

הפירוט העובדתי הנדרש בכתבי טענות והסטנדרט הראוי לסילוק תביעה על הסף בהיעדר עילה

מאת

ערן טאוסיוג*

א. הקדמה. ב. סטנדרטים ליברליים לניסוח כתבי טענות; 1. הסטנדרטים הקבועים בתקנות; 2. הפירוט הנדרש בכתבי טענות ועקרון תום הלב. ג. דרישת הפירוט בכתבי טענות בהליכים אזרחיים בארצות-הברית; 1. השינויים שנעשו בארצות-הברית בשנים האחרונות ומשמעותם; 2. האם ראוי לאמץ סטנדרטים דומים לאלה שקבע בית המשפט העליון בארצות-הברית? ד. הסטנדרטים המוצעים; 1. סטנדרט ראוי לפירוט הנדרש בכתבי טענות; 2. הסטנדרט המוצע למחיקת תביעה על הסף בהיעדר עילה; 3. הצדקות תאורטיות לסטנדרטים המוצעים. ה. סוף דבר.

* דוקטור למשפטים. מרצה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה ובמרכז האקדמי למשפט ועסקים. תודתי נתונה לפרופ' סטיבן ברבנק, לפרופ' קרייג מרטיין, לד"ר חמי בן נון, לשופט רחמים כהן ולעורכי הדין מיכאל טאוסיוג, דרור קדם ודניאלה ביניש על הערותיהם המועילות על טיוטה קודמת של רשימה זו. אני מבקש להודות לעורכים מקרב לב על הזכות לפרסם רשימה זו בגיליון לזכרו של פרופסור סטיבן גולדשטיין ז"ל. היה לי הכבוד להכיר את פרופסור גולדשטיין ולעבוד עמו משך למעלה מעשר שנים. בתחילת דרכי האקדמית לימד אותי סדר דין אזרחי ומבוא למשפט אמריקני ומאוחר יותר הייתי מתרגל ועוזר מחקר שלו. בין שאר הפרוייקטים, פרסמנו מאמר משותף בכתב העת עלי משפט אודות ההפחתה במעמד שאלת הסמכות לסוגיה בבתי המשפט הכלליים. מעבר לידענותו יוצאת הדופן של פרופ' גולדשטיין ולהיותו האיש שהלך לפני המחנה בנושא התובענה הייצוגית (אותה כינה "תביעת ייצוג קבוצתית"; סטיבן גולדשטיין "תביעת ייצוג קבוצתית – מה ועל שום מה?" משפטים ט 416 (1979)), כל מי שהכיר אותו יעיד שהוא היה אדם בעל לב רחב, שהמילה האידישאית "מענטש" כאילו הומצאה עבורו.

א. הקדמה

ככל שמדובר בכתי המשפט הכלליים, תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984¹ קובעות סטנדרט פירוט עובדתי נמוך יחסית, שלפיו התובע מחויב להציג את העובדות העיקריות המקימות את עילת התביעה ולציין אימתי נולדה. אחרים כבר עמדו על כך שקיימת מגמת הרחבה מסוימת בדרישות מהתובע בנסחו את כתב התביעה, וזאת כחלק מעקרון תום הלב החל על הצבת הפלוגתאות שבמחלוקת בכתבי טענות². הרחבה זו מכרסמת, לדבריהם, ביסודות האדוורסריים של השיטה הדיונית בישראל³.

בעוד שהקו המנחה בשיטה האדוורסרית היה לקמץ בפירוט העובדות המופיעות בכתבי הטענות, במהלך השנים הורחבה דרישת הפירוט העובדתי בכתבי הטענות. ברשימה זו נציג את השינויים שנעשו לאחרונה בארצות-הברית בהקשר זה, הן בחקיקה הן בפסיקת בית המשפט העליון בארצות-הברית, ונבחן את השאלה אם מן הראוי לאמץ בישראל סטנדרט מחמיר יותר בהתאם למגמה בארצות-הברית אם לאו. אם יש מקום להסתפק בפירוט העובדות העיקריות בלבד, כפי שתקנות סדר הדין האזרחי קובעות, או שמא מן הראוי לדרוש פירוט עובדתי רחב יותר בכתבי הטענות. בהמשך, רשימה זו תתייחס גם לשאלה נוספת, והיא מהו הסטנדרט הראוי לבחינת בקשה למחיקת תביעה על הסף בהיעדר עילה.

ב. סטנדרטים ליברליים לניסוח כתבי טענות

1. הסטנדרטים הקבועים בתקנות

כפי שנראה, תקנות סדר הדין האזרחי קובעות סטנדרטים מקלים לפירוט הנדרש בכתבי הטענות. נוסף על כך, גם כאשר תובע לא עומד בסטנדרטים מקלים אלה, בתי המשפט אינם ממהרים לסלק את תביעתו על הסף מחוסר עילה⁴.

תקנה 71(א) לתקנות סדר הדין האזרחי קובעת כי "כתב טענות יכול את הרצאת העובדות המהותיות בלבד, שבעל הדין מסתמך עליהן בתביעתו או בהגנתו... אך לא את הראיות הבאות להוכיח אותן". עובדות מהותיות משמען הרצאת העובדות שהן ליבת עילת התביעה.

1 תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, ק"ת 4730 (להלן – "התקנות" או "תקנות סדר הדין האזרחי").

2 דודי שוורץ סדר דין אזרחי – חידושים, תהליכים ומגמות 73-74 (2007).

3 לגבי כרסום היסודות האדוורסריים בשיטת המשפטית הישראלית בשנים האחרונות ראו למשל: דודי שוורץ "תחולתו של עקרון תום הלב בסדר הדין האזרחי" עיוני משפט כא 295, 309-308 (1997-1998).

4 ראו למשל: ע"א 109/84 ורבר נ' אורדן תעשיות בע"מ, פ"ד מא(1) 577, 581-582 (1987); ע"א 76/86 פיינשטיין נ' ה.ש. מלונות בע"מ, פ"ד מג(3) 124, 128-129 (1989).

לא ציין התובע עובדה מהותית כזו, תביעתו עלולה להימחק על הסף. תקנה 9(5) גם היא קובעת כי בין פרטי כתב התביעה יש לציין את "העובדות העיקריות המהוות את עילת התובענה, ואימתי נולדה". הוספת המילה "מהותיות" לתקנה 71(א) בתיקון משנת תשנ"א מצביעה על נטיית מחוקק המשנה באותה תקופה לצמצם את היקף הפירוט הנדרש בכתב התביעה.

החריגים לכלל האמור מצויים בתקנה 78 לתקנות סדר הדין האזרחי, שעניינה הטלת חובה מיוחדת להקפיד בתיאור העובדות כל אימת ש"בעל דין טוען טענת מצג-שווא, תרמית, זדון או השפעה בלתי הוגנת, ובכל מקרה אחר המזיק לפרטים..."⁵. השופט זוסמן מסביר כי בטענות כגון דא "נודעת חשיבות לכלל, כי העילה צריכה להיות מתוארת בצורה כזאת שלא יהא לנתבע ספק מפני מה עליו להתגונן"⁵. ה"עובדות המהותיות" משמען מערכת העובדות שעל יסודן מתבקש בית המשפט ליתן סעד. עובדות אלה הן מרכיביה של הזכות הקונקרטי, וניסוח כתב התביעה מהווה נקודת המפגש בין אותה זכות לבין העניין שבגינה הוגשה התביעה⁶.

בניגוד לדרישה המוגברת לגילוי לפי תקנה 78, תקנות 77, 79, 80 ו-81 דווקא מצמצמות את הפירוט העובדתי הנדרש בכתבי טענות. תקנה 77 קובעת כי די לטעון כעובדה כי הייתה כוונה רעה, כוונת מרמה, ידיעה וכיוצא באלה שבלבו של אדם, ולא נדרש לפרש את הנסיבות שמהן ניתן להסיק כוונה זו. לפי תקנה 79 כאשר מבוקש להסיק על קיום חוזה או קשר בין בעלי דין, די לטעון כי חוזה כאמור התקיים ולהסתמך על המסמכים או השיחות או הנסיבות הכלליות הסתמכות כללית, בלי לפרטם. תקנה 80 הולכת צעד נוסף, כאשר היא פוסרת בעל דין מלטעון בכתב טענות שתנאי מוקדם פלוני הדרוש לעניינו נתקיים, הגם שעובדה זו עשויה להיות עובדה מהותית כהגדרתה בתקנה 9(5). תקנה 81 קובעת כי בעל דין אינו חייב לטעון עניין עובדתי שחזקה מן הדין שהוא לזכותו או שחובת הראיה בו היא על בעל הדין שכנגד, אלא אם אותו עניין עובדתי הוכחש קודם לכן על ידי בעל הדין שכנגד. ככל שמדובר בניסוח כתב הגנה, תקנה 85 מחייבת את הנתבע לדון בכל טענה שהוא אינו מודה בה ולא להסתפק בהכחשה סתמית. תקנה 86 קובעת כי הכחשה צריכה להיות מלאה ולא על דרך ההתחמקות. במקרים מסוימים, נקבע בפסיקה כי הכחשה מתחמקת

5 יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 135 (מהדורה שביעית, שלמה לוין עורך, 1995). ראו לעניין זה גם ע"א 543/86 כלל חברה לביטוח נ' כלפון, פ"ד מב(3) 339 (1988); ע"א 4600/91 מוסקוביץ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, פ"ד מח(3) 455 (1994); ע"א 365/85 מגן נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל, פ"ד מא(3) 319 (1986); ע"א 6095/97 ישראל איטר בע"מ נ' בנק דיסקונט, פ"ד נו(4) 721 (2002).

6 שלמה לוין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 172 (מהדורה שנייה, 2008).

יכולה להעיד על הודיה בנטען על ידי התובע⁷. כן נפסק כי חובה להעלות טענה בדבר ויתור והשתק בכתב ההגנה, אחרת לא ידון בה בית המשפט⁸. גם תקנה 90 קובעת כי ראוי להטיל הוצאות על נתבע שהכחיש בכתב הגנתו עובדה או שלא הודה בה, ושלא היה ראוי להכחיש. אמנם, תאורטית אם כתב הגנה אינו מגלה הגנה, תקנה 143(9) מאפשרת לבית המשפט ליתן פסק דין בהתאם לכתב התביעה כבר בקדם המשפט, אך בפועל הדבר נעשה לעתים נדירות⁹.

דרישת הפירוט בכתב התביעה קשורה בטבורה לשאלת סילוק תביעה על הסף. כאשר סטנדרט הפירוט בכתב תביעה הוא נמוך, יהיה קל יותר לתובע לחצות את הרוביקון של השלב המקדמי, ורק במקרים נדירים יחסית בית המשפט יסלק את התביעה על הסף¹⁰. אם לא די בכך שהתקנות דורשות פירוט עובדתי מינימלי, הכולל את העובדות המהותיות בלבד, הליברליות מוצאת את ביטויה בכך שגם כאשר בית המשפט סבור כי התובע לא עמד בסטנדרט הנמוך ולא פירט את העובדות במידה הנדרשת, בית המשפט עדיין לא ממהר לסלק את התביעה על הסף. הפסיקה קובעת כי כל אימת שניתן לתקן את הטעון תיקון בכתב התביעה, בית המשפט יענה בדרך כלל לבקשה לתקן את כתבי הטענות¹¹. בתי המשפט בישראל נוטים לפצות את הצד שכנגד בהוצאות במקרים המתאימים ומרשים לתובע לתקן את תביעתו¹². לעתים עושה בית המשפט שימוש בסמכותו לחייב תובע שכתב תביעתו לא ברור בהמצאת פרטים בתצהיר, על מנת שניתן יהיה לגבש את הפלוגתאות שבמחלוקת בין הצדדים¹³.

- 7 ראו למשל ע"א 78/88 גנור נ' פורת, פ"ד מד(4) 305 (1990); ע"א 283/88 המזרח שירות לביטוח בע"מ נ' מומן, פ"ד מה(2) 782, 777 (1991).
- 8 ראו לעניין זה למשל ע"א 805/75 בן שלמה נ' קובדלו, פ"ד ל(3) 238 (1976).
- 9 ראו לעניין זה למשל ע"א (מחוזי ת"א) 3936/07 קהא נ' ביטוח ישיר, אי.די.איי. חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 2009) ("תקנה 143(9) לתקנות סדר הדין האזרחי עליה מסתמך בית המשפט קמא בפסק דינו, אכן מקנה לבית המשפט סמכות למתן פסק דין, לרבות פסק דין חלקי בתובענה, במידה שהתברר כי אין לנתבע כל הגנה בפני התביעה. ואולם, מרגע שהנתבע מכחיש בכתב הגנתו את הנטען בכתב התביעה, יש בכך הגנה לכאורה ובית המשפט מחויב לשמוע את ראיות הצדדים ואת טיעוניהם, ובהתאם להתרשמותו עליו ליתן את פסק הדין").
- 10 תקנה 100 לתקנות קובעת כי "בית המשפט או הרשם רשאי, בכל עת, לצוות על מחיקת כתב תביעה נגד הנתבעים, כולם או מקצתם, על יסוד אחד הנימוקים האלה: (1) אין הכתב מראה עילת תביעה...".
- 11 ע"א 590/74 חירם לנדאו עבודות עפר כבישים ופתוח בע"מ נ' פיתוח מקורות מים (ארצות חוץ) בע"מ, פ"ד כט(2) 141 (1975).
- 12 ראו למשל בר"ע 282/80 המגדר ברזלית חוטי ברזל ורשתות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 130, 133 (1982).
- 13 תקנה 65 לתקנות סדר הדין האזרחי. ראו למשל ע"א 127/60 שרונה מושב עובדים נ' שיינברג, פ"ד יד 2191 (1960).

בפרשת גראונד נ' אדם טבע ודין למשל קבעה השופטת שטרסברג-כהן כי "סילוק תביעה על הסף הוא צעד קיצוני באשר נשלל על ידו ממתדיין, יומו בבית המשפט ודלתותיו נסגרות בפניו מבלי שיהיה בידו לשטוח עצומותיו בפני בית המשפט"¹⁴. השופט י' כהן קבע לעניין זה: "...ואפילו סיכויי התובע קלושים, לא יחסום בפניו בית המשפט את הדרך לבירור תובענתו, אם קיים סיכוי כלשהו, על-פי כתבי הטענות, הנמצאים לפני בית המשפט, שהתובע יצליח בתביעתו"¹⁵. גם השופט גורן כותב בספרו כי "הנחיה כללית, שיש לראות בה את המדיניות המשפטית הרצויה, היא כי מחיקת תובענה או דחייתה על הסף 'הן בגדר אמצעים, הננקטים בליט ברירה'"¹⁶.

2. הפירוט הנדרש בכתבי טענות ועקרון תום הלב

למרות האמור בתקנות סדר הדין האזרחי, הלכות מסוימות שניתנו בבית המשפט הרחיבו את דרישת הפירוט בכתב התביעה. הלכות אלה משקפות כרסום ביסודות האדוורסריים של השיטה הדיונית בישראל, שבמקורה מקמצת בעובדות שיש לציין בכתב תביעה¹⁷.

במסגרת המעבר ההדרגתי מהכרעות שיפוטיות המבוססות על דוקטרינות מקומיות להכרעות שיפוטיות המבוססות על עקרונות-על, בית המשפט העליון קבע לפני שנים רבות כי בהפעלתן של זכויות דיוניות יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב¹⁸. הנשיא ברק קבע כי חובתו של בעל דין להפעיל את כוחותיו המשפטיים-דיוניים "בדרך מקובלת ובתום לב" מטילה עליו את החובה לפעול כפי שבעל דין הגון וסביר היה פועל במקומו. אי-קיומה של

- 14 רע"א 1689/97 גראונד א.ש. בע"מ נ' אדם טבע ודין (פורסם בנבו, 1997). ראו בדומה ע"א 788/76 חסון נ' פרברים בע"מ, פ"ד לא(2) 671, 667 (1977); ע"א 48/79 יונס נ' דפי זהב בע"מ, פ"ד לג(3) 805, 803 (1979).
- 15 בר"ע 59/81 ארדיטי נ' ארדיטי, פ"ד לה(2) 812, 811 (1981). ראו גם ע"א 50/89 ליטן נ' אילתה, פ"ד מה(4) 18 (1991).
- 16 אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 172 (מהדורה עשירית, 2009). ראו גם ע"א 693/83 שמש נ' רשם המקרקעין, תל אביב-יפו, פ"ד מ(2) 671, 668 (1986).
- 17 ראו למשל: שוורץ, לעיל, ה"ש 3, בעמ' 298, 308-309; סטיבן גולדשטיין "ארבעים שנה לסדר הדין האזרחי" משפטים יט 663, 665-666 (1990). פרופ' גולדשטיין דן בהצעה – שלא נתקבלה – לשנות את נוסח כתבי הטענות ולהנהיג שימוש בתצהירים בכתב על מנת להרחיב את התמונה המוצגת בפני בית המשפט ובעלי הדין, דבר שיתרום לייעול הדיון, לפישוט והחשתו. ראו גם דברי ההסבר לטייטה לתיקון תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, נוסח מתוקן, 5.8.1988, סעיף 2. לעניין הצעתו של פרופ' גולדשטיין ראו ביתר אריכות בגוף רשימה זו, בעמ' 135-137.
- 18 בר"ע 305/80 שילה נ' רצקובסקי, פ"ד לה(3) 461, 449 (1981) (להלן: הלכת שילה).

חובה זו יכול להביא – בנסיבות המתאימות – לכך שהפעולה המשפטית לא תשתכלל¹⁹. כן נקבע כי יש להחיל את נורמת ההתנהגות בתום לב (מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים)²⁰ גם על פעולות משפטיות כגון פתיחת הליכים בבית משפט²¹, ומניה וביה גם על אופן ניסוח כתבי טענות. בית המשפט לא היסס להשתמש בעקרון תום הלב לדחיית תובענה כאשר נקבע כי הגשת התובענה לקתה בחוסר תום לב. כך למשל נקבע בפרשת ריפמן נ' "יעל דרומה"²². בפרשת ניר לט התייחס בית המשפט המחוזי במפורש לתום הלב בהקשר לניסוח כתבי טענות, וקבע כי מכוח עקרון תום הלב התובע היה צריך לחשוף בכתב התביעה עובדה שאיננה חלק מעילת תביעתו, ולא לדחות את ההתמודדות אתה לשלב שבו יעלה אותה הנתבע בכתב הגנתו²³.

בפרשת שטמר נקבע כי בתביעה שהוגשה נגד חברת ביטוח מוטלת על התובע החובה לפרט בכתב התביעה שהוא נתן לנתבע כתב קבלה, ויתור ושחרור, שבו מחל על כל זכויותיו, גם אם לטענתו הוא הוצא ממנו בעושה²⁴. מקביעת בית המשפט עולה כי בנסיבות העניין, תובע שיבקש להגיב על טענת הגנה שלפיה הוא חתם על כתב ויתור ולטעון בכתב תשובה שכתב הויתור הוצא ממנו בעושה, לא יוכל לעשות זאת משלא גילה את עובדת הויתור בכתב התביעה שהוגש מטעמו.

בפרשת ליסנסס לא איפשר בית המשפט לתובע להתייחס לטענת חברת הובלה ימית, שנתבעה בגין אבדן סחורות בים, שלפיה היא פטורה מאחריות לטביעת סחורות המובלות על סיפון האנייה להבדיל מסחורות בבטנה, הואיל והתובע היה צריך להתייחס לתניית

- 19 שם, בעמ' 462. קביעה זו אומצה בבג"ץ 566/81 עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לז(2) 1 (1982).
- 20 חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.
- 21 ראו למשל: ע"א 3778/94 גרפינקל נ' לין, פ"ד מט(1) 309, 313 (1992). בתי המשפט בערכאות הנמוכות החילו את נורמת תום הלב על פתיחת הליכים בבית משפט פעמים רבות. בת"א (מחוזי ת"א) 533/82 בנק ברקליס דיסקונט בע"מ נ' יהלומי ישע אור, פ"מ תשמ"ב(2) 505 (1982) נדונה תביעת סרק שהוגשה נגד נושים על מנת לחסום בקשה למתן צו כינוס נכסים. בית המשפט המחוזי קבע (בעמ' 511-512) כי "התביעה נגד הבנקים אינה תביעה שהוגשה בתום לב, וזאת לאור המועד להגשתה, טענותיה העובדתיות הבלתי סבירות, ועילותיה המשפטיות המפוקקות".
- 22 ת"א (מחוזי ב"ש) 721/80 ריפמן נ' "יעל דרומה" בע"מ, פ"מ תשמ"ח(1) 133 (1987) ("התובעים ניסו להפעיל את הכוחות המשפטיים ולממש את הזכויות שהוענקו להם בדין שלא בתום לב...").
- 23 ת"א (מחוזי ב"ש) 516/85 ניר לט נ' לוסיג ארוז בע"מ, פ"מ תשמ"ז(2) 185, 189-191 (1986).
- 24 ר"ע 218/85 "אריה" חברה לביטוח בע"מ נ' שטמר, פ"ד לט(2) 452 (1985).

הפטור, שלדעתו בטלה בהיותה תניה מקפחת בחוזה אחיד, כבר בכתב תביעתו²⁵. אמנם, בפסקי הדין בעניין שטמר וליסנסס, בשונה מפסקי דין נוספים המתוארים ברשימה זו, בית המשפט לא הזכיר במפורש את עקרון תום הלב, אך הרציונל העומד מאחורי אותו עיקרון בוודאי עמד מאחורי הקלעים.

על פסקי דין אלה נמתחה ביקורת בספרות. השופט שלמה לוין טוען בספרו כי כתבי הטענות לא נועדו לברר את אמיתות הטענות, אלא להציב מסגרת התחלתית בלבד לטיעוניהם של בעלי הדין. לדבריו, הכנסת נתונים נוספים, מעבר לנתונים האמורים לעמוד בבסיס טענותיו של התובע, יש בה כדי להחטיא את מטרתם של כתבי הטענות ולשבש את ההליכים²⁶. דודי שוורץ טוען כי מבחינה דיונית, פסקי דין אלה יוצרים בעיה לגבי חלוקת הטיעון בין בעלי דין. לדבריו, פסקי הדין הללו מטשטשים את חלוקת האחריות לטיעון בין הצדדים וגורמים לאי-ודאות לגבי גבולות חובת הניסוח של כתב טענות ולקביעה אילו מהעובדות מהווה גרסת הגנה פוטנציאלית של הנתבע שעל התובע להתמודד אתה כבר בכתב תביעתו²⁷. בדומה ניתן גם לטעון לגבי הלכות שטמר וליסנסס כי אין מקום לכפות על התובע להעלות טענות כתגובה לטענות, שייתכן שהנתבע כלל לא ירצה להעלותן בכתב הגנתו. בשיטת משפט אדוורסרית אין מקום לחייב תובע לחשוף פלוגתאות הגנה בכתב תביעתו, שייתכן שהנתבע כלל לא יהיה מעוניין לחשפן. שלמה לוין כותב בצדק לעניין זה כי מן הראוי שהתובע יציג את העובדות המקימות את עילת תביעתו בלבד, ולא עובדות שהן חלק מהגנתו של הנתבע. גם לא ברור מדוע נקבע בפסקי הדין בעניין שטמר וליסנסס כי לא ניתן לציין את כתב הוויתור או טענת תניה מקפחת בכתב התשובה, שהרי לא מדובר כאן על נימוק תביעה חדש, שאותו לא ניתן להעלות בכתב תשובה (תקנה 64 לתקנות).

אכן, על פי רוב השימוש בתום הלב נראה בעייתי בנסיבות העניין. אם ירצה המחוקק, מתקין התקנות או בית המשפט לשנות את הסטנדרט לדרישת הפירוט בכתבי טענות, כפי שראוי לעשות, יתכבד ויעשה זאת באופן ישיר ולא באמצעות עקרון-על, הלקוח במקורו מתחום המשפט המהותי – עקרון תום הלב²⁸. כך נעשה בארצות-הברית באמצעים שונים, כפי שנראה בהמשך הרשימה.

25 ע"א 685/81 ליסנסס וג'נרל חברה לבטוח בע"מ נ' בורכרד ליינס בע"מ, פ"ד לח(3) 421 (1984).

26 לוין, לעיל ה"ש 6, בעמ' 172.

27 שוורץ, לעיל ה"ש 2, בעמ' 84-85. במקום אחר כותב שוורץ כי החלתו של עקרון תום הלב במתכונת ה"מהותית" שלו עשויה להביא להפקעת חירות בעלי הדין מלחלוש על הליכי הדין, ולהכפיפם להתנהגות הדיונית שבית המשפט רואה בה התנהגות ראויה. לדבריו הפעלה מסיבית של עקרון תום הלב על סדרי הדין עשויה לפגוע בבסיסה של שיטת הדין האדוורסרית הנהוגה בישראל. שוורץ, לעיל ה"ש 3, בעמ' 309.

28 יש טעם רב בטענותיו של דודי שוורץ לגבי השימוש בתום לב מהותי בתחום המשפט הדיוני. אכן, בתחום הפרוצדורלי, שבו נשקלו שיקולים מערכתיים ולא רק שיקולים של צדדים לחוזה,

יתרה מזאת, השימוש בנורמה מסוג סטנדרט (תום הלב) על מנת לפרש נורמה מסוג כלל (כללי סדר הדין האזרחי) שנוי במחלוקת. בעוד שכלל הוא נורמה "סגורה" בעלת תוכן ספציפי מדויק, אשר הפעלתו על ידי בית המשפט היא טכנית וכל אשר נדרש מהשופט הוא ליישמו על עובדות המקרה הנדון, סטנדרט איננו ניתן ליישום כפשוטו על עובדות מקרה קונקרטי. הוא מחייב את בית המשפט להשתמש בנורמות התנהגות, שאין בהן שימוש ביישום כלל. סטנדרט הוא נורמה "פתוחה" ("open end"), שלא ניתן לצקת בה תוכן במנותק מעובדות מקרה. על כן כדי ליישם את הסטנדרט על בית המשפט להשתמש בשיקול דעתו על מנת לצקת בו תוכן ולתחום את גבולותיו²⁹.

היתרון בכללים הוא שניתן לצפות ברמה גבוהה יחסית של ודאות כיצד יישמו. מדובר בנורמות שגבולן ברור וחד, אשר נועדו לכבול את בתי המשפט למערכת כללים אובייקטיבית ולהגביר את היציבות ואת הוודאות בתוצאה. חסרונם הוא בכך שפעמים רבות לא ניתן להשתמש בהם על מנת לפתור סוגיה משפטית העומדת לדיון. לעומת זאת סטנדרטים הם פחות צפויים, אבל בגלל גמישותם ניתנים ליישום באופן יותר מדויק בלא עיוות של הנורמה המשפטית.

בגלל השוני באופיים, המפגש בין נורמה מסוג סטנדרט לנורמה מסוג כלל עלול להוליד מתח, ומן הראוי שההוראות להפעלת המנגנון השיפוטי תהיינה ברורות, ובמידת האפשר ללא צורך בהפעלת שיקול דעת ערכי. אם כל שופט יפעיל את כללי הפרוצדורה כפי הבנתו, פעולתה של המערכת עלולה להשתבש³⁰. כללי הדיון עצמם כבר אמורים לשקף את האיזון

מן הראוי להשתמש בתום לב מוגבל, למשל באמצעות מבחן "הפלוגתאות שבמחלוקת" שמציע שוורץ בספרו ובמאמרו הנ"ל, דהיינו עד כמה התנהגותו של בעל דין משרתת את התכלית הדיונית של העמדת הפלוגתאות שבמחלוקת והכרעה בהן. ראו למשל שוורץ, לעיל ה"ש 2, בעמ' 73-82.

29 יתרונותיהם וחסרונותיהם של כללים מול סטנדרטים נדונו רבות בספרות העוסקת בתורת המשפט. ראו למשל מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז 321, 326-325 (1987); Isaac Ehrlich & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, 3 J. LEGAL STUD. 257 (1974); FREDERICK SCHAUER, *PLAYING BY THE RULES: A PHILOSOPHICAL EXAMINATION OF RULE-BASED DECISION-MAKING IN LAW AND IN LIFE* (1991); ROBERT S. SUMMERS, *INSTRUMENTALISM AND AMERICAN LEGAL THEORY* 19-38, 136-175 (1982); Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992); Kathleen M. Sullivan, *The Justices of Rules and Standards*, 106 HARV. L. REV. 22 (1992); Cass R. Sunstein, *Problems with Rules*, 83 CAL. L. REV. 953 (1995); David L. Shapiro, *Class Actions: the Class as Party and Client*, 73 NOTRE DAME L. REV. 913, 945-950 (1998).

30 שוורץ, לעיל ה"ש 2, בעמ' 59-66. ראו בדומה בדבריו של הנשיא מאיר שמגר אודות תקנות סדר הדין האזרחי, כפי שמופיעים בהקדמה לספרו של אליהו וינוגרד תקנות סדרי הדין

הראוי בין ערכים כמו יעילות, ודאות ויציבות לבין הגינות דיונית, תוך הבאתם בחשבון של שיקולים של כלל המערכת הדיונית. לפיכך שימוש בעקרון תום הלב במקרה פלוני משמעו השלטת ערכים מטעם בית המשפט, העלולים להיות שונים מאלה שעומדים בבסיסו של הכלל הדיוני³¹. לפיכך מן הראוי למצוא פתרון מערכתי אשר ירחיב את דרישת הפירוט בכתבי הטענות, במקום השימוש הספורדי והבלתי עקבי שעושים כיום בתי המשפט בסטנדרט תום הלב.

ג. דרישת הפירוט בכתבי טענות בהליכים אזרחיים בארצות-הברית

נטען לא פעם כי שיטת המשפט בארצות-הברית היא מהמקלות בעולם ככל שמדובר בפירוט הנדרש בכתבי טענות³². בוודאי שונה המצב במדינות המשפט הקונטיננטלי³³, אך גם במרבית שיטות המשפט מעולם המשפט המקובל דרישת הפירוט בכתב התביעה עולה על זו במשפט האמריקני³⁴. המצב בארצות-הברית לא היה כך תמיד. עד אימוץ כללי הפרוצדורה הפדרלית בשנת 1938 דרישת הפירוט הייתה רחבה יותר, כמקובל בבריטניה³⁵. כאשר חוקקו התקנות לראשונה, המנסחים רצו לקבוע כלל פשוט ואחיד, שיחול על כל סוגי התביעות³⁶. המטרה הייתה להפחית את השימוש בפירוט העובדתי בכתבי הטענות ככלי

- (מהדורה רביעית, 1995): "בתחום זה, אולי יותר מאשר בכל תחום אחר, חייבים הדברים להיות ערוכים באופן שאינו מותיר מקום להתפתחות ענפה מדי של התורה שבעל פה, הנושאת בתוכה גוונים וגווני-גוונים שאין להם ביטוי מפורש במילה הכתובה של התקנות".
- 31 שוורץ, לעיל ה"ש 3, בעמ' 313.
- 32 ראו למשל Scott Dodson, *The Challenge of Comparative Civil Procedure*, 60 ALA. L. REV. 133, 141-142 (2008); OSCAR G. CHASE ET AL., CIVIL LITIGATION IN COMPARATIVE CONTEXT 7 (2007).
- 33 בגרמניה למשל, תובע נדרש לציין מהם אמצעי הוכחה כל טענותיו העובדתיות בכתב התביעה (למשל נדרשת התייחסות למסמכים ולעדים עליהם התובע מסתמך). ראו לעניין זה CHASE ET AL., שם, בעמ' 166-168: "The statement of claim should also include the details of the factual circumstances and the evidence the party will use to prove them"
- 34 באנגליה למשל, יש לכלול בכתב התביעה את כל העובדות המהותיות עליהן מסתמך התובע, כולל תמצית הראיות שבידיו. ראו למשל NEIL ANDREWS, ENGLISH CIVIL PROCEDURE: FUNDAMENTALS OF THE NEW CIVIL JUSTICE SYSTEM 236-264 (2003).
- 35 לפני חקיקת התקנות בשנת 1938, הכלל הנוהג דרש מהתובע לכלול בתביעתו – "[a] statement of the facts constituting the cause of action". ראו לעניין זה למשל CHARLES ALAN WRIGHT & ARTHUR R. MILLER, FEDERAL PRACTICE & PROCEDURE § 1216 (3rd ed. 2004).
- 36 Christopher M. Fairman, *Heightened Pleading*, 81 TEX. L. REV. 551, 556 (2002).

לסילוק תביעות חסרות עילה, ולהעביר את הדגש בעניין זה לשלב הגילוי הרחב שאומץ בתקנות³⁷.

כתוצאה מגישה זו, כלל 8(a)(2) לכללי הפרוצדורה הפדרלית קובע כי נדרש רק "טיעון פשוט וקצר בכתב התביעה המצביע על כך שהטוען זכאי לסעד"³⁸. לא נעשה כל שימוש בביטויים "עילת תביעה" או "עובדות". כלל 9 לאותם כללים קובע במפורש כי כללי הפרוצדורה דורשים טענות מפורטות רק לגבי עילות מרמה וטעות, וכי דרישה זו אינה קיימת לגבי טענות זדון, כוונה, ידיעה או תנאים אחרים הקשורים לנפשו של אדם, לגביהם מותר לטעון באופן כללי³⁹.

גם הטפסים שצורפו לכללי הפרוצדורה הפדרלית מדגימים כי נדרש יחסית מעט מתובעים: כתב התביעה יספק, מבחינת הפירוט העובדתי שבו, אם הנתבע יוכל להגיב על התביעה באופן שניתן יהיה להמשיך לשלב הגילוי; ובמקרה של התדיינות אחרת בה מעורבים אותם צדדים, יהיה ניתן להחיל את הכלל של מעשה בית דין. בטופס 11 מופיעה כדוגמה תביעת רשלנות, שכל שיש לציין בה, מלבד הטענה הבסיסית כי הנתבע פגע ברכבו בתובע, הוא את מקום התאונה ומועד התרחשותה⁴⁰. לעניין זה נטען במפורש בפני בית הנבחרים האמריקני, בטרם אישר את תקנות הפרוצדורה המקוריות משנת 1938, כי אין מקום לדרוש לפרט את העובדות שיוצרות את עילת התביעה⁴¹. לכן דרישת הפירוט בכתבי טענות כונתה אז Notice Pleading, להבדיל מ-Fact Pleading⁴².

- Charles E. Clark, *The New Federal Rules of Civil Procedure: The Last Phase – Underlying Philosophy Embodied in Some of the Basic Provisions of the New Procedure*, 23 A.B.A. J. 976, 977 (1937) (“[T]hrough the weapons of discovery and summary judgment we have developed new devices, with more appropriate penalties to aid in matters of proof, and do not need to force the pleadings to their less appropriate function”)
- FED. R. CIV. P. 8(a)(2): “...a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief...” כמקובל בארצות-הברית, כללי הפרוצדורה המדינתיים מבוססים על כללי הפרוצדורה הפדרלית, כלל דומה לכלל 8(a)(2) אומץ במרבית המדינות. ראו לעניין זה Stephen N. Subrin, *How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, 135 U. PA. L. REV. 909, 910 (1987)
- FED. R. CIV. P. 9(b)(2): “In alleging fraud or mistake, a party must state with particularity the circumstances constituting fraud or mistake. Malice, intent, knowledge, and other conditions of a person’s mind may be alleged generally”
- Form 11: “*Complaint for Negligence*. 1. (Statement of Jurisdiction – See Form 7.) 2. On date, at place, the defendant negligently drove a motor vehicle against the plaintiff. 3. As a result, the plaintiff was physically injured, lost wages or income, suffered physical and mental pain, and incurred medical expenses of \$____. Therefore, the plaintiff demands judgment against the defendant for \$____, plus costs”
- Rules of Civil Procedure for the District Courts of the United States: Hearings Before the H. Comm. on the Judiciary*, 75th Cong. 94 (1938) (statement of Edgar B. Tolman,

לאחר שאושרו התקנות בנוסחן המקורי ניתנו כמה פסקי דין בבית המשפט העליון בארצות-הברית, אשר התירו לתובעים להסתפק בפירוט עובדתי מינימלי בכתבי טענותיהם. הבולט שבפסקי הדין ניתן בשנת 1957 בפרשת *Conley v. Gibson*, שם נקבע כדלקמן:

"...a complaint should not be dismissed for failure to state a claim unless it appears beyond doubt that the plaintiff can prove no set of facts in support of his claim which would entitle him to relief"⁴³.

הלכת *Conley* הבהירה אפוא כי אין לסלק תביעה על הסף אלא אם נראה מעבר לכל ספק שהתובע לא יוכל להוכיח עובדתית את טענותיו, אשר לו הוכחו היו מזכות אותו בסעד⁴⁴. הלכת *Conley* הפכה נכס צאן ברזל וצוטטה בהסכמה אלפי פעמים על ידי בית המשפט העליון והערכאות הנמוכות בארצות-הברית. זו הייתה ההלכה הנוהגת בארצות-הברית עד לאחורונה, עת ניתנו בבית המשפט העליון שורה של פסקי דין ששינו את המצב המשפטי הנוהג⁴⁵.

1. השינויים שנעשו בארצות-הברית בשנים האחרונות ומשמעותם

בטרם נדון באותן הלכות שהחילו דרישת פירוט רחבה יותר, מן הראוי להזכיר ולו בקציר האומר כי הסיבות להרחבת הדרישה לפירוט בכתבי טענות נעוצות בקיומם של כלים

Secretary of the Advisory Committee on Rules for Civil Procedure Appointed by the Supreme Court) ("I want you now to consider this provision in Rule 8, as to what you have to put into your paper. You used to have the requirement that a complaint must allege the 'facts' constituting the 'cause of action'. I can show you thousands of cases that have gone wrong on dialectical, psychological, and technical argument as to whether a pleading contained a 'cause of action'; and of whether certain allegations were allegations of 'fact' or were 'conclusions of law' or were merely 'evidentiary' as distinguished from 'ultimate' facts. In these rules there is no requirement that the pleader must plead a technically perfect 'cause of action' or that he must allege 'facts' or 'ultimate facts'. [Rule 8 prescribes] the essential thing, reduced to its narrowest possible requirement, 'a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief'")

A. Benjamin Spencer, *Plausibility Pleading*, 49 B.C. L. REV. 431, 434 (2008) ("[N]otice pleading has been the watchword for the system of pleading in federal civil courts")

Conley v. Gibson, 355 U.S. 41, 45-46 (1957)

הלכת *Conley*, שם, בעמ' 85-86.

Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007); מדובר בעיקר בשלושה פסקי דין; *Iqbal v. Hasty*, 490 F.3d 143 (2d Cir. 2007), rev'd, *Ashcroft v. Iqbal*, 129 S. Ct. 1937 (2009); *Tellabs v. Makor Issues & Rights, Ltd.*, 127 S. Ct. 2499 (2007)

רבים המקלים עם התובעים וגורמים לעומס רב על בתי המשפט. נוסף על דרישת הפירוט הליברלית מדובר, בין היתר, על הליכי גילוי ועיון נרחבים (discovery)⁴⁶; תמריצים חקיקתיים להתדיין בבית משפט (למשל הכלל הנוהג בארצות-הברית שכל צד נושא בהוצאותיו, ללא קשר לתוצאות הדיון)⁴⁷; הליך התובענה הייצוגית⁴⁸; והמגמה היזמית הגוברת והולכת של לשכת עורכי הדין בארצות-הברית⁴⁹, שנעזרה בין היתר בביטול האיסור לפרסם עורכי דין. כתוצאה מתהליכים אלה, ומהיעדר תקצוב מתאים, כביש הליטיגציה הלך ונסתם, והתגובה של מערכת המשפט הפדרלית לא אחרה לבוא.

בין היתר ניסו להגביל את זרם התביעות באמצעות סנקציות שהושטו על הגשת תביעות סרק⁵⁰, הוספת הליך של סילוק תביעות לפני שמיעת עדים⁵¹, מינויים של שופטים ניהוליים⁵² ודרישת פירוט עובדתי נרחב יותר בכתבי טענות. למרות שאמצעים אלה שונים

46 לגבי העובדה שבארצות-הברית נהוגים הליכי גילוי מסמכים רחבים במיוחד, ראו למשל FLEMING JAMES, GEOFFREY C., JR. HAZARD & JOHN LEUBSDORF, CIVIL PROCEDURE 286-287 (5th ed. 2001).

47 ראו לעניין זה בספרם של JAMES, HAZARD & LEUBSDORF, שם, בעמ' 49.

48 הליך התובענה הייצוגית המודרני נוצר בארצות-הברית במסגרת התיקון לכללי סדר הדין האזרחי הפדרליים משנת 1966. שינויים אלה יצרו למעשה את התובענה הייצוגית המודרנית המוכרת כיום. לעניין זה ראו למשל Stephen B. Burbank, *The Class Action in American Securities Regulation*, 4 ZZPINT 321, 323 (1999).

49 ROBERT A. KAGAN, ADVERSARIAL LEGALISM: THE AMERICAN WAY OF LAW 103 (2001).
50 FED. R. CIV. P. 11 כלל 11 קובע כי בית המשפט רשאי להטיל סנקציות על עורכי דין ועל הצדדים עצמם, כאשר מוגשת תביעה שמטרתה לא הוגנת והמכילה טענות בלתי מבוססות. לעניין זה ראו, בין היתר, Stephen Goldstein, *Reflections on the Possibilities and Problems of Accelerating the Civil Litigation Process*, 7 TEL AVIV STUDIES IN LAW 51, 59-62 (1985-1986); Melissa L. Nelken, *Sanctions Under Amended Federal Rule 11 – Some 'Chilling' Problems In the Struggle Between Compensation and Punishment*, 74 GEO. L.J. 1313, 1315 (1986).

51 FED. R. CIV. P. 56. ההליך המכונה Summary Judgment, שקיבל את ברכת בית המשפט העליון של ארצות-הברית באמצע שנות השמונים של המאה הקודמת, מאפשר לקבל פסק דין בתביעה שאין לגביה פלוגתאות עובדתיות אמיתיות, ואחד הצדדים רשאי לקבל פסק דין לטובתו לפי הדין בלא צורך להיכנס לפן העובדתי. ראו למשל JAMES, HAZARD & LEUBSDORF, לעיל ה"ש 46, בעמ' 257-271.

52 הכוונה היא לשופטים אשר מעבר לתפקידיהם הקלאסיים לזון בתביעות ולהכריע בהן, מנסים לסיים את התביעות בדרכים אחרות (Managerial Judging), למשל נפגשים עם הצדדים בלשכותיהם ומנסים לעודד הגעה לפשרה, מתערבים במגעים המקדמיים המתנהלים בין הצדדים וכיו"ב. כתוצאה מכך שופטים מכירים את התיקים משלב מוקדם יותר ויש בידם לסיים תיקים בשלב המקדמי, להגביל את הליך הגילוי והעיון ולהביא ליעול ההליך המשפטי. קיימת ספרות ענפה בנושא זה, וראו למשל Judith Resnik, *Managerial Judges*, 96 HARV. L. REV. 376 (1982).

בתכלית, לכולם מטרה אחת – לאפשר לשופטים לקבל החלטות רציונליות לאפשר לתיקים לעבור מן הפרוזדור (השלב המקדמי) אל הטרקלין. להלן אדון בשני האפיקים העיקריים שבאמצעותם הורחבה דרישת הפירוט בכתבי טענות: חקיקה ופסיקה.

(א) שינויים בחקיקה

בשנת 1995 נחקק חוק הרפורמה בהתדיינות בתחום ניירות ערך ("PSLRA")⁵³ אשר שינה את הפרקטיקה המשפטית בניירות ערך הן בפן המהותי שלה הן בפן הפרוצדורלי. החוק עוצב על מנת למנוע ניצול לרעה של הליך התובענה הייצוגית בתביעות בתחום ניירות ערך⁵⁴ ועל מנת להעביר את השליטה בליטיגציה העוסקת בניירות ערך מעורכי הדין למשקיעים⁵⁵. בין יתר הרפורמות, ה־PSLRA הכפיף תובעים המגישים תביעה בגין מרמה בניירות ערך לדרישות פירוט נרחבות יותר בכתב התביעה⁵⁶ וקבע עונשים למגישים תביעות סרק, ובכך הכביד על התובעים באופן יחסי לתובעים אחרים בבתי משפט פדרליים⁵⁷. ככל שמדובר בדרישת הפירוט בכתבי טענות, ה־PSLRA קובע סטנדרטים גבוהים יותר לסוגים מסוימים של תביעות בניירות ערך. הוא דורש טיעון ספציפי בתביעות המבוססות על מצגי שווא או מצגי שווא במחדל⁵⁸. כמו כן הוא קובע סטנדרט גבוה יותר בתביעות

The Private Securities Litigation Reform Act of 1995, Pub. L. No. 104-67, 109 Stat. 737 53
(Dec. 22 1995).

ראו למשל Richard H. Walker & J. Gordon Seymour, *Recent Judicial and Legislative Developments Affecting the Private Securities Fraud Class Action*, 40 ARIZ. L. REV. 1003, 1023 (1998); David L. Shapiro, *Class Actions: The Class as Party and Client*, 73 NOTRE DAME L. REV. 913, 939 n. 68 (1998).

ראו בדברים שנאמרו בקונגרס עובר לחקיקת החוק: S. REP. NO. 98, 104TH CONG., 1ST SESS. : 6 (1995), reprinted in 1995 U.S.C.C.A.N. 679, 685.

56 "The complaint shall, with respect to each act or omission alleged to violate this chapter, state with particularity facts giving rise to a strong inference that the defendant acted with the required state of mind [scienter]" 15 U.S.C. § 78u-4(b)(2) (2006).

ראו למשל Charles M. Yablon, *A Dangerous Supplement? Longshot Claims and Private Securities Litigation*, 94 NW. U. L. REV. 567, 569 (2000) יש לציין כי חלק מהמלומדים סבורים כי הדרישה ליתר פירוט של תביעת מרמה בניירות ערך לא הפחיתה את כמות תביעות הסרק. כך, בין היתר, הואיל וחלק מבתי המשפט לא הקפידו לאכוף את דרישת הפירוט בכתבי הטענות. ראו למשל: Geoffrey P. Miller, *Payment of Expenses in Securities Class Actions: Ethical Dilemmas, Class Counsel, and Congressional Intent*, 22 REV. LITIG. 557, 592 (2003).

58 15 U.S.C. § 78u-4(b)(1) ("[T]he complaint shall specify each statement alleged to have been misleading, the reason or reasons why the statement is misleading, and, if an allegation regarding the statement or omission is made on information and belief, the complaint shall state with particularity all facts on which that belief is formed")

המבוססות על פעולה מכוונת (scienter)⁵⁹. התובע נדרש לטעון כי הנתבע ידע או היה צריך לדעת כי הצהרתו הייתה לא נכונה במועד הינתנה. כאשר התובע טוען שהייתה פעולה מכוונת (כלומר מלווה ביסוד הנפשי הנדרש), עליו להראות כי:

“The complaint shall... [w]ith respect to each act or omission alleged to violate this chapter, state with particularity facts giving rise to a strong inference that the defendant acted with the required state of mind”⁶⁰.

דרישה זו מאפשרת לנתבעים להביא לסילוק תביעה על הסף בניסיונות שבהן התובע מסתפק בטענה שהיה מצג שקרי מצד הנתבע ומצהיר שהנתבע היה צריך לדעת שהמצג היה שקרי לאור המצג שהציג. דרישה זו היא דרישה מחמירה יחסית, הואיל ובשלב הגשת התביעה טרם נעשה גילוי מסמכים, ועל כן אין לתובעים גישה לעדים או למסמכים שיכולים לעזור להם בהוכחת מצבו הנפשי של הנתבע עת הציג את מצג השווא לכאורה. בכך ניסה הקונגרס האמריקני להקל על סילוק תביעות חסרות עילה בתחום ניירות הערך כבר בשלב המקדמי.

חיקוק נוסף, בעל חשיבות פחותה אמנם, גם הוא קובע סטנדרט טיעון מוגבר – חוק שנת ה-2000⁶¹, הדין בתביעות העוסקות בכשלי מחשב ביום הראשון של המילניום החדש. הדרישה בחוק זה מנוסחת באופן דומה לדרישה ב-PSLRA, ובין היתר קובעת כי על התביעה לציין את העובדות הספציפיות לגבי כל אלמנט של הנוק, את הפגמים המהותיים בהתנהגות הנתבע, וכן דורשת שניתן יהיה להסיק באופן ברור מהעובדות כי הייתה כוונה לגרום נזק⁶².

שני דברי חקיקה אלה והסטנדרטים שנקבעו בהם מצביעים על נכונות של הקונגרס האמריקני להחמיר בדרישות הפירוט המצויות בתקנה 8 לכללי הפרוצדורה הפדרלית, ככל שמדובר בתחומים משפטיים ספציפיים. שני דברי החקיקה נועדו לרסן תביעות סרק⁶³.

(ב) שינויים בפסיקה

ככל שמדובר בהעלאת רף הפירוט העובדתי בכתבי הטענות, כבר בשנות התשעים של המאה הקודמת החלו בתי המשפט הפדרליים בערכאות הנמוכות “לנגוס” בהלכת *Conley*

59 15 U.S.C. § 78u-4(b)(2).

60 ש.ס.

61 The Y2K Act, 15 U.S.C. §§ 6601-17 (2001).

62 ש.ס. § 6607.

63 Hillary A. Sale, *Heightened Pleading and Discovery Stays: An Analysis of the Effect of the PSLRA's Internal-Information Standard on '33 and '34 Act Claims*, 76 WASH. U.

L.Q. 537, 552-557 (1998).

ולקבוע שבהליכים מסוימים יש לדרוש פירוט רחב יותר בכתב התביעה. בפרשות *Swierkiewicz* ו-*Leatherman*, האחד מקרה העוסק בזכויות אזרח והשני בהפליה בעבודה, בית המשפט העליון דחה את הניסיונות של הערכאות הנמוכות להרחיב את דרישות הפירוט⁶⁴. למרות זאת, המסר שהעביר בית המשפט העליון של ארצות-הברית לא חלחל לחלק מן הערכאות הנמוכות, שבהן המשיכו חלק מהשופטים לנסות לקבוע כללי פירוט מחמירים בתביעות מסוגים מסוימים⁶⁵.

בשנת 2007 החליט בית המשפט העליון להפוך את הלכת *Conley*. פסק הדין בעניין *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* שינה באופן דרמטי את דרישת הפירוט בכתבי טענות בהליכים אזרחיים. באותו מקרה הוגשה תביעה ייצוגית נגד חברת טלפונים ואינטרנט מקומית על ידי מנויים שלה בעילה של יצירת הסדר כובל. הטענה העיקרית של התובעים הייתה שהנתבעים קשרו קשר להגביל את התחרות והמסחר באמצעות התנהגות מקבילה של ניפוח תעריפים עבור שירותים מסוימים⁶⁶. מן ההתנהגות המקבילה ביקשו התובעים להסיק כי קיימת קונספירציה בין החברות הנתבעות. הבעיה הייתה שהתנהגות מקבילה כשלעצמה איננה בלתי חוקית לפי החוק הרלוונטי, להבדיל מהסכם המגביל מחירים⁶⁷. הנתבעים הגישו בקשה לסילוק התביעה על הסף, שנתקבלה על ידי בית המשפט בערכאה הראשונה. החלטתו של בית המשפט לערעורים להפוך את החלטתה בטענה שהסטנדרט שבו השתמש בית המשפט בערכאה הראשונה היה מחמיר מדי, נהפכה על ידי בית המשפט העליון של ארצות-הברית, שהשיב על כנה את החלטת בית המשפט בערכאה הדיונית, וקבע כי בעוד שהתנהגות מקבילה מהווה ראיה נסיבתית לקיומו של הסדר כובל, היא כשלעצמה איננה מספיקה לביסוס טענת הסדר כובל אסור.

בית המשפט העליון קבע בדעת רוב כי בניגוד להלכת *Conley* ששלטה בכיפה למעלה מחמישים שנה, על בתי המשפט לדרוש פירוט עובדתי רב יותר מאשר נדרש עד כה בהתאם לכלל 8(a)(2) לכללי הפרוצדורה הפדרלית ולטפסים המצורפים לאותם כללים. נקבע כי נדרש שהטענות העובדתיות המפורטות (שההנחה לגביהן בשלב זה שהן נכונות) הצבענה על זכות לסעד ברמה שמעל לרמה ספקולטיבית⁶⁸. בית המשפט קבע כי הדרישה לפירוט מוגבר בכתב התביעה נועדה לסלק, כבר בשלב הגשת כתבי הטענות, תביעות אשר אין

64 *Swierkiewicz v. Sorema, N.A.*, 534 U.S. 506, 515 (2002); *Leatherman v. Tarrant County Narcotics Intelligence and Coordination Unit*, 507 U.S. 163, 168 (1993).

65 ראו למשל 8(a)(2) לכללי הפרוצדורה הפדרלית ולטפסים המצורפים לאותם כללים. נקבע כי נדרש שהטענות העובדתיות המפורטות (שההנחה לגביהן בשלב זה שהן נכונות) הצבענה על זכות לסעד ברמה שמעל לרמה ספקולטיבית⁶⁸. בית המשפט קבע כי הדרישה לפירוט מוגבר בכתב התביעה נועדה לסלק, כבר בשלב הגשת כתבי הטענות, תביעות אשר אין

66 התביעה הוגשה מכוח Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. Section 1 (2006), האוסר על הסכמה להגבלת התחרות או המסחר.

67 ראו למשל *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 227 (1993).

68 עניין *Twombly*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 555.

תקווה סבירה שהליכי גילוי בהן יגלו ראיות מספקות⁶⁹. כמו כן קבע בית המשפט העליון כי נדרש שהעובדות המצוינות בכתב התביעה יצרו ציפייה סבירה שהליכי הגילוי יביאו לגילוי ראיות של הסכם בלתי חוקי⁷⁰.

בית המשפט העליון הציע פרשנות מחדשת להלכת *Conley* וקבע כי למעשה בית המשפט העליון דאז לא התכוון לקבוע סטנדרט לפירוט הנדרש בכתבי טענות, כפי שיוחס לו במשך עשרות שנים, אלא רק לקבוע שהתובע יכול לסמוך גם על עובדות שלא הביא בכתב התביעה על מנת להוכיח את תביעתו. לפיכך, אליבא דבית המשפט, למעשה לא נקבע סטנדרט חדש לפירוט הנדרש בכתבי טענות והוא אינו משנה את האמור בתקנות הפרוצדורה הפדרלית⁷¹.

אף על פי כן, מלומדים בארצות-הברית מסכימים כי מטרתו של בית המשפט העליון הייתה להנחות את בתי המשפט בערכאות הדיוניות הדנות בבקשות לסילוק על הסף, לשקול אם התביעה מציגה עילת תביעה מתקבלת על הדעת, שמשמעותה לפי הלכת *Twombly* שלפי כתב התביעה סביר יותר להסיק שקיימת עילת תביעה מאשר להסיק מסקנה הפוכה⁷². בעוד שבטרם ניתן פסק הדין בעניין *Twombly*, על מנת שתסולק תביעה על הסף נדרש היה שאף אם כל העובדות נכונות הדין המהותי אינו מעניק סעד, לאחר פסק הדין סטנדרט הטיעון הנדרש גבוה יותר ולכן קשה יותר לתובעים להדוף בקשות מקדמיות לסלק תביעות על הסף.

לאחר שניתנה הלכת *Twombly* נוצרה אי-בהירות מסוימת שגרמה למחלוקות בין בתי המשפט בערכאות הנמוכות לגבי משמעות פסק הדין ולגבי המקרים שבהם יש להחיל את ההלכה החדשה⁷³. כך, בין היתר, הואיל ובית המשפט הסביר כי קיים צורך בפירוט רב במיוחד בתביעות בתחום ההגבלים העסקיים (ובמיוחד בתביעות ייצוגיות בתחום ההגבלים העסקיים), משום שעלויות הליכי הגילוי בתחום זה, עוד יותר מבתחומים אחרים, עלולות להביא את נתבעים להתפשר עם התובעים גם בתביעות שהוא מכנה "אנמיות" על מנת להימנע מניהול ההליך בבית המשפט⁷⁴. אחרים סברו כי בית המשפט התכוון להחיל את הסטנדרט שנקבע רק על תביעות שיש בהן פוטנציאל לניצול לרעה או להוצאות התדיינות

69 שם, בעמ' 559.

70 שם, בעמ' 556. שופטי המיעוט סברו שאין מקום לשנות את הלכת *Conley*, וכי דווקא בתיקים העוסקים בהגבלים עסקיים קשה במיוחד לתובע לדעת מה היו העובדות, הואיל והעובדות בדרך כלל מצויות בידיהם של הנתבעים באופן בלעדי: שם, בעמ' 592-597.

71 שם, בעמ' 570 ("Here... we do not require heightened fact pleading of specifics...").

72 ראו לעניין זה למשל (Editorial, *The Devil in the details*, 91 JUDICATURE 2 (2007)).

73 ראו למשל גישות שונות לגבי משמעות הלכת *Twombly*: Anderson v. Sara Lee Corp., 508 F.3d 181, 188 n. 7 (4th Cir. 2007); עניין *Iqbal v. Hasty*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 157, הערה 7.

74 הלכת *Twombly*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 558-559.

גבוהות במיוחד⁷⁵. לאור ההסברים השונים היו מי שחשבו כי פסק הדין אינו הלכה כללית, ודרישת הפירוט המוגבר חלה רק לגבי תביעות הנוגעות להגבלים עסקיים. בשנת 2009 הבהיר בית המשפט העליון של ארצות-הברית בפרשת *Ashcroft v. Iqbal*, בדעת רוב של חמישה שופטים מול ארבעה, כי יש להחיל את סטנדרט "הסבירות" (plausibility) שהובא בפרשת *Twombly* על כל ההליכים האזרחיים, ולא רק על הליכים מסוגים מסוימים⁷⁶.

באותה פרשה הוגשה תביעה נגד התובע הכללי לשעבר של ארצות-הברית ונגד ראש ה-F.B.I בטענה שהם אימצו מדיניות בלתי חוקתית שבעטייה התובע הוחזק בתנאי מעצר קשים, וזאת בשל גזעו, דתו ולאומיותו. הנתבעים טענו לחסינות וביקשו לסלק את התביעה על הסף על בסיס הלכת *Twombly*, בטענה שכתב התביעה לא מראה ברמת הסבירות הראויה כי התובע זכאי לסעד. בהתבסס על הלכת *Twombly* קבע בית המשפט העליון כי התובע לא הציג די טענות עובדתיות על מנת להציג תביעה סבירה⁷⁷. בית המשפט קבע כי לא די בטענות שהן למעשה מסקנות עובדתיות, ונדרשות טענות עובדתיות שעומדות במבחן הסבירות⁷⁸. דהיינו, בית המשפט לא הסתפק בהבהרת הלכת *Twombly* אלא בחר להחמיר במידת מה עם תובעים פוטנציאליים.

75 Allan Ides, *Bell Atlantic and the Principle of Substantive Sufficiency under Federal Rule of Civil Procedure 8(a)(2): Toward a Structured Approach to Federal Pleading Practice*, 243 F.R.D. 604, 635-636 (2007) ("[T]he 'better' reading of Bell Atlantic is that it did not change the law of pleading, but that it simply applied long-accepted pleading standards to a unique body of law under which the plaintiffs' complaint failed to include any facts or plausible inferences supportive of a material element of the claim specifically asserted by the plaintiffs"); *Limestone Development Corp. v. Village of Lemont, Ill.*, 2008 WL 852586, at *5 (Apr. 1, 2008) ("Under *Bell Atlantic*, the complaint in a potentially complex litigation, or one that by reason of the potential cost of a judgment to the defendant creates the 'in terrorem' effect against which *Blue Chip Iqbal v. Twombly* 'is not requiring a universal standard of) 158-157 בעמ' ה"ש 45, לעיל ה"ש 45, בעמ' עניין ; warned, must have some degree of plausibility to survive dismissal") *Hasty* heightened fact pleading, but is instead requiring a flexible 'plausibility standard,' which obliges a pleader to amplify a claim with some factual allegations in those contexts (where such amplification is needed to render the claim plausible"

76 הלכת *Ashcroft v. Iqbal*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 1953.

77 שם, בעמ' 1950-1949, Threadbare recitals of the elements of a cause of action,) supported by mere conclusory statements, do not suffice... Rule 8 marks a notable and generous departure from the hyper-technical, code-pleading regime of a prior era, but it does not unlock the doors of discovery for a plaintiff armed with nothing more than (conclusions"

78 שם, בעמ' 1950.

לאור הלכת *Iqbal* ברור כיום כי בית המשפט העליון של ארצות-הברית החליט להרחיב את דרישת הפירוט בכתבי טענות, וכי הרחבה זו היא טרנס-סובסטיבית ולא חלה רק בתחומי משפט מסוימים⁷⁹. הלכת *Twombly* בצוותא עם הלכת *Iqbal* שינו באופן דרסטי את המצב המשפטי ככל שמדובר בדרישת הטיעון בכתבי טענות. ולראיה – מאז מתן פסק הדין בעניין *Twombly* הוא צוטט בלמעלה מחמישים אלף פסקי דין⁸⁰. מן הראוי לציין בהקשר זה פסק דין נוסף – שניתן על ידי בית המשפט העליון זמן קצר לאחר שניתנה ההחלטה בפרשת *Twombly* – בעניין *Tellabs v. Makor*⁸¹. באותו מקרה, עליו חל ה-PSLRA שהוזכר לעיל (ולא כללי הפרוצדורה הפדרלית), הוגשה תביעה ייצוגית בעילה של מרמה בניירות ערך נגד *Tellabs*, חברה המייצרת ציוד עבור רשתות כבלים המבוססות על סיבים אופטיים. התובעים טענו שהחברה הנתבעת הציגה מצגי שווא לגבי מוצריה והכנסותיה, על מנת להסתיר את הירידה בערך מניותיה. ה-PSLRA קובע כי תובעים המגישים תביעה בגין מרמה בניירות ערך צריכים להביא בכתבי טענותיהם עובדות ספציפיות שמצביעות על מסקנה ברורה שהנתבע אכן התכוון לרמות את המשקיעים (דרישת ה-*Scienter*). המטרה של אותה כלל ב-PSLRA היא ברורה: הקונגרס האמריקני ביקש להרתיע תובעים, ובמיוחד עורכי דין, מהגשת תביעות סרק ייצוגיות בתחום ניירות הערך, באמצעות דרישה מהתובע להראות מלכתחילה שסביר שקיימת עילת תביעה ואין מדובר בניסיון לסחוט כספים באמצעות הליך התביעה הייצוגית. באותו פסק דין ניסה בית המשפט העליון האמריקני לפתור את הבלבול שנוצר בבתי המשפט הפדרליים לגבי השאלה מה לדרוש מתובע הטוען לכוונת מרמה (*Scienter*) של הנתבע על מנת שהתביעה לא תסולק על הסף. אף שהיה ברור לבתי המשפט שה-PSLRA מרחיב את דרישת הפירוט בכתבי טענות ככל שמדובר ברכיב של "כוונה לרמות", היקף הדרישה לפי החוק לא היה ברור לערכאות הנמוכות. גישה אחת שהובעה בבית המשפט במחוז השישי הייתה שתביעה בגין כוונה לרמות בניירות ערך תתגבר על בקשה לסילוק על

79 שם, בעמ' 1953 (Our decision in *Twombly* expounded the pleading standard for all civil actions, and it applies to antitrust and discrimination suits alike).

80 למחקר אמפירי של פסקי דין שניתנו בבתי המשפט הדיוניים שציטטו את ההחלטה בעניין *Twombly* ראו Kendall W. Hannon, *Much Ado About Twombly? A Study of the Impact of Bell Atlantic Corp. v. Twombly on 12(b)(6) Motions*, 83 NOTRE DAME L. REV. 1811 (2008). מעניין להעיר כי מדו"ח אמפירי שפורסם זמן קצר לפני פרסום רשימה זו, עולה כי מאז שניתנה הלכת *Twombly* מוגשות יותר בקשות למחיקה על הסף בהיעדר עילה לבתי משפט פדרליים. עם זאת במרבית תחומי המשפט אחוזי ההצלחה בבקשות אלה לאחוז ההצלחה לפני שניתנה הלכת *Twombly*. Federal Judicial Center, Motion to Dismiss for Failure to State a Claim after *Iqbal*, Report to the Judicial Conference Advisory Committee on Civil Rules (March 2011).

81 *Tellabs, Inc., v. Makor Issues & Rights, Ltd.*, 551 U.S. 308 (2007).

הסף רק אם הטענה המובאת היא סבירה יותר מכל תזה עובדתית מתחרה⁸². לעומת זאת במחוז השביעי נקבע כי די לתובע אם יטען טענות עובדתיות אשר, בהנחה שהן נכונות, יביאו אדם סביר להסיק שהנתבע אכן פעל מתוך כוונה לרמות⁸³. במחוז הראשון אומצה גישה שלישית, לפיה אם התזה של התובע שהייתה כוונה לרמות היא סבירה באותה מידה כמו התזה הנוגדת – יש לדחות את התביעה על הסף⁸⁴.

בית המשפט העליון פתר בפרשת *Tellabs* את חילוקי הדעות באמצעות קביעת סטנדרט אחיד לדרישת הפירוט בכתבי טענות של טענת כוונת מרמה בניירות ערך, וקבע כי על מנת שתביעה בגין הונאה בניירות ערך לא תסולק על הסף, עליה לכלול עובדות המצביעות על כך שהתזה שהייתה כוונה לרמות, להונות או ליצור מניפולציה משכנעת לפחות כמו התזה הנגדית⁸⁵. נקבע כי על מנת לעמוד בסטנדרט של "strong inference" שנקבע ב-PSLRA לא די שהתביעה סבירה, אלא נדרש שהיא תהיה משכנעת לפחות כמו כל תזה אחרת שמציג הנתבע. תביעה כזו לא תסולק רק אם אדם סביר ימצא את המסקנה שהייתה כוונה לרמות משכנעת לפחות כמו מסקנות אחרות שיכולות להיות לעובדות הנטענות.

פסקי הדין שסקרנו לעיל מצביעים על נכונות מוגברת של בית המשפט העליון בארצות-הברית לסלק תביעות על הסף בשלב המקדמי, על בסיס כתבי הטענות בלבד. אותם פסקי דין דורשים מהתובע, הלכה למעשה, להראות עוד בשלב המקדמי כי יש לו עילה טובה. פסקי דין אלה, כמו גם פסקי דין אחרים שלא הוזכרו כאן⁸⁶, מכתיבים מעורבות שיפוטית גדולה יותר כבר בשלב המקדמי, לאור הרצון של בית המשפט ושל הקונגרס למנוע את הגשתן של תביעות מפוקפקות.

במילים אחרות, החמרת דרישת הפירוט העובדתי בכתבי טענות הינה חלק ממגמה כללית של בתי המשפט הפדרליים להקשות על תובעים, ובייחוד על אלה המגישים תביעות

82 ראו למשל *Fidel v. Farley*, 392 F.3d 220, 227 (6th Cir. 2004).

83 ראו למשל *Makor Issues & Rights, Ltd. v. Tellabs, Inc.*, 437 F.3d 588, 602 (7th Cir. 2006).

84 ראו למשל *In re Credit Suisse First Boston Corp.*, 431 F.3d 36 (1st Cir. 2005).

85 עניין *Tellabs v. Makor Issues & Rights*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 2510 ("...only if a reasonable person would deem the inference of scienter cogent and at least as compelling as any opposing inference one could draw from the facts alleged").

86 ראו למשל פרשת *Daubert v. Merrell Dow Pharms.*, 509 U.S. 579 (1993) (ובפסקי דין שהלכו בעקבותיו, כגון *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999)), שם קבע בית המשפט העליון כי על הערכאה הדיונית לבחון חוות דעת מומחים כבר בשלב המקדמי, ולקבוע אם הן רלוונטיות וניתן לסמוך עליהן. לפני שניתנה הלכת *Daubert* בתי המשפט התירו בדרך כלל למושבעים לבחון עדויות מומחים משני הצדדים, מבלי שנדרשו לתוכנן.

סרק. במסגרת מגמה זו בתי המשפט בארצות-הברית נעשו יותר אקטיביים ומעורבותם בהליך כבר בשלב המקדמי הולכת וגוברת⁸⁷.

2. האם ראוי לאמץ סטנדרטים דומים לאלה שקבע בית המשפט העליון בארצות-הברית?

(א) שיקולי המדיניות שעמדו מאחורי פסיקת בית המשפט העליון בפרשות *Twombly* ו-*Iqbal* קיימים אף ביתר שאת בישראל

כאשר בוחנים את שיטות המשפט הישראלית והאמריקנית, הגם שמאפיינים מסוימים שלהן שונים בתכלית, ככל שמדובר בהתדיינות בבתי משפט רב הדומה על השונה⁸⁸. מעבר לכך ששתי שיטות המשפט הן אדוורסריות במהותן ושבתיהן שולבו עקרונות אינקוויזיטוריים בשנים האחרונות⁸⁹, בשתי שיטות המשפט בתי המשפט לוקחים חלק

87 כך בדומה למקובל בשיטה האינקוויזיטורית, ובניגוד למסורת של המשפט המקובל והשיטה האדוורסרית, שבה השופט הוא צופה מן הצד. לעניין הגישה הפסיבית שנוקטים בדרך כלל בתי משפט בשיטת משפט אדוורסרית ראו FLEMING JAMES, JR. ET AL., CIVIL PROCEDURE §§ 1-2 (4th ed. 1992).

לעניין ריכוך האדוורסריות הקלאסית בארצות-הברית ראו למשל Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 HARV. L. REV. 1281, 1287, 1313 (1976); Linda S. Mullenix, *Lessons from Abroad: Complexity and Convergence*, 46 VILL. L. REV. 1, 13 (2001). אודות ריכוך גישה זו בישראל ראו לעיל ה"ש 2-3 ובטקסט שלידין.

88 ERAN B. TAUSSIG, *Broadening the Scope of Judicial Gatekeeping: Adopting the Good Faith Doctrine in Class Action Proceedings*, 83 ST. JOHN'S L. REV. 1275, 1335-1348 (2009).

89 Shimon Shetreet, *Reflections on the Contemporary Trends of Judicial Role in Israeli Society*, in THE ROLE OF COURTS IN SOCIETY 158, 159-161 (Shimon Shetreet ed., 1986) (discussing the shift in the function of judges in Israel); Stephen Goldstein, *Relationships Between the Parties, the Judges and the Lawyers in the Israeli Litigation System*, XII CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO PROCESAL 363, 363 (2005) ("The Israeli litigation system is based on the English adversary system that leaves the conduct of the litigation primarily in the hands of the parties and their lawyers"); Oscar G. Chase, *American "Exceptionalism" and Comparative Procedure*, 50 AM. J. COMP. L. 277, 286 (2002) (American conflict-solving mode of procedure fits with laissez-faire state, and therefore "the American legal process allocates an unusually wide range of procedural action to the adverse parties, especially in trial preparation, creating opportunities for free procedural enterprise unparalleled in other countries"); Samuel Issacharoff & Richard A. Nagareda, *Class Settlements under Attack*, 156 U. PA. L. REV. 1649, 1707 (2008) ("While the court does not fully occupy the inquisitorial role of civil law tradition, it comes close").

משמעותי בעיצוב מדיניות. נושאים חברתיים, פוליטיים וכלכליים רבים מנוסחים בכלים משפטיים ומוכרעים על ידי בתי המשפט. דוגמה טובה לכך היא הליך התובענה הייצוגית. הן ישראל הן ארצות-הברית עושות שימוש בהליך על מנת ליישם שינויים חברתיים⁹⁰. על התפקיד המרכזי של ההתדיינות המשפטית בארצות-הברית נכתבו תלי תלים של ספרים ומאמרים. החשוב שבהם הוא, ככל הנראה, ספרו של המלומד קייגן (Kagan)⁹¹. קייגן מתייחס למקומו של המשפט (law) בארצות-הברית ולתפקידה הרחב של ההתדיינות המשפטית, ולמה שהוא מכנה Adversarial Legalism.

לדבריו, הסגנון המשפטי בארצות-הברית מדגיש את האקטיביות של המתדיינים ואת השליטה של עורכי הדין ושל המשפט בכלל בהתדיינות המשפטית, במדיניות הציבורית ובדרך יישומה, בחלוקת משאבי הציבור, ובהגדרת עניינים כלכליים, חברתיים ופוליטיים באמצעות מונחים משפטיים⁹². בין המאפיינים השלייליים של ה-Adversarial Legalism קייגן מונה את כמות התיקים העצומה, הגורמת לאיטיות ההתדיינות המשפטית ולהימשכותה זמן רב מדי. תופעה זו גורמת לעינוי דין, להפיכת ההתדיינות ליקרה מאוד, לבלתי צפויה, ולעתים אף גורמת אי-צדק למתדיינים⁹³. לא בכדי נאמר כבר ש"צדק דחוי אינו צדק"⁹⁴, דהיינו שהליך לא יעיל מטיל עלויות ניכרות על הציבור כולו.

חלק ניכר מהמאפיינים שמציין קייגן קיימים בישראל, אולי אף ביתר שאת. גם בישראל מוגשת כמות גדולה של תביעות, יש מי שיאמר גדולה מדי⁹⁵. כתוצאה מכך, משפטנים

90 ראו לעניין זה למשל בג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין לעבודה, פ"ד נב(4) 817, 826 (1998).

91 ROBERT A. KAGAN, ADVERSARIAL LEGALISM: THE AMERICAN WAY OF LAW (2001).

92 שם, בעמ' 9.

93 שם, בעמ' 4, 117.

94 המקור לביטוי זה הוא, ככל הנראה, המימרה של ויליאם פן, מייסדה של מדינת פנסילבניה, ארצות-הברית: "Our law says well, To delay justice, is injustice". ראו WILLIAM PENN, FRUITS OF SOLITUDE 69 (11th ed. 1906) (1693). מתקופה מאוחרת יותר מוכרת המימרה: "Justice delayed is justice denied" הלקוחה מפסק דין אמריקני מתחילת המאה הקודמת: Gohman v. City of St. Bernard, 111 Ohio St. 726, 737 (1924).

95 לפי מחקר שהזמינה הנהלת בתי המשפט, שבו השוו בין עומס התיקים בישראל ובשש עשרה מדינות מפותחות אחרות, ישראל דורגה שלישית מבחינת העומס על בתי המשפט (מספר תיקים ביחס למספר שופטים). מבחינת הפעילות המשפטית (מספר התיקים ביחס להיקף האוכלוסייה) דורגה ישראל ראשונה. רענן סוליציאנו-קינן, אמנון רייכמן וערן ויגודה-גדות העומס על מערכות משפט: ניתוח השוואתי של 17 מדינות – דו"ח מסכם 3-4 (2007). לפי אותו מחקר, בשנת 2004 הוגשו 1,016 תיקים אזרחיים לשופט, בעוד שלפי הנהלת בתי המשפט של ארצות-הברית בשנת 2000 היו 311 תיקים לשופט פדרלי בלבד (אין כוונתי לטעון כי נתונים אלה קובעים היכן קיים עומס רב יותר על בתי המשפט, אלא רק להדגיש כי העומס על בתי המשפט בישראל הוא רב ביותר). לעניין מספר התביעות המוגשות לבתי המשפט בישראל ראו גם משה בורונובסקי ורן לחמן "ישימות הבוררות, כמנגנון להקלה בעומס על מערכת בתי-המשפט בישראל" הפרקליט מ 269, 270 (1991).

ישראלים הלינו על עומס היתר במערכת המשפט, על התמשכות ההליכים ועל עינוי הדין הנגרם.⁹⁶

קייגן מתייחס גם למספרם הגדול של עורכי הדין האמריקנים ולאופי היזמי שלהם. ברם היחס בין מספר עורכי הדין בישראל למספר התושבים גדול מאותו היחס בארצות-הברית. לא בכדי כתב פרופ' גולדשטיין כי מספרם הגדל והולך של עורכי דין בישראל מהווה סיבה של ממש למספר הגדל והולך של תביעות ייצוגיות המוגשות בישראל⁹⁷. הדעת נותנת שהבחנה זו נכונה גם לגבי תביעות שאינן ייצוגיות. קייגן מצייין בספרו כי בשנת 1995 היחס בין מספר עורכי דין בארצות-הברית למספר התושבים היה 1:307, בעוד שבהתאם לסטטיסטיקה שנתקבלה מלשכת עורכי הדין בתחילת שנת 2009, היו בישראל 40,469 עורכי דין, דהיינו יחס של 1:98.⁹⁸

כמו כן, בעוד שבארצות-הברית מסתמכים כמעט אך ורק על התדיינות משפטית על מנת לפצות נזוקים, בישראל קיים המוסד לביטוח לאומי וחקיקה סוציאלית ענפה יחסית, המאפשרים לקבל פיצוי בתחומים מסוימים בלי לקיים דיונים בבית המשפט. לפיכך, לפחות בתחומי משפט מסוימים, בישראל יש הצדקה לדרוש יותר מצדדים המבקשים להתדיין בבית משפט. מלומדים אמריקנים שביקרו את פסקי הדין שניתנו בעניין *Twombly* ו-*Iqbal* התייחסו לנקודה זו וטענו, שלאור פסקי דין אלה לא ברור אם החברה האמריקנית נשארת מחויבת להתדיינות בבתי משפט ככלי כמעט בלעדי להשגת פיצוי כספי ואכיפת נורמות חברתיות. לדבריהם במידה והתשובה שלילית, יש מקום להציע אלטרנטיבות כגון מוסד לביטוח לאומי ואכיפה אדמיניסטרטיבית.⁹⁹

96 ראו למשל ישראל קנטור "המערכת הכלכלית כצרכן של מערכת בתי-המשפט" מחקרי משפט ח 101, 103 (1990); משה בר-ניב ורון לחמן "בחירת הנטייה לפנייה לחלופות ליישוב סכסוכים (חי"ס) בהיבטים של זמן והסדרה" משפטים ועסקים ב 209, 215 (2005); דין וחשבון הוועדה לבחינת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל (יו"ר תאודור אור, אוגוסט 1997). לעניין התמשכות הדיונים ממועד הגשת תביעה ועד למועד בירורה ראו סיני דויטש "על הרפורמה הדרושה במערכת בתי המשפט: דברי סיכום ותגובה" מחקרי משפט ח 129, 130 ה"ש 7 (1990).

97 ס' גולדשטיין וי' עפרון "התפתחות התובענה הייצוגית בישראל" עלי משפט א 27, 47-48 (1999). לנטייה המוגברת להתדיינות בחברה הישראלית ראו גם דו"ח ועדת אור, לעיל ה"ש 96, בעמ' 17.

98 נתונים דומים הוצגו על ידי אלה לוי-וינריב "שיא ישראלי: במדינת ישראל של 2009 יש עורך דין אחד לכל 183 תושבים" גלובס 19.5.2009 בעמ' 10. סמוך לפרסום מאמר זה פורסם כי היחס בין עורכי הדין לאוכלוסיה הוא הגבוה בעולם. ליטל דוברוביציקי "יחס עוה"ד באוכלוסיה בישראל – הגבוה בעולם" ידיעות אחרונות מגזין ממון 24.5.2010, בעמ' 2-3. ממידע עדכני מלשכת עורכי הדין האמריקנית עולה כי נכון לשנת 2007 היחס בין מספר עורכי הדין למספר התושבים בארצות-הברית הוא 1:271 בלבד.

99 ראו למשל Stephen B. Burbank, *Pleading and the Dilemmas of "General Rules"*, 2009 Wis. L. Rev. 535, 561 (2009).

כפי שראינו, פסקי הדין בעניין *Twombly* ו-*Iqbal*, כמו גם פסקי דין ודברי חקיקה אחרים, באו לעולם על מנת להגביל את ה-*Adversarial Legalism* בארצות-הברית, להפחית התדיינות סרק, ומניה וביה לצמצם גם פשרות בלתי מוצדקות¹⁰⁰. הם מכתיבים מעורבות שיפוטית גדולה בשלב המקדמי, ומאפשרים לבתי המשפט להיות מעין "שומר סף" המונע מהליכי סרק להיכנס מן הפרוזדור הדיוני אל הטרקלין המהותי – המשפט עצמו. מן הראוי לאמץ גם במשפט הישראלי סטנדרטים אשר יביאו לסילוקן של תביעות חסרות בסיס ולהרתעת תובעים מהגשת תביעות סרק, מחד, ויסייעו להגיע להסכמי פשרה כאשר קיימת עילת תביעה, מאידך. מנגד, יש כמובן להיזהר מלשפוך את התינוק עם מי האמבט. סטנדרטים מחמירים מדי עשויים להביא לסילוק על הסף של תביעות בעלות עילת תביעה טובה, וכתוצאה מכך לפגיעה בהרתעת מעוללים מלהפר את החוק.

(ב) טיעונים אפשריים נגד החמרת הסטנדרט בדומה למגמה בארצות-הברית

בטרם נתייחס לשאלת הסטנדרט הראוי, מן הראוי להתייחס לטענה שעלולים להעלות מתנגדים פוטנציאליים לשינוי הסטנדרט הקיים, שלפיה משמעות הרחבת חובת הפירוט בכתבי טענות היא שלילת יומם של תובעים בבית המשפט ופגיעה בזכות הגישה לערכאות. לטענה זו מן הראוי לענות בשלושה נימוקים: ראשית, זכות הגישה לערכאות, שעל חשיבותה עמד בית המשפט העליון¹⁰¹, הינה זכות יחסית ולא מוחלטת, אשר נסוגה לעתים מפני זכויות ואינטרסים אחרים הראויים להגנה בשיטת המשפט הישראלית¹⁰². שנית, זכות

100 כאשר רשימה זו דנה בפשרות בלתי מוצדקות, הכוונה היא לפשרות שאין בהן קשר בין עילת התביעה והנזק שנגרם לתובע לבין הסדר הפשרה אליו הגיעו הצדדים בפועל.

101 ראו למשל ע"א 1480/04 מליבו ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון (פורסם בנבו, 2006), בס' 16 לפסק דינו של השופט גרוניס: "אין חולק, כי זכות הגישה לערכאות שיפוטיות הינה זכות בסיסית ויסודית. חשיבותה הרבה של זכות זו נגזרת מן הצורך להבטיח, כי מי שסבור שזכאי הוא לסעד משפטי יוכל להביא את עניינו בפני ערכאות שיפוטיות, על מנת שאלו תכרענה בדבר". לגבי היותה של זכות הגישה לערכאות זכות חוקתית ראו ע"א 733/95 ארפל נ' קליל, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997); רע"א 2808/00 שופר סל בע"מ נ' ניב, פ"ד נד(2) 845, 848 (2000).

102 אחד מאינטרסים אלה הוא האינטרס לסופיות הדיון, בעטיו מוכרת הטענה של מעשה בית דין, גם כאשר מדובר בבעלי דין שלא היו בעלי הדין בהליך הקודם. בית המשפט העליון קבע כי לעניין זה כי "יש עניין – מבחינת בעלי הדין המתדיינים, מבחינת מערכת המשפט ומבחינת הדין – כי יבוא סוף להתדיינות בעניין שבו היה לבעלי הדין יומם בבית המשפט; בעניין בו מוצו ההליכים או הייתה הזדמנות לבעלי הדין למצות את ההליך עד תום. מכאן ההלכה המקובלת והמושרשת, שיש למנוע התדיינות נוספת בפלוגתא שכבר הוכרעה בהליך קודם שבין בעלי הדין". ע"א 1418/90 מאור נ' הרשנהורן, פ"ד מה(3) 95, 102-103 (1991). פסיקת בית המשפט העליון הרחיבה את תחולת הכלל של מעשה בית דין גם למקרים שבהם אין זהות פורמלית בין הצדדים, אך קיימת זהות אינטרסים. ראו לעניין זה בספרה של פרופ' נינה זלצמן

הגישה לערכאות נפגמת בין כה וכה, הואיל ובשל ריבוי תביעות, חלקן חסרות עילה, תובעים נאלצים להמתין שנים עד שניתן פסק דין. אין חולק שהעומס העצום על בתי המשפט, שנובע בחלקו מדיונים בתביעות סרק, מאריך את התור וגורם לדחיות ועינוי דין של בעלי תביעות מוצדקות. שלישית, בשל העומס על בתי המשפט ובשל רצונם של שופטים לסיים תיקים מהר, הם לוחצים לא פעם על נתבעים להתפשר גם כאשר התביעה חסרת עילה. פרופ' גולדשטיין מתייחס באחד ממאמריו לקושי הרב לקבל לחץ מצד בית המשפט להתפשר בשלב מוקדם כאשר כתבי הטענות כה דלים, כמקובל במקומותינו¹⁰³. הטענה כי סטנדרט מחמיר יותר עלול לפגוע בזכות הגישה לערכאות יכולה לעלות, לדעתי ביתר שאת, גם כנגד השימוש בהוצאות משפט גבוהות, כאשר בית המשפט דוחה תביעות לגופן¹⁰⁴. כך, הואיל והתובע משלם הוצאות משפט לנתבע גם כאשר תביעתו לא הייתה תביעת סרק, ואף בתביעה שכחוט השערה בינה לבין זכייה. על כן פסיקת הוצאות משפט גבוהות עלולה להרתיע תובעים, ובפרט תובעים חסרי משאבים, מלהגיש תביעה בעלת עילה רק בגלל החשש מפסיקת הוצאות משפט נגדם שבהן לא יוכלו לעמוד. כך הדבר גם לגבי ההצעה שעלתה לאחרונה במשרד האוצר להכפיל את גובה האגרות על הגשת תביעות אזרחיות, להטיל אגרות בשיעור זהה גם על הגשת ערעור ולהטיל אגרות על הליכי ביניים. המטרה המוצהרת של ההצעה היא להביא לצמצום של מלאי התיקים והפחתת העומס בבתי המשפט¹⁰⁵. נראה כי העלאה משמעותית של האגרות תקשה על אזרחים מן השורה להגיש תביעות, גם אם אלה מוצדקות. לא כך יהיה אם תתקבל ההצעה המועילית ברשימה זו. יתרה מזאת, אין מדובר על הרחבת חובת הפירוט בכתבי תביעה בלבד. רשימה זו מציעה להרחיב את חובת הפירוט גם בכתבי ההגנה. דהיינו, מוצע להטיל נטל כבד יותר על שני הצדדים על מנת לייעל את עבודתו של בית המשפט ולקצר את התורים הארוכים מצד אחד, ועל מנת להבטיח תוצאות צודקות יותר בהליכים המסתיימים בפשרה מצד אחר¹⁰⁶.

מעשה בית-דין בהליך אזרחי 413-414 (1991). ראו עוד לעניין יחסיותה של זכות הגישה לערכאות בסעיף 6 לפסק דינו של השופט רובינשטיין ברע"א 10641/05 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' אסולין (פורסם בנוב, 2006).

103 גולדשטיין, לעיל ה"ש 17, בעמ' 670-671.

104 בכנס ועד מחוז ת"א של לשכת עורכי הדין בשנת 2010 המליץ שר המשפטים, פרופ' יעקב נאמן, לבתי המשפט לפסוק הוצאות ריאליות כאמצעי להקטנת את מספר התביעות ולהפחתת העומס על בתי המשפט.

105 ראו לעניין זה למשל יובל יועז "האוצר מתכנן מהפכה בתביעות אזרחיות: האגרות יוכפלו" גלובס 10.6.2010.

106 בישראל, ובוודאי בארצות-הברית, רובן הגדול של התביעות מסתיימות בפשרה, לפני או אחרי הגשת כתב תביעה. מכאן נובעת חשיבותו של כלל דיוני המשפיע על יכולתו של בית המשפט להציע לצדדים פשרה ראויה. לפי מחקר שנערך בארצות-הברית בשנים 1992-1994 אחוז התביעות שהסתיימו בפסק דין מלא נע בין 3 ל-5 אחוזים בלבד. DEBORAH R. HENSLER ET AL., CLASS ACTION DILEMMAS – PURSUING PUBLIC GOALS FOR PRIVATE GAIN 126 n. 52

כפי שהראינו לעיל, בתי המשפט בישראל הרחיבו את חובת הפירוט בכתבי טענות באמצעות עקרון תום הלב. כן ראינו, שהשימוש בתום לב בהקשר לכללים פרוצדורליים הוא בעייתי ושנוי במחלוקת. בנסיבות אלה ראוי שהדבר ייעשה בדרך המלך, דהיינו במסגרת שינוי בתקנות סדר הדין האזרחי, ולא בדרך הצדדית באמצעות חקיקה שיפוטית¹⁰⁷.

ד. הסטנדרטים המוצעים

עד כה טענתי ברשימה זו כי יש להרחיב את דרישת הפירוט העובדתי בכתבי טענות. שאלה נוספת, הקשורה קשר גורדי לסוגיה זו, היא מהו הסטנדרט הראוי לבחינת בקשה למחיקת תביעה על הסף בהיעדר עילה. למעשה ניתן לטעון כי שני הסטנדרטים הללו הם שני פנים של סטנדרט אחד. פרק זה של הרשימה מציע תחילה סטנדרט ראוי לחובת הפירוט בכתבי טענות, ובהמשך דן בסטנדרט ראוי לסילוק תביעה על הסף מחוסר עילה. כמו כן, פרק זה בוחן את הסטנדרטים המוצעים דרך אספקלריה של הצדקות תאורטיות לכללים פרוצדורליים.

1. סטנדרט ראוי לפירוט הנדרש בכתבי טענות

על מנת לקבוע מהו הסטנדרט הראוי לפירוט העובדתי בכתבי טענות ניתן להיעזר בהצעה לתיקון תקנות סדר הדין האזרחי, שהוצעה עוד בקיץ 1988 על ידי הוועדה המייעצת לסדר דין אזרחי (שעל חבריה נמנה פרופ' גולדשטיין ז"ל), הצעה שלא נתקבלה. לפי אותה הצעה יש לחייב את הצדדים המתדיינים להביא פירוט מלא של העובדות המהוות את עילת

(2000). גם אם מחקרים עדכניים יותר מצביעים על אחוז פשרות נמוך יותר, עדיין מדובר ברוב גדול של התיקים. Theodore Eisenberg & Charlotte Lanvers, *What Is the Settlement Rate and Why Should We Care?*, 6 JOURNAL OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES 111 (2009).
107 בית המשפט העליון גרס לא פעם כי עדיפה דרך החקיקה (או במקרה דידן – חקיקת המשנה), כאשר הדבר פרקטי, על פני חקיקה שיפוטית. ראו למשל פסק דינה של הנשיאה ביניש ברע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220, 275-274 (2003): "מששבתי ובחנתי סוגיה זו נתתי דעתי על אופיין של התובענות הייצוגיות, על יתרונותיהן ועל חסרונותיהן; על הפסיקה שהתפתחה אצלנו עד כה; על מידת הצורך בהנהגת מוסד התובענה הייצוגית, בדרך כלל, ובעניינים שבהם העילה נטועה במשפט הציבורי בפרט; על היקפן של הבעיות שתובענה זו מעוררת ועל הצורך בהסדרת הכללים הנוגעים לתובענה הייצוגית. לאחר בדיקה זו באתי לכלל מסקנה שראויה היא התובענה הייצוגית שתכנס לשיטתנו המשפטית בדרך המלך, ולא בדלת האחורית...". ראו לעניין זה גם את עמדתו של דודי שוורץ כפי שפורטה במאמרו, לעיל ה"ש 3.

התביעה, וכן לצרף תצהיר של בעל הדין או של אדם אחר היודע את העובדות מידיעה אישית¹⁰⁸.

לפי דברי ההסבר מטרתה העיקרית של ההצעה הייתה "הגברת הבהירות של הגרסה אשר מוצגת בכתבי הטענות, וגילוי מירבי מראש של הטענות העובדתיות של הצדדים"¹⁰⁹. נוסף על כך, אותה הצעה הייתה אמורה להקל על בית המשפט לזהות בשלבים הראשונים של הדיון אם מדובר בתביעת סרק¹¹⁰.

הצעה זו נדחתה אמנם, אך חלק מהצעות הוועדה התקבלו כאשר הפרוצדורה של סדר דין מהיר הוספה לתקנות סדר הדין האזרחי¹¹¹. כפי שנראה בהמשך רשימה זו, הצעתי להחמיר בדרישת הפירוט העובדתי בכתבי הטענות תוכל לסייע לבית המשפט לברר מה מהותה של התביעה, ואם יש מקום להידון בה לגופה או לסלק אותה על הסף.

מבחן פירוט מלוא העובדות המהוות את עילת התביעה הוא סטנדרט ראוי לאימוץ. פרופ' גולדשטיין כתב לעניין סטנדרט זה כי הרחבת חובת הפירוט תאפשר לבאי כוח הצדדים להעריך טוב יותר את סיכויי היריב לזכות בטיעוניו, ותחייב אותם להתכונן היטב בטרם תוגש תביעה לבית המשפט¹¹². גם השופט גורן כותב כי מן הראוי להגיש כתבי טענות מפורטים כך שהשאלות השנויות במחלוקת תתגבשנה באופן מדויק יותר¹¹³. למען הסר ספק, רשימה זו אינה מציעה לחייב תובע לציין את כל עובדות המקרה, אוטוריות ככל שתהיינה. הכוונה היא לעובדות הרלוונטיות היוצרות את עילת התביעה, אשר נחוצות לשם העמדת הפלוגתאות שבמחלוקת בין הצדדים ולהכרעה בהן.

קביעת סטנדרט מחמיר לעניין הפירוט העובדתי הנדרש בכתב תביעה עושה חסד לא רק עם הנתבע, אלא גם עם התובע. כאשר חסרים פרטים להשלמת עילת התביעה הדבר עשוי, בסופו של יום, לגרום לתובע להפסיד בתביעה. אם כך יתברר בשלב מאוחר, בסופו של

108 "התביעה תביא פירוט עובדתי מלא הנשען על תצהיר של בעל הדין או של אדם אחר היודע את העובדות מידיעה אישית. ההגנה לא תוכל עוד להתבטא בהכחשות סתמיות אלא תכלול תצהיר של בעל הדין או של אדם אחר היודע את העובדות מידיעה אישית, בו תובא התיזה העובדתית של ההגנה". דברי הסבר להצעה לתיקון תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ג, 5.8.1988. פרופ' גולדשטיין דן בהצעה זו בפרוטרוט במאמרו, לעיל ה"ש 17, בעמ' 665-670.

109 דברי ההסבר להצעה, שם, בסעיף 2. הצעה לתיקון תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ג, 3.8.1988, סעיפים 2, 3, 7.

110 גולדשטיין, לעיל ה"ש 17, בעמ' 666-667.

111 ראו לעניין זה פרק ט"ז לתקנות סדר הדין האזרחי, שהוסף לתקנות על ידי שר המשפטים ביוני 2001. אודות הפרוצדורה של סדר דין מהיר, ראו בספרם של השופטים רחמים כהן ומנחם קליין סדר דין מהיר בבית-משפט שלום (2005).

112 גולדשטיין, לעיל ה"ש 17, בעמ' 666.

113 גורן, לעיל ה"ש 16, בעמ' 143.

ההליך תידחה תביעתו ולא יוכל להגישה שוב. לעומת זאת אם ייעשה שימוש בסטנדרט מחמיר יותר יוכל התובע לפעול לתיקון תביעתו במועד מוקדם, ולהביא לזכייה בתיק לגופו. הסטנדרט המוצע עולה בקנה אחד עם כמה מהתיקונים האחרונים לתקנות סדר הדין האזרחי, המצביעים על מגמה של מחוקק המשנה לדרוש יותר מתובעים ככל שמדובר בפירוט העובדתי הנדרש בכתב התביעה. הליך סדר דין מהיר המחייב, בין היתר, לצרף תצהיר לכתב התביעה, נועד לגרום להצגת גרסת כל צד באופן מפורש, כדי שבית המשפט יוכל להחליט לגופו של עניין על סמך העמדה שהובאה בכתבי הטענות ובתצהירי האימות¹¹⁴. כך ניתן לראות גם בתיקון לתקנה 75 לתקנות סדר הדין האזרחי, שהנוסח החדש שלה מחייב לפרט ולצרף את כל המסמכים עליהם מסתמך בעל דין כדרישה שנועדה להרחיב את האינפורמציה המועברת לעניין עילת התביעה וסיכויי הצלחתה. הוספת מסמכים יוצרת למעשה "צו עיון" מראש, הכולל גם הצגת ראיות ובהן שזורות גם טענות משפטיות שהמסמכים הללו מגבים. באופן זה מתרחב הפירוט בכתב הטענות, על אף שעל פני הדברים לא מדובר בהוספת טענות אלא בהוספת ראיות.

לעניין הפירוט העובדתי הנדרש בכתבי הגנה, גם אני סבור כמו פרופ' גולדשטיין, עם כל הכבוד הראוי, כי יש מקום לגזור גזירה שווה לגבי כתבי ההגנה, בכפוף לשוני המובנה בין כתבי הטענות¹¹⁵. יש לדרוש מן הנתבע להציג גרסה פוזיטיבית משלו ולפרט את העובדות הדרושות להגנתו. במידה שלא יעשה כן תתקבל גרסתו של התובע והלה יהיה פטור מן החובה להוכיח את גרסתו. לעניין זה יוער כי אם בית המשפט העליון בוחר להשתמש בעקרון תום הלב על מנת להרחיב את דרישת הפירוט בכתבי תביעה, מן הראוי לגזור גזירה שווה גם על פירוט בכתבי הגנה. הרציונלים העומדים בבסיס החלטות בית המשפט העליון ביחס לתובעים, חלים באופן דומה גם לגבי נתבעים.

הכחשות סתמיות בכתב ההגנה מקשות על בית המשפט ללמוד בשלב המקדמי מה הן הפלוגתאות האמיתיות בין הצדדים¹¹⁶. כתוצאה מכך, לא פעם בתי המשפט מציעים הצעה לפשרה שבינה לבין המצב המשפטי האמיתי בתיק אין הרבה מן המשותף. לעתים שופטים

114 תקנה 214ג לתקנות סדר הדין האזרחי. ראו גם כהן וקליין, לעיל ה"ש 111, בעמ' 26.
115 גולדשטיין, לעיל ה"ש 17, בעמ' 671. השוני המובנה בין סוגי כתבי הטענות צריך להביא לשוני בתוצאה של אי-קיום דרישת הפירוט, אך לא בתוכן הדרישה. כאשר תובע לא מקיים את חובתו לפרט את העובדות בכתב התביעה כדבעי על בית המשפט לשקול למחוק את תביעתו בהיעדר עילה. לעומת זאת אי-קיום חובת פירוט בכתב הגנה יכולה להביא, במקרים המתאימים, לקבלת גרסתו של התובע.

116 סטנדרט הצבת הפלוגתאות האמיתיות שבמחלוקת ובירורן, שמציג דודי שוורץ, עולה בקנה אחד עם הסטנדרט המוצע ברשימה זו, הן לגבי תובעים הן לגבי נתבעים. אם עובדה מסוימת תשרת את הצבת הפלוגתאות האמיתיות שבמחלוקת ואת בירורן מן הראוי שהצד הרלוונטי יציג אותה בפני משנהו ובפני בית המשפט. לעניין סטנדרט זה ראו בספרו של שוורץ, לעיל ה"ש 2, בעמ' 189.

לוחצים על צדדים להתפשר על מנת "להיפטר" מן התיק ולקדם את סיום התיקים שבטיפולם, וכתוצאה מכך תיקים מסוימים מסתיימים בתוצאה לא צודקת וגורמים לאחד הצדדים להרגיש כי לא היה לו יומו בבית המשפט, וכי הוא אולץ להסכים ל"הצעת בית המשפט". אם בית המשפט ידע את עובדות המקרה כבר בשלב המקדמי, יהיה ביכולתו להציע פשרה ראויה יותר שתכבד את הצדדים ואת מערכת המשפט¹¹⁷. מלבד בזבוז זמנו של בית המשפט וכספם של נתבעים בתביעות סרק, גם מסיבה זו מן הראוי לחייב גם את הנתבעים לפרט את גרסתם העובדתית כבר בשלב כתבי הטענות¹¹⁸.

2. הסטנדרט המוצע למחיקת תביעה על הסף בהיעדר עילה

כאמור, מחיקת תביעה על הסף היא אמצעי למניעת דיוני סרק ובזבוז זמנו של בית המשפט, שמטרתו להביא לייעול ההליך המשפטי¹¹⁹. לפי הפסיקה הנוהגת, במידה שכתב התביעה אינו מגלה עילה, בית המשפט ימחק את התביעה על הסף. אמצעי זה ננקט רק כאשר ברור שהתובע לא יוכל לקבל את הסעד המבוקש, אפילו עובדות התביעה יוכחו¹²⁰. כפי שראינו לעיל, בתי המשפט לא הסתפקו בסטנדרט מקל זה וקבעו כי לא די בכך שהעילה חלשה וסיכוייה להצליח קלושים על מנת שהתביעה תימחק על הסף¹²¹. בית המשפט העליון קבע כי "אם ניתן להציל תובענה מכיליון על דרך של תיקון אין מוחקים כתב-תביעה על הסף"¹²². לפי הפסיקה, אם היעדר העילה נובע מהיעדר טענות עובדתיות, בית המשפט ייטה לאפשר תיקון הפגם כל עוד אין בתיקון פגם זה כדי להזיק לזכויות הצד שכנגד או

117 גולדשטיין, לעיל ה"ש 17, בעמ' 671.

118 מפאת קוצר היריעה אינני מביע עמדה ברשימה זו לגבי ההצעה שהעלתה הוועדה המייעצת לסדר דין אזרחי לחייב צירוף תצהירים לכתבי הטענות. אציין רק כי הדבר נעשה זה מכבר בהליכים מיוחדים (בסדר דין מהיר ובסדר דין מקוצר באופן חלקי) ובתחומים משפטיים ספציפיים (הליכים בבתי המשפט לענייני משפחה – ראו תקנה 258 לתקנות סדר הדין האזרחי), וכי מלומדים הציעו לשקול הרחבת סוגי העניינים שבהם תהיה חובה לתמוך את כתבי הטענות בתצהירים, אך התנגדו לאימוץ גורף בין היתר מכיוון שלטענתם, הדבר עלול להביא לסרבול ההליכים במקום לייעולם. שלמה לויין "השגות עקרוניות לרפורמה בתקנות סדר הדין האזרחי" משפטים יט 675, 676-677 (1990).

119 ראו לעניין זה למשל גורן, לעיל ה"ש 16, בעמ' 171; רע"א 1120/06 לאורא נ' ע.מ.ש. חברה לבנין (בפירוק) (פורסם בנבו, 2007).

120 ע"א 109/49 חברה להנדסה ולתעשייה נ' מזרח שירות לביטוח, פ"ד ה 1585, 1591 (1951); ע"א 5634/05 צוקית הכרמל פרויקטים נ' מיכה צח חברה לקבלנות (פורסם בנבו, 2007). בית המשפט העליון אף קבע כי מחיקת תובענה או דחייתה היא בבחינת "אמצעים הננקטים בלידת ברירה": ע"א 693/83 שמש נ' רשם המקרקעין, פ"ד מ(2) 668, 671 (1986).

121 ראו למשל ע"א 796/89 עיזבון חסיד נ' עיזבון וכת, פ"ד מה(5) 558 (1991); ע"א 35/83 חסין נ' פלדמן, פ"ד לז(4) 721 (1983). ראו גם הדיון לעיל ברשימה זו, בעמ' 114-115.

122 ע"א 556/84 קומפני דה פריזיין נ' פלאטו שרון, פ"ד מ(2) 298, 299 (1986).

לגרום לעיוות דין, והפיצוי יהיה בדרך של הוצאות משפט, שלא יהיו תלויות בתוצאות ההליך המשפטי כולו¹²³.

הסטנדרט הקיים הוא מקל מדי ואינו מביא לאיזון נכון בין בעלי הדין. כלל הקובע כי גם אם סיכוייה קלושים לא תימחק התביעה על הסף, מביא לבזבוז זמנו של בית המשפט, שאין לו די זמן לדון בתיקים בהם קיימת עילת תביעה טובה או, לכל הפחות, סבירה. הכלל הקיים מתעלם גם מהנזק שתביעות סרק אלה גורמות לנתבעים השונים, שנאלצים להוציא כספים רבים על מנת להתגונן מתביעות אלה ולעתים להסכים לפשרות בלתי צודקות.

לפיכך, במקום הסטנדרט הקיים מוצע לקבוע סטנדרט מחמיר יותר, שיקשה על תובעים ועל עורכי הדין המגישים תביעות סרק¹²⁴. הסטנדרט המוצע יביא לסילוק על הסף בהיעדר עילה של תביעות חסרות סיכוי, אך גם לסילוק תביעות שסיכוייהן להצליח קלושים. אם לא נדרוש לפחות את זה מכתב תביעה, תביעות בלתי מוצדקות תמשכנה להציף את בתי המשפט ולגזול את זמנם היקר של השופטים.

לפיכך מוצע להחליף את הסטנדרט הקיים בסטנדרט מאוזן יותר: תביעה תימחק מחוסר עילה כאשר גם בהנחה שהאמור בכתב התביעה נכון, סביר להניח שבסופו של יום בית המשפט יקבע כי הוא לא עומד בסטנדרט הנדרש על פי הדין המהותי. הסטנדרט המוצע יאפשר המשך דיון בתביעות בהן קיימת אפשרות סבירה שבית המשפט יפסוק בסופו של הליך לטובת התובע. ברם, בניגוד למצב כיום, תביעות מסוימות שאינן חסרות סיכוי להצליח יסולקו על הסף בהיעדר עילה.

ישנה הצדקה מוסרית, בעיקר על פי תאוריה תועלתנית המתמקדת בתוצאה¹²⁵, לסלק על הסף גם תביעות שסיכוייהן להצליח גבוהים מאפס אך עדיין נמוכים מאוד, וזאת לאור ההוצאות הגבוהות לחברה בניהול הליך משפטי. כאשר הרף מועלה מעל קו האפס, לתביעות שיחצו את הרוביקון של סילוק על הסף יהיה סיכוי רב יותר להצליח ולכן גם תתיקיים הצדקה מערכתית להשקיע בהן זמן שיפוטי יקר¹²⁶.

חשוב להבהיר כי רשימה זו אינה מציעה לבתי המשפט להיכנס לשאלה הראייתית בשלב זה. הכוונה היא שבמקום לסלק על הסף רק תביעות שאין להן כל סיכוי להצליח, גם אם כל הנתען בכתב התביעה נכון עובדתית, מן הראוי לקבוע מבחן של סבירות: אם לאור האמור בכתב התביעה ובהנחה שכל האמור בה נכון, לא סביר שבית משפט יוכל לקבוע שהיא

123 ע"א 80/68 ברנח בע"מ נ' צור, פ"ד כב(2) 633 (1968).

124 הנחת המוצא כאן היא שכללים דיוניים נועדו לכוון את התנהגותם של פרטים או של עורכי דינם ויש להם השפעה רחבת היקף על אותם שחקנים. ראו לעניין זה אלון קלמנט ורועי שפירא "יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה" משפט ועסקים ז 75 (2007).

125 ראה התייחסות לנקודה זו להלן בעמ' 143-145.

126 לטיעון דומה ראו Keith N. Hylton, *When Should a Case Be Dismissed? The Economics of Pleading and Summary Judgment Standards*, 16 S.Ct. ECON. REV. 39 (2008).

עומדת בסטנדרט הנדרש על פי הדין המהותי, תימחק התביעה על הסף בהיעדר עילה¹²⁷. לשון אחר, על בית המשפט לבחון אם מנקודת מבט אובייקטיבית עולה כי ברור שהתובע לא צריך לזכות בתביעה. אף שהסטנדרט המוצע ברשימה זו הוא מקל בהשוואה לסטנדרט החדש שנקבע לאחרונה בארצות-הברית¹²⁸, די בסטנדרט המוצע כדי לאפשר לבית המשפט לסלק על הסף תביעות שעילתן חלשה ולא לדון בהן לגופן.

כמובן, המבחן המוצע פועל *ex ante*, על בסיס כתבי הטענות בלבד ולפני שמובאות הראיות בפני בית המשפט. ברור שיהיו מקרים שבהם *ex post*, לאחר מתן פסק דין או אפילו לאחר הצגת עיקר הראיות, יתברר כי לא היה מקום לדון בתביעות מסוימות לגופן. בתי המשפט צריכים להיזהר ממסיה "החכמה שבדיעבד", המכונה בספרות הזרה Hindsight Bias, המאפשרת לבית המשפט "לדעת" בדיעבד כי התביעה חסרת בסיס¹²⁹.

הסטנדרט המוצע מתחשב בצורך שלא להעמיד דרישות מחמירות מדי, בין היתר משום שאלה עלולות להטיל על הצדדים ועל בית-המשפט עומס-יתר בבירור הנושא המקדמי ואגב כך לפגוע בזכות הגישה לערכאות. בהמשך הרשימה נראה שהן תאוריות תלויות-תוצאה והן תאוריות תלויות-הליך מצביעות על כך שיש להחליף את הסטנדרט הקיים לסילוק תביעה מחוסר עילה בסטנדרט אחר, מחמיר יותר. הסטנדרט הקיים מעודד תובעים להגיש תביעות סרק או תביעות שעילתן לא נבדקה¹³⁰, מה שמביא לדיוני סרק ולהכבדה מיותרת על בתי המשפט. בהתחשב בכך שמדובר במחיקה ולא בדחייה, דהיינו שמחיקה מחמת היעדר עילה אינה יוצרת מעשה בית-דין והתובע אינו מנוע מלהגיש את תביעתו בשל אותה עילה מחדש¹³¹, אין מקום לסטנדרט כה מקל. לפיכך מוצע לתקן, בצוותא עם תיקון דרישת הפירוט בכתבי טענות, גם את המבחן למחיקה על הסף בהיעדר עילת תביעה.

127 כמובן אין הכוונה לומר שכל תביעה שנדחת בפסק דין סופי לא הייתה ראוי להידון לגופה מלכתחילה. ברור שתביעות רבות שנדחות בסופו של יום (*ex post*), נראות מלכתחילה (*ex ante*) תביעות בעלות סיכויי הצלחה סבירים. לכן רשימה זו מציעה לקבוע כי רק כאשר מראש נראה שלא סביר שבית המשפט יוכל לפסוק בסופו של יום לטובת התובע, אין זה ראוי לדון בתביעה לגופה.

128 ראו הדיון לעיל, בעמ' 125-128.

129 על היותם של שופטים חשופים ל-Hindsight Bias ראו למשל Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski & Andrew J. Wistrich, *Inside the Judicial Mind*, 80 CORNELL L. REV. 777, 802-803 (2001).

130 בהקשר של תביעות ייצוגיות נקבע בפסיקה כי הגשה מוקדמת של תביעה ייצוגית ללא בדיקה מתאימה של עילת התביעה עשויה להצביע על בעיה בהולמות הייצוג של התובע הייצוגי, ובמקרים המתאימים גם על חוסר תום לב. ראו למשל ת"א (ת"א) 417/94 טיבון ויל אחזקות בע"מ נ' דיצר (לא פורסם, 24.5.1995) (מפי השופט טלגם); ת"א (ת"א) 2205/04 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' אסטוריה אינווסטמנטס לימיטד (פורסם בנבו, 2005).

131 ראו למשל ע"א 2452/01 אורן נ' מגדל חברה לביטוח, פ"ד נח(1) 577 (2003).

על מנת למנוע כניסתן של תביעות סרק מן הפרוזדור אל הטרקלין המשפטי מצד אחד, ולהימנע ממחיקת תביעות בעלות עילת תביעה סבירה מצד אחר, יש לקבוע סטנדרט מאוזן בנושא הנטל המוטל על התובע בבקשה לסילוק על הסף. נטל שמצד אחד לא יפטור אותו מהחובה להציג פירוט עובדתי משמעותי בכתב התביעה, ומצד אחר לא יטיל עליו נטל כבד מדי.

3. הצדקות תאורטיות לסטנדרטים המוצעים

חלק זה של הרשימה בוחן את הסטנדרט המוצע על שני פניו באספקלריה של תאוריות נורמטיביות לבחינת כללים פרוצדורליים. בספרות מוכרות שתי דרכים נורמטיביות לנתח הגינות פרוצדורלית: האחת, לפי תאוריה תלוית-הליך (process-based), והשנייה, לפי תאוריה תלוית-תוצאה (outcome-based)¹³². בעוד שתאוריה תלוית-הליך בוחנת כלל דיוני בהתאם להגינותו כלפי המתדיינים, בלא קשר לתוצאה שאליה הוא מוביל, תאוריה תלוית-תוצאה בוחנת את הכלל הדיוני אך ורק בהתאם לאיכות התוצאה שאליה הוא מוביל¹³³. טול לדוגמה את הסוגיה של החלת הכלל של מעשה בית דין על מי שלא השתתף בהליך המקורי. הטיעון שמועלה בדרך כלל על ידי מלומדים המתייחסים לתאוריות תלויות-הליך בנסיבות אלה מתייחס לכבוד האדם או לחוק הטבע, לפיו אין לחייב אנשים לפעול בהתאם לפסק דין, כאשר הם לא היו צד להליך ולא הייתה להם שליטה על התנהלותו¹³⁴. מנגד, מלומדים מתייחסים לתאוריות תלויות-תוצאה כאשר הם טוענים כי החלת הכלל של מעשה בית דין על מי שלא היה בעל דין בהליך המקורי מחייבת את אותם מתדיינים לשאת בסיכון שהתוצאה תהיה מעוותת, מפני שבעלי הדין שניהלו את ההליך יוצגו באופן בלתי ראוי או שלא השקיעו די משאבים בניהול התביעה¹³⁵. תאוריות תלויות-תוצאה מתמצות על פי רוב בשאלת הדיוק: דהיינו באיזו מידה הכלל הדיוני יביא ליישום מדויק של הדין המהותי

- 132 ראה למשל Robert S. Summers, *Evaluating and Improving Legal Processes – A Plea for “Process Values”*, 60 CORNELL L. REV. 1, 2-4 (1974).
- 133 לקריאה נוספת אודות ההבחנה בין תאוריה תלוית-תוצאה לבין תאוריה תלוית-הליך, ראו למשל Robert G. Bone, *Agreeing to Fair Process: The Problem with Contractarian Theories of Procedural Fairness*, 83 B.U. L. REV. 485, 508-516 (2003).
- 134 ראו למשל Roger H. Trngsrud, *Mass Trials in Mass Tort Cases: A Dissent*, 1989 U. ILL. L. REV. 69, 74-76, 82-83, 87-88 (1989) שם טוען המחבר כי תביעות המוניות בנוזיקין מהוות פגיעה באוטונומיית הפרט של אותם נפגעים. התאוריה תלוית-הליך הידועה מכולן מסתמכת על האידיאל הקאנטיאני של כיבוד הזולת. ראו לעניין זה למשל LAURENCE H. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 10-6, 10-7 (2nd ed. 1988).
- 135 ראו למשל Stephen J. Spurr, *An Economic Analysis of Collateral Estoppel*, 11 INT’L REV. L. & ECON. 47 (1991).

הרלוונטי על עובדות המקרה, או, במילים אחרות, האם ובאיזו מידה הכלל מביא לתוצאה נכונה או מה הסיכוי שהכלל הדיוני גורם לטעות של בית המשפט במקרים ספציפיים. כפי שנראה להלן, מנקודת המבט של שני סוגי התאוריות הללו, הסטנדרט המוצע על שני ראשיו הוא סטנדרט ראוי. הואיל וכאמור מדובר למעשה בשני פנים של אותו סטנדרט, נבחן את שני הסטנדרטים במאוחד.

(א) תאוריה תלוית-הליך (הגינות)

לפי תאוריה תלוית-הליך המתמקדת בהגינות ההליך¹³⁶, ביחס לנתבעים הסטנדרט מאפשר להם לדעת במה בדיוק הם "מואשמים" בכתב התביעה, ולכן גם מאפשר להם להתגונן בצורה טובה יותר. כמו כן, הוא מאפשר להם להימנע מלשאת בנטל ההגנה מפני התביעה כאשר התובע לא טרח לפרט את העובדות כדבעי, ולמעשה לא הראה מדוע על הנתבע לשאת בנטל להתגונן בפני התביעה¹³⁷. הסטנדרט הגון גם כלפי תובעים, הואיל והוא מחייב את הנתבעים לפרט באופן פוזיטיבי את גרסתם ולא מאפשר להסתפק בהכחשות סתמיות.

אכן, מנקודת המבט של תובעים, אין חולק שהסטנדרט המוצע יקשה עליהם לעבור את משוכת הבקשות לסילוק על הסף, בפרט בתביעות בהן המידע הרלוונטי נמצא ברשותו של הנתבע ולתובע אין כל גישה אליו. לכן ניתן לכאורה לטעון כי סילוק תביעה כאשר לתובע אין יכולת להשיג את המידע הנדרש על מנת לעבור את משוכת הסילוק על הסף אינה הוגנת. כמו כן ניתן לטעון כי הסטנדרט המוצע עלול, במקרים מסוימים, לשלול מתובע את יומו בבית המשפט, גם כאשר תביעתו מוצדקת¹³⁸. טיעון זה מעלה כמובן טיעון נגדי: האם זה הוגן להטיל על נתבע לשאת בנטל להגן מפני תביעות חסרות עילה? כאמור, זכות הגישה לבית המשפט אינה זכות מוחלטת, וניתן להגביל אותה למטרה ראויה כל עוד ההגבלה אינה עולה על הנדרש להשגת המטרה. הסטנדרט המוצע אינו מגביל באופן בלתי סביר את זכות הגישה לערכאות, ועושה זאת למטרות ראויות – הפחתת העומס על בתי המשפט, הפחתת

136 לעניין ערכה של הגינות ההליך כחלק מהצדק הפרוצדורלי ראו למשל בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491, 502 (1994).

137 בתי המשפט בארצות-הברית התייחסו לא פעם לכלל הפרוצדורלי בדבר הפירוט הנדרש (כלל 8 לכללי הפרוצדורה הפדרלית) ככלל שנועד להבטיח הגינות בסיסית לנתבעים. ראו למשל United States ex rel. Snapp, Inc. v. Ford Motor Co., 532 F.3d 496, 503 (6th Cir. 2008).

138 ניתן בהחלט לבקר את האידאל של "יומו בבית המשפט" ולשאול מהו היקפו הראוי, אם מן הראוי לשמר אותו וכדומה. ראו לעניין זה למשל Robert G. Bone, *Rethinking the "Day in Court" Ideal and Nonparty Preclusion*, 67 N.Y.U. L. Rev. 193, 264-269 (1992).

הנטל המוטל על נתבעים שנתבעים שלא בצדק, והנטל גם על תובעים שעילתם טובה ונאלצים לחכות כיום ליומם בבית המשפט משך זמן רב¹³⁹.

(ב) תאוריה תלוית-תוצאה

להבדיל מהפסקה הקודמת, הדנה בתאוריה תלוית-הליך, כאן ההתמקדות היא בזכות לקבל את המגיע לתובע (תוצאה) בסיומו של ההליך.

הסטנדרט המוצע יביא להעברת מידע רב ומדויק יותר לבית המשפט, וכתוצאה מכך הכרעתו תהיה מדויקת יותר. לפי תאוריה תלוית-תוצאה, הסטנדרט המוצע יביא לסילוק על הסף של תביעות ללא עילת תביעה של ממש. באופן כזה ייחסך זמן שיפוטי יקר כמו גם ממון רב לנתבע¹⁴⁰. אחת התאוריות הבולטות לבחינת תוצאה של כלל משפטי היא התאוריה התועלתנית. לפי תאוריה זו כלל אופטימלי הוא כלל הממקסם את היתרון החברתי המצרפי המצופה ו/או מקטין את סך ההוצאות הצפויות לחברה¹⁴¹. העלות המצרפית לחברה של כלל דיוני היא העלות האדמיניסטרטיבית של יישום הכלל בתוספת העלות של טעות ביישומו¹⁴². טעות ביישום הכלל יכולה להיות במקרה זה סילוק תביעות בעלות עילה טובה או דחיית בקשות לסלק תביעות חסרות עילה. כידוע, תוחלת העלות המצרפית תלויה במכפלת העלות שתיגרם בסיכוי להתרחשותה. לכן ברור כי אין הגיון לבחון את הסטנדרט המוצע אך ורק על בסיס השאלה אם הוא יביא לסילוק תביעות מוצדקות. גם אם הסטנדרט המוצע יגרום לסילוק מספר מצומצם של תביעות כאלה, עדיין ייתכן מאוד שמן הפן המערכתי הסטנדרט המוצע יביא לתוצאה אופטימלית ברמה החברתית המצרפית¹⁴³.

139 לגבי נטל זה ראו למשל מאמריהם של דויטש ושל קנטור, לעיל ה"ש 96.
140 מנקודת מבט רחבה יותר של כלל הציבור, החלת סטנדרט מחמיר יותר תביא להפחתה בהגשתן של תביעות לא מוצדקות בעתיד.

141 זהו יישום של עקרון היעילות של קלדור-היקס. לקריאה נוספת אודות עקרון זה ראו למשל RICHARD A. POSNER, THE ECONOMICS OF JUSTICE 60-76 (1983); Allan M. Feldman, *Kaldor-Hicks Compensation*, in 2 THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW 417 (Peter Newman ed., 1998); Richard Craswell, *The Two Economic Theories of Enforcing Promises*, in THE THEORY OF CONTRACT LAW: NEW ESSAYS 20 (Peter Benson ed., 2001).

142 ראו לעניין זה למשל ROBERT G. BONE, THE ECONOMICS OF CIVIL PROCEDURE 125-149 (2003).

143 לכן, גם אם נניח שהנזק שנגרם כתוצאה ממחיקת תביעה מוצדקת הוא X, הנזק הנגרם מדחיית בקשה למחיקה על הסף של תביעה חסרת עילה הוא Y ו- $X > Y$, וכיום יש 1000 התרחשויות של Y והתרחשות אחת של אירוע X בשנה, הרי שהנזק המצרפי לשנה הוא $Y * 1000 + X$. בהנחה שמספר ההתרחשויות של אירוע X לפי המבחן המוצע יגדל לחמישה מקרים בשנה, ולעומת זאת מספר ההתרחשויות של אירוע Y יפחת משמעותית, למשל מ-1000 ל-100, העלות המצרפית של הכלל תהיה $5 * X + 100 * Y$. בהנחה שהפער בין X ל-Y הוא לא כביר, הרי

גם אם נבחן את הסוגיה מנקודת מבט שונה, אינדיווידואלית, המבוססת על הגנה על זכויות פרטים ולא על התועלת המצרפית לכלל החברה, יש טעם לאמץ את הסטנדרט המוצע¹⁴⁴. הטענה שיכולה לעלות בהקשר של זכויות הפרט היא שסטנדרט פירוט מחמיר יחסית עלול למנוע מתובעים אינדיווידואליים, להם עילה בת קיימא, מלקבל את המגיע להם לפי הדין המהותי. ברם לא די בכך שתובעים מסוימים יהיו מנועים במקרים חריגים מלקבל את המגיע להם בהתאם לזכויותיהם המהותיות כדי לפסול סטנדרט פירוט מחמיר יותר. יש לבחון את הסוגיה גם מנקודת מבטם של הנתבעים, שאינם צריכים לשאת בחבות אלא בנסיבות הקבועות בחוק המהותי¹⁴⁵. כמו כן, יש לשקול את הדבר מנקודת מבטם של תובעים בתיקים אחרים, להם יש עילת תביעה טובה אך היא איננה נדונה בשל העומס הרב המוטל על בתי המשפט.

עולה אפוא שאף אם נגרם עוול לתובעת בעלת עילה טובה שנמנע ממנה לקבל את המגיע לה, עוול מוסרי מתקיים גם כאשר נתבעת נאלצת להתגונן בבית משפט מתביעה

שמבחינה מצרפית החברה תצא נשכרת מאימוץ הכלל הדיוני המוצע, שיפחית משמעותית את מספר ההתרחשויות של אירוע Y, גם אם יביא לעליה מסוימת במספר ההתרחשויות של אירוע X. לעניין הפער בין X ל-Y, גם אם הראשון עולה על השני אין מדובר בפער משמעותי. כאמור, רשימה זו אינה מציעה לדחות את התביעה על הסף אלא למחוק אותה, על כן הנזק שייגרם לתובע שתביעתו תימחק על הסף שלא בצדק אינו משמעותי, וכלל לא בטוח שהוא עולה על הנזק שגורם דיון לגופה של תביעה חסרת עילת תביעה.

144 לגבי תאוריה המתמקדת בזכות הפרט בבחינת כללים פרוצדורליים ראו למשל Ronald A. Dworkin, *Principle, Policy, Procedure, in A MATTER OF PRINCIPLE* 72 (1985).

145 טיעון זה מזכיר במידת מה טיעון הקשור לשאלת נטל ההוכחה המוצדק בתביעות פליליות, ולשאלה איזו משמעות צריכה להינתן לנטל ההוכחה בפלילים שלפיו יש להוכיח את האשמה מעל לכל ספק סביר. האם משמעות נטל זה היא שיש להוכיח את אשמת הנאשם ב-99%, ב-90%, ב-70%? אם נבחר באפשרות הראשונה ברור שנאשמים רבים שביצעו את העבירה יצאו לחופשי בגלל קשיי הוכחה. תוצאה זו היא בעייתית, וכפי שכותב הרנון בספרו, הצורך החיוני להגן על החברה אינו מאפשר התחשבות בלתי מוגבלת בספקות. "שום בר דעת לא יאמר כי מוטב שמליון פושעים יימלטו מן הדין מאשר שאדם חף אחד יסבול סנקציה פלילית" (אליהו הרנון דיני ראיות 214 (1985)). מנגד, אם נבחר באופציה השלישית, אמנם פחות אשמים יצאו לחופשי, אך חפים מפשע רבים ירצו עונשי מאסר על לא עוול בכפם. גם עם תוצאה זו הציבור לא יוכל להשלים. כפי שכתב הרמב"ם: "יותר טוב ויותר רצוי לפטור אלף חוטאים, מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים" (הרמב"ם ספר המצוות כרך א' לא תעשה, מצווה ר"צ, שא (מרדכי רבינוביץ עורך, הרב יוסף קפאח מתרגם, תשי"ח)). עדיין, גם מי שגורס כי מוסרית עדיף לשחרר עשרות ומאות עבריינים על מנת שלא להרשע חף מפשע אחד, לא בהכרח יחזיק באותה עמדה כאשר היחס יגדל, למשל ל-10,000:1. בהחלט ניתן לטעון כי מנקודת מבט חברתית, הנזק שייגרם לציבור משחרורם של 10,000 עבריינים כבד יותר מהנזק שייגרם אם חף מפשע אחד יורשע בדין. לכן כאשר נקבע נטל ההוכחה בפלילים, כמו גם הסטנדרטים שנדרשים ברשימה זו, יש להביא בחשבון שיקולים מנוגדים ולא להסתפק בשיקולים הנוגעים לצד אחד במשוואה – שלא תיפגע זכות הגישה לערכאות.

מופרכת, שהוגשה על מנת לנסות ולכפות עליה פשרה בלתי ראויה¹⁴⁶. לכן ברור כי גם מנקודת מבט של תאוריה פרוצדורלית הבוחנת את הכלל באספקלריה של זכויות, סטנדרט פירוט ראוי חייב להגן הן על התובעים והן על הנתבעים, ולא להסתפק בהגנה על זכות הגישה לערכאות¹⁴⁷.

גם אם הסטנדרט המוצע יביא, במקרים יוצאי דופן, למחיקת תביעה מוצדקת על הסף, זהו מחיר שכדאי לחברה לשלם על מנת להימנע מהצפת בתי המשפט, על כל הנובע מכך. יתרה מזאת, מדובר במחיקת תביעה על הסף ולא בדחייתה. לכן במקרים המתאימים יוכל תובע שתביעתו נמחקה בשל היעדר עילה להגיש את התביעה מחדש, לאחר שיבצע בדיקה מעמיקה יותר של המצב העובדתי ויתקן את כתב התביעה בהתאם. אכן, לאותו תובע ייגרם נזק כספי בשל הצורך לשלם אגרה מחדש ואולי גם הוצאות משפט, אך נזק זה אינו כבד דיו כדי להצדיק את השארת הסטנדרט המקל הקיים כיום.

ה. סוף דבר

כמו בארצות־הברית, גם בישראל נדמה שהגיע הזמן לשנות את הסטנדרט לפירוט העובדתי הנדרש בכתבי טענות ואת הסטנדרט למחיקת תביעה על הסף בהיעדר עילה. תקנות סדר הדין האזרחי הותקנו לפני שנות דור ומאז נשתנה נוף ההתדיינות בישראל. השינוי הוא הן מבחינת נפח התביעות המוגשות לבתי המשפט והן מבחינת טיב התביעות שהפכו מורכבות יותר¹⁴⁸.

146 תופעה זו בולטת במיוחד בתביעות ייצוגיות וכתבו עליה בעבר משפטנים אמריקנים בולטים. ראו למשל *In re Rhone-Poulenc Rorer Inc.*, 51 F.3d 1293, 1298-1300 (7th Cir. 1995) (Judge Posner); *In re Bridgestone/Firestone Tires Prods. Liab. Litig.*, 288 F.3d 1012 (7th Cir. Ind. 2002); *West v. Prudential Sec., Inc.*, 282 F.3d 935, 937 (7th Cir. 2002) (Judge Easterbrook); HENRY J. FRIENDLY, *FEDERAL JURISDICTION: A GENERAL VIEW* 120 (1973).

147 אכן, מבחינה תוצאתית לא מדובר בעוול זהה. בעוד שתובע שממנו נמנעת הגישה לבית המשפט מפסיד את זכותו באופן ודאי, נתבע אשר נתבע על לא עוול בכפו יכול, במקרים רבים, להוכיח את צדקתו ולזכות בתביעה שהוגשה נגדו. עם זאת מן הראוי לשקול את האפשרות שבמקרים שבהם על אף שעילת התביעה אינה מבוססת בית המשפט מקדם הסכמי פשרה (למשל על מנת לחסוך זמן שיפוטי), הלכה למעשה ההבדל המוזכר מתאיין.

148 מורכבותן של חלק גדול והולך מן התביעות המוגשות לבתי המשפט הביאה גורמים מסוימים לטעון שמן הראוי למנות שופטים מקצועיים, אשר יוכלו להתמודד בצורה טובה יותר עם תביעות מסובכות במיוחד. תזכיר חוק שהציע יו"ר הרשות לניירות ערך, פרופ' זוהר גושן, מציג להקים בית משפט כלכלי בבית המשפט המחוזי בתל אביב. ראו לעניין זה בחוק בתי המשפט (תיקון מס' 59), תש"ע-2010, שבאמצעותו הוקמה מחלקה כלכלית בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו. בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב לעניין זה שמטרת החוק היא "ליעל

בבסיסם של כללי הפרוצדורה הקיימים, כמו בבסיס הפסיקה שפירשה אותם, עמדה ההנחה שהסיכון הגדול בליטיגציה האזרחית בישראל נובע מסילוק על הסף של תביעות שבהמשך עשויות להתברר כמוצדקות. כיום, לאור המסה הגדולה של התביעות המציפות את בתי המשפט ולאור ההשלכות שיש לעומס זה על כלל ה"לקוחות" של בתי המשפט, נדמה ש"מאזן הנוחות" השתנה. הסיכון הטמון בתביעות סרק גדול כיום הרבה יותר מאשר הסיכון שמספר לא משמעותי של תביעות בעלות עילת תביעה טובה תימחקנה בעודן באיבן. במצב הנוכחי של מערכת המשפט אין לאפשר לתביעות סרק להתדיין עד בלי די. אם מקבלים את הטענה שהעומס על בתי המשפט גורם עינוי דין חמור למתדיינים ואגב כך פוגע בצדק ובכללי הגינות דיונית, אין מנוס מן המסקנה שחייבים לשנות את הסטנדרטים הקיימים. יש צורך לכייל מחדש את המאזניים ולקבוע סטנדרטים חדשים שיביאו בחשבון את המצב הקיים כיום. לכן ההצעה שהוצעה בשנות השמונים של המאה הקודמת, מחויבת המציאות כיום עוד יותר מאז.

הנחת היסוד היא שהתדיינות בבית משפט נושאת בחובה עלויות כבדות הן למדינה הן לצדדים. לכן יציאה מן הפרוודור אל הטרקלין המשפטי היא מוצדקת רק אם קיים, לכל הפחות, ביטחון מסוים שההשקעה הגדולה בניהול ההליך היא מוצדקת בנסיבות העניין וכי יש לתביעה סיכויים סבירים להצליח. "סבירות" זו איננה מטילה נטל כבד מדי על התובעים. מדובר בסבירות שלילית, דהיינו שאם לאור האמור בכתבי הטענות לא סביר שבית משפט יוכל לקבוע, בסופו של ההליך, שהתביעה עומדת בסטנדרט הנדרש על פי הדין המהותי, תימחק התביעה על הסף בהיעדר עילה. כפי שהראיתי, סטנדרט זה מוצדק הן על בסיס תאוריות פרוצדורליות של הגינות דיונית והן על בסיס תאוריות המתמקדות בתוצאה. יתרה מזאת, סטנדרט דומה אומץ זה מכבר בחקיקה ובעיקר בפסיקה של בית המשפט העליון בארצות-הברית, על רקע מציאות דומה למציאות הקיימת בשיטת המשפט הישראלית. ההצדקות שעמדו בבסיס השינויים שנעשו, הן על ידי המחוקק והן על ידי בית המשפט העליון האמריקני, מתאימות במובנים רבים גם לשיטת המשפט הישראלית.

למעשה בתי משפט ומלומדים בישראל מציעים לעשות שימוש בעקרון תום הלב על מנת להרחיב את דרישת הפירוט בכתבי טענות. הגם שמגמת ההרחבה ראויה, ברשימה זו נטען כי מן הראוי לאמץ פתרון כללי ולשנות את המבחנים החלים כיום במקום לעשות שימוש בדוקטרינה "סובסטנטיבית" כמו תום הלב, שמטבעה היא נטע זר בדיני הפרוצדורה, ואין בה כדי לשנות באופן עקבי את דרישת הפירוט בכתבי טענות בכל סוגי ההליכים.

ולשכלל את האכיפה... בעניינים כלכליים" (הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 59) (סמכות בעניינים כלכליים), תש"ע-2010.