיל ה"ש 41, בעמ' 105-108.
- 84 תק' 204-205 לתקסד"א.
- 85 תק' 206 לתקסד"א.
- 86 תק' 205(ג) לתקסד"א. לעניין 'הגנת בדים' ראו ע"א 594/85 זהבי נ' מגרית בע"מ, פ"ד מב(1) 721, 722 (1988).
- 87 תק' 202 לתקסד"א.
- 88 ע"א 236/64 חברת "ארדה" בע"מ נ' כץ, פ"ד יח(3) 518 (1964).
- 89 ע"א 688/89 הילולים (אריזה ושיווק) בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד מה(3) 188 (1991); ע"א 4345/05 שובל שדמה מימון וסחר בע"מ נ' בנק לפיתוח התעשייה בישראל בע"מ, תק-על 2006(4) 3058 (2006).

הזכויות המקבילות של לקוחותיהם. כפי שטענתי לעיל, כללים אלה משפיעים לא רק על עיצוב הזכויות המהותיות אלא גם על האופן שבו תאגידים פועלים בעולם. התאגידים, המודעים היטב לכללי הפרוצדורה ולפרשנותם על ידי בתי המשפט, דואגים ליצור 'ראיות שבכתב' בהתאם לרדישות של מחוקק־המשנה ובתי המשפט – ראיות שיאפשרו להם להגיש את התביעות נגד לקוחותיהם בסדר דין מקוצר.<sup>90</sup> נראה, אם כן, שההיגיון של סדר הדין המקוצר לוקה במעגליות: אנו מעניקים לתובע יתרון פרוצדורלי משמעותי משום שהתביעה שבידיו היא חזקה במיוחד, בעוד שהסיבה לכך שתביעה זו היא חזקה נובעת מן הפרוצדורה המקלה שנקבעה לסוג זה של תביעות, המאפשרת לתובע להוכיח בקלות יחסית את תביעתו. **בית משפט לתביעות קטנות:** הפרוצדורה המיוחדת שנקבעה לתביעות קטנות<sup>91</sup> (קרי: תביעות כספיות שהסעד המבוקש בהן נמוך יחסית ותביעות צרכניות שערכן נמוך<sup>92</sup>), מקורה בהכנה שאם נחייב את הפרטים לפנות לבית המשפט בהליך הרגיל התוצאה תהיה שבמקרים רבים תביעות אלה לא יוגשו, שכן עלות ניהולן תעלה על תוחלת הזכייה בהן. לפרוצדורה זו השפעה משמעותית על עיצוב הזכויות המהותיות של הפרטים, והאיזון שנעשה במסגרתה בין זכויותיהם של אנשים ותאגידים שונה מזה שנעשה במסגרת תביעה רגילה. על פי החוק, רק פרטים יכולים לעשות שימוש בפרוצדורה זו – עובדה שמחזקת את זכויותיהם המהותיות של הפרטים על חשבון אלה של התאגידים, שאינם זכאים להשתמש בה. מעבר לכך, העובדה שנאסר על הצדדים להליך להיות מיוצגים על ידי עורכי־דין, והקביעה שרוב כללי הפרוצדורה ודיני הראיות אינם חלים עליו, מגבירות את השוויון בין הצדדים להליך – אך מגדילה את הסיכוי לטעות שיפוטית, שכן לא עומדים לרשות בית המשפט הכלים הפרוצדורליים והראייתיים המאפשרים לו בדרך כלל להגיע לתוצאות מדויקות.

90 דוגמה לשינוי בכללים פרוצדורליים שנעשה בחקיקת־משנה ומשפיע במידה ניכרת על זכויות מהותיות היא הוספת פרק ט'41 – "תביעה לפינוי מושכר" – לתקנות סדר הדין האזרחי. פרק ט'41 לתקנות קובע, בין היתר, כי על בית המשפט לקבוע מועד לדיון בתובענה שלא יהיה מאוחר משלושים ימים מהמועד האחרון להגשת כתב ההגנה, ומחיל על ההליך החדש תקנות רבות מתחום סדר הדין המהיר. משמעות הדבר היא חיזוק ניכר של זכות הבעלות של בעלי דירות והחלשת זכות החזקה והשימוש של שוכרי דירות. עד לתיקון התקנות בדצמבר 2008, בעל דירה שרצה לפנות את השוכר מהמושכר לאחר תום תקופת השכירות או בשל הפרה יסודית של חוזה השכירות היה צריך לפנות לבית המשפט בתביעה בסדר דין מקוצר לפי תק'202(3) לתקסד"א. לטענת בעלי הדירות הליך זה לא נתן משקל מספק לזכות הקניין של בעלי הדירות, כפי שכתבו עורכי־דין שתמכו בתיקון: "תביעות הפינוי הרבות המוגשות חדשים לבקרים והעומס הרב המוטל על השופטים במערכת המשפטית ככלל, ובבתי משפט השלום בפרט, רק סייעו למחזיקים שלא כדין להמשיך להתעשר על חשבון בעל הנכס, והפגיעה בזכות הקניין של בעל הנכס הלכה וגברה". ראו אלעד טופל ואברהם בכג'נוב "התקנות החדשות בעניין תביעה לפינוי מושכר – כלום מדובר בשינוי מבורך?", *מקרקעין* ח/5, 1, 3 (2009). פרק ט'41 לתקנות, שהוסף בתקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 2), התשס"ט-2008, ק"ת 6733 242 יצר הליך משפטי חדש שנתן לבעלי הבתים מנגנון זול ומהיר בהרבה לפינוי המושכר.

91 סימן ה' בפרק ב' לחוק בתי המשפט.

92 סכום ושווי התביעות שאפשר להגיש לבית המשפט לתביעות קטנות משתנה מזמן לזמן בצו שמוציא שר המשפטים ועומד כיום על 30,100 ש"ח. ראו ס' 60(א) וס' 60(ג) לחוק בתי המשפט.

עינינו הרואות כי לפרוצדורה תפקיד משמעותי בעיצוב הזכויות המהותיות. כללי הפרוצדורה מחלקים בין הצדדים את סיכויי הזכייה ואת סיכוני המשגה בתחומי משפט שונים ומאזנים אותם אל מול העלויות שיצטרכו להשקיע בתביעה, ובכך מעצבים את הזכויות המהותיות עצמן. מכאן, שכפי שכתב לארי אלכסנדר זכויות פרוצדורליות הן למעשה "זכויות מהותיות ביחס להטלת סיכויים וסיכונים על הצדדים באמצעות הליכים שיפוטיים".<sup>93</sup> ודוק: לכלל פרוצדורלי יש השפעה מהותית.<sup>94</sup> אמנם לא כל ההשפעות שוות משקל – יש כללים בעלי השפעה גדולה על עיצוב הזכויות המהותיות ויש כאלה שהם בעלי השפעה זניחה על אותן זכויות – אך לעתים גם לכללים הנדרמים טכניים וחסרי חשיבות יש השפעה מרחיקת-לכת על הזכויות המהותיות של הצדדים.

השפעת הפרוצדורה על עיצוב הזכויות המהותיות נושאת בחובה סכנה הנעוצה בכך שהשפעה זו נותרת, במידה רבה, סמויה מן העין. מכיוון שרבים נוטים לא לייחס חשיבות לפרוצדורה, אפשר להשתמש בה כדי לסכל מימוש של זכויות מהותיות או לצמצמן בדלת האחורית בלי לעורר תהודה ציבורית ובהליך מזורז וחסר שקיפות המאפיין את חקיקת-המשנה.<sup>95</sup> אם רוצים לצמצם זכות מהותית כלשהי אין צורך לשנות את הדין המהותי: אפשר להקשות על הגשת סוג התביעות שבמסגרתן הזכות מוגנת או לצמצם את סיכויי הזכייה בהן. הכלים הפרוצדורליים שבאמצעותם אפשר לעשות זאת הם רבים: קיצור תקופת ההתיישנות, דרישה לפירוט עובדתי נרחב בכתבי הטענות, הקלת התנאים לסילוק על הסף, הקשחת הכללים שעניינם איסוף מידע מן הצד שכנגד, דרישה לרמה גבוהה יותר של הוכחה ועוד. ניקח לדוגמה תביעות לאפליה בעבודה על רקע מגדרי. אף שהחקיקה בתחום האפליה בישראל ענפה ומתקדמת,<sup>96</sup> ונקבע בה איסור מפורש על מעסיקים להפלות מבקשות עבודה ועובדות בשל היותן נשים, נשים רבות ממשיכות לסבול אפליה הן בקבלה לעבודה, הן בשכרן והן בפיתורין.<sup>97</sup> הסיבות לכך מגוונות, אך אין ספק שאחת המרכזיות שבהן היא הפרוצדורה המקשה מאוד על נשים להגיש תביעות אפליה ולהוכיח כי אכן הופלו על רקע מגדרי.<sup>98</sup>

93 ראו Larry Alexander, *Are Procedural Rights Derivative Substantive Rights?*, 17 LAW & PHILOSOPHY 19, 24 (1998).

94 ראו E. Donald Elliott, *Managerial Judging and the Evolution of Procedure*, 53 U. CHI. L. REV. 306, 325 (1986) ("[N]o procedural decision can be completely 'neutral' in the sense that it does not affect substance").

95 ראו Thomas O. Main, *The Procedural Foundation of Substantive Law*, 87 WASH. U. L. REV. 801, 821 (2010).

96 ראו חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996; חוק גיל פרישה, התשס"ד-2004.

97 לדיון במאמרים שבדקו את הסוגיות של אפליה בעבודה בכלל ושל אפליית נשים בעבודה כפרט ראו גיא מונדלק "האם דיני איסור האפליה בעבודה 'עושים את העבודה?' " **האם המשפט חשוב?** 223 (משפט, חברה ותרבות, דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010).

98 אשה שפוטרה מעבודתה בגין היריון, למשל, צריכה להגיש את תביעתה תוך שלוש שנים, שכן על תביעות אלה חלה תקופת התיישנות קצרה יותר מאשר על תביעות רגילות (ס' 14 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה). בעבר מצבן של נשים היה קשה אף יותר, שכן עד אמצע שנות התשעים עמדה תקופת התיישנות בתביעות אפליה על שישה חודשים בלבד. כמו

אולם, כמו שאפשר לפגוע בזכויות באמצעות שינוי פרוצדורלי אפשר גם לקדמן בדרך זו. דוגמה לכך היא פסיקה של בית המשפט הגבוה לצדק מן העת האחרונה בפרשת גורן נ' הום סנטר, שבה נקבע כי על מעסיק המשלם שכר פחות במידה ניכרת לעובדות בהשוואה לעובדים באותו תפקיד, יועבר הנטל להוכיח שפערי השכר נובעים מסיבה עניינית ולא מהפליה.<sup>99</sup> פסיקה זו, שהיא פרוצדורלית במהותה (משנה אך ורק את נטלי ההוכחה החלים על בעלי הדין) ולכאורה אינה עוסקת כלל בזכויות מהותיות, עשויה להשפיע משמעותית על הזכות של נשים לשוויון ולפתוח פתח לשינוי של ממש בתחום האפליה של נשים בעבודה. דוגמה נוספת לאופן שבו הפרוצדורה יכולה לפגוע בזכויות מהותיות או לקדמן היא תביעות לשון הרע. האיזון שבין הזכות לחופש ביטוי לבין הזכות לשם טוב אינו נקבע רק על ידי הדין המהותי – הקובע את בסיס האחריות הנוזיקית והפילילית, את היסוד הנפשי הנדרש (זדון, ידיעה או רשלנות) ואת טענות ההגנה העומדות למפרסם התוכן המכפיש ("אמת דיברתי", "עניין לציבור" וכיו"ב). איזון זה נקבע – במידה לא פחותה של חשיבות – גם על ידי כללי הפרוצדורה. הם שקובעים באיזה פורום אפשר לתבוע (במקום הפרסום בלבד או במקומות נוספים); האם יש לנפגע עילת תביעה נפרדת בגין כל פרסום של אותו תוכן מכפיש או שמא בידו עילת תביעה אחת ויחידה לגבי כל הפרסומים לצורותיהם השונות כל עוד תוכנם הוא אחיד; מה תקופת ההתיישנות לתביעות לשון הרע; על מי הנטל להוכיח את היסודות של עילת התביעה (כגון הזדון בפרסום או הידיעה בדבר אי-נכונות תוכנו); וכמובן על מי מוטלת עלות ההליך המשפטי. זו הסיבה שבריטניה נהפכה למוקד של תיירות דיבה, קרי: מקום הנחשב אוהד כלפי תביעות לשון הרע, שאליו מתנקזות תביעות הנוגעות לפרסומים מכפישים שאירעו במקומות שונים בעולם. לעומתה, ארצות-הברית נחשבת למקום לא ירדתי בעליל כלפי תביעות מסוג זה, משום שיש בה עדיפות ברורה (הן מהותית והן פרוצדורלית) לחופש הביטוי.<sup>100</sup>

לסיים חלק זה אבקש לחזור לסוגיה שבה פתחתי – שאלת היחס שבין הערכים והמטרות שעומדים בבסיס הפרוצדורה לבין אלה שאותם מקדם הדין המהותי. מאחר שכללי הפרוצדורה משפיעים על התנהגות הפרטים בעולם (ולא רק על התנהגותם במסגרת ההליך המשפטי), מאפשרים או מונעים מימוש של זכויות מהותיות ומעצבים את הזכויות המהותיות עצמן על ידי השפעה על עלות ההתדיינות ועל סיכויי הזכייה בתחומי משפט שונים – מקבלי ההחלטות חייבים להביא בחשבון ערכים מהותיים בבואם לעצב את המערכת הפרוצדורלית. במילים אחרות, מכיוון שדיוק מושלם בתוצאה השיפוטית אינו בגדר האפשר, והפרוצדורה היא שקובעת במידה רבה את רמת הדיוק של התוצאה וכן מי נושא בנטל הסיכון לטעות

כן על האשה להוכיח שלא הייתה בהתנהגותה או במעשיה סיבה לפיטורין כדי להעביר את הנטל אל המעביד להוכיח שהפיטורין לא היו בשל הריונה (ס' 9(א)(2) לחוק שוויון זכויות בעבודה). מכיוון שהסיבות לפיטורין הן רבות, מעמסה דינונית זו כבדה מאוד. לדין במחסומים פרוצדורליים אלה ואחרים המוטלים על נשים המבקשות לתבוע בגין אפליה ראו רונן שמיר ומיכל שטראי "שוויון הזדמנויות בבית הדין לעבודה: לקראת סוציולוגיה של ההליך השיפוטני" **שנתון משפט העבודה** 1 ו-287 (1996).

99 בג"ץ 1758/11 גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ, תק-על 2012(2) 3169 (2012).  
100 ראו תמר גדרון "מפת תיירות הדיבה העולמית ודיני לשון הרע בישראל" **המשפט** טו 385 (2010).

שיפוטית, השאלה שיש לשאול בעיצוב של כללים פרוצדורליים היא מה המחיר שראוי לשלם כדי להשיג רמה נוספת של דיוק, כמו גם על מי יש להטיל את סיכוני המשגה. מחיר זה תלוי בעלות של טעות שיפוטית לצד זה או אחר, הנמדדת על פי ה'ערך' של הזכויות המהותיות העשויות להיפגע. לכן, אין מנוס מהמסקנה שההצדקה לקיומו של כלל פרוצדורלי כלשהו חייבת להיות הצדקה מהותית ולהתבסס על הערכים ועל המטרות המהותיות שאותן המערכת המשפטית מבקשת לקדם.<sup>101</sup>

המערכת המשפטית כולה שואפת לקדם מטרות מגוונות ומאזנת בין ערכים מהותיים, והיא עושה זאת הן באמצעות הדין המהותי והן באמצעות הפרוצדורה. מכאן, שהפרוצדורה (אף שאין לה קיום עצמאי ללא הדין המהותי והזכויות שהוא יוצר) איננה שפחתו של הדין המהותי, אלא היא שותפה שוות-ערך בעיצוב הזכויות המהותיות והאזון ביניהן בהתאם למטרות ולערכים של השיטה המשפטית בכללותה. במצבים של התנגשות בין המטרות שהפרוצדורה מקדמת לבין אלה שהדין המהותי מקדם יהיו מקרים שבהם תצטרך הפרוצדורה לכופף את ראשה בפני הדין המהותי, אך יהיו גם מקרים שבהם ראוי כי דווקא הדין המהותי הוא שייסוג בפני הפרוצדורה. דוגמה מובהקת למקרים מהסוג האחרון הם מצבים שבהם ראיות מהימנות, העשויות לקדם את מטרת הדין המהותי הפלילי בהרתעת עבריינים פוטנציאליים, נפסלות מכוח כללים פרוצדורליים וראייתיים שמטרתם למנוע התנהגות לא ראויה מצד גורמי אכיפת החוק (כגון דוקטרינת 'פירות העץ המורעל' שמטרתה להרתיע את המשטרה מביצוע פעולות לא חוקיות לשם השגת ראיות).<sup>102</sup>

מן האמור לעיל אפשר להבין מדוע הסיווג של הוראות דין כמהותיות או כדיוניות אינו יכול לסייע לבית המשפט בפתרון של בעיות קונקרטיות (כגון אם יש להחיל הוראת דין כלשהי רטרואקטיבית או אם יש להחיל את דין הפורום). ההנחה שעומדת בבסיס הטענה שסיווג הוראות דין כמהותיות וכדיוניות (בין על פי המבחן האנליטי ובין על פי מבחן התוצאה) יכול לסייע בפתרון בעיות היא שלהוראות דין פרוצדורליות אין השלכה על זכויותיהם המהותיות של הצדדים, וכפי שהדיון שערכתי והספרות הענפה בתחום מלמדים – הנחה זו

101 Robert G. Bone, *Making Effective Rules: The Need for Procedure Theory*, 61 OKLA. L. REV. 319, 329-334 (2008) (“[T]he main goal of a procedural system is to distribute the risk of error across different case-types and different parties, and any system must be judged by the kind of distribution it creates. Whether that distribution is evaluated by an efficiency or distributive justice metric—and both have a role to play—the cost as well as the risk of error matters, and error cost is measured in terms of the substantive policies at stake.”); Thomas C. Grey, *Procedural Fairness and Substantive Rights*, in NOMOS XVIII: DUE PROCESS 182, 196–202 (J. Pennock & J. Chapman eds., 1977) (“Other things being equal, the stronger the substantive case for the benefit being provided to those claiming it, the stronger the case for procedures designed to prevent erroneous denials of the benefit”).

102 Jenny S. Martinez, *Process and Substance in the “War on Terror”*, 108 COLUM. L. REV. 1013, 1019 (2008). לדין בסוגיה של יחסי הקדימות בין ערכי הפרוצדורה לערכי הדין המהותי ראו Martha Minow, *Politics and Procedure*, in THE POLITICS OF LAW: A PROGRESSIVE CRITIQUE 79 (David Kairys ed., 1998).

שגויה. לאמתו של דבר, הסיווג אינו מלמד אותנו דבר על ההשפעה של הוראת דין כלשהי על זכויותיהם המהותיות של הצדדים, שהיא השאלה החשובה שעל פיה יש להכריע. על כן, הניסיונות החוזרים ונשנים של בתי המשפט לפתור בעיות קונקרטיות באמצעות סיווג של הוראות דין כמהותיות וכפרוצדורליות הוא ניסיון עקר, וכפי שטענתי לעיל ואדגים בהמשך – הוא אף טומן בחובו סכנה ממשית לפגיעה בזכויות.

#### ד. תחולה רטרואקטיבית של הוראות דין: עיון ביקורתי בפסיקה

בחלק הראשון של המאמר עמדתי על כך שבתי המשפט סטו פעם אחר פעם מהמבחן האנליטי לסיווג הוראות דין כמהותיות או כדיוניות, אך מעולם לא זנחו אותו. בתי המשפט ממשיכים להשתמש במבחן האנליטי כנקודת מוצא,<sup>103</sup> וסוטים ממנו כשהם סבורים כי המסקנה שיש לגזור מהסיווג פוגעת בזכותו של מי מן הצדדים באופן בלתי-מתקבל על הדעת בעיניהם. במקרים אלה בתי המשפט משתמשים במבחן התוצאה וקובעים כי הוראת דין כלשהי, שעל פי המבחן האנליטי היה צריך לסווגה כדיונית, תסווג לצורך אותו עניין כמהותית. הסיבה לכך שבתי המשפט ממשיכים לאחוז במבחן האנליטי נעוצה, ככל הנראה, בעמדה שהביע השופט שלמה לויין בפרשת פלוני, שלפיה: "הניסיון מלמד, כי ברוב המקרים הייתה האבחנה מועילה לפתרון של בעיות קונקרטיות, ואם כי במקרי גבול נתעוררו ספקות, אין בכך סיבה מספקת כדי לנטוש את האבחנה המסורתית, שקנתה לה אחיזה מבוססת ביותר בפסיקה".<sup>104</sup> לויין חזר על עמדה זו לאחרונה בספרו אם כי בצורה מסויגת ומרוככת יותר.<sup>105</sup> בחלק זה של המאמר אבקש לערער על עמדה זו ולהוכיח את הטענה שלפיה ההבחנה בין פרוצדורה למהות אינה מועילה כלל לפתרון בעיות קונקרטיות ועל כן יש לזנוח אותה. אעשה זאת באמצעות עיון בפסיקה העוסקת בתחולה הרטרואקטיבית של הוראות דין, הן בשל חשיבותה של סוגיה זו והן מכיוון שאליה התנקזו מרבית הדיונים הנוגעים לשאלת היחסים שבין פרוצדורה למהות.<sup>106</sup> הדיון שלהלן יראה כי בחלק מהמקרים השכל הישר של השופטים

103 ראו בן-פורת, לעיל ה"ש 2, בעמ' 6.

104 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 12, בעמ' 297.

105 כך כתב שלמה לויין בספרו באשר להבחנה בין זכות מהותית לבין זכות דיונית: "יתכן שלצורך כללים המסדירים את הליכי ההתדיינות מדובר באבחנה מועילה, אם כי הבחנה שאינה הרמטית. במקרים אחרים יש לבחון את האינטרסים השונים העומדים על הפרק, לערוך ביניהם איזון ולהכריע בכל מקרה, או בכל סוג מקרים, לעצמו. מכאן שאין לעשות אבחנה חדה בין הוראה דיונית לבין הוראה בעלת אופי מהותי או מעורב, המצויה בדבר חקיקה". ראו לויין, לעיל ה"ש 32, בעמ' 19-20.

106 במאמר זה לא אדון בהשלכות של התוכנה בדבר ההשפעה העמוקה של הפרוצדורה על זכויות מהותיות בתחום ברירת הדין במשפט הבין-לאומי הפרטי. עם זאת, את המהלך הביקורתי שאותו אני עורך בפרק זה בנוגע לתחולה הרטרואקטיבית של הוראות דין אפשר לעשות, בשינויים המחויבים, גם לגבי כללי ברירת הדין. באותה מידה שאין תוחלת בסיווג הוראות דין כמהותיות וכדיוניות לצורך ההכרעה אם תהיה להוראת חוק כלשהי תחולה רטרואקטיבית, כך אין לה תוחלת לעניין השאלה אם יחול הדין הזר או דין הפורום; במקום זאת יש לבחון את הפגיעה האפשרית של החלת הדין הזר או דין הפורום על זכויות בעלי הדין והאם פגיעה זו ראויה. שונה הדבר ביחס להסמכה של מחוקק המשנה לקבוע סדרי דין באמצעות תקנות.

## ורצונם להימנע מפגיעה בזכויות מהותיות גרמה להם לסטות מהמבחן האנליטי ולהחיל את

לעומת שני התחומים האמורים – התחולה הרטרואקטיבית של הוראות דין וכללי ברירת הדין במשפט הבין-לאומי הפרטי – שבהם בית המשפט הוא שעיצב את הדוקטרינות והוא זה שקבע את ההבחנה בין פרוצדורה לדין מהותי וגזר ממנה את הכללים שיחולו על כל אחד מהם, הרי בתחום הסמכות המחוקק הוא שהסמיך במפורש את מחוקק־המשנה (בחוק בתי המשפט ובדברי חקיקה נוספים) להסדיר בתקנות את סדרי דין שיונהגו בבתי המשפט ובערכאות שיפוטיות אחרות. מכאן, שהשאלה שיש לשאול לעניין זה היא פרשנית: למה התכוון המחוקק בהסמיכו את מחוקק־המשנה לקבוע "סדרי דין"? ברי כי במקרה זה הטענה שאני טוען במאמר – שלפיה אין כל הבדל בין הוראות דין מהותיות לדיוניות לעניין השפעתן על זכויות מהותיות ולכן לא ראוי להסיק מהבחנה זו מסקנות משפטיות – אינה מועילה לפתרון הסוגיה, שכן הקטגוריה הרלוונטית שיש לפרש היא "סדרי דין", שרק אותם מחוקק־המשנה מוסמך להסדיר, לעומת דין מהותי שאותו רק המחוקק הראשי רשאי לקבוע. מן המפורסמות היא שהמחוקק רשאי להסמיך את מחוקק־המשנה גם אם משמעות ההסמכה היא פגיעה בזכויות (ודאי כשהחקיקה המסמיכה קדמה לתחיקתם של חוקי היסוד), שכן בישראל לא חלה דוקטרינת אי־האצילה האוסרת על המחוקק הראשי להסמיך את מחוקק־המשנה לקבוע הסדרים ראשוניים (non-delegation doctrine). עיון בתקנות סדר הדין האזרחי, כמו גם בתקנות אחרות שעניינן סדרי דין בערכאות שיפוטיות, מלמדת שהיסטורית זכתה שאלה פרשנית זו לתשובה ברורה: הוראת דין המקימה לאדם זכות משפטית נגד זולתו וגוררת את תוכנה של הזכות נחשבה מהותית, ואילו הוראת דין המסדירה את האמצעים והדרכים למימוש של אותה זכות נחשבה דיונית. במילים אחרות: המבחן לסמכותו של מחוקק־המשנה לקבוע סדרי דין פורשה על פי המבחן האנליטי. אני סבור שהסיבה לכך היא שהמחוקק הראשי, כמו בתי המשפט, שבו אף הוא במקסם השווא שלפיו סדרי הדין אינם משפיעים על זכויות מהותיות. על כן לא מתעוררת בעיניו כל בעיה בהסמכה של מחוקק־המשנה לקבוע סדרי דין, למרות החסך הדמוקרטי שבו לוקה מחוקק־המשנה וחוסר השקיפות של ההליך שבו חקיקת־המשנה נקבעת. לטעמי, התובנות של מאמר זה צריכות להוליך למסקנה שמרבית סדרי הדין הנוהגים בבתי המשפט צריכים להיקבע בחקיקה הראשית ואילו חקיקת־המשנה צריכה להיות צרה ומצומצמת בהרבה מכפי שהיא כיום (כפי שהדבר נעשה לגבי סדר הדין הפלילי). עם זאת, ברור שאי־אפשר לפסול את מרבית תקנות סדר הדין הקיימות ולהכניס את המערכת לתהו ובהו. לכן, בהינתן המצב הקיים, אני סבור שבתי המשפט צריכים לעמוד על המשמר ולבחון אם חקיקת־משנה הקובעת סדרי דין (במובנם על פי המבחן האנליטי) אינה פוגעת יתר על המידה בזכויות של בעלי דין, ואם אכן כך – לפסול אותה מחמת היעדר סבירות או מידתיות. כמו כן, על בית המשפט לפרש את תקנות סדר הדין בצמצום ובאופן שימנע פגיעה קשה בזכויות. על הצורך לבחון מחדש את סמכותו של שר המשפטים לקבוע סדרי דין מכוח סעיף 108 לחוק בתי המשפט לאור חוקי היסוד, ועל ההבנה שסדרי הדין עשויים להשפיע על זכויות מהותיות, ראו לוין לעיל ה"ש 32, בעמ' 53–57. בארה"ב מתקיים דיון מקביל ביחס לסמכות בית המשפט העליון הפדרלי לקבוע סדרי דין עבור בתי המשפט הפדרליים. מקור הסמכות הוא ה־Rules Enabling Act שחוקק בשנת 1934 המעניק לבית המשפט העליון את הסמכות לקבוע את כללי הפרוצדורה האזרחית שיחולו בבתי המשפט הפדרליים ובלבד שכללים אלה לא יצמצמו, ירחיבו או ישנו זכויות מהותיות. בית המשפט השתמש בסמכותו וקבע את כללי הפרוצדורה האזרחית הפדרליים (Federal Rules of Civil Procedure). בספרות ובפסיקה קיים ויכוח רב שנים באשר לפרשנות הראויה של משמעות הסייג האוסר על צמצום, הרחבה ושינוי של זכויות מהותיות באמצעות כללי הפרוצדורה. ישנם אלה הדבקים בפרשנות



מבחן התוצאה, ואילו במקרים אחרים הוביל המבחן האנליטי את בית המשפט לתוצאות שגויות, אך בית המשפט מעולם לא זנח את היומרה לסווג הוראות דין כמהותיות וכדינוניות ולגזור מסיווג זה השלכות משפטיות לעניין האפשרות להחיל הוראות דין רטרואקטיבית, באופן שמונע דיון מושכל בסוגיה חשובה זו.

למען הנוחות אחזור בקצרה על הכללים העוסקים בתחולה הרטרואקטיבית של הוראות דין: על פי תורת המשפט הנוהגת יש חזקה (לא חלוטה) שלפיה הוראות הדין צופות פני עתיד ולא פני עבר, ועל כן הן אינן חלות באופן רטרואקטיבי על עילות תביעה שנוצרו לפני כניסת החוק לתוקף. לחזקת אי־הרטרואקטיביות יש סייג, שלפיו תחולתה מוגבלת להוראות דין מהותיות.<sup>107</sup> על פי הפסיקה, הסיבה לכך היא שלהוראות דין דינוניות אין השלכה על הזכויות המהותיות של הצדדים ולכן אפשר להחילן רטרואקטיבית גם על הליכים התלויים ועומדים בבית המשפט. לעומת זאת, הוראות דין מהותיות משליכות על הזכויות המהותיות של הצדדים ומכאן שהחלה רטרואקטיבית שלהן עלולה לפגוע בהם פגיעה קשה. לכן קבעה הפסיקה כי בעוד שיש לבעלי דין זכות מוקנית בדין המהותי, כל שיש להם בהוראות דין דינוניות הוא ציפייה בלבד, ומכאן ששינוי בהוראות דין אלה חל למפרע על הליכים תלויים ועומדים.

## 1. סמכות ערכאות שיפוטיות

עיון בפסיקה מגלה כי ההבנה שהמבחן האנליטי אינו יכול לסייע בפתרון השאלה אם יש להחיל הוראות דין באופן רטרואקטיבי התעוררה לראשונה כבר בשנים הראשונות של המדינה. בעניין כהן נ' היועץ המשפטי<sup>108</sup> נדון גורלו של הליך משפטי תלוי ועומד, שעניינו קידושין פרטיים שערכו שני יהודים – כהן וגרושה – בישראל. הדיון בהליך החל לפני בית המשפט המחוזי בהתאם לכללי הסמכות שנהגו בזמן הגשת הבקשה נשוא ההליך, ובינתיים נחקק חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, שהעביר את הסמכות הבלעדית לדון בעניינים אלה לבית הדין הרבני. התעוררה השאלה אם יש להעביר את ההליך מבית המשפט המחוזי לבית הדין הרבני. השופט ש"ז חשין סבר שעל פי הכללים הנוהגים לעניין תחולה רטרואקטיבית של הוראות דין פרוצדורליות (קרי: המבחן האנליטי), עם

החוק כקובע שאל להם לכללי הפרוצדורה לשנות שינוי כלשהו את כללי הדין המהותי. ראו: Stephen B. Burbank, *The Rule Enabling Act of 1934*, 130 U. PA. L. REV. 1015 (1982). לעומתם יש הסבורים שלאור ההבנה כי לכלל כלל פרוצדורלי יש השפעה על זכויות מהותיות, קביעה כזו תרוקן מתוכן את ההסמכה של בית המשפט לקבוע כללי פרוצדורה וסבורים כי יש לפרש את הסייג בחקיקה כאוסר על שינוי זכויות מהותיות באופן מכוון, אך מאפשר קביעת כללי פרוצדורה אם מטרתם הראשית היא להסדיר את סדרי הדין הנוהגים בבתי המשפט גם אם הם משנים זכויות מהותיות באופן אינסידנטלי. ראו Martin H. Redish & Dennis Murashko, *The Rules Enabling Act and the Procedural Substantive Tension: A Lesson in Statutory Interpretation*, 93 MINN. L. REV. 26 (2008). לפסק דין של בית המשפט העליון הפרדלי המקבל פרשנות זו ראו: Burlington Northern Railroad Co. v. Woods, 480 U.S. 1 (1987).  
107 השופט אהרון ברק סטה מסייג זה בפרשת ארכיב, לעיל ה"ש 7, שתידון להלן בתת-פרק ד.5. עמדתו של ברק התקבלה על דעתם של חלק משופטי בית המשפט.

108 ע"א 238/53 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד 4 (1954).

כניסתו לתוקף של חוק הנישואין והגירושין אין מנוס מהעברת הבקשה לבית הדין הרבני כדי שידון ויפסוק בה:

חוק הנישואין והגירושין לא שלל זכויות תביעה של אדם ולא פגם בכל זכות סובסטנטיבית אחרת. הוא נועד לשנות את הליך הפרוצידורה שהיה נוהג קודם לכן בענין הסמכות של בתי-הדין של המדינה לרון בעניני נישואין וגירושין של סוגי בני אדם מסויימים [...] כוונתו זו של המחוקק ברורה, לדעתי, ומן הדין כי הוראה פרוצידורלית זו תחול לא רק על תביעות שיוגשו בעתיד, כי אם גם על תביעות שכבר הוגשו ושהיו תלויות ועומדות בעת שהחוק קיבל תוקף, מאחר שנשללה מבית-המשפט האזרחי הסמכות ליתן פסק-דין באותם ענינים.<sup>109</sup>

עמדה זו נותרה כדעת מיעוט. השופט זילברג, שאליו הצטרף השופט זוסמן, סברו בדעת רוב כי אין להעביר את הדיון בבקשה לבית הדין הרבני על אף השינוי בכללי הסמכות. השופט זילברג פתח ואמר:

לכאורה, אפשר היה לפשוט את הבעיה דגן מתוך כללים ראשוניים השולטים בפרשת פירושי החוקים, היינו: מתוך האבחנה הידועה בין חוקים מטריאליים או סובסטנטיביים, לבין חוקים פרוציסואליים או דיוניים. מן המפורסמות היא, כי חוק חדש מטריאלי, המשנה זכויות וחובות של אדם, 'אין לך בו אלא משעת חידושו ואילך', כלומר: באין הוראה נוגדת, בפירוש או מכללא, בגופו של החוק, מניחים כי החוק פועל מכאן ולהבא ולא למפרע, ואינו פוגע בזכויות שהיו נתונות לבעלי-הדין בשעת התחלת הדיון [...] ואילו לגבי חוק פרוציסואלי, המשנה את דרכי הדיון של בית-המשפט, ההנחה היא כי הוא פועל למפרע, זאת אומרת: מחייב את בתי-המשפט לנהוג על-פיו גם כלפי ענינים שכבר הוחל בהם לפני צאת החוק החדש.<sup>110</sup>

במילים אחרות, לפי השופט זילברג, לכאורה אפשר היה לפתור את הסוגיה באמצעות המבחן האנליטי: מכיוון שכללי הסמכות הם דין דיוני המשנה אך ורק את דרכי הדיון של בית המשפט ראוי להחילו למפרע, אולם זאת רק לכאורה. לדעת השופט זילברג הוראת החוק היא פרוצדורלית למראית עין בלבד, ולמעשה מדובר בהוראת חוק מהותית המשנה את הזכויות המהותיות של הצדדים:

סבור אני כי העברת הסמכות מבית-משפט אזרחי לבית-דין דתי, תוך מהלך הדיון, תהווה כאן למעשה שינוי מטריאלי במצבו המשפטי של המתדיין. כל ניגוד כאן יותר מדי אחרי מונחים ומושגים שרעו בשדות אחרים, וננסה נא לראות את הדברים באספקלריה הנכונה של המציאות שלנו. הסמכות המורחבת שניתנה לבתי-הדין הרבניים עם פרסום חוק נישואין וגירושין, לא היתה 'סמכות לשם סמכות' בעלמא, אלא: סמכות למען שינוי תוכן, כדי להבטיח את שימושו הנכון והמדוייק של חוק מסויים, הוא: דיני ישראל. ביקשו את 'הקנקן' והתכוונו ל'מה שיש בו'. היה מי שטען: 'מאי נפקא מינה, מי ידון בעניני הנישואין של האזרח, אם החוק המטריאלי שידונו על-פיו יהיה החוק היהודי הדתי?'; אך טענה זו לא

109 שם, בעמ' 46.

110 שם, בעמ' 16.

נתקבלה על דעת החוגים שחתרו לקראת קבלת החוק החדש, ומנקודת השקפתם הם – בצדק גמור! כי לא הרי דיני ישראל הנידונים בבית המשפט האזרחי, כהרי דיני ישראל הנידונים בבית-הדין הרתי. שונה הגישה, שונות דרכי הדין, ושונה לפעמים גם התוכן הממשי של הפסק.<sup>111</sup>

טענתו של השופט זילברג היא, למעשה, שלכללי הסמכות העניינית תפקיד משמעותי בעיצוב הזכויות המהותיות, ולעתים – כמו במקרה הנדון בפרשת כהן נ' היועץ המשפטי – שינויים אלה אף נועדו מלכתחילה להביא לשינוי בזכויות המהותיות של הצדדים. אכן, כללי הסמכות העניינית, הקובעים איזו ערכאה מוסמכת לדון בעניין מסוים, משפיעים במידה ניכרת על תוצאת ההליך: אופי הערכאה, הרכב השופטים, הכללים הפרוצדורליים והראייתיים שיחולו והגישה של בית המשפט משתנים בהתאם לערכאה השיפוטית שדנה בעניין. למעשה, ההבנה של הקשר העמוק בין הפרוצדורה והמהות היא שהביאה את המחוקק להקים ערכאות שיפוטיות נפרדות כגון בית הדין הרבני, בית הדין לעבודה, בית המשפט לענייני משפחה, בית המשפט לעניינים מנהליים ועוד. ודוק: שינויים בכללי הסמכות העניינית אינם עשויים מעור אחד. ייתכנו מקרים שבהם שינוי בסמכות העניינית לא יוביל לשינוי משמעותי בזכויות המהותיות ועל כן יהיה ראוי להחיל אותו למפרע על הליכים תלויים ועומדים. כך, למשל, לא הרי שינוי בחקיקה המעביר את הסמכות לדון בעניין כלשהו מבית המשפט האזרחי לבית הדין הרבני, לבית המשפט לענייני משפחה או לבית הדין לעבודה – שמשמעותו שינוי מהותי בדרכי הדין, בהרכב השופטים ובגישה בית המשפט – כהרי רפורמה המעבירה סמכויות בין שתי ערכאות דיוניות בבית המשפט האזרחי, מבית המשפט המחוזי לבית משפט השלום או להפך, שדרכי הדין בהן זהות, ההרכבים שקולים וגישת בית המשפט דומה אף היא. עם זאת, יש לשים לב לכך שבטענה שטענתי חבויה עמדה פרוזיטיבית ונורמטיבית בעניין מעמדה של הערכאות השיפוטיות האזרחיות. אפשר לטעון כי העברת הסמכות לדון בעניין כלשהו מבית המשפט המחוזי לבית משפט השלום דווקא פוגעת בזכויות המהותיות של הצדדים מכיוון שהשופטים שידונו באותו עניין יהיו מנוסים ומקצועיים פחות ועל כן לא ראוי להחיל הוראות חוק כאלה למפרע על עניינים תלויים ועומדים.<sup>112</sup>

שינוי בכללי הסמכות המקומית – הקובעים איזו ערכאה שיפוטית מוסמכת לדון בעניין כלשהו מבחינה גאוגרפית – עשוי אף הוא להשפיע על הזכויות המהותיות של הפרטים. הכללים הקובעים היכן תידון התובענה משפיעים בין היתר על העלויות הכרוכות בניהול התובענה, ועשויים להפוך תביעה כלשהי מתביעה בעלת ערך חיובי לתביעה בעלת ערך שלילי. נניח, לדוגמה, כי לראובן הגר בתל-אביב עילת תביעה טובה וראויה בסכום של 5,000 ש"ח, וכי כללי הסמכות המקומית מאפשרים לו להגיש תביעה במקום מגוריו.<sup>113</sup> נניח עתה כי בעקבות שינוי בכללי הסמכות המקומית, שאירע לאחר היווצרות העילה אך בטרם הוגשה התביעה, הוא כבר אינו יכול להגיש את התביעה בתל-אביב אלא עליו להגיש

111 שם, בעמ' 19 (ההדגשה במקור). לעמדה דומה של השופט זוסמן ראו שם, בעמ' 36.

112 לפסקי דין המתבססים על תפיסה זו ראו רע"א 60/03 רובין נ' אפלבוים, פ"ד נז(3) 475 (2003); פרשת נתנאל, לעיל ה"ש 5.

113 אף שכללי הסמכות המקומית אינם מאפשרים לתובע לתבוע במקום מגוריו, בית המשפט הכיר בכך שאפשר לעשות זאת בתביעות כספיות. ראו פרשת לוי נ' פולג, לעיל ה"ש 38.

בבאר-שבע. במקרה כזה ערכה של התביעה עשוי להיחפך לשלילי עקב העלויות הנוספות שיוטלו על ראובן (נסיעות שלו ושל עורך-דינו מתל-אביב לבאר-שבע, אבדן ימי עבודה וכיוצא באלה), וכך תתאיין זכותו המהותית של ראובן. בדומה, כלל של סמכות מקומית שלפיו מקום הדיון בעתירה של אסיר ייקבע על פי המקום שבו הוא כלוא, והעברתו מכלא אחד למשנהו תשנה את המקום שבו תידון התביעה, משפיעה על זכויות המהותיות של האסיר שכן היא מאפשרת לשירות בתי הסוהר לקבוע היכן תידון התביעה, ובכך נפתח פתח מסוכן לבחירת פורום אוהד (forum shopping).<sup>114</sup>

כללי הסמכות המקומית משפיעים גם על האופן שבו הצדדים מכלכלים את צעדיהם בעולם (ולא רק לאחר היווצרות של עילת תביעה או הגשתה לבית המשפט) ושינוי בכללים אלה למפרע עשוי לשנות את חלוקת הסיכונים שעליה הסתמכו. כך, למשל, אם יבוטל הכלל שלפיו אפשר לתבוע בעילה חוזית במקום כריתת החוזה, ושעל מקום הכריתה אנו למדים מהמקום שצינו הצדדים בחוזה,<sup>115</sup> הביטול עשוי להשפיע על חוזים רבים שמקום הכריתה שלהם נקבע, בין היתר, בהסתמך על הכלל האמור. יודגש, כי טענתי איננה שלעולם אין להחיל למפרע שינויים בכללי הסמכות המקומית: אפשר שהסיבה לשינוי בכללי הסמכות הוא רצון של המחוקק או של מחוקק-המשנה לגרום לאיזון ראוי יותר במערך הכוחות בין פרטים לתאגידים וליצור מערכת שוויונית יותר מבחינה חלוקתית, ועל כן ראוי להחילה למפרע גם על חוזים קיימים. אולם, במקרים אלה הסיבה לכך שיש להחיל כללים אלה למפרע אינה שמדובר בכללים פרוצדורליים שאין להם השפעה על הזכויות המהותיות של הצדדים, אלא להיפך: העובדה שיש לכללים אלה השפעה על זכויות מהותיות והשפעה זו היא רצויה.

## 2. שינוי מועדים לביצוע פעולות משפטיות

האם להוראות דין המאריכות או מקצרות את המועד שבו אפשר לבצע פעולה משפטית כלשהי יש תחולה רטרואקטיבית? התשובה של בית המשפט לשאלה זו מורכבת ואינה מושתתת על המבחן האנליטי. על פי המבחן האנליטי הוראות דין אלה (הכוללות הארכה או קיצור של תקופת ההתיישנות הדיונית, הארכה או קיצור המועד להגשת ערעור וכיוצא באלה) הן פרוצדורליות במפגיע, שכן הן קובעות עד מתי אפשר לבצע פעולה משפטית כלשהי כשעומדת למאן דהוא זכות מהותית לבצעה (למשל: להגיש תביעה בעילה כלשהי או להגיש ערעור על פסק דין), אך היא אינה יוצרת זכות עצמאית.<sup>116</sup> אף על פי כן, העמדה המקובלת בבית המשפט היא שלעניין התחולה הרטרואקטיבית של הוראות דין המאריכות מועד לביצוע של פעולה משפטית יש להבחין בין שני מצבים: אם לפני חלוף המועד לביצוע הפעולה המשפטית לפי החקיקה הישנה נכנס לתוקף חוק חדש המאריך את התקופה שבה

114 רע"ב 5916/11 סלע נ' שירות בתי הסוהר, תק-על 2011(4) 520 (2011).

115 ראו תק' 3(א)(2) לתקסד"א. כמו כן ראו רע"א 28/90 שרותי אשראי מסחרי (ישראל) בע"מ נ' מירון – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות שיתופית בע"מ, פ"ד מר(1) 519 (1990); זוסמן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 162.

116 ראו בן-פורת, לעיל ה"ש 2, בעמ' 8 ("הוראה המאריכה מועד לביצוע פעולה היא, כידוע, בתחום הדיוני"). ראו גם פרשת קרמש, לעיל ה"ש 27, בעמ' 1339; פרשת טייכנר, לעיל ה"ש 27, בעמ' 644.

אפשר לבצע, תחול החקיקה החדשה רטרואקטיבית. לדוגמה, אם תקופת ההתיישנות של עילה כלשהי היא שבע שנים, ושלוש שנים אחרי היווצרות העילה נכנס לתוקף חוק חדש המאריך את תקופת ההתיישנות בשלוש שנים נוספות – חקיקה זו תחול באופן רטרואקטיבי והזמן שיעמוד לרשות הנפגע להגשת תביעה בגין עילה זו יעמוד על עשר שנים; לעומת זאת, אם החוק החדש, המאריך את התקופה שבה אפשר לבצע את הפעולה המשפטית, נחקק לאחר חלוף המועד לביצוע הפעולה המשפטית הקבועה בחוק – אזי לא תחול הוראת הדין רטרואקטיבית.<sup>117</sup> כך, למשל, חקיקה המאריכה את תקופת ההתיישנות לא תחול על עילות שחלפה תקופת ההתיישנות לגביהן לפי החקיקה המקורית באופן שהופך עילות תביעה שהתיישנו לבנות תביעה לפי החוק החדש.

תשובה הפוכה נתן בית המשפט בכל הנוגע להוראות דין המקצרות את התקופה שבה אפשר לבצע פעולה משפטית כלשהי: אם החוק המקצר את התקופה שבה אפשר לבצע את הפעולה נכנס לתוקף לפני חלוף התקופה לביצוע הפעולה לפי החוק החדש, תחול החקיקה החדשה למפרע. כך, למשל, אם המועד להגשת ערעור קוצר מ-45 ל-30 יום ממתן פסק דין, תחול החקיקה החדשה למפרע על מקרים שבהם טרם חלפו 30 יום ממתן פסק הדין ביום שבו נכנס החוק לתוקף. לעומת זאת, אם החוק המקצר את התקופה שבה אפשר לבצע את הפעולה נכנס לתוקף אחרי חלוף התקופה לביצוע הפעולה לפי החוק החדש, לא תחול החקיקה החדשה למפרע. לדוגמה, אם המועד להגשת ערעור קוצר כאמור, החוק הקובע את התקופה המקוצרת להגשת ערעור לא יחול על מקרים שבהם כבר חלפו 30 יום ממתן פסק הדין.

כדי להסביר את ההבדל בתוצאה בית המשפט משתמש בקטגוריות המוכרות – זכות מהותית וזכות דינונית: "יש לראות בהוראת ההתיישנות המאוחרת זכות דינונית, כל עוד לא חלפה תקופת ההתיישנות המקורית, וזכות מהותית לאחר שתקופה זו כבר חלפה עברה לה".<sup>118</sup> בפסקי דין אחרים הסביר בית המשפט כי במצב שבו הוארכה התקופה לביצוע פעולה משפטית לאחר שהמועד לביצועה לפי החוק המקורי חלף, וכן במצב שבו קוצרה התקופה לביצוע הפעולה המשפטית באופן שעם כניסת החוק החדש לתוקף ביצועה אינו אפשרי עוד אף שהיא אפשרי לפי החוק המקורי – ה'זכות' מתחום המשפט הדינוני מצמיחה זכות מהותית ועל כן בעל הדין (הנתבע במקרה הראשון והתובע במקרה השני) זוכה לחסינות.<sup>119</sup> תשובות פורמליות אלה, המתבססות על ההבחנה האנליטית בין פרוצדורה למהות, אינן מספקות בעליל. ברי כי מדובר בניסיון שלאחר מעשה להלביש את הקטגוריות המוכרות – מהותי ודינוני – על תוצאה שאליה הגיעו השופטים בדרך אחרת. הרציונל האמיתי להבחנה נעוץ בהשפעה של הפרוצדורה על הזכויות המהותיות. במצב שבו קוצרה התקופה לביצוע פעולה משפטית בתוך הזמן הקבוע לביצועה לפי החוק המקורי, או שהוארכה בתוך הזמן הקבוע לביצועה לפי החוק המקורי, אין בקיצור או בהארכה כדי לפגוע במידה ניכרת בזכות

117 פרשת נסברג, לעיל ה"ש 29; פרשת טביוביץ, לעיל ה"ש 29; פרשת כורי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1870.

118 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 12, בעמ' 300.

119 פרשת קרמש, לעיל ה"ש 27; בג"ץ 122/73 עבארי נ' שר הפנים, פ"ד כח(2) 253 (1974) (התיישנות); פרשת כורי, לעיל ה"ש 11 (שינוי מועד לרישום וזכויות).

המהותית של מי מהצדדים והם יכולים לכלכל את צעדיהם באופן שיאפשר להם להגן על זכויותיהם כראוי.<sup>120</sup> לעומת זאת, קיצור של התקופה לפני שהסתיים הזמן לביצועה לפי החוק המקורי באופן שהופך את ביצועה לבלתי אפשרי לפי החוק החדש וכן הארכת התקופה לאחר שהסתיים הזמן לביצועה לפי החוק המקורי באופן ש"מחייה" עילות תביעה שכבר התיישנו או זכות ערעור שלא היתה קיימת עוד – שינוי כזה פוגע פגיעה קשה בזכות המהותית של אחד הצדדים. במצב הראשון משמעות הדבר היא שהזכות הדיונית שעמדה לתובע או למערער (כגון הזכות להגיש תביעה או ערעור) שתכליתה להגן על זכויותיו המהותיות מאוינת באחת על לא עוול בכפו, ובמצב השני נפגעת יכולת התכנון הלגיטימית של בעל דין, שאפשר שלא שמר עוד על עדין והשמיד מסמכים בהנחה שאין לו בהם עוד צורך, ויכולתו להגן על זכויותיו המהותיות כראוי – נפגמת.<sup>121</sup>

מן הרציונל הזה אפשר להסיק שההלכות שהובאו לעיל אינן מדויקות. למעשה, השאלה אם חקיקה המאריכה או מקצרת מועדים תחול למפרע צריכה להיות גמישה יותר ותלויה בעצמת הפגיעה הצפויה בזכויות הצדדים.<sup>122</sup> כך, בניגוד לאמור לעיל, כאשר ביום כניסתו לתוקף של החוק המקצר את המועד להגשת ערעור מ־45 יום ל־30 יום חלפו 29 יום ממתן פסק הדין – לא תחול החקיקה החדשה על אותו מקרה מכיוון שאין זה סביר לצפות מאותו אדם להספיק להכין את כתב הערעור ולהגישו לבית המשפט תוך יום אחד, והחלה רטוראקטיבית של החוק החדש תעלה כדי פגיעה קשה בזכות הערעור שלו, שהוכרה זה לא מכבר בזכות מהותית.

### 3. התובענה הייצוגית

האם יש להחיל את חוק תובענות ייצוגיות למפרע על עילות תביעה שנוצרו לפני כניסתו לתוקף? שאלה זו עמדה בלבה של פרשת אי.בי.אי ניהול קרנות נאמנות נ' אלסינט ונענתה בחיוב. כך הסביר זאת בית המשפט:

חוק תובענות ייצוגיות אינו יוצר זכות מהותית. הוא באופיו דיוני, ותחולתו היא אקטיבית [...] התחולה האקטיבית של חוק תובענות ייצוגיות מתבקשת גם לשם הגשמת תכליותיו [...] תכלית זו היא, בעיקרה, הסדרת ייצוגם של פרטים שונים בידי פרט מייצג אחד בהליכים המשפטיים הנוגעים לפרטים הללו ואיחודן של תביעות רבות המבוססות על עילה זהה לכלל תביעה קולקטיבית. הסדרתה של התובענה הייצוגית, על אף היותה מורכבת וסבוכה, היא סוגיה ה'עוסקת באופן ניהול משפט ותוצאותיו הדיוניות' [...] התכלית העיקרית של חוק תובענות ייצוגיות, הנוגעת לענייננו, היא איפוא איחודן של תביעות בעלות מאפיינים דומים והסדרת יחסי הייצוג בין תובע ייצוגי לבין קבוצת תובעים, שלכולם זכות (אישית) דומה. הגשמתה של תכלית זו מצדיקה החלתו של ההסדר בדבר הגשת תובענות ייצוגיות על הליכים משפטיים המתנהלים בבתי המשפט בהווה, גם

120 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 12, בעמ' 300.

121 זה הרציונל שנתן השופט שלמה לוין לכך שזכותו של פלוני אינה נפגעת שכן "התיקון לא החמיר את מצבו לעומת הסיכון שנטל על עצמו בעת ביצוע העבירה". שם, בעמ' 304.

122 ראו בן-פורת, לעיל ה"ש 2, בעמ' 11.

אם עילות התביעה נשוא אותם הליכים נוצרו קודם לחקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות.<sup>123</sup>

בכך קיבל בית המשפט את העמדה שהובעה, בדעת רוב, בדיון הנוסף בפרשת ברזני נ' בזק, שם נקבע כי "התובענה הייצוגית לא נתכוננה – מעיקרה – כזכות מהותית וכעילת תביעה. תובענה ייצוגית, עם כל חשיבותה – וחשיבות רבה נודעת לה – אין היא אלא כלי דיוני לאיחודן של תביעות רבות תחת קורת־גג אחת".<sup>124</sup>

אני מבקש להסכים עם המסקנה הסופית של בית המשפט בפרשת אלסינט, שלפיה אפשר וראוי להחיל את חוק תובענות ייצוגיות למפרע; עם זאת אני מבקש לחלוק על האופן שבו הגיע בית המשפט למסקנה זו, קרי: עם העמדה העקרונית שלפיה חוק תובענות ייצוגיות הוא הוראת דין דיונית ומשום כך אין ביכולתו ליצור זכויות מהותיות או לשנותן – עמדה שלטעמי גוררת אחריה תוצאות לא רצויות. כדי להבין את עמדתי יש לדון תחילה בפסק הדין בעניין ברזני נ' בזק שניתן שנים מספר קודם לכן.<sup>125</sup> בפרשה זו הוגשה נגד חברת בזק תביעה ייצוגית בעילה של הטעייה לפי חוק הגנת הצרכן. בית המשפט הגיע למסקנה שבזק אכן פרסמה פרסום מטעה, והדיון המשפטי נסב אך ורק סביב השאלה אם היה קשר סיבתי בין ההטעייה לבין הנזק שנגרם לצרכנים. בזק טענה שלא הוכח כי מר ברזני עצמו (כמו גם רבים אחרים מלקוחותיה) הסתמך על המצג המטעה בבואו לרכוש את שירותי בזק, ובהיעדר הסתמכות כזו לא הוכח קשר סיבתי בין המצג המטעה לבין הנזק – קשר המהווה דרישה מהותית של דיני הנזיקין. ברזני מצדו טען כי הסעיפים בחוק הגנת הצרכן המאפשרים להגיש תובענה ייצוגית בשל הטעיית צרכנים ייתרו מיניה וביה את הדרישה להוכיח קשר סיבתי כזה; כדי לזכות בתביעה כל שצריך להראות הוא קיום של הטעייה וקיום של נזק ואין צורך להוכיח את הקשר הסיבתי ביניהם, קרי: את ההסתמכות האישית של כל אחד מהצרכנים על המצג המטעה. במילים אחרות: השאלה שעמדה בלב הדיון היא אם הסעיפים בחוק הגנת הצרכן, המאפשרים הגשה של תובענות ייצוגיות, שינו את דיני הנזיקין המהותיים. בית המשפט בדעת רוב השיב על שאלה זו בשלילה: התובענה הייצוגית היא כלי פרוצדורלי ואין לאל ידה לשנות את הזכויות המהותיות, ועל כן דיני הנזיקין המהותיים הדורשים הוכחה של הסתמכות אינדיבידואלית וקשר סיבתי בין המצג המטעה לבין הנזק נותרו בעינם. השופט חשין, שכתב את חוות הדעת העיקרית, סירב להכיר ביכולת של הפרוצדורה לשנות את הדין המהותי. כך כתב:

התובענה הייצוגית 'מייצגת אוסף של תביעות אישיות' [...] וכשהיא לעצמה אין היא יוצרת עילות תביעה לתובע הייצוגי או לחברי הקבוצה. התובענה הייצוגית כלי רב־חשיבות היא – כלי רב־ערך ורב־עוצמה – ובהיותה מה שהיא משפיעה היא על זכויותיהם המהותיות של בעלי הדין – הנתבעים, התובע הייצוגי וחברי הקבוצה; ואולם השפעתה היא במתן אפשרות למימוש זכויות ולא ביצירתן

123 רע"א 7028/00 אי.בי.אי ניהול קרנות נאמנות (1978) בע"מ נ' אלסינט בע"מ, תק-על 2006(4) 4102, פס" 16 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006) (להלן: פרשת אלסינט).

124 דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק – חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385, 417 (2003) (להלן: פרשת ברזני).

של עליות תביעה חדשות. כוחה וחשיבותה של התובענה הייצוגית הוא בנפח, באפשרות קיבוצן של עליות תביעה רבות – עליות קיימות – תחת חופתו של הליך דיוני אחד, במקום שבו כל אחת מן התביעות בנפרד היא חסרת־משמעות. בהיבט, אין התובענה הייצוגית עשויה להקים לתובע הייצוגי או למי מחברי הקבוצה עילת תביעה שלא היתה להם לולא התובענה הייצוגית.<sup>126</sup>

הבנה של יחסי הגומלין העמוקים בין הפרוצדורה לבין המהות, שעליה עמדתי לעיל, הייתה צריכה להביא את בית המשפט למסקנה שהשאלה החשובה שעל פיה יש להכריע את גורל התובענה איננה אם התובענה הייצוגית היא מכשיר פרוצדורלי או מהותי, אלא מה ההשלכות של מכשיר זה על זכויות הצדדים והאם השלכות אלו ראויות (דהיינו: מבחן הפגיעה בזכויות). על פי המבחן האנליטי יסווגו הוראות דין המאפשרות להפוך תביעה אישית לתובענה ייצוגית כפרוצדורליות, מאחר שהן אינן יוצרות עליות תביעה חדשות אלא מהוות מכשיר למימושן. אך כפי שראינו, בכך אין כדי לומר שהן אינן משנות זכויות מהותיות. התובענה הייצוגית נועדה להשפיע ומשפיעה באופן עמוק על זכויות מהותיות. מטרתה המוצהרת היא לכוון את ההתנהגות של תאגידים וגופים גדולים אחרים במשק על ידי הרתעתם.<sup>127</sup> יתרה מזו: היא הופכת תביעות פעוטות ערך שאינן בנות תביעה לתביעות בנות מימוש ובכך מקימה זכויות מהותיות שלא היו קיימות בפועל (קרי: היו קיימות רק באופן תאורטי) עובר לחקיקת החוק. במילים אחרות, היא משנה את מערך הזכויות והחובות של הפרטים בחברה. קשה להבין את ההבחנה של השופט חשין בין הקמתה של זכות מהותית על ידי מתן אפשרות לממשה במקום שאי־אפשר היה לעשות זאת עובר לייסודה של התובענה הייצוגית לבין הקמתה של זכות מהותית על ידי שינוי של רכיב כלשהו מהרכיבים של עילת מצג השווא הנזיקית. ההבנה כי תכליתה של התובענה הייצוגית, על אף היותה מכשיר פרוצדורלי (על פי המבחן האנליטי) היא לשנות את הזכויות המהותיות, וכי עצם קיומה מותנה בכך, עמדה בלב חוות הדעת של שופטי המיעוט בפרשת ברזני. שופטי המיעוט עמדו על כך שאימוץ דעת הרוב יעקר מתוכן את מכשיר התובענה הייצוגית שנקבע בחוק הגנת הצרכן ושכך תסוכל תכליתו:

לפי הלכה זו בכל מקרה שהיתה הטעיה בפרסומת יצטרכו להוכיח שכל אחד מהצרכנים ראה את הפרסומת, קרא אותה, הבין אותה ובהסתמך עליה עשה מה שעשה. כשמדובר בתובענה ייצוגית צרכנית שבה נפגעים רכבות צרכנים אין זה מעשי כלל לברוק מי מהם ראה את המודעה, מי מהם הסתמך עליה ובאיזו מידה אכן השפיעה המודעה על שיקול דעתם לרכישת המוצר והשירות.<sup>128</sup>

אם כן, קבלת העמדה שלפיה חוק תובענות ייצוגיות אינו יכול לשנות את הזכויות המהותיות כפי שעוצבו בדיני הנזיקין המסורתיים חותרת תחת הגיונה ועצם תכליתה של התובענה הייצוגית. שופטי המיעוט סברו בצדק כי "מן השוני המהותי בין תכליות דיני הנזיקין לבין תכליות דיני הגנת הצרכן נגזרת המסקנה, כי דוקטרינות משפטיות מסורתיות הלקוחות

126 שם בעמ' 404-405.

127 ראו קלמנט ושפירא, לעיל ה"ש 41, בעמ' 111-114.

128 פרשת ברזני, לעיל ה"ש 127, בעמ' 401-402.



מדיני הנזיקין חייבות להיבחן ביסודיות – ולפי הצורך לעבור שינויים והתאמות – קודם להחלתן על המאטריה הצרכנית ככלל ועל תחום התובענות הייצוגיות הצרכניות בפרט.<sup>129</sup> אימוץ העמדה שהציגה דעת המיעוט צריך היה להביא את בית המשפט בפרשת אי.בי. אי ניהול קרנות נאמנות נ' אלסינט<sup>130</sup> למסקנה שאת השאלה אם להחיל את חוק תובענות ייצוגיות למפרע על עילות שנוצרו טרם כניסתו לתוקף יש לבחון באמצעות מבחן הפגיעה בזכויות. על פי מבחן זה יש לבחון את ההשפעה של החלת החוק למפרע על זכויותיהם של התובע הייצוגי מחד גיסא ושל הנתבע הייצוגי מאידך גיסא, ועל פי בחינה זו להכריע בשאלה אם השפעות אלה רצויות. לדעתי אפשר וראוי להחיל את הוראות החוק למפרע, אך לא מהסיבות שנתן לכך בית המשפט – קרי: היות החוק פרוצדורלי – אלא דווקא בשל השפעותיו המבורכות על הזכויות המהותיות של הצדדים. כאמור לעיל, המטרה של חוק תובענות ייצוגיות היא להרתיע תאגידים וגופים גדולים במשק מפני הפרת החוק. החלת החוק למפרע משמעה מתן אפשרות לפרטים לתבוע עבור פגיעות פעוטות ערך ליחיד המצטברות לכדי פגיעה גדולה בציבור כולו, פגיעות שאי-אפשר היה לתבוע בגינן עובר לחקיקת החוק בשל ערכה השלילי של כל תביעה כזו עבור כל אחד מן הפרטים. הטענה היחידה של הגופים הטוענים נגד החלת החוק למפרע היא שהדבר מהווה פגיעה ב'זכות' (יותר נכון: בציפייה) שלהם לא להיות נתבעים עבור הפרות חוק אם הן קטנות דיין באופן שלא כדאי לכל אחד מן הפרטים לתבוע עבורן לבדו. ברי כי 'זכות' או 'ציפייה' זו אינה ראויה להגנה. מנגד, הפרטים יכולים לטעון כי החלת החוק למפרע מקימה להם זכות תביעה ופותחת פתח לקבלת סעד עבור פגיעות שפגעו בהם שלא כדין (צדק מתקן), מאזנת את יחסי הכוח בין הצדדים היריבים ובכך מגדילה את סיכויי התביעה שלהם (צדק חלוקתי), ואף עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי בהרתעה יעילה של מעוולים פוטנציאליים. מכאן,

129 שם, בעמ' 445-446. נקודת המוצא של שופטי הרוב ושופטי המיעוט גם יחד בפרשת ברזני היא שכדי להוכיח תביעה מכוח חוק הגנת הצרכן בעילה של מצג מטעה יש צורך להוכיח הסתמכות. לעמדה שונה, שלפיה בתביעות צרכניות אלה אין צורך להוכיח הסתמכות על המצג המטעה לא בתביעות יחיד ולא בתביעות ייצוגיות, ראו יובל פרוקצ'יה ואלון קלמנט "הסתמכות, קשר סיבתי ונזק בתובענות ייצוגיות בגין הטעיה צרכנית" (טרם פורסם). להשלמת התמונה יצוין כי פסקי דין מאוחרים יותר של בית המשפט העליון נחלקו בשאלה אם בתובענות ייצוגיות צרכניות יש צורך להוכיח הסתמכות על המצג המטעה של כל אחד מחברי הקבוצה לצורך אישור התובענה כייצוגית, או שמא אפשר לסטות מההלכה החלה בדיני הנזיקין הרגילים כדי לא לפגוע בתכליות של התובענה הייצוגית. לפסק דין המאמץ את הלכת ברזני ראו ע"א 458/06 שטנדל נ' חברת בזק בינלאומי בע"מ, תק-על 1267 (2) 2009 (2009). לפסקי דין המסתייגים מהלכת ברזני או מאבחנים אותה ראו ע"א 9590/05 רחמן נוני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, תק-על 296 (3) 2007 (2007); ע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, ההנהלה הראשית, תק-על 2450 (4) 2008 (2008) (הערת האגב של המשנה לנשיאה ריבלין בפסקה 10); ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עובד המנוח תופיק ראבי ז"ל, תק-על 2913 (4) 2011 (2011). עם זאת, הלכת ברזני מעולם לא בוטלה על ידי בית המשפט העליון והיא ממשיכה להוות תקדים מחייב, ודאי ככל שהדבר נוגע לתביעות צרכניות שעילתן הטעיה והסעד שנתבע בהן הוא עבור נזק ממוני שנגרם לחברי הקבוצה.

130 פרשת אלסינט, לעיל ה"ש 126.

שמבחן הפגיעה בזכויות והאיוון בין זכויות הצדדים הטמון בחובו מביא למסקנה ברורה וחד-משמעית, שלפיה ראוי להחיל את חוק תביעות ייצוגיות למפרע על עילות תביעה שנולדו טרם כניסת החוק לתוקף.

#### 4. הוראות דין 'טכניות'

אייאפשר לתחום את השפעת הפרוצדורה על זכויות מהותיות בתחומים פרוצדורליים מסוימים. כל מנגנון פרוצדורלי, טכני וחסר חשיבות לכאורה ככל שיהא, עשוי להשפיע באופן עמוק על הזכויות המהותיות של הפרטים. עדות לכך אפשר למצוא בפרשת חברת עובד לוי נ' עו"ד שושני.<sup>131</sup> פרשה זו נסבה סביב תיקון קטן בכללים העוסקים בהמצאת כתבי ביידין. עובר לתיקון קבעה תקנה 497א לתקנות סדר הדין האזרחי כי בית המשפט או עורך-דין רשאים להמציא כתב ביידין באמצעות פקסימיליה לעורך-דין המייצג בעל דין, אך מוטלת עליהם חובה להודיע לנמען בטלפון, בתוך 24 שעות משעת המשלוח, כי כתב בי הדין נשלח אליו בפקסימיליה ולערוך על כך רישום. התיקון לתקנה, שנכנס לתוקף ביום 12.11.2007, פוטר את בית המשפט (אך לא את עורכי-הדין) מהחובה לוודא טלפונית את הקבלה של כתב ביידין על ידי הנמען.<sup>132</sup>

המבקשת – חברת עובד לוי – ביקשה לערער על החלטה של בית המשפט לאחר שחלפו כשלושה חודשים מיום מתן החלטה. הנימוק שהציגה לאיחור בהגשת הבקשה היה שהחלטה לא הומצאה לה על ידי בית המשפט. המשיב הציג מצדו את דו"ח הפקסים של בית המשפט, שממנו עלה כי החלטה נשלחה למשרדה של המבקשת כשבוע לאחר שניתנה. לא היה זכר לרישום על אודות הודעה טלפונית באשר למשלוח הפקסימיליה. ביום שבו נשלחה (לכאורה) החלטה בפקסימיליה לפי דו"ח הפקסים, טרם נכנס התיקון לתקנה 497א לתוקף ולכן הייתה מוטלת על מזכירות בית המשפט חובה לוודא טלפונית שכתב בי הדין נתקבל על ידי הנמען, אולם בקשת רשות הערעור הוגשה לאחר שהתיקון נכנס לתוקף. השאלה שעלתה בפסק הדין הייתה אם התיקון לתקנה 497א חל למפרע, באופן שהופך את ההמצאה על ידי בית המשפט, שנעשתה שלא כדין, לכשרה.

בית המשפט הצביע על האופן שבו יש לפתור את הסוגיה: "לכאורה, לאור ההלכה בדבר תחולתה למפרע של זכות דיונית ולמקרא נוסחה של תקנה 497א לפני התיקון מיום 12.11.07 בהשוואה לנוסחה לאחר התיקון האמור, המסקנה המתבקשת הינה כי התיקון נוגע לעניין שבסדר הדין, כלומר – האם מוטלת על בית המשפט החובה לוודא את דבר משלוח הפקסימיליה באופן טלפוני אם לאו", אך בסופו של דבר השאיר את השאלה בצריך עיון. לטענתי, ניתוח של הסוגיה המתבסס על מבחן הפגיעה בזכויות, ועל השפעת הפרוצדורה על זכויותיהם המהותיות של הצדדים, הוא שצריך להכריע את הכף באשר לתחולה הרטרואקטיבית של התקנה. ראשית יש לשאול מהי התכלית של התיקון לתקנה 497א? התשובה היא שינוי מערך הסיכונים המוטלים על בעלי הדין: עד לכניסת התיקון לתוקף הסיכון הכרוך במשלוח כתבי ביידין בפקסימיליה (כגון אי-תקינות המכשיר, כשל טכני והיעדר נייר) הייתה מוטלת

131 רע"א 10141/07 חברת עובד לוי תיעוש האבן והבנייה בע"מ נ' עו"ד אמיר שושני, תק-על 2008 (2) 2811 (2008).

132 תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 2), התשס"ח-2007, ק"ת 6622.

על בית המשפט והיה עליו לוודא טלפונית שכתב ביהדין אכן הגיע ליעדו, ואם לא עשה כן הייתה ההמצאה פסולה. לאחר התיקון, כל הסיכונים האמורים נופלים על בעל הדין הנמנע. למשל, כשל טכני במכשיר הפקסימיליה שיגרום לכך שכתב בי הדין לא התקבל על ידו לא יפגע בתוקף ההמצאה, ועל כן ספירת הימים לביצוע פעולה משפטית כלשהי הנספרת ממועד המצאת ההחלטה השיפוטית (הגשת ערעור, תגובה לבקשה של הצד שכנגד וכיוצא באלה) תחל ביום המשלוח – גם במקרים שבהם בעל הדין כלל אינו יודע על קיומו של כתב ביהדין. שינוי של מערך הסיכונים למפרע מהווה פגיעה קשה בזכותו המהותית של בעל הדין שאליו הומצא כתב ביהדין. במקרה הנדון מדובר בפגיעה בזכות הערעור שהוכרה זה לא מכבר כזכות מהותית, וברי כי אין כל הבדל רלוונטי בין פגיעה ישירה בזכות הערעור, שלגביה נקבע כי היא אינה יכולה לחול למפרע, לבין פגיעה עקיפה בזכות זו שתוצאותיה זהות, שאף לגביה ראוי לקבוע שאין להחילה למפרע.

אציין, כי תקנת-משנה 497א(1) מרככת את הפגיעה בזכויות ואולי יש בה כדי לשנות את המסקנה. על פי תקנה זו, אם לא ערך בית המשפט רישום באשר להודעה טלפונית (שאותה הוא אינו מחויב עוד לעשות לאור התיקון), "לא יראו את כתב ביהדין ששלח ככתב ביהדין שהומצא במסירה אישית לנמען ביום המשלוח, אם הגיש עורך הדין הנמנע תצהיר בדבר אי קבלת כתב ביהדין בפקסימיליה". התקנה מספקת לבעל הדין ולעורך-דינו מוצא פשוט ונוח במצב שבו הם לא קיבלו את כתב ביהדין ואף לא קיבלו הודעה טלפונית על משלוח הפקסימיליה – הגשת תצהיר על כך לבית המשפט. אפשרות זו הופכת את הפגיעה האפשרית בזכויות של בעלי הדין לקלה בהרבה, ועל כן החלה רטרואקטיבית של התקנה עשויה לבוא בחשבון.

### ה. פרשת ארביב נ' מדינת ישראל: האם בוטלה ההבחנה בין דין דיוני לדין מהותי לעניין תחולה למפרע של הוראות דין?

ניסיון מעניין – אם כי כושל – להתגבר על הבעיות שמעורר המבחן האנליטי, ככל הנוגע להחלה של נורמות בזמן, נעשה על ידי השופט אהרן ברק בפרשת ארביב נ' מדינת ישראל.<sup>133</sup> בלב פסק הדין עמדה השאלה אם יש לתיקון לפקודת בתי הסוהר, המאריך את התקופה שבמסגרתה יכולה ועדת השחרורים לבטל רישיון חופש של אסיר, תחולה רטרואקטיבית. מבחינה מושגית שאלה זו זהה לשאלת התחולה הרטרואקטיבית של הוראות דין המאריכות תקופת התיישנות. כאשר נכנס התיקון לפקודה לתוקף טרם הסתיימה תקופת רישיון החופש – המועד שבו פקעה סמכותה של ועדת השחרורים לבטל את רישיון החופש עובר לתיקון – ולכן על פי הדין הנוהג אפשר להחילו למפרע. כך אכן פסק השופט כך: מאחר שהתיקון "מתייחס להוראה דיונית בלבד בדבר מועד הדין וההחלטה של ועדת השחרורים בנושא של הפרת תנאי הרישיון על-ידי אסיר משוחרר, מבלי שמצבו של האסיר הנוגע בדבר מושפע על-ידי כך באופן מהותי, הרי אין מניעה להפעלת ההוראה המתקנת מיום קבלתה, אף ביחס להפרת רישיון שאירעה קודם לכן".<sup>134</sup>

133 פרשת ארביב, לעיל ה"ש 7.

134 שם, בעמ' 792. השופט ברק העלה אף הוא את האפשרות הזו כחלופה לפתרון העיקרי שהציע ויידון להלן, וכינה אותה "פתרון חלופי על-פי הגישה הקלאסית". שם בעמ' 790.

השופט ברק ערער על התפיסה המקובלת באשר לחקיקה דיונית וטען כי לעניין תחולתה של חזקת אי־הרטוראקטיביות אין שוני בין דין מהותי לדין דיוני.<sup>135</sup> כדי להגיע למסקנה זו הציג השופט ברק קטגוריה חדשה – תחולה אקטיבית – שנוספה על שתי הקטגוריות המוכרות שעניינן תחולה של נורמות בזמן – התחולה הרטוראקטיבית והתחולה הפרוספקטיבית. אלה ההגדרות שנתן השופט ברק לקטגוריות:

**רטוראקטיביות** – "חקיקה היא רטורוספקטיבית אם היא משנה לגבי העתיד את המעמד המשפטי, התכונות המשפטיות או התוצאות המשפטיות של מצבים אשר נסתיימו או של פעולות או אירועים (מעשים או מחדלים) שנעשו או שהתרחשו לפני מועד כניסתו של החוק לתוקף."<sup>136</sup>

**פרוספקטיביות** – "חוק הוא פרוספקטיבי, אם הוא משנה אך לגבי העתיד את המעמד המשפטי, התכונות המשפטיות או התוצאות המשפטיות של מצבים חדשים או של פעולות או אירועים (מעשים או מחדלים) שנעשו או התרחשו לאחר כניסתו לתוקף."<sup>137</sup>

**אקטיביות** – "החלת חוק היא אקטיבית, אם היא מוחלת על מצב דברים המתקיים ביום כניסתו של החוק לתוקף". כך, למשל, לדעת ברק, חוק המטיל מס על כל מי שהוא בעל זכות בעלות ביום חקיקתו, כאשר המס חל רק מכאן ולהבא (ולא על התקופה שלפני כניסתו לתוקף) הוא חוק בעל תחולה אקטיבית.<sup>138</sup>

לגישת ברק, התחולה של מרבית ההוראות הדיוניות שלגביהן נטען כי חזקת אי־הרטוראקטיביות אינה חלה לגביהן אינה רטוראקטיבית כלל ועיקר אלא אקטיבית: "הן אינן מתיימרות לחול על מצבים משפטיים שנסתיימו או על פעולות דיוניות (מעשים או מחדלים) שהתרחשו בעבר. הן מתיימרות לחול על מצב דיוני קיים, עומד ונמשך."<sup>139</sup> במקרים החריגים, שבהם הוראת דין דיונית מוחלת למפרע – "כלומר, משנה מצב משפטי דיוני שכבר נסתיים או משנה את האופי המשפטי והתוצאות המשפטיות של פעולות דיוניות שהתרחשו בעבר" – תחול עליה חזקת אי־הרטוראקטיביות.<sup>140</sup> ברק הודה כי ההבחנה בין "פעולה בעבר" לבין "מצב בהווה" אינה הבחנה פשוטה אלא היא קשורה בתכלית החקיקה ועל כן מחייבת פרשנות. ניקח לדוגמה חוק הקובע כי חבר כנסת שהורשע בפלילים יחדל לכהן כחבר כנסת ביום שבו נכנס החוק לתוקף: האם החלה של החוק החדש על חברי כנסת מכהנים שהורשעו בעברה פלילית לפני כניסת החוק לתוקף היא החלה רטוראקטיבית או אקטיבית? לפי השופט ברק, התשובה לשאלה זו תלויה בתכלית החקיקה: אם תכליתה לקבוע עונש נוסף על ביצוע העברה אזי החלתה על מעשים שנעשו לפני כניסת החוק לתוקף היא החלה רטוראקטיבית; לעומת זאת, אם תכלית החקיקה היא להסדיר את טהרתו של בית המחוקקים ולסלק ממנו אנשים שאינם ראויים לשבת בו אזי החלת החוק על חברי כנסת מכהנים היא אקטיבית.<sup>141</sup>

135 שם, בעמ' 787-788.

136 שם, בעמ' 778.

137 שם, בעמ' 779.

138 שם, בעמ' 780.

139 שם, בעמ' 787.

140 שם, בעמ' 788-789.

141 שם, בעמ' 783.

אף על פי שהצעתו של ברק שובת־לב, לאמתו של דבר היא לא יותר מלהטוט מושגי. במקום לנסות לפתור את הדילמות שמעוררת מערכת היחסים המורכבת בין פרוצדורה למהות על ידי בחינה מעמיקה של השפעת הפרוצדורה על זכויות מהותיות, ביקש ברק לפתור את הבעיה על ידי קטגוריה מושגית נוספת. קטגוריה זו – התחולה האקטיבית – אינה פתרון הולם בשל כמה סיבות. ראשית, כדברי השופט בך בפרשת ארביב, התחולה האקטיבית אינה יותר מאשר "סוג מסוים של תחולה פרוספקטיבית אשר לגביו קיים קשר כלשהו בין ההוראה המופעלת מיום החקיקה ואילך ובין המצב הקיים, ואינני מוצא תועלת מעשית בסיווג נפרד לעניין זה"<sup>142</sup>. שנית, בשונה מההבחנה בין רטרואקטיביות לבין פרוספקטיביות – שהיא הבחנה אנליטית שאפשר לערוך במנותק מהתוכן של דבר החקיקה ותכליתו – כדי לקבוע אם התחולה של הוראת חוק כלשהי היא אקטיבית או רטרואקטיבית יש לפנות לתכלית החקיקה, קרי: לפרשנות של בית המשפט באשר לסוג הפגיעה בזכויות שתיגרם עקב החלת החוק למפרע ובאשר להצדקה שיש לפגיעה זו. מכאן, שבסופו של יום אין בקטגוריה זו כדי לסייע בפתרון השאלות הקשות שמעוררת ההחלה הרטרואקטיבית, אלא רק להעביר אותה ממישור אחד למישור אחר. שלישית, שימוש בקטגוריה של תחולה אקטיבית תגרום במקרים רבים לפגיעה בזכויות מהותיות במידה שאינה פחותה מהפגיעה שגורם השימוש בקטגוריה של התחולה הרטרואקטיבית. דוגמה טובה לכך הוא המקרה שבו פתחתי את הדיון – פרשת כהן נ' היועץ המשפטי. בפרשה זו התעוררה השאלה אם אפשר להחיל את חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) למפרע על הליך שנפתח בבית המשפט המחוזי. משמעות ההחלה הרטרואקטיבית הייתה העברה מיידית של הדיון בהליך מבית המשפט המחוזי לבית הדין הרבני. כזכור, בית המשפט העליון פסק כי אין להחיל את דבר החקיקה למפרע למרות סיווגו האנליטי כהוראת חוק דיונית וזאת בשל השינויים המהותיים שינבעו מכך. והנה, אם נחיל את הקטגוריה החדשה של השופט ברק על פרשת כהן תתקבל תוצאה שונה: אין ספק שמדובר בהחלה אקטיבית של דבר החקיקה החדש שכן ההליך עודנו נמשך, ולכן התוצאה שאליה היה מגיע השופט ברק הייתה כדעת המיעוט – שיש להעביר את הדיון לבית הדין הרבני למרות הפגיעה בזכויות הכרוכה בכך.<sup>143</sup>

## 1. סיכום

עמדתי על החשיבות העצומה של הפרוצדורה ועל השפעתה העמוקה על המהות. הפרוצדורה מכוונת את התנהגותם של פרטים ותאגידים בעולם ונוטלת חלק משמעותי בעיצוב הזכויות המהותיות עצמן. לכן, אין מנוס מהמסקנה שהפרוצדורה אינה מנגנון טכניקטי נטול אידאולוגיה של אדמיניסטרציה שיפוטית, שהוא מעניינו של בית המשפט בלבד, אלא ההפך הוא הנכון: כל כלל פרוצדורלי חייב להתבסס על ערכים מהותיים ועל המטרות המהותיות שאותן מבקשים לקדם באמצעותו. המערכת המשפטית מקדמת מטרות ומאזנת בין ערכים, והיא עושה זאת הן באמצעות הדין המהותי והן באמצעות הפרוצדורה. מכאן, שהפרוצדורה (אף שאין לה זכות קיום ללא הדין המהותי והזכויות שהוא יוצר) היא שותפה שוות־ערך

142 שם, בעמ' 792.

143 ראו דיון לעיל בתת־פרק ד.1.

לדין המהותי בעיצוב הזכויות המהותיות ובאיזון ביניהן, בהתאם למטרות ולערכים של השיטה המשפטית כולה.

תובנה זו צריכה לגרום לבית המשפט לזנוח את הניסיונות לסווג הוראות דין כמהותיות וכדינויות כדי לגזור מסיווג זה השלכות משפטיות. הניסיון של בית המשפט לשמר את המבחן האנליטי לסיווג הוראות דין ולהשתמש בו כדי לפתור סוגיות כגון תחולה רטרואקטיבית של הוראות דין או כללי ברירת דין במשפט הבין-לאומי הפרטי איננו רק עקר, אלא אף טומן בחובו סכנה ממשית לפגיעה בזכויות. השימוש במבחן האנליטי מסתיר את ההשלכות מרחיקות-הלכת של הפרוצדורה על הזכויות המהותיות ומאפשר לבית המשפט להתעלם מהן באמצעות יישום המבחן בצורה מכנית. אמנם, האינטואיציה וחוש הצדק של השופטים גרמו להם לסטות בחלק מהמקרים מהמבחן האנליטי ולאמץ את מבחן התוצאה כך שהוראות דין פרוצדורליות סווגו כמהותיות כדי למנוע פגיעה בזכויות הצדדים, אך במקרים אחרים בית המשפט לא עשה כן והמחיר הוא כבד. יתרה מזו: מבחן התוצאה, שבו בית המשפט משתמש כתחליף למבחן האנליטי, עשוי אמנם למנוע פגיעה חמורה בזכויות במקרים קונקרטיים, אך הוא אינו תחליף הולם משום שהוא לוקה במעגליות, יוצר בלבול וחוסר בהירות ואינו נותן בידי בית המשפט כלי מחשבתי שבאמצעותו אפשר להכריע במקרים עתידיים. נוסף על כך, מבחן זה יוצא מתוך הנחה ששאלת הסיווג של הוראות דין כמהותיות וכדינויות יש בו כדי לתרום לדין מושכל לעניין ההשלכות המשפטיות של חלוקה זו, ובכך הוא תורם להמשך האחיזה במבחן האנליטי כמבחן מועיל שראוי להמשיך להשתמש בו, למעט במקרי קצה יוצאי-דופן. לעומת זאת, מבחן הפגיעה בזכויות מנתק את ההבחנה בין פרוצדורה למהות (שאותה אפשר לבצע באמצעות המבחן האנליטי) מסדרת ההשלכות המשפטיות שמקובל לגזור מהבחנה זו. הוא זונח את נקודת המוצא שלפיה הסיווג של הוראות דין כמהותיות וכדינויות – אם על פי המבחן האנליטי ואם על פי מבחן התוצאה – יכול לסייע לבית המשפט לקבוע מה הדינים שיחולו על כל אחד מהם, וממירו במבחן הפגיעה בזכויות שבמרכזו עומד דיון ערכי שעניינו זכויות הצדדים העלולות להיפגע ובדיקת השאלה אם פגיעה זו ראויה. לסיכום הדברים אבקש לחזור ולדון בפסק הדין בעניין מור נ' ברק אי.טי.סי,<sup>144</sup> הממחיש היטב את ההשפעה העצומה של הפרוצדורה על זכויות מהותיות. בפרשה זו נסכה המחלוקת בין השופטים סביב השאלה אם אפשר להורות לספק של שירותי אינטרנט לחשוף פרטי זיהוי של גולש אנונימי, שפרסם דברים העולים לכאורה כדי לשון הרע, בהיעדר סדרי דין מתאימים לכך בחוק או בתקנות. דעת המיעוט סברה שאפשר למצוא מוצא הולם לבעיה האמורה על ידי חקיקה שיפוטית שתשתמש בכלים פרוצדורליים קיימים (כגון בקשת ביניים במסגרת התיק העיקרי שיוגש כנגד "פלוגי" המכונה בפסק הדין "רן דן" ולחלופין באמצעות המרצת פתיחה עצמאית נגד ספק שירותי האינטרנט בדרישה לחשוף את הפרטים המזהים של הגולש האנונימי), כדי לענות על הסיטואציה החדשה שנוצרה בעקבות החידושים הטכנולוגיים. לעומת זאת, שופטי הרוב הגיעו למסקנה שבהיעדר מסגרת דיונית בחקיקה אין זה מתפקידו של בית המשפט ליצור מסגרת דיונית כזו יש מאין. התוצאה של פסק הדין היא שכל עוד פסק הדין עומד בעינו, או עד שיבוא המחוקק ויקבע בחקיקה פרוצדורה

144 פרשת מור נ' ברק אי.טי.סי, לעיל ה"ש 77.

שתסדיר את הנושא, אי-אפשר לתבוע גולש אנונימי ברשת גם אם פגע בשמו הטוב של מאן שהוא או הפר את זכויות היוצרים שלו.

פסק הדין מלמד על הקשר העמוק בין הפרוצדורה למהות ועל השפעתה של הפרוצדורה על הזכויות המהותיות. הדיון הפרוצדורלי שעורכים השופטים בעניין מור מסתיר ומונע דיון מושכל בשאלות מהותיות באשר לאיזון הראוי בין זכויות הפרט (כגון בין הזכות לפרטיות ולחופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב),<sup>145</sup> כמו גם בשאלה המוסרית שעניינה התפקיד של בית המשפט בעיצוב האיזונים בין זכויות אלה בחקיקה שיפוטית. כל הסדר פרוצדורלי שהיה נקבע על ידי בית המשפט היה משפיע על האיזון בין הזכויות החוקתיות הללו, תוך פגיעה בחלק מהן וחיוזוק של אחרות. ודוק: גם הקביעה של בית המשפט כי אין מנגנון דיוני שבאמצעותו אפשר לחשוף את זהותו של גולש אנונימי, וסירובו לעצב מנגנון כזה בחקיקה שיפוטית, משפיעים השפעה מכרעת על האיזון בין זכויות אלה. הלכה למעשה, התוצאה של פסק הדין היא העדפה מוחלטת של הזכות לפרטיות ולחופש הביטוי של הגולש האנונימי וסירוב לפגוע בה כמלוא הנימה, והמשמעות היא פגיעה בזכות לשם טוב ובזכות היוצרים. היעדר פרוצדורה המאפשרת לתבוע גולשים אנונימיים משפיעה כמובן במידה ניכרת גם על האופן שבו פרטים פועלים בעולם. גולשים אנונימיים יכולים כיום להמשיך ולהוציא דיבה תוך פגיעה בזכות של אנשים לשם טוב בלי לחשוש מפני תביעה שתאלץ אותם לשלם עבור מעשיהם. על התוצאה של פסק הדין אפשר וראוי להתווכח,<sup>146</sup> אך על משמעותו לעניין יחסי הפרוצדורה והדין המהותי אין ולא יכול להיות חולק.

145 לדין מאיר עיניים בשאלות אלו ראו מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה (2010).

146 ראו מיכאל בירנהק "חשיפת גולשים אנונימיים ברשת" חוקים ב 51 (2010); יצחק כהן ואמל ג'בארין "חשיפתם של משתמשים אנונימיים באינטרנט – נקודת מבט מוסרית" מחקרי משפט כח (1), 7 (2012).