

חקיקה שיפוטית במישור הדיוני – תביעה נגד נתבע אנונימי, בעקבות פרשת מור

מאת

יצחק כהן* ואמל ג'בארין**

עניינו של מאמר זה הוא יצירת מסגרת דיונית להגשת תביעה כנגד נתבע אנונימי, השלכותיה, יתרונותיה וחסרונותיה. בית המשפט העליון קבע בפרשת מור כי אין ראוי ליצור מסגרת זו בדרך של חקיקה שיפוטית. בכך סתם וחתם את הגולל על הדיון בשאלה אם יש לנפגע מפרסום ברשת האינטרנט עילת תביעה בדיון המהותי כנגד המפרסם. המאמר בוחן אם הדין המצוי מאפשר יצירת מסגרת דיונית זו, בין על ידי פרשנות ההוראות הקיימות ובין בדרך ההיקש ממוסדות משפטיים קרובים. מסקנותינו הן כי הדבר אפשרי. בשלב שני המאמר בוחן את המישור הנורמטיבי: האם ראוי ליצור את המסגרת הדיונית על ידי חקיקה שיפוטית? המאמר מציג יתרונות וחסרונות של יצירת נורמה דיונית על ידי הרשות השופטת אל מול יצירת הנורמה בידי הרשות המחוקקת. מלבד זאת, נבחנת שאלה זו לאור הערכים המוחלים כיום על השיטה הדיונית בישראל ובכללם: הגינות דיונית, תום לב, שיקול דעת וזכות הגישה לערכאות. נראה כי יצירת נורמה דיונית זו בדרך של חקיקה שיפוטית עדיפה על פני יצירתה על ידי הרשות המחוקקת. בשלב שלישי המאמר מנתח את הדרישות הפרוצדוראליות שבהן עלולה להתקל מסגרת דיונית זו: סוגיית הסמכות העניינית והמקומית, וסוגיית ההתיישנות. בשלב רביעי נותח המצב במשפט המשווה. החלטתו של בית המשפט העליון, הדיונית כביכול, מקנה חיסיון מוחלט לגולשים האנונימיים, ומעצבת בישראל את גבולות השיח האינטרנטי ואופיו. קביעה כי אין מסגרת דיונית משמעה הכרעה לטובת הזכות לחופש ביטוי אנונימי והענקת חיסיון לכל הגולשים האנונימיים.

רקע. א. המישור הפוזיטיבי – האם הדין הקיים מאפשר הגשת תביעה נגד נתבע אנונימי? ; 1. תביעה נגד נתבע אנונימי – ניתוח הדין הקיים ; 2. הסדר שלילי או לאקונה? ; 3. פיתוח מסגרת דיונית בדרך ההיקש – הזמנת עדים. ב. המישור הנורמטיבי – הדין הראוי – האם רצוי ליצור את המסגרת הדיונית בחקיקה שיפוטית? ; 1. יצירת

* פרופסור למשפטים, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו; חוקר-אורח באוניברסיטת קולומביה, ניו-יורק, ארצות-הברית, בשנים 2012–2013; מרצה-אורח באוניברסיטת מקגיל, מונטריאול, קנדה, בשנת 2013; מרצה-אורח במכון עזריאלי באוניברסיטת קונקורדיה, מונטריאול, קנדה, בשנת 2014.

** דוקטור למשפטים ומהנדס למחשבים, מרצה בכיר בפקולטה למשפטים בקריה האקדמית אונו. המחברים מבקשים להודות לחברי מערכת כתב העת עלי משפט על עבודת עריכה מסורה ומושקעת.

נורמה חדשה – בידי הרשות המחוקקת או הרשות השופטת? ; 2. חקיקה שיפוטית בדין הדיוני; 3. סמכות טבועה – Inherent Jurisdiction – כתחום הדין הדיוני; 4. הגינות דיונית כמחסום בפני יצירת מסגרת דיונית בדרך החקיקה השיפוטית; 5. התערבות שיפוטית במישור הדיוני – בין הגישה האדברסרית לגישה האינקוויזיטורית; 6. זכות הגישה לערכאות; 7. התמהמהות המחוקק כשיקול לחקיקה שיפוטית. ג. שאלות העולות מהכרה בתביעה נגד נתבע אנונימי; 1. סמכות עניינית; 2. סמכות מקומית; 3. התיישנות העילה במועד בקשת התיקון. ד. המשפט המשווה; 1. סמכות עניינית; 2. סמכות מקומית; 3. התיישנות. ה. תביעה עצמאית נגד ספקיות האינטרנט. סיכום.

רקע

הארכיטקטורה של רשת האינטרנט מאפשרת למשתמשים בה לבצע פעולות רבות באנונימיות, כגון גלישה פשוטה, כתיבה בפורום, כתיבת תגובה, רכישת מוצרים ושירותים, השתתפות בקבוצות צ'ט, משלוח דואר אלקטרוני ועוד. היכולת לפעול באנונימיות ברשת משרתת תכליות חשובות בהקשרים של חופש הביטוי והפרטיות. דא עקא, שאנונימיות עלולה לשמש גם קרקע פורייה להתרת רסנים שלא התאפשרה במסגרות שהיו קיימות קודם לכן. כך למשל הודעה בפורום או תגובה לכתבה שנכתבו בידי משתמש אנונימי עלולות לפגוע בפרטיותו של אדם ולהוציא את דיבתו רעה. הנפגע מבקש להגיש תביעה נגד המשתמש האנונימי בעוולת לשון הרע ודומותיה, אך בהיעדר מידע על זהותו האמתית של המשתמש עומד בפניו מחסום טכני. יכולת הנתבע לעמוד על זהותו האמתית של משתמש אנונימי, ללא עזרת בית המשפט, מוגבלת מאוד. גורמים המספקים שירותים הקשורים לרשת האינטרנט מחזיקים במאגרי המידע שמהם ניתן, למצער במקרים מסוימים, לברר את זהותו האמתית של המשתמש האנונימי. הנפגע נזקק לשיתוף פעולה מצד גורמים אלו כדי שיוכל להתגבר על המחסומים הטכניים והמשפטיים המונעים הגשת תביעה. הניסיון המעשי מלמד כי גורמים אלו (כל עוד אין הסדר חקיקתי המחייב אותם לעשות אחרת) מסרבים למסור לנפגע את הנתונים המתבקשים. בליט בררה הנפגע פונה לבית המשפט בבקשה לחייבם למסור הפרטים. ואכן, בעשור האחרון הוגשו לבתי המשפט עשרות תביעות בערכאות השונות, ובהן התבקש בית המשפט ליתן צו המחייב את ספקיות האינטרנט למסור את המידע שברשותן. תביעות אלו מוצו בערכאות הדיוניות, ורק לאחרונה הגיעה אחת הפרשות, פרשת מור, לדיון בפני בית המשפט העליון.¹

הלכת מור דנה בשני היבטים של סוגיית הנתבע האנונימי. ההיבט הראשון הוא ההיבט המהותי. ההיבט המהותי של סוגיית חשיפת זהותם של משתמשים אנונימיים עוסק בשאלה אם ובאילו תנאים ניתן לחייב את ספקיות הגישה לגלות לנפגע פרטים שברשותן אשר יאפשרו את חשיפת זהותם האמתית של המשתמשים האנונימיים. המוקד של מאמר זה הוא המישור הדיוני שעניינו המסגרת הדיונית שבה יתנהל הליך החשיפה. ברם קיימת חשיבות להבנת ההיבט

1 רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 664 (2010) (להלן: פרשת מור). בפרשה זו נדונה גם המסגרת הדיונית של בקשה להורות למנהלי אתר למסור את כתובת ה-IP של אחד הגולשים.

המהותי, ולו בקצרה, לשם הבנת הטיעונים לעניין ההיבט הדיוני. עובר לפסק הדין בעניין מור עמדו הערכאות הדיוניות על כך שמתן הצו המבוקש יהא מותנה בקיומה של עילה מכוח הדין המחייבת את הספקית לחשוף את זהותם של המשתמשים האנוניים שביצעו עוולה. עילה כזו איננה קיימת בחוק החרות, הואיל וטרם נקבע הסדר חקיקתי המסדיר את סוגיית המשתמשים האנוניים. בהיעדר עילה יצרו בתי המשפט עילת תביעה מתאימה תוך איזון בין זכותו של המשתמש לאנונימיות לזכותו הנוגדת הרלוונטית של הנפגע על רקע המאפיינים המיוחדים של רשת האינטרנט. בתי המשפט נחלקו בדעותיהם באשר לנקודת האיזון הראויה, ומכאן באשר לתנאים שבהם אפשר לחשוף את זהותו של הגולש האנונימי. בעניין זה ניתנו עשרות פסקי דין, ואותם ניתחנו במקום אחר.² לצורך מאמר זה נציג בתמצית את שלוש הגישות המשקפות במידה רבה את הפסיקה שניתנה בעניין.

הגישה הראשונה נוטה לצמצם את חשיפת זהותו של המשתמש. גישה זו זכתה לכינוי "הגישה המחמירה", והיא מצאה את ביטויה לראשונה בהחלטת בית משפט השלום בירושלים מפי השופטת מיכל אגמון-גונן בעניין בזק בינלאומי.³ בעניין זה נדון מקרה שבו שני גולשים פרסמו השמצות אישיות משפילות נגד עובדת מדינה בכירה. לאחר סקירה מקיפה של המשפט המשווה ושל פסיקת בתי המשפט בארץ ולאחר דיון בחשיבות חופש הביטוי והאנונימיות ברשת, קבע בית המשפט כך:

ניתן לסכם ולומר כי במקרה שלפניי יש ליתן משקל גבוה לחופש הביטוי באינטרנט, אלא במקרים חריגים בהם ראוי כי זכותו של הגולש לביטוי תיסוג מפני האינטרס שעומד מנגד. אינטרס כזה עשוי להיות אינטרס של הגנת הציבור או שלום הציבור. אלו הם אותם מקרים בהם יתכן שמעשיו של גולש האינטרנט עולים כדי מעשה פלילי, או ייסוג חופש הביטוי וזכותו לפרטיות. במשפט האזרחי, מדובר במקרים חריגים וקיצוניים ביותר. האיזון הראוי, בהקשר של לשון הרע, כדי לא לפגוע יתר על המידה בשימוש ברשת האינטרנט, יאפשר גילוי באותם מקרים שעשויים להקים אחריות פלילית בגין לשון הרע.

בעקבות החלטה זו צעדו גם בתי משפט השלום והמחוזי בפסיקותיהם.⁴ הגישה השנייה מתונה יותר ומקלה עם המבקש לחשוף את פרטיו של הגולש האנונימי. גישה זו באה לידי ביטוי בפסק דינו של השופט יצחק עמית בבית המשפט המחוזי בחיפה בעניין מור, ולפיו המבחן שנקבע בעניין בזק בינלאומי הוא מבחן צר יתר על המידה. לכן

2 אמל ג'אברין ויצחק כהן "חשיפת זהותם של משתמשים אנוניים באינטרנט – נקודת מבט מוסדית" מחקרי משפט כח 7 (2012).

3 בש"א (שלום ים) 4995/05 פלונית נ' בזק בינלאומי בע"מ, פס' 7 (ד) לפסק דינה של השופטת אגמון גונן (פורסם בנבו, 28.2.2006).

4 ראו בש"א (שלום חי') 5478/06 קי. אס. פי. מחשבים בע"מ נ' ברק אי. טי. סי. (1995) החברה לשירותי בזק בינלאומיים בע"מ (פורסם בנבו, 13.8.2006); ה"פ (מחוזי ת"א) 541/07 סבו נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה) (פורסם בנבו, 11.11.2007).

לדעתו גם עוולה אזרחית – ולא רק עברה פלילית – תהיה עילה לחשיפת זהותם של גולשים, ובלבד שיהיה בה "דבר מה נוסף" שיצדיק פגיעה בביטוי האנונימי.⁵ השופט עמית הציע שורה של מבחנים לקיומו של אותו "דבר מה נוסף" שיצדיק חשיפת זהותו של הגולש האנונימי, כגון מידת תום הלב של המבקש, סיכויים טובים לזכות בתביעה, זהותו של הנפגע מן הפרסום ועוד. השופט עמית הוסיף והציע תנאים מקדמיים בטרם יורה בית המשפט על חשיפת זהותו של גולש. בין היתר הציע השופט עמית תנאי שלפיו על המבקש לנקוט צעדים מטעמו לחשיפת זהותו של המשתמש האנונימי, ולכל הפחות להעלות קריאה בפורום או באתר הרלוונטי לגולש להזדהות בשמו תוך ציון העובדה שהוא עומד להגיש בקשה לעניין זה.⁶

הגישה השלישית מקלה עוד יותר עם מבקשי החשיפה של הגולשים האנונימיים, היא ניצבת בצד השני של המתרס כנגד הגישה המחמירה, ואף זכתה לכינוי "הגישה המקלה". גישה זו באה לעולם לאחר שפורסמה הצעת חוק מסחר אלקטרוני.⁷ בפסק הדין בעניין מזמור הפקות סקרה השופטת דרורה פלפל את הפסיקה הרלוונטית וקבעה כי ניתן להתערב ולגלות את שמו של מפיץ המידע כאשר היה שימוש לרעה באנונימיות ברשת האינטרנט – מעשה שהוא לכאורה עוולה בנזיקין – ולא רק כאשר יש חשש ממשי לביצוע עברה פלילית כגישה המחמירה, או כאשר יש דבר מה נוסף, כגישה השנייה.⁸

מהדיון הקצר לעיל עולה כי בין כלל הערכאות הדיוניות הייתה תמימות דעים שאין בדין החרות הסדר מהותי המסדיר את התנאים לחשיפת זהותם של משתמשים אנונימיים, אך הם לא נרתעו מליצור הסדר זה תוך שימוש בסמכות הטבועה או על דרך של חקיקה שיפוטית כאשר התגלתה ביניהם מחלוקת באשר לתוכנו הראוי של הסדר זה. בחודש מארס 2010 ניתן בבית המשפט העליון פסק הדין בעניין מור, ובו נקבעה בדעת רוב הלכה החותמת את המחלוקת האמורה.⁹ בין כלל שופטי ההרכב שררה תמימות דעים כי אין בדין החרות הסדר חקיקתי הקובע את התנאים לשם חשיפת זהותו של המשתמש האנונימי, וכי ראוי שהמחוקק יפעל לחקיקתו של הסדר זה. המחלוקת ביניהם נגעה לאופן שבו על בית המשפט לנהוג עד אשר המחוקק יעשה כן. שופטי הרוב סברו שבהיעדר הסדר חקיקתי על בית המשפט להימנע מליצור הסדר זה בדרך של חקיקה שיפוטית. לעומתם שופט המיעוט – השופט רובינשטיין – סבר שראוי ליצור הסדר זה בדרך של חקיקה שיפוטית.¹⁰ בהתייחסו לפסיקה שניתנה בערכאות

5 בר"ע (מחוזי חי') 1632/07 מור נ' ברק אי.טי. סי. (1995) החברה לשירותי בזק בינלאומיים בע"מ, פס' 34 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 22.4.2007) (להלן – מור במחוזי).

6 שם, פס' 38–41 לפסק דינו של השופט עמית.

7 הצעת חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ח–2008, ה"ח 356.

8 ה"פ (מחוזי ת"א) 1244/07 מזמור הפקות בע"מ נ' מעריב הוצאת מודיעין בע"מ (אתר האינטרנט NRG) (פורסם בנבו, 20.3.2008). לפסקי דין שנקטו גישה זו ראו ת"א (מחוזי חי') 914/07 כהן סקאלי נ' נטוויז'ן 013 ברק בע"מ (פורסם בנבו, 12.5.2009); ת"א (מחוזי ת"א) 2433/07 עיריית אריאל נ' וואלה תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 18.1.2009). גם השופט רובינשטיין הביע תמיכה בגישה זו; ראו עניין מור, לעיל ה"ש 1, פס' מ"א, נ"ז, נ"ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

9 ראו עניין מור, שם. כאמור, להלכה דומה ראו גם בש"א 11646/08 (מחוזי ת"א) The Football Association Premier League Ltd נ' פלוני, פס' 4(ד) לפסק הדין (פורסם בנבו, 2.9.2009).

10 שם, פס' 22 לפסק דינו של השופט ריבלין: "לא מצאתי כי קיימת כיום מסגרת דיונית הולמת למתן צו המורה לחשוף את זהותו של גולש אנונימי, ולשיטתי אין להמציא מסגרת כזו בחקיקה

נמוכות, קבע השופט ריבלין כי הדרך שבה בחרו בתי המשפט עד כה – דרך של "חקיקה שיפוטית" – היא מוקשית ובעייתית. שומה על המחוקק לומר את דברו בסוגיה האמורה, ולא ראוי שבתי המשפט יעשו כן בסוגיה מרחיקת לכת זו. ההכרעה בעניין מור ייתרה למעשה את הדיון במישור המהותי. עם זאת הוסיף בית המשפט ודן בהיבט המהותי, תוך דיון בזכויות ובאינטרסים המתנגשים ובאיזון הנדרש ביניהם. נראה כי דיון זה היה מעבר לצורך.¹¹

ההיבט הדיוני עניינו בשאלה באשר לטיב המסלול הדיוני שבו יתנהל הליך החשיפה לו הייתה קיימת עילה בדין המהותי. בטרם ניתן פסק הדין בעניין מור בבית המשפט העליון, היה ניתן להצביע על שני מסלולים דיוניים שהתפתחו בערכאות הדיוניות. על פי המסלול האחד, הליך החשיפה יתנהל כהליך עצמאי, בין בתביעה ובין כבקשה, שהנפגע מנהל נגד ספקית האינטרנט, ובו הוא עותר לסעד של צו עשה, המורה לספקית למסור לו פרטים מזהים על אודות הכותב האנונימי. היה והליך החשיפה מסתיים בהצלחה, הנפגע יכול להגיש תביעה עיקרית נגד הכותב האנונימי, שאיננו אנונימי עוד. הליך החשיפה שהנפגע מנהל נגד הספקית נועד להקדים את הגשת התביעה העיקרית שהנפגע יגיש נגד הגולש (שבשלב זה זהותו אינה ידועה) בשלב מאוחר יותר. מסלול זה חייב את הנפגע לנהל שני הליכים – הליך החשיפה והליך התביעה העיקרית – עניין זה עורר שאלות רבות של סמכות וסדרי דין. בעניין הסמכות עלתה השאלה למי נתונה הסמכות העניינית לדון בהליך החשיפה העצמאי. בעניין זה נחלקו הדעות בין הערכאות הדיוניות. חלקן קבע כי הסמכות נתונה לבית המשפט המחוזי, חלקן האחר קבע כי הסמכות נתונה לבית משפט השלום.¹² את המסלול השני הציע השופט עמית בפסק הדין בעניין מור. לדידו, בין היתר מטעמי יעילות, יש לרכז את שני ההליכים – הליך החשיפה והתביעה העיקרית – בהליך אחד. על פי הצעה זו, הבקשה לחשיפה תוגש בד בבד עם התביעה העיקרית, שבשלב הגשת התביעה יכונה הנתבע "פלוגי". בדרך זו תהפוך בקשת החשיפה להליך ביניים במסגרת התביעה העיקרית. אם יסתיים הליך החשיפה בהצלחה, יתוקן כתב התביעה על דרך

שיפוטית"; ראו גם שם, פס' 23–35 לפסק דינו של השופט ריבלין. בכאן להצביע על ההסדרים החסרים בדין החרות, הבחין השופט ריבלין בין תביעות מן הסוג הראשון – תביעות עצמאיות המוגשות נגד הספקיות כהליך עצמאי – לבין תביעות מן הסוג השני – תביעות המוגשות נגד המשתמש-הנתבע המכונה "אנונימי" (השופט ריבלין כינה תביעה מסוג זה תביעה נגד "רן-דן"). בכל הנוגע לתביעות מן הסוג הראשון, החוסר בחקיקה משמעותו היעדר עילה משפטית לתובע (הנפגע) לחייב את ספקיות שירותי הגישה לחשוף את זהותו של המשתמש האנונימי. בכל הנוגע לתביעות מן הסוג השני, החוסר בחקיקה נוגע גם לכלל דיוני המאפשר הגשת תביעות נגד נתבע אנונימי. השופט ריבלין סבר, מטעמים שונים שנעמוד עליהם בהרחבה בהמשך, שאי אפשר ליצור באמצעות חקיקה שיפוטית אף לא אחד מכללים אלו. השופט רובינשטיין סבר, בדעת מיעוט, כי אפשר לייצר באמצעות חקיקה שיפוטית עילת תביעה שתחייב את ספקיות שירותי הגישה לחשוף את זהותם של הגולשים בתנאים מסוימים. עם זאת הסכים השופט רובינשטיין עם דעת הרוב בכל הנוגע לתביעות מן הסוג השני – תביעות "רן-דן". לשיטתו, דיני סדרי הדין בישראל אינם מכירים באפשרות להגיש תביעה נגד נתבע אנונימי ("רן-דן"), ואין ליצור הסדר מעין זה בדרך של חקיקה שיפוטית.

11 יש לציין כי מעיון בחוות הדעת של השופטים עולה שהשופט ריבלין נוטה לתמוך בגישה המחמירה שהובעה בערכאות הדיוניות, ואילו השופט רובינשטיין נוטה לדעה המקלה.

12 רשימת פסקי הדין מפורטת בעניין מור במחוזי, לעיל ה"ש 5, פס' 14 לפסק דין. להרחבה על סוגיית הסמכות העניינית והדעות החלוקות, ראו שם.

של שינוי שם הנתבע מ"פלוני" לשמו האמתי.¹³ כמה נפגעים נקטו מסלול זה והגישו את בקשת החשיפה בד בבד עם הגשת תביעה עיקרית נגד נתבע "פלוני".¹⁴ הנה כי כן, בערכאות הדיוניות הלכו והתפתחו שני מסלולים דיוניים שבמסגרתם התנהל הליך החשיפה כאשר הערכאות הדיוניות נכונות לקבל את שני המסלולים. מצב זה נקטע בפסק דין מור שניתן בעליון, והכול כפי שיובהר בשורות הבאות.

כאמור, בפסק הדין בעניין מור דחה בית המשפט את תביעת החשיפה בהיעדר הסדר חקיקתי במישור המהותי. לכאורה ההחלטה במישור המהותי הייתה אמורה לייתר את הדיון בהיבט הדיוני: בהיעדר עילה בקשת החשיפה אמורה להידחות, יהא המסלול הדיוני אשר יהא. דא עקא, שהשופט ריבלין התייחס בהרחבה להצעה שהעלה השופט עמית, שלפיה הנפגע רשאי להגיש את בקשת החשיפה בד בבד עם הגשת התביעה העיקרית נגד נתבע אנונימי (תביעה שכונתה בפי השופט ריבלין תביעת "רן-דן" (John Doe)). השופט ריבלין (בהסכמת יתר השופטים לרבות השופט רובינשטיין שהיה בדעת מיעוט במישור המהותי) דחה הצעה זו. עקרונית ניתן להצביע על ארבעה נימוקים ביסוד החלטתו. בשלב זה של המאמר נסתפק בהבאתם המתומצתת, ובהמשך המאמר נדון בהם באריכות. השופט ריבלין קבע כי הדין החרות הדיוני (חקיקת סדרי הדין) איננו מאפשר מכוחו הגשת תביעה מסוג "רן-דן"; אין ליצור כלל דיוני המאפשר תביעה זו על דרך של חקיקה שיפוטית משום שתביעה זו פוגעת בהגינות הדיונית; תביעה זו מחייבת רפורמה מקיפה; סוגיית חשיפת זהותם של משתמשים אנונימיים מונחת על שולחנו של המחוקק, ומן הראוי להותיר לו מלאכה זו.

ההיבט הדיוני הוא המוקד של מאמר זה. לדעתנו ההלכה בעניין מור, ככל שהיא נוגעת להיבט הדיוני, מוקשית הן במישור הפוזיטיבי והן במישור הנורמטיבי. במישור הפוזיטיבי, כלומר הדין המצוי, אנו נטען כי הדין הקיים מאפשר – בין בפרשנותו ובין בהיקש ממנו – הגשת תביעה מסוג "רן-דן". במישור הנורמטיבי, כלומר הדין הרצוי, נטען שגם אם הדין הקיים אינו כולל הסדר המאפשר הגשת תביעה מסוג "רן-דן" ראוי ליצור הסדר זה על דרך של חקיקה שיפוטית.

להבהרת חשיבות הביקורת במאמר נציין כי על שולחנה של הכנסת מונחת הצעת חוק שדנה בעיקר בהיבט המהותי של חשיפת זהות משתמשים אנונימיים.¹⁵ די לציין כי סעיף 7(ב) להצעת החוק קובע כדלקמן:

הוכח להנחת דעתו של בית המשפט כי הבקשה הוגשה כדי לאפשר למבקש להגיש תביעה, וכי קיים חשש ממשי, בהתבסס על ראיות לכאורה שהציג המבקש, שהתוכן שלגביו הוגשה הבקשה מהווה עוולה כלפי המבקש או הפרת

13 שם, פס' 15.

14 ראו בש"א (שלום ת"א) 178523/08 פריד נ' פלוני (פורסם בנבו, 23.12.2008); ת"א (שלום ת"א) 22992-09-09 מכון התקנים הישראלי נ' פלוני (פורסם בנבו, 15.11.2009); בש"א (שלום ראשל"צ) 3189/09 בלושטיין נ' פלונית (פורסם בנבו, 1.11.2009).

15 הצעת חוק חשיפת פרטי מידע של משתמש ברשת תקשורת אלקטרונית, התשע"א-2011, 18/2476/פ.

זכות קניין רוחני שלו, וכי קיימים סיכויים שהתביעה תוכרע לטובת המבקש, רשאי בית המשפט להורות על מסירת פרטי המידע של המנוי.

לשון הסעיף מלמדת כי המחוקק מתייחס להיבט המהותי של סוגיית חשיפת זהותם של משתמשים אנונימיים תוך שהוא מצדד בגישה המקלה. הצעת החוק איננה מתייחסת כלל ועיקר להיבט הדיוני. כעת נניח כי אדם שנפגע מתוכן אנונימי מגיש תביעה לחשיפת פרטיו של המעוול האנונימי. על פי הלכת מור, הנפגע יצטרך להגיש תביעה עצמאית והוא לא יוכל להגיש את בקשת החשיפה כהליך ביניים במסגרת תביעה עיקרית שתוגש, בשלב ראשון, נגד נתבע אנונימי (תביעת רן-דן). למעשה, הלכת מור מחייבת את הנפגע להגיש שני הליכים משפטיים: הליך החשיפה והתביעה העיקרית.

כאמור, מאמרנו זה יתמקד במישור הדיוני בלבד, ובמהלכו מבקשים אנו לבחון מחדש את הכרעתו התקדימית של בית המשפט העליון. הכרעה זו תיבחן בחמישה פרקים: הפרק הראשון יעסוק במישור הפוזיטיבי ויבחן אם הדין הקיים מאפשר תביעה נגד נתבע אנונימי בדרך הפרשנות או בדרך ההיקש. הפרק השני יצא מנקודת הנחה שהתשובה לשאלה זו היא שלילית, ולאור זאת תיבחן השאלה במישור הנורמטיבי: אם ניתן ואם ראוי ליצור מסגרת דיונית זו בחקיקה שיפוטית. בתוך כך ייבחנו שיקולי מדיניות שבגינם שלל בית המשפט יצירה זו, וייבחנו שיקולים עקרוניים אחרים שיש בהם כדי להצדיק, אולי אף לחייב, יצירת מסגרת דיונית זו. פרק שלישי יצא מנקודת הנחה כי מסגרת דיונית זו נוצרה, ולאור זאת יבחן לאילו קשיים מעשיים עלולה היא להיקלע. פרק רביעי יבחן את המצב כמשפט המשווה. פרק חמישי יבחן את המסגרת הדיונית החלופית.

א. המישור הפוזיטיבי – האם הדין הקיים מאפשר הגשת תביעה נגד נתבע אנונימי?

בהלכת מור נתנו כלל השופטים, לרבות שופט המיעוט, תשובה שלילית לשאלה זו. קביעה זו מוקשית בעינינו. לדעתנו הדין הקיים מאפשר, אם בפרשנות ואם בהיקש מסוגיות משפטיות דומות, מסגרת דיונית של תביעה נגד נתבע אנונימי.

1. תביעה נגד נתבע אנונימי – ניתוח הדין הקיים

אין עוררין כי פרטי הנתבע הם מרכיב יסודי וחיוני בכל תובענה ותובענה. תקנה 9 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: התקנות) קובעת את הפרטים אשר יכיל כתב התביעה. סעיף קטן שלוש לתקנה 9 לתקנות אלו קובע כי כתב התביעה יכלול את "שמו של הנתבע, וכן מספר זהותו ומקום מגוריו, במידה שניתן לבררם". בית המשפט העליון קבע בדעת הרוב כי הסיפה "במידה שניתן לבררם" מתייחסת רק למספר הזהות ולמקום המגורים ולא לרישה: "שמו של הנתבע". כלומר, לפי פרשנות זו לא ניתן להגיש תביעה נגד נתבע לא ידוע. זהו תנאי

בלעדיו אין.¹⁶ אנו מבקשים להתמודד עם קביעה זו בשלושה מישורים שונים: ראשית, במישור הלשוני: אמירה זו גורפת מדי, שכן מבחינה לשונית תיתכן גם אפשרות כי הסיפה "במידה שניתן לבררם" מתייחסת לכלל חלקי הסעיף, כלומר גם על שמו של הנתבע. על תביעה ללא כתובת של הנתבע וללא מספר זהותו ניתן לומר כי היא תביעה שאינה עומדת בדרישות התקנה, ולמרות זאת אין הפסיקה רואה זאת כך. ההנחה היא כי פרטים אלו יתבררו בהמשך, ובעקבותיהם יתוקן ויושלם כתב התביעה. ניתן להתייחס כך גם לתביעה נגד נתבע אנונימי; שנית, במישור התכליתי: הוראת התקנה באה בעיקרה לציין מה לא יכיל כתב התביעה ופחות מזה מה כן יכיל ומה הן דרישות הסף לקיומו.¹⁷ לפיכך ייתכן כי מתקין התקנות לא התכוון לקבוע את שם הנתבע כתנאי בלעדיו אין לקיומה של תביעה; שלישית, במישור המדיניות הכללית: בסיכומן של תקנות סדר דין האזרחי נקבעה הוראה כללית, שלפיה, כברירת מחדל, אי-קיום התקנות אינו פוסל שום הליך.¹⁸ מלבד אלו, היצמדות דווקנית ללשון התקנות נראית תמוהה על רקע המגמות ההולכות ומעמיקות של החלת נורמות תום הלב ואיזון אינטרסים על הליכי סדר הדין האזרחי, כפי שנפרט להלן. פרשנות התקנה אמורה להיות מושפעת ממגמות אלו ומשיקולי מדיניות רחבים אשר יש בהם כדי לפרש את התקנה כמאפשרת תביעה נגד נתבע לא ידוע. פרשנות התקנה אמורה להיות מושפעת גם משינויים במציאות הטכנולוגית. מתקין התקנות אינו מדביק את קצב ההתפתחויות אך מותיר לבית המשפט את שיקול הדעת באשר להפעלת כללי הדין ולפרשנותם.¹⁹

16 פרשת מור, לעיל ה"ש 1, פס' 24 לפסק הדין.

17 וזו לשון התקנה: "וחוץ מן האמור בתקנות להלן לא יכיל אלא פרטים אלו". וכמו כן ראו ס"ק 5 "העובדות העיקריות המהוות את עלית התביעה". המילה "עיקריות" הוספה בתקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 2), התשנ"א-1991, ק"ת 5380, 29.8.1991, עמ' 1228. תיקון זה בא לצמצם את העובדות הנדרשות לפירוט בכתב התביעה.

18 ראו תק' 526 לתקנות סדר הדין האזרחי. כן ראו ר"ע 218/85 "אריה" חברה לביטוח בע"מ נ' שטמר, פ"ד לט(2) 452, 456 (1985): "(ב) ליקוי בכתב הטענות אינו חייב להכריע את גורלה של תביעה או – בשינויים הנובעים מן העניין – את גורלה של הגנה: בית המשפט מוסמך להתיר תיקון של כתב-בי-דין, והנוק, שנגרם לנוגעים בדבר על-ידי התמשכות הדין או על-ידי אובדן זמן, ניתן לתיקון על-ידי הטלת הוצאות". כמו כן ראו ע"א 734/83 חברת חשמל בע"מ נ' שפיר דוידוביץ (שותפות רשומה), פ"ד לח(1) 613 (1984): "השימוש בתקנה 491 [קודמתה של תקנה 526] ייעשה במקרים נדירים בלבד. אולם כאשר ברור, כי יישום של הוראה פלוגנית מתקנות סדר הדין האזרחי כפשוטה עלול לסכל את עשיית הצדק, במקום שיהיה לה לעזר, וכאשר קיים חשש, כי ייווצר מחסום בלתי מוצדק, המונע מיצוי זכויותיהם המהותיות של הצדדים, ניתן לעשות שימוש בתקנה הנ"ל, תוך חיוב בהוצאות של הצד הנושא באשם הרב יותר להתפתחות ההליכים (ע"א 240/66, בעמ' 862). כפי שכבר נאמר על ידי בית-משפט זה: [...] 'הכלל האמור בתקנה הוא (תקנה 491 – מ' ש') שאי-קיום התקנות אינו פוסל שום הליך; ועד שבית-המשפט יפסול הליך בשל אי-קיום התקנות, עליו להשתכנע תחילה שניתן לבטלו ללא גרימת נזק או עיוות-דין שאינם שקולים כנגד הפסול והפגם שבאי-קיום התקנות'".

19 שלמה לויין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 142 (2008).

2. הסדר שלילי או לאקונה?

בהנחה שאכן הוראת התקנה "במידה שניתן לבררם" לא חלה על שם הנתבע, וכי אין אפשרות להגיש תביעה ללא ציון שם הנתבע, יש לבחון אם ההסדר הקבוע בתקנה הוא הסדר שלילי שלפיו אי אפשר להגיש תביעה ללא שם נתבע, או שמא מדובר בלאקונה, שלפיה לא נתן המחוקק את דעתו למצב שבו תוגש תביעה ללא שם הנתבע ולא קבע בעניינה דבר, אף לא במשתמע. כאמור, דעת המיעוט בפרשת מור הסכימה עם דעת הרוב שההסדר הקבוע בתקנה 9 הוא הסדר שלילי שממנו עולה שאי אפשר להגיש תביעה בהיעדר שם הנתבע. דעת המיעוט הוסיפה נימוק שלה, וכתבה:

המחוקק טרם הסדיר את סוגיית חשיפת זהותם של גולשים מעולים בדין המהותי, וכאמור לבתי המשפט ישנה סמכות להכיר בעילות תביעה שאינן חקוקות. לעומת זאת, המחוקק, ומחוקק המשנה, הסדירו באופן פוזיטיבי את סדרי הדין – ובישראל, כך דומה, אם אין נתבע אין הליך. דומני, כי כאן מרחב התמרון השיפוטי מצומצם יותר. אף לגופו של עניין, חסרונותיו של הליך מסוג John Doe ברורים (לרבות התיקונים הרעיוניים הנרחבים ביותר שיש לשלב בתקנות סדר הדין).

אין ספק כי אחת השאלות המרכזיות הניצבת בפני בית המשפט שעה שהוא מבקש ליצור נורמה חדשה היא מה הייתה כוונתו של המחוקק כשהסדיר את הנורמה המפורשת. לא ברור מדוע את השתיקה בדין המהותי מפרשת דעת המיעוט כשתיקה שמשמעה הסדר משתמע, שלפיו יש בידי בתי המשפט סמכות לפתח עילות חדשות בדין המהותי, ולעומת זאת את השתיקה בדין הדיוני מפרשת דעת המיעוט כהסדר שלילי, שלפיו התכוון המחוקק שלא לפתח המשפט מעבר לנורמות שפיתח בעצמו. אין תשובות חד-משמעיות למשמעות השתיקה של המחוקק, ועל כן אין ברורה ההבחנה שעורכת דעת המיעוט בין השתיקה בדין המהותי לשתיקה בדין הדיוני.²⁰ ניתן להבחין בין הסוגיות ולומר כי אשר לסוגיה המהותית טרם נקבע הסדר חקיקתי כלשהו, ולכן אפשר לתפוס את היעדר ההסדר כלאקונה. לעומת זאת אשר לסדרי דין יש הסדרים מפורטים ותקנות שהותקנו מבעוד מועד, ולפיכך היעדר הסדר מפורט ייחשב הסדר שלילי, המלמד כי המחוקק ביקש להימנע מהסדר דיוני שכזה. למרות זאת, לטעמנו, התקנה אינה חוסמת את האפשרות להגיש תביעה ללא שם הנתבע, ואפשר לומר כי מדובר בלאקונה ולא בהסדר שלילי. שיקולי המדיניות שיידונו להלן במסגרת המישור הנורמטיבי העוסק בחקיקה שיפוטית מובילים אותנו למסקנה כי אפשר לראות בהסדר כאן לאקונה, ולפיכך ניתן לפנות להיקש ממוסדות משפטיים דומים הקיימים בשיטה.

20 ראו למשל על"ע 663/90 פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו, פ"ד מז(3) 404, 397 (1993); בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 457, 441 (1993); ע"א 108/59 פריצקר נ' "ניב" בע"מ (בפירוק), פ"ד יד 1549, 1545 (1960); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך א – תורת הפרשנות הכללית 465 (1992).

3. פיתוח מסגרת דיונית בדרך ההיקש – הזמנת עדים

בנסותו לגבש חזית מוצקה נגד יצירת המסגרת הדיונית של תביעה נגד נתבע אנונימי בית המשפט העליון ממשיך וטוען כי בתקנות סדר הדין בישראל אין תשתית מתאימה לקיום הליך גילוי מהסוג המבוקש.²¹ לטענתו, התקנות שעוסקות בגילוי מסמכים ועיון בהם חלות רק על מסמכים המצויים "ברשותו או בשליטתו" של בעל דין,²² וכי הפסיקה חזרה וציינה שאין להטיל חובת גילוי בנוגע למסמכים המצויים בחזקתו של צד שלישי זר להתדיינות.²³ אכן, תקנות הגילוי כשלעצמן אינן מאפשרות להזמין גורם שלישי לשם גילוי מסמך או מידע שיש בידו. הגם שיש לציין, מה שלא ציין בית המשפט העליון, כי התקנות קובעות חובת גילוי גם בקשר למסמכים שהיו ברשותו או בשליטתו של בעל דין. כלומר, אף שהמסמכים כעת בידי גורם אחר, בעל הדין חייב לפרטם אם היו ברשותו בעבר. כמוכך, גם בהרחבה זו של תקנות הגילוי אין כדי לסייע בידי תובע המבקש לאתר את הגולש האנונימי. אולם עיון מדוקדק באחד מפסקי הדין שאליו הפנה בית המשפט העליון מלמד כי אכן ניתן להזמין מסמך גם מצד שלישי שאינו קשור להליך, אלא שבית המשפט אינו אמור לעשות זאת שעה שנתבקש רק לגילוי מסמכים. אך אם יתבקש בית המשפט להזמין עד למסור מידע שברשותו במסגרת הוראות אחרות שבתקנות, רשאי הוא לעשות כן.²⁴ לטעמנו, ניתן ללמוד היקש לענייננו מההוראה המאפשרת לשופט להעיד כל אדם העומד לפניו. לפיכך ניתן להכיר במסגרת דיונית של בקשה לחייב צד שלישי לחשוף את שמו של הגולש.²⁵ יתרה מזאת, במסגרת הליך משפטי ניתן ליתן צווים נגד צדדים שלישיים אף חריפים מגילוי מידע בעלמא. כך למשל רשאי בית המשפט

21 פרשת מור, לעיל ה"ש 1, פס' 30 לפסק הדין.

22 תק' 112–114 לתקנות.

23 בית המשפט מפנה לרע"א 4256/98 ה.ל.ס. בע"מ נ' כור מתכת בע"מ, פ"ד (נג) 621 (1999); רע"א 11126/08 לבייבי נ' רפאלי (פורסם בנוב, 7.5.2009); ע"א 307/66 מ.מ. שניאורסון נ' בית החולים שערי צדק, פ"ד כ(4) 167 (1966); יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 434 (מהדורה שביעית, שלמה לוי עורך, 1995).

24 וכך נאמר בעניין ה.ל.ס., לעיל ה"ש 23, בעמ' 623: "על-פי תקנה 167, רשאי בית-המשפט לדרוש מכל אדם הנוכח במשפט להראות מסמך המצוי ברשותו או בשליטתו באותו מעמד. תקנה זו פורשה על-ידי בית-משפט זה על דרך ההרחבה, באופן ש'שופט רשאי גם להזמין עד על דעת עצמו, אלא שישתמש בכוח זה במקרים נדירים בלבד, שלא ייהפך לפרקליט הצדדים ויעשה את מלאכתם ויוכיח מיוזמתו את מה שבעל-דין החסיר".

גם פרשת לבייב, לעיל ה"ש 23, אינה מסייעת לענייננו של בית המשפט. לדעתנו, אדרבה, פסק הדין בעיקרו מלמד על הרחבה של צוי הגילוי, שלפיה ניתן להורות לבעל דין על גילוי מסמכים של חברה שבבעלותו אף שהחברה היא אישיות משפטית נפרדת, ראו רע"א 7264/95 ראש קש מסחר 88 בע"מ נ' רוכביץ, פ"ד מט(5) 793 (1996). כמו כן לא ברור מה נלמד מפרשת שניאורסון, לעיל ה"ש 23, אשר אינה עוסקת כלל בצד שלישי כי אם בבעל הדין עצמו. בנוסף, החלטתו של בית המשפט מתבססת על תק' 300 ואינה נוגעת כלל לתקנות גילוי המסמכים.

25 שמא יש להבחין בין הסוגיות: עד מוזמן להעיד לשם ביסוסו של מידע המצוי אצל בעלי הדין. לעומת זאת ספקית האינטרנט מוזמנת כדי לחשוף את בעל הדין שכנגד. שמא יש בכך מעין עקיפה של הנתבע. אם כי צריך לומר כי לא אחת מוזמן עד והוא מוסר עדות המביאה לחשיפת בעלי דין חדשים, ובעקבותיה אף מתבקש תיקונם של כתבי הטענות. כמו כן ראו התייחסותנו בפסקה הבאה.

לצוות על עיקול נכס הנמצא בידיו של צד שלישי.²⁶ ניתן לטעמנו ללמוד גם מכך היקש למקרה שבו מידע מצוי אצל צד שלישי. כמובן, יש הבחנה בין המקרים, ובמקרה האחרון הרי מדובר על נכס של הנתבע המוחזק אצל צד ג, אולם כאן ניכר כוחו של בית המשפט להגביל את שימוש, ואולי גם את קניינו, של צד ג כל עוד לדעת בית המשפט יש זיקה בין הנכס בידי צד ג למשפט המתנהל בין תובע לנתבע. בשיטת המשפט האמריקאית הפעילו בתי המשפט את סעיף 45(c)(2)(b) לכללי הפרוצדורה הפדרליים, המאפשר הוצאת צו מסוג *subpoena duces tecum*, כלומר צו המחייב את הנתבע או צד שלישי להציג מסמכים רלוונטיים לתביעה אזרחית. מכוח הוראה זו נתבקשו בתי המשפט להורות לספקי השירות לחשוף את זהותם של משתמשים על מנת לקדם תביעה אזרחית בעילות שונות ובהן לשון הרע. בשיטת המשפט הישראלית אין צו ישיר מעין זה, אך ניתן בהחלט ללמוד היקש מהוראות אחרות כדי להגיע לאותה תוצאה, כדלעיל.²⁷

בית המשפט העליון שולל גם את קביעתו של בית משפט קמא, שלפיה ניתן להיעזר בהוראה אחרת העוסקת בהזמנה לעדים.²⁸ בית המשפט מנמק ואומר: "לא ניתן, ללא הסדר מתאים, לקיים תהליך של זימון עדים ושמיעתם במעמד צד אחד, וכמורכב אין זה מצב נורמאלי שהעד כביכול הוא שבפועל משמש 'הצד שכנגד' לעניין חשיפת המידע". גם קביעתו זו של בית המשפט העליון אינה משכנעת דייה, שהרי בהליכים במעמד צד אחד ניתן בהחלט להזמין עד, ועדותו נשמעת במעמד צד אחד. כך למשל עיון מדוקדק בתקנות המסדירות את היתר ההמצאה לחו"ל מלמד כי המצהיר בתמיכה לבקשת ההיתר אינו בהכרח המבקש בעצמו, וייתכן כי מצהיר זה יוזמן לעדות, עדותו תישמע במעמד צד אחד, ועל פיה יינתן היתר המצאה לטובת המבקש.²⁹ יכול שתישמע הטענה כי אי אפשר ללמוד מסוגיית היתר ההמצאה לחו"ל מכיוון שהמצהיר מופיע מטעמו של התובע ומנסה לסייע לבקשתו של התובע. לעומת זאת בסוגייתנו הספקית המצהירה מוסרת עדות נגד בעל הדין שכנגד. כנגד טענה זו אפשר ללמוד היקש מהליך הבקשה למתן היתר לתחליף המצאה: ייתכן כי שליח בית הדין, שאינו קשור לשום צד, יוזמן למסור עדותו על ניסיונותיו לבצע את המסירה לידי הנתבע.³⁰ עדותו נשמעת במעמד צד אחד, ועל פיה עשוי להיקבע תחליף המצאה שיש בו כדי להקנות לבית המשפט סמכות בעניין, ובעקבותיה אף פסק דין במעמד צד אחד כנגד הצד שכנגד. לכן לטעמנו גם מהוראת תקנה 178 לתקנות סדר הדין האזרחי ניתן ללמוד היקש לטובת חשיפת שם הגולש האנונימי. מובן שהשאלה אם ראוי ליצור היקש אם לאו, ומה יהיה אופיו, כרוכה בטבורה בשיקולי מדיניות משפטית רחבים, ואלו יישקלו להלן כשנדון בשאלה אם ראוי ליצור מסגרת דיונית זו בדרך

26 תק' 365 לתקנות.

27 כן ראו את ס' 1 לפקודת הראיות.

28 תק' 178 לתקנות.

29 תק' 501 לתקנות. נכון הוא כי צו ההיתר הוא מעין סעד ביניים, עד שיגיע הנתבע ויפרוס את טענותיו, וכי במקרה דנן החשיפה היא סעד סופי ואי אפשר לחזור הימנו, אם כי כפי שנציע לקמן, ניתן להשתק את תביעתו של התובע אם יתברר כי ההליך שניהל במעמד צד אחד נוהל שלא כדין או בחוסר תום לב.

30 תק' 491 לתקנות.

החקיקה השיפוטית. לסעיף הבא נעבור בהנחה שאכן המחוקק התכוון להסדר שלילי, כלומר המחוקק אכן התכוון לשלול מסגרת של תביעה נגד נתבע לא ידוע ואין אפשרות לערוך היקש.

ב. המישור הנורמטיבי – הדין הראוי – האם רצוי ליצור את המסגרת הדיונית בחקיקה שיפוטית?

כאמור, החלטת בית המשפט בהלכת מור היא שאי אפשר ליצור את המסגרת הדיונית מכוח הדין הקיים, בין מכוח פרשנות ובין מכוח היקש מסוגיות דומות. השאלה שעולה אפוא היא אם בהיעדר דין חרות ניתן ליצור מסגרת דיונית זו באמצעות חקיקה שיפוטית. לדעת ברק החקיקה השיפוטית מתחלקת לשלוש קטגוריות: פרשנות, מילוי חסר (לאקונה) ופיתוח המשפט.³¹ בשתי הקטגוריות הראשונות עסקנו בסעיף הקודם. בסעיף זה נעסוק בקטגוריה השלישית היא החקיקה השיפוטית, שבה השופט יוצר נורמה משפטית חדשה לא כדי למלא חסר בטקסט נורמטיבי קיים כי אם לשם התאמת המשפט למציאות החיים.³² מוסדות והסדרים משפטיים אשר שירתו את החברה בעבר אינם מותאמים עוד לצורכי ההווה והעתיד, והשופט סוגר פער זה באמצעות יצירת נורמות חדשות. סמכותו של שופט לפתח המשפט היא הפרובלמטית ביותר מבין שלוש הקטגוריות.³³ בתי המשפט בישראל נוהגים הלכה למעשה לפתח את המשפט ולקבוע הלכות חדשות.³⁴ השיטה הישראלית מכירה בכוחה של הפסיקה ליצור דין הלכתי. בתי המשפט מפתחים את המשפט גם מעבר לפרשנות ומעבר לחסר, והדוגמאות לכך רבות.³⁵ זוהי למעשה החקיקה השיפוטית. ה"חקיקה" עניינה פונקציונלי (יצירת נורמות משפטיות כלליות), ואילו ה"שיפוטית" אין עניינה פונקציונלי (הכרעה בסכסוך) כי אם מוסדי (הרשות

- 31 אהרן ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" מבחר כתבים כרך א 757 (חיים כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000). כן ראו Roscoe Pound, *Mechanical Jurisprudence*, 8 COLUM. L. REV. 605 (1908).
- 32 ברק, שם, בעמ' 760. הדוגמה המובהקת היא פיתוח חלקים נרחבים של המשפט המקובל (common law) ודיני היורש במשפט האנגלו-אמריקאי: MELVIN A. EISENBERG, *THE NATURE OF THE COMMON LAW* (1988).
- 33 קו הגבול בין המדרגות השונות של החקיקה השיפוטית הוא עמום. ראו ד"ר 13/80 הנדלס נ' קופת עם בע"מ, פ"ד לה (2) 785, 793 (1981); ד"ר 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו (3) 701 (1982) ועוד. אלון סובר כי מדובר במילוי לאקונה; ראו מנחם אלון "עוד לענין חוק יסודות המשפט" שנתון המשפט העברי יג 227 (התשמ"ז). כך גם דיני השיתוף בין בני הזוג: האם הם פעילות פרשנית של ההסכם בין הצדדים, או שמא הם בגדר פעילות בפיתוח המשפט ובהתאמתו לצרכים המשתנים? ראו אריאל רוזן צבי יחסי ממון בין בני זוג (התשמ"ב).
- 34 ראו דבריו של השופט ויתקון בבג"ץ 29/62 כהן נ' שר הבטחון, פ"ד טז 1023, 1027 (1962): "לא פעם הכיר בית משפט זה בזכויות שלא בא זכרן בשום הוראה משפטית, ואלו בקבלן גושפנקא שיפוטית, לבשו צורה והתגבשו לזכויות מוכרות בדין. דברים שבנוהג ובמושגי הצדק הטבעי, שרק תמול שלשום היו חסרי דמות ובלתי גדורים, עולים בדרך זו על דרך המלך וזוכים לדרגה של זכות. זוהי ההתפתחות השיפוטית, המתנהלת בצידה של פעולת החקיקה ואינה נכנסת לתחומה, ולא הייתה רוצה להצר את צעדיה. סמכות זו ערובה היא לחופש הפרט".
- 35 ראו למשל ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח (3) 253 (1984).

השופטת). חקיקה שיפוטית משמעה יצירתן של נורמות משפטיות כלליות ומחייבות בידי הרשות השופטת. כאמור, מן ההיבט הפורמלי אין חולק כיום כי בשיטת המשפט הישראלית יש סמכות לשופט ליצור משפט. כאשר הרשות השופטת יוצרת נורמה משפטית אינדוידואלית, דהיינו נורמה המחייבת רק את המתדיינים בפניה, אין זו חקיקה שיפוטית כי אם שפיטה בלבד. חקיקה שיפוטית היא כאשר לפסק הדין יש מעמד של תקדים מחייב. לפיכך רק החלטתו של בית המשפט העליון ראויה להיקרא חקיקה שיפוטית.³⁶ למרות זאת אין להתעלם מהמציאות החברתית המשפטית ומהלכות בתי משפט שהלכתם אינה מחייבת.³⁷ החקיקה השיפוטית מעוגנת בדין בהוראותיו של חוק יסודות המשפט.³⁸ זוהי הסמכות הפורמלית. כיום החקיקה השיפוטית הפכה להיות חלק אינטגרלי מעבודתו של שופט. ולא רק זאת, אלא אדרבה: השופט אינו רשאי להימנע מהכרעה בסכסוך בשל היעדרה של נורמה משפטית.³⁹

כאשר בית המשפט אומר בפרשת מור כי "הליך זה מצריך הסדרה חקיקתית",⁴⁰ ודאי שאין כוונתו למישור הפונקציונלי, שהרי פונקציה כזו קיימת גם בידיה של הרשות השופטת ובסמכותה לעשות כן. אמירה זו כוונתה אפוא רק במישור המוסדי. מיהו המוסד הראוי לפתח את הנורמה: המחוקק הראשי או שמא בתי המשפט? שאלה זו היא חלק מסוגיה רחבה יותר הנוגעת ליחסי הגומלין בין חקיקה שיפוטית לחקיקה רגילה. קיימת הסכמה שחקיקה שיפוטית איננה מסגרת ראויה לכל תחום ותחום. לכל אחד משני המודלים: חקיקה טהורה או חקיקה שיפוטית, יש יתרונות המשתנים מתחום לתחום.⁴¹ בהלכת מור מנה בית המשפט כמה שיקולים המעידים שחקיקה שיפוטית איננה המסגרת הראויה ליצירת הליך נגד נתבע אנונימי, וכי יש להותיר מלאכה זו למחוקק. בחלק זה של הדיון נבחן את השיקולים שהביא בית המשפט בעניין מור ונטען כי אין די בשיקולים אלו כדי לשלול אפשרות של חקיקה

36 אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" מבחר כתבים כרך א 837 (חיים כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000).
37 שם, בעמ' 838. אמנם לפסיקה של ערכאות אלו אין תקדים מחייב, אך ההנחה היא ששחקני השוק פועלים על פיה, ועל כן הלכה למעשה יש לה תוקף של תקדים. הניסיון מלמד גם שבתי המשפט נוטים להתייחס לחקיקה שיפוטית כאל תהליך שבו הנורמות מתחילות להיקבע בבתי המשפט בערכאות נמוכות עד אשר תגיע השאלה לפתחו של בית המשפט העליון והוא אשר יקבע את הנורמה סופית. ובענייננו, אי אפשר להתעלם מהיצירה השיפוטית המתפתחת זה שנים. לפירוט הפסיקה הענפה בעניין ראו פרשת מור, לעיל ה"ש 1, פס' ג-1 לפסק הדין: "ברם, למעלה מעשרים פסקי דין שניתנו בחמש השנים האחרונות בערכאות הדיוניות מניחים – אולי מדויק יותר לומר יוצרים – עילת תביעה כאמור או מכירים בקיומה".

38 חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980.

39 Mordechai Rabello, *Non Liquef from Modern Law to Roman Law*, 9 *ISR. L. REV* (1976) 63.

40 פרשת מור, לעיל ה"ש 1, פס' 36 לפסק הדין. לאמירות כדוגמתה ראו למשל ע"א 178/70 בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחזיות בע"מ, פ"ד כה(2) 121, 136 (1971); ע"א 373/72 טפר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 7 (1974); ע"א 411/74 מכוניות הדר, החברה הישראלית ליבוא רכב בע"מ נ' סימן טוב, פ"ד כט(1) 561 (1974) ועוד.

41 היתרונות והחסרונות של כל אחד ממוסדות החקיקה נגזרים מפרמטרים שונים: התכונות המוסדיות של המוסד, המגבלות הארגוניות, האופן שבו החקיקה נעשית במוסד, תפקידו העיקרי של המוסד, היכולת שלו לקבל מידע וכיוצ"ב. ראו ברק "חקיקה שיפוטית", לעיל ה"ש 36, בעמ' 852.

שיפוטית. מלבד זאת נציין כמה נימוקים המצדיקים דווקא את החקיקה השיפוטית במקרה הנוכחי.

1. יצירת נורמה חדשה – בידי הרשות המחוקקת או הרשות השופטת?

אחד היתרונות החשובים של החקיקה השיפוטית הוא כי הנורמה צומחת ממציאות החיים וצמודה לעובדות החיים.⁴² תהליך התקדמותה הוא ממקרה קונקרטי אחד למקרה קונקרטי אחר, הליכה מן הפרט אל הפרט תוך מעבר להפשטה המאפיינת את הנורמטיביות החקיקתית.⁴³ המהלך האטי מאפשר זהירות, ביטחון וחזרה על העקבות במקרה הצורך.⁴⁴ זוהי דרך התפתחותו של המשפט המקובל, ולו יש כוח חיות פנימי, המקרין פתרונות חדשים למצבים חדשים. לחוק אין כוח חיות כזה. הוא מסדיר את אותם עניינים שלשנו משתרעת עליהם, אך אין הוא מקרין את עצמו לתוך השיטה. החוק אינו מקור להיקש ולפיתוח עקרונות כלליים.⁴⁵ תכונות אלו הופכות את ההלכה השיפוטית ל"שדה ניסויים נוח לשם רכישת ניסיון לקראת חקיקת חוק חרות".⁴⁶

בצד יתרונות אלו החקיקה השיפוטית סובלת מכמה חסרונות: ראשית, חקיקה שיפוטית היא ספורדית ולא שיטתית הואיל והיא תלויה ביזמתו של צד; שנית, בית המשפט מכריע בסכסוך אינדיווידואלי, והדבר משפיע על ניסוח ההלכה הכללית. צדק למתדיין אחד יכול להביא לידי אי-צדק לשיטה כולה; שלישית, הרשות השופטת היא בראש ובראשונה רשות שעניינה שפיטה, והחקיקה השיפוטית היא רק אינצידנטלית לה. לפיכך במעשה החקיקה השיפוטית יש חשש לפגיעה של אמון הציבור ברשות השופטת;⁴⁷ רביעית, הלכתו של בית המשפט היא לרוב בעלת תוקף רטרואקטיבי, ובכך אין הציבור מוזהר מפני הנורמה החדשה. אין מפרסמים "הצעת הלכה" לציבור, ולכן הלכה חדשה עלולה לפגוע בציפיות הסבירות של הצדדים ושל הציבור. הלכה חדשה עלולה אפוא לפגוע בחוש הצדק ולשלול אפשרות תכנון ההתנהגות. לעומת זאת במסגרת חקיקתה של הרשות המחוקקת ניתן להגשים שיקול זה של

42 לעניין זה ראו גם סטיב גולדשטיין "עוד בעניין תביעת-ייצוג-קבוצתית – ההתפתחות במשפט האנגלי" משפטים יא 412 (1981); סטיב גולדשטיין "תביעת-ייצוג-קבוצתית – מה ועל שום מה?" משפטים ט 416 (התשל"ט); נינה זלצמן מעשה-בית-דין בהליך אזרחי 435 (1991).

43 ואכן יש מקרים שהסדר הרשות השופטת היה מוצלח מהסדר המחוקק. ראו חוק איוון המשאבים אל מול ההסדרה של הלכת השיתוף, או למשל פנחס שיפמן "ואף-על-פי-כן – שיתוף נכסים" משפטים כו 399 (1996).

44 ROSCOE POUND, THE FORMATIVE ERA OF AMERICAN LAW 51 (1938): "Judicial finding of law has a real advantage in competition with legislation in that it works with concrete cases and generalizes only after a long course of trial and error in the effort to work out a practicable principle. Legislation when it does more than relate authoritatively when judicial experience .has indicated, involves the difficulties and the perils of prophecy"

45 ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה", לעיל ה"ש 31, בעמ' 779.

46 משה לנדוי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א 292 (התשכ"ח).

47 מנגד, גם חוסר בחקיקה שיפוטית עשוי לפגוע באמון הציבור במערכת השיפוטית. ראו ברק "חקיקה שיפוטית", לעיל ה"ש 36, בעמ' 874.

מדיניות משפטית: הצעת החוק מתפרסמת ברבים, האינטרסים השונים נשמעים בהליכי החקיקה, דבר החקיקה אינו רטרואקטיבי, והדבר מאפשר לציבור לתכנן התנהגותו.

2. חקיקה שיפוטית בדין הדיוני

בסעיף הקודם התייחסנו לפיתוח נורמה בדין המהותי. בסעיף זה נבקש לבחון את היתרונות והחסרונות האמורים כאשר עסקינן בפיתוח נורמה בדין הדיוני. דומה כי בהקשר זה הכף נוטה לטובת פיתוח הנורמה בדרך החקיקה השיפוטית דווקא: ראשית, במישור הסעדים, להבדיל ממישור הזכויות עצמן, יש מקום לחופש חקיקתי נרחב, שכן אלה על פי רוב אינם כרוכים בציפיות ובכללי התנהגות.⁴⁸ כמו כן שיקול הציפיות הסבירות לא יעדיף את פיתוח הנורמה בידי הרשות המחוקקת, שכן קביעת האמצעי הדיוני מתבצעת ממילא בתקנות סדר הדין האזרחי, אשר אותן אין מלווה אותו תהליך ארוך של חקיקה. לא זו אף זו, תכונת הרטרואקטיביות אינה צמודה בהכרח לחקיקה שיפוטית,⁴⁹ וניתן לקבוע כי הנורמה החדשה שנוצרה תחול מכאן ולהבא.⁵⁰ מלבד זאת, יקשה לומר כי פיתוח המשפט הדיוני בידי הרשות השופטת יפגע באמון הציבור. דווקא בתחומים כמו דיון אזרחי ודיני ראיות, הנתפסים כתחומים פרוצדורליים, ראוי לאפשר לשופט מרחב לחקיקה שיפוטית. אין הדבר דומה לתחומי משפט שבהם קיים מטען אידאולוגי (כגון מקצת דיני המשפחה) או מטען מוסרי (כגון המתת חסד), שבהם רצויה התאפקות שיפוטית. עניינים אחרונים אלו נתונים במחלוקת חברתית אידאולוגית, ויש אפוא מקום רב יותר להותיר את יצירת הנורמה לרשות המחוקקת. העדפת יצירת נורמה דיונית בדרך החקיקה השיפוטית מקבלת חיזוק בדבריו של הנשיא ברק בפרשת א.ש.ת., העוסקת בשאלה מיהו המוסד הראוי להסדיר את מסגרת התובענה הייצוגית, וכך כתב:

ראשית, עניין לנו בסוגיה שבסדרי דין. גם אם הסוגיה היא מורכבת וסבוכה, היא עוסקת באופן ניהול המשפט ותוצאותיו הדיוניות. דווקא סוג זה של מצבים, יותר מכל מצב אחר, מתאים לפרשנות שיפוטית דינמית. "בחלוקת העבודה" בין הרשות המחוקקת לשופטת – שעליה עמד חברי המשנה לנשיא – סוגיה זו "שייכת" לרשות השופטת דווקא. פעילות שיפוטית אקטיבית בתחום זה ראויה היא. אין היא פוגעת בציפיות סבירות, והיא נשענת על ה"מומחים"

48 עניין קניג, לעיל ה"ש 33.
49 ברק "חקיקה שיפוטית", לעיל ה"ש 36, בעמ' 887. כן ראו עדנה קפלן "תחולה צופה פני עתיד לתקדימי בית המשפט העליון" משפטים ט 221 (התשל"ט).
50 כפי שאכן קבע השופט עמית בפסק דינו בעניין מור במחוזי, לעיל ה"ש 5. בית המשפט העליון חלק עליו בנקודה זו וכתב בפרשת מור, לעיל ה"ש 1, פס' 37: "אילו סברתי כי במישור המשפטי קמה למערער זכות לקבלת הסעד של חשיפת זהותו של המפרסם האנונימי, אזי ללא ספק הייתי קובע כי יש להוציא אל הפועל קביעה זו על עניינו. כפי שפסק בית משפט זה (ראו בעיקר רע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון אלחמיד)".

העיקריים בתחום זה, הם השופטים עצמם. במדינות רבות – ואף אצלנו בתקופת המנדט – התקנתן של תקנות סדר דין הייתה בידי השופטים עצמם.⁵¹

מנגד, הסדרת הנורמה בחקיקת משנה מאפשרת גמישות ותיקונים מהירים, ויתרון החקיקה השיפוטית על פני הליך החקיקה נחלש אפוא כאשר הנורמה מוסדרת ברגיל בחקיקת המשנה.⁵² בנוסף, חקיקה שיפוטית עלולה להוביל למצב של חוסר אחידות וחוסר עקיבות, באשר בתי משפט שונים מכריעים הכרעה שונה בכל תיק ותיק. פגם זה ניתן לתיקון אם בית המשפט העליון יקבע הלכות ברורות בעניין ויתווה את המישור הראוי ליצירת מסגרת דיונית זו.

3. סמכות טבועה – Inherent Jurisdiction – בתחום הדין הדיוני

בית המשפט העליון חושש ליצור את המסגרת הדיונית בנמקו כי מדובר בהתוויה של פרק שלם, וכי מדובר בשינוי דרמטי בסדרי הדין אשר ראוי לו שהמחוקק הוא שיסדירו. כדי להתמודד עם טענתו זו נבקש להציג מוסד נוסף שיש בו כדי לצדד בפיתוח הנורמה הדיונית בידי הרשות השופטת דווקא, הלא הוא מוסד הסמכות הטבועה. זהו מוסד מקביל למוסד החקיקה השיפוטית. בעניין מחלב הוגדרה הסמכות הטבועה כך:

הסמכות הטבעית שמדובר בה במשפט זה אינה אלא אותה סמכות מינימאלית בענייני נוהל, יעילות המשפט וצדקתו הדרושה לבית המשפט כדי שיוכל למלא את התפקיד שלמענו הוא קיים: עשיית משפט צדק. סמכות זו היא הביטוי החיצוני לחוש הצדק הפנימי שהשופט ניחן בו והנותן לו פורקן בעשייה היומיומית שלו.⁵³

סמכות טבועה היא הסמכות שבית המשפט ייזקק לה כאשר לשאלה הצריכה הכרעה אין מענה באחד החיקוקים.⁵⁴ סמכות טבועה משמעה סמכותו הטבעית, המתבקשת מעצמה, של בית המשפט, אשר אלמלא הייתה מוקנית לו לא היה בידיו למלא את תפקידו כראוי.⁵⁵ הסמכות הטבועה חלה רק על עניינים שבסדר דין להבדיל מהוראות שבדין המהותי.⁵⁶ חובה על בית המשפט להשתמש בסמכותו הטבועה כדי למנוע עיוות דין.⁵⁷ סמכות זו מציידת את בתי המשפט בכלים החיוניים הן לשמירת מעמדם המיוחד והן לניהול ההליך השיפוטי. לרשות

51 רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטיים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220, 287 (2003).

52 שם, בעמ' 286.

53 ד"נ 22/73 בן שחר נ' מחלב, פ"ד כח(2) 89, 96 (1974).

54 פנחס גולדשטיין "הסמכות הטבועה של בית המשפט" עיוני משפט י 37 (1984); דליה אבן "סמכותו הטבועה של בית המשפט מקור לסעדי יושר" משפטים ז 490 (1976).

55 משה קשת הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי – הלכה ומעשה 350 (מהדורה 15, 2007).

56 ראו ע"א 230/87 שקולניק נ' זכאי, פ"ד מו(3) 279, 284 (1992); דנ"א 7325/95 קראוס נ' ידיעות אחרונות, פ"ד נב(3) 1, 2 (1998); רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 265 (1999).

57 קשת, לעיל ה"ש 55, בעמ' 351.

השופטת סמכות טבועה לקבוע לעצמה סדרי דין שיהיו נוהגים בהם באותם עניינים שהמחוקק לא קבע אותם, או לא התווה דרך לקביעתם בידי מחוקק המשנה. בית המשפט העליון הכיר בכוחה של ערכאה לגבש לעצמה סדרי דין מלאים מכוח סמכותה הטבועה.⁵⁸ במסגרת זו הותקנו למשל תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל – התשנ"ג,⁵⁹ אף שמדובר בהתוויית פרק שלם וחדש.

בנוסף, התחום הדיוני מתפתח באמצעות חקיקה שיפוטית הלוכשת לאחר מכן לכבוש של חקיקת משנה. כך למשל במקרים מיוחדים היה בית המשפט רשאי על יסוד סמכותו הטבועה ליתן לבעל דין סעד זמני לפני הגשת התובענה בתנאי שתוגש תובענה תוך זמן קצר. כעבור זמן הוסדר הדבר בתקנות.⁶⁰ וכך למשל הייתה לבית המשפט סמכות טבועה להתנות מתן צו לסעד זמני בהמצאת ערובה.⁶¹ כעבור זמן הותקן תיקון מס' שש לתקנות סדר הדין האזרחי וכלל יצירה הלכתית זו בחקיקת המשנה.⁶² לטעמנו, יש במוסד הסמכות הטבועה כדי להכשיר את יצירת המסגרת הדיונית האמורה אף שלטענת בית המשפט מדובר בהתוויית פרק שלם. בסעיפים הבאים נבקש להתמודד עם נימוקים נוספים אשר בית המשפט העליון העלה כשיקול לשלילת יצירת המסגרת הדיונית בדרך של חקיקה שיפוטית.

4. הגינות דיונית כמחסום בפני יצירת מסגרת דיונית בדרך החקיקה השיפוטית

נדמה כי בית המשפט חש כי הטיעון הפורמלי בדבר היעדר שם הנתבע אינו כה משכנע באקלים הנוכחי של השיטה הדיונית בישראל, שעליה עוד נרחיב להלן. יש בו אולי להתמודד עם דרך הפרשנות, אך אין בו כדי להסביר מדוע לא לפתח את המסגרת הדיונית בדרך של חקיקה שיפוטית. לפיכך בית המשפט מבקש לשלול מסגרת דיונית זו גם במישור העקרוני, וכך כתב:

אולם הקושי אינו מסתיים בפשט התקנה. הפרטים והמידע שצריכים להיכלל בכתב התביעה הם בעלי חשיבות עקרונית והם אמורים לבטא את קיומה של עילה לתובע נגד הנתבע. ניסוח כתב התביעה וצורתו צריכים לעמוד בסטנדרטים של הגינות דיונית, תיאור ראוי של גדר המחלוקת, שקיפות ויעילות

58 בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני תל אביב יפו, פ"ד מח(2) 491, 499 (1994): "לדעתי, בהיעדר הסמכה סטטוטורית בעניין זה, הסמכות לקבוע סדרי דין נתונה לבתי הדין הרבניים עצמם. מקורה של הסמכה זו הוא בסמכותה הטבועה של כל ערכאת שיפוט לקבוע לעצמה סדרי דין". עוד ראו בג"ץ 136/54 פולאק נ' הרצוג, פ"ד ט 155, 165 (1955); גולדשטיין, לעיל ה"ש 54, בעמ' 49.

59 י"פ התשנ"ג 2298.

60 ראו תק' 363(א) לתקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 6), התשס"א-2001, ק"ת 6119 (8.8.2001), בעמ' 976; קשת, לעיל ה"ש 55, בעמ' 357; ע"א 22/73 (המ' 175/73) ברדה שבטא חברה קבלנית לבנין בע"מ נ' מאירסון, פ"ד כז(2) 604 (1973); רע"א 5805/90 רוט נ' אינטרקונטיננטל קרדיט קורפוריישן ניו-יורק, פ"ד מה(3) 45, 48 (1991).

61 ההלכה הפסוקה קבעה כי ערובה הניתנת לשם הבטחת צו שיפוטי "יונקת את תוקפה המחייב מעצם סמכותו של בית המשפט לדורשה [...] והיא נוצרת מכח סמכותו הטבועה של בימ"ש להטיל חיוב כאמור". ע"א 732/80 ארנס נ' "בית אל זכרון יעקב", פ"ד לח(2) 645, 658 (1984).

62 ראו תק' 364 לתקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 6).

(ראו דודי שוורץ סדר דין אזרחי: חידושים, תהליכים ומגמות 157 (תשס"ז)).
 זיהויו של הנתבע הוא יסוד חיוני בקיום תכליות אלה [...] ברור לכן שלא ניתן
 להכיר באפשרות להגיש תביעה כזו מבלי לקבוע באותה נשימה הוראות
 שישמרו על זכויותיו של הנתבע בלי-שם ויבטיחו את הגינותו הדינית של
 ההליך ואת יעילותו.⁶³

הנמקה זו אינה משכנעת. לא ברור מדוע תביעה המוגשת בתחילת דרכה ללא זהותו של הנתבע
 אינה עומדת בסטנדרטים של הגינות דינית. שוורץ אינו מתייחס לכך בספרו כי אם מחלק בין
 גישה אדברסרית קיצונית, שלפיה כתב התביעה הוא מעין הזמנה ראשונית למערכה, ולכן הוא
 אמור להיות "רזה" מטבעו, לבין שיטה דינית בעלת אופי אינקוויזיטורי, הגורסת כי כתב
 התביעה יציג את עמדת התובע במלואה. כאמור, השיטה הישראלית הדינית נעה בין גישות
 אלו, כאשר דרישת ההגינות הדינית משקפת יותר את הגישה האינקוויזיטורית.⁶⁴ ייתכן כי לפי
 גישה זו יש מקום רב יותר לדרוש את זהות הנתבע כבר מתחילת דרכה של התביעה. אולם
 מבחן העזר שמציע שוורץ להגינות דינית בין בעלי דין יריבים הוא זה: "עד כמה התנהגותם
 משרתת את הצבת הפלוגתאות השנויות באמת במחלוקת ביניהם, מהותן, בירורן וההכרעה
 בהן".⁶⁵ דומה כי דווקא אי-חשיפתו של הנתבע, בחסות בית המשפט, היא היא המחבלת
 בהגינות הדינית במנעה את הצבת הפלוגתאות השנויות במחלוקת.

יתרה מזאת, סקירת ההלכות שבהן הוחלו נורמות של הגינות דינית בסדרי הדין מלמדת כי
 היה יסוד נפשי מסוים של חוסר הגינות דינית מצד בעל הדין. ככלל ניתן לאפיין את הנסיבות
 העובדתיות בהלכות הללו כהתנהגות לא הוגנת, המנסה להערים על ההליך המשפטי ולחבל
 בו.⁶⁶ לעומת זאת בסוגיה דנן התובע מבחינתו היה מעדיף לציין את שם הנתבע. אין לתובע כל
 תועלת מכך שהנתבע נותר אנונימי ותביעתו אינה עומדת בדרישות סף. התובע עצמו אינו
 מבקש להסתיר דבר ואינו "מחבל" במהלך ההליך. מי שעוטה על פניו מסכה הוא הנתבע. בית
 המשפט טוען עבורו את טענותיו וקובע כי יש להיצמד ללשון התקנות, ובחסותן מרשה למעשה
 לנתבע לפרסם דברים העלולים להיות עברה או עוולה, כאשר הדרך לבירור זהותו חסומה

63 פרשת מור, לעיל ה"ש 1, פס' 27 לפסק הדין.

64 ראו למשל John H. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*. 52 U. CHI. L. REV. 823 (1985)

John C. Reitz, *Why We Probably Cannot Adopt the German Advantage in Civil Procedure*, 75 IOWA L. REV. 987 (1990)

65 ראו דודי שוורץ סדר דין אזרחי: חידושים, תהליכים ומגמות 98 (2007).

66 ראו למשל בש"א 1912/08 ג'בארין נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 15.5.2008): "חובתו

של בעל דין הטוען לחוסר סמכות עניינית לטעון הטענה במועד, ולא לתת להליך להוסיף ולהתנהל תוך המתנה לתוצאה"; בש"א 1788/06 קלינגר נ' זקס, פס' 7 להחלטה (פורסם בנבו, 13.11.2007): "כלל 'הידיעה' על מתן פסק דין שניתן בהעדר הצדדים לא נועד לתפוס את מקומו של כלל ה'המצאה' המעוגן בדין. כלל זה איננו אלא אחת ההשתקפויות של חובת תום הלב הדינית המוטלת על כל בעל דין באשר הוא, ואין פירושו אלא, כי מקום שבו יודע בעל דין ידוע היטב על קיום פסק דין בעניינו, [...] כי אז יתכן בנסיבות מסוימות כי חובת תום הלב הדינית תפעל כחסם וכמניעות לייזום הליך ערעורי עם חלוף תקופה ארוכה מאז ידע בעל הדין בפועל על פסק הדין"; ת"א (שלום חי) 24894/01 שירי נ' מדינת ישראל, פס' 5 להחלטה (פורסם בנבו, 9.5.2007).

בטענה פרוצדורלית בלבד. דומה כי אף הרף הגבוה של הגינות דיונית, שנזכר בכמה פסיקות,⁶⁷ המצפה מבעל דין להתנהג התנהגות אלטרואיסטית של ממש ולדאוג לאינטרס בעל הדין שכנגד אינו רלוונטי בסוגייתנו. במבט רחב יותר, אין טובה מדוגמה זו ללמדנו עד כמה השימוש בסטנדרטים ובאמות המידה של תום לב והגינות דיונית נעשה לעתים ללא בקרה, וכל אימת שמהלך דיוני מסוים לא נראה לבית המשפט, הוא מגייס לשם כך נשק לא קונבנציונלי זה. על החלתו של עקרון תום הלב להיעשות בזהירות רבה.⁶⁸

אם נמשיך את הקו האמור, שלפיו מי שפעולתו חוטאת להגינות הוא דווקא הנתבע, הרי מקובל בפסיקה כי בשם "ההגינות הדיונית" ניתן גם לייתר את לשונן המפורשת של התקנות. כך למשל קבע בית המשפט כי כלל הידיעה עשוי להחליף את כלל ההמצאה, וכי מניין הימים להגשת הערעור יימנה מיום הידיעה אף שלשון התקנות מחייבת המצאה לבעל דין.⁶⁹ האם לא נכון לומר כי בשם ההגינות הדיונית היה ניתן לייתר את דרישת ציון שמו של הנתבע ולו בשלבי הראשונים של ההליך, שמטרתם היא אך ורק חשיפת זהותו? הדברים מקבלים משנה תוקף אם תתקבל הצעתו של בית משפט קמא, שלפיה יש לאפשר לנתבע להגיב אנונימית לבקשה לחשפו. האם בכך אין חוסר הגינות דיונית?

אם נבקש לעלות שלב נוסף נאמר כי נורמות ההגינות הדיונית מוחלות גם על רשויות שלטוניות בהפעילן את הפונקציות שעליהן הן מופקדות.⁷⁰ יש להחיל חובה זו גם על הרשות השופטת עצמה. האם חובת ההגינות הדיונית אינה מחייבת את הרשות להפעיל את סמכויותיה ואת הכלים שיש בידיה (חקיקה שיפוטית) כדי לאפשר לאדם לממש זכותו? על כגון דא נאמר בפרשת לב:

67 ראו שוורץ, לעיל ה"ש 65. כן ראו פרשת שפיר דוידוביץ, לעיל ה"ש 18, המחייבת בעל דין להסב את תשומת לבו של בעל הדין שכנגד למחדל דיוני שלו.

68 ביני החוזים ראו למשל מיגל דויטש "דיני חוזים: סקירה והתפתחות" ספר השנה של המשפט בישראל 167, 173 (אריאל רוזן צבי עורך, 1997); מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כט 17 (2005); אריאל פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כב 647, 661 (1999). המעבר מדוקטרינות מקומיות לעקרונות-על, ובכללם עקרון תום הלב, משקף את הגדלת כוח התערבותו של בית המשפט. הדבר בעייתי יותר במטריה ובסביבה של סדר דין אזרחי. ראו דודי שוורץ "מגמות התפתחות בסדר דין האזרחי" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 417 (אריאל רוזן צבי עורך, 1997). כן ראו בספרו, לעיל ה"ש 65, פרק 2, בעמ' 47.

69 עניין קלינגר, לעיל ה"ש 66.

70 בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 292 (1998): "מקובל על הכול, כי השלטון חב חובת הגינות כלפי הפרט, והיא חלה לעניין כל פונקציה שלטונית. חובה זו התגבשה בדרך של התפתחות. תחילה הוכרו חובות מיוחדות (כגון של שימוע), שסוכמו על-ידי עיקרון שקיבל חיוניות משל עצמו וממנו נגזרו חובות חדשות, וחוזר חלילה. העיקרון כולל חובת הגינות דיונית ומהותית כאחד. ההגינות הדיונית קובעת כי על השלטון לנקוט הליך הוגן מבחינתו של הפרט, לדוגמה, חובת השימוע והאיסור על ניגוד עניינים. חובת ההגינות המהותית קובעת כי על השלטון לשקול שיקולים ראויים, לדוגמה: החובה לפעול בסבירות ושלא למטרות זרות".

הסמכות השיפוטית הטבועה (כמו גם הסמכות השיפוטית המפורשת בענייני דיון) היא במהותה "סמכות שלטונית". על-כן יש להפעילה בסבירות. אכן, השופט, ככל אדם המפעיל סמכות שלטונית, חייב לפעול בסבירות [...] חובה זו לפעול בסבירות מוטלת גם על השופט שעה שהוא מפעיל סמכות טבועה המוענקת לו. הפעלה סבירה של סמכות שיפוטית מהי? התשובה הינה, כי הפעלה סבירה של סמכות שיפוטית משמעותה הפעלתה באופן המאזן כראוי בין הערכים, העקרונות והאינטרסים שיש לקחתם בחשבון.⁷¹

לרוב, וכך גם בפרשת לב, עקרון "ההפעלה הסבירה" בא להצר את צעדיו של בית המשפט.⁷² אולם עיקרון זה אמור גם להניע את בית המשפט לפעול כאשר הוא נמנע מלנקוט פעולה אשר היה אמור לנקוט. וראו עד כמה הדברים שנאמרו בהמשך פרשת לב יפים לענייננו:

עם זאת, ניתן להצביע על מספר שיקולים טיפוסיים, העוברים כחוט השני בהליך הדיוני בכלל ובהפעלת הסמכות הטבועה בפרט. שיקול מרכזי הוא זה של הצדק הדיוני. שיקול זה משמעו, בין השאר, ראיית ההליך הדיוני כנועד להגשים את המשפט המהותי, על בסיס חשיפת האמת. הצדק הדיוני מחייב קיומם של כללי הצדק הטבעי, שעניינם מתן הזדמנות לכל צד להשמיע טענותיו, איסור על משוא פנים וחובת הנמקה. כן נגזרים מהצדק הדיוני כללים בדבר הגינות הדיון. במסגרתו של זה ניתן להזכיר את הידיעה על קיום הדיון, הזדמנות נאותה להצגת העמדה, הפעלה הוגנת של כוחות דיוניים, פומביות הדיון והנגישות לבית המשפט. כן ניתן לכלול במסגרת זו את יעילות הדיון, פישוטו וסופיותו. במסגרת שיקולים טיפוסיים אלה יש לכלול גם את השאיפה לביטחון, יציבות וודאות בהסדרים דיוניים.

ספק רב אם הימנעות מהפעלת הסמכות השיפוטית ואי-יצירת מסגרת דיונית לתביעה נגד נתבע אנונימי היא הפעלה סבירה של הסמכות שהופקדה בידי בית המשפט. ספק רב אם היא "הפעלה הוגנת של כוחות דיוניים" בידי בית המשפט.

שיקול הדעת במסגרת ההגינות הדיונית כרוך גם בשאלה עד כמה ייגרם עיוות דין למי מבעלי הדין בניהול התביעה או ההגנה בעקבות התנהגותו של בעל דין שכנגד.⁷³ בהקשר זה נבחן את הנזק העלול להיגרם לנתבע אם תוגש נגדו תביעה ללא ידיעתו, ואם תוגשנה בהיעדרו בקשות מסוימות כדי לחשוף את זהותו. ובכן, הליך שבו הנתבע או המשיב אינו יודע כלל כי מתנהל נגדו הליך אינו כה נדיר בשיטת המשפט הישראלית. השיטה מצאה את הדרך לאזן את הפגם הכרוך בכך. כך למשל בתביעה המוגשת נגד נתבע הנמצא מחוץ לישראל: הנתבע אינו

71 עניין לב, לעיל ה"ש 58, בעמ' 501.

72 בפרשת לב, שם, קבע בית המשפט העליון כי בית הדין הרבני הפעיל את סמכותו באופן לא סביר כאשר עיכב את יציאתה של האישה לחו"ל במסגרת תביעתו של הבעל לשלום בית.

73 ראו למשל בש"א (שלום חי) 18844/05 שירותי בריאות כללית נ' ניני (פורסם בנבו, 17.10.2006).

יודע כלל על פרשת התביעה הואיל ואי אפשר להמציא לו את כתבי בית הדין ללא היתר המצאה לחו"ל.⁷⁴ הליך היתר ההמצאה מתנהל בהיעדרו. הבקשה נידונה במעמד צד אחד, ואם תתקבל הבקשה יינתן היתר המצאה לחו"ל אשר יאפשר למסור את כתבי בית הדין לנתבע ולהקנות סמכות בין-לאומית לבית המשפט הישראלי. בהיעדר תגובה מצד הנתבע בית המשפט הישראלי רשאי אף ליתן פסק דין במעמד צד אחד. ההגנה על האינטרסים של הנתבע באה בדמות שתי דרישות פרוצדורליות: ראשית, על התובע להוכיח כי יש בידו עילת תביעה טובה וראיות לכאורה להוכחתה.⁷⁵ בהיעדר אלו לא יינתן היתר המצאה, והתביעה תימחק;⁷⁶ שנית, הנתבע רשאי להגיש בקשה לביטול היתר ההמצאה.⁷⁷ הרשאה זו משמעה כי הדיון בבקשתו יפתח את הדיון בבקשה הראשונה, והנטל בבקשת ביטול הצו מוטל על התובע אף שיש בידו צו היתר המצאה זה מכבר. היה ויעמוד המבקש הראשון בנטל – ייוותר הצו על כנו, והיה ולא – יתבטל הצו. אלו נקודות האיזון הבאות לשמור על ההגינות הדיונית בהליך שממנו נעדר הנתבע.

נקודות איזון אלו קיימות בהליכים נוספים המתקיימים במעמד צד אחד. כזאת היא למשל בקשה לתחליף המצאה,⁷⁸ וכן היתר לצרף נתבע.⁷⁹ מלבד אלו יש פרק שלם בסדר דין אזרחי המתנהל במעמד צד אחד כדבר שבשגרה – הלא הוא פרק הסעד הזמני: בית המשפט יעניק את הסעד הזמני רק אם שוכנע, על בסיס ראיות מהימנות לכאורה, בקיומה של עילת התובענה ובקיום התנאים המפורטים בהוראות המיוחדות בכל סעד וסעד;⁸⁰ על המבקש להפקיד ערובה בקופת בית המשפט; נשקלת מידת הנזק שתיגרם למבקש לעומת הנזק שייגרם למשיב. יש סעדים זמניים שבמקורם נידונים במעמד צד אחד, והאחרים ניתנים להידון במעמד צד אחד.⁸¹ נקודות האיזון בהליכים אלו הן הנטל הראייתי הראשוני, הערובה, מבחן איזון האינטרסים והדיון השני המתקיים במעמד שני הצדדים,⁸² ובו הנטל מוטל שוב על המבקש הראשון אף שקיבל את הסעד הזמני זה מכבר.⁸³

נקודות איזון מעין אלו, המבקשות למעשה להגן על אינטרס הצד שאינו נוכח בפנינו, הוצעו בבית משפט קמא במקרה דנן, ובכללם פרסום דבר הגשת התביעה באמצעים מתאימים; מנגנון

74 על פי כללי תק' 500–503 לתקנות. ביום 24.11.2013 נוספה תק' 503א, הקובעת כי אין להמציא מסמכים אם הנתבע או בא כוחו הגיעו ארצה רק כדי לכפור בסמכות; ראו ק"ת התשע"ד 7307.
75 ראו תק' 501 לתקנות וכן ע"א 565/77 מזרחי נ' Nobel's Explosives Ltd., פ"ד לב(2) 115 (1978).
76 תק' 501 (ב) לתקנות.
77 תק' 502 לתקנות.
78 תק' 498 לתקנות.
79 תק' 22 לתקנות.
80 תק' 362 לתקנות. הפרק כולו תוקן במסגרת לתקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 6).
81 תק' 366 (ב) לתקנות.
82 תק' 241 לתקנות.
83 לוי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 36; רע"א 8420/96 מרגליות נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ, פ"ד נא(3) 789 (1997), שבו נקבע: "אין מקום לראות את הבקשה למתן צו העיקול ואת הבקשה לביטולו כשני הליכים נפרדים זה מזה. התהליך [...] מחייב עתה לראות את הדיון בבקשת הביטול כהמשך הדיון בבקשה המקורית".

של ייצוג הנתבע בבית המשפט על ידי בא כוח מבלי שזהותו תיחשף; מיצוי האפשרות לחשוף את הנתבע מבלי להיזקק לצו שיפוטי; יידוע המפרסם על דבר הכוונה לחשוף את זהותו, והנתבע האלמוני יוכל לפנות לבית המשפט ולהתנגד לבקשה מבלי שזהותו תיחשף. בית משפט קמא אף הציע כי חשיפת הזהות תיעשה בשלבים: בתחילה יימסרו הפרטים לעיניו של בית המשפט בלבד; בית המשפט ימציא העתק של התביעה ושל הבקשה לנתבע שפרטיו נמסרו בידי ספק הגישה; הנתבע יוכל להגיש מסמך לבית המשפט ובו יביע את טעמי ההתנגדות לחשיפת הזהות. בית המשפט העליון סובר כי התוויה פסיקתית כזו מעוררת קושי רב, וכי מדובר למעשה בשינוי שיפוטי דרמטי של התקנות באמצעות הוספת פרק חדש שעניינו "תביעה נגד נתבע אנונימי".

דומה כי אכן הדרכים שהציע בית משפט קמא בהצטרפן יחד מהוות פרק חדש, ומכאן מובנת רתיעתו של בית המשפט העליון והעדפתו להפנות את העניין להסדרה חקיקתית. ברם תחתיה ניתן להשתמש בכלים הקיימים זה מכבר בהליכים במעמד צד אחד כמפורט לעיל, ובכללם הוכחת עילת תביעה טובה, ראיות לכאורה, ערובה ומתן אפשרות לנתבע להחזיר את הגלגל לאחור כשיופיע בפני בית המשפט לראשונה ועוד. כלים אלו קיימים בשיטה, נוצרו בדרך החקיקה השיפוטית, מיושמים בהליכים שונים במעמד צד אחד, ויישומם בתביעה נגד נתבע אנונימי לא ייחשב שינוי דרמטי. ודאי שאין הם מזקיקים התוויית פרק חדש.⁸⁴ כך למשל היות שהתביעה אינה מושלמת, ניתן לדרוש נטל מחמיר יותר של הוכחת העילה וסיכויי הצלחתה כבר בשלביה הראשונים של התביעה. נטל מחמיר זה פותח בפסיקת בתי המשפט בתביעה שאינה מושלמת מסוג אחר, הלא היא התובענה הייצוגית. אמנם מלכתחילה נדרש אישור להגשת תביעה זו,⁸⁵ אולם הפסיקה הלכה ופיתחה דרישות נוספות ולא ראתה בכך התוויית פרק חדש: הפסיקה החמירה וקבעה כי אין די בשאלת קיומה של עילת התביעה, ויש לבחון גם את סיכויי הצלחה להוכחת אותה עילה; בית המשפט נדרש לבחון את מלוא חומר הראיות המוצג בתביעה; בשורה של פסקי דין הוסיפה הפסיקה וקבעה כי תובע ייצוגי פוטנציאלי המבקש להוכיח הוכחה מקדמית את עילתו צריך לעמוד ברף מחמיר מזה שתובע המבקש להגן על תביעתו מפני סילוק על הסף צריך לעמוד בו.⁸⁶ יש לציין כי גם בשיטת המשפט האמריקאית דרישות מעין אלו נקבעו בדרך הפסיקה בלבד ללא כל התוויה חקיקתית מסודרת, כפי שנפרט להלן בפרק על המשפט המשווה. החלטת בית המשפט בסוגיה זו אינה מתיישבת עם פיתוח זה בידי הרשות השופטת.

יש ליתן את הדעת כי בכל ההליכים במעמד צד אחד ההליך שהתקיים בהיעדר הצד השני בר-ביטול וניתן לחזור לנקודת הפתיחה בטרם קבלת הצו (הפיך). מובן לכול הקושי בסוגיית

84 כך למשל דומני כי עניין יידוע הנתבע נולד בעקבות המצב המשפטי בארצות הברית שבו תנאי לתיקון התביעה ולהחלפת הנתבע האנונימי בנתבע החדש שזהותו נחשפה הוא שהתובע דאג ליידע את הנתבע. אולם מעיון מדוקדק מתברר כי תנאי זה נועד לפתור את בעיית ההתיישנות ונועד להפעיל את כלל "הייחוס לאחור". בשיטה הישראלית אין לכך צורך, כפי שנפרט לקמן. בתחילה בתק' 29 לתקנות וכיום בס' 5 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006.

85 ראו למשל רע"א 4474/97 טצת נ' זילברשץ, פ"ד נד(2) 577, 586 (2000); ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 326, 312 (1997); רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276, 290 (2001).

בקשה לחשיפת פרטי גולש משום שלאחר חשיפתו אי אפשר לחזור לנקודת הפתיחה, והתוצאה היא למעשה בלתי הפיכה. ניתן לרפא פגם זה ולקבוע כי אם יתברר כי ההליך שנוהל בהיעדר הנתבע נוהל מתוך הפרת תום הלב והפרת ההגינות הדיונית ומתוך הסתרת פרטים כאלו ואחרים, הרי שתיחסם דרכו של התובע, ומכוח תורת ההשתק והמניעות הוא לא יהיה רשאי להמשיך בתביעתו נגד הנתבע.⁸⁷ כמובן, אין בכך פתרון אולטימטיבי, ויקשה לפצות על פגיעה לא מוצדקת בפרטיות ובחופש הביטוי של הנתבע. שיקול זה יובא בחשבון במערכת האזונית בטרם הענקת סעד החשיפה, מבלי שיהיה בו כדי למנוע את בית המשפט מדיון בבקשה.⁸⁸

5. התערבות שיפוטית במישור הדיוני – בין הגישה האדברסרית לגישה האינקוויזיטורית

אחד השיקולים אם ליצור נורמה בחקיקה שיפוטית הוא שחקיקה זו אמורה להיעשות במסגרת שיטת המשפט ותוך השתלבות אינטגרלית בה. על חקיקה שיפוטית בתחום הדיוני להשתלב עם תורת המשפט של התחום הדיוני. לעניין זה ניתן להצביע על שתי תורות (גישות) של משפט דיוני. הגישה האדברסרית גורסת כי הדין הדיוני אמור להיות מבוסס על כללים ברורים ופורמליים, אחידים ונוקשים, שנועדו ליתן מסגרת אחידה לכל דיון ודיון תוך צמצום שיקול הדעת לבתי המשפט.⁸⁹ אליבא דגישה זו יש להפקיד את ניהול הדיון בידי הצדדים ולמנוע את התערבותו של השופט במהלך ההליך ככל שניתן. השופט יתערב בהליך רק כאשר הצדדים יזמינו אותו לעשות זאת. גישה זו סוברת כי זו השיטה הטובה ביותר לגילוי האמת, מה גם שהיא מגלמת ערכים דמוקרטיים ומכבדת את אוטונומיית הצדדים. גישה זו נוטה לצדד בהימנעות בית המשפט מיצירת נורמות שיפוטיות או אמצעים דיוניים תוך כדי הליך משפטי. לעומת זאת הגישה האינקוויזיטורית, ההולכת ומכרסמת בגישה האדברסרית בשנים האחרונות,⁹⁰ גורסת כי סדרי הדין כבר אינם כה נוקשים ואחידים. אדרבה, תקנות סדר הדין האזרחי, על אף טיבן הפורמליסטי והקבוע כביכול כפופות כיום לשיקול דעת רחב, המסור בידי השופט. ההבחנה בין הדין המהותי ובין הדין הדיוני בהקשר שיקול הדעת הופכת להיות ארכאית. התפיסה שלפיה סדר דין אזרחי הוא דוגמה מובהקת לתחום שבו חלים כללים ברורים (rules) ולא אמות מידה הניתנות לפרשנות (standards) אינה תקפה עוד עם הרחבתה של חובת

87 ניתן לעשות שימוש בדוקטרינות אלו כאשר בעל הדין חוטא לחובת תום הלב. ראו ע"א 1662/99 חיים נ' חיים, פ"ד נו"ד (6) 295 (2002).

88 סימוכין לכך מצאתי גם במשפט המשווה, וכך נאמר בפרשת *Mobulisa, Inc. v. John Doe*, 170 (2007) :P.3d 712, 721 "Unlike most parties subject to a preliminary mandatory injunction, however, an unmasked anonymous speaker cannot later obtain relief from the order should the party seeking the speaker's identity not prevail on the merits of the lawsuit. Given this consequence, it is even more appropriate to require the court to balance the parties' competing interests before permitting discovery on the identity issue"

89 ראו שורץ, לעיל ה"ש 65, בעמ' 38.

90 שם, בעמ' 47.

תום הלב על הפעלת זכויות דיוניות⁹¹ ועם ההכרה בזכות חוקתית ליתן לתובע את יומו בבית המשפט.⁹² סדר הדין האזרחי נעשה דומה יותר ויותר לתחומים אחרים בדין האזרחי שבהם השופט נדרש לשקול שיקולי מדיניות רחבים ואינו יכול לצמצמם עצמו לשאלות טכניות גרידא.⁹³

על אלו צריך להוסיף כי הגישה המסורתית ראתה בכללי הפרוצדורה משפט נספח לזכויות מתחום המשפט המהותי. כלומר המשפט הפרוצדורלי נתפס כמשרת את המשפט המהותי אך לא כמקנה זכויות מצד עצמו. על פי גישה זו, נעשתה הבחנה ברורה בין זכויות מהותיות ובין זכויות פרוצדורליות על יסוד ההבחנה בין הוראות דין מטריאליות ובין הוראות דין פרוצדורליות הבאות לשרת אותן. על מבחן מסורתי זה נמתחה ביקורת היות שזכויות אלו משולבות זו בזו ואינן נפרדות. על הבחנה זו אומר השופט ש' לוי בספרו תורת הפרוצדורה האזרחית:

יתכן שלצורך כללים המסדירים את הליכי ההתדיינות מדובר באבחנה מועילה, אם כי היא אבחנה שאינה הרמטית. במקרים אחרים יש לבחון את האינטרסים השונים העומדים על הפרק, לערוך ביניהם איזון ולהכריע בכל מקרה, או בכל סוג מקרים, לעצמו.⁹⁴

מגמות חדשות אלו הביאו לטשטוש הגבולות בין מה שהוגדר הדין המהותי לבין הדין הפרוצדורלי. טשטוש זה הוא חלק מהכרסום בגישה האדברסרית. הכרסום משקף את הגישה האינקוויזיטורית, המצדדת בעודף התערבות של בתי המשפט במסגרת ההליך השיפוטי,⁹⁵

91 ראו למשל בר"ע 305/80 שילה נ' רצקובסקי, פ"ד לה (3) 461, 449 (1981); עניין "אריה" חברה לביטוח, לעיל ה"ש 18, בעמ' 455. אף שהמונח "תום הלב" לא הוזכר בו בפירוש, נראה כי הדרישה לציין טענות הגנה בכתב התביעה באה מכח עיקרון זה; ע"א 9542/94 רותם חברה לביטוח בע"מ נ' נחום (פורסם בנבו, 2.1.2006); בש"א 6479/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' שנפ (פורסם בנבו, 15.1.2007).

92 לוי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 7; שלמה לוי "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב 452, 451 (1996). רע"א 2808/00 שופר סל בע"מ נ' ניב, פ"ד נד (2) 845 (2000).

93 אלון קלמנט ורועי שפירא "יעילות וצדק בסדר דין אזרחי – גישה פרשנית חדשה" משפט ועסקים ז 77, 75 (2007).

94 לוי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 19.

95 ראו למשל Langbein, לעיל ה"ש 64, בעמ' 830, הכותב: "From the standpoint of comparative civil procedure, the most important consequence of having judges direct fact-gathering in this episodic fashion is that German procedure functions without the sequence rules to which we are accustomed in the Anglo-American procedural world. The implications for procedural economy are large. The very concepts of 'plaintiff's case' and 'defendant's case' are unknown. In our system those concepts function as traffic rules for the partisan presentation of evidence to a passive and ignorant trier. By contrast, in German procedure the court ranges over the entire case, constantly looking for the jugular – for the issue of law or fact that might dispose of the case. Free of constraints that arise from party presentation of evidence, the court investigates the dispute in the fashion most likely to narrow the inquiry"

ובכללו אף יצירת נורמות דיוניות בבתי המשפט. ההנמקה שניתנה בבית המשפט העליון בדבר ההימנעות מיצירת מסגרת דיונית מפתיעה מכיוון שהיא מתאימה יותר לגישה האדברסרית המסורתית ומתעלמת מהמגמות הרוחשות זה שנים טובות בתחום הדיוני.

6. זכות הגישה לערכאות

פיתוח הנורמה באמצעות חקיקה שיפוטית מושפע גם ממעמדה של זכות הגישה לערכאות. ראוי לציין כי במכלול שיקוליו התעלם בית המשפט לחלוטין מזכות זו, אף שהפכה להיות פרמטר חשוב בהפעלת הכללים הדיוניים ובפרשנותם בשיטה הישראלית. זכות הגישה לערכאות במובנה הרחב היא זכותו של אדם לפנות אל בתי המשפט ולקבל סעד ללא סירוב, ללא עיכוב וללא משוא פנים.⁹⁶ אין כל הוראה מפורשת הקובעת את זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית. אולם בית המשפט העליון העלה זכות זו למעמד חוקתי אף שאינה מפורשת בחוקי יסוד.⁹⁷ הענקת מעמד חוקתי לזכות הגישה לבית המשפט היא חלק מתהליך כללי של קונסטרוקציונליזציה של הדיון האזרחי. נכון הדבר שמתן אופי חוקתי לזכות הגישה למערכת השיפוטית כמו לכללים אחרים של הפרוצדורה האזרחית אינו אלא אמצעי לפיתוח המשפט. אך הצורך לפתח את המשפט הוא כיום מטרה בפני עצמה.⁹⁸ הפירוש הצר גורס כי אין הכרח כי העובדה שניתנה לפלוני זכות פלונית תתפרש כאילו נתונה בידיו גם זכות חוקתית להגשמתה באמצעות גישה לערכאות שיפוטיות.⁹⁹ אליבא דפירוש זה, כל אימת שנתונה בידי פלוני זכות קניינית מהותית שנפגעה, נספחים אליה גם הזכות או ה"כוח" לתבוע את הזכות האמורה במערכת השיפוטית. הפירוש הרחב הוא שהכוח לפנות למערכת השיפוטית הוא כשלעצמו זכות קניין המוגנת לפי חוק יסוד. הזכות הפרוצדורלית, שמבחינה היסטורית נחשבה זכות נספחת לזכויות המהותיות, הפכה לזכות העומדת בפני עצמה במקביל לזכויות הסובסטנטיביות.

ומן העיקרון אל המעשה: שיקולים של הגנה על זכות הגישה לערכאות הפכו להיות חלק אינטגרלי בהפעלת הכללים הדיוניים והוכנסו למערכת השיקולים בפרשנות הכללים הדיוניים האלה: אגרות משפט,¹⁰⁰ מועדים,¹⁰¹ הליכי הגילוי המוקדם,¹⁰² זכות הערעור, זכות הייצוג,

96 יורם רבין "זכות הגישה לערכאות: מזכות רגילה לזכות חוקתית" המשפט ה' 217, 217 (2000).
97 אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא' 271, 282 (1994). לענין עיגונה של זכות השיוויון כזכות חוקתית ראו למשל בג"ץ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353 (1994); בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456 (1994).
98 לרין, לעיל ה"ש 19, בעמ' 29.
99 שם, בעמ' 33.
100 בה"ץ 6857/00 רוטה נ' נצבטייב, פ"ד נד(4) 707 (2000), וכן רע"א 2623/02 סיס עיצוב ריהוט ציבורי בע"מ נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(1) 717 (2002).
101 ראו למשל בהקשר של אי-הגשת כתב הגנה במועד ע"א 8743/01 אריעד מבנים בע"מ נ' אבי את אריק הנדסת חשמל בע"מ, פ"ד נו(4) 61 (2002).
102 ראו רע"א 8473/99 כרטיסי אשראי לישראל בע"מ נ' שגב, פ"ד נה(1) 337 (1999).

הליכים הסוטים מסדר דין רגיל¹⁰³ ועוד.¹⁰⁴ זכות הגישה לערכאות הביאה גם להרחבתה של זכות העמידה,¹⁰⁵ לצמצום מגבלות תקופת ההתיישנות¹⁰⁶ ולסיוג האפשרות לחיוב תובע בערובה להוצאות משפט.¹⁰⁷ דוגמות אלו מלמדות כי זכות הגישה לערכאות היא כיום גורם בעל חשיבות בהפעלת הדין הדיוני. לטעמנו, יש במעמדה זה כדי להשליך על שיקולי בית המשפט גם בשאלה אם להפעיל את סמכות החקיקה השיפוטית כדי להגן על זכות הגישה לערכאות. נראה כי חסימת הגישה לערכאות בפני אדם שנפגע מפרסום ברשת בטענה כי אין מסגרת דיונית לאיתור הנתבע אינה מתיישבת עם מעמדה הנוכחי של זכות הגישה לערכאות. דומה כי דבריו אלה של לוין הולמים מצב זה: "שיטה של כללים, המונעת ללא צידוק את זכות הגישה של הפרט למערכת השיפוטית אך בשל קיומן של טכניקות שאין מאחריהן כל נימוק היא שיטה פסולה."¹⁰⁸

זכות הגישה לערכאות הביאה גם להשלמה של השיטה עם תביעות שאינן מושלמות. שיטת המשפט הישראלית כמעט שאינה מקימה מחסום דיוני בפני הגשת תביעה: אין התובע צריך להראות עילת תביעה טובה בשלביה הראשונים של הגשת התביעה; ניתן להגיש תביעה נגד כמה נתבעים בידיעה ברורה שחלקם אינם אחראים כלל לנזק, וכדי שהאחראים יתבררו במהלך ההליך.¹⁰⁹ הפסיקה התקדמה צעד נוסף בעקבות הוראה זו, וברוח זכות הגישה קבעה כי היה והתובע יזכה בדין נגד חלק מהנתבעים, נתבעים אלו יחובו הן בהוצאותיו של התובע והן בהוצאותיהם של הנתבעים האחרים אף שלא הם צירפום לתביעה;¹¹⁰ אין למחוק תביעה על

- 103 בג"ץ 3349/05 מזדיקוב נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 19.5.2005); ע"א 9654/02 חב' האחים אלפי בע"מ נ' בנק לאומי לישראל, פ"ד נט(3) 41 (2004).
- 104 קלמנט ושפירא, לעיל ה"ש 93, בעמ' 77.
- 105 בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988).
- 106 ראו למשל ע"א 9245/99 ויינברג נ' אריאן, פ"ד נח(4) 769 (2004); ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נז(5) 444, 433 (2004); ע"א 244/81 פתאל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פ"ד לח(3) 673, 678 (1984).
- 107 ע"א 544/89 אויקל תעשיות (1985) בע"מ נ' נילי מפעלי מתכת בע"מ, פ"ד מד(1) 647 (1990); רע"א 2146/04 מדינת ישראל נ' עזבון איברהים, פ"ד נח(5) 865 (2004).
- 108 לוין, לעיל ה"ש 19, בעמ' 28.
- 109 תק' 22 לתקנות.
- 110 ע"א 83/410 פטרולגו חברת הגז הישראלית 9691 בע"מ נ' קאסרו, פ"ד מ(1) 505, 515 (1986): "תובע, העושה שימוש סביר ולא קנטרני בתקנה 22(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, ומצרף נתבעים אחדים כדי ששאלת החבות ומידת החבות של כל אחד מהם תוכרע בין כל בעלי הדין, זכאי כדבר שבשיגרה 'לשיפוי מצד הנתבע, שנגדו זכה בתביעתו, על ההוצאות שנתחייב לשלם לנתבע, שנגדו נכשל בתביעתו (ע"א 395/76 שרעבי בן חור נ' הררי, פ"ד לא(3) 707 (1977)). אולם בידי בית המשפט גם לעשות קפנדריה; לפישוט תהליך הגבייה יוכל לשחרר את התובע מתשלום הוצאות לנתבע שזכה, ולחייב את הנתבע שהפסיד לשלם במישרין לחברו הנתבע שזכה את סכום ההוצאות המגיעות לו מהתובע."

הסף גם כאשר סיכויי התביעה קלושים עד מאוד; ¹¹¹ הגישה הכללית היא זהירות וריסון עצמי בדיון בבקשה למחיקת טענות על מנת שלא לפגוע בחופש הטיעון של בעלי דין. ¹¹² לא זו אף זו, יש בזכות דיונית זו ובמעמדה החוקתי כדי להשליך גם על החקיקה השיפוטית בתחום המהותי. בפרשת מור בית המשפט מבקש ליצור הבחנה דיכוטומית בין הזכות המהותית ובין המסגרת הדיונית. צריך לומר כי הזכות המהותית והמסגרת הדיונית כבר אינן מתקיימות בנפרד ואינן חיות חיים עצמאיים. יש ביניהן יחסי גומלין והן כרוכות זו בזו: ככל שהזכות המהותית ברורה יותר, המסגרת הדיונית אמורה להיות קלה יותר ליצירה ולהפעלה. זו המשמעות הפשוטה של הכלל "אחרי הזכות הולך הסעד" (ibi remedium ubi jus). ¹¹³ לדעתנו יחסי גומלין אלו אינם חד-סטריים: ככל שהמסגרת הדיונית "קלה" יותר ליצירה ולהפעלה (לפי סביבת הערכים המוחלים עליה כיום, ובכללם זכות הגישה לערכאות, תום הלב, הגינות דיונית, שיקול הדעת, איזון אינטרסים ועוד), אמור הדבר להקל את יצירת הזכות המהותית בדרך של חקיקה שיפוטית. ¹¹⁴ נסביר: אין עוררין כי בדין המהותי יש לאדם זכות להגיש תביעה בעוולת לשון הרע נגד מי שהפיץ נגדו לשון הרע. ¹¹⁵ לאן נעלמה זכות זו כאשר מדובר במעוול אנונימי? אלא שלמעשה הערכים הפועלים בזירה השתנו, ונתווספו למערכת איזון האינטרסים זכויות נוספות כמו זכות הפרטיות וחופש הביטוי. כלומר עצם העובדה שהמעוול מסתתר כעת תחת מסווה דיגיטלי יש בה כדי לשנות את איזון האינטרסים, וממילא ייתכן כי הזכות המהותית כבר אינו עומדת לטובת הנפגע. לחלופין, אם הזכות עדיין קיימת, אין בה די כוח כדי להעניק סעד ראוי בגין הפרתה. אם כך, כעת יש לומר כי התווספו גם זכויות נוספות מהמישור הדיוני, כמו זכות הגישה לערכאות, ויש בהן כדי לשנות את מערך איזון האינטרסים ולהשפיע על

111 ע"א 76/86 פיינשטיין נ' ה.ש. מלונות בע"מ, פ"ד מג(3), 124 (1989); ע"א 109/84 ורבר נ' אורדן תעשיות בע"מ, פ"ד מא(1) 577 (1987).

112 ע"א 931/01 איתן נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה (פורסם בנבו, 1.4.2002); ע"א 1252/00 חייק נ' ארזי (פורסם בנבו, 14.6.2000).

113 בג"ץ 1921/94 סוקר נ' הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, מחוז ירושלים, פ"ד מח(4) 237 (1994); ע"א 700/89 חברת חשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667 (1993).

114 העניין קשור גם לניתוח הכלכלי של המשפט, ראו קלמנט ושפירא, לעיל ה"ש 93, בעמ' 92: "ככל שהדין הדיוני יקשה על התביעה במקרה של הפרה, הסיכוי שהמפר יידרש לפצות את בעל הזכות החוזית יהיה קטן יותר. לעומת זאת, ככל שהדין הדיוני יקשה על הגנתו של הנתבע הסיכוי שהנתבע יידרש לפצות יהיה גדול יותר [...] יוצא שהתמריצים לקיים את הוראות הדין המהותי קשורים בטבורם לכללים הדיוניים שבאמצעותם יוכל בעל הזכות המהותית לממש את זכותו".

115 וכך נאמר בע"א 1622/09 גוגל ישראל בע"מ נ' ח' בורקרטוב, פס' 3 לפסק הדין (פורסם בנבו, 1.7.2010): "אין בהיעדרה של מסגרת דיונית המאפשרת לחייב צד שלישי לחשוף את זהותו של מעוול כדי לאיין את קיומה של העוולה. זכות הקיימת במרחב הפיזי – קיימת גם במרחב הווירטואלי. כך לגבי זכויות קנייניות וכך לגבי הזכות לשם טוב. תחולתו של הדין פורסת עצמה גם על פרסומים ופעולות הנעשות ברשת האינטרנט, והדבר ברור. אין כל מניעה עקרונית כי פרסומים באינטרנט המוציאים דיבתו של אדם יקימו אחריות בגין עוולת לשון הרע. אלא שעל-פי הכלים המצויים בידי בית המשפט כיום, מלאכת איתור הנתבע מוטלת על שכמו של המבקש לתבוע; ואילו יצירת מסגרת דיונית המאפשרת את גיוסו של צד שלישי לצורך כך – מלאכה היא למחוקק".

כינונה מחדש של הזכות נגד אותו מעוול אנונימי, או להעצים את כוחה של הזכות כדי שיינתן סעד ראוי בגין הפרתה.

7. התמהמהות המחוקק כשיקול לחקיקה שיפוטית

אחד השיקולים שהביאו את דעת הרוב להימנע מחקיקה שיפוטית בסוגיית חשיפת זהותם האנונימית של המשתמשים ברשת הוא שסוגיה זו היא על סדר יומו של המחוקק זה זמן רב, ושיש להניח ולקוות כי הליכי החקיקה בעניין זה יסתיימו במהרה. מעיון בחוות הדעת של השופט ריבלין ניכר כי הוא היה מודע חלקית להליכי החקיקה השונים, ורק לחלק מהקשיים המונעים קידומה של חקיקה בעניין. בסופו של דבר השופט ריבלין מניח, וליתר דיוק מקווה, כי חקיקה מעין זו תקודם בסופו של דבר.¹¹⁶ צריך לומר כי חקיקה בכיוון זה אינה מקודמת כיום כלל. התמהמהות המחוקק היא שיקול המצדד ביצירת הנורמה בדרך של חקיקה שיפוטית. בפרשת א.ש.ת. נדונה סוגיה כסוגיה דנן: פיתוח מסגרת דיונית לתובענות ייצוגיות בדרך החקיקה השיפוטית או באמצעות המחוקק. יש בנימוקים שהועלו בפרשה זו כדי להעניק זווית ראייה נוספת גם לענייננו. בפרשת א.ש.ת. נדונה סוגיית ההסדרה של תובענה ייצוגית דרך פרשנותה של תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי. שופטי הרוב סברו כי אין לפתח מסגרת דיונית זו באמצעות פרשנותה של התקנה, וכי יש להמתין למחוקק. עיון מדוקדק בדברי

116 וכך כתב השופט ריבלין בפרשת מור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 700: "יש להניח ולקוות כי בסופו של דבר תתקבל חקיקה שתסדיר באופן בהיר ומפורט את הנושא הנדון, תיצור את המסגרת הדיונית הראויה ותתווה את האיוון בין השיקולים שלעניין". ההנחה ביסוד גישת הרוב שלפיה הסוגיה מונחת על שולחנו של המחוקק, וכי המחוקק עוסק בה ומתחבט בה איננה נכונה במישור העובדות. סוגיית האנונימיות לא זכתה להתייחסות ראויה בדוח הוועדה, בתזכיר החוק ואף בהצעת חוק מסחר אלקטרוני. נראה כי הן בוועדה שהכינה את הדוח והן בכנסת לא נדונה סוגיה זו ולו פעם אחת. קשה אפוא לומר שהמחוקק דן בסוגיה זו ונתן את דעתו עליה. לכל היותר ניתן לתאר את הפעילות החקיקתית בכל הנוגע להסדרת ההיבטים השונים הכרוכים בשימוש ברשת האינטרנט, ולמצער ככל הנוגע לחשיפת זהותם של משתמשים אנונימיים, לא פחות מאשר מחדל חקיקתי. ומכאן, גם אם נניח כי המחוקק הוא האכסניה הראויה להסדרת האנונימיות ברשת – הנחה שכאמור טעונה הוכחה – הרי משלא בשלו פעולות החקיקה השונות לכדי חקיקה בשל מחדלים שונים, אין מנוס מהכרעה שיפוטית בסוגיה הנדונה. מחדל חקיקתי בעניין הזה, אשר מונע השגת אותן תכליות העומדות ביסודו של ההסדר הנחוץ, איננו צריך להיות מלווה במחדל שיפוטי. בתי המשפט קבעו לא אחת כי אם המחוקק יתמהמה מהסדרת סוגיה בחקיקה, עלול הצורך בקידום המטרות המונחות ביסוד אותה סוגיה להכריע את הכף לטובת הסדרתה בדרך שיפוטית גם אם דרך זו נגועה במגרעות כלשהן. כארבעה חודשים לאחר מתן פסק הדין בעניין מור ניתן פסק דין בפרשת גוגל, לעיל ה"ש 115, פס' 5, ובו נדונה שוב סוגיית חשיפת זהותם של המשתמשים ברשת. גם שם הביע השופט ריבלין את תקוותו כי הנושא יוסדר בידי המחוקק: "המסקנה היא שלא רק כלים משפטיים חסרים לשם חשיפת זהותם של מעוולים אנונימיים ברשת; גם כלים מעשיים-טכנולוגיים אינם תמיד בנמצא ויש לקוות כי הדברים יזכו למענה במהרה". למרות אמרות אלו נראה כי המחוקק טרם אמר את דברו. אמנם לאחר פסק דין מור הוגשה הצעת חוק חדשה מבית היוצר של ח"כ (לשעבר) אורלב. אולם אין מדובר בהסדר חקיקתי מקיף כי אם בהעתק של דעת המיעוט. הצעת החוק הציעה מסגרת דיונית של המרצת פתיחה ולא התייחסה כלל ועיקר לסוגייה של תביעת רן-דן, ומכאן שגם תקוותו של בית המשפט שהמחוקק יסדיר סוגיה זו התבררה כלא מציאותית.

השופטת (כתוארה אז) ביניש מלמד כי נימוקיה מתבססים על העובדה שהצעת החוק הונחה זה מכבר על שולחן הכנסת, והתקבל הרושם כי ההליך לקראת חקיקתה של מסגרת דיונית הולך ומתקדם.¹¹⁷ בנסיבות אלו ראתה השופטת ביניש לנהוג באיפוק ולהמתין למחוקק שיקדם הצעה שכבר עברה קריאה טרומית. לא מן הנמנע כי אילו היה מתברר כי המחוקק מתעכב, הייתה מתקבלת החלטה שונה.¹¹⁸ ברק, בדעת מיעוט, כתב כי השיקול של המתנה למחוקק הוא שיקול ראוי, אך התמהמהות המחוקק מחייבת הסדרה שיפוטית. זו תבטיח כי מכשיר רב חשיבות זה לאכיפת החוק יעמוד לאלתר לרשותה של החברה הישראלית במלוא היקפו.¹¹⁹ בתוך כך כתב כי היעדר אפשרות להשתמש בתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי כמסגרת לתביעות ייצוגיות מעניק "חיסיון" לא מוצדק לגופים אלה מפני תביעות ייצוגיות במקום שבו ראויות הן.¹²⁰ ברק ממשיך וכותב כי עצם תפיסת מוסד התובענה הייצוגית כמכשיר בעל חשיבות רבה אמור לעודד לפרש את תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי פירוש המעגן את התובענה הייצוגית המודרנית. ולענייננו, סירוב בית המשפט לפתח את המסגרת הדיונית לחשיפת פרטי הגולש מעניק חיסיון לגולשים האנונימיים. הדיון בשאלה אם חיסיון זה מוצדק אם לאו היה ראוי שיתקיים במישור המהותי. הקביעה הטכנית פרוצדורלית של בית המשפט מנעה מדיון עקרוני זה להתקיים, אולם ההכרעה למעשה לא נמנעה (!)

לסיכום, מהמישור הנורמטיבי אין חולק כי לרשות השופטת יש סמכות לחקיקה שיפוטית וליצירת נורמות חדשות. זוהי אמנם הפעילות הפרובלמטית ביותר, אך סמכות זו קיימת בידי בתי המשפט ונעשה בה שימוש מעת לעת. לפיכך בחנו מיהו המוסד הראוי יותר ליצירת

117 דנ"א 5161/03 א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) ס' 196, 206 (2005): "בעקבות פסק הדין בפרשת א.ש.ת. הונחו על שולחן הכנסת שתי הצעות חוק פרטיות שעניינן הסדרת נושא התובענות הייצוגיות. לאחר שהצעות אלו עברו קריאה טרומית, הוסכם כי המשך הדיון בהן יתואם עם הדיון בהצעת החוק שיוזמת הממשלה. [...] לכן משגילו חברי הכנסת והממשלה נכונות להיעתר לקריאתנו, ומשהחלו הליכי חקיקה, כמפורט לעיל, סבורים אנו כי היא בלתי הולם בשלב הנוכחי, ובנסיבות שנוצרו, לשנות מתוצאת פסק הדין בערעור. לפיכך בהתחשב בהליכי החקיקה רואים אנו לנהוג באיפוק ולהמתין לדברו של המחוקק בתקווה כי החקיקה הרלוונטית תקודם במהירות וביעילות."

118 וראו דבריה של השופטת ביניש ברע"א א.ש.ת., לעיל ה"ש 51, בעמ' 275: "לאחר בדיקה זו באתי לכלל מסקנה שראויה היא התובענה הייצוגית שתיכנס לשיטתנו המשפטית בדרך המלך, ולא בדלת האחורית, עם זאת לא למותר להוסיף, כי אם יתמהמה המחוקק ויימנע מהסדרת הנושא בחקיקה, עלול הצורך לעשות שימוש בתובענה הייצוגית להכריע את הכף ולהביא להסדרתה בדרך השיפוטית על-אף מגרעותיה". השופטת ביניש התנגדה גם משיקולים נוספים: אין לפתח בדרך שיפוטית את התובענה הייצוגית אם אין אפשרות להבטיח את קיומם של העקרונות המרסנים את כוחה (פס' 5 לפסק דינה). שנית, גם אם ניתן להבטיח עקרונות מרסנים אלה בדרך שיפוטית, אין הדבר רצוי, שכן הוא יפגע "בגישה האחידה, ביציבות ובביטחון המשפטי" (פס' 6 לפסק דינה). שיקולים אלו הם אכן משקל נגד ליצירת מסגרת דיונית באמצעות החקיקה, אם כי דומה כי אין להשוות בין כוחה העצום של תובענה ייצוגית לכוחה של תביעה נגד נתבע אנונימי.

119 דנ"א א.ש.ת., לעיל ה"ש 117, פסק דינו של הנשיא ברק.

120 אחד השיקולים המרכזיים של דעת הרוב שלא לפתח את מכשיר התובענות הייצוגיות דרך תק' 29 לתקנות סדר הדין האזרחי הוא כי יש הסדרים אחרים לא מעטים המסדירים עניין זה ספציפית (ראו רע"א א.ש.ת., לעיל ה"ש 51, בעמ' 274). ראוי לציין כי בענייננו אין קיימים הסדרים חלופיים.

הנורמה השיפוטית-המהותית. העלינו יתרונות וחסרונות של יצירת הנורמה על ידי הרשות השופטת אל מול יצירתה על ידי הרשות המחוקקת. לאחר מכן מיקדנו את הדיון הנורמטיבי-העקרוני בפיתוח נורמות בתחום הדין הדיוני. דומה כי במישור הדיוני יש לא מעט הצדקות לטובת יצירת נורמה בדרך של חקיקה שיפוטית. יצירת מסגרת דינית שתסלול את הדרך להגשת תביעה נגד נתבע אנונימי תואמת גם את הערכים המוחלים כיום על השיטה הדינית בישראל, ובכללם חובת תום הלב וזכות הגישה לערכאות, וגם את המגמות בשיטה הדינית, ובכללם הגישה האינקוויזיטורית ושימוש נרחב יותר בסמכות הטבועה. על רקע אלו ניתן לומר כי יצירת הנורמה הדינית אף מתחייבת, בעיקר כאשר עסקינן בזכותו של אדם לפתוח בהליך שיפוטי. כעת נבקש לבחון לאילו קשיים עלולה הנורמה הספציפית המוצעת להיקלע. בית המשפט העליון לא ראה לנכון להתמודד עם קשיים אלו לנוכח קביעתו כי אין מקום כלל ליצור מסגרת דינית זו.

ג. שאלות העולות מהכרה בתביעה נגד נתבע אנונימי

1. סמכות עניינית

אחת הדרישות הבסיסיות ביותר בהגשת כתב תביעה נוגעת לסמכותו העניינית של בית המשפט. בשיטה הישראלית, כמו גם בשיטה האמריקאית, בית המשפט אינו רשאי לדון בתביעה שאינה בתחום סמכותו העניינית.¹²¹ אי אפשר לרפא פגם זה באמצעות הסכמת הצדדים,¹²² ויש צורך להעביר את התביעה לערכאה המוסמכת.¹²³ סמכותה העניינית של תביעה נקבעת בראש ובראשונה על פי הוראות חוק מיוחדות, אם קיימות.¹²⁴ הוראות אלו מתמקדות בדרך כלל בעילת התביעה ובבעלי הדין היריבים.¹²⁵ תביעה נגד נתבע אנונימי עלולה אפוא ליצור בעיה, שכן זהותו של הנתבע משפיעה על סמכותה העניינית של התביעה. ברם כשבוחנים את הדברים לעומק הבעיות מצטמצמות מאוד. כך למשל גם אם יתברר כי

121 לאחרונה ניתנו פסקי דין המבקשים להתגבר על מניעה זו באמצעות עקרון תום לב ועקרון ההשתק. ראו למשל ע"א 1049/94 דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' חמדן, פ"ד נ(5) 820 (1997); עניין חיים, לעיל ה"ש 87, בעמ' 309.

122 ראו זוסמן, לעיל ה"ש 23, בעמ' 77.

123 ס' 79 לחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984.

124 קלמנט ושפירא, לעיל ה"ש 93, בעמ' 132, כתבו כי במשפט הישראלי קיימות דוגמות לא מעטות לתלותו של הדין הדיוני בדין המהותי. דוגמה ראשונה היא מדיני הסמכות. המחוקק הישראלי קשר את שאלת סמכותו של בית משפט לדון בתביעה במקרים מסוימים לעילת התביעה. כך במיוחד במקרים שבהם היה רצון שתביעות מסוג מסוים יידונו בפורום בעל מומחיות פרטנית, כגון דיני חברות, דיני עבודה ודיני משפחה.

125 כזוהי למשל הוראת ס' 24 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969, הקובעת כי תובענה בין עובד למעביד שעילתה ביחסי עובד ומעביד תוגש בבית הדין האזורי לעבודה. כזוהי גם הוראת ס' 1 ו 3 לחוק בתי המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, הקובעת כי בתובענה בין בני משפחה שעילתה סכסוך בתוך המשפחה הסמכות הייחודית מסורה לבית המשפט לענייני משפחה. וראו רע"א 6558/99 חבס נ' חבס, פ"ד נד(4) 337 (2000).

מדובר בעובד או במעביד, הרי בכל מקרה בתובענה שעילתה פקודת הנזיקין, כברוב התובענות שהגיעו עד הנה לבתי המשפט בהקשר הנתבע האנונימי,¹²⁶ הסמכות העניינית מסורה לבתי המשפט הרגילים. זהות הנתבע אפוא אינה חשובה.¹²⁷ בעיה אמיתית במישור זה עלולה להתעורר בבית המשפט לענייני משפחה, שכן אם יתברר כי הגולש האנונימי הוא בן משפחה של התובע, יש בכך כדי להקנות את הסמכות בתביעה לבית המשפט לענייני משפחה, בכפוף לכך שגם עילת התביעה נוצרה בשל סכסוך בתוך המשפחה.¹²⁸

בהיעדר הוראות מיוחדות המבחן הקובע הוא מבחן הסעד. הסמכות העניינית תיקבע לפי הסעד שביקש התובע בתביעתו, תהא עילת התביעה אשר תהא.¹²⁹ לטענות הנתבע וכן לזהותו אין כל השפעה על מבחן זה, ואין בהן כדי לשנות את סמכותה העניינית של התביעה לאחר שכבר הוגשה בידי התובע. התביעה נגד נתבע אנונימי בהקשר הישראלי מתבססת בדרך כלל על עילות בפקודת הנזיקין. אין הוראות דין מיוחדות בנוגע לסמכות העניינית של תביעות בעולות אלו, ולכן המבחן הקובע הוא מבחן הסעד. הסעד המבוקש ברוב רובן של התביעות נגד נתבע אנונימי הוא כספי. סעד זה מצוי בדרך כלל בגובה סמכותו העניינית של בית משפט שלום.¹³⁰ אם יעתור התובע לסעד ביניים נגד צד שלישי לחשיפת זהותו של הנתבע, תישאר התביעה בסמכותו העניינית של בית משפט השלום אף שסעד הביניים כשלעצמו מסור לסמכותו השיורית של בית המשפט המחוזי.¹³¹ אם כך, בשיטת המשפט הישראלית סוגיית הסמכות העניינית אינה מהווה מכשול רציני בדרך ליצירתה של המסגרת הדיונית הנדרשת. ראוי לציין כי בשיטת המשפט האמריקאית זוהי אחת המשוכות המרכזיות בהגשת תביעה נגד נתבע אנונימי, כפי שנראה להלן בפרק על המשפט המשווה. למרות זאת לא ראתה השיטה האמריקאית להימנע מפיתוח מסגרת דיונית זו בחקיקה שיפוטית.

2. סמכות מקומית

הכלל הבסיסי בסמכותה המקומית של תביעה בשיטה הישראלית הוא ש"תובע הולך אחר נתבע". עיקרון בסיסי זה עיצב את החלופה הראשונה בהוראה המרכזית העוסקת בסמכות המקומית, בקבעה כי תביעה תוגש במקום עסקו או מקום מגוריו של הנתבע.¹³² בתביעה נגד

126 אף שהתביעה האחרונה התבססה על עילת הקניין והפרת זכויות יוצרים, ראו פרשת גוגל, לעיל ה"ש 115. אם כי כאן מדובר בתחום שאין בו הוראות ייחודיות, והמבחן הקובע לעניין הסמכות הוא מבחן הסעד.

127 ראו סיפה של ס' 24 לחוק בית הדין לעבודה.

128 כמובן, אם יתברר כי ההליך נוהל בערכאה שאינה מוסמכת, בית המשפט אמור להעביר את התיק לידי הערכאה המוסמכת מכוח ס' 79 לחוק בתי המשפט, והלה רשאי להמשיך בו מהמקום שהגיע קודמו, ולכן הנזק אינו כה רב.

129 ע"א 2777/77 טובי נ' רפאלי, פ"ד לא(3) 561 (1977), וכן ע"א 510/82 חסן נ' פלדמן, פ"ד לז(3) 1 (1983).

130 ס' 51(א)(2) לחוק בתי המשפט.

131 בהיותו סעד שאינו ניתן לכימות והערכה, ס' 40(1) לחוק בתי המשפט. סמכותם של סעדי הביניים נאצלת מהסמכות העניינית של הסעד המקורי. ראו זוסמן, לעיל ה"ש 23, בעמ' 84.

132 תק' 3(א)(1) לתקנות.

נתבע אנונימי אי אפשר לדעת אפוא מהי הערכאה המוסמכת לדון. העניין אינו מהווה הכבדה ניכרת משום שיש ארבע חלופות נוספות לקביעת הסמכות המקומית, ואין צורך להיזקק לראשונה כשיש זיקה, ולו חלשה יותר, לאחת החלופות האחרות. החלופה הראשונה ביותר בתביעות נזיקיות היא החלופה החמישית, הקובעת את מקום המעשה או המחדל כמקום בעל הסמכות המקומית. עילת התביעה נגד הנתבע האנונימי היא פרסום דברים העולים כדי לשון הרע או פגיעה בפרטיות. הואיל והפרסום נצפה בדרך כלל מכל מקום בארץ, בהיותו מפורסם ברשת האינטרנט, הרי שמקום המעשה או המחדל הוא כל הארץ, וניתן להגיש את התביעה בכל מקום.¹³³

הבעיה העלולה להיווצר נוגעת לחריג הקבוע בהוראות הסמכות המקומית: במקרה שלתובע יש כמה סניפים, יש להגיש את התביעה במקום שבו אחד הסניפים מצטלב עם מקום מגוריו של הנתבע.¹³⁴ מקום המגורים של הנתבע אינו ידוע בשלביה הראשונים של התביעה, ואכן ייתכן כי התביעה תוגש בערכאה שאינה בעלת הסמכות המקומית. במקרה שבו עסקינן ביריבים שהם בעלי עסקים קבועה הפסיקה כי ניהול עסק באינטרנט משמעו ניהול עסק בכל מקום בארץ, וכל מקום בארץ הופך למעשה להיות סניף. אם כך, מקום עסקיו של התובע חופף את מקום עסקיו של הנתבע – והסמכות המקומית מסורה לכל הערכאות בארץ. אולם אי אפשר לראות בכל הארץ מקום מגוריו או עסקו של גולש אנונימי המפרסם לשון הרע באינטרנט. יש אפוא לצמצם את התביעה למקום מגוריו בפועל, אשר אינו ידוע בשלביה הראשונים של התביעה (!) ניתן לפתור פגם זה בשל העובדה שכללי הסמכות המקומית נועדו לנוחות הצדדים וניתנים להתנאה בין הצדדים.¹³⁵ שתיקתו של הנתבע מרפאת את פגם היעדר הסמכות המקומית. המועד הקובע לעניין השתיקה הוא ההזדמנות הראשונה. יוצא מכאן כי כל עוד לא השתתף הנתבע בהליך ולא הגיש כל מסמך מטעמו, אין הוא מאבד את האפשרות להעלות טענת חוסר סמכות. זכותו של הנתבע האנונימי להתנגד לסמכות המקומית נשמרת, והאינטרסים שלו אינם נפגעים. החיסרון בפרוצדורה זו הוא שיתכן כי בית המשפט ינהל הליך שבסופו של יום יתברר כהליך מיותר, ויהיה צורך להעביר את התיק לבית משפט במחוז אחר.¹³⁶ ברם יש לזכור שזהו המקרה החריג בהוראת הסמכות המקומית. ברוב רובן של תביעות נגד נתבע אנונימי שהוגשו עד כה בישראל עסקינן בתובע שאיננו בעל כמה סניפים, ולפיכך כל החלופות של תקנה 3 (א) לתקנות סדר הדין האזרחי עומדות לרשותו. סוגיית הסמכות המקומית בתביעה נגד נתבע אנונימי הציבה משוכה בפני שיטת המשפט האמריקאית, כפי שנראה בפרק על המשפט המשווה, ואף היא לא מנעה את פיתוח המסגרת הדיונית בבתי המשפט.

133 ב"ש (שלום י-ם) 8033/06 לוי נ' שטיינברג (פורסם בנבו, 15.4.2007). בפרשה זו נקבע גם כי מקום עסקו של אדם המנהל אתר למכירת מוצרים באינטרנט הוא בכל הארץ, מכיוון שמכל מקום בארץ ניתן לרכוש את מרכולתו. עניין זה היה רלוונטי בתביעה זו, שבה דובר על בעל עסק שגנב, כך נטען, זכויות יוצרים של בעל עסק אחר, אולם בתביעות בגין לשון הרע הרחבה זו אינה רלוונטית.

134 תק' 3 (א) לתקנות, והדבר נובע כחלק מההגינות הדיונית (ראו עניין לוי נ' שטיינברג, שם).

135 ראו למשל רע"א 188/02 מפעל הפיס נ' כהן, פ"ד נו(4) 473 (2003).

136 ס' 79 לחוק בתי המשפט.

3. התיישנות העילה במועד בקשת התיקון

משוכה נוספת שהוצבה במשפט האמריקאי בפני יצירת מסגרת דיונית של תביעה נגד נתבע אנונימי היא סוגיית ההתיישנות. תובעים הגישו תביעות נגד נתבעים אנונימיים בחששם פן תחלוף תקופת ההתיישנות (statutes of limitation) בטרם יעלה בידם לזהות הנתבעים. תקופת ההתיישנות עצרה עם הגשת התביעה, והתובע שקד לאתר את בעל דינו באמצעות צווי בית המשפט. מהלך זה ארך לעתים זמן רב. עם איתורו של הנתבע ביקש התובע לתקן את כתב תביעתו ולהוסיף את שמו של הנתבע האמתי. דא עקא, שבמועד זה חלפה לה תקופת ההתיישנות, והיה בלתי אפשרי לצרף את הנתבע. שיטת המשפט האמריקאי פיתחה דרכים להתמודד עם משוכה זו באמצעות דוקטרינת "הייחוס לאחור" (Relation Back), המאפשרת לראות בתיקון כמתייחס ליום המקורי של הגשת התביעה, שהוגשה כאמור בתוך תקופת ההתיישנות. בשיטת המשפט הישראלית אין דוקטרינה כזו. אמנם ניתן לתקן את כתב הטענות בחלוף תקופת ההתיישנות, אך תיקון זה אינו כולל הוספת עילה אשר התיישנה במועד התיקון ואינו כולל צירוף נתבע אשר במועד התיקון התיישנה התביעה נגדו.¹³⁷ בשיטה הישראלית בחלוף תקופת ההתיישנות אי אפשר אפוא להמיר את הנתבע האנונימי בנתבע שזהותו ידועה כעת.

אחד התנאים שהציע בית משפט קמא להכשרת תביעה נגד נתבע אנונימי בשיטה הישראלית הוא יידוע הנתבע בהליך שנפתח נגדו.¹³⁸ בשיטת המשפט האמריקאית תנאי זה נדרש כדי להתמודד עם הרציונלים שבבסיס סוגיית ההתיישנות: יידוע הנתבע על תביעה שהוגשה נגדו נועד להקל הפעלתה של דוקטרינת "הייחוס לאחור" ולהקל את צירוף הנתבע לתביעה גם בחלוף תקופת ההתיישנות. היות שדוקטרינה זו אינה קיימת בשיטת המשפט הישראלי, ספק רב אם יש צורך בדרישה דיונית זו של יידוע הנתבע. בשיטה הישראלית הנתבע האנונימי, כמו כל נתבע עתידי אחר, זוכה למעשה להגנה רחבה מזו הניתנת בשיטת המשפט האמריקאית, ובחלוף תקופת ההתיישנות יהיה בלתי אפשרי לצרפו לתביעה. אם דרישת היידוע מכבידה על יצירת מסגרת דיונית נגד נתבע אנונימי בשל היותה עודף של יצירה בחקיקה השיפוטית, יש מקום לוותר עליה.¹³⁹

137 ראו למשל ע"א 728/79 קירור אגודה שיתופית חקלאית מרכזית למשקי עמק חפר והשומרון בע"מ נ' זייד, פ"ד לד(4) 126 (1980).

138 בעניין מור במחוזי, לעיל ה"ש 5, פס' 40 לפסק הדין.

139 יידועו של הנתבע יש בו כדי לסייע לתובע רק אם יטען להשתק ולמניעות של הנתבע. לצורך כך עליו לשכנע את בית המשפט כי עצם יידועו של הנתבע מגן על אינטרסיו של הנתבע, וכי טענת התיישנות מצדו מחבלת בזכות הגישה לערכאות של התובע. זו כמובן טענה לא פשוטה, אך שתי הלכות שניתנו בבית המשפט העליון יכולות לתמוך בקו זה. ראשית, בפרשת קלינגר, לעיל ה"ש 66, נקבע, הגם כי באמרת אגב, כי למרות כלל ההמצאה לבעל דין ייתכן כי יהיה די בידיעתו על פסק דין, ומניין ימי הערעור יימנה מיום הידיעה ולא מיום ההמצאה. בהיקש אלינו ייתכן שנראה את הידיעה של הנתבע כהמצאה של כתב הטענות, וממילא התביעה לא תתיישן, אם כי לשם כך יש צורך כי התביעה תהיה ממוקדת ורבת פרטים באופן שלא יהיה בה ספק לנתבע כי אליו מתכוונים. ולאחרונה התקבל פסק דין בערכאה דיונית שלפיו יש להעדיף את כלל הידיעה על פני כלל ההמצאה גם בהקשר של הגשת כתבי טענות, ראו ת"א (מחוזי מרכז) Spin 28840-11-09 167

ד. המשפט המשווה

גם בשיטת המשפט האמריקאית לא היה עיגון לתביעות נגד נתבע אנונימי (John Doe) במסגרת ה-Federal Rules of Civil Procedure¹⁴⁰. למרות זאת תביעות נגד נתבעים אנונימיים אושרו בבתי המשפט בארצות הברית בדרך החקיקה השיפוטית.¹⁴¹ בשלבים מאוחרים יותר צעדה החקיקה בעקבות היצירה השיפוטית ואישרה בחוק תביעות מעין אלו. בשונה מהשיטה בישראל, הפסיקה בארצות הברית, ובעקבותיה החקיקה, לא נרתעו מליצור מסגרת פרוצדורלית לתביעות מסוג זה, ובכך לא נחסמה כליל הדרך לתבוע את הכותב האנונימי, ומכאן נפתח להסדר פרוצדורלי קוהרנטי יותר ואחיד יותר.

בשנות השישים של המאה הקודמת עסקו תביעות נגד נתבע אנונימי בעיקר בתביעות נגד אנשי כוחות הביטחון והממשל, אשר הפעילו כוח לא מידתי או לא סביר נגד אזרחים. לאזרח שביקש לתבוע נזקיו היה קשה לזהות את המעוולים הספציפיים.¹⁴² תביעות נגד נתבעים אנונימיים הפכו להיות נפוצות מאוד, ובתי המשפט אישרו אותן. די היה בכך שיש בתביעה האנונימית כדי לחשוף את שמו של הנתבע כדי לאשר התביעה, וכך נקבע:

As a general rule, the use of "John Doe" to identify a defendant is not favored. See, *Wiltsie v. California Department of Corrections*, 406 F.2d 515, 518 (9th Cir.1968). However, situations arise, such as the present, where the identity of alleged defendants will not be known prior to the filing of a complaint. In such circumstances, the plaintiff should be given an opportunity through discovery to identify the unknown defendants, unless it is clear that discovery would not uncover the identities, or that the complaint would be dismissed on other grounds.¹⁴³

עם השנים ועם ההתפתחות הטכנולוגית התרכזו התביעות האנונימיות בתביעות נגד מעוולים הפועלים בחסות רשת האינטרנט ומסתירים את זהותם. גם תביעות אלו אושרו בפסיקה האמריקאית בדרך החקיקה השיפוטית אף שבית המשפט העליון של ארצות הברית קבע כי

Master Ltd נ' אל שריכא אל יקובייא חברון (פורסם בנוב, 26.10.2010). פרשה נוספת שיכולה לתמוך בטענה זו היא פרשת ויינברג, לעיל ה"ש 106: "ההלכה הפסוקה הכירה בזכות הגישה לערכאות כזכות-על הראויה להגנה כזכות יסוד אף שטרם מצאה את ביטויה החקוק עלי חוק יסוד. תפיסה זו אוצלת על אופן החלתו של מוסד ההתיישנות המבקש לנעול את דלתות בית-המשפט בפני תובע שנתאחר בתביעתו, והיא פועלת לצמצום פועלו ותחום פריסתו של מוסד זה". לפיכך ייתכן כי יידוע הנתבע יסייע בהצבת מחסום בפני טענת התיישנות.

140 זאת לעומת הכרה חקיקתית בתביעות מסוג זה בחלק ניכר מהמדינות. ראו למשל CAL. CIV. PROC. CODE §474 (1979); MONT. CODE ANN. §25-5-103 (1995); ALA. R. CIV. P. 9(h); ARIZ. R. CIV. P. 10(f).

141 Carol M. Rice, *Meet John Doe: It is Time for Federal Civil Procedure to Recognize John Doe Parties*, 57 U. PITT. L. REV. 883 (1996)

142 *Bivens v. Six Unknown Fed. Narcotics Agents*, 403 U.S. 388 (1971)

143 *Gillespie v. Benjamin R. Civiletti*, 629 F.2d 637; 1980 U.S. App. LEXIS 13393

התיקון הראשון לחוקה מגן על הזכות להתבטא באנונימיות, וכי תביעה מסוג זה עלולה לצנן זכות זו ולפגוע בה,¹⁴⁴ אף שקבע כי הגנה זו חלה גם על פרסומים באינטרנט.¹⁴⁵ יש מדינות שהעניקו הגנה מוגברת לערך זה אף בחקיקתן המקומית.¹⁴⁶ אין ספק כי צווים המורים על חשיפת זהות מתנגשים בזכות החוקתית להתבטא באנונימיות.¹⁴⁷ בתי המשפט ראו צורך לאזן בין זכות זו לבין זכותו של אדם לשם טוב ולאינטרסים קנייניים נוספים. במסגרת זו נקבעו איזונים שונים בבתי המשפט, כדלקמן ללא שהתעוררה כל התלבטות אם יש להותיר יצירת מסגרת דיונית זו או התווית תנאים שונים אלו לידי המחוקק. בפסקאות הבאות אציין את הפרשיות המרכזיות שעסקו בתביעות מסוג זה ואת הדרישות הפרוצדורליות שיצרו לשם הכשרת תביעה נגד נתבע אנונימי. כפי שנראה, הפסיקה האמריקאית מתעקשת בעקיבות לפתח מסלולים דיוניים כדי לאפשר תביעה נגד נתבעים אנונימיים.

בפרשת *Dendrite* ביקשה חברה אמריקאית צו ביניים נגד חברת האינטרנט הבינ-לאומית YAHOO. במסגרת הצו נתבקש בית המשפט להורות ל-YAHOO לחשוף בפני התובעת זהות של גורם אנונימי, מאחר שאותו גורם, על פי הנטען, שלח הודעה משמיצה נגד התובעת. ההודעה פורסמה ב"לוח המודעות" האינטרנטי שהוקצה לחברה מטעם YAHOO. יוער כי אי אפשר לשלוח הודעות ללוח זה אלא אם כן הגולש מוסר פרטים שונים ל-YAHOO טרם קבלת היכולת הטכנית לכתוב ב"לוח המודעות" (להלן: "המידע המזהה"). מסירת המידע המזהה אמורה להיות דיסקרטית ו-YAHOO מתחייבת לספק הגנה למידע המזהה. בית משפט קמא סירב ליתן הצו כבקשת התובעת. ערכאת הערעור אישרה את החלטת הערכאה קמא בקבעה כי לא הונחה תשתית לכאורית מספקת לקיומה של עילת לשון הרע שמכוחה התבקש מלכתחילה הצו. בית המשפט שלערעור נימק את החלטתו וקבע כללים ועקרונות מנחים אימתי תצלה תביעה נגד נתבע אנונימי. בית המשפט שלערעור קבע כדלקמן:

1. על התובע להודיע לנתבע על הכוונה לתבעו; חובה שהנתבע יקבל הזדמנות נאותה להתנגד לבקשת החשיפה;
2. על התובע לפרט במדויק את טענותיו כלפי כל נתבע ונתבע;
3. על התובע לבסס בבקשתו עילה לכאורית נגד המפרסמים האנונימיים באופן שהתביעה תשרוד בקשה לסילוק בשל היעדר עילה (motion to dismiss);¹⁴⁸

Buckley v. Am. Constitutional Law Found., 525 U.S. 182, 199–200, 119 S. Ct. 636, 142 L. Ed. 2d 599 (1999); McIntyre v. Ohio Elections Comm'n, 514 U.S. 334, 341–351, 357, 115 S. Ct. 1511, 131 L. Ed. 2d 426 (1995)

Reno v. Am. Civil Liberties Union, 521 U.S. 844, 870, 117 S. Ct. 2329, 138 L. Ed. 2d 874 (1997)

N.J. CONST., Art. 1, par. 6: "Every Person may freely speak, write and publish his sentiments on all subjects, being responsible for the abuse of that right. No law shall be passed to restrain or abridge the liberty of speech or of the press"

Sony Music Entm't, Inc. v. Does 1-40, 326 F. Supp. 2d 556, 563 (S.D.N.Y. 2004)

Rowland v. Kellogg Brown & Root, Inc., 210 Ariz. 530, 534, P15, 115 P.3d 124, 128 (App. 2005)

4. בית המשפט יערוך איזון בין תביעה שהוכחה לכאורה לבין הפגיעה בערך החוקתי של חופש הביטוי.¹⁴⁹

בפרשת *Cahill* נפגע חבר מועצת העיר ממסר מעליב לכאורה שפורסם ברשת האינטרנט. חבר המועצה הגיש תביעה נגד השולח האנונימי, ובמסגרתה הוציא בית המשפט בדלוור, לבקשת אותו תובע, צו המורה לצד שלישי לחשוף את פרטי הנתבע.¹⁵⁰ הנתבע האנונימי ערער לבית המשפט העליון של דלוור בטענה כי צו זה פוגע בחופש הביטוי. בית המשפט העליון הפך את פסק הדין של הערכאה קמא לא מחמת פסול בעצם התביעה האנונימית אלא מאחר שזו לא יישמה נכונה את העקרונות להכשרתה. בתוך כך בית המשפט מפנה לפרשת *Dendrite* הנ"ל, שלפיה אין די שתביעה תעמוד בסטנדרט של סילוק על הסף, אלא יש צורך להראות הוכחות טובות באשר לכל חלקי התביעה.¹⁵¹ בית המשפט מעלה את הרף בקבעו כי לא די בכך שהעילה הלכאורית תוכל לשרוד בקשה לסילוק, אלא יש לבחון שהעילה הלכאורית עומדת בסטנדרט של summary judgment (פסק דין בהליך מקוצר).¹⁵² את האיזון בין זכות הנתבע לחופש הביטוי לבין זכות הנפגע לשם טוב לא כלל בית המשפט כאחד המבחנים. בפרשה מאוחרת יותר, שבה נשלח מסר אינטימי מכתובת דוא"ל לא מזוהה, קבע בית המשפט כי יש לערוך גם את מבחן האיזון לשם הכשרת תביעה אנונימית.¹⁵³ וכך סיכם את התנאים לפי תפיסתו:

Dendrite Intl., Inc., v. Doe, 342 N.J. Super. 134, 775 A.2d 756 (N.J. Super. Ct. App. Div. 149 2001), 141: "The trial court should first require the plaintiff to undertake efforts to notify the anonymous posters that they are the subject of a subpoena or application for an order of disclosure, and withhold action to afford the fictitiously-named defendants a reasonable opportunity to file and serve opposition to the application; The court shall also require the plaintiff to identify and set forth the exact statements purportedly made by each anonymous poster that plaintiff alleges constitutes actionable speech; the plaintiff must produce sufficient evidence supporting each element of its cause of action, on a prima facie basis, prior to a court ordering the disclosure of the identity of the unnamed defendant; the court must balance the defendant's First Amendment right of anonymous free speech against the strength of the prima facie case presented and the necessity for the disclosure of the anonymous defendant's identity to allow the plaintiff to properly proceed"

.Doe v. Cahill, 884 A.2d 451 (Del. 2005) 150

"in addition to establishing that its action can withstand a motion to dismiss for failure to state a claim for which relief can be granted pursuant [to New Jersey court rules], the plaintiff must produce sufficient evidence supporting each element of its cause of action, on a prima facie basis, prior to a court ordering the disclosure of the identity of the unnamed defendant" 151 עניין *Dendrite Intl.*, לעיל ה"ש 149, בעמ' 760:

"We accordingly hold that before a defamation plaintiff can obtain the identity of an anonymous defendant through the compulsory discovery process he must support his defamation claim with facts sufficient to defeat a summary judgment motion" 152 עניין *Doe v. Cahill*, לעיל ה"ש 150, בעמ' 461: AeroGlobal Capital Mgmt., LLC v. Cirrus .Indus., 871 A.2d 428, 444 (Del. 2005) ראו גם

פרשת *Mobulisa*, לעיל ה"ש 88. 153

(1) the speaker has been given adequate notice and a reasonable opportunity to respond to the discovery request, (2) the requesting party's cause of action could survive a motion for summary judgment on elements not dependent on the speaker's identity, and (3) a balance of the parties' competing interests favors disclosure.

בית המשפט מוסיף אפוא מבחן של איזון אינטרסים בין אלו של התובע לבין אלו של הנתבע האנונימי.¹⁵⁴ במסגרת איזון זה יש לבחון את ציפייתו של המפרסם לפרטיות, את ההשלכות האפשריות של הגילוי על המפרסם ועל אחרים כמותו, את הצורך בחשיפת הזהות כדי לקדם את עניינו של המבקש ואת קיומן של חלופות אחרות לגילוי. נוסף על זה בית המשפט מתייחס גם לבעייתיות הקיימת בהיעדרם של סטנדרטים אחידים, שכן בהיעדר הסדר חקיקתי כל ערכאה קובעת את התנאים לפי שיקול דעתה.¹⁵⁵

פיתוח מסגרת דיונית זו וכן פיתוח הדרישות הפרוצדורליות להפעלתה נעשה ללא עוגן חקיקתי כלשהו. בתי המשפט אינם מתלבטים כלל אם מדובר בחקיקה שיפוטית ואם מדובר בהתוויה של פרק חדש הזקוק להסדרה בידי המחוקק. העובדה שניתן לראות בכך התוויה של פרק חדש לא הרתיעה את הפסיקה, אף שהביאה בחשבון את האפקט המצנן של תביעות אלו לחופש הביטוי ואת פגיעתן בזכויות חוקתיות.¹⁵⁶ גם חוסר האחידות והיעדר ההרמוניה המתקבלת שעה שכל ערכאה יוצרת וקובעת בנפרד את התנאים הפרוצדורליים לתביעה אנונימית לא הרתיעו את בתי המשפט שנדרשו לתובענות מעין אלו. יצירת המסגרת הדיונית מאפשרת לפסיקה בארצות הברית לקיים את הדיון המהותי-עקרוני. אכן, כמעט בכל פסקי הדין מופיע דיון באיזון הראוי בין הזכות לאנונימיות אל מול פגיעה בשמו הטוב של האחר או אל מול זכות קניינו. הדיון המהותי לא נותר במישור האקדמי-אורטי בלבד אלא מקבל מקום מעשי בפסיקה.¹⁵⁷ התפתחות ענפה זו נעשתה אף שכללי הפרוצדורה הפדרליים אינם מאפשרים תביעה אנונימית לנוכח כמה דרישות פרוצדורליות, ובכללו דרישת ציון שמות כל הצדדים,¹⁵⁸ סמכות עניינית, סמכות מקומית והתיישנות, כמפורט לקמן:

154 שם, בעמ' 720: "In our view, requiring the court to balance the parties' competing interests is necessary to achieve appropriate rulings in the vast array of factually distinct cases likely to involve anonymous speech." מבחן איזון האינטרסים הוחל גם בשיטה הישראלית ללא התוייה חקיקתית. ראו לוין, לעיל ה"ש 19, בעמ' 37; עניין מרגליות, לעיל ה"ש 83, פס' 116.

155 פרשת *Mobilisa*, לעיל ה"ש 88, בעמ' 722: "To balance the competing rights of anonymous internet speakers and parties seeking redress for wrongful communications, courts in this emerging area have employed differing standards"

156 Doe v. 2THEMART.COM, 140 F. Supp. 2d 1088, 1093: "would have a significant chilling effect on Internet communications and thus on basic First Amendment rights"

157 בתי המשפט אף אישרו תביעות כשהתובע ביקש להסתיר זהותו ולהיות אנונימי, ראו: Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 120 (1973).

158 Fed. R. Civ. P. 17(a)

1. סמכות עניינית

סמכות עניינית (Subject Matter Jurisdiction) קובעת אם תביעה תתנהל בבית משפט מדינתי או בבית משפט פדרלי. סמכות השיפוט העניינית של בתי המשפט הפדרליים מוסדרת בפרק 28 לחוקי ארצות הברית. בית המשפט קונה סמכות לדרון בתביעה לפי מקום המושב של התובע והנתבע.¹⁵⁹ במקרה שבו התובע והנתבע אזרחים של מדינות שונות הסמכות מוקנית לבתי משפט הפדרליים בלבד.¹⁶⁰ לשם כך יש לציין את אזרחותם של כל הצדדים עת מוגשת התביעה. כשיש זהות בין התובעים לבין עצמם או בין הנתבעים לבין עצמם, לא חל כלל ה-Diversity, ואין סמכות שיפוט עניינית לבית המשפט הפדרלי.¹⁶¹ המועד לבדיקת סמכות עניינית על בסיס Diversity הוא מועד הגשת התביעה.¹⁶² בקשה לסילוק על הסף בגין עילה זו אמורה להיות מוגשת לפני הגשת כתב הגנה או בנלווה לו.¹⁶³ היעדר פרטים על הנתבע יוצר אפוא קושי לקבוע את סמכותה העניינית של התביעה.

קודם לשנת 1987 הועברו התביעות נגד נתבע אנונימי לבתי משפט פדרליים על ידי בתי המשפט של המדינות. העברה זו חסכה את בעיית חוסר הסמכות במקרה של שוני באזרחויות בין התובע לנתבע (Diversity).¹⁶⁴ בפרשת *Pullman* אסר בית המשפט העליון מכאן ואילך על כל העברה לבתי משפט הפדרליים.¹⁶⁵ ב-1988 שינה הקונגרס את החקיקה והרשה העברה במקרים של נתבע אנונימי.¹⁶⁶ חקיקה זו הקלה במעט על יצירת תביעה אנונימית, והיא משמשת הכרה חקיקתית ביצירת מסגרת דיונית זו. על אף הבעייתיות בסוגיית הסמכות

28 U.S.C. § 1391(a)(1), (b)(1) (1993): “(a) A civil action wherein jurisdiction is founded only on diversity of citizenship may, except as otherwise provided by law, be brought only in (1) a judicial district where any defendant resides, if all defendants reside in the same State” 159

28 U.S.C. § 1332(a) (1994): “(a) The district courts shall have original jurisdiction of all civil actions where the matter in controversy exceeds the sum or value of \$ 75,000, exclusive of interest and costs, and is between – (1) Citizens of different States; (2) citizens of a State and citizens or subjects of a foreign state” 160

State Farm Fire & Casualty Co. v. Tashire, 386 U.S. 523, 531 (1967) 161

Conolly v. Taylor, Supreme Court of the United States, 27 U.S. 556; 7 L. Ed. 518; 1829 U.S. LEXIS 421, March 7, 1829 162

אף שתקיפה על בסיס סמכות שיפוט עניינית יכולה להיעשות בכל עת טרם מתן פסק דין סופי, ראו: *Capron v. Van Noorden*, Supreme Court of the United States, 6 U.S. 126; 2 L. Ed. 229; 1804 U.S. LEXIS 253; 2 Cranch 126 163

John Hancock Mut. Life Ins. Co. v. Central Nat'l Bank, 555 F. Supp. 1026, (N.D. Ill. 1983) 164

28 U.S.C.A. - *Pullman Co. v. Jenkins*, 305 U.S. 534, 541 (1939) 165
 “If in any suit removed from a State court to a district court of the United States, it shall appear to the satisfaction of the said district court, at any time after such suit has been removed thereto, that such suit does not really and substantially involve a dispute or controversy properly within the jurisdiction of said district court the said district court shall proceed no further therein, but shall remand it to the court from which it was removed”

U.S.C. § 1446(b) 166

העניינית אפשרו בתי המשפט תביעות נגד נתבע אנונימי. כך למשל בפרשת *Hannah* הוגשה בקשה למחוק התביעה משום שאין ידוע מקום מגוריהם של הנתבעים, ולפיכך אין מתמלא תנאי ה-Diversity. בית המשפט דחה את הבקשה בציינו כי עדיין לא נתבקש תיקון כתב התביעה והחלפת הנתבעים האנונימיים לנתבעים האמתיים ולכן אין למחוק התביעה.¹⁶⁷

2. סמכות מקומית

סמכות עניינית קובעת מהי הערכאה המוסמכת לדון, הפדרלית או המדינתית. לעומת זאת סמכות מקומית עוסקת בשאלה באיזו מדינה ניתן להגיש את התביעה.¹⁶⁸ אין סמכות לבית המשפט במחוז נתון אלא אם כן יש סמכות פרסונלית באשר לכל אחד ואחד מהנתבעים. בית המשפט אינו רשאי ליתן צו נגד נתבע אלא אם כן יש לנתבע קשר כל שהוא לפורום. הדרך הפשוטה לקנות סמכות פרסונלית היא בהגשת התביעה במקום מגורי הנתבע.¹⁶⁹ מלבד מקום מגוריו של התובע יש זיקות נוספות המקנות סמכות, כמו המחוז שבו קרה חלק מהמאורע (ואז אין זה חשוב היכן הנתבע גר).¹⁷⁰ כשפרטים אלו לא היו ידועים, פיתחו בתי המשפט דרכים יצירתיות לרכישת סמכות.¹⁷¹ על פי זה ניתן להיעזר גם במבחן של *minimum contacts*.¹⁷² גם אם מתקיימות זיקות מינימליות אלו, עדיין על בית המשפט לבחון בכל מקרה ומקרה אם נכון

Hannah v. Majors, 35 FRD 179, 180 (1964): “Defendants move to dismiss for lack of 167
diversity because the state of residence of the Doe defendants is not stated [...] The motion
should be denied because no amendment has been permitted to make anyone really existing
a defendant in the place of a Doe defendant, and until such an amendment has been
permitted the Doe defendant allegations are surplusage”

גבולות השיפוט המקומי של המדינות הם גם הגבולות של בתי המשפט הפדרליים באותן 168
המדינות. ראו Federal Rule of Civil Procedure 4(k)(1)(A).

Shreve & Raven-Hansen, Understanding Civil Procedure § 3.08[3][a], at 65 (3d ed. 2002), 169
“Jurisdiction by citizenship would appear to pose no personal jurisdiction problem”

28 USCS § 1391: “Venue generally (a) A civil action wherein jurisdiction is founded only 170
on diversity of citizenship may, except as otherwise provided by law, be brought only in (1)
a judicial district where any defendant resides, if all defendants reside in the same State, (2)
a judicial district in which a substantial part of the events or omissions giving rise to the
claim occurred, or a substantial part of property that is the subject of the action is situated”

כך למשל במקרה של שיתוף קבצים להורדת מוסיקה הגישו בעלי זכויות היוצרים תביעה נגד 171
נתבעים אנונימיים. הפסיקה קבעה כי עצם העובדה שאדם משתף את תושבי המקום בקבצים, די
בכך כדי להקנות בעניינו סמכות אישית באותו מקום. הפסיקה ציינה כי אם מדובר בפרסום באתר
בלבד אין בכך כדי ליצור את הזיקה למקום. אולם אם מדובר באתר אינטראקטיבי שבו השולח
מחליף מידע ומשתף בקבצים, אזי די בכך לשם רכישת סמכות מקומית במקום שבו יושב המחשב
המארח. ראו Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com Inc, 925 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997).

International Shoe Co. v. Washington, 326 U.S. 310, 316 (1945): “due process requires 172
only that in order to subject a defendant to a judgment *in personam*, if he be not present
within the territory of the forum, he have certain minimum contacts with it such that the
maintenance of the suit does not offend “traditional notions of fair play and substantial
justice”

לשלוח את זרועו הארוכה ולהניחה על נתבע.¹⁷³ מבחן הזיקות המינימליות אינו כה פשוט. כך למשל הוגשה תביעה בטקסס נגד פרופסור באוניברסיטת קולומבייה בגין מאמר שפרסם ברשת. התובע טען כי העובדה שניתן לצפות במאמר גם מטקסס היא המקנה סמכות מקומית לבית המשפט. בית המשפט דחה את הטענה בקבעו כי אין די שהאתר נצפה מכל מקום, אלא צריך גם להראות קשרים בין אוניברסיטת קולומביה לטקסס.¹⁷⁴ הדבר מלמד כי הדרישה האמריקאית מחמירה מהדרישה הישראלית, ותביעה הקשורה לרשת האינטרנט אינה מקנה סמכות בכל מקום שבו נצפה האתר. בתביעה נגד נתבע אנונימי לרוב אין פרטים ידועים, ובית המשפט חסר סמכות.¹⁷⁵ סוגיית הסמכות המקומית מערימה אפוא מכשול על יצירת מסגרת דיונית לתביעה נגד נתבע אנונימי. מכשול כאמור קשה מהמכשול שכמעט לא קיים בשיטה הישראלית. ברם גם עניין זה לא חסם את דרכה של הפסיקה האמריקאית בהכירה בתביעות נגד נתבע אנונימי. הדרישה לזיקות מינימליות סייעה לשיטה האמריקאית להקנות סמכות לבתי המשפט ברדיוס רחב מזה של בתי המשפט שבמחוז שיפוטם נמצא מקום מגוריו של התובע או הנתבע.

3. התיישנות

כאמור, הכללים הפדרליים מאפשרים את דוקטרינת הייחוס לאחור (relation back). כלומר, ניתן לראות בתיקון משתייך למועד המקורי של התביעה רק במקום של טעות, כלומר כאשר אין מדובר בטעות, אי אפשר לתקן את התביעה ולהתייחס לתיקון כאילו הוא תוקן במועד התביעה המקורי. כך במקרה של נתבע אנונימי, שאין מדובר בטעות, היה בלתי אפשרי לתקן את כתב התביעה ולייחס את התיקון כאילו נכתב במועד המקורי של התביעה.¹⁷⁶ הגבלה זו הביאה לכך שתביעות נגד נתבע אנונימי התפתחו דווקא בבתי המשפט של המדינות ולא בבתי המשפט הפדרליים. שינוי החקיקה הפדרלית והגמשתה באופן שיאפשר לצרף נתבע חדש גם לאחר שתעבור תקופת ההתיישנות פתחו את הפתח למסגרת דיונית זו גם בבתי המשפט הפדרליים.¹⁷⁷ שינוי זה משמש הכרה חקיקתית מסוימת בתביעות נגד נתבע אנונימי. בתי המשפט דרשו דרישות פרוצדורליות נוספות כדי שיהיה ניתן לייחס את התביעה לאחור. כך

Mut. Serv. Ins. Co. v. Frit Indus., Inc., 358 F.3d 1312, 1319 (11th Cir. 2004): "personal jurisdiction analysis requires not only a due process inquiry but also an evaluation of whether jurisdiction is appropriate under the so-called 'long-arm' jurisdictional statute of the state in which the court sits"

Revell v. Lidov, 317 F.3d 467, 471 (5th Cir. 2002) קביעה זו נוגדת את המבחן המקל שנקבע בפרשת *Zippo* (לעיל ה"ש 171), שמשמע ממנו כי עצם שיתוף הקבצים עם תושבי המקום מקיים את הקשר המתמשך והשיטתי.

Joshua M. Dickman, *Anonymity and the Demands of Civil Procedure in Music Downloading Lawsuits*, 82 TUL. L. REV. 1049, 1072 (2008) ("In the context of the typical music downloading lawsuit, however, this relatively simple method of establishing personal jurisdiction is also relatively useless, insofar as the defendants' identities are unknown")

Federal Rule Civ. P. 15(c)

Clark Byse, *Suing the "Wrong" Defendant in Judicial Review of Federal Administrative Action: Proposals for Reform*, 77 HARV. L. REV. 40, 40 (1963); Fed. R. Civ. P. 15(c) advisory committee's note (1966 Amendment, 39 F.R.D. 83)

למשל יש צורך להודיע לנתבע האנונימי על הגשת תביעה נגדו כדי שישמור מסמכיו. האפשרות לתקן לאחור רק במקרה של טעות מבטיחה גם את הרציונל השני של ההתיישנות – שלוותו של נתבע פוטנציאלי. לצורך כך נקבע כי אין די בהודעה כללית לנתבע ויש לדאוג כי הוא ידע מפורשות כי הוא הוא העתיד להיתבע.¹⁷⁸

יש הטוענים כי החשש שמא תחלוף תקופת ההתיישנות הוא הגורם המרכזי לתביעות נגד נתבע אנונימי.¹⁷⁹ ראוי לציין כי כלל 15, שמאפשר לייחס לאחור תביעה מתוקנת המוגשת כעת, עוסק רק ב"טעות" אך לא בנתבע אנונימי. בפרשנותו של המונח "טעות" בתי המשפט מתחלקים לשלוש קטגוריות:¹⁸⁰ א. אלו שמפרשים את המילה "טעות" כלשונה. אידיעת שמו של הנתבע אינה מוגדרת טעות, ולכן כלל הייחוס לאחור אינו חל, ולפיכך יהיה בלתי אפשרי להחליף נתבע אנונימי לנתבע האמתי לאחר תקופת ההתיישנות; ב. מן העבר השני יש המפרשים את המילה "טעות" בהרחבה ומאפשרים להחליף נתבע אנונימי בנתבע אמתי גם לאחר תקופת ההתיישנות; ג. גישת ביניים השואלת אם הטענות שנטענו יש בהן די כדי להעמיד את הנתבע על כך שהוא עומד להיות הנתבע האמתי. המבחן הגמיש ביותר נקבע בפרשת *Avis*, ולפיו כל מקום שרוצים להוסיף נתבע נכלל בגדר טעות.¹⁸¹ פרשנות זו פתחה את הפתח בפני תביעות נגד נתבע אנונימי.

המלומדת קרול טוענת במאמרה כי החקיקה הפדרלית צריכה להכיר בתביעות מסוג זה ולקבוע בהן כללים ברורים.¹⁸² הכרה כאמור תוביל לחיסכון בחוסר הוודאות השוררת בבתי המשפט. לדעתה ראשית יש לקבוע כללי טיעון ולתאר מיהו פלוני אלמוני במדויק ככל שניתן. טיעון מפורט זה חשוב משום שעל בתי המשפט הפדרליים לכבד את תקופת ההתיישנות הנקבעת בכל מדינה ומדינה. ובתוך כך חייבים להקפיד שהנתבע יקבל את ההודעה שהוא עתיד להיתבע בזמן סביר. לטענתה, אם הטענות יהיו ממוקדות ולא כלליות, יהיה ניתן להשיג מטרה זו. למן שנות השישים החלו בתי המשפט הפדרליים להכיר בתביעות אלו, וכי הגיעה העת כי החקיקה תיישר קו עם הפסיקה. תובע ונתבע אנונימיים הפכו לחלק מרכזי ופרקטי בבתי המשפט הפדרליים, אך החקיקה עדיין לא אימצה קו זה במפורש. מכאן הקריאה לבית המחוקקים ליישר קו עם החקיקה השיפוטית בשטח.

אם כן, למרות משוכות דיוניות גבוהות מאוד שעמדו בפני יצירת תביעה נגד נתבע אנונימי בשיטת המשפט האמריקאית, העולות בגובהן על המשוכות בשיטה הישראלית, ולמרות

178 ההגנה ניתנת לפי מבחן האדם הסביר – אם ברור לנתבע שהוא אמור להיתבע, אלא שהתובע טועה רק בשם הרי שאין לו זכות מוגנת לנוח מבלי להיתבע. אך אם אין טעות כה משמעותית – הנתבע לא צריך לשאול עצמו מדוע לא נתבעתי, ולפיכך הוא זכאי לנוח אחרי תקופת ההתיישנות.

179 *Craig v. United States*, 413 F.2d 854, 856 (9th Cir.) (“The only purpose the naming of fictitious defendants could possibly serve is to make it possible to substitute named defendants after the statute of limitations has run”)

180 *Wood v. Worachek*, 618 F.2d 1225 (7th Cir. 1980); *Varalack v. SWC Caribbean, Inc.*, 550 F.2d 171 (3rd Cir. 1977)

181 *Williams v. Avis Transport of Canada, Ltd*, 57 F.R.D 53 (D. Nev. 1972)

182 *Carol M. Rice, Meet John Doe: It Is Time for Federal Civil Procedure to Recognize John Doe Parties*, 57 U. PRRR. L. REV. 883 (1996)

משוכות מהותיות אחרות בדמות זכות חוקתית לחופש הביטוי ברשת ועוד, לא נרתעו בתי המשפט האמריקאיים מליצור מסגרת דיונית זו. הם אף הוסיפו בה דרישות פרוצדורליות ללא שום עיגון חקיקתי. בשלבים מאוחרים יותר באה הכרה חקיקתית מסוימת ביצירת מסגרת זו. הדבר מאפשר לשיטה לקיים את הדיון המהותי בנושא גבולותיו הראויים של חופש הביטוי ברשת. אם כי ראוי לציין כי בשלב זה היצירה אינה אחידה ואינה קוהרנטית, ומכאן באה הקריאה למחוקק מאת בתי המשפט ומאת המלומדים לעשות סדר בדבר, ולמצוא הסדר אחד המאזן את הפתרונות השונים שהוצעו ויושמו בבתי המשפט השונים, אך יודגש כי הפסיקה, ובעקבותיה החקיקה, לא נרתעו מליצור מסגרת פרוצדורלית לתביעות מסוג זה, ובכך לא נחסמה כליל הדרך לתבוע את הכותב האנונימי, ומכאן נפתח הפתח להסדר פרוצדורלי קוהרנטי יותר ואחיד יותר.

ה. תביעה עצמאית נגד ספקיות האינטרנט

יצירת מסגרת דיונית לתביעה נגד נתבע אנונימי נדחתה פה אחד בפרשת מור. ייתכן כי מסגרת זו נדחתה דחייה גורפת הואיל ולצורך הפעלתה האפקטיבית נדרשת חקיקה שיפוטית כפולה: הן במישור המהותי (יצירת הזכות) והן במישור הדיוני (יצירת המסגרת). כלומר, יצירת עילה בדין המהותי, ומכוחה היזקקות לכלל שלפיו במקום שבו יש זכות יש גם סעד, ומכוח כלל זה יצירת המסגרת הדיונית, היא דרך ארוכה מדי לפיתוח נורמה בחקיקה שיפוטית, ושמא היא אשר הביאה לדחייה הגורפת. לעומת זאת דרך נוספת שנדונה בבית המשפט העליון הייתה תביעה ישירה ועצמאית נגד ספקיות האינטרנט לשם מסירת פרטיו של הגולש האנונימי. מסגרת זו נדחתה על ידי דעת הרוב אך נתקבלה על ידי דעת המיעוט. התנגדותה של דעת הרוב למסגרת זו לא הייתה כה נחרצת, וגם לא כה מנומקת, כשם שהייתה התנגדותה למסגרת הדיונית הראשונה. דעת הרוב קבעה כי אמנם יש לבית המשפט סמכות רחבה ליתן סעד במסגרת הליך אזרחי,¹⁸³ אלא שסמכות זו מוגבלת לסעדים הדרושים במסגרת אותו הליך שבו יש זכות של התובע כלפי הנתבע. אולם אין ליתן סעד מחוץ לגדרי הליך אזרחי. כלומר, הסעדים האפשריים הם רק נגד מי שעוול ולא נגד מי שהוא מחוץ להליך.¹⁸⁴ אם נדקדק היטב בהנמקה זו, נראה כי הבעיה איננה המסגרת הדיונית כי אם סברת דעת הרוב כי בדין המהותי אין לנפגע זכות כלפי הספקית. אילו סברה דעת הרוב כי יש זכות כזו (אף אם נוצרה בדרך שיפוטית), לא הייתה בעיה בהכרה במסגרת דיונית של תביעה ישירה נגד הספקית בדרך של המרצת פתיחה.¹⁸⁵ מסגרת דיונית זו כבר קיימת בשיטה, ולכן אין צורך ליצור אותה מחדש.

183 מכוח ס' 75 לחוק בתי המשפט, התשמ"ד–1984, לאחר שהוכיח מבקש הסעד כי הנתבע הפר זכות הקנייה לו בדין (ראו עניין רוקר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 268).

184 ראו מור, לעיל ה"ש 1, פס' 31 לפסק הדין.

185 ראו שם, דעת המיעוט של רובינשטיין, ס' לט לפסק הדין, וכך כתב: "את הדרך הדיונית למימוש עילת התביעה יש לגזור מסדרי הדין הקיימים. בהתחשב בטיב הדיון, שאינו כרוך בבירור עובדתי מורכב [...] נראה כי הדרך הראויה היא הגשת המרצת פתיחה, שהמשיבה בה היא ספקית האינטרנט".

לפיכך האנלוגיה שעורכת דעת הרוב בין מסגרת התביעה העצמאית למסגרת התביעה נגד נתבע אנונימי והמנסה לומר כי כשם שאין מקום ליצור את האחרונה כך אין מקום ליצור את הראשונה, אינה ממין העניין. תביעה עצמאית נגד הספקית היא מסלול מוכר בדין ואינה דורשת חקיקה שיפוטית כה רחבה כשם שדורשת התביעה נגד הנתבע האנונימי.

מכל מקום, בבואנו לבחון את יצירתה של מסגרת דיונית לתביעה נגד נתבע אנונימי יש מקום לבחון גם את החלופות הקיימות בשיטה. בחינתן של החלופות כאמור מעידה שתביעה עצמאית עדיפה פחות ממסגרת דיונית של תביעה נגד נתבע אנונימי אף על פי שהראשונה נזקקת פחות להתוויה חדשה ונתקלת אפוא בהתנגדות פחותה במישור החקיקה השיפוטית. תביעה עצמאית נגד ספקית האינטרנט, או נגד מנהלי האתר, מציבה משוכות דיוניות גבוהות מאלה שמציבה תביעה נגד נתבע אנונימי, בעיקר בסוגיית הסמכות העניינית. תביעה עצמאית נגד הספקית כוללת סעד של חשיפת שמו של הגולש. סעד זה אינו ניתן לכימות והערכה, ולכן הוא מסור לסמכותו השיורית של בית המשפט המחוזי. לאחר חשיפת זהות הגולש סביר כי תוגש תביעה כספית נוספת בבית משפט השלום.¹⁸⁶ ניתן להסדיר זאת, אך הדבר דורש התוויה עמוקה יותר של מסגרת בחקיקה שיפוטית, ומכך נרתע בית המשפט העליון. מסגרת דיונית זו מכפילה אפוא את הדיונים, הן את מספר ההליכים והן את אורכם. במציאות משפטית וכלכלית שבה מנסים לצמצם בהוצאות משפטיות וכן להפחית בסרבולם של ההליכים חלופה זו ראויה פחות מחלופות אחרות. היא גם מחייבת בתשלום אגרה בשני הליכים ופוגעת בשל כך בזכות הגישה לערכאות. אכן, ניתן לפתור זאת באמצעות תקנות האגרות, אך שוב הניסיון הוא להמעיט בהתוויה של החקיקה השיפוטית ולהשתמש בהליכים ובנורמות קיימים. מסגרת זו מחבלת ביעילות דיונית ואף מפנה תביעות לבית המשפט המחוזי, כשהן רק אמצעי לתביעה העיקרית שתתנהל לרוב בבית משפט השלום. גם את זאת ניתן לפתור באמצעות חקיקה, אך כאמור מגמתנו היא להפחית את השימוש בשינויי חקיקה, שאינם פשוטים במערכת החקיקה הישראלית. עצם הפניית תביעות לבית המשפט המחוזי אינו מתיישב עם המלצת הוועדות השונות, שלפיהן יש לרכז סמכויות בבית משפט השלום ולהפכו לערכאה מרכזית,¹⁸⁷ על אהת כמה וכמה כאשר מדובר בתיק שבסופו של דבר הוא מסור לבית משפט השלום. דעת המיעוט הציעה להגיש את התביעה לחשיפת הגולש בבית משפט השלום על סמך התביעה העתידית האמורה להיות מוגשת בשלום. הצעה זו אינה מתיישבת עם ההלכות הידועות בנושא הסמכות, שלפיהן סמכות עניינית נקבעת בכל תביעה בפני עצמה. איננו מכירים מצב שבו תביעה מוגשת בערכאה שאינה מוסמכת מתוך כוונה שבעתיד תוגש תביעה ראויה באותה ערכאה. גם בית משפט קמא נקט דרך יצירתית בניסיון לרכז את כל התביעות במקום אחד, ולפיכך קבע כי יש לראות בסעד העיקרי לחשיפת שם הגולש סעד ביניים בתביעה העתידית. דרך זו נכונה מאחר שמסגרת דיונית של תביעה נגד נתבע אנונימי תביא לריכוז כל ההליך בתביעה אחת ובערכאה

186 על פי רוב סכום התביעה הוא בסמכותו העניינית של בית משפט השלום. אם יעתור התובע גם לפרסום התנצלות וכיו"ב, יהיה על התובע לפצל תביעתו בשל הלכת פיצול הסעדים.

187 ראו הוועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל דין וחשבון (1997) (ועדת אור), וכן הוועדה לבדיקת המבנה והסמכויות של בתי המשפט דין וחשבון (1980) (ועדת לנדוי).

אחת, ולרוב יהיה זה בית משפט השלום (בשל שיעורה הכספי), אולם במקרה שעמד בפניו לא הוגשה כלל תביעה עתידית זו.

בהתמודדות עם הפעלת כללים דיוניים בתחום הדיוני בתי המשפט שואלים את עצמם אם התוצאה שאליה יגיעו תהא צודקת ואם היא תהיה גם יעילה. דהיינו, אם הכלל שיאומץ יקדם את חשיפת האמת וכיצד הוא ישפיע על עלויות הצדדים.¹⁸⁸ בהיבט של חשיפת האמת לא נראה שיש הבדל בין המסגרות השונות. לעומת זאת היעילות, אחד הערכים המרכזיים בהפעלת הכללים הדיוניים, מטה את הכף לטובת המסגרת הדיונית של תביעה נגד נתבע אנונימי. גם ניתוח *ex ante*, המאפיין את הגישה הכלכלית של המשפט, מטה את הכף לטובת מסגרת של נתבע אנונימי. בבסיס ניתוח זה קיימת ההנחה כי כללים משפטיים משפיעים על התנהגותם של הפרטים הכפופים להם ומכוונים אותה, ולכן יש לשקול השפעות אלו בעת בחירה בין כללים שונים.¹⁸⁹ לפיכך ככל שיקל על התובע בהגשת התביעה, יקשה הדבר על הגולשים האנונימיים. הדבר כמובן יביא להגבלת חופש הביטוי האינטרנטי. האם כך רצוי אם לאו – זו התלבטות במישור המהותי.

סיכום

עניינו של מאמר זה – יצירת מסגרת דיונית להגשת תביעה נגד נתבע אנונימי; השלכותיה, יתרונותיה וחסרונותיה של תביעה כאמור. בית המשפט העליון קבע כי אין ראוי ליצור מסגרת זו בדרך של חקיקה שיפוטית. בכך סתם וחתם את הגולל על הדיון בשאלה אם יש לנפגע מפרסום ברשת האינטרנט עילת תביעה בדין המהותי נגד המפרסם, הגם כי פיתח דיון חשוב ער, אקדמי ברובו, בשאלה זו. במאמרנו בחנו אם הדין הפוזיטיבי (הדין המצוי) מאפשר יצירת מסגרת זו, אם בפרשנות ההוראות הקיימות ואם בדרך ההיקש ממוסדות משפטיים קרובים. מסקנותינו הן כי היה ניתן לפתח מסגרת זו על בסיס דרכים אלו. בשלב שני בחנו את המישור הנורמטיבי (הדין הראוי): אם ניתן וראוי ליצור את המסגרת הדיונית באמצעות חקיקה שיפוטית. הצגנו יתרונות וחסרונות של יצירת נורמה בידי הרשות השופטת אל מול יצירת הנורמה בידי הרשות המחוקקת. לאחר מכן מיקדנו את המישור התאורטי במישור הדיוני. מלבד זאת בחנו את הסוגיה לאור השיטה הדיונית הנוכחית ולאור הערכים המוחלים כיום על השיטה הדיונית בישראל, ובכללם הגינות דיונית, תום לב, איזון אינטרסים, שיקול דעת וזכות הגישה לערכאות. נראה כי במישור הנורמטיבי העקרוני יש לא מעט הצדקות ליצירת נורמה דיונית זו בדרך של חקיקה שיפוטית יותר מיצירת הנורמה בידי הרשות המחוקקת. נראה כי פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת מור, שבחר לקיים את הדיון המהותי כדיון תאורטי בלבד, ובד בבד להשהות דיון זה עד אשר ייצור המחוקק את המסגרת הדיונית הראויה, מתעלם מהמגמות הקיימות כיום במישור הדיוני, מתעלם מהגישה הדיונית האינקוויזיטורית שהולכת ומכרסמת בגישה האדברסרית ומעניקה כוח רב יותר לשופט היושב בדין לעצב את המהלכים שבפניו,

188 ראו עניין לב, לעיל ה"ש 58, בעמ' 502.

189 קלמנט ושפירא, לעיל ה"ש 93, בעמ' 133.

סותר את מעמדה החוקתי של זכות הגישה לערכאות ופועל במגמה הפוכה למגמה המבקשת להתאים את הוראות הדין הדיוני לדין המהותי, כלומר רואה בפרוצדורה כלי להגשים את הדין המהותי ולא לחסום אותו.¹⁹⁰

כמו כן הראינו כי בפני בית המשפט העליון הייתה פתוחה הדרך ליצירת המסגרת הדיונית הראויה תוך שימוש בכלים הקיימים כיום בשיטה. ככל שנפרטות הדרישות הפרוצדורליות לפרטים מתברר כי אין מדובר בשינוי דרמטי, וכי לא היה צורך בהתוויית פרק חדש. לשם הגנת אינטרס הנתבע ניתן לדרוש דרישות פרוצדורליות הקיימות בשיטה זה מכבר בהליכים דומים, כמו הפקדת ערובה, הוכחת התביעה לכאורה בשלב ראשוני, הותרת הנטל על התובע גם בדיון השני לביטול צו החשיפה ועוד. לא זו אף זו, אף אם היה מדובר בפרק חדש, הרי מצוי הדבר בסמכותה הטבעה של ערכאה שיפוטית.

בשלב שלישי ניתחנו את הדרישות הפרוצדורליות שאפשר שתובאנה בפני מסגרת דיונית של תביעה נגד נתבע אנונימי. במסגרת זו בחנו את סוגיית הסמכות העניינית והסמכות המקומית ואת סוגיית ההתיישנות. בשלב רביעי ניתחנו את המצב במשפט המשווה באותן הסוגיות. הדרישות הפרוצדורליות בשיטת המשפט האמריקאית מטילות לטעמנו נטל כבד יותר על יצירת מסגרת דיונית של תביעה נגד נתבע אנונימי. היעדר פרטיו של הנתבע שולל את סמכותו העניינית של בית המשפט, באשר היא תלויה במקום מגוריו של הנתבע. בשיטה הישראלית הסמכות העניינית אינה תלויה כלל במקום מגוריו של הנתבע. סוגיית הסמכות המקומית אף היא מטילה נטל כבד יותר בשיטה האמריקאית, באשר היא תלויה במקום מגוריו של הנתבע או במקום שבו יש לנתבע זיקות מינימליות. הפסיקה האמריקאית סירבה לפרש זאת פירוש כה נרחב, כבשיטה הישראלית, ועצם העובדה שפרסום נצפה בכל מקום אינו מאפשר להגיש את התביעה בכל מקום. אף בעיית ההתיישנות במשפט האמריקאי מעמידה משוכה גבוהה בפני מסגרת דיונית של תביעה נגד נתבע אנונימי. מלבד אלו קיימות כמובן הדרישות הדיוניות הרגילות כמו בישראל, כגון הצגת פרטי הנתבע ועוד. למרות דרישות מחמירות אלו אישרו בתי המשפט האמריקאיים תביעות נגד נתבע אנונימי בדרך החקיקה השיפוטית. על מסגרת זו הוסיפו דרישות דיוניות שונות הנוגעות לידוע הנתבע ועוד, ולא ראו כלל להתחבט בשאלה אם אין מדובר בהתוויית פרק חדש, ואם אין ראוי להותיר העניין להסדרה חקיקתית. החלטותיהם אלו של בתי המשפט אפשרו למערכת המשפט לקיים דיון מהותי באיזונים בין זכויות המפרסם לזכותו של הנפגע ולמצוא נוסחאות איזון ראויות. נוסחאות אלו מאפשרות למערכת המשפט להתמודד עם ההתפתחות הטכנולוגית ולקלוט אותה בדרך טבעית. בסופו של דבר צעדה החקיקה בעקבות יצירת שיפוטית זו והכירה בה חלקית.

לעומת זאת בשיטה הישראלית דיון בדין המהותי שהיה אמור להתקיים על ערכים ואיזונים נחסם ונבלם בטענה פרוצדורלית בלבד. תחת לגייס את הדין הדיוני לטובת הדין המהותי ותחת ליצור מסגרת דיונית ובהסתמך עליה לקיים דיון מהותי, בחר בית המשפט העליון בדרך יוצאת דופן להכפיף את הדין המהותי לדין הדיוני. פסק דין זה מעלה תמיהה, באשר אין הוא מתיישב עם המגמות הקיימות היום בסדר הדין האזרחי בשיטה הישראלית, ואין הוא מתיישב עם

190 רע"א 6920/94 לוי נ' פולג, פ"ד מט(2) 731 (1995).

המגמות הקיימות ברחבי העולם. גם קשה לומר כי פסק דין זה לא הכריע בסוגיה כפי שהתיימר לטעון: בעניינים שבהם הזכויות מתנגשות, "והמשחק הוא סכום אפס", הרי שאי-הכרעה כמוה כהכרעה לכל דבר ועניין. החלטתו של בית המשפט העליון מקנה חיסיון מוחלט לגולשים האנונימיים ומעצבת בישראל את גבולות השיח האינטרנטי ואת אופיו. ייתכן שזהו האיזון הראוי, אך ודאי אין הוא יכול להתקבל בדרך כה אגבית.

הכרעה זו מביאה אותנו לחפש את ההסבר לה במקום אחר, ואנו מבקשים להציע להלן שני כיווני חשיבה: הראשון, ייתכן כי בית המשפט העליון ביקש במכוון להימנע מהדיון העקרוני המהותי בדבר זכותו של אדם שנפגע לקבל סעד לחשיפת שמו של גולש אנונימי. ייתכן כי בית המשפט העליון בחר בדרך זו בהבינו כי הסוגיה המהותית היא סוגיה טעונה, אידאולוגית, שאין עליה קונצנזוס חברתי. דומה כי הפירוט התאורטי הרחב בתחילת פסק דינה של דעת הרוב מחדד כיוון זה. בית המשפט ביכר להיתלות בעניין טכני פרוצדורלי, אשר "לכאורה" אין בו כדי להכריע בסוגיה, ובכך נמנע כביכול ממחלוקת במישור המהותי. מציאות זו מוכרת בשיטה הישראלית מתחומים משפטיים קרובים.¹⁹¹ דומה כי בין שופטי בית המשפט העליון ניטשת מחלוקת ערכית אידאולוגית על גבולות חופש הביטוי, ומחלוקת זו מוסווית באצטלה של נימוקים מתחום הדין הדיוני:¹⁹² תחת לקיים דיון בדין המהותי בשאלת האיזון הראוי בין ההגנה על האנונימיות ברשת, על יתרונותיה בקידום חופש הביטוי ובשמירה על הפרטיות, לבין הזכות לשם טוב, המוגנת במסגרת עוולת לשון הרע, לבין אינטרסים קנייניים נוספים, מעדיף בית המשפט לברוח לטיעון טכני פרוצדורלי. בריחה זו לדיון דיוני, ניטרלי כביכול, יכולה לאפיין שיטה משפטית של חברה שאין בה קונצנזוס מה נכלל בחופש הביטוי ומה לא. פסק הדין העוקב שניתן בבית המשפט העליון בפרשת גוגל והמחלוקת הדומה בין השופטים מלמדת אותנו אף היא כי לא רק דין דיוני יש כאן.¹⁹³

191 כך למשל בבג"ץ 143/62 פונק שליזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225 (1963) הורה בית המשפט העליון לרשום במרשם האוכלוסין זוגות שנישאו בנישואין אזרחיים. בית המשפט מנמק כי אין מדובר בהכרה בנישואין אזרחיים כי אם רק לצורכי רישום, ולצורך איסוף סטטיסטי בלבד. מאז ניתנה הלכה זו, צעדו בעקבותיה הלכות נוספות, ראו סיכומן בפרשה האחרונה, עד הלום, פרשת רישום זוגות חד מיניים, בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל אוכלוסין, פ"ד סא(3) 537 (2006). בהתייחס לסוגיה זו שיפמן כותב: "אמנם בימ"ש מתרץ שההכרה בנישואין אלו היא רק לענין המרשם אולם (וכמו בפרשת שליט בשאלת מיהו יהודי) המעטת חשיבותו של הרישום נועדה להפחית בעיני הציבור את משמעותה החברתית והפוליטית של הכרעה משפטית בסכסוך אידיאולוגי"; פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל חלק א 283 (מהדורה שנייה, 1995).

192 "אפשר שהבדלי הגישות שבין חברי לביני נעוצים בהבדלי ההשקפה לגבי יחודיות המדיה, והמשמעות החוקתית של הזכות לאנונימיות. חברי סבור כי ברירת המחדל, כלשונו, צריכה להיות – בהתקיים עילת תביעה ראויה – הכרה בזכות לחשון את זהות מחווי הדעה והוא מבהיר כי הוא נוקט בקו המחמיר ביותר עם מחווי הדעה – מבין שלוש האפשרויות שהוצגו בערכאות הדיוניות. בחירה זו מתיישבת עם שיטתו כי האנונימיות איננה זכות ואין לה נפקות חוקתית עצמאית וכי אינה אלא עובדה. ואילו תפישתי שלי היא כי האנונימיות מבטאת זכויות יסוד חשובות – זכות לחופש ביטוי וזכות לפרטיות – ויש לה מעמד חוקתי".

193 פרשת גוגל, לעיל ה"ש 115, וכך כתבה דעת המיעוט מפי השופט הנדל: "מסגרת דיונית כזאת לא התקיימה בתיק זה ולכן דין הערעור להתקבל. עם זאת, לא ברור לי שנדרש הסדר חקיקתי כדי להגיש תביעה כזאת. ייתכן שלו חברת Google Inc. הייתה מצטרפת לתביעה – כי אז ניתן היה

מזווית אחרת, ייתכן כי בית המשפט יבקש להחזיר את מישור התחום הדיוני למקומו הטבעי, למקום שבו היה בטרם החלה המהפכה החוקתית, ובטרם החלו לחלוש עליו כללים המתאימים למשפט מהותי. ייתכן כי בעיני כותבי פסק הדין יצא התחום הדיוני מכלל שליטה, וכי החלת ערכים ממישור המשפט המהותי גרמו לדין הדיוני לאבד מתפקידו להסדיר הליכים הסדר פשוט ואחיד. ייתכן שיש בכך תגובת נגד להתפתחותו של עודף שיקול הדעת, עודף עקרון תום הלב ועודף זכות הגישה לערכאות, עד שאין בעלי הדין יודעים כיצד לנהל דרכם ולו מבחינה דיונית. בית המשפט יבקש להחזיר את הזכויות הדיוניות, כמו גם את המישור הדיוני, למקומן הטבעי, כזכויות נספחות וכזכויות טפלות לדין המהותי. מזווית ראייה זו רואים כי קיים עירוב שיקולים שונים בדבר שמרנות לעומת אקטיביות שיפוטית ועוד, אשר אין מקומן כאן, אך ייתכן בהחלט כי הכרעת בית המשפט משקפת מתח זה.

בין כה ובין כה, ואם אכן כה – לא זו הדרך. אי-הכרעה בסוגיות אלו כמוה כהכרעה פוזיטיבית. קביעה כי אין מסגרת דיונית בהכרה כי המתנה למערכת הפוליטית אינה יכולה לשרת הסוגיה (והזמן שעבר מיום קריאת פסק הדין למחוקק עד הלום – יוכיח), משמעה הכרעה לטובת הזכות לחופש ביטוי אנונימי והענקת חיסיון לכל הגולשים האנונימיים. זו התוצאה, תהא דרכה אשר תהא.

לברר האם מכוח הקשר בין החברה האמורה לבין Gmail מוטלת חובה לחשוף את פרטי בעל הכתובת". נראה שבפסק דין זה יש משום סדק בהלכת מור, שכן שני שופטים שם הסתייגו מן הקביעה שלפיה ללא הסדר חקיקתי לא ייתן בית המשפט צו לחשיפת הנתבע האנונימי.