

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

רע"א 3312/04

כבוד השופט א' גרוניס

בפני :

1. אשורנס גנרל דה פרנס
2. י.מ. טוקטלי ובניו בע"מ (בפירוק)

המבקשות :

נ ג ד

הכונס הרשמי בתפקידו כמפרק בנק הצפון
אמריקה בע"מ

המשיב :

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בת"א-
יפו מיום 4.3.04 בבש"א 20528/03 שניתנה על ידי כבוד
השופטת ה' גרסטל

עו"ד ש' זינגר

בשם המבקשות :

עו"ד מ' קפלנסקי

בשם המשיב :

פסק-דין

1. האם רשאי נתבע בהליך אזרחי להעלות טענה מקבילה לטענה המוכרת בפלילים כ"אין להשיב לאשמה"? זו השאלה העיקרית המתעוררת בבקשת רשות הערעור שבפנינו. בצידה מתעוררות שאלות נוספות באשר לדרך הראויה שיש לילך בה עת מורה בית המשפט בקדם משפט על הגשת תצהירי חקירה ראשית. החלטתי לדון בבקשה כאילו ניתנה רשות והוגש ערעור על פיה.

רקע עובדתי, ההליך בבית משפט קמא והבקשה

2. המבקשות הן חברת ביטוח וסוכנות הביטוח המייצגת אותה. המשיב הוא מפרקו של בנק צפון אמריקה בע"מ (להלן - הבנק). אין חולק כי הבנק היה מבוטח על ידי המבקשת 1 בפוליסת ביטוח בנקאי שכיסתה, בין היתר, נזקים כתוצאה ממעשי מירמה של עובדים. מועד סיומה של הפוליסה היה יום 7.8.85. לבנק נגרמו נזקים כספיים בהיקף ניכר עקב מעשי מירמה

וזיוף שבוצעו על ידי מספר עובדים בכירים, ששימשו אף כדירקטורים בבנק (פרשה זו נדונה בע"א 610/94 בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי בתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה, פ"ד נז(4) (289). לאחר שביום 14.8.85 נתפס הבנק על ידי בנק ישראל, שלח הבנק ביום 16.8.85 הודעה למבקשות ובה התריע על גילוי אי הסדרים ועל החשש למעילה. ביום 19.8.85 הודיעה המבקשת 2 לבנק כי הכיסוי הביטוחי הסתיים ביום 7.8.85 ועל כן הנזקים האמורים אינם מכוסים על ידי הפוליסה. באי כוחו של הבנק הגיבו במכתב מיום 29.7.86 בו הביעו את עמדתם כי היות שהנזקים התרחשו בתוך תקופת הביטוח, הרי הם מכוסים במסגרת פוליסת הביטוח של הבנק. בשנת 1989 הגיש המשיב לבית המשפט המחוזי בתל אביב תביעה נגד המבקשות לכיסוי הנזקים שנגרמו לבנק עקב אי הסדרים האמורים. סכום התביעה נכון ליום הגשתה עמד על כ-83 מיליון ש"ח (לטענת המשיב, מגיע סכום זה לסך של כ-552 מיליון ש"ח, נכון לחודש מאי 2004). עסקינן בהתרחשויות שאירעו במהלך קדם המשפט. שמיעת ההוכחות במשפט טרם החלה.

3. בית המשפט המחוזי (כבוד השופטת ה' גרסטל) החליט במסגרת קדם המשפט כי הדיון בתובענה יפוצל וכי תחילה תידון השאלה בדבר תחולתו של הכיסוי הביטוחי. לעניין זה ציווה בית משפט קמא על התובע-המשיב להגיש תצהירי חקירה ראשית. ציווי מקביל לא הושת על הנתבעות-המבקשות (הואיל ובהמשך נעסוק בהליך בערכאה הדיונית, ייעשה שימוש במונחים של אותה ערכאה לגבי בעלי הדין). משהוגש תצהיר מטעם התובע, הכולל נספחים רבים, הגישו הנתבעות בקשה לדחיית התביעה ולחלופין לצוות על מחיקה של סעיפים שונים בתצהיר. יצוין, כי התובע הודיע שאין בכוונתו להביא ראיות אחרות בנוסף לתצהיר. שתי טענות הועלו בבקשה לעניין דחיית התביעה. האחת, שפוליסת הביטוח עליה מבוססת התביעה הינה פוליסה מסוג Discovery. היינו, פוליסה שבגדרה אין די בכך שהנזק המכוסה על ידי הפוליסה ארע תוך תקופת הביטוח, אלא עליו להתגלות במהלך תקופה זו. הנתבעות טענו, כי מהתצהיר שהוגש על ידי התובע לא עולה כי הנזק נתגלה בתוך תקופת הביטוח, כפי שנדרש בפוליסת Discovery. זאת, שכן בתצהיר מצוין כי מועד תום תקופת הפוליסה היה ביום 7.8.85 ואילו מועד ההודעה למבקשות היה, כאמור, ביום 16.8.85. התובע טען בתגובה, כי השאלה האם פוליסת הביטוח הינה מסוג Discovery הינה שאלה עובדתית השנויה במחלוקת בין בעלי הדין, ואין לדחות את התביעה בטרם התבררה סוגיה זו. עוד טען התובע (טענה שהופיעה גם בתצהיר), כי ההודעה לנתבעות על התרחשות הנזק נמסרה בתוך 30 ימים מגילוי, כפי שנדרש על פי הפוליסה. הטענה האחרת של הנתבעות, שבהסתמך עליה הן גרסו כי התצהיר אינו מגלה עילת תביעה נגדן, הייתה כי הפוליסה כוללת חריג ולפיו אין היא מכסה נזקים שנגרמו לבנק על ידי דירקטורים בו, כפי שאירע במקרה דנא. לטענת הנתבעות, משנגרמו הנזקים על ידי אישים ששימשו כדירקטורים בבנק, הנטל הוא על התובע להוכיח כי החריג לתחולת הפוליסה איננו מתקיים. נטל זה, כך לטענת הנתבעות, איננו מורם בתצהיר ועל כן אף מטעם זה יש לדחות את

התביעה. טענת התובע בהקשר זה הייתה כי אף אם הנזקים נגרמו על ידי אישים שכיחנו כדירקטורים בבנק, הרי אותם אישים שימשו גם כעובדים והנזק שגרמו לו היה תחת כובעם זה, ועל כן הוא מכוסה במסגרת הפוליסה. עוד העלו הנתבעות טענות שונות כנגד קבילותם של חלקים מהתצהיר, המהווים לשיטתן עדות שמיעה ואינם מבוססים על ידיעה אישית של המצהיר מטעם התובע.

4. בקשתן של הנתבעות לדחיית התביעה לא נתקבלה על ידי בית משפט קמא. נקבע, כי על אף שמרבית המסמכים אשר צורפו לתצהיר מטעם התובע לא נערכו על ידי המצהיר עצמו או על ידי התובע, קבילים המסמכים כראיה לעצם קיומם. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי את אמיתות תוכנם של המסמכים הללו יוכל התובע לנסות ולהוכיח באמצעות עדי הנתבעות או בדרכים לגיטימיות אחרות. עוד קבע בית המשפט, כי שאלות הקבילות והמשקל יוכרעו בסוף ההליך. עתה, בבקשת רשות הערעור הגבילו עצמן הנתבעות לטענה אחת ויחידה לפיה גם אם כל האמור בתצהיר שהוגש על ידי התובע הינו אמת, אין באמור בו כדי לתמוך בכל רכיביה של עילת התביעה. במילים אחרות, הנתבעות גורסות כי התביעה לא הוכחה על פי הראיות, היינו התצהיר מטעם התובע, ועל כן יש לדחותה. המיוחד בטענה הינו השלב בו היא הועלתה. כאמור, בפני הערכאה הדיונית הונח תצהיר מטעם התובע, שהינו תחליף לחקירה ראשית על דוכן העדים. המצהיר טרם נחקר בחקירה נגדית. נשוב ונזכיר, כי התובע הודיע שאינו מתכוון להביא ראיות אחרות בנוסף לתצהיר. הנתבעות עדיין לא הניחו תצהיר כלשהו בפני בית המשפט. למעשה, הערכאה הדיונית עדיין לא הורתה לנתבעות להגיש תצהירים. הסיטואציה דומה, אם כן, לזו המתרחשת בהליך פלילי שעה שנאשם טוען בסיום פרשת התביעה, כי אין עליו להשיב על האשמה. יש לזכור, כי בהליך שבפני בית משפט קמא הועלתה הטענה בשלב קדם המשפט ולא לאחר שהתובע סיים להביא ראיות בגדר שלב ההוכחות. מכל מקום, ברי כי אם המקבילה לטענה זו בפלילים אינה קיימת בהליך אזרחי, ממילא דינה של הבקשה לרשות ערעור להידחות. יצוין, כי בעבר היה דימיון רב יותר בין הליך אזרחי להליך פלילי. עם זאת, עוסקים אנו בהליך אזרחי כפי שהוא מתנהל בימינו אנו. נתייחס תחילה בקצרה לשינויים שחלו בהליכים אזרחיים בעשרות השנים האחרונות, שכן אותם שינויים אפשר שישפיעו על השאלה שהצגנו בפתחו של פסק הדין.

קדם משפט ותצהירי עדות ראשית במסגרתו

5. בעבר נחלק ההליך האזרחי לשלושה שלבים: כתבי הטענות, ההוכחות ופסק הדין. לא היה קיים שלב ביניים בין הגשתם של כתבי הטענות לבין שמיעת ההוכחות. השלב השני, הוא שלב ההוכחות, התנהל באופן הקבוע בתקנה 158(א)(1) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן - תקנות סדר הדין האזרחי או התקנות): התובע הביא את עדיו, אשר העידו

בחקירה ראשית ולאחר מכן בחקירה נגדית (והתובע רשאי היה לחקור עדיו בחקירה חוזרת). עם סיום פרשת התביעה היה הנתבע מביא את עדיו שלו והללו היו נחקרים על פי אותו סדר, היינו חקירה ראשית ולאחריה חקירה נגדית (וחקירה חוזרת). הסדר האמור, תובע תחילה ונתבע בעקבותיו, היה מתהפך באותם מקרים בהם נטל השכנוע הוטל על הנתבע (ראו תקנה 159 לתקנות סדר הדין האזרחי). אלה הם מקרים חריגים ואין לנו צורך לעסוק בהם. הנתבע יכול היה, כמובן, להימנע מהבאת ראיות. במקרה כזה היה על בית המשפט ליתן את פסק דינו אך על סמך ראיות התביעה. השינוי הגדול, אליו נתייחס בהמשך, אירע משנפתח פתח להבאתה של החקירה הראשית באמצעות תצהיר, תחת חקירה בבית המשפט.

אחת ההתפתחויות החשובות ביותר בהליכים אזרחיים בדורות האחרונים הייתה מיסודו של שלב נוסף וחדש, שבא בין כתבי הטענות לבין ההוכחות. השלב האמור הוא השלב של קדם המשפט (לגבי קדם המשפט כיחידת דיון עצמאית בגדרו של המשפט, ראו רע"א 288/89 אושיות חברה לביטוח בע"מ נ' כהן, פ"ד מג(4) 434 והדיון הנוסף שבא בעקבותיו: דנ"א 21/89 כהן נ' אושיות חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(3) 499). שלב זה הוכר פורמלית בדין הישראלי בשנת 1963 (תקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג-1963, ק"ת 1477, עמ' 1869). קדם המשפט מיועד להשיג שלוש מטרות עיקריות: ראשית, צמצום והגדרה של המחלוקות שבין בעלי הדין; שנית, הכנה והערכות לשלב ההוכחות; שלישית, בחינה של האפשרות להביא הסכסוך לסיומו שלא על דרך פסק דין שיינתן במסלול הרגיל (השוו, ש' לוי תורת הפרוצדורה האזרחית - מבוא ועקרונות יסוד (תשנ"ט), 152-153). האפשרות שבעל דין יציג את העדויות הראשיות של העדים מטעמו באמצעות תצהירים לא הוכרה בתקנות סדר הדין האזרחי עד לשנת 1991. באותה שנה תוקנו תקנות סדר הדין האזרחי ונקבע במפורש כי בית המשפט רשאי לצוות על בעל דין "כי עד שיובא על ידו יקדים ויגיש תצהיר על עדותו..." (תיקון תקנה 143(5) והחלפת תקנה 168, כאמור בתקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 2), התשנ"א-1991). התיקון משנת 1991 הסמיך את בית המשפט ליתן הוראה בעניין הגשת תצהירים בקדם המשפט (עם תיקונה של תקנה 143(5)). התיקון האמור לא קבע דבר באשר לסדר הגשת התצהירים, היינו האם התצהירים מטעם התובע והנתבע יוגשו בעת ובעונה אחת או שיישמר הסדר המקובל במהלך ההוכחות - תחילה עדי התובע ולאחר מכן עדי הנתבע. בשנת 1996 הותקן תיקון נוסף של תקנות סדר הדין האזרחי ונקבע כי בית המשפט רשאי להורות שהתצהירים של בעלי הדין יוגשו במועד אחד, על אף האמור בתקנה 158 (תיקון תקנה 143(5) ותקנה 168(א), כאמור בתקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1996). לאחרונה נעשה תיקון נוסף בתקנות סדר הדין האזרחי, העוסק בחוות דעת של מומחים שלא בענייני רפואה (תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 3), התשס"ה-2005). מדובר לענייננו בהחלפה של תקנה 129. בהוראה החדשה נקבע, כי ככלל יש להגיש חוות דעת מומחה לא יאחר מהמועד שנקבע להגשת תצהירי עדות ראשית מטעמו של בעל הדין שמעוניין בהגשת חוות הדעת.

6. מה הסיבה למתן אפשרות זו של הגשת תצהירים תחת העדת העדים בחקירה ראשית על דוכן העדים? הטעם הראשון הוא חיסכון בזמן שיפוטי. הואיל ומשאב הזמן הינו המשאב היקר ביותר מבין המשאבים שמקדישה הרשות השופטת למילוי תפקידיה, יש היגיון מהיבט היעילות בצמצום הזמן המיועד לשמיעת עדים בפני בית המשפט. חיסכון זה מושג על ידי כך שהתצהיר בא במקום חקירה ראשית. נעיר, כי אפשר שחיסכון זה שכרו בהפסדו באופן חלקי, שכן ייתכן שאי עריכת חקירה ראשית בפני השופט תגרור חקירה נגדית ארוכה יותר. עוד נציין, כי עוסקים אנו בנושא אך מבחינת היעילות והחיסכון בזמן שיפוטי. לא נתייחס במקרה דנא להשלכות שעשויות להיות למהלך של הגשת תצהירים על מהימנות העדים ועל האפשרות להעריך את אמינותם. זו סוגיה חשובה, החורגת מגדרן של השאלות שהתעוררו בבקשה זו (ראו: רע"א 6283/93. דני חברה לבניין והשקעות בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד מח(1) 639 (להלן - פרשת T. דני), 642; י' זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית - 1995, בעריכת ש' לוי) (להלן - זוסמן 457). נעיר עם זאת, כי הפרקטיקה המקובלת של חיוב להגיש תצהירי חקירה ראשית כעניין שבשגרה, ראוי לה שתיבחן לאור הסוגיה האמורה. הטעם השני למתן האפשרות של הגשת תצהירים קושר אפשרות זו עם קדם המשפט. כיום, כאשר בחלק נכבד מן ההליכים האזרחיים הרגילים נערך קדם משפט, ניתנת ההוראה בעניין הגשת תצהירים במהלך קדם המשפט, ובמקרים מסוימים אף לקראת קדם המשפט. אם תצהיריהם של בעלי הדין נמצאים בפני השופט (או הרשם, שהוא אף שופט והכוונה בבית משפט מחוזי) הדין בקדם המשפט, עשוי הדבר לתרום להערכות יעילה יותר לקראת שמיעת ההוכחות. כן יש בכך כדי להגדיל את האפשרות שההליך יגיע לסיומו שלא על דרך פסק דין, שיינתן לאחר שמיעה מלאה. הטעם השלישי הוא, שהבאת הדברים באמצעות תצהיר מאפשרת הצגה סדורה ובהירה של גרסתו של העד. הדבר מקל הן על השופט בקדם המשפט והן על השופט השומע את ההוכחות. השופט השומע את העדים, שאינו בהכרח השופט שדן בקדם המשפט, יכול להתכונן בצורה יעילה יותר לשמיעת הראיות, שהרי מונחים בפניו תצהיריהם של העדים. יש בכך שינוי רב לעומת השיטה המסורתית בה השופט נחשף לגרסתם של העדים רק שעה שעולים הם על דוכן העדים. יוער, כי גם בתובענה שנפתחה על דרך המרצת פתיחה עשוי להתקיים קדם משפט (ראו, זוסמן, עמ' 455). אולם, כאשר עסקינן בהמרצת פתיחה מוגשים התצהירים של בעלי הדין, כמובן, בשלב הגשת כתבי הטענות, עוד לפני קדם המשפט, אם נערך (תקנות 255-256 לתקנות סדר הדין האזרחי). כן יש לזכור, כי בתובענה בבית המשפט לענייני משפחה ובתובענה בסדר דין מהיר מוטלת חובה על בעלי הדין לתמוך בתצהירים את כתבי הטענות עצמם (ראו תקנה 258ח ותקנה 214ג לתקנות סדר הדין האזרחי).

7. השינוי בהליכים האזרחיים בשיטתנו עם מיסודו של שלב קדם המשפט הביא לתפנית מסוימת בכל הנוגע למידת שליטתם של בעלי הדין על ההליך ביחס למידת מעורבותו של בית

המשפט. אחד המאפיינים החשובים של שיטה אדברסרית הוא שליטתם של בעלי הדין על התנהלותו של ההליך (ראו בהקשר זה התייחסות לשינויים שנכנסו לתוקף באנגליה בשנת 1999 עם קבלת הרפורמה בפרוצדורה האזרחית במסגרת ה - Civil Procedure Rules: Jolowicz, Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure 281,287 52 Int. & Comp. Law Q. (2003). אין צורך לומר שלבית המשפט מעורבות מינימלית בשלב הראשון של ההליך, הוא השלב של כתבי הטענות. אף בשלב בו נשמעות הראיות אין מצפים למעורבות רבה של השופט בהליך. כך למשל, רק במקרה נדיר יזמן בית המשפט מיוזמתו שלו עד על מנת שיעיד במשפט (ע"א 132,125/89 ר"ח עובדיה בלס נ' עיזבון רוזנברג, פ"ד מו(4) 441, 450-451 והאסמכתאות שם). עם זאת נראה, ששלב שמיעת הראיות מתנהל כיום בצורה לא מעט שונה ביחס למה שהיה נהוג לפני עשרות שנים. אף שלעניין שלב זה לא חלו שינויים משמעותיים בחקיקה, דומה שמעורבותו בפועל של בית המשפט בעת שמיעת העדים גדולה היא ממה שהיה נהוג בעבר. בעוד שבימים עברו מידת ההתערבות בחקירותיהם של העדים הייתה מצומצמת מאוד, הרי בימינו היא התרחבה ביחס לעבר. ואולם, השינוי הגדול במידת המעורבות מוצא ביטוי בשלב קדם המשפט. בשלב זה אמור השופט לאחוז במושכות. עליו לגלות יוזמה בקידום התיק, על רקע המטרות של קדם המשפט (פיסקה 5 לעיל). משמע, שלב קדם המשפט הינו בעל אופי אינקויזטורי, בניגוד לשני השלבים האחרים - כתבי הטענות ושמיעת הראיות - בהם הפך האדברסרי הוא המכריע (כללית, לוין, עמ' 126-128, 153-149). יוער, כי מעורבותו של השופט בקדם המשפט עשויה אף להביא לפתרון חלקי של אחת הבעיות הקשות בחלק מן הליכים אזרחיים והיא - פער הכוחות והמשאבים שבין המתדיינים (ראו תקנה 3(ב)(7) לתקנות בתי המשפט (מחלקה לניתוב תיקים בבתי המשפט ובבתי הדין לעבודה), התשס"ב-2002).

8. במקרה הנוכחי נצטווה התובע בלבד להגיש תצהירי חקירה ראשית. יש להניח שחיוב דומה היה מוטל על הנתבעות בישיבת קדם המשפט הבאה. הוראתו של בית המשפט היא שיצרה אפשרות כי הנתבעות יגישו בקשות מבקשות שונות עוד טרם חויבו הן להגיש תצהירי חקירה ראשית. אין זה ברור מדוע נקט בית המשפט דרך זו של פיצול, תוך שהורה אך לתובע להגיש את תצהיריהם של העדים מטעמו. נראה, כי הדרך העדיפה היא לצוות בהחלטה אחת על שני בעלי הדין להגיש תצהירי חקירה ראשית. אותם טעמים שצינו כהצדקה להגשתם של תצהירי חקירה ראשית, הם שמובילים למסקנה כי בדרך כלל יש לצוות בהחלטה אחת על שני בעלי הדין להגיש התצהירים. אם בית המשפט הולך בדרך זו, ימצאו בפניו בישיבת קדם המשפט הבאה התצהירים מטעמם של שני בעלי הדין. עובדה זו תעצים את יכולתו של בית המשפט לקדם את ההליך. מה התועלת בקיום ישיבה נוספת של קדם משפט כאשר נמצאים בפני

בית המשפט אך תצהיריהם של העדים מטעם התובע? ! במלים אחרות, מתחם המעורבות של בית המשפט בקדם המשפט מצטמצם מטבע הדברים, אם לא נמצאים בפניו תצהיריהם של עדי התובע ועדי הנתבע כאחד.

9. השאלה הנוספת היא, האם ההוראה בדבר הגשת תצהירים צריכה לקבוע מועדים מדורגים להגשת התצהירים - תחילה של עדי התובע ובעקבות זאת של עדי הנתבע - או שמא מועד אחד להגשת התצהירים על ידי כל בעלי הדין. דומה, שבמקרה הרגיל אין לקבוע מועד אחד, אלא מועד ראשון לתצהירי התובע ומועד מאוחר יותר לתצהיריהם מטעם הנתבע (השוו, פרשת T. דני, עמ' 643). הקביעה של מועדים מדורגים שומרת, ולו במידה מוגבלת, על סדר ההוכחות הרגיל - תובע תחילה ונתבע אחריו - ומאפשרת לנתבע להגיב בתצהיריו על הנאמר בתצהיריהם שהוגשו מטעמו של התובע. אפשרות זו עשויה להביא לכך שהדיון בקדם המשפט יהיה יעיל יותר וכן לחיסכון בזמן בעת שמיעת הראיות. יש, כמובן, לזכור כי בין אם מצוים בעלי הדין להגיש תצהיריהם על פי לוח זמנים מדורג ובין אם במועד אחד, קיימת סטייה מדרך ההתנהלות הקלאסית של ההוכחות, שכן התצהירים מטעם הנתבע מונחים בפני בית המשפט עוד לפני שנערכה חקירתם הנגדית של המצהירים מטעם התובע. לסיום סוגיה זו נעיר שלוש הערות: ראשית, בהחלט ייתכנו מקרים שנתונייהם המיוחדים יחייבו סטייה מן הכללים אותם הצגנו (באשר לאפשרות החריגה שיוגשו תצהירי עדות ראשית מסוימים מטעם הנתבע לאחר תום שמיעת עדי התובע, ראו רע"א 4249/98 סוויסה נ' הכשרת הישוב - חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נה(1) 515). שנית, לעתים אין העד שבעל הדין מבקש להעידו מסכים להגיש תצהיר. במקרים כאלה, ובהתאם לאמור בתקנה 168(ב) לתקנות, אין מנוס, כמובן, מלהמשיך וללכת בדרך המסורתית לפיה אף החקירה הראשית של אותו עד תישמע על דוכן העדים (ראו, רע"א 7685/97 רכאח נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ (לא פורסם)). נשאלת השאלה כיצד ינהג בית המשפט בקדם המשפט עת שמתברר לו כי חלק מעדי התובע אינם מוכנים להקדים וליתן תצהיר? האם במצב זה יש לפתוח בשלב ההוכחות בלא שהנתבע חויב להגיש את תצהירי עדיו, או שמא יש לחייב את הנתבע להגיש התצהירים אף שגרסתם של כל עדי התובע טרם נפרסה? נראה, כי החלופה השנייה הינה זו העדיפה. הטעם לכך הוא שקשה יהיה לקדם את ההליך בגדר קדם המשפט כל עוד מונחים בפני בית המשפט אך תצהירים של עדי התובע (שאמנם אינם כל עדיו, שהרי עד או עדים מסוימים סירבו ליתן תצהיר). ברור, כי על מנת שניתן יהיה לקיים קדם משפט יעיל ופורה רצוי שלמצער התצהירים של העדים - הן מטעם התובע והן מטעם הנתבע - אשר מוכנים ליתן תצהיר, יהיו בפני בית המשפט בקדם המשפט (אולם ראו, רע"א 4617/03 טמבור בע"מ נ' אטיאס (לא פורסם); רע"א 3247/04 מוסך ישראל טורס בע"מ נ' גדסי (לא פורסם)). יצוין, כי עשויים להיות מקרים בהם יהיה מקום לסטות מן האמור לעיל ולפטור את הנתבע מהגשת התצהירים מטעמו עד לשמיעת עדיו של התובע. כך למשל, מקום בו כל עדיו של התובע מסרבים להגיש תצהירים. מובן, כי מקרים אלו יהיו נדירים ויוצאי דופן. שלישית,

משמונחים תצהירי העדים בפני בית המשפט בקדם המשפט, מוגשות לעיתים בקשות מבקשות שונות ובהן טענות באשר לאמור בתצהירים. דוגמא אחת, והיא נדירה, הינה זו שעלתה במקרה דנא, קרי הטענה שאין על הנתבע "להשיב לאשמה". דוגמה אחרת ושכיחה היא הטענה, כי התצהיר או התצהירים כוללים עדות שמיעה. טענה מעין זו עלולה לפתוח פתח לדיונים ארוכים ומיותרים בקדם המשפט בשאלות צדדיות, שהיו נפתרות בזריזות ובקלות אילו הועלו במהלך רגיל של שמיעת ראיות. יש להקפיד, על כן, כי המהלך של הגשת תצהירים בגדרו של קדם המשפט לא יגרור סרבול יתר והתארכות מיותרת של קדם המשפט. עם זאת, ייתכן שהאפשרות הניתנת לבעל דין להגיש תצהירים תנוצל לרעה בצורה קיצונית, כך שחלק נכבד מן התצהיר או התצהירים יכללו חומר שלא יותר בגדרה של חקירה ראשית. אם כך פעל בעל הדין, אפשר שלא יהיה מנוס מלטפל בבעיה כבר בקדם המשפט על דרך מחיקת התצהירים או חלקים מתוכם.

10. לפני שנידרש לסוגיה של טענת אין להשיב ל"אשמה" בהליך אזרחי, ראוי להזכיר את הבעיה של מעמד התצהירים בקדם המשפט. בעבר נקבע כי הנחת התצהירים בתיק בית המשפט לפני שלב ההוכחות אינה הופכת את התצהירים לחלק מן הראיות (פרשת T. דני, עמ' 643; אולם ייתכן שלגבי סוגי עניינים מסוימים ייחשב שלב ההוכחות כאילו החל כבר בעת הנחת התצהיר או חוות הדעת בתיק בית המשפט: שם, עמ' 644, וכן רע"א 1619/93 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' טטרו, פ"ד מז(4) 89). הואיל והתצהירים טרם הפכו לחלק מחומר הראיות, רשאי בעל הדין שתצהיר כלשהו הוגש מטעמו למשוך חזרה את התצהיר. במקרה כזה יהיה על בית המשפט להתעלם מן התצהיר, שעה שיבוא ליתן את הכרעתו. מכל מקום, אף אם רשאי בעל דין לחזור בו מהבאתו של עד כאמור, ברי שעצם הצגתם של התצהירים במהלך קדם המשפט מאפשרת לבית המשפט להתייחס אליהם כבר בשלב זה. לא תהיה תועלת בקדם המשפט אם השופט או השופטת לא יהיו רשאים להסתמך על התצהירים על מנת להשיג את מטרותיו של קדם המשפט (וכן ראו פסקה 18 סיפא להלן).

טענת "אין להשיב לאשמה" בדיון אזרחי?

11. במקרה הנוכחי לא הונחו בפני בית המשפט תצהירים שניתנו על ידי עדיהם של שני בעלי הדין, אלא אך תצהירו של עד התביעה היחיד. יש להניח כי הנתבעות יבקשו להעיד עדים מטעמן אם התביעה לא תידחה על סמך הטענות שהעלו בבית משפט קמא ובפנינו. הערכאה הדיונית לא העמידה את הנתבעות בפני בחירה (election) כדלקמן: אם הינכן עומדות על הטענות לפיהן התביעה לא הוכחה ועל כן יש לדחותה, הרי דחייה של אותן טענות עשויה להביא לקבלת התביעה, שכן לא תוכלו עוד להביא ראיות מטעמכן. לשון אחר, לא נאמר לנתבעות כי עליהן להיות מודעות לכך שאם יטענו, לאחר שהונחו בפני בית המשפט ראיות התובע, כי התביעה לא הוכחה, לא יהיו עוד זכאיות להביא ראיות

מצידן הן. כפי שנראה בהמשך, אותה בחירה נהגת בדין האנגלי. בשלב זה יש להבהיר נקודה מסוימת שבעלי הדין לא נתנו עליה את הדעת; כוונתי להבחנה בין טענה שכתב התביעה אינו מגלה עילה לבין טענה דוגמת זו שהעלו הנתבעות, קרי שהתביעה לא הוכחה. המבחן לקיומה של עילת תביעה הינו זה: בהנחה שהתובע יוכיח את הנטען בכתב התביעה, האם יהא הוא זכאי לסעד שביקש (ע"א 109/49 חברה להנדסה ולתעשייה בע"מ נ' מזרח שירות לביטוח, פ"ד ה' 1585, ורבים אחרים בעקבותיו). שאלת קיומה של עילה אינה נוגעת ישירות להוכחות שיובאו במשפט. הבחינה של קיום עילה נעשית אך ורק על יסוד האמור בכתב התביעה. במקרים לא מעטים, פגם של העדר עילה ניתן לתיקון. הסיטואציה בה אנו דנים אינה עוסקת באמור בכתב התביעה, אלא כמה שנכתב בתצהיר או בתצהירים שהוגשו מטעם התובע, היינו בראיות שהובאו מטעמו. השיקולים האם להכיר במוסד מקביל לבקשה למחיקה בשל העדר עילה שונים הם כאשר עסקינן בשלב שלאחר ראיות התביעה, ובכך נעסוק בהמשך. כפי שאף נראה, אין הסדר בתקנות המתיר העלאת טענה כאמור עם סיום פרשת התביעה. נבחן עתה את המצב באנגליה ולאחר מכן נדון בשאלה האם יש להכיר במוסד במשפטנו האזרחי.

12. השאלה שהצגנו נבחנה באנגליה בפסק דין שניתן לפני כשנתיים (*Benham Limited v. Kythira Investments Ltd* [2003] EWCA Civ 1794 (להלן - פסק דין בנהם)). ההלכה באנגליה היא שרק במקרה נדיר ייזקק בית המשפט, לאחר שמיעת עדי התביעה, לטענה כי התובע לא הוכיח את תביעתו, בלא שיעמיד את הנתבע בפני הבחירה שלא להביא ראיות. במילים אחרות, הכלל הוא שהנתבע חייב להודיע כי אין הוא מביא ראיות, אם חפץ הוא להעלות טענה, לאחר שהעידו עדי התובע, כי התביעה לא הוכחה. למעשה, משמודיע הנתבע על בחירתו זו מסתיים שלב ההוכחות. במצב זה על בית המשפט לבחון את הראיות כפי שהוא עושה בכל הליך רגיל, עם סיום העדויות. משמע, בסיטואציה בה הנתבע נוטל סיכון ומודיע שלא יביא ראיות, לא ניתן עוד לערוך הקבלה למצב הדברים הקיים בהליך פלילי, שעה שבתום פרשת התביעה טוען הנאשם כי "אין להשיב לאשמה". בהליך הפלילי אין הנאשם חייב, וכלל לא עולה על הדעת לחייבו, לוותר על הבאת ראיות לאחר שמיעת עדי התביעה כתנאי להעלאת הטענה שיש לזכותו. לכלל האמור, הנוהג בתחום האזרחי באנגליה, קיים חריג המשמיע לנו שבמקרים יוצאי דופן, אם בכלל, ידון בית המשפט בטענה כי התביעה לא הוכחה בלא שיחייב את הנתבע להודיע כי לא יביא ראיות (בפסק הדין בנהם נעשה שימוש בלשון "rarely, if ever" לגבי האפשרות שבית המשפט בהליך אזרחי ללא חבר מושבעים יכריע בטענה, בלא שידרוש מן הנתבע לבחור שלא להביא ראיות. שם, פסקה 32 לפסק הדין). שלושה טעמים ניתנו באנגליה להלכה הנזכרת: הטעם הראשון הוא שהעלאת הטענה האמורה קוטעת את ההליך ומחייבת את בית המשפט להביע דעתו על הראיות שהוצגו על ידי צד אחד בלבד. אם בית המשפט לא העמיד את הנתבע בפני הבחירה הנזכרת וטענתו לדחיית התביעה נדחתה, יהא על השופט להידרש שוב למסכת הראיות שהביא התובע והפעם בסיומו של ההליך, לאחר שמיעת

פרשת ההגנה. יצוין, כי הטעם האמור אינו יפה להליכים פליליים המתנהלים בפני שופט וחבר מושבעים. טענה בפלילים שאין להשיב על האשמה תוכרע על ידי השופט היושב לדין. אם הטענה תתקבל יזוכה הנאשם. לעומת זאת, אם השופט ידחה את הטענה, יביא הנאשם את ראיותיו. הקביעה האם הנאשם זכאי או אשם נתונה בידי חבר המושבעים. כלומר, אין מדובר בגורם מכריע אחד אלא בגורמים נפרדים, השופט וחבר המושבעים (לעניין ההבחנה בין מצב בו ההליך מתקיים בפני חבר מושבעים למצב בו רק השופט דן בתיק ראו: *Alexander v. Phipson On Evidence* (15th ed., 2000) 207-; *Rayson* [1936] 1 K.B. 169, 178 (208)). הטעם השני שניתן באנגליה לכלל הנזכר הוא, שאם הערכאה הדיונית מקבלת את הטענה בהליך אזרחי ומחליטה לדחות את התביעה ולאחר מכן מתקבל הערעור, כרוך הדבר בבזבוז משאבים שיפוטיים שכן יהא צורך להחזיר את התיק לערכאה דלמטה ובדרך כלל לשופט אחר (ראו, פסק דין בנהם, פסקה 6 לפסק הדין). הטעם השלישי נוגע לכללים שבדיני ראיות. הלכה היא, הן באנגליה והן בארץ, שאי הבאת ראיה רלוונטית פועלת כנגד בעל הדין שאמור היה להביאה, במובן זה שיש במחדל כדי לחזק את ראיותיו של הצד שכנגד. הלכה זו יוצרת בעייתיות מיוחדת לגבי הנתבע, עת שעל בית המשפט לדון בטענתו כי התביעה לא הוכחה, מקום שהוא לא הביא ראיות (פסק דין בנהם, פסקאות 28-30).

כפי שניתן כבר לראות, חלק מן הטעמים שניתנו באנגליה לכלל לפיו על הנתבע לבחור באי הגשת ראיות מטעמו כתנאי להעלאת הטענה שהתביעה לא הוכחה, אינם רלוונטיים לארצנו. זאת, בין היתר, בשל כך ששיטת המושבעים איננה נוהגת במקומותינו ובשל כך שקבלתו של ערעור בסיטואציה הנזכרת לא תביא, דרך כלל, להחזרת התיק לשופט אחר בערכאה הדיונית (ראו: ע"פ 139/87 אלחמיד נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז הדרום, פ"ד מא(1) 660; ע"א 4199/99 חברת נרגו בע"מ נ' ד.ב. שרותי תיירות בע"מ (לא פורסם)). עם זאת, שיקולים אחרים מצדיקים לטעמנו שכלל דומה יחול בארץ, כפי שנסביר בהמשך.

13. השאלה האם ניתן להעלות בהליך אזרחי טענה מקבילה ל"אין להשיב לאשמה" התעוררה בארץ במקרים ספורים. בפסק דין קצרצר שניתן בתקופת המנדט על ידי בית המשפט המחוזי בתל אביב נקבע שטענה כאמור אינה מותרת (ע"א (ת"א) 146/41 נויטוך נ' ברויטמן, 1941-1942 T.A.L.R. 203). לאחר קום המדינה עלתה הסוגיה דרך אגב במספר מקרים ובית משפט זה הביע דעתו שטענה של "אין להשיב לאשמה" אינה מוכרת בהליכים אזרחיים (ד"נ 4/69 יצחק נוימן ובניו חברה לביטוח בע"מ נ' כהן, פ"ד כד(2) 229, 245-246 (השופט מ' לנדוי, שהיה בדעת מיעוט אך לא בנקודה זו), 260-261 (הנשיא ש' אגרנט); ע"א 1146/99 קופת חולים כללית נ' סולן, פ"ד נה(4) 898, 908-909 (השופט ט' שטרסברג-כהן)). דיון ממשי בשאלה האם ניתן להעלות את הטענה בהליך אזרחי נערך בפסק דין אחד, שניתן בבית

המשפט המחוזי בתל אביב (ע"א (ת"א) 441/86 טפליצקי נ' קרביץ, פ"מ תשמ"ח (2) 145). נקבע שם, כי אין הטענה מותרת במשפטנו בהליכים אזרחיים. נבחן תחילה את תקנות סדר הדין האזרחי ולאחר מכן נציג את שיקולי המדיניות לכאן ולכאן.

14. בתקנות סדר הדין האזרחי איננו מוצאים התייחסות לשאלה שבפנינו, קרי האם רשאי נתבע להעלות טענה שאין עליו להשיב ל"אשמה". תקנה 191 לתקנות מורה, כי בית המשפט רשאי ליתן פסק דין בכל שלב של הדיון "באחת התביעות שבתובענה או בחלק מהתביעה, וליתן את הסעד הנתבע, כולו או מקצתו, לאותה תביעה או לחלקה, או לסרב לתיתו, כל אימת שנראה לבית המשפט שאין בהמשך הדיון כדי לשנות את הממצאים לגבי העובדות המהותיות או לגבי השאלות העומדות להכרעה לענין התביעה או הסעד כאמור". האם תקנה זו מאפשרת לבית המשפט לדון בטענתו הנזכרת של נתבע? עונים אנו בשלילה לשאלה זו. תקנה 191 עוסקת במצב דברים בו תובענה כוללת עילות שונות או סעדים שונים. כאשר זה המצב, רשאי בית המשפט ליתן פסק דין חלקי לגבי עילה פלונית או באשר לסעד אלמוני (ראו: ע"א 171/88 דרוקר זכריה חברה קבלנית לעבודות אזרחיות בנין ופיתוח בע"מ נ' ברמן, פ"ד מד(2) 346, 350-349; רע"א 7725/02 מיכאלוביץ נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נז(1) 379, 381-382; זוטמן, עמ' 525-526). הוראה אחרת שראוי להזכירה מצויה בתקנה העוסקת בסמכויות שופט בקדם משפט. תקנה 143(9) לתקנות סדר הדין האזרחי קובעת כי בקדם משפט רשאי השופט "ליתן פסק דין, לרבות פסק דין חלקי בתובענה, במידה שנתברר כי אין לנתבע הגנה בפני התביעה". יש לשים לב כי התקנה מדברת על מתן פסק דין המקבל את התביעה ולא על פסק דין הדוחה את התביעה. הדבר עולה בבירור מן האמירה שבית המשפט רשאי ליתן פסק דין אם נתברר שלנתבע אין הגנה. אין התקנה מתייחסת לאפשרות שמתברר, לאור התצהירים מטעם התובע, כי הוא לא הוכיח את תביעתו. יש הגורסים, כי מטרתה של ההוראה בתקנה 143(9) לפתוח פתח לטענה מקבילה לטענתו של נתבע כי אין התביעה מגלה עילה (ראו, א' גורן סוגיות בטרד דין אזרחי (מהדורה שמינית - 2005) 267). אם כך, רשאי התובע לטעון כי אין כתב ההגנה מגלה טענת הגנה ומדוע שלא יינתן פסק דין לזכותו של התובע? ! יחד עם זאת, וגם אם תקנה 143(9) איננה מאפשרת העלאת טענה ש"אין להשיב לאשמה", יש להכיר בכך שבית המשפט מוסמך ליתן פסק דין במסגרת קדם משפט. טול מקרה בו מתברר כי לא קיימת מחלוקת עובדתית בין התובע לבין הנתבע וכי השאלה היחידה הינה שאלה משפטית. אין מניעה שבית המשפט יאפשר לבעלי הדין להציג טענותיהם בקדם המשפט ובמסגרתו יוכרע הדין. ניתן לחשוב אף על מצבים אחרים בהם יוכל בית המשפט ליתן הכרעתו בגדר קדם משפט. נתאר לעצמנו שהן התובע והן הנתבע הגישו תצהירים והושגה הסכמה כי בית המשפט יכריע במחלוקת על סמך התצהירים ובלא חקירה נגדית של המצהירים. אף כאן רשאי בית המשפט ליתן את פסק דינו בגדר קדם המשפט (עוד לעניין מתן פסק דין בשלב קדם המשפט ראו, ע"א 680/87 המגן חברה לביטוח נ' אליהו, פ"ד מו(4) 154, 162-164). נזכיר גם את האפשרות

שבית המשפט יאפשר, בין ביוזמתו ובין לבקשת בעל דין, לקיים חקירה קצרה של אחד המצהירים כבר במהלך קדם המשפט, אם יהא בכך כדי לתרום תרומה משמעותית לקידומו של ההליך. הדוגמאות שניתנו זה עתה, כמו גם דוגמאות אפשריות נוספות, אין בהן כדי לסייע או לשלול את האפשרות להכיר בקיומה של הטענה הנזכרת בהליך אזרחי.

מקור פוטנציאלי אחר לביסוסה של הסמכות לדון בטענה הנזכרת נמצא בתקנה 101(א)(3) לתקנות סדר הדין האזרחי. תקנה 101, לפי כותרתה, עוסקת בדחייה על הסף של תובענה. התקנה מונה שלושה טעמים אפשריים לדחייה על הסף: הראשון מדבר על מעשה בית דין (תקנה 101(א)(1)) ואילו השני על חוסר סמכות (תקנה 101(א)(2)). הטעם השלישי הוא שמעניין אותנו. בתקנה 101(א)(3) נאמר כי בית המשפט (או שופט שהוא רשם) רשאי לדחות תובענה על הסף בשל "כל נימוק אחר שעל פיו הוא סבור שניתן לדחות מלכתחילה את התובענה...". האם משהוגשו תצהירי חקירה ראשית מטעם תובע או בתום פרשת התביעה, יכולה טענתו של הנתבע כי אין לחייבו "להשיב" לדור בגדר הוראה זו? דעתנו היא שאין הדבר כן. דחייה על הסף כשמה כן היא: מכוונת היא למקרים דוגמת מעשה בית דין או התיישנות. במקרים אלה ואחרים שכמותם אין בית המשפט מכריע בהליך לגופו ואין הכרעתו סובבת סביב השאלה האם התובע (או המבקש) הוכיח את עילת תובענתו. הקביעה כי תובענה כלשהי תידחה על הסף מבוססת על הכרעה בסוגיה נקודתית, בעלת אופי מקדמי. במילים אחרות, בית המשפט מקבל טענה מסוימת של הנתבע (או המשיב), ולאור קבלתה אין בית המשפט נזקק לדון בשאלה המהותית העולה מכתבי הטענות (ראו, ד"נ 43/74 מוניץ נ' דקלו, פ"ד ל(1) 242, 247 (השופט מ' לנדוי)). ברי, כי טענה של בעל דין בהליך אזרחי שאין עליו "להשיב לאשמה" אינה בגדר השגה מקדמית הנוגעת לשאלה נקודתית, שהרי הטענה היא כי התובע (או המבקש) לא הוכיח את תובענתו באמצעות חומר הראיות שהציג ולפיכך דינה להידחות. מכאן, שההסדרים השונים שבתקנות סדר הדין האזרחי אינם נותנים תשובה לשאלה האם שיטתנו מכירה באפשרות של נתבע לטעון בהליך אזרחי שאין "להשיב לאשמה". שיקולי מדיניות הם המכריעים לדעתנו ונדון בהם עתה.

15. כיצד ניתן להצדיק הכרה בטענה שאין להשיב לאשמה בתחום האזרחי בלא שהנתבע חייב להודיע שאינו מביא ראיות מצידו הוא? אם הנתבע רשאי להעלות את הטענה ואם אמנם הטענה תתקבל, יהא בכך כדי לחסוך בזמן שיפוטי ובמשאביהם של בעלי הדין. המשפט יתקצר ופסק הדין יינתן לאחר פרשת התביעה. יש להניח, שאם הנתבע יידרש לבחור, קרי להודיע שאין הוא מביא ראיות, יקטן באופן משמעותי מספרם של התיקים בהם נתבע יעלה את הטענה. במילים אחרות, חיובו של הנתבע להודיע כי לא יביא ראיות כתנאי להעלאת הטענה תהווה תמריץ שלילי ועל כן לא יהא חיסכון במשאבים, חיסכון שניתן להשיגו אם הטענה מתקבלת והתביעה נדחית לפני שהנתבע מביא את ראיותיו. נעבור עתה לבחון את השיקולים הנגדיים.

16. נעמיד עצמנו בנעליו של פרקליט היודע כי רשאי הוא להעלות טענה כי "אין להשיב לאשמה", בלא חשש שמא לא יוכל להביא ראיות מטעם שולחו-הנתבע. אילו זה היה הכלל, היה הפרקליט נוטל סיכון מזערי באשר לעניינו של שולחו עם העלאת הטענה. דחייתה של הטענה על ידי בית המשפט תותיר בידי הנתבע את מלוא האפשרות להציג את פרשת הגנתו. הסיכון הממשי היחיד, אם בכלל, הינו זה של חיוב בהוצאות. היתרונות מבחינת הנתבע הינם משמעותיים. העלאת הטענה תעצור את רצף ההליך. יש להניח כי הערכאה הדיונית תיזקק לזמן כלשהו על מנת ליתן את הכרעתה לגבי טענתו של הנתבע. אם ההחלטה תידחה את הטענה, עלול הדבר להביא לעיכובים מעיכובים שונים בהתקדמותו של ההליך ולכזבו של זמן שיפוטי. על בית המשפט יהא להידרש שוב לראיות התביעה בסיום פרשת הראיות כולה. אף אם הטענה נדחת על אתר, היא עלולה לקטוע את התנהלותו הטבעית של ההליך. בוודאי שכך הוא אם ההחלטה איננה ניתנת על אתר. זאת ועוד, ההחלטה הדוחה את הטענה מסווגת כ"החלטה אחרת" ועל כן ניתן להשיג עליה על דרך בקשת רשות ערעור. הנתבע, שלעתים יש לו אינטרס לדחות את הקץ, עשוי להגיש בקשת רשות ערעור ולהביא בדרך זו לעיכוב נוסף, שהרי אפשר שהערכאה הדיונית תאלץ לחכות להחלטתה של הערכאה הגבוהה יותר. אף בכך יש כדי להביא לעיכוב בהתנהלותו של ההליך בפני הערכאה הדיונית. מאחר שבית המשפט נדרש מטבע הדברים להחליט בטענה ולנמקה, ולו בקיצור נמרץ, אפשר שההחלטה תסייע לנתבע באשר לנקודות שעליו ליתן עליהן את הדעת בגדר ראיותיו. מן הצד האחר, אין לתובע אפשרות לקבל חוות דעת דומה מבית המשפט לגבי ראיותיו של הנתבע. היתרונות לנתבע כאשר מנגד עומדת אך הסנקציה של פסיקת הוצאות, עלולים לתמרץ נתבעים רבים להעלות את הטענה. אותם יתרונות מבחינת הנתבע מהווים חסרונות מנקודת מבטה של המערכת השיפוטית ומבחינתו של התובע. לפיכך, הם מטים, לדעתי, את הכף נגד ההכרה בטענת "אין להשיב לאשמה" בלא שהנתבע יידרש לבחור שלא להביא ראיות.

17. אפשר שתועלה תהייה כיצד זה מכירים אנו בזכותו של נאשם להעלות טענה שאין להשיב על האשמה בלא שיוותר על זכותו להביא ראיות (סעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן - חוק סדר הדין הפלילי)), בעוד שאיננו מאפשרים זאת בהליכים אזרחיים. שתי תשובות לתהייה זו: האחת נוגעת לנקודות המוצא או הנחות הבסיס השונות בין ההליך הפלילי להליך האזרחי. השנייה, עניינה בהבדל בין האפשרות לתקוף החלטת ביניים בהליך אזרחי לבין האפשרות, וביתר דיוק חוסר האפשרות, לעשות כן בפלילים.

בהליך הפלילי באים בפני בית המשפט שני צדדים שבמקרה הרגיל קיים פער כוחות משמעותי ביניהם. מצד אחד עומדת התביעה, אשר משאבי המדינה מאחוריה, ומן הצד האחר מוצאים אנו את הנאשם, שבדרך כלל משאביו מצומצמים ובמקרים רבים נשען הוא על

הסניגוריה הציבורית. פער הכוחות המובנה הוא שמסביר קיומם של כללים שונים בדיון הפלילי. כך למשל, נזכיר את הכלל לפיו זכאי הנאשם לעיין בחומר החקירה (סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי) בלא שקיימת זכות מקבילה לתביעה (למעט לעניין עדויות מומחה של ההגנה: ראו, סעיף 83 לחוק סדר הדין הפלילי). אף האפשרות המוקנית לנאשם לטעון בסיום פרשת התביעה כי אין עליו להשיב לאשמה באה לאזן, ולו במקצת, את פער הכוחות האמור. אין סיבה לחייב את הנאשם להמשיך וליטול חלק בהליך הפלילי על כל המשתמע מכך, אם התביעה לא הוכיחה את כל מרכיבי העבירה. אכן, הצורך להכריע בטענה יכול לפגוע ברצף ההליך, ברם זהו מחיר שראוי לשלמו בשל אותו פער כוחות בין התביעה הכללית לבין ההגנה. לעומת זאת, הנחת הבסיס בהליכים אזרחיים הינה כי מדובר בבעלי דין יריבים שהינם שווי כוחות (לעניין תפיסת השוויון בהליך האזרחי ראו, William B. Rubenstein, "The Concept of Equality in Civil Procedure", 23 Car. L. Rev. (2002) 1865). לכן, איננו מוצאים בסדר הדין האזרחי הוראות בעלות תחולה כללית שמטרתן להקטין את פערי הכוחות בין בעלי הדין הספציפיים (יוער, כי האפשרות לקבל פטור מאגרה (תקנה 13 לתקנות בית משפט (אגרות), התשמ"ח-1987), בשל העדר יכולת כלכלית לשאת בה, אינה תלויה במצבו הכלכלי של הנתבע אלא של התובע. משמע, אין היא מיועדת להקטין פערים בין בעלי הדין העומדים משני צידי המיתרס. מטרתה לאפשר גישה לערכאות לאדם שאינו יכול לשלם את האגרה).

הנקודה הנוספת עוסקת בהבדל חשוב בין הליכים פליליים להליכים אזרחיים. כידוע, למעט במקרים חריגים, כמו למשל בעניין אי גילוי חומר חקירה (סעיף 74(ה) לחוק סדר הדין הפלילי), אין בידי הנאשם להשיג על החלטת ביניים. לעומת זאת, הכלל בתחום האזרחי הפוך הוא. בעל דין שנפגע מהחלטת ביניים רשאי להלין עליה באמצעות בקשת רשות ערעור. משמע, אם יפתח פתח לטעון בהליך אזרחי כי "אין להשיב לאשמה", או אז צפוי שחלק מהנתבעים יבקשו אכן להשיג על ההחלטה לפני ערכאת הערעור. כאמור, הדבר עלול להביא לעיכוב ברצף ההליך בפני הערכאה הדיונית ולהטלת עומס נוסף על בתי המשפט.

18. למעלה מן הדרוש נעיר, כי אף אם ניתן היה להעלות במקרה דנא את הטענה ש"אין להשיב לאשמה", הרי נראה שלגופו של עניין היה מקום לדחותה. כזכור, טענה אחת של הנתבעות היא כי פוליסת הביטוח הינה מסוג Discovery ולכן על הנזק היה להתגלות בתוך תקופת הביטוח. טענה נוספת שהציגו הינה כי במקרה דנא מתקיים חריג לכיסוי הביטוחי, שכן הנזק לבנק נגרם על ידי דירקטורים בו. באשר למהותה של הפוליסה, הרי אף אם מדובר בפוליסה מסוג Discovery, יש לשים לב לכך כי בתצהיר שהוגש על ידי התובע צוין מפורשות (בסעיף 27 לתצהיר) כי "המעשים המפורטים להלן נתגלו ובוצעו בתוך תקופת הבטוח". כלומר, מהתצהיר כפי שהוא (ומבלי לקבוע, כמובן, קביעה כלשהי בנוגע למשקל הראייתי שיש ליחס לו) עולה כי המעשים לא רק אירעו אלא אף נתגלו בתוך תקופת הביטוח. זאת, בהתאם למה

שנדרש לטענת הנתבעות בגדר הפוליסה. כאשר לטענה בדבר החריג בנוגע לדירקטורים ומידת תחולתו על דירקטורים ששימשו כעובדים בבנק, הרי על פני הדברים נראה כי מדובר בשאלה מורכבת שצריכה להתברר בהליך עצמו ואין מקום להכריע בה בשלב של קדם המשפט. אשר על כן, נראה שאף לגופו של עניין לא היה מקום לקבל את טענת הנתבעות לדחיית התביעה בלא שיידרשו להביא ראיות מטעמן.

סיכום

19. בגדרו של קדם המשפט הורה בית המשפט המחוזי לתובע בלבד להגיש תצהירי חקירה ראשית. בעקבות זאת הוגש תצהיר אחד. לאחר הגשתו של התצהיר העלו הנתבעים את הטענה, כי האמור בתצהיר אינו מבסס את עילת התביעה. זו טענה הדומה במהותה לטענה הידועה בתחום סדר הדין הפלילי כטענת "אין להשיב לאשמה", שנאשם רשאי להעלותה בתום פרשת התביעה. הגענו לכלל מסקנה, כי ככלל אין זה מן הראוי לפצל את ההליך באופן שבהחלטה אחת יצווה התובע להגיש תצהירים וכי ציווי דומה יושט על הנתבע בהחלטה נפרדת ומאוחרת. תחת זאת, ראוי שבית המשפט יקבע בהחלטה אחת בקדם המשפט שעל שני בעלי הדין להגיש תצהירי עדות ראשית. כמו כן רצוי שמבחינת מועדי ההגשה ייקבע, כי התצהירים מטעם הנתבע יימסרו לאחר הגשתם של התצהירים של עדי התובע ולא בעת ובעונה אחת. אשר לאפשרות של העלאת טענה של "אין להשיב לאשמה" בתחום האזרחי, קביעתנו היא שאין לאפשר העלאת הטענה, אלא כאשר הנתבע מוותר על הבאת ראיות מטעמו. במקרה כזה, למעשה אין עסקינן עוד בטענה האמורה, שהרי ויתורו של הנתבע על הבאת ראיות מביא לסיום פרק ההוכחות במשפט.

במקרה הנוכחי הועלתה הטענה ש"אין להשיב לאשמה" בקדם המשפט, לאחר שהתובע הביא את התצהיר מטעמו בפני בית המשפט ולפני שהנתבע הניח את התצהיר מטעמו הוא. ייתכן, שהנתבע יבקש לדחות את התביעה מן הטעם שלא הוכחה בראיות התביעה, לאחר שהתצהירים מטעמו הונחו בפני בית המשפט. בקשה זו יכול שתועלה בקדם המשפט. כמו כן, לא מן הנמנע כי הבקשה תועלה אף בשלב המאוחר יותר של ההליך, הוא שלב ההוכחות. אפשר שהנתבע יעלה את הבקשה מיד בפתחה של ישיבת ההוכחות ולפני חקירתו הנגדית של המצהיר מטעם התובע. אף ייתכן שהבקשה תוצג מייד לאחר סיום חקירתו של המצהיר (בתום החקירה הנגדית, או משנסתיימה החקירה החוזרת, אם נערכה). במקרים אלה יכולה לעלות השאלה, האם רשאי התובע להסתמך בסיכומיו גם על האמור בתצהירים מטעם הנתבע, או שמא רשאי הנתבע למשוך את התצהירים מטעמו? נשאר שאלה זו לעת מצוא (ראו פסקה 9 לעיל).

20. עניין אחרון נוגע לסוגיית ההוצאות. נקדיש לכך מילים ספורות משום שבכוונתנו לפסוק שכר טרחת עורך דין בסכום בלתי שגרתי. התביעה הוגשה לבית משפט קמא בשנת 1989. סכום התביעה היה כ-83 מיליון ש"ח. ברור, שהסכום העדכני עומד על מאות מיליוני ש"ח. אילו נתקבלה טענתן של הנתבעות-המבקשות, הייתה התביעה נדחית. נראה, שבמקרה כזה היו הן זכאיות לכאורה לשכר טרחת עורך דין בסכום של מיליוני ש"ח. כמובן, שמדובר בסכום נמוך מזה לו היו הן זכאיות אילו נדחתה התביעה לאחר שמיצה מלאה של הראיות. מכל מקום, בין יתר השיקולים יש להתייחס בעת קביעת שכר הטרחה אף לערכו הכספי של הסעד, בין אם התובענה מתקבלת ובין אם היא נדחית, בין אם מדובר בערכאה הדיונית ובין אם בערכאת הערעור. זאת, כמובן בצד שיקולים אחרים כמו היקף העבודה שהושקעה והשלב בו ניתנת ההחלטה. על רקע שיקולים אלה ישאו המבקשות בשכר טרחת עורך דין בסך של 150,000 ש"ח.

21. התוצאה היא כי הערעור נדחה, תוך חיוב המבקשות בשכר טרחת עורך דין כאמור.

ניתן היום, כ"ג בתשרי תשס"ו (26.10.05).

ש ו פ ט