מדינת ישראל
משרד המשפטים
פרקליטות המדינה - המחלקה האזרחית

פסקי דין בעלי השלכות רוחב וחשיבות משפטית לשנת 2022 – המחלקה האזרחית

התיקים בקליפת אגוז

א. חוזים וחיובים:

1. רע"א 1901/20 **טרוים מילר בע"מ ואח' נ' Facebook Ireland Limited**

פסק הדין עסק בשאלה האם תנית ברירת הדין הקבועה בתנאי השימוש של פייסבוק, אשר מפנה לדין הקליפורני, היא תניה מקפחת בחוזה אחיד. בדעת הרוב, בית המשפט העליון קיבל את עמדת היועצת המשפטית לממשלה ופסק כי תנית ברירת הדין עשויה להיות מקפחת. כן נקבעו קביעות עקרוניות בעניין פערי הכוחות בין תאגידים בין-לאומיים לבין צרכנים או עסקים קטנים ישראליים והשפעתם של פערי כוחות אלו על החוזים האחידים שבין הצדדים.

2. רע"א 3643/19 **בסט קאר חברה לשירותי רכב בע"מ נ' חיימו בע"מ**

נדונה השאלה האם ניתן לחייב חברות להשכרת רכב, בפיצוי עבור נזקי רכוש שנגרמו לצדדים שלישיים, על ידי הרכבים המושכרים על ידן. בית המשפט השיב על שאלה זו בחיוב באמצו את עמדת היועץ המשפטי לממשלה. בין היתר, נקבע כי הנוהל הרלוונטי שגיבש מחוקק המשנה, נועד למנוע מצדדים שלישיים לעמוד בפני שוקת שבורה, ללא יכולת לקבל פיצוי על נזקיהם. חברות ההשכרה, הן מונעות הנזק הזולות והיעילות ובידיהן האמצעים להיטיב נזקיהם של צדדים שלישיים.

3. ע"א 627/21 **בארות הילה בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל ואח'**

עניינו של ההליך בשאלה האם רמ"י מחויבת בהארכת חוזה ההרשאה לתכנון שניתן לבארות הילה, בשל מתן אישור מקדמי של משרד התיירות לתכנון המוצע. בית המשפט קיבל את עמדת רשות מקרקעי ישראל ודחה את הערעור, בקובעו כי הרשות הייתה רשאית שלא להסכים להארכת תקופת ההרשאה או למתן הרשאה חדשה לתכנון בשל פקיעת ההרשאה לתכנון. כן אושרה קביעת בית המשפט המחוזי כי לאחר שאושרה תכנית עירונית שייעדה את השטח למגורים, לא היה עוד מקום לתכנון התיירותי שהוצע על ידי המערערת.

4. ע"א 213/20 **רשות מקרקעי ישראל נ' מעונות ילדים בישראל קרית הילד ירושלים**

בית המשפט העליון פסק כי אין מקום לחייב את הרשות בהשבת כספים מכוח עילת עשיית עושר ולא במשפט, בנסיבות בהן עמותה קידמה הליכי תכנון במקרקעין, מהם הפיקה הרשות, לפי טענת המשיבה, תועלת כלכלית. נפסק כי השקעות היזם בתכנון נטועות בחיוב חוזי ברור ומפורש שנטל היזם על עצמו, ולכן חיוב רמ"י בגין עשיית עושר שלא כדין איננה אפשרית. נפסק שאף אם רמ"י זכתה ביתרון כלשהו, מדובר בהתעשרות הנובעת ישירות מהוראות החוזים שנחתמו בין הצדדים, ומכאן שמדובר בהתעשרות מכוח זכות שבדין.

5. ע"א 1409/20 **כפר אז"ר – מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' קרן קיימת לישראל ואח'** ; 1415/20 **קרן קיימת לישראל ואח' נ' כפר אז"ר – מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ**

פסק הדין עסק בשאלה אם לאגודה השיתופית כפר אז"ר ולחבריה זכויות עודפות במקרקעי המושב, מכוח טענתם להשתתפות ברכישת המקרקעין בראשית המאה הקודמת. בית המשפט העליון דן בערעורים על פסק דין שבו התקבלה חלקית תביעת כפר אז"ר בעניין זכויות חבריו בחלקות העיבוד החקלאי שבו. במסגרת הערעור, נדחו טענות הכפר באשר לזכאות חבריו לחתום על חוזה חכירה בהתאם לנוסח משנת 1935, וטענות הכפר לפיהן שגה בית המשפט קמא בקובעו כי חלק מרכיבי תביעתו התיישנו. בנוסף, בוטלה קביעת בית המשפט קמא בדבר זכאות הכפר לפיצויים בגין השתתפות חבריו ברכישת קרקעות הכפר, מכוח החריג שנקבע בבג"ץ **שיח חדש**.

6. ע"א 7606/19 **מגה קמעונאות בע"מ ואח' נ' הלמן-אלדובי קופות פנסיה וגמל בע"מ ואח'**

במוקד הערעור עמדה שאלה בעניין כספים שהופקדו בקופות גמל (תגמולים ופיצויים) לפני שנים רבות על ידי מעסיקים שונים, לרבות מגה קמעונאות, לזכות עובדיהם שלא אותרו והקשר עימם נותק. המעסיקים נכנסו להליכי חדלות פירעון, ונושי המעסיקים דרשו לקבל כספים אלה. בית המשפט העליון אימץ את עמדת הרשות ודחה דרישה זו בקובעו כי הכספים, המצויים בידי חברת הלמן אלדובי, שרכשה את קופות הגמל, בנאמנות, לא יועברו מקופות הגמל לקופת המעסיקים. נקבע, כי יתרות הכספים צריכות לשרת את טובת כלל העמיתים המזוהים ולא למצוא דרכן בחזרה למעסיקים במטרה לשרת את טובת נושיהם.

7. ע"א 3604/20 **רשות מקרקעי ישראל נ' י.ח. דמרי בניה ופיתוח בע"מ**

נבחנה השאלה האם דמרי זכאית להשבת חלק מהוצאות הפיתוח בהן חויבה, מכוח תנאֵי המכרז וההסכמים שנכרתו בעקבותיו, נוכח שינוי תכנית בניין עיר (תב"ע) החלה על המגרש – לאחר הזכייה במכרז וההתקשרות החוזית בין הצדדים – באופן שהפחית מהיקף שטח המגרשים ומשיעור זכויות הבניה עליהם. בית המשפט העליון קיבל את ערעור המדינה וקבע כי פרשנות סעיפי החוזה, כאשר רואים אותם לא כ'חלקיקים הנעים בחופשיות בחלל' אלא כחלק ממכלול, מובילה למסקנה כי לדמרי הייתה התחייבות 'קשיחה' לשאת בהוצאות הפיתוח ש'הועמסו' על המגרשים, שמומנו בידי רמ"י וזאת גם בהתחשב בשינוי התכנוני שהיה צפוי. על כן נקבע כי דמרי אינה זכאית להשבת חלק מהוצאות הפיתוח האמורות.

8. ע"א 2733/19 **אלימלך ואח' נ' רשות מקרקעי ישראל**

נדונה שאלת היקף חובת ההגינות שרמ"י, כגוף ציבורי, חבה כלפי הפרט. נקבע, כי המידע שרמ"י מספקת ליזמים המתקשרים עימה על אודות המועדים בהם הם נדרשים לעמוד חייב להיות מדויק וברור וכי טעויות או אי דיוקים במידע זה, יכולים לעלות כדי חוסר תום לב בניהול משא ומתן מצידה. בנסיבות העניין נקבע כי לשני הצדדים אשם יחסי ועל כן בית המשפט קיבל בחלקו את הערעור, במובן זה שנקבע שעל רמ"י להקצות את הקרקע למערערים בהתאם לשומה עדכנית.

9. ע"א 2710/21 **כהן ואח' נ' מדינת ישראל ואח'**

במסגרת התביעה טענו המערערים כי יש לפסוק לזכותם פיצוי עקב כך שפינויים מגבעת עמל והפיצוי המגיע להם התעכבו משך שנים תוך הפרת זכותם לדיור אקוויולנטי, ובשל נזקים שנגרמו להם עקב הזנחת השכונה לאורך שנים.בית המשפט העליון אישר פסק דין חלקי של בית המשפט המחוזי, אשר דחה על הסף את תביעת המערערים כנגד המדינה ואת עיקר התביעה כנגד עיריית תל אביב.

ב. מנהלי ורגולציה:

10. רע"א 1248/19 **החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' גפניאל**

השאלה המרכזית שנדונה בהליך היא האם המבקשת מנצלת לרעה את מעמדה כבעלת מונופולין בשוק משקאות הקולה בישראל, על מנת לגבות מחיר מופרז עבור משקה קוקה-קולה בבקבוק 1.5 ליטר. הדיון נסב אודות השאלה האם חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 מטיל איסור על בעל מונופולין לקבוע מחיר מופרז למוצר או לשירות, ומהם התנאים להחלת איסור. בהתאם לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, נקבע בדעת הרוב כי אימוץ עילת המחיר המופרז מחייב גישה זהירה ומרוסנת בהחלתה, וזאת לאור השפעתה על מערך התמריצים בשוק ומתוך רצון להימנע מהשלכות שליליות שיחטאו לתכליתו של החוק. דעת הרוב קבעה, בהתאם לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, כי יש לאמץ "מבחן דו-שלבי" ליישום עילת המחיר המופרז.

11. רע"א 4135/22 **מדינת ישראל - הרשות הממשלתית למים וביוב נ' קדש נפתלי מושב עובדים ואח'**

בית המשפט העליון קיבל בקשת רשות ערעור מטעם המדינה, שהוגשה על החלטת בית הדין לענייני מים, אשר דחתה את בקשת המדינה לסלק על הסף את תביעת המשיבים. נקבע כי התביעה היא, הלכה למעשה, תביעה לשינוי סיווג המים, ממים שפירים למים שפירים באיכות נמוכה, שמצא ביטויו בתנאי רישיונם של המשיבים. על כן התביעה מהווה תקיפה עקיפה של החלטת הרשות, שכן הדרך הנכונה להשיג על תנאי הרישיון היא על-ידי הגשת ערר לבית הדין לענייני מים, במתווה שנקבע בסעיף 31 לחוק המים, התשי"ט-1959. נקבע כי החלטת בית המשפט המחוזי תבוטל ותביעת המשיבים, תידחה על הסף מחמת חוסר סמכות עניינית.

12. ע"א 528/20 **כהן ואח' נ' סלקום ישראל בע"מ ואח'**

עניינו של ההליך בפרשנותן של הוראות הרישיונות שהעניק שר התקשורת לחברות הסלולר, והשאלה אם אלו מתירות לחברות הסלולר לגבות תעריפים שונים מלקוחות שהם בעלי מאפיינים דומים. הוגשה עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה שהתמקדה בשאלה האם יש לראות מעשה פרשני כמעשה מנהלי המחייב עמידה בכללי המשפט המנהלי והשיבה על כך בשלילה. בית המשפט אימץ את עמדת היועץ המשפטי לממשלה בסוגיה זו במלואה.

13. בע"מ 3358/20 **פלוני נ' מדינת ישראל משרד הפנים**

בפסק הדין נדונה תחולת דיני ההתיישנות על תביעות שעניינן סטטוס. נפסק כי בפסיקת בית המשפט העליון השתרש הכלל בדבר אי-התיישנותם של הליכים לתיקון פרטי מרשם האוכלוסין, וכי אין מקום להבחין

לעניין זה בין תביעות המוגשות ביוזמת האזרח לבין תביעות המוגשות ביוזמת המדינה. עוד הוסף בהקשר זה, כי מרשם האוכלוסין הוא מרשם "חי" והוא צריך לשקף מידע אמין ומדויק.

בית המשפט התייחס בהחלטתו לדוקטרינת השיהוי המינהלי, וקבע כי באופן עקרוני ניתן היה לקבוע כי חל שיהוי בנסיבות העניין, אך שיהוי מינהלי בניגוד להתיישנות, אינו מביא בהכרח לבטלות המעשה המינהלי, ובית המשפט לא מצא להתערב, במסגרת הליך בגלגול שלישי, בקביעתו של בית המשפט המחוזי כי בנסיבות העניין אין ליתן סעד של בטלות המעשה המינהלי.

14. ע"א 1962/21 **חכמון גבאי בע"מ נ' מי רעננה ואח'**

בית המשפט אימץ את עמדת היועצת המשפטית לממשלה וקבע כי הסמכות העניינית לדון בענייני מכרזים של תאגידי מים וביוב נתונה לבתי המשפט האזרחיים.

ג. חדלות פרעון:

15. ע"א 7829/18 **בטר פלייס ישראל ואח' נ' אגסי ואח'**

ההליך עסק בסילוק על הסף של תביעה שהגישו המפרקים בשם המערערות (החברות שבפירוק) נגד נושאי משרה בחברות ומבטחיהן, ונגד רואי החשבון המבקרים של החברות. התביעה סולקה על הסף מכוח כלל שיקול הדעת העסקי ומכאן הערעור. בית המשפט העליון פסק כי הסוגיה שתכריע את גורלו של הערעור דנן אינה ממוקמת בליבת דיני התאגידים או דיני חדלות הפירעון, כי אם בעולם הפרוצדורה האזרחית, ובפרט דיני הסילוק על הסף. כן נקבע, בהתאם לעמדת היועץ המשפטי לממשלה כי אין להמעיט בחשיבות הכלי של סילוק תביעה על הסף מכוח כלל שיקול הדעת העסקי. עם זאת, ביחס להליך הספציפי דנן נקבע כי הוא חריג בהינתן שבית המשפט המחוזי סילק על הסף, ביוזמתו, תביעה שטרם הוגש בה כתב הגנה, בלי שניתנה למערערות (התובעות) הזדמנות להגיש כתב תביעה מתוקן, ובנושאים שבית המשפט עצמו ציין כי הם עדיין "בשלבי התפתחות במשפט הישראלי". משכך, בית המשפט קיבל את הערעור בחלקו והחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי לצורך בחינת הטענה בדבר אי הפעלת שיקול דעת עצמאי.

16. ע"א 8416/19 **עו"ד שלמה ורו"ח אלי שפלר – מפרקי חברת אגרקסקו חברה לייצור חקלאי בע"מ נס נ' מדינת ישראל ואח'**

פסק הדין עסק בערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי אשר דחה את תביעת המפרקים להרמת מסך בין חברת אגרקסקו (חברה בפירוק) לבין המשיבות, בעלות מניותיה. בית המשפט העליון קבל את הערעור ודחה את טענת ההתיישנות, שכן המנגנון של הרמת מסך הוא אמצעי לקבל סעד כספי. ממילא אין תובענה להרמת מסך יכולה להתיישן כאשר מבוקש להרים את המסך ביחס לתביעות חוב שלא התיישנו.

ד. תובענות ייצוגיות:

17. ע"א 6930/19 **נגב קרמיקה שיווק (1982) בע"מ ואח' נ' הר פז ואח'**

במוקד פסק הדין עומדת הפרקטיקה בה נוקטות חברות הקרמיקה הגדולות בישראל המציגות על מוצריהן מחירים מנופחים, שלרוב לא נוהגים בפועל, לצד הצגת "הנחות" על מחירים אלה. השאלה הייתה האם פרקטיקה זו מתיישבת עם ההוראות המחייבות של חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981. פסק הדין אימץ את עמדת הרשות להגנת הצרכן וסחר הוגן וקבע כי הפרקטיקה הקיימת מנוגדת להוראות חוק זה.

18. רע"א 9128/17 **מרכז רפואי צאנז - בית חולים לניאדו נ' פלונית**

פסק הדין עסק בערעור על החלטה לאשר תובענה ייצוגית נגד בית חולים בעילה של הפרת איסור ההפליה הקבוע בסעיף 4(א) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ועסק בשאלה האם מדיניות של בית חולים פרטי הנעוצה בטעמים דתיים-הלכתיים שלפיה לא יינתנו על ידו טיפולי פוריות לנשים שאינן נשואות מקימה עילה לניהול תובענה ייצוגית נגדה. בית המשפט העליון קבע כי דין הערעור להידחות שכן מוסד רפואי או מטפל אינם רשאים להבחין בין מטופלים על יסוד שיקולים נוספים מלבד שיקולים רפואיים.

19. ע"א 2398/22 **שולץ ואח' נ' הוט מובייל בע"מ ואח'**

נפסק כי בנסיבות המקרה המערערים היו רשאים להגיש התנגדות לאישור הסדר פשרה בהליך של בקשה לאישור תביעה ייצוגית, וכי לא היה מקום לשעות להתנגדותם ולהימנע מאישור ההסדר. בשאלה שעוררה מחלוקת, נבחן האם ההטבה המוצעת לקבוצה בהסדר הפשרה (למרות החשש למימוש חלקי שלה) הולמת את התועלת המוגבלת הגלומה בבקשת האישור ואת סיכוייה של בקשת האישור שאינם מן המשופרים. דעת הרוב קבעה כי מאחר שעיקר התועלת של הפשרה היא באכיפת הדין לעתיד וכן בשים לב לספקות ביחס לעילת התביעה, אין פסול בכך שבית המשפט נמנע מלקבוע את הגמול למבקש ושכר הטרחה לבאי כוחו כנגזרת של מימוש ההטבה בפועל והגם שבמקרים המתאימים יש מקום לקביעת שכר הטרחה באחוזים מהמימוש בפועל. מנגד, דעת המיעוט קבעה כי היה מקום לקבוע כי הגמול ושכר הטרחה ייגזרו באופן ישיר משווי מימוש ההטבות בפועל ולא משווין התיאורטי.

20. ע"א 3283/21 **עיריית תל אביב-יפו ואח' נ' תנועת אומ"ץ - אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי ואח'**

ההליך עסק בבקשה לאישור תובענה ייצוגית בשם תושבי גבעת עמל לקבלת פיצויים בטענה להזנחה רבת שנים על ידי הרשויות. התובעים הגישו בקשה להסתלק מהתביעה, והערעורים דנן נסובים על פסק הדין של בית המשפט המחוזי המאשר את בקשת ההסתלקות. בפסק הדין נקבע כי דין הערעורים להתקבל, וכי יש לבטל את פסק דינו של בית המשפט המחוזי. פסק הדין מתווה אמות מידה לפסיקת גמול ושכר טרחה במסגרת בקשת הסתלקות, בנסיבות תביעה שאינה צרכנית, ובפרט, כאשר נטען כי התביעה עוסקת בנושא חברתי בעל חשיבות. פסק הדין מדגיש את הצורך בהצבעה על עילה משפטית קונקרטית ומוגדרת לשם אישור תובענה ייצוגית, ומבהיר כי אין להסתפק בטענות אמורפיות על עוולות שנגרמו לחברי הקבוצה המיוצגת.

21. רע"א 1090/22 **מרכז רפואי "גליל" נ' כהן**

התקבלה בקשת רשות הערעור שהוגשה מטעם המדינה על החלטת בית המשפט המחוזי לאשר את התובענה כייצוגית לאחר שנשללה מהמדינה הזכות להגיש תגובה מטעמה לבקשת האישור, ולחקור את

העדים בדיון שהתקיים. נקבע כי החלטה במעמד צד אחד בבקשת אישור לתובענה ייצוגית תינתן רק כמוצא אחרון כאשר אין אפשרות אחרת.

22. רע"א 8080/21 **הפורום להסדר הוגן באמצעות מרים ויסולי ואח' נ' ויסברוד ואח'**

ההליך עסק בשאלה האם במקרה של הגשת התנגדות להסדר פשרה, חייב המתנגד להיות אדם שפעל לטובת חברי הקבוצה עוד קודם להגשת ההתנגדות. פסק הדין קיבל את עמדת היועצת המשפטית לממשלה וקבע כי אין מקום לצמצם את קשת הזכאים להגיש התנגדות להסדר פשרה על ידי הוספת תנאי של "הוכחת פעולה" לטובת חברי הקבוצה, שקודמת כרונולוגית להגשת ההתנגדות. יחד עם זאת נקבע כי בבואו להכריע אם מדובר בהתנגדות שמשרתת את טובת חברי הקבוצה, בית המשפט רשאי לשקול מגוון שיקולים רחב.

23. עע"מ 7828/21 **קונדיטוריה מטבח חלבי ממבו (דבח ברוך) נ' עירית יקנעם עילית ואח'**

פסק הדין אימץ את עמדת היועצת המשפטית לממשלה וקבע כי הלכת דנ"א **מי הגליל** חלה גם באופן רטרואקטיבי, כך שלא ניתן להגיש תביעה לתשלום שכר טרחה וגמול בעקבות פנייה מוקדמת שנענתה, בהיעדר עוגן בדין להגשת הליך כזה וזאת אף אם הפנייה נערכה טרם מתן פסה"ד בדיון הנוסף שביטל את חובת הפנייה המוקדמת.

24. רע"א 7763/21 **ביסקר ואח' נ' רוזנפלד ואח'**

פסק הדין עסק בבקשה לאישור הסדר פשרה בתביעה נגזרת והתמקד בבקשה לפסיקת שכר טרחה וגמול שייפסקו לטובת מגישי התביעה הנגזרת ובאי הכוח המייצגים. בפסק הדין התקבלה עמדת היועצת המשפטית לממשלה לפיה לא ניתן לפסוק גמול לתובעים במקרה שהתביעה נדחית ולא ניתן כל סעד לחברה. לצד זאת נפסק, בין היתר, כי אין בהוראות הפרטניות שבחוק החברות, התשנ"ט-1999 או בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 כדי לשלול פסיקת הוצאות לטובת התובע הנגזר מכוח ההסדר הכללי בעניין פסיקת הוצאות לטובת צד להתדיינות, אך הוטעם שמדובר בסכומים אחרים מאלה שמקובל לפסוק כגמול. עוד הוטעם, שניתן לבחון שיפוי של התובע הנגזר גם כאשר תביעתו נדחתה, באותם מקרים בהם היה בסיס סביר מלכתחילה להגשת התביעה, ואולם היא כשלה מסיבות שאינן תלויות בתובע הנגזר. לבסוף אומצה עמדת היועצת גם בקביעתו של בית המשפט כי צדדים להסדר פשרה אינם יכולים להתנות את תוקף הפשרה בקבלת המלצתם בסוגיית שכה"ט והגמול.

25. ע"א 1439/20 **דקל ואח' נ' בירנבוים ואח'**

בית המשפט העליון אישר את פסק דינו של בית המשפט המחוזי בו אושר הסדר פשרה מתוקן בתובענה ייצוגית. ההליך עסק בשיעור דמי האחזקה השנתיים שנדרשים בעלי זכות השימוש ביחידות הנופש במלונות קלאב הוטל אילת וקלאב אין אילת לשלם לקלאב הוטל על פי הסכם הנופש ולעניין חובות העבר. נקבע כי שיטת החישוב המוסכמת שנקבעה בהסדר הפשרה היא הוגנת וראויה. עוד נקבע שההסדר הוא בבחינת הטוב ביותר האפשרי בנסיבות העניין, קובע עקרונות צודקים והוגנים להכרעה במחלוקות ומגלם קניית סיכונים סבירה וראויה מבחינת הצדדים, בשים לב לסיכונים הגלומים בהמשך ניהול התובענה ולהתמשכות ההליכים החריגה.

26. עע"א 6979/20 **חנוכה נ' הראל חברה לביטוח ואח'**

פסק הדין דן בשאלה האם הדין מאפשר הגשת תובענה ייצוגית הגנתית, כלומר תובענה שהסעד האופרטיבי המבוקש בה הינו באופן בלעדי הגנה מפני תביעה עתידית אשר יכול שתוגש על ידי הנתבעת נגד חברי הקבוצה המיוצגת. פסק הדין קבע שניתן להגיש תביעה ייצוגית לסעד הצהרתי הגנתי, בעניינים הקבועים בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות ובכפוף למבחנים שנקבעו בפסיקה למתן סעד כזה בהליך אישי וככל שקיימת עילה אישית בעניין. בית המשפט העליון קיבל את הערעור והחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי על מנת שידון בבקשת האישור ויכריע בה לפי שיקול דעתו על בסיסן של אמות המידה אשר חלות על תובענה ייצוגית שמבוקשה הוא סעד הצהרתי מניעתי ובכפוף לעמידה בתנאים להגשת תובענה ייצוגית הקבועים בחוק. לצד זאת, נקבע, שלכאורה אין בסיס בדין להגשת הליך של הגנה ייצוגית (כלומר שאחרי הגשת תביעה, אחד הנתבעים יבקש להגן על קבוצה שלמה של נתבעים) היות והליך כזה טעון הסדרה חקיקתית.

ה. נזיקין:

27. עע"א 2829/21 **פלונית נ' מדינת ישראל ואח'**

פסק דין העוסק באחריותן בנזיקין של רשויות המדינה הפועלות בכשירותן השלטונית – 'חריג שיקול הדעת'. בתביעה הועלו טענות נגד מועד הוצאת תדריך מטעם משרד הבריאות בנוגע לנטילת חומצה פולית לפני הריון ובחודשים הראשונים להריון; המערערת ביקשה לייחס למדינה רשלנות במחדל, באי ביצוע פעולת אסדרה שעניינה בקביעת סטנדרט חדש לטיפול בנשים הרות. נקבע כי הלכת **לוי** (ע"א 915/91) ו'חריג שיקול הדעת' תקפים. קביעת אחריותה הנזיקית של רשות שלטונית המפעילה שיקול דעת תיגזר ממהות הסמכות מכוחה פועלת הרשות ומטיבו של שיקול הדעת המופעל על ידה.

28. עע"א 1726/21 **בכרי נ' מגנאג'י ואח'**

הערעור נוגע לסרט "ג'נין ג'נין", ותביעת לשון הרע שהוגשה בעקבות פרסומו, על ידי קצין במילואים המזוהה בסרט. בחודש אפריל 2002, במהלך האינתיפאדה השנייה, יצא צה"ל למבצע "חומת מגן". במהלך המבצע נכנסו כוחות צה"ל למחנה הפליטים בעיר ג'נין, שהיוותה מוקד מרכזי להתארגנויות לפיגועים. בסמוך לאחר המבצע, יצר המערער את סרטו הדוקומנטארי-כביכול, שבו מובאות תגובות של תושבים פלסטיניים לאירועים שהתרחשו במהלך המבצע, ובכללן תיאורים של מעשים קשים שבוצעו כביכול על ידי חיילי צה"ל במהלך הלחימה. תביעת מגנאג'י, שהשתתף בלחימה בג'נין, הוגשה לבית המשפט המחוזי בשנת 2016, לאחר שגילה כי צילום שבו הוא מזוהה שולב באחת הסצנות בסרט. התביעה הוגשה בגין ארבע הקרנות של הסרט שנערכו בין השנים 2010-2012, וכן בגין העלאת הסרט לאתר YouTube. בית המשפט המחוזי קיבל את התביעה, וגם בערעור נפסק כי יש להטיל על המערער אחריות בגין ארבע הקרנות של הסרט שבוצעו בין השנים 2010-2012. בדעת רוב נקבע כי יש להטיל על המערער אחריות גם בגין פרסום הסרט באתר YouTube, וכי יש להותיר את הסעדים שנפסקו בבית המשפט המחוזי, ובכללם צו מניעה גורף האוסר על הקרנת הסרט בישראל, על כנם.

29. עע"א 6313/19 **רשות ניירות ערך נ' שמואל ואח'**

ערעור שעניינו אחריותה של רשות ניירות ערך לנזקים שנגרמו למשקיעים שאיבדו את הכספים שהשקיעו באמצעות חברה פרטית, יוטרייד פרימיום בע"מ, שלא יכלו להיפרע ממנה. האחריות הנטענת היתה בגין מחדלים נטענים של הרשות לניירות ערך. פסק הדין מתייחס בהרחבה לגבולות הראויים של חובת הזהירות של המדינה והרשות בכובעה כמפקחת וכמאסדרת, תוך עמידה על הזהירות היתרה, האיפוק והריסון שבהם על בית המשפט לנקוט בהתערבות בעניין, ועל מרחב שיקול הדעת הרחב של הרשות. בין היתר נקבע כי הטלת אחריות נזיקית על רשויות המדינה בגין רשלנות בקשר לפעולות פיקוח ואכיפה צריכה להיעשות במקרים חריגים ונדירים בלבד, קל וחומר כאשר מדובר בגורם מאסדר, ועל בית המשפט לנקוט זהירות גדולה אף יותר בהטלת אחריות על גורם מאסדר מאשר בהטלת אחריות על גורם המפעיל סמכויות פיקוח ואכיפה שאינו מאסדר.

30. רע"א 8176/21 **רוכברגר נ' עיריית רמת השרון ואח'**

פסק הדין קובע כי הסדר החסינות של עובדי ציבור מפני תביעות אזרחיות, הקבוע בסעיף 7א לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], הוא רחב, וחל גם במערכת היחסים שבין העובד לבין הרשות הציבורית. לצד זאת, גם כאשר מתקיימים תנאי החסינות הקבועים בסעיף 7א(א) לפקודה, הרשות הציבורית זכאית לתבוע פיצוי או שיפוי מעובד הציבור, לפי סעיף 7ו(א) לפקודה כאשר העובד הציבור סטה באופן חמור מסטנדרט התנהגות ראויה של עובד ציבור (מבחן אובייקטיבי).

31. רע"א 5695/20 **עיריית נצרת נ' מדינת ישראל – משרד החינוך ואח'**

נקבע כי החובה לערוך ביטוח תאונות אישיות מכוח חוק לימוד חובה, התש"ט-1949 חלה על **רשות החינוך המקומית** ומתייחסת הן למי שלומד במוסד חינוך רשמי והן למי שלומד במוסד חינוך שאינו רשמי והוחל לגביו חינוך חינם בהתאם לצו לימוד חובה (חינוך חינם שלא במוסד חינוך רשמי), התשל"ח-1978 שהוצא מכוח סעיף 6(ג) לחוק. בית המשפט ציין כי מבוטחים כיום תלמידים רבים אף מעבר לתלמידי החינוך הרשמי והתלמידים שחל לגביהם הצו.

32. בש"א 4697/21 **מדינת ישראל נ' פלונית**

רשמת בית המשפט העליון קבעה כי במקרה שבו בית המשפט הורה לצדדים על השלמת טיעון בשאלת ההוצאות – יש למנות את הימים להגשת הערעור על פסק הדין מיום הינתנו ולא מיום מתן ההחלטה בעניין ההוצאות ולכן נקבע כי הערעור הוגש באיחור. ערעור המדינה שהוגש על החלטה זו התקבל וזאת מן הטעם שנמצאו טעמים מיוחדים להארכת מועד להגשת הערעור.

ה.1. קצין תגמולים:

33. רע"א 2858/21 **מדינת ישראל - קצין התגמולים נ' פלונית ואח'**

בנם המנוח של המשיבים התאבד בזמן השירות הצבאי. עלתה השאלה האם בנסיבות קיצוניות של טענות לניכור הורי ולהתעללות מצד המשיבים כלפי בנם, יש עילה בדין לסייג את זכאותם כהורים שכולים לתגמולים. נפסק כי נוכח העדר הסמכה בדין אין להקנות סמכות שבשיקול דעת המאפשרת לקצין

התגמולים לשלול תגמולים מבני משפחה על יסוד חריג התנהגות "רעה חמורה" המתייחס רק לנספה עצמו.

34. רע"א 825/22 **קצין התגמולים באגף השיקום, משרד הביטחון – מדינת ישראל נ' פלוני**

פסק דין העוסק בהסדר ההתיישנות הקבוע בסעיף 32 לחוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב] התשי"ט-1959. מדובר בהסדר מיוחד וממצה, הדוחה מפניו את הסדר ההתיישנות הכללי שבחוק ההתיישנות תשי"ח-1958. סעיף 32א לחוק הנכים מקנה לקצין התגמולים סמכות להאריך את המועד להגשת תביעות להכרה בזכות אם הוא סבור שמן הצדק לעשות כן, **בהתקיימם של ארבע תנאים מצטברים שנקבעו בסעיף**. בית המשפט העליון, ובעקבותיו קצין התגמולים, מפרשים את סעיף 32א בהרחבה כדי להימנע ככל שניתן מחסימת תביעות הכרה מוצדקות של נכי צה"ל. על אף הפרשנות הרחבה שיש לתת לסעיף, במקרה דנן לא מתקיימים שלושה מתוך ארבעת התנאים המצטברים להחלתו ולכן התביעה התיישנה ללא תקנה.

35. רע"א 2434/22 **פלוני נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון – אגף השיקום**

נקבע, כי וועדה רפואית עליונה לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], התשי"ט-1959 היא גוף מעין שיפוטי, והמסמכים שבתיקה מהווים חלק מההליך המעין שיפוטי שבפניה, ועל כן דינם כדין מוצגים המוגשים בהתדיינות בפני בית משפט. לפיכך אין להשוות את מעמדם של מסמכים אלה לרשומה רפואית שאדם זכאי לקבל מקופ"ח או ממוסד רפואי. חוק זכויות החולה, התקנות והתעריפון שנקבעו מכוחם, אינם נוגעים למסמכים שבתיק הוועדה. לנכה זכות לעיין בתיק הוועדה ולקבל עותק ממנו. הגורם שאמור לספק את התיק לנכה או בא כוחו, **ללא תשלום**, הוא הוועדה הרפואית או גורם אחר במשרד הביטחון, ולא קצין התגמולים.

36. רע"א 7796/20 **פלוני נ' משרד הביטחון**

פסק הדין עוסק באופן בחינת הקשר הסיבתי בין שירותו הצבאי של חייל לבין מחלה קונסטיטוציונלית שפרצה אצלו בזמן השירות. נקבע כי יש להתחיל בבחינה "נקייה" ועובדתית של השאלה האם השירות הצבאי, בשל תנאיו הכלליים או אירוע מסוים בו, גרם להתפרצות המחלה. הבחינה נעשית על סמך חוות דעת של רופאים מומחים, לצד עדויות וחומרים עובדתיים רלוונטיים נוספים. ככל ששאלת הקשר הסיבתי העובדתי-רפואי מוכרעת לטובת החייל, יש להמשיך ולבחון התקיימותו של קשר סיבתי משפטי על היסוד האובייקטיבי ועל היסוד הסובייקטיבי שבו. היסוד הסובייקטיבי בוחן את הפגיעה מנקודת מבטו של החייל, בדומה לעקרון 'הגולגולת הדקה' שבנזיקין. היסוד האובייקטיבי מתמקד בטיב הקשר בין השירות הצבאי לבין התפרצות המחלה, ולעניין זה הותוו בהלכת **אביאן** שלושה סוגי מקרים, כדי להקנות אמות מידה להפעלת שיקול דעתו של בית המשפט בפירושו את דרישת ה'עקב' בחוק הנכים, אולם שיקול דעתו של בית המשפט הוא רחב. בנוסף, יש להפעיל את שיקול הדעת לאור תכלית החוק – חוק סוציאלי אשר נועד להיטיב עם נכי צה"ל – ולכן יש לפרשו באופן ליברלי וברוחב לב.

37. רע"א 5432/22 **פלונית נ' קצין תגמולים – משרד הביטחון – אגף שיקום**

בית המשפט העליון דן לראשונה בהליך הנוגע לתיקון 29 לחוק הנכים (תגמולים ושיקום), התשי"ט-1959 ("תיקון גורן") ותחולתו. במסגרת פסק הדין נדונה פרשנות המונח "התגלו" המופיע בסעיף 53 לחוק ההתייעלות הכלכלית, התשע"ז-2016, אשר מחריג את תחולת תיקון גורן וקובע שהתיקון לא חל על תביעה להכרה בשל מחלה או החמרת מחלה **שהתגלו** לפני יום כ"ט בטבת התשע"ד (1 בינואר 2014), גם אם התביעה הוגשה לאחר המועד הקובע בסעיף 29 לחוק הנכים (27.04.2017). בית המשפט העליון קבע, למעלה מן הצורך בנסיבות העניין, כי **המונח "התגלו" מתייחס למקרים בהם "ניתן ביטוי חיצוני כלשהו למחלה, בין אם אובחנה ובין אם לאו"**, ואינו מתייחס למחלות חבויות, שאין להן כל סימן חיצוני אף אם נטען שקיננו בגוף התובע.

<u>ו. מקרקעין:</u>

38. <u>דנ"א 6364/20 **שר הביטחון ואח' נ' סאלחה ואח'**</u>

ההליך עסק בקרקע שהקצה הממונה על הרכוש הממשלתי לצורך הקמת היישוב מצפה כרמים ובסוגיה האם הקרקע תוכל להוסיף ולשמש את היישוב, על אף שהתברר למפרע כי אין מדובר ב"רכוש ממשלתי", אלא ברכוש הרשום על שם פרטיים. הדיון התמקד ב"תקנת שוק" שהותקנה על ידי המפקד הצבאי בשטחי איו"ש במסגרת סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967. בפסק הדין הסכימו הדעות השונות כי סעיף 5 קובע הסדר משפטי של "מעין תקנת שוק". עם זאת, דעות השופטים נחלקו בנוגע לניתוח תנאי סעיף 5 וליישומם במקרה דנן. בדיון הנוסף, בית המשפט העליון הפך את פסק הדין, וקבע כי אין לפנות את תושבי היישוב מבתיהם, וזאת בדעת רוב של 4 שופטים אל מול 3 שופטים בדעת מיעוט.

39. <u>רע"א 8694/20 **דוויק ואח' נ' זרביב ואח'**</u>

הליך שעניינו תביעת פינוי שהגישו המשיבים נגד המבקשים בגין נכס המצוי במקרקעין לא מוסדרים, בסילוואן - כפר השילוח. המשיבים הם נאמני ההקדש, הידוע כ"הקדש בנבנישתי", שבעלותו בנכס הוכרה בהליכים קודמים. הדיון נסב סביב השאלה, האם היה מקום לקבל את תביעת הפינוי, ולדחות את טענות המבקשים בדבר התיישנות שיש בה כדי למנוע את סילוק ידם. כמו כן התקיים דיון בשאלת יישום דיני ההתיישנות במקרה דנן, בשים לב לכך שהנכס נוהל שנים רבות על-ידי האפוטרופוס הכללי, ומשום כך יש לסווגו בתקופה זו כ"מקרקעי ציבור" שאין תקופת ההתיישנות נמנית במהלכה.

40. <u>ע"א 6554/20 **עזבון המנוח ג'אבר חורי ז"ל ואח' נ' מדינת ישראל - רשות מקרקעי ישראל ואח'**</u>

נפסק כי הסמכות להורות על שחרור נכסים מוקנים מסורה לאפוטרופוס לנכסי נפקדים. החלטת האפוטרופוס בעניין זה היא החלטה מנהלית שהביקורת השיפוטית עליה מסורה לבג"ץ. בנוסף נפסק כי הלכת **אריזור** חלה גם על הפקעה לפי חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953.

41. <u>ע"א 2276/20 **מועצה אזורית לב השרון ואח' נ' דוידי ואח'**</u>

מדובר במקרה בו נחתם חוזה לפיצוי עקב הפקעה, אך הפיצוי החוזי התיישן. נקבע כי הפיצוי מכוח דיני החוזים קיים במקביל לדיני ההפקעה ובמידה והחיוב החוזי לא קוים או התיישן, הרי שעדין עומדת לנפקע

זכותו לקבל פיצוי בהתאם לפקודת הקרקעות. במקרה שם, בגלל שהרשות טרם תפסה חזקה בקרקע הרי שהחיוב לשלם פיצויי הפקעה מתחיל לאחר 90 ימים ממועד תפיסת החזקה ומכאן כי לא התיישן.

42. ע"א 1432/18 **רשות הפיתוח באמצעות רשות מקרקעי ישראל נ' עומר רייס, יו"ר ועד ההקדש (ווקף)**

נקבע כי ההקדש (ווקף) על-שם שיח' עלי נור אלדין אלישרוטי יירשם כבעלים של מקרקעין מסוימים בכפר תרשיחא. מדובר בהליך הסדר זכויות במקרקעין, בו הגישו הצדדים תביעות סותרות לבעלות בחלקות בכפר תרשיחא. המשיב טען כי המקרקעין שייכים להקדש. המדינה גרסה כי מדובר בנכסי נפקדים שרכשה רשות הפיתוח מהאפוטרופוס לנכסי נפקדים לפי חוק נכסי נפקדים, התש"י-1950. המחלוקת העיקרית נגעה לתפקידו של השיח' אלהאדי אלישרוטי ביחס להקדש, במועד הרלוונטי לפי החוק. בית המשפט המחוזי קבע בין היתר כי שיח' אלהאדי לא היה המנהל (המתוולי) של ההקדש בתרשיחא במועד הרלוונטי לפי חוק נכסי נפקדים, וכן דן בעניין זיהוי הנכסים שבמחלוקת.

בית המשפט העליון קיבל בחלקו את הערעור בקובעו כי הוכח במאזן ההסתברויות הנדרש בדין האזרחי כי השיח' אלהאדי, נכדו של שיח' עלי נור, לא עסק בניהול נכסי ההקדש בתרשיחא ואף לא נהנה מפירותיהם, החל מהמועד הקובע לפי חוק נכסי נפקדים (30.10.1948). לפיכך, בדין הורה בית המשפט המחוזי כי ההקדש הוא שיירשם כבעלים של מקרקעי ההקדש. עם זאת, השאלה באילו שטחים מתוך החלקות מושא ההליך הוכחו זכויות ההקדש, לא מוצתה והדיון הוחזר לבית המשפט המחוזי.

ז. משפחה ומעמד אישי:

43. דנ"א 1297/20 **פלוני ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה** ; דנג"ץ 5591/20 **צור-וייסלברג ואח' נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים ואח'**

נפסק כי צו הורות פסיקתי הוא צו המכונן קשרי הורות ואינו צו הצהרתי. עוד נפסק כי יש צורך בצו הורות פסיקתי של בית המשפט לענייני משפחה על מנת לכונן הורות מכוח "זיקה לזיקה", דהיינו הורות של אדם שנעדר קשר ביולוגי ליילוד אך מקיים קשר זוגי עם ההורה הביולוגי. נפסק כי כאשר בוצע הליך פונדקאות מחוץ לישראל ניתן להחיל את צו ההורות האמור באופן רטרואקטיבי וזאת החל מהמועד שבו נותקה הזיקה בין הפונדקאית ליילוד, כל עוד הבקשה למתן צו ההורות הוגשה בתוך תשעה חודשים ממועד הלידה. נקבע כי לצורך רישום הורות מכוח "זיקה לזיקה" יש להציג בפני פקיד המרשם תעודה ציבורית מתאימה, ולא ניתן להסתפק בהודעה מטעם בני הזוג.

44. בע"מ 4741/21 **פלונית ואח' נ' פלונית ואח'** ; בע"מ 5010/21 **פלוני נ' פלוני ואח'**

עניינו של ההליך הראשון הוא בביטול צו הורות פסיקתי בעקבות כך שבנות הזוג נפרדו, ועניינו של ההליך השני בבקשה לצו הורות פסיקתי לאחר פרידה. בית המשפט העליון נתן רשות לערער בשני ההליכים בהתייחס להיבטים המשפטיים של הסוגיה (להבדיל מהנסיבות הקונקרטיות של ההליך והקביעות העובדתיות בערכאות דלמטה) ודחה את שני הערעורים, תוך חיוב המבקשים בהוצאות. נפסק, כי "**ההורות שמכונן צו ההורות הפסיקתי אינה אך גלימה חיצונית שההורים רשאים לפשוט לאחר שהזוגיות ביניהם קמלה. מדובר באקט מכונן, שנועד להגן על זכויות שני בני הזוג, כשם שהוא שומר על טובת הילד – על**

קשת החובות ההוריות הכרוכות בכך. "הורות היא הורות", ולכן יש להקשיח את התנאים לביטול צו הורות פסיקתי שכבר ניתן, ולהבטיח כי שערי הכניסה אליו לא יינעלו במצבי פרידה והעדר הסכמה בין בני הזוג".

45. בע"מ 8236/21 **פלונית נ' היועצת המשפטית לממשלה**; בע"מ 8606/21 **היועצת המשפטית לממשלה נ' פלונית**

פסק הדין עוסק במקרה בו המבקשת הביאה ילדים לעולם בהליך פונדקאות בארה"ב באמצעות תרומת זרע ותרומת ביצית מתורמים אנונימיים, באופן שלמבקשת אין קשר ביולוגי או גנטי לקטינים. בית המשפט לענייני משפחה ובית המשפט המחוזי, קבעו כי אין מקום למתן צו הורות פסיקתי בהיעדר קשר גנטי לילוד ובהיעדר קרבה של "זיקה לזיקה". יחד עם זאת, הם קבעו כי עניינה של המבקשת בא בגדרי חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, תוך הגמשת הוראותיו למציאות הייחודית דנן. בפסק הדין של בית המשפט העליון נקבע כי הנושא שלפנינו אינו בא בגדרי חוק האימוץ. ואולם, בנסיבות הייחודיות של המקרה, לא נמצא מקום להתערב בתוצאה לפיה יינקט הליך אימוץ בעניינם של הקטינים, שהיא בבחינת "רעה במיעוטה".

46. בע"מ 5620/22 **היועצת המשפטית לממשלה נ' פלוני ואח'**

הליך אשר עסק בבקשה לצו אימוץ שיכונן יחסי הורות בין המשיבה לבין הקטין שנולד בהליך פונדקאות בחו"ל שניהלו המשיבים, בני זוג נשואים, אזרחי ישראל המתגוררים שנים ארוכות באוסטרליה לצרכי עבודה. הקטין נושא מטען גנטי של המשיב ושל תורמת ביצית אנונימית. המשיב הוכר כאבי הקטין בהתבסס על תוצאת בדיקה גנטית וחוות דעת רפואית. המשיבים פנו לבית המשפט לענייני משפחה בישראל שיינתן צו אימוץ שיכונן יחסי הורות בין המשיבה לבין הקטין. בבית המשפט לענייני משפחה נקבע כי ניתן לקיים הליך לאימוצו של קטין, אף כי מבקשת צו האימוץ (בת הזוג של האב הביולוגי) אינה תושבת ישראל שכן הזוג מתגורר מחוץ למדינה כבר יותר מעשר שנים. ערעור היועצת המשפטית לממשלה לבית המשפט המחוזי התקבל בחלקו, ועל כך הוגשה בקשת רשות הערעור. בקשת רשות הערעור התקבלה, תוך שבית המשפט מקבל את עמדת היועצת המשפטית לממשלה במלואה וקובע כי סעיף 28 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 קובע בלשון ברורה, מפורשת וחד-משמעית כי "**בית המשפט ישראלי מוסמך לעניין חוק זה כשהמאמץ הוא תושב ישראל**". לא ניתן לסטות מהוראת חוק זו נוכח עיקרון טובת הקטין והוראת סעיף 1(ב) לחוק הקובעת כי "צו אימוץ וכל החלטה אחרת בהליכי אימוץ יינתנו אם נוכח בית המשפט שהם לטובת המאומץ", וזאת אף שעיקרון טובת הילד נתפס כ"עקרון על" החולש על חוק האימוץ כולו.

ח. אזרחי-פלילי

47. ע"א 2966/17 **אס. אר. אקורד בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'**

ניתן פסק דין של בית המשפט העליון, בו נדונה לראשונה השאלה האם חילוט גובר על שעבוד צף שטרם התגבש. בית המשפט העליון קיבל את עמדת המדינה על כל חלקיה ופסק פה אחד כי חילוט גובר על שיעבוד צף שטרם התגבש.

48. רע"א 7901/20 **מדינת ישראל נ' אליגווייב**

פסק דינו של בית המשפט העליון קיבל את ערעור המדינה בדעת רוב. ההליך עסק בשאלה באיזה הליך רשאי מותב לצוות על תשלום הוצאות הגנה ועל פיצוי לנאשם שזוכה – האם בהליך אזרחי או בהליך פלילי. נפסק בדעת רוב בנוגע לפרשנות של המונח "בית המשפט" בסעיף 80 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 ובתקנה 5 לתקנות סדר הדין (פיצויים בשל מעצר או מאסר), התשמ"ב-1982 כי הכוונה לבית המשפט הפלילי בלבד. נקבע כי הערכאה האזרחית שדנה בתביעת רשלנות שמגיש הנאשם נגד המדינה בגין רשלנותה בנקיטת הליכים פליליים נגדו, אינה מוסמכת לפסוק פיצויים מכוח הוראות חוק אלה, אף לא מיוזמתה.

ט. סדר דין אזרחי:

49. ע"א 1062/20 **מדינת ישראל נ' סימון ואח'**

בית המשפט חידד את הכללים והחריגים להוצאת 'צו חוסם' המופנה למזכירות, ו'צו מניעה אישי'. יודגש כי בעניינם של המשיבים הוצא צו מניעה אישי. נקבע, כי כל עוד המסמך שמגישים המשיבים עומד בתנאים הנדרשים מבעלי-דין רגילים, על המזכירות לקבלו לרישום. כמוכן, אם סבורה המערערת כי המשיבים מפרים את צו המניעה האישי שניתן בעניינם, היא רשאית להגיש בקשה לפי פקודת בזיון בית המשפט. הובהר, כי תחולת הצו נועדה למנוע הגשה של הליכים החורגים מסדר הדברים הרגיל, ולא עונים על הגדרת הליכי ערעור 'סטנדרטיים'.

50. רע"א 6209/22 **רשות מקרקעי ישראל נ' פאהום**

בית המשפט העליון קיבל את בקשת רשות הערעור מטעם המדינה ואף את הערעור מטעמה. בית המשפט עמד על הקווים המנחים לדון בטענת סף של התיישנות, והורה כי התיק יוחזר לבית משפט קמא על מנת שידון בטענת ההתיישנות של המדינה (כמו גם בטענות סף נוספות) ויבחן האם לצורך הכרעה בהן נדרש בירור עובדתי. אם לא, מן הראוי שבית המשפט קמא ידון ויכריע בטענות הסף כבר בשלב מקדמי של התביעה. נקבע גם כי אם יסבור בית משפט קמא כי ההכרעה כרוכה בבירור עובדתי, הוא יוכל לשקול אם לפצל את הדיון כך שטענות הסף יוכרעו בנפרד ובטרם בירור התביעה גופה, או שמא יהיה יעיל יותר לדון בהן יחד עם התביעה העיקרית.

51. רע"א 5406/22 **פלוני נ' הראל חברה לביטוח בע"מ ואח'**

החלטתו של כב' השופט עמית העוסקת בסוגיות של גילוי מסמכים. בהחלטה, אמירות חשיבות בעניין הליכי הגילוי המוקדם, וכן אמירות בנוגע למסמכים המצויים בידי זרועותיה השונות של המדינה.

בהחלטתו, בית המשפט חוזר על הכלל לפיו אין מקום להתיר חקירה על תצהיר גילוי מסמכים. תקנה 110 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 איפשרה לבעל דין לחקור מצהיר על התשובות שניתנו לשאלון, אך בפרקטיקה כמעט שלא נעשה שימוש באפשרות זו. בתקנות החדשות אין זכר לאפשרות זו, ולדידו של השופט עמית, יש לפרש אותן בנקודה זו כפשוטן. "מתן אפשרות לחקור את המצהיר על שאלון עלולה להפוך את הליכי הגילוי המוקדם, שהם חלק משלב ההכנה למשפט, למעין הליך הוכחות, ואנה אנו באים".

<u>י. פסיקה בעניין פעולה מלחמתית וחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 (להלן: "חוק הנזיקים האזרחיים"):</u>

52. <u>ע"א 993/19 **פלוני נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון ואח'**</u>

בית המשפט העליון דחה פה אחד את הערעור שהוגש על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, תוך שפסק כי סעיף 5ב(א)(1) לחוק הנזיקים האזרחיים, בו נקבע הסדר הפוטר את המדינה מאחריות נזיקית כלפי תושבי רצועת עזה שהוכרז כשטח אויב, הוא חוקתי. התיק עסק בתביעת נזיקין שהגיש המערער, תושב רצועת עזה, נגד המדינה, בגין נזק גוף אשר לטענתו נגרם לו ביום 16.11.2014, כתוצאה מירי שנורה לעברו על ידי כוחות צה"ל, בעת ששהה סמוך לגדר המערכת שבין ישראל לרצועה. המדינה הגישה בקשה לסילוק התביעה על הסף, לאור הוראת סעיף 5ב(א)(1) לחוק הנזיקים האזרחיים, כפי שתוקנה בתיקון מס' 8 לחוק, לפיה, אין המדינה אחראית בנזיקין לנזק שנגרם למי שהוא "תושב שטח מחוץ לישראל שהממשלה הכריזה עליו, בצו, כשטח אויב". רצועת עזה הוכרזה ביום 07.10.2014 כ"שטח אויב" בצו הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (הכרזה על שטח אויב – רצועת עזה), התשע"ה-2014. ההכרזה הוחלה רטרואקטיבית החל מיום תחילת מבצע צוק איתן, 07.07.2014.

53. <u>רע"א 3065/21 **מדינת ישראל נ' עזבון המנוח יוסף סאמי יוסף שואמרה ואח'**</u>

עסקינן באירוע שארע באזור לכיש ביום 19.03.2014, במהלכו נפצע יוסף סאמי יוסף שואמרה (להלן: "**המנוח**"), לאחר שחצה את גדר ההפרדה והתקדם לתוך שטח ישראל. כוח צבאי שביצע מארב במקום פתח בנוהל מעצר חשוד, קרא קריאות אזהרה, ירה פעמיים באוויר ולבסוף ביצע ירי לכיוון רגלו של המנוח, אשר מת מפצעיו. בגין מותו, הוגשה תביעה נזיקית נגד המדינה.

בית המשפט העליון קבע ראשית כי הבקשה מעלה שאלה בעלת חשיבות משפטית או ציבורית החורגת מעניינם הפרטני של הצדדים להליך ולכן יש ליתן רשות ערעור. לגופו של עניין נקבע כי שגה בית המשפט המחוזי כאשר הורה על השבת הדיון לבית משפט השלום לשם הכרעה בטענת הרשלנות, טרם שהכריע בשאלת סיווג האירוע כ"פעולה מלחמתית", וכי אין לכרוך את בירורן של שתי סוגיות אלה יחדיו. מכאן קביעתו כי דין הערעור בעניינה של קביעה זו להתקבל.

נקבע כי יש לדון בטענת פעולה מלחמתית כטענה מקדמית ולאלתר, בטרם הכרעה בטענות הנוגעות לתביעה גופה. עוד נקבע כי קביעתו של בית המשפט המחוזי לא נומקה, ולו באופן מינימלי, ולא צוין בפסק הדין כל פגם או חסר אשר נפלו בפסק הדין המקיף של בית משפט השלום המצדיק את ביטולו. יש חשיבות להנמקה שיפוטית על מנת שהצדדים יבינו את הבסיס לקביעת בית המשפט בעניינם והן כדי לאפשר את העברתן של קביעות אלה תחת שבט הביקורת הערעורית.

בכל הנוגע לקביעות הנוגעות לסיווג האירוע כ"פעולה מלחמתית", התקבל הערעור באופן חלקי כך שבית המשפט המחוזי ישוב ויכריע בערעור על פסק דינו של בית משפט השלום, ככל שהוא נוגע לסיווג האירוע, וינמק קביעותיו.

54. <u>ע"א 2635/22 **עזבון המנוחה עאישה ראבי ואח' נ' משרד הביטחון**</u>

פסק הדין עסק בתביעה כנגד המדינה לקבלת פיצוי כספי בגין מות המנוחה כתוצאה מפגיעת אבן שהושלכה לעבר רכבה. נקבע, כי מאחר שכתב התביעה מייחס למדינה בעיקר מחדלים ביטחוניים, חל חוק הנזיקים האזרחיים בעניין. התביעה הוגשה כשנתיים וחצי לאחר האירוע, כך שהתיישנה. נמצא כי לא הייתה מניעה להגיש את התביעה בתוך תקופת ההתיישנות, והמערערים לא עמדו בנטל להוכיח כי לא הייתה להם אפשרות סבירה לעשות כן. נדחתה טענת המערערים כי יש להאריך את תקופת ההתיישנות מכוח הוראות חוק ההתיישנות, וזאת מכיוון שכללי ההתיישנות שבחוק הנזיקים האזרחיים הם ספציפיים וייחודיים וגוברים על הוראות חוק ההתיישנות, התשי"ח-1958.

55. ע"א 6655/21 **פלוני ואח' נ' מדינת ישראל**

פסק הדין דחה את הערעור, וזאת בהעדר עילה להתערבות במסקנה של בית המשפט המחוזי, שלפיה המנוחה נהרגה במהלך פעולה מלחמתית. לנוכח מסקנה זו, בית המשפט המחוזי חייב היה לדחות את התביעה על הסף, וממילא לא היה מקום להידרש אליה – גם אם בבחינת למעלה מן הצורך – לטענת המערערים כי החיילים בשטח הפרו את הנהלים, את דיני הלחימה הבינלאומיים, או פעלו מתוך רשלנות רבתי. נקבע, כי בחינה שכזו, מנוגדת ללשון החוק ותכליתו.

יא. אגרות:

56. רע"א 7614/21 **איתנים י.ר. בניה וחיזוק מבנים בע"מ נ' מגרש 901 בגוש 6158 בע"מ ואח'**

נקבע כי בעת דיון בבקשת החייאה של "חברת בית משותף", בית המשפט יבחן את בקשת הרשם לקביעת חוב אגרה בגין השנים שבהן הייתה החברה מחוקה. על בית המשפט לבחון את הבקשה בהתאם לשיקולי המדיניות שבהלכת **ורשבסקי** (ולא על-פי דרישת "פעולות שהיא חייבת לבצען לפי דין" שבתקנה 5א(ד) לתקנות החברות (אגרות), התשס"א-2001). נפסק כי ככל שיסבור בית המשפט כי שיקולים אלה מטים את הכף באופן משמעותי לטובת הטלת חוב אגרה בגין השנים שבהן הייתה החברה מחוקה, יִקבע בצו ההחייאה כי חוב זה יֵרשם בפנקסי הרשם לחובת החברה שהוחייתה. לבד מכך, ימנע בית המשפט מקביעת תנאים מקדימים להחייאה, למעט תנאים הכרחיים לעצם ביצוע ההחייאה.

57. ע"א 3529/22 **פלוני נ' פלונית ואח'**

פסק הדין עסק בהחלטה בעניין מתן פטור מתשלום אגרת בתי משפט בהליך לפסלות שופט. נקבע, כי במסגרת תביעה לפי חוק מניעת הטרדה מאיימת, התשס"ב-2001, הפטור מאגרה חל גם באשר להליך פסלות שופט שנדון.

58. רע"א 8835/21 **טייר ואח' נ' חדד ואח'**

נקבע כי לצורך בחינת השאלה אם מדובר בסעד כספי אם לאו, יש לבחון את השאלה האם התובע הראה אינטרס לגיטימי בבירור התביעה כתביעה לסעד הצהרתי דווקא, ולא כתביעה לסעד כספי. בית המשפט העליון פסק כי הסעדים נוסחו בעמימות רבה באופן המקשה לקבוע האם מדובר בסעדים שאינם כספיים, ולפיכך לא ניתן לקבוע כי המשיב הרים את הנטל לשכנע כי קיים אינטרס לגיטימי לבירור התביעה כתביעה

לסעדים שאינם כספיים, ואין להניח לטובתו כי מתקיים אינטרס כזה. לפיכך, מדובר בסעדים כספיים שיש להעריכם ולשלם בגינם אגרה מתאימה.

59. ע"א 5797/19 **עזריאלנט נ' בן ש"ד ואח'**

פסק הדין עסק בשאלה על איזה סוגי ההחלטות ניתן להשיג ברשות. נקבע כי 'ההחלטה' שדחתה ערעור על החלטת השופט בכובעו כרשם, הינה פסק דין שניתן היה להשיג עליו ברשות, ומשלא השיגו עליו ברשות לא ניתן לערער עליו בפסק הדין הסופי. נקבע גם כי המערערת לא יכולה לערער, במסגרת הערעור על ההחלטה למחוק את התביעה, גם על החלטת שופט בית המשפט המחוזי בכובעו כרשם בבקשה לפטור מאגרה, עליה הגישה ערעור בזכות לבית המשפט המחוזי, שכן הבקשה נדחתה בפסק דין של בית המשפט המחוזי.

60. רע"א 2020/21 **רני צים מרכזי קניות בע"מ נ' רבץ השקעות בע"מ ואח'**

פסק הדין עסק בשאלה איזו אגרה נדרש לשלם בגין תובענה בדרך של המרצת פתיחה לבית המשפט המחוזי, בבקשה כי בית המשפט יורה לצדדים לנהל הליך היפרדות על דרך של התמחרות. בית המשפט פסק בניגוד לעמדת המדינה לפיה עסקינן בסעד מעורב, כספי (ככל שמניות רני צים ירכשו) ושאינו כספי (ככל שמניות רבץ ודמרי ירכשו) וכי יש לשלם אגרה בהתאם לסעד הכספי. נקבע כי יש לסווג את התובענה ככזו שרואים את שוויה כבלתי ניתן לביטוי כספי ולשלם אגרה לפי תקנה 3 לתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007. נקבע כי ככל שהמבקשת תגיש תביעה כספית לאכיפת ההתמחרות, יהיה עליה לשלם אגרה כבתביעה לסכום קצוב.

יב. קניין רוחני:

61. רע"א 386/22 **BOEHRINGER INGELHEIM PHARMA GMBH & CO.KG נ' רשם הפטנטים, העיצובים וסימני המסחר**

ההליך עסק בפרשנות התיבות "צו להארכת פטנט ייחוס", שבסעיף 64א לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967. ההקשר הינו בקשה למתן צו הארכה לפטנט של חברת תרופות גרמנית. בית המשפט העליון פסק כי על רשם הפטנטים לא מוטלת חובה אקטיבית לבחון אם כל צו הארכה ניתן במדינה מוכרת באופן תקין, אם לאו, אלא לבחון אם הוא תואם את ההגדרה המפורטת של "צו להארכת פטנט ייחוס" בדין הישראלי. נקבע כי במקרה שבו הדין הזר מכיר בקיומם של סוגי צווים שאינם תואמים להגדרה שבחוק הישראלי, על הרשם מוטלת חובה שלא להביאם בחשבון, במסגרת קביעת משך צו ההארכה לפטנט הבסיסי.

תקצירי פסקי הדין

א. חוזים וחיובים:

מדינת ישראל
משרד המשפטים
פרקליטות המדינה - המחלקה האזרחית

1. רע"א 1901/20 **טרוים מילר בע"מ ואח' נ' Facebook Ireland Limited**

פסק הדין עסק בתנאי השימוש של פייסבוק ולשאלה אם תנית ברירת הדין הקבועה בתנאי השימוש ומפנה לדין הקליפורני, היא תניה מקפחת.

פסק הדין עסק בהסכם בין Facebook Ireland Limited (להלן: "**פייסבוק**") לבין עסק שרכש מפייסבוק שירותי פרסום (להלן: "**המבקשים**") ובטענת המבקשים כי בשל הפרת ההסכם על ידי פייסבוק נגרמו להם נזקים. פייסבוק ביקשה לדחות על הסף את התביעה בשל טענתה כי הסכם השימוש בין הצדדים כלל תנית ברירת דין, לפיה כל סכסוך בינה לבין הלקוח ידון על פי הדין של מדינת קליפורניה, ארה"ב (להלן: תנית ברירת הדין של פייסבוק). לטענתה, המבקשים לא התייחסו לדין מדינת קליפורניה בכתב התביעה שהגישו, ולא צירפו חוות דעת מומחה לגביו, ולכן דין תביעתם להידחות על הסף.

בדעת רוב של כב' השופט גרוסקופף וכב' השופטת וילנר וכנגד דעת מיעוט של המשנה לנשיאה (בדימוס) הנדל, ניתן פסק דין אשר אימץ את העמדה שהוגשה מטעם היועץ המשפטי לממשלה וקבע כי תנית ברירת הדין מקפחת את צרכני פייסבוק, לרבות עסקים קטנים.

פסק הדין אימץ את עמדת היועמ"ש לפיה בחינת קיומו של תנאי מקפח לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, אינה מתמצית ב"מבחן ההרתעה", בו התמקד בית המשפט המחוזי בהכרעתואלא, יש לשקול מספר שיקולים, אשר המרכזיים מביניהם הם אלה: קיומו של יתרון בלתי הוגן בתנאי הנדון, ובכלל זה יכולתו של המתקשר בעסקה להבין את תנאי העסקה ומערך החובות והזכויות המעוגן בה; מיהות הצדדים ופערי הכוחות ביניהם בשים לב לטיב ההתקשרות והיקפה; מידת התלות של הלקוח בהתקשרות; חיוניות המוצר או השירות וייחודיותו. עוד אומצה עמדת היועץ המשפטי לממשלה לפיה תנית ברירת דין מעניקה לספק הבוחר במערכת דינים המוכרת ונוחה לו יתרון בלתי הוגן על הלקוח המתקשר עמו כבר במועד כריתת ההסכם.

בית המשפט העליון קבע כי כאשר מדובר בהתקשרות עם לקוחות בחוזים אחידים, לא כל שכן לקוחות שהם צרכנים פרטיים ועסקים קטנים, תנית ברירת הדין המפנה לדין שנוח לספק איננה יכולה לצלוח את מבחני חוק החוזים האחידים. נשאל בפסק הדין: "היעלה על הדעת כי בית האופנה יקבע בחוזה אחיד שלקוחה הרוכשת שמלה בכיכר המדינה יכולה לתבוע אותו רק לפי הדין הצרפתי? האם עסק קטן המסתייע בשירותי הסניף הישראלי לעיצוב מודעה יידרש להתדיין לפי הדין החל במדינת ניו יורק, ארה"ב?" נקבע כי חוסר הסבירות בכך מובהק.

לעניין האבחנה בין המקרה דנן לרע"א 5860/16 .Facebook Inc נ' **בן חמו** (נבו 31.05.2018); (להלן: "עניין **בן חמו**"), התקבלה בפסק הדין האבחנה שערך היועץ המשפטי לממשלה לפיה, בעניין בן חמו ניתן משקל רב לעובדה שמדובר בתובענה ייצוגית ובנוסף הודגש האינטרס העסקי של פייסבוק בריכוז כלל התדיינויותיה לפי דין אחד – שני שיקולים אשר דומה כי הכריעו את הכף בעניין בן חמו ושלא מתקיימים בענייננו. הובהר, בפסק הדין כי בעניין **בן חמו** נקבע כי תנית ברירת הדין לא היתה מקפחת בגלל העובדה שהיה מדובר בתובענה ייצוגית רחבת היקף, ובמקרה דנן מדובר בתביעה של עסק קטן.

כן נקבע בפסק הדין כי פייסבוק עדכנה את תנאי השירות שלה וכי מיום 14.07.2018 יש אבחנה בתנית ברירת הדין של פייסבוק בין צרכנים לבין אחרים. לפי עדכונים אלו, במקרה של משתמש שהוא "צרכן", המחלוקות בינו לבין פייסבוק יתבררו בישראל ויחולו דיני מדינת ישראל. הטענה שהוצגה מטעם היועץ המשפטי לממשלה, היא כי עניין זה הדגיש את העובדה כי לפייסבוק כבר אין אינטרס מוגן "להיות כפופה למערכת דינים אחת" ולפיכך אינטרס זה הוחלש. בפסק דינה של כב' השופטת וילנר, אומצה עמדת היועץ המשפטי לממשלה ונקבע כי "תנית ברירת הדין החדשה מגלמת שינוי נסיבות רלוונטי לעניין המשקל שיש ליתן כיום לאינטרס של פייסבוק אירלנד לכלכל צעדיה לפי הדין הקליפורני בלבד." (פס' 15 לפסק דינה).

כב' השופט גרוסקופף התייחס בפסק דינו להלכה שנקבעה בעניין **בן חמו** וקבע כי: "אודה ולא אסתיר, כי ההלכה שנקבעה בעניין **בן חמו** מעוררת קושי בעיניי, וכי אני סבור שיש לפרשה בצמצום, כמתייחסת לסוגיה שנדונה באותו עניין, ואולי אף לשקול את שינוייה." (פס' 41 לפסק דינו).

השופטים נחלקו בנוגע למשמעות שיש ליתן לנסיבות הספציפות של העסקה. שופטי דעת הרוב קיבלו את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לפיה במקרה של חוזה בין חברה גדולה כמו פייסבוק ועסק קטן, תנית ברירת הדין הינה תנאי מקפח לאור פערי הכוחות הקיימים. בעמדה צוין כי, "קיומה של תניה מקפחת אינו מוגבל אם כן, על פי חוק החוזים האחידים, לשונו ותכליתו, רק לצרכנים, והדגש הניתן במסגרתו הוא לפערי הכוחות, ולכן השאלה אם עסקים קטנים הם בגדר צרכנים איננה נדרשת לענייננו. קיומו של צרכן עשוי ללמד על פערי כוחות אך אין לשלול קטגורית כי גם במקרה של עוסק יתקיים פער כוחות משמעותי ויתרון בלתי הוגן בקיומה של תנית ברירת דין." (פס' 50 לעמדה). שופטי הרוב ביקשו כי התיק יוחזר לבית משפט השלום על-מנת לאפשר לצדדים להביא ראיות ולהשמיע טיעונים בשאלה אם המבקשים הם "עסק קטן". בדעת המיעוט, כב' המשנה לנשיאה (בדימוס) הנדל הגיע למסקנה שונה והמליץ לדחות הערעור, וזאת בין היתר מאחר והמבקשים היו "גורמים עסקיים שרכשו שירותי פרסום מפייסבוק לאורך שנים...".

עוד נקבע בפסק דינו של כב' השופט גרוסקופף, כי: "לדידי, נקודת המוצא היא כי מדינת ישראל, ככל מדינה ריבונית, ובית משפט זה, כגורם המופקד על פרשנות הדין בתחומי מדינת ישראל, אינם יכולים (ובוודאי שאינם צריכים) לתת ידם ל"מיקור חוץ" של דיני החוזים הצרכניים החלים במדינת ישראל – לבטח שלא על דרך של מתן כוח הבחירה לידי תאגידים גלובליים לקבוע איזה דין זר יחול על עסקאות צרכניות הנערכות הלכה למעשה בישראל".

כב' השופט גרוסקופף הדגיש בפסק דינו כי "פייסבוק היא אחד העסקים הגדולים והמשפיעים ביותר הפועלים בישראל. כוחה רב במיוחד בתחום הפרסום באינטרנט, שהוא כאמור המקור העיקרי (והכמעט בלעדי) של הכנסותיה. פייסבוק איננה חושפת את מספר המשתמשים הישראליים, אך הוא מוערך בסדר גודל של מיליוני משתמשים, ואתר האינטרנט שלה הוא בין הנצפים ביותר בארץ. פייסבוק היא דוגמה אחת, מובהקת וחשובה, לתאגיד גלובלי המקיים פעילות עסקית ענפה של אספקת מוצרים ושירותים בכל רחבי העולם, ובכלל זה במדינת ישראל". דוגמאות לאתרים דומים שנמנו בפסק הדין הם אתרי המכירות המקוונים כדוגמת עלי אקספרס (AliExpress) או אמזון (Amazon), שחלקם פועלים בעולם הווירטואלי בלבד. לקבוצה זו משתייכת פייסבוק, ואליה ניתן לצרף תאגידים גלובליים נוספים כדוגמת גוגל (Google) ופייפל (PayPal).

נקבע בפסק הדין, בדומה לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, כי העובדה שהחברה פועלת בישראל מבטאת מבחינה אובייקטיבית כוונה משתמעת לכך שעל התקשרויותיה עם לקוחות בישראל יחול הדין הישראלי, וכי גם הציפייה הסבירה של הצרכן הישראלי היא שעל ההתקשרויות שלו עם חברות הפועלות בישראל, יחול הדין הישראלי. אי לכך, במקרה הפרדיגמטי, על חוזים מהסוג המתואר ראוי כי יחול הדין הישראלי.

בפסק דינו של השופט גרוסקופף אומצה עמדת היועץ המשפטי לממשלה כי הלקוח הבודד, בין אם הוא אדם פרטי ובין אם עסק קטן, אינו יכול לדעת מהו הדין האיטלקי/הצרפתי/הניו-יורקי, לא בעת כריתת החוזה ולא בעת התגלעות הסכסוך, ואין לדרוש ממנו לברר דין זה בבואו לבצע קנייה בישראל; מאחר שההכבדה הכרוכה בהוכחת דין זה במסגרת התדיינות בישראל היא משמעותית, ואין הצדקה להטילה על לקוח המצוי בישראל ואשר ביצע את העסקה בישראל; מאחר שההסדרה של התקשרויות חוזיות צרכניות מסוג זה בתחומי מדינת ישראל צריכה להתבצע על פי הכללים שהגדיר המחוקק הישראלי, ולא על פי אלה שנקבעו על ידי המחוקקים האיטלקיים, הצרפתיים או האמריקאים.

עוד נקבע בפסק הדין כי העובדה שזארה, טויוטה, גוגל, פייפל או פייסבוק פועלים במדינות רבות אינה מקנה להם פטור מתחולת הדינים המדינתיים בכל אחת מהמדינות בהן הם פועלים, ובוודאי שאין היא נותנת להם הצדקה לפטור עצמם מתחולת הדין הישראלי. דהיינו, אין בעובדה כי התאגידים הגלובליים פועלים במספר רב של מדינות שונות בעולם כדי להצדיק מתן פטור מתחולת הדין הישראלי אך מטעם זה. וכלשונו של השופט גרוסקופף בפסק הדין: "היעלה על דעתנו כי חברת האופנה הספרדית זארה (Zara), תצדיק את החלת הדין הספרדי על מכירת חליפה בקניון רמת אביב, בשל כך שהיא פועלת ב-88 מדינות, ומנהליה החליטו כי יקל עליהם לנהל את עסקיה אם על כל התקשרויותיה יחול דין אחד של מקום התאגדותה? הנסכים לכך שחברת טויוטה היפנית תתנה מול כל אחד מעשרות אלפי רוכשי הרכבים מתוצרתה בישראל, במסגרת החוזה שנכרת עימם (באמצעות היבואן הישראלי), כי כל תביעה נגדה תוגש על פי הדין היפני, רק משום שרכבי טויוטה נמכרים במדינות רבות, ואין היא מעוניינת בהחלת סטנדרטים שונים של אחריות לפי דיני המדינות בהן היא פועלת?"

בפסק הדין אומצה עמדת היועץ לפיה דווקא תאגידים המספקים שירותים ומוצרים הניתנים במרחב הווירטואלי עומדים בפני אפשרויות בחירה רחבות יותר בקביעת מקום התאגדותם בשל העלויות הנמוכות הכרוכות בכך. לפיכך, אם מקום מושבם של אותם תאגידים (להבדיל ממקום פעילותם) יהווה הגורם הבלעדי או המכריע לקביעת הדין שיחול על העסקה (לרבות על דרך של הכרה בתוקפה של תנית ברירת דינים המפנה למקום מושבו של התאגיד), הרי שהדבר עלול לעודד חברות רבות הפועלות במרחב הווירטואלי, בין אם הן מופעלות על ידי ישראלים ובין אם הן מופעלות על ידי גורמים זרים, לבחור במקום בו הדין הוא המיטיב עמם ביותר.

כן אומצה עמדת היועץ המשפטי לממשלה לפיה יש להתבונן על האינטרס של הצרכן הישראלי, שהיחסים בינו לבין פייסבוק יוסדרו לפי הדין הישראלי, בראי תכליות דיני הגנת הצרכן בישראל, בשים לב למאפיינם הקוגנטי. באספקלריה זו, תנית ברירת הדין שוללת אינטרס חשוב של הצרכן הישראלי ומעמיקה את פערי הכוח והמידע בינו לבין פייסבוק, באופן שפוגע בעקרונות שבבסיס דיני הגנת הצרכן. אכן, יש מקום להנחה שכתוצאה מהחלת דין זר על יחסי הצדדים בנסיבות דנן, הרי שבעת החתימה על החוזה – ואף אם קרא אותו בעיון רב – אין לצרכן אפשרות ממשית להיוודע לחובות שחלות עליו מכוח החוזה לפי הדין הזר, כמו

גם לזכויותיו ולפעולות שעליו לנקוט כדי להבטיח את מימושן. כאשר עסקינן בצרכן, לרבות עסק קטן, אין ציפייה סבירה כי זה ישכור את שירותיו של מומחה לדין הזר טרם חתימה על חוזה כבענייננו. לעומת זאת, יש להניח כי פייסבוק בקיאה ברזי הדין הזר ובמשמעויות תחולתו על החוזה על דקויותיהן. ממילא, אם יתגלע סכסוך בינה לבין הצרכן תיהנה פייסבוק, מהטעמים הנ"ל, מיתרון משמעותי ביותר. בנסיבות אלו, אין מנוס מן המסקנה כי תנית ברירת הדין מעמיקה את פערי המידע והכוח, אשר מהם כידוע ממילא נהנית פייסבוק ביחס לצרכניה. בסופו של יום נקבע בפסק הדין כי אין לתת לגיטימציה לניסיון גורף של תאגיד גלובלי הבוחר לקיים פעילות עסקית בישראל להתנער מתחולת הדין הישראלי כלפי ציבור לקוחותיו הצורך את שירותיו או רוכש את מוצריו, באמצעות תנית ברירת דין הקבועה בחוזה אחיד (וזאת בין אם הלקוח הוא אדם פרטי ובין אם הוא עסק קטן). הדרך המשפטית למנוע התנערות שכזו היא הגדרת התניה האמורה כתניה מקפחת, וזאת בהיותה ניסיון לזכות בהגנה מופרזת העולה על זו שהדין הישראלי מוכן לאפשר.

בית המשפט העליון הפנה לנייר עמדה שפרסמה רשות התחרות לאחרונה שנזכר בעמדת היועץ המשפטי לממשלה, שבמסגרתו המליצה לקדם אסדרה ביחסים שבין פלטפורמות מקוונות לבין משתמשים עסקיים, במטרה להתמודד עם פערי הכוחות בין הצדדים, ולנוכח הנחה ש"פעילותו של משתמש עסקי על גבי פלטפורמה מקוונת יוצרת פערי כוחות ביניהם, שעלולים להתבטא בפרקטיקות בלתי הוגנות בתנאי הסחר" (רשות התחרות קידום רגולציה בין ספקי שירותי תיווך מקוונים ומשתמשים עסקיים (7.02.20210)).

בסיומו של פסק הדין ציין בית המשפט העליון כי הרשויות הרלוונטיות החלו לבחון היבטים רלוונטיים לסוגיה (וראו גם: משרד המשפטים קול קורא – בחינת הסדרת הדין החל על עסקאות צרכניות מול חברות בינלאומיות (22.02.2021)), וקרא להן להשלים את האסדרה בהקשר הנדון.

קישור לפסק הדין.

2. רע"א 3643/19 **בסט קאר חברה לשירותי רכב בע"נ נ' חיימו בע"מ**

עניין פסק הדין בבקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופטת חנה פלינר), ע"א 8766-12-18, מיום 30.04.2019, אשר דחה במסגרתו את ערעורה של המבקשת על פסק דינו של בית משפט השלום בתל אביב (כב' הרשם הבכיר אבי כהן) בת"א 58464-09-17.

בתמצית, המבקשת הינה חברה לשירותי השכרת רכב, אשר נתבעה בגין נזקי רכוש של צד ג', שרכבו נפגע כתוצאה מתאונה שאירעה בינו לבין שוכר רכב אצל המבקשת, על סך 6,116 ₪.

במסגרת ההליך, הוגשו שתי עמדות מטעם היועמ"ש (עמדה ראשונית ועמדה משלימה) וכן הצטרפו להליך שתי ידידות בית משפט – המועצה הישראלית לצרכנות והארגון הישראלי להשכרת רכב וליסינג.

השאלה שעמדה במוקד בקשת רשות הערעור הינה האם ניתן לחייב חברות להשכרת רכב בפיצוי עבור נזקי רכוש שנגרמו לצדדים שלישיים על-ידי הרכבים המושכרים על ידן?

בית המשפט הנכבד קיבל את הבקשה, דן בערעור לגופו, וקבע כי דין הערעור להידחות.

בית המשפט הנכבד אימץ את עמדת היועץ המשפטי לממשלה במלואה וקבע כי השאלה אם חברות להשכרת רכב מחויבות בפיצוי נזקי הרכוש של צדדים שלישיים שנגרמו על ידי הרכבים המושכרים על ידיהן התעוררה ונדונה על ידי הערכאות הדיוניות, אך הפסיקה בנדון אינה אחידה. לכן, יש ליתן רשות ערעור ולקבוע הלכה מסודרת בסוגיה זו. כך, יש להבהיר מהי החובה המוטלת על חברות ההשכרה, מהן האפשרויות העומדות בפניהן כדי למלא חובה זו, ומיהו הגורם אשר יישא בדמי ההשתתפות העצמית.

בפסק הדין ישנן מספר קביעות מהותיות:

ראשית, נקבע כי נוהל המפקח על התעבורה ונוהל ההשתתפות העצמית, המחייבים את חברות ההשכרה, הוצאו כדין ובסמכות, על ידי המאסדר הרלוונטי. מחוקק המשנה הסמיך בצו הפיקוח על מצרכים ושירותים (הסעת סיור, הסכה מיוחדת והשכרת רכב), התשמ"ה-1985, את המפקח, לקבוע מהו הביטוח הנדרש מחברת השכרת רכב, לרבות הקביעה כי לשם קבלת רישיון להפעלת חברת השכרה נדרשת עריכת ביטוח צד ג'.

על כן, טענות המבקשת בדבר היעדר סמכות – נדחו. טענות אלו הועלו לראשונה במסגרת בקשה זו ולא בפני הערכאה הדיונית, וכן, מקומן בתקיפה ישירה של הנוהל בהליך הדיוני המתאים לכך.

שנית, בית המשפט עמד על תכליות הנוהל והטלת החובה לבטח את נזקיו של צד ג' על חברת ההשכרה, בין אם ע"י ביטוח עצמי ובין אם באמצעות חברת ביטוח חיצונית. כך הובהר, כי הנוהל נועד למנוע מצדדים שלישיים לעמוד בפני שוקת שבורה, ללא יכולת לקבל פיצוי על נזקיהם. חברת ההשכרה, היא מונעת הנזק הזולה והיעילה, אשר מתקשרת עם השוכר ובידיה האמצעים להיטיב את נזקיהם של צדדים שלישיים.

שלישית, בית המשפט קיבל את עמדת היועץ המשפטי לממשלה באשר לזהות הגורם הנושא בדמי ההשתתפות העצמית, בכל אחת מהחלופות האפשרויות על פי נוהל המפקח. בית המשפט צירף לפסק הדין את התרשימים שהוגשו מטעם היועץ, בעמדה המשלימה, כנספח מחייב. להלן עיקרי התרשימים:

במקרים שבהם גובה הנזק עולה על דמי ההשתתפות העצמית שנקבעו בחוזה בין חברת ההשכרה לבין חברת הביטוח החיצונית, או בחוזה בין השוכר לבין חברת ההשכרה (בהתאם לחלופה שנבחרה), חברת הביטוח (או חברת ההשכרה הנחשבת כמבטחת), תידרש לשלם לצד השלישי את סכום הנזק המלא, וזאת בלא קשר לדמי ההשתתפות העצמית שתהא זכאית לגבות מהמבוטח בהתאם לתנאי הפוליסה.

ככל שגובה הנזק שווה לגובה דמי ההשתתפות העצמית המוסכמים או קטן ממנו – המבטחת (או חברת הביטוח הפועלת כמבטחת), לא תידרש לשלם לצד השלישי כל סכום שהוא, והחובה לשלם את הנזק תוטל על השוכר.

באשר לנוהל השתתפות עצמית, הקובע מהם דמי ההשתתפות העצמית המרביים שניתן לגבות משוכר הרכב. נקבע כי בהתאם לנוהל, שוכר רכב רשאי לוותר על הגבלת סכום ההשתתפות העצמית שיידרש לשלם לחברת ההשכרה במקרה שבו ייגרם נזק לצד ג' (על מנת להוזיל את עלות השכרת הרכב). ואולם, במקרה כזה אין בכך כדי להשפיע על חובתה של חברת ההשכרה לשלם לצד ג' את נזקיו.

אם חברת ההשכרה מתקשרת עם חברת ביטוח חיצונית, וקובעת בפוליסה כי דמי ההשתתפות העצמית יהיו גבוהים מאלה המרביים הקבועים בנוהל השתתפות עצמית, הרי שככל שהנזק יהיה נמוך מדמי ההשתתפות העצמית שנקבעו – יראו בחברת ההשכרה כמי שנעדרת ביטוח חיצוני, ומשכך כמי שבחרה בחלופה השנייה ופועלת כמעין מבטחת – כפי שארע בענייננו. בהתאם לכך, יהיה עליה לשלם לצד השלישי את מלוא הנזק שנגרם לו, ובמישור היחסים שבינה לבין הנהג-השוכר, היא תוכל להיפרע ממנו בהתאם לתנאי החוזה שנכרת ביניהם.

רביעית, נקבע כי חברות ההשכרה אינן חבות בכלל החובות המוטלות על מבטחות בעלות רישיון. כלומר, החלופה המאפשרת לחברת השכרה ליטול על עצמה התחייבות לנזקי רכוש של צד ג' הופכת אותה למעיין מבטחת, אך אין בכך כדי להפוך אותה למבטחת, על כל המשמעויות הרגולטוריות והמשפטיות הנגזרות מהגדרה זו בחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981. צוין, כי ככל שנהג רכב פעל באופן המקנה פטור מכיסוי ביטוחי (לדוגמה – כאשר מקרה הביטוח חל במתכוון), חברות ההשכרה לא יחויבו לשלם לצד ג' את הפיצוי הנזיקי. ככל שיתעוררו שאלות בנדון בעתיד, הן יתבררו בהתאם לנסיבותיהן וענייננן. בית המשפט העיר כי אי שיתוף פעולה של שוכר שנעלם, אינו פוטר את חברת ההשכרה מחובת פיצוי.

בענייננו, נפסק כי יש לדחות את ערעור המבקשת. המבקשת בחרה בחלופה הראשונה בנוהל המפקח והתקשרה עם חברת ביטוח חיצונית, אך דמי ההשתתפות העצמית של המבקשת כמבוטחת נקבעו על סך 7,000 ₪. בנסיבות אלו, יש לראות במבקשת כחסרת ביטוח חיצוני, כמי שנטלה על עצמה התחייבות לשאת בכיסוי נזקי צד ג', ולשלם למשיבה את גובה הנזק שנגרם לה על ידי רכב שבבעלות המבקשת, קרי סך של 6,116 ₪. לאחר מכן, רשאית המבקשת לחזור לשוכר ולגבות את דמי ההשתתפות העצמית, כפי שנקבעו בחוזה השכירות.

קישור לפסק הדין.

3. ע"א 627/21 **בארות הילה בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל ואח'**

בית המשפט העליון דחה את הערעור מטעם בארות הילה וקיבל את עמדת המדינה כי כדין דחה בית המשפט המחוזי את תביעת המערערת למתן סעד הצהרתי לפיו המדינה הפרה את חובותיה כלפיה מכוח "הסכם הרשאה לתכנון" שנחתם עימה ולתשלום לפיצויים בגין הנזקים שנגרמו לה לכאורה בשל ההפרה האמורה.

בפסק דינו, הסתמך על הסעיף בהסכם ההרשאה שלפיו אם תקופת ההרשאה חלפה מבלי שאושרה תכנית הפרויקט כנדרש, יפקע ההסכם מאליו וקבע באופן ברור כי במקרה זה עם הגיע תקופת ההרשאה לסיומה, פקע תוקפו של הסכם ההרשאה ורמ"י השתחררה כדין מהתחייבויותיה כלפי המערערת מבלי שהיה צורך במשלוח הודעת ביטול ומבלי שהיתה חובה ליתן ארכה.

הובהר על ידי בית המשפט העליון כי די בחלוף תקופת ההרשאה מבלי שהסתיים השלב התכנוני כדי לקבוע כי ההסכם פקע מאליו. לצד קביעה זו, בית המשפט הדגיש בפסק דינו כי הקשיים הכרוכים בתכנון והחובות המיוחדות שחלות על מקבל ההרשאה הובהרו לו לכל אורך הדרך, מתחילתה ועד סופה: "כבר

למן השלב הראשון, ולאורך כל הדרך, הובהר למערערת חזור והבהר כי לצורך אישור תכנית הפרויקט על ידי רמ"י והוועדה המשותפת, וקידומה בוועדות התכנון והבנייה, היא נדרשת לעמוד במספר תנאים מיוחדים, ובכללם להגדיר באופן נפרד מגרשים לשימושי מסחר ומגרשים לשימושי תיירות, ולהתאים את תכנון הפרויקט לתכנית המרת"ח. תנאים אלו, אשר גובשו ונוסחו על דעת המערערת ובהסכמתה, באו לידי ביטוי בצורה ברורה במגעים שקדמו למתן ההרשאה לתכנון, בהחלטת הוועדה המשותפת על מתן ההרשאה, בהסכם ההרשאה עצמו, ובמגעים שהתקיימו לאחר החתימה על הסכם ההרשאה. כן נמצא כי המערערת, חרף מודעותה לקיומן של דרישות אלו, ולהיותן תנאי-בלעדיו-אין לאישור תכנית הפרויקט, הגישה פעם אחר פעם תכניות אשר אינן עומדות בהן; וכי מטעם זה התנגדה רמ"י לאישור התכניות שהוצגו על ידי המערערת".

קביעה חשובה נוספת היא מתן הגושפנקא לכך שרמ"י תשקול לאחר פקיעת ההסכם ובמסגרת בקשה להעניק תקופת הרשאה נוספת את השינוי שחל במדיניות התכנונית של העיר תוך שנקבע, כי "רמ"י הייתה רשאית שלא להסכים להארכת תקופת ההרשאה או למתן הרשאה חדשה לתכנון". נקבע כי במקרה זה אושרה תוכנית המרת"ח שייעדה את השטח למגורים וגם מן הטעם הזה לא היה עוד מקום לתכנון התיירותי המוצע.

בית המשפט העליון דחה את טענת המערערת כי הגורם הדומיננטי והעיקרי בהליך מתן ההרשאה לתכנון, הוא משרד התיירות, כך שהתערבותה של רמ"י בסוגיית התכנון, והתנגדותה לאישור תכנית הפרויקט חרף תמיכת משרד התיירות, מהווה חריגה מסמכותה. נקבע כי הוראות הנוהל תומכות דווקא במסקנה שונה מזו אשר טענה המערערת וכי ממילא במסגרת הסכם ההרשאה עליו חתמה המערערת נקבע מפורשות כי לצורך קידום התכנית בוועדות התכנון והבנייה, נדרש גם אישורה של רמ"י לתכנית הפרויקט.

כן נדחתה טענת המערערת כי הסכם ההרשאה הוא מסוג החוזים שאינם פוקעים מאליהם, וכי החלטת רמ"י שלא להאריכו היא בגדר חוסר תום לב. נקבע כי הסכם ההרשאה הורה מפורשות כי במקרה בו לא יאושר תכנון הפרויקט על ידי רמ"י או על ידי מוסדות התכנון והבניה עד לתום תקופת ההרשאה, יבוא ההסכם לקיצו לאלתר, ללא צורך בהודעה מוקדמת. לצד קביעה זו, הודגשה התנהלותה של המערערת ובחירתה המודעת לפעול שוב ושוב בניגוד לתנאים שנקבעו בהסכם ההרשאה. על כן נקבע כי: "ברור כי רמ"י הייתה רשאית לנהוג כפי שנהגה ולהימנע מהארכת תקופת ההרשאה, ואין המערערת יכולה להישמע בטענה כי בהחליטה לנהוג כאמור פעלה רמ"י בחוסר תום לב".

בסיום פסק הדין ציין כב' השופט גרוסקופף כי: "אין לכחד, לא קלה היא דרכו של יזם המבקש לקדם פרויקט נדל"ן חדשני בארצנו הקטנה והמתפתחת. עוד בטרם יוכל להעמיד את חזונו למבחן הציבור, העלול להצביע נגד הפרויקט בהדרת רגליו ממנו, נדרש הוא להעמיד את הפרויקט לאישורן של רשויות שונות, העשויות להסירו מסדר היום בהצבעת ידיים נגדו. כך ארע לפרויקט בו עסקינן. למרות העניין שגילו בפרויקט החדשני בשעתו אנשי עיריית באר-שבע מזה, ואנשי משרד התיירות מזה, לא עלה בידי היזמים לקדמו מעבר לשלב ההרשאה לתכנון – לשיטתם, בשל כך שמיקומו לא נשא חן מלכתחילה בעיני אנשי רמ"י. אפס, כפי שעולה מסקירת העובדות, כישלונם של היזמים לצלוח את שלב ההרשאה לתכנון נבע מכך שלא השכילו להעמיד תכנון העולה בקנה אחד עם הדרישות שהוצבו להם – לא הפרידו בין שימושים תיירותיים לבין שימושים מסחריים באופן שיאפשר שיווק נפרד שלהם; ולא שילבו את הפרויקט בתכנון

העתידי הכולל של האזור בו הוא מצוי (תכנית המרת"ח). חלף זאת, הזדרזו והגישו את התוכנית שהכינו למוסדות התכנון והבנייה, וזאת מבלי שהתקבלו לכך האישורים הדרושים מטעם רמ"י והוועדה המשותפת. משעשו כן, ייצרו היזמים במו ידיהם נסיבות שמנעו את קידום הפרויקט על ידי הרשויות שתמכו בו בשעתו (משרד התיירות ועיריית באר-שבע), ו"שיחקו" לידיהן של אותן רשויות שיתכן כי לא ששו לקדמו מלכתחילה (רמ"י). על כך אין ליזמים להלין אלא על עצמם".

הערעור נדחה ונקבע כי המערערת תישא בהוצאות המדינה בסך של 30,000 ש"ח, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק, וזאת בנוסף להוצאות בסך של 75,000 ₪ שפסק בית המשפט קמא בפסק דינו.

קישור לפסק הדין.

4. ע"א 213/20 **רשות מקרקעי ישראל נ' מעונות ילדים בישראל קרית הילד ירושלים**

פסק דינו של בית המשפט העליון קיבל את ערעור המדינה על חיובה בתשלום כ-36 מיליון ₪ בגין עשיית עושר ולא במשפט. בפסק הדין בוטל פסק דינו של בית המשפט המחוזי במלואו, תוך חיוב התובעת ב-200,000 ש"ח הוצאות. בתביעה נטען כי העמותה שפעלה כיזמית תרמה לעיריה זכויות שלה במגרש סמוך, ותרומה זו הגדילה את זכויות הבניה משמעותית. לפיכך נטען כי רמ"י התעשרה על חשבון המדינה. פסק הדין של בית המשפט המחוזי עודד תביעות בעילת עשיית עושר בסיטואציות של הסכמים עם רמ"י.

פסק הדין של בית המשפט העליון קבע למעשה את גבולותיה של עילת עשיית עושר ולא במשפט בהקשר האמור של חוזה בין יזם לבעל קרקע. הוא דן ביחס בין דיני עשיית עושר ולא במשפט לבין דיני החוזים, וקובע כי בדרך כלל לא ניתן לתבוע השבה של עושר שהופק על פי חוזה, וכי עקרון זה חל גם כאשר המדינה היא הזוכה בעושר, ואין חובת ההגינות המינהלית גוברת מכלל זה.

נקבע עוד כי בהתעשרות האמורה אין אי צדק, ולהיפך, הניסיון לכפות על המדינה השבה בניגוד להקצאת הסיכונים החוזית יש בה אי צדק. נקבע עוד כי אין כל אי צדק במאמצי רמ"י למקסם את ההכנסות מקרקעות הציבור, שהן משאב מוגבל.

אף שבחוזה לא היתה התייחסות מיוחדת לסיטואציה של הענקות לעיריה או הפרשות לצורכי ציבור על חשבון היזם, נקבע כי הוראות חוזה ההרשאה הקובעות כי אין היזם זכאי לשיפוי על הוצאות התכנון, הן מגדירות מפורשות את חלוקת הסיכונים ואין הן מזכות את היזם בתשלום בגין ההפרשות לצורכי ציבור. בית המשפט העליון קבע כי אין הבדל בין הוצאות של שכירת מתכננים להוצאות כאמור.

בית המשפט דחה את הטענות למיצג מטעם רמ"י שבקשות היזם להפחתה ייענו, וכן דחה את הניסיון להתבסס על אירועים שונים במשא ומתן כבסיס למיצג וקבע כי נדרשת הסכמה של רמ"י, אשר לא הוכחה. בהקשר של הוצאות פיתוח נקבע כי הפחתת עלויות לפי הסכם בין היזם לרשות המקומית, ללא הסכמת רמ"י כבעלים, יוצרת תמריץ שלילי ליזם להיענות לכל דרישה של הרשות המקומית תוך גלגולה על קופת הציבור.

קישור לפסק הדין.

5. ע"א 1409/20 **כפר אז"ר – מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' קרן קיימת לישראל ואח'**; 1415/20 **קרן קיימת לישראל ואח' נ' כפר אז"ר – מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ**

בית המשפט העליון דחה את ערעור כפר אז"ר, וקיבל את הערעור מטעם המדינה, בחלקו.

בית המשפט לא מצא לנכון להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי לפיה חברי כפר אז"ר אינם זכאים לחוזה חכירה בנוסח שהיה נהוג בשנת 1935. זאת, מאחר שלא צוין מקור משפטי כלשהו שיש בו כדי להקנות זכות זו, והיות שמסקנה זו נשענה על קביעות עובדתיות, שבית המשפט העליון לא מצא מקום להתערב בהן (כגון הקביעה העובדתית לפיה לא הוכח הטענה שנחתמו חוזים פרטניים בנוסח 1935 ביחס לזכויות במקרקעי חלקה א' עם כל או רוב המתיישבים). עוד נקבע בהקשר זה כי שינויי נוסח החוזה לאורך השנים, ובפרט העובדה שכבר בשנות ה- 20 נחתמו חוזים בנוסח שונה מזה שעליו מתבסס הכפר, מחזקים את מסקנת בית המשפט המחוזי שהכפר לא הוכיח שיש לחתום עימו על חוזה בנוסח 1935.

בית המשפט דחה גם את טענות הכפר לפיהן ההסדר היחיד למצב המשפטי ביחס לחלקות ב' עד שייכרתו בגינם חוזי חכירה הוא הסדר חכירה בהתאם לנוסח 1935. נקבע כי הטענה מוקשית "בשל ההנחה שבבסיסה ולפיה ישיבה בלתי מוסדרת על קרקע מסוימת, כבעניננו, מלמדת בהכרח על זכות שבדין הנתונה למתיישב לחוזה שיעגן את ישיבתו בקרקע".

עוד נקבע כי אף ההשתתפות הנטענת ברכישת המקרקעין אינה מקנה זכות לחתימה על חוזה בנוסח 1935 דווקא.

טענות כפר אזר בעניין יחסי הנאמנות נדחו מטעם דיוני (היות שלא נטענו בפירוט בסיכומים, אלא על דרך ההפנייה בלבד ויש לראותם כטענות שנזנחו) ומטעם מהותי (נקבע שהכפר לא הציג טעמים להתערבות בקביעה שלא השתכללו יחסי נאמנות).

בית המשפט לא מצא להתערב בקביעות בית המשפט המחוזי לפיהן חלק מרכיבי תביעת כפר אז"ר התיישנו. נקבע, כי הכפר טען בעניין זה טענות כלליות בלבד, לא התמודד עם ההשלכה של מעורבותו בהליכי שינויי הייעוד ומדוע העילה שמכוחה הוא תובע לא התגבשה כבר בעת הליכי שינוי הייעוד. קביעות דומות נקבעו ביחס לטענת הכפר בעניין הפינוי. נקבע בהקשר זה כי הפינוי הוא המשך ישיר להליכי שינוי הייעוד, כך אפשרות הפינוי נודעה לכפר לפני שנים רבות.

בית המשפט דחה את טענות הכפר בעניין גובה השתתפותו ברכישת המקרקעין. זאת, בראש ובראשונה מפני שמדובר בקביעה עובדתית, שנסמכה על חוות דעת מומחים, ובפרט חוות דעתו של פרופ' כץ, והיא מסוג הקביעות שערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בה בקלות. בנוסף, נקבע כי גם לגופה של טענה, אין לקבלה, שכן בית המשפט המחוזי הביא בחשבון את כלל טענות המושב, בעת שבחן את שיעור השתתפותו ברכישת המקרקעין.

באשר לערעור שהגישה המדינה, נדחו טענות המדינה לפיהן יש לקבוע שהכספים הועברו כהלוואה, תרומה או על חשבון דמי חכירה. נקבע כי הוכחת ההשקעה ברכישת הקרקע, ראוי שתמצא ביטויה כחריג לו כוון בית המשפט בפסקה 34 לפסק הדין בעניין שיח חדש.

יחד עם זאת בית המשפט קיבל עמדתנו בקובעו כי פסקה 34 אינה מהווה מקור עצמאי ליצירת זכויות משפטיות יש מאין, וכי לא ניתן להסתמך על האמור בה כדי להתגבר על טענות סף. נקבע, כי בית המשפט המחוזי שגה כאשר ביסס קביעתו העקרונית של הכפר לפיצויים באופן בלעדי על האמור בפסקה 34 הנ"ל.

לצד קביעה עקרונית זו קבע בית המשפט כי: "מובן כי אין במסקנות האמורות ביחס להיעדרה של עילה לפיצויים מכוח חריג שיח חדש, כדי לקבוע מסמרות באשר לקיומן של עילות תביעה אפשריות אחרות שעשויות להקים זכאות לפיצויים לכפר, בהתאם לאמור בעניין חפציבה".

מכאן שבפסק הדין התקבל הערעור שהגישה המדינה בחלקו ובוטלה הקביעה לפיה הכפר זכאי עקרונית לפיצוי מכוח חריג שיח חדש. כן בוטלו הקביעות שדחו את טענות הסף שהועלו מטעם המדינה ביחס לתביעת הכפר לקבלת פיצוי מכוח חריג שיח חדש.

בשולי פסק הדין צוין, מבלי להביע כל עמדה לעניין זה כי: "כי ככל שהכפר יבחר לפתוח בהליך משפטי נוסף כזה או אחר נגד קק"ל ורמ"י, לקבלת פיצוי כספי בגין השתתפות חבריו ברכישת קרקעות הכפר, וזאת מכוח עילות אחרות מזו שעליה התבסס פסק הדין קמא, כאמור בפסקאות 51-52 לעיל – טענות הצדדים כולן, שמורות להם".

קישור לפסק הדין.

6. ע"א 7606/19 **מגה קמעונאות בע"מ ואח' נ' הלמן-אלדובי קופות פנסיה וגמל בע"מ ואח'**

בית המשפט העליון קיבל את עמדת משרד האוצר – אגף שוק ההון, ביטוח וחסכון (להלן: "**המדינה**") ודחה את הערעור מטעם מגה קמעונאות בע"מ (להלן: "**מגה**") ואח'.

בפסק דין מפורט של כב' השופט גרוסקופף, נדחה הערעור מטעם מגה על החלטת בית המשפט המחוזי. בהחלטת בית המשפט המחוזי, נקבע בנוגע לכספים אשר הופקדו על-ידי חברות מעסיקות בקופות חסכון לטובת עמיתים, כי אין מקום להעביר כספים אלו לחברות ולנושיהן במקרה שבו לא ניתן לזהות את זהותם של העמיתים הספציפיים אשר הכספים הופקדו בשמם לקופות החסכון.

פסק הדין עסק בכספים שהופקדו על ידי החברות מגה, קו-אופ ישראל רשת סופרמרקטים בע"מ וקלאב מרקט רשתות שיווק בע"מ (להלן: "**קו-אופ**" ו-"**קלאב מרקט**", בהתאמה; ויחד עם מגה יכונו: "**החברות**") ועל ידי תשעה מעסיקים נוספים (אשר זהותם איננה ידועה. להלן: "**המעסיקים הנוספים**") לטובת עובדיהם החל משנות ה-70 של המאה הקודמת, וזאת בשתי קופות גמל: קופת התגמולים של עובדי הקואופרציה הצרכנית אגודה שיתופית בע"מ, וקרן השתלמות לעובדי הקואופרציה הצרכנית אגודה שיתופית בע"מ (המשיבות 2 ו-3. להלן: "**קופת התגמולים**" ו-"**קרן ההשתלמות**", בהתאמה. יחד יכונו: "**הקופות**"). הכספים הללו כללו כספים שהינם תגמולים וכספים שהינם פיצויים.

בשנת 2012, רכשה הלמן-אלדובי את הקופות ומיזגה אותן לפעילותה. במסגרת המיזוג, קיבלה על עצמה הלמן-אלדובי את מלוא הזכויות והתחייבויות שעמדו לקופות לטובת עמיתיהן, וכלל הכספים שהופקדו בקופות עד לאותה עת הועברו לניהולה (סך כולל של כ-300 מיליון ש"ח). חלק מן הכספים שהועברו להלמן-אלדובי הועברו ללא כל פרטים מזהים לפיהם ניתן לשייך את הכספים שהופקדו בחשבונות לעובדים

ספציפיים. חרף המאמצים שהושקעו, הצליחה הלמן-אלדובי לאתר אך חלק קטן מן העובדים אשר לזכותם הופקדו הכספים, כך שמתוך 15,000 חשבונות העמיתים הבלתי מזוהים נמצאו פרטים ביחס לכ-1,000 עמיתים בלבד.

ביום 10.08.2016 פנו נאמני מגה לבית המשפט קמא בבקשה לאישור מתווה חלוקת הכספים הבלתי מזוהים, כאשר בין היתר הוראות המתווה, היתרה הבלתי מזוהה תחולק פרו-ראטה בין החברות והמעסיקים הנוספים, כך שכל אחת מהחברות תקבל חלק הזהה לחלקה היחסי בכספים המצויים בחשבונות העמיתים הבלתי מזוהים.

בית המשפט המחוזי קבע כי לא ניתן להשיב לחברות את כספי התגמולים וכן כי ניתן להשיב למעסיק כספי פיצויים אך בהתקיים אחד מן התנאים הקבועים בסעיף 23(א)(3) לחוק קופות הגמל, אשר לא מתקיימים בענייננו. נקבע גם כי כספי הפיצויים אינם ניתנים להשבה, וזאת בהתחשב בכך שנאמני מגה אף לא הציגו כל ראיה פוזיטיבית המראה כי הופקדו כספי פיצויים ביתר.

בהחלטת בית המשפט העליון נקבע כי לאור חשיבותה הסוציאלית של קופת הגמל ככלי לחיסכון פנסיוני, הקנה המחוקק הגנות מיוחדות לכספי חיסכון שנצברו לטובת עמיתים בקופות גמל. דרך עיון בסעיפים בחוק קופות הגמל ובחוק פיצויי פיטורין וכן בדברי ההסבר לדברי חקיקה אלו, הגיע כב' השופט גרוסקופף למסקנה כי: "המחוקק ביקש להבהיר כי נקודת המוצא ביחס לכספים שהופקדו בקופת גמל היא שמרגע הפקדתם הופכים הם לכספי העובד, בעוד שלמעסיק אין יותר כל זכות בהם, ואין הוא יכול לקבלם בחזרה, אלא במקרים חריגים אותם הגדיר המחוקק." (פס' 25 לפסק דינו).

בהמשך לכך, קבע כב' השופט גרוסקופף שתי הנחות מוצא לבחינת העניין דנן: "הנחת המוצא הראשונה היא כי הזכות המהותית בכספים שהופקדו בקופת גמל נתונה על פי חוק לעמית אשר לטובתו הופקדו הכספים, ורק במקרים אחדים המוגדרים בחוק ניתן יהיה לשלול ממנו זכות זו, ולהשיב כספים אלו למעסיק; הנחת המוצא השנייה היא כי בין החברה המנהלת לבין עמיתי קופות הגמל שבניהולה מתקיימים יחסי נאמנות, במסגרתם מחויבת החברה המנהלת לפעול בראש ובראשונה לטובת העמיתים, ולנהוג לטובתם בהתאם להוראות החוק והתקנון.

על רקע הנחות אלו, נבחן האם בענייננו עומדת לחברות אפשרות לדרוש את השבתן של יתרות הכספים הבלתי מזוהים המצויים בקופות, ומוחזקים בנאמנות על ידי הלמן-אלדובי." (פס' 29-28 לפסק דינו).

משם המשיך כב' השופט גרוסקופף לבחון האם עומדת לנאמנים בשם החברות הזכות לדרוש את השבת הכספים הבלתי מזוהים בהתאם לתנאי הנאמנות. נקבע, כי "המקרה היחיד בו רשאי מעסיק לבקש את השבתם של כספי תגמולים שהופקדו על ידו בקופת גמל הוא כאשר מדובר בכספים שהופקדו ביתר." (פס' 38 לפסק דינו).

בית המשפט אימץ את עמדת המדינה לפיה דווקא העובדה שמאמצי האיתור שננקטו עד כה הובילו למציאת פרטיהם של כ-1,000 עמיתים הזכאים לכספים, מחזקת את הסברה כי מדובר בכספים שהופרשו לטובת עובדים ואין מקורם בהפרשות ביתר. לפיכך, נקבע כי: "המסקנה המתבקשת היא שיש להתייחס לכספי התגמולים כתשלומים שנעשו לקופות בעבור עובדים מסוימים, אשר היו מזוהים בשעתו, ואולם

במהלך השנים אבדה היכולת לזהותם. משמעות הדברים היא כי אין מדובר בכספים שהועברו לקופות מחמת טעות של החברות, וממילא אין לחברות אפשרות לתבוע את השבתם על פי תקנה 12 לתקנות קופות הגמל. מכך יוצא כי לחברות לא נשמרה כל זיקה לכספים הללו, וזאת בין אם מדובר בתגמולי עובד ובין אם מדובר בתגמולי מעביד." (פס' 40 לפסק דינו).

כמו כן, התקבלה עמדת המדינה כי הקלת נטל ההוכחה המוטל על מעסיק חדל פירעון המבקש למשוך כספים שהפקיד לזכות עובדיו בקופת גמל, עלול להעביר מסר למעסיקים לפיו הם מתוגמלים על התנהלותם הרשלנית בהפקדת כספים לחיסיון הפנסיוני של עובדיהם, ואף ליצור תמריץ שלילי למעסיקים לסייע לגופים מוסדיים במאמצים לאיתור עמיתים בלתי מזוהים – תוצר סופי של חוטא שיוצא נשכר. וזאת, בין היתר לאור זאת: "הסיבה שבגללה לא ניתן לאתר היום את העמיתים הבלתי מזוהים אשר לטובתם בוצעו ההפקדות, היא התרשלותן של החברות (המעסיקות) ברישום ובביצוע ההפקדות. על כן, לא מן הנמנע כי קיימים עובדים אשר היו זכאים בעת סיום עבודתם לפיצויי פיטורים (שהופקדו לזכותם בקופת גמל), אך בשל התרשלותן של החברות ברישום ההפקדות הם אינם מודעים לזכות זו, ומטעם זה גם לא תבעו כספים אלו. משכך, קשה למצוא הצדקה לאפשר לחברות (או לנאמנים הבאים בנעליהן) להיבנות מן הטענה שכלל העובדים הידועים של מגה זכו למיצוי זכויותיהם, כאשר יש יסוד להניח כי קיימים עובדים נוספים אשר זכויותיהם לא מוצו בשל מחדליהן של החברות." (פס' 43 לפסק דינו).

על כן, בית המשפט קיבל את עמדת המדינה לפיה בהתחשב בהוראות הדין, ובשים לב להגנה המוגברת החלה על כספי חיסכון פנסיוני, לא ניתן להשיב כספי תגמולים למעסיק. גם התקבלה העמדה באשר לכספי הפיצויים, כי נאמני מגה לא עמדו בנטל להוכיח את התקיימותם של התנאים הקבועים בחוק להשבת כספים אלו למעסיק.

כן התקבלה טענת המדינה כי לפי הוראות תקנוני הקופות, יתרות כספים שאין להן תובעים יעשה בהם שימוש לטובת כלל העמיתים בקופה. לפיכך נקבע כי: "סבורני כי גם הוראות תקנוני הקופות משמיעות היטב כי לא קיימת אפשרות להשיב כספים שהופקדו בקופות למעסיקים." (פס' 53 לפסק דינו).

קישור לפסק הדין.

7. ע"א 3604/20 **<u>רשות מקרקעי ישראל נ' י.ח. דמרי בניה ופיתוח בע"מ</u>**

בפסק הדין של בית המשפט העליון אשר בו התקבל הערעור מטעם המדינה, נבחנה השאלה הבאה: האם דמרי זכאית להשבת חלק מהוצאות הפיתוח שבהם חויבה, מכוח תנאֵי המכרז וההסכמים שנכרתו בעקבותיו, נוכח שינוי תכנית בניין עיר (תב"ע) החלה על המגרש – לאחר הזכייה במכרז וההתקשרות החוזית בין הצדדים – באופן שהפחית מהיקף שטח המגרשים ומשיעור זכויות הבניה עליו, וזאת, על אף שהיה ידוע מלכתחילה וצוין גם בתנאי המכרז כי שינוי שכזה צפוי להיעשות.

בית המשפט המחוזי קיבל את תביעתה של דמרי בהתבססו על סעיפים 6.5-6.7 לחוזה עבודות התשתית ואף קבע כי חיובה בהוצאות פיתוח שהועמסו על המגרשים לפי התוכנית הישנה אינה מתיישבת עם חובת ההגינות ותום-הלב, החלות עליה כרשות ציבורית ומהווה התעשרות שלא כדין מצד רמ"י. נקבע אפוא, כי על רמ"י להשיב לדמרי סך של 11,888,414 ₪ בתוספת ריבית והצמדה כחוק וכן חויבה רמי בהחזר האגרה

ושכר טרחה עו"ד בשיעור של 4% מהסכום שנפסק (יצוין כי דמרי הגישה ערעור שכנגד במסגרתו ביקשה להעלות את שיעור שכר הטרחה לכדי 10%).

בית המשפט העליון ביטל את פסק הדין, קיבל את עמדת רמ"י וקבע כי "הבחינה הלשונית, הגם שאינה חד-משמעית, תומכת לדעתי דווקא בגישתה של רמ"י; לא בזו של דמרי. משכך, איני יכול להסכים עם קביעתו של בית המשפט המחוזי, כי לשון סעיפים 6.6-6.7 מביאה להעדפה ברורה של הפרשנות שהציגה דמרי, שאותם תיאר, בלשונו, כ"סעיפים ברורים, חד-משמעיים, שמטרתם ותחולתם גם על מערכת העובדות והתביעה הנדונה [...]", וכי "זה הפירוש הנכון, האובייקטיבי והצודק שיש לתת לסעיפים אלו, ואין בלתו" (פס' 33).

בית המשפט העליון ביסס את החלטתו על פרשנות אשר מביטה על מכלול המארג החוזי: "סעיפי החוזה אינם 'חלקיקים' הנעים בחופשיות בחלל, ובידוע כי על הפרשן להימנע מלבודד הוראה אחת מן המכלול, כפיסת קרקע-ארץ העומדת בפני עצמה; הסעיף החוזי הוא תבנית נוף מולדתו – מהותו קשורה במארג ההסכמי הסובב אותו." (פס' 34).

בחינה קונטקסטואלית זו של החוזה, הובילה את בית המשפט לקביעה כי דמרי התחייבה לשאת בהוצאות הפיתוח שבמחלוקת: "קריאת הסעיף כחלק מהמארג החוזי הכולל, ולא כהוראה מנותקת ומבודדת, המרחפת בחלל, לא מותירה מקום לספק כי הפרשנות שהוענקה לו על-ידי בית המשפט המחוזי – אינה יכולה לעמוד. אשוב ואזכיר את מהות ההתקשרות החוזית: דמרי התחייבה לתכנן ולפתח את המגרשים, בהתאם לתכנית חדשה שתגובש על-ידה, כך שתותר בנייה בהיקף מינימלי של 135 יח"ד. לצד זאת הובהר, בצורה מפורשת וברורה, כי דמרי לא תהא רשאית לנצל את זכויות הבניה שנקבעו בתכנית הישנה, אשר היתה בתוקף במועד פרסום המכרז, ושעל-פיה ניתן היה לבנות 400 יח"ד במגרשים בבנייה רוויה. בד בבד, התחייבה דמרי לשאת בהוצאות הפיתוח שכבר בוצעו בשכונה, אשר מומנו על-ידי רמ"י, בסך של כ-30 מיליון ₪. בנוסף התחייבה דמרי, לשאת גם בהוצאות הפיתוח העתידיות של המגרשים, ככל שיהיו, נוכח שינוי התכנון הצפוי. הסכמות אלה נשנו בנספח ב' לחוברת המכרז, שהוא מסמך ההצעה שאותו מילאו היזמים, לשם הגשת הצעותיהם (עמוד 12 לחוברת המכרז), ובהמשך שולשו בהוראות חוזה הפיתוח. זוהי מהות ההתקשרות החוזית, שנשזרה כחוט השני, בכלל המסמכים הרלבנטיים; הלכה למעשה, זהו 'הבריח התיכון' של המערכת ההסכמית שבין הצדדים. את סעיף 6.7 יש לפרש על רקע מהות זו של העסקה; לא במנותק ממנה." (פס' 37).

לאור זאת נקבע כי "הפרשנות שבה צידד בית המשפט המחוזי, חותרת תחת מהות ההתקשרות החוזית האמורה, באשר זו מביאה לביטול, דה פקטו, של התחייבותה ה'קשיחה' של דמרי, לשאת בהוצאות הפיתוח ש'הועמסו' על המגרשים, שמומנו בידי רמ"י. ההקשר החוזי הכולל מלמד, כי החיוב בתשלום הוצאות הפיתוח שכבר בוצע בשכונה, בסכום שנקב במפורש בהוראות המכרז, הוא חיוב 'סגור', שאין להרהר אחריו, ושאינו בר שינוי. קשה לקבל תוצאה שלפיה סעיפים 6.6-6.7 לחוזה עבודות התשתית, 'עוקפים' חיוב מרכזי זה, שנקבע במערכת ההסכמית שבין הצדדים, וכל זאת על בסיס היצמדות לפרשנות שאינה מתחייבת מלשון הסעיפים הללו." (פס' 38).

בית המשפט שב וחזר על קביעות בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין אלי ראובן (ע"א 8607/14) במסגרתו נקבע כי מחיר הוצאות הפיתוח וההצעה על מרכיב הקרקע הם שני רכיבים המרכיבים את השלם ("המחיר

הכולל") ומשקפים את מחיר השוק שיוחס להם. מבחינת המציעים לשני רכיבים אלה יחסים של "מקבילית כוחות" ולכן הפחתה בדיעבד של רכיב הוצאות הפיתוח פוגעת בעקרון השוויון ואיננה אפשרית.

כן נדחתה טענת דמרי כי יש להפעיל בעניין את כלל הפרשנות נגד המנסח, וזאת מכיוון ש: "כלל זה נכנס לפעולה, ככתוב בו, רק כאשר החוזה "ניתן לפירושים שונים", בעוד שבענייננו באתי לכלל מסקנה כי ההוראות החוזיות שבמוקד המחלוקת, אינן ניתנות לפירושים שונים, גם אם ניתן היה לנסחן באופן מדויק וזהיר יותר." (פס' 40).

לבסוף, בוטלה קביעתו של בית המשפט המחוזי כי הרשות התעשרה שלא כדין על חשבונה של דמרי, וזאת גם לאור בחינת מכלול רכיבי החוזה: "עניינו כאן בעסקה רצונית, שלא מסתבר לומר, כי הוגשה כחוזה הפסד. משכך, העלאת טענה עתה, לגבי יוקרו של רכיב אחד בלבד, מבלי להתחשב בהשפעתו על יתר רכיבי התשלום, ועל התמורה הכוללת, אינה אלא טענה מלאכותית. נוכח האמור, ובהינתן התנאים המפורשים במכרז, שדמרי קיבלה על עצמה מרצון, בעיניים פקוחות, אינני סבור כי ניתן לקבוע שדמרי נשאה בהוצאות הפיתוח בְּיֶתֶר." (פס' 46). בנוסף הובהר בפסק הדין כי במקרה של חיוב חוזי צד שהעביר טובת הנאה במסגרת חוזה תקף איננו יכול לטעון כי הצד השני התעשר על חשבונו "שלא כדין".

קישור לפסק הדין.

8. ע"א 2733/19 **אלימלך ואח' נ' רשות מקרקעי ישראל**

בית המשפט העליון, בפי כב' השופט גרוסקופף חילק את הדיון בפסק הדין לשניים: ראשית, בית המשפט עסק בשאלה האם בנסיבות העניין חלה על רמ"י החובה ליתן למערערים ארכה לתשלום דמי ההיוון ומשכך היה עליה להקצות להם את המגרש לפי שוויו בהתאם לשומה משנת 2013, ועל שאלה זו השיב בשלילה; שנית, נדונה נפקות הטעות בשובר לתשלום, ועל טעות זו התבססה מסקנת פסק הדין אשר הצדיקה את קבלת הערעור בחלקו.

לגבי השאלה הראשונה נקבע, כי ניתוח חוזי תומך בעמדת רמ"י לפיה ההצעה פקעה בתום 60 הימים ולא נכרת הסכם פיתוח בין הצדדים. נגד מסקנה זו העלו המערערים את הטענה כי הייתה מוטלת על רמ"י חובה לתת להם ארכה לביצוע התשלום ממספר סיבות: כי החלטה שלא ליתן ארכה מנוגדת לנהליה של רמ"י, כי בקבלת ההחלטה נפל פגם בשיקול הדעת שהופעל על ידי רמ"י, וכי ההחלטה מהווה עמידה דווקנית על זכות חוזית.

בית המשפט דחה את שלושת הטיעונים הללו.

כב' השופט גרוסקופף ניתח את נהלי רמ"י והגיע למסקנה שהיא לא הייתה מחויבת ליתן ארכה בנסיבות המקרה. לעניין שיקול הדעת נקבע, כי הלכה היא שבית המשפט ימנע מלהתערב בשיקול דעתה של הרשות המנהלית אלא אם ההחלטה נגועה בשיקולים זרים, לוקה בחוסר סבירות קיצונית או שאינה מידתית. במקרה זה נקבע, שהמערערים לא הצביעו על פגם שנפל בשיקול הדעת שביכולתו לבסס עילה להתערבות בית המשפט. עוד נקבע, כי גם בחינת שיקול הדעת לגופו מביאה למסקנה כי לא נפל פגם, בוודאי לא כזה המצדיק התערבות שיפוטית, בהחלטת רמ"י שלא ליתן ארכה.

בנוגע לטענה כי ההחלטה של רמ"י מהווה עמידה דווקנית על זכות חוזית נקבע כי: "..המשיבה אמונה מכוח החוק על ניהולם של מקרקעי ישראל לשם פיתוחה של המדינה... על מנת להביא לפיתוחה של המדינה, כאמור, וכדי להגשים את האינטרס הציבורי הטמון בכך, על המשיבה לוודא כי עסקאות המבוצעות במקרקעי ישראל יתנהלו בהתאם למועדים מוגדרים באופן אשר יאפשר ניצול יעיל ומיטבי של אדמות המדינה, וימנע מצב בו קרקעות עומדות ללא שימוש במשך תקופות ארוכות וממושכות כתוצאה מעיכובים מצד יזמים. לכך יש גם להוסיף את העובדה שהמשיבה, מתוקף תפקידה, משמשת כצד בכמות רבה מאוד של עסקאות הקצאה, ומשכך, ועל מנת שיהיה ביכולת להתנהל בצורה תקינה, היא נדרשת לקבוע מסגרות זמנים ברורות לכל עסקה, אשר חריגה מהן תאפשר לה להשתחרר מכל מחויבות משפטית כלפי היזם, ולהתקדם עם פיתוח הקרקע בדרכים חלופיות. מסיבות אלו, המשיבה שומרת לעצמה את הזכות, הן בנהליה הפנימיים והן במסמכי ההתקשרות שלה עם יזמים, כבענייננו, לבטל עסקאות אשר הוצאו או סוכמו, אך לא הושלמו במועד. כך, כאשר הסכם פיתוח נכרת, והיזם אינו עומד בלוחות הזמנים שנקבעו לביצועו (וזאת בכפוף לנוהלי המשיבה לעניין מתן אורכות); כך, מקל וחומר, כאשר הסכם פיתוח הוצא ליזם, והוא לא השכיל לבצע את המוטל עליו על מנת להביא לשכלולו, כפי מצב הדברים בענייננו." (פס' 38).

בית המשפט ציין, כי ככל זכות במשפט הישראלי על רמ"י לעשות שימוש בזכות הנתונה לה בתום לב ולהימנע מלעמוד עליה בצורה דווקנית, אולם בנסיבות המקרה לא נראה כי החלטת רמ"י שלא ליתן למערערים ארכה היוותה עמידה דווקנית על זכות.

בעניין נפקות הטעות בשובר התשלום נקבע, שמכיוון שאמת המידה לבחינת סטנדרט תום הלב במשא ומתן היא אובייקטיבית, הרי שעל מנת לקבוע שרמ"י נהגה בחוסר תום לב כל שנדרש הוא שהטעות תהווה סטייה מסטנדרט התנהגות המצופה ממנה כצד המנהל משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה. רמ"י, על פי נהליה, עומדת על ביצוען של עסקאות בהתאם למועדים שנקבעו כאשר חריגה ממועדים אלו עלולה להביא לביטול העסקה. תמונת הראי של דרישה זו, המבוססת על חובת ההגינות של רמ"י כגוף ציבורי, היא כי המידע שהיא מספקת ליזמים המתקשרים עימה אודות המועדים בהם הם נדרשים לעמוד יהיה מדויק וברור. טעויות או אי דיוקים במידע זה, גם אם לא נעשו בכוונה, חורגים מסטנדרט ההתנהגות המצופה מרמ"י ויכולים לעלות כדי ניהול משא ומתן בחוסר תום לב מצידה. נקבע במקרה זה כי הדברים עולים כדי חוסר תום לב.

בנוגע לשאלת הסעד בגין הפרת החובה לנהוג בתום לב – נקבע כי לא ניתן לקבוע ברמת הוודאות הדרושה כי הפרת החובה לנהוג בתום לב היא שמנעה את שכלולו של החוזה בין הצדדים (בית משפט קמא קבע כי המערערים לא הוכיחו שאלמלא הטעות בשובר היה עולה בידי המערערים לשלם את דמי ההיוון במועד). עם זאת נקבע, שלא ניתן לשלול את האפשרות כי הטעות בשובר הזיקה בצורה כזו או אחרת למערערים. לכן הגיע בית המשפט למסקנה כי בנסיבות המיוחדות של המקרה, יש לראות בשני הצדדים כמי שתרמו בהסתברות כזו או אחרת לכישלון המשא ומתן ביניהם ולכן לא מוצדק ליתן הכרעה בינארית אשר תטיל את האחריות באופן מלא על המערערים או על המשיבה, אלא יש להגיע לפתרון ביניים ולהעניק "תרופת-אמצע". תרופת האמצע שנקבעה היא מתן צו שיורה לרמ"י להקצות את המגרש למערערים בתמורה לתשלום דמי היוון על פי שוויה של הקרקע בהתאם לשמאות עדכנית.

יצוין, כי פסק הדין כולל הערה לעניין נהלי רמ"י. נקבע כי נוהלי רשות מקרקעי ישראל (כנוסחם בעת הרלוונטית לתובענה) מותירים את ההחלטה האם להעניק ארכה לתשלום המהווה תנאי להתקשרות בהסכם פיתוח לשיקול דעתה הבלעדי של רמ"י (למעט מקרים מוגדרים). "...בשים לב להשקעה הרבה הנדרשת מהמתקשר עם המשיבה בשלב הטרום-חוזי, דומה כי ראוי להסדיר את עניין מתן הארכות לתשלום המהווה תנאי להתקשרות בהסכם באופן כולל, ולקבוע בנוהלי רשות מקרקעי ישראל הסדר המבנה את שיקול הדעת האמור, ובכלל זה מנגנונים מסודרים למתן ארכה במקרים מתאימים, כפי שתמצא המשיבה לנכון" (פס' 54 לפסק הדין).

קישור לפסק הדין.

9. ע"א 2710/21 **כהן ואח' נ' מדינת ישראל ואח'**

פסק הדין קבע בתחילה כי צודק המערער בכך שהחלטת בית משפט השלום שהפכה חלוטה איפשרה לו להגיש תביעה נוספת בעניין נזקי ההזנחה עקב אי קיום ההתחייבות משנת 1961.

בהמשך פסק הדין התקבלו טענות המדינה בערעור כי מעשה בית דין שנוצר לטובת חברת דיור פ.ב. בע"מ (להלן: "**חברת דיור**") פועל גם לטובת המדינה לנוכח זהות העילה ובהיותם במעמד של מעוולים במשותף לפי התביעה, וכן התקבלה הטענה כי פסק הדין בע"א (מחוזי ת"א) 6097-09-18 **דיור פ.ב. בע"מ נ' עזבון המנוחה שרה בן נון ז"ל** (נבו 23.12.2019) (להלן: "**עניין דיור**") סיים את סוגיית הפיצוי כלפי חברת דיור. כן חזר בית המשפט העליון על קביעת בית המשפט המחוזי כי הנזק נבלע בפסק הדין בעניין **דיור**. עוד דחה את טענת חברת דיור כי דמי השימוש הופחתו מהפיצוי עבור דיור אקוויוולנטי שנפסק.

קישור לפסק הדין.

ב. מנהלי ורגולציה:

10. רע"א 1248/19 **החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' גפניאל**

מדובר בתובענה ייצוגית נגד החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ, העוסקת בייצור, שיווק והפצת מותגים של חברת קוקה-קולה העולמית (להלן: "**החברה המרכזית**"). הטענה המרכזית של התובע הייצוגי היתה כי החברה המרכזית מנצלת את מעמדה כבעלת מונופולין בשוק משקאות הקולה בישראל על מנת לגבות מחיר מופרז עבור משקה קוקה-קולה בבקבוק 1.5 ליטר. עמדתו התקבלה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי (השופט גרוסקופף) ובהתאם לכך אושרה התובענה כייצוגית. החברה המרכזית הגישה בקשת רשות ערעור על ההחלטה ובמסגרת הליך זה הגיש היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו בסוגיה. פסק הדין העלה את השאלות המרכזיות הבאות: האם חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן: "**חוק התחרות**") מטיל איסור על בעל מונופולין לקבוע מחיר מופרז למוצר או לשירות? ומהם התנאים להחלתו של איסור זה?

חוק התחרות אוסר על בעל מונופולין לנצל את מעמדו לרעה באופן שעלול להפחית את התחרות או לפגוע בציבור. אחת הדרכים שנקבעו בחוק לניצול מעמד מונופוליסטי לרעה היא קביעת רמת מחיר "בלתי הוגנת". קיימת הסכמה רחבה, כי מחיר "בלתי הוגן" כולל בחובו "מחיר טורפני", היינו, מחיר הפסד

שקובע בעל מונופולין באופן שעלול לדחוק את מתחריו מהשוק או למנוע את כניסתם של מתחרים פוטנציאליים אליו והשאלה שנשאלה היא אם עילה זו חלה גם במקרה של מחיר גבוה מופרז.

בעמדת היועץ המשפטי לממשלה, הובעה העמדה כי יש להכיר בקיומה של עילת מחיר בלתי הוגן גבוה במסגרת דיני התחרות בישראל. אולם, בצד ההכרה בעילת מחיר בלתי הוגן גבוה, סבר היועמ"ש כי ראוי להפעיל וליישם את העילה במשנה זהירות ובריסון רב, באופן שימנע חשש לפגיעה בתחרות החופשית וברווחת הצרכנים. הסיכונים שכרוכים באכיפת העילה מחייבים זהירות כאמור, בין היתר, על מנת שלא לפגוע בתמריצים לחדשנות ולהתייעלות במשק ולצנן את הדינמיות בשווקים, על מנת שלא לפגוע בתחרות העתידית שהייתה עשויה להתפתח בשוק, על מנת שלא לתמרץ בעלי מונופולין לבסס מחירים על ניתוח עלויות במקום להתייעל ולחסוך, ומתוך הכרה במורכבותה של העילה ובקושי המעשי הרב להוכיח קיומו של מחיר בלתי הוגן גבוה, אשר עלול לפגוע בוודאות של השחקנים בשוק.

כדי להבטיח יישום זהיר של העילה, הציע היועמ"ש מבחן דו-שלבי להתקיימות העילה:

בשלב הראשון על בית המשפט לבחון האם באופן עקבי ומתמשך המחיר שגובה המונופול גבוה באופן משמעותי מהמחיר שהיה נגבה בתנאי תחרות. בחינה זאת תיעשה, ככול הניתן, באמצעות שלושה מבחנים: מבחן העלות – הפער בין עלויות הייצור של מוצר לבין מחירו של המוצר; מבחן הרווחיות של החברה; ומבחן ההשוואה, הכולל השוואה של מחיר המוצר למחיר מוצרים מתחרים בשוק או למחיר אותו המוצר בתקופות שונות או בשוק גיאוגרפי אחר. כל אחד ממבחנים אלה מעורר קשיים יישומיים בלתי מבוטלים. לפיכך נדרשות אינדיקציות רבות ככל האפשר בכדי לקבוע שאכן מדובר במחיר גבוה באופן משמעותי מהמחיר התחרותי, וכן נדרש לנקוט משנה זהירות ביישומם.

אם התשובה חיובית, צוין בעמדת היועץ כי בשלב השני של המבחן, יש לבחון האם המחיר המופרז שנגבה איננו הוגן. בחינת הוגנות המחיר תתבסס על נסיבות העניין, ותכלול התייחסות למספר אינדיקציות. בין היתר, ייבחן קיומו של ביקוש קשיח למוצר או לשירות והיעדר אלטרנטיבות סבירות לצרכנים; ייבחן קיומם של פערי כוחות משמעותיים בין בעל המונופולין לצרכנים; ייבחן קיומם של חסמי כניסה משמעותיים לשוק. מן העבר השני, תיבחן במסגרת ההוגנות גם השאלה האם ישנם טעמים טובים לגביית המחיר הגבוה ע"י החברה, כמו למשל השקעה בחדשנות, בידול מוצרים, נטילת סיכונים וכיו"ב.

בפסק הדין שניתן אומצה עמדת היועץ המשפטי לממשלה לפיה אימוץ עילת המחיר המופרז מחייב גישה זהירה ומרוסנת בהחלתה, וזאת לאור השפעתה על מערך התמריצים בשוק ומתוך רצון להימנע מהשלכות שליליות שיחטאו לתכליתו של חוק התחרות הכלכלית. בכך אומצה הגישה לפיה אכיפת האיסור על גביית מחיר מופרז שמורה למקרים חריגים וקיצוניים "הדוקרים את העין וברורים לכל" (ס' 15 לעמדת היועץ).

בפסק הדין של דעת הרוב שנכתב על-ידי כב' השופטת ברון בהסכמת כב' השופט אלרון, נקבע בהתאם לעמדת היועץ המשפטי לממשלה כי יש לאמץ "מבחן דו-שלבי ליישום עילת המחיר המופרז, המבוסס על הניסיון המצטבר לאורך עשרות שנים בבתי הדין האירופיים, שם צמחה עילה זו, והעולה בקנה אחד עם מטרות דיני התחרות ועם עמדתה המקצועית של רשות התחרות ועמדת היועמ"ש. תנאי סף להחלת עילת המחיר המופרז יהיה היותה של הפירמה בעלת מונופולין בשוק הרלוונטי, בהתאם למבחנים הקבועים בחוק התחרות; והמבחן להתקיימות העילה יהיה מבחן דו-שלבי, הבוחן בשלב הראשון את מידת

מופרזותו של המחיר, ובשלב השני נותן מקום לנסיבות שהביאו לקביעתו של מחיר זה בשוק." (פס' 42 לפסק דינה של כב' השופטת ברון).

כלל השופטים קיבלו את עמדת היועץ המשפטי לממשלה לפיה בשלב הראשון של המבחן הדו-שלבי, יש לבחון את שלושת מבחני העזר למחיר מופרז אשר נקבעו בגילוי דעת 1/17 (מבחן העלות, מבחן הרווחיות ומבחן ההשוואה). בית המשפט קבע כי, "נראה כי יש עדיפות לשימוש במספר רב ככל שניתן של מבחני עזר, וכי הקביעה שמחיר הוא מופרז תהא נסמכת על מספר אינדיקציות רב ככל הניתן. עם זאת, אין לשלול כי בנסיבות מסוימות התוצאה המתקבלת ממבחן עזר אחד תשמש ראיה מובהקת די הצורך כדי לבסס מסקנה בדבר מופרזות המחיר." (פס' 42 לפסק דינה של כב' השופטת ברון).

בשינוי מסוים מעמדת היועץ, שכן העמדה לא התמקדה בנושא הנטלים, נקבע כי הנטל בשלב השני של המבחן הדו-שלבי "יעבור אל בעל המונופולין – להראות כי חרף היותו של המחיר מופרז, ישנם טעמים כלכליים המובילים למסקנה כי מחיר זה בכל זאת הוגן." (פס' 42 לפסק דינה של כב' השופטת ברון).

בית המשפט אימץ את הביקורת שהוצגה בעמדת היועץ המשפטי לממשלה לפיה על-אף שהמבחן הראוי הוא המבחן הדו-שלבי ועל אף שבית המשפט המחוזי כינה את המבחן שאימץ כ'דו-שלבי', הלכה-למעשה, מסקנת בית המשפט המחוזי נגזרה מאימוץ מבחן שהוא חד-שלבי. מבחן זה כלל רק את שלב בחינת גובה המחיר, ללא בחינת ההוגנות שלו – על כל השיקולים שהוא כולל.

בית המשפט קיבל גם את הביקורת של היועץ המשפטי לממשלה על מבחנו של בית המשפט המחוזי המבוסס על מקבילית כוחות בין כוח השוק של בעל המונופולין ובין גובה המחיר שנקבע על ידו. "המשמעות היא שככל שמשקלו של אחד הגורמים רב יותר – כך ניתן להסתפק במשקל נמוך יותר של הגורם השני. אלא כפי שהובהר לעיל מופרזות המחיר היא תנאי בלעדיו אין להתקיימות עילת המחיר המופרז, ואין מקום להקל בדרישה זו גם לא בנסיבות שבהן בעל המונופולין מחזיק בכוח שוק משמעותי. יתר על כן, נראה כי המבחן שיושם בהחלטת האישור חסר את השלב החשוב של בחינת הוגנות המחיר – שבגדרו יש לתת את הדעת לנסיבות המוצר והשוק שעל הפרק, למערך התמריצים בשוק זה, ולשיקולים נוספים שפורטו לעיל." (פס' 47 לפסק דינה של כב' השופטת ברון).

בדעת מיעוט, כב' המשנה לנשיאה (בדימוס) הנדל הציג עמדה לפיה יש לאמץ מבחן דו-שלבי מעט שונה. לשיטתו, בשלב הראשון יש לבצע בחינה עובדתית/כלכלית ויבחן אם המחיר הינו גבוה (האם יש פער כלפי מעלה בין המחיר אשר גובה בעל המונופולין למחיר התחרותי). בשלב השני, יבוצע בחינה משפטית/נורמטיבית לפיה יבחן האם המחיר מופרז/בלתי הוגן, וזאת תחת ההנחה כי מחיר מונופוליסטי מופרז הוא בלתי הוגן. לשיטתו, אין להעביר את הנטל לנתבע להוכיח את הוגנות המחיר.

לעניין השלב השני, בבחינת האם המחיר בלתי הוגן, קבע כב' המשנה לנשיאה (בדימוס) הנדל מבחן שישמש את בית המשפט: "נקודת המוצא שלנו בבחינה זו היא גובה הפער המספרי בין המחיר בפועל לבין המחיר התחרותי. אולם זוהי לא בהכרח נקודת הסיום. פער רב ומשמעותי בין אלו יכול להוות אינדיקציה לכך שהמחיר הוא מופרז. לעתים, וככל שהוא גדול יותר, הוא אף יכול להוות אינדיקציה חזקה או אף מספקת בסופו של דבר. אולם ככלל יהיה מקום לשקול שיקולים נוספים. שיקולים אלו יכולים להיות סוג המוצר המדובר, אופי השוק הרלוונטי ורמת הסיכון שהוא כרוך בו, רמת התחרותיות בו וחסמי הכניסה אליו, סוג

החברה ומבנה, כוח השוק שלה, עלויות הפיתוח, החדשנות, השיווק והפרסום שהשקיעה ומשקיעה החברה במוצר, וכל נתון נוסף שיכול לשפוך אור על פער זה לחיוב או לשלילה – המצדיק אותו או מצביע על הבעייתיות שבו (ראו פס' 45-46 לחוות דעתה של חברתי). אין מדובר ברשימה סגורה...".

בנסיבות אלה בוטלה החלטת האישור והדיון הוחזר לבית המשפט המחוזי – על מנת שידון תחילה בבקשת הגילוי, ובהמשך לכך יוסיף וינהל את בקשת האישור כחוכמתו, ויכריע בה בהתאם לאמות המידה שנקבעו בפסק הדין.

בסופו של פסק הדין צוין כי במבט ראשון השימוש בעילת המחיר המופרז לטיפול בבעיית יוקר המחיה בישראל הוא שובה לב. כך בפרט מקום שבו "האזרח הקטן" יכול להיכנס בנעליה של רשות התחרות ולנהל בעצמו הליך ייצוגי המבוסס על עילה זו. ואולם ניתוח מעמיק של עילת המחיר המופרז, ובפרט של אופן השפעתה על מערך התמריצים בשוק, מחייב אימוץ גישה זהירה ומרוסנת בהחלתה. זוהי אף גישתו של בית הדין האירופי, הנסמכת על עשרות שנים של ניסיון מצטבר בהחלת העילה. צוין כי בשלב זה תלויים ועומדים בבתי המשפט המחוזיים עשרות הליכים ייצוגיים המבוססים על עילת המחיר המופרז, ויש להישמר מפני מצב שבו בית המשפט הופך למאסדר העל של המחירים בכלכלה הישראלית. כך במיוחד, שעה שרשות התחרות עצמה – הגורם בעל המומחיות, המשאבים והניסיון הדרושים לשם כך – לאחר בחינה מקיפה של הנושא, טרם מצאה הצדקה לעשיית שימוש בסנקציות המינהליות הנתונות לה בהקשר זה. כפי שכבר הובהר, מדיניותה המוצהרת של רשות התחרות היא שיש להפנות את משאבי האכיפה בהקשר של מונופולים לטיפול בפרקטיקות אנטי-תחרותיות ובהסרת חסמים בשוק, ואכיפת האיסור על גביית מחיר מופרז שמורה למקרים חריגים וקיצוניים "הדוקרים את העין". זוהי גם עמדתן של כל רשויות התחרות במדינות שבהן מוכרת עילת המחיר המופרז.

קישור לפסק הדין.

11. רע"א 4135/22 **מדינת ישראל - הרשות הממשלתית למים וביוב נ' קדש נפתלי מושב עובדים ואח'**

פסק הדין קיבל את בקשת רשות הערעור מטעם הרשות הממשלתית למים וביוב שהוגשה על החלטת בית המשפט המחוזי בנצרת וקבע כי יש לסלק את התובענה שהגישו המשיבים על הסף. פסק הדין עסק בתביעת המשיבים לסעד הצהרתי לפיו על הרשות לקבוע שמי עיון-זמר הינם מים שפירים באיכות נחותה לפי כלל 7(1)(1.7) לכללי המים (תעריפי מים המסופקים מאת מקורות), התשמ"ז-1987, ובהתאם לכך לחייבם בתעריף מוזל החל על "מים שפירים באיכות נחותה".

בית המשפט העליון קיבל את עמדת רשות המים לפיה אין עניינה של התובענה בפרשנות וביישום של חקיקת משנה, כי אם בתקיפה ישירה של החלטות מנהל רשות המים. נקבע, כי לאור "לשונו הברורה של הכלל עולה כי הזכאות למחיר המוזל מותנית באישור של מנהל רשות המים כי המים הם באיכות נחותה. אישור כזה לא ניתן. על כן, סעד זה תוקף למעשה את החלטתו המינהלית של מנהל רשות המים בקביעת סיווג המים של מי עיון-זמר ומעמידה לביקורת שיפוטית." (פס' 17 לפסק הדין).

לא זו אף זו, בית המשפט העליון קבע גם כי "עיון ברישיונות ההספקה של המשיבים מהמועדים הרלוונטיים, מעלה כי אלה מורים מפורשות כי "ציון סוג המים [...] וכן כל מאפיין אחר שלהם ברישיון זה

הוא לצורך קביעת דמי המים ככל שייקבעו". "סוג המים" נקבע ברישיונות כ"שפיר" מבלי שצוין שמדובר במים שפירים באיכות נחותה" (פס' 19 לפסק הדין). על כן, נקבע כי תקיפה של ההחלטה לקבוע את המים כ"שפירים" ולא כ"מים שפירים באיכות נחותה" שקולה לתקיפה של תנאי הרישיון ולכן הדרך הנכונה להשיג על החלטה זו היא בדרך של הגשת ערר לבית הדין למים, תוך 21 יום מיום מסירת הודעה על החלטת מנהל הרשות הממשלתית, וזאת לפי סעיף 31(א) לחוק המים, התשי"ט-1959. נקבע, כי כל עוד לא שונה סיווג המים בדרך זו, לא ניתן לתקוף את סיווג המים בדרך של הגשת תביעה אזרחית למתן סעדים הצהרתיים והשבה.

כב' השופטת כנפי-שטייניץ הדגישה בנוגע לדרך ההשגה על החלטות מנהליות של רשות המים כי "...נקבע כי משקבע המחוקק דרך ייעודית להשגה ולערר, זו "דרך המלך" בה יש לילך, וככלל אין לאפשר את עקיפתה על-ידי הבאת השאלות שבמחלוקת לפני ערכאות שיפוטיות אחרות." (פס' 20 לפסק הדין). כב' השופטת כנפי-שטייניץ הפנתה לפסקי דין נוספים אשר ניתנו לאחרונה בבית המשפט העליון בעניין הדרך לתקוף רישיונות הפקה או הספקה שניתנו על ידי רשות המים בע"א 7339/19 **הרשות הממשלתית למים ולביוב נ' קיבוץ עין המפרץ** (5.03.20200) ובע"א 4285/20 **הרשות הממשלתית למים ולביוב נ' דורי בניה בע"מ** (31.01.2023), אשר ניתן גם לאחרונה.

קישור לפסק הדין.

12. ע"א 528/20 **כהן ואח' נ' סלקום ישראל בע"מ ואח'**

במוקד המחלוקת עמדה פרשנותן של הוראות הרישיונות שהעניק שר התקשורת לחברות הסלולר, והשאלה אם אלו מתירות לחברות הסלולר לגבות תעריפים שונים מלקוחות שהם בעלי מאפיינים דומים. בית המשפט המחוזי דחה את עמדת משרד התקשורת, זאת בעיקר משום שלשיטתו העמדה של משרד התקשורת לא עמדה בכללי המשפט המינהלי כגון חובת השימוע, חובת ההיוועצות, גיבוש תשתית עובדתית וחובת הנמקה.

לאחר שסקר בית המשפט העליון בהרחבה את עמדת היועץ המשפטי לממשלה שהתמקדה בשאלה אם יש לראות מעשה פרשני כמעשה מינהלי המחייב עמידה בכללי המשפט המינהלי, נקבע כי יש לאמץ את עמדת היועץ המשפטי לממשלה בסוגיה זו במלואה.

נקבע בפסק הדין כי העמדה שהוגשה לבית המשפט המחוזי על ידי משרד התקשורת היתה עמדה פרשנית וכי "כאשר המאסדר מתבקש להביע את עמדתו הפרשנית, הוא אינו נדרש ליתן הוראה חדשה – להתיר או לאסור; אלא לפרש הוראה קיימת – לקבוע אם הנורמה הקיימת מתירה או אוסרת. את מלאכת הפרשנות אין מבצעים בהתאם לכללים מינהליים, אלא בהתאם לכללי הפרשנות המקובלים בשיטתנו". לצד קביעה זו הובהר בפסק הדין כי אין להמעיט מחשיבות הליך גיבוש העמדה או לשלול לחלוטין את הרלוונטיות של אמות מידה מינהליות בהקשר זה. "כך למשל, אם עמדה פרשנית התקבלה שלא על בסיס תשתית עובדתית מלאה ורלוונטית, יכול הדבר להשפיע על המשקל שיש ליתן לעמדה; כך גם אם העמדה התקבלה ללא התייעצות עם גורמים רלוונטיים. המשקל שיש להעניק לפרמטרים כאלה יכול להשתנות ממקרה למקרה בהתאם לשאלה שהופנתה למאסדר ולנסיבות הקונקרטיות של ההליך. אולם העמידה בכללים מינהליים אינה מהווה "תנאי סף" לקבלת פרשנות המאסדר, ואי עמידה באיזה מהם אין בה כדי לשלול את תקפותה;

בכל מקרה יש להידרש לשאלה הפרשנית לגופה, ובנסיבות שבהן הפרשנות לוקה בחסר מבחינה כזו או אחרת, הדבר יכול שיובא בחשבון במסגרת החלטתו של בית המשפט אם לאמץ את פרשנות המאסדר אם לאו".

ביחס לפרשנות גופה לא אומצה הפרשנות של משרד התקשורת שהובאה בעמדת היועץ המשפטי לממשלה. נקבע כי עמדת משרד התקשורת שמה דגש על המילה "סוגים" בהוראת הרישיון הרלבנטית ומכאן עמדתו כי סלקום איננה רשאית לערוך אבחנה בין סוגי מנויים שאין ביניהם הבחנה. להלן הסעיף שבמחלוקת:

21. "בעל הרישיון יציע כל סל שירותים בתנאים שווים ובתעריף אחיד לפי סוגי המנויים. לעניין סעיף זה, 'סוג מנויים' – קבוצת מנויים שיש במאפייניה טעם סביר המצדיק את הבחנתה מקבוצה אחרת".

בית המשפט העליון הבהיר כי גם פסק הדין המחוזי שם דגש על המילה "סוגים" בדומה למשרד התקשורת, אך לגישתו הדגש צריך להיות במילה "יציע". דהיינו, סלקום איננה רשאית להציע מחיר שונה (הכוונה לתעריף האחיד) לאותו סוג מנויים, אך אין בכך כדי לשלול ממנה את האפשרות לספק לאותו סוג מנויים את המנוי במחיר שונה וזאת בשל היותם לקוחות חדשים או מתמקחים.

בית המשפט העליון חידד כי היועץ המשפטי לממשלה עמד על כך שתכלית האסדרה היא "להתגבר על בעיה של היעדר שקיפות ופערי המידע בין הצרכן לבין בעל הרישיון", כך שיתאפשר לו להשוות מחירים ולבחור בחירה מושכלת בין התוכניות המוצעות לו וכי האסדרה נועדה להגן על הצרכן החלש. בהקשר זה קבע בית המשפט כי הפרשנות המוצעת אכן מקדמת תכליות אלה – חברה אינה יכולה להציע הצעה "מנופחת" ללקוח באופן שרירותי או ממניעים פסולים; והצרכן יכול לערוך השוואת מחירים בין החברות ולקבל החלטה צרכנית מושכלת, זאת על סמך תעריפי הבסיס שמציעות החברות. בכך הרישיון מגן על לקוחות חלשים שעלולים שלא לזהות הצעות "מנופחות" כאלה, ומקדם את התכליות הצרכניות שעליהן עמד היועץ.

כן נקבע בפסק הדין כי פרשנות זו עדיפה גם משום שפגיעתה בחופש החוזים של הצדדים היא פחותה.

עוד קבע בית המשפט העליון כי על אף שקיימים הבדלים בין שוקי הסלולר והשידורים, והמאסדרים השונים יכולים לקבוע אחרת בהתאם למאפיינים הייחודיים של השוק וכאשר הדבר נדרש –ישנו יתרון לקביעת הוראות דומות בתחומים אלה. זאת בהינתן שכיום מוצעות חבילות משולבות שונות על ידי חברות המספקות שירותי שידורים, אינטרנט וסלולר כחלק מסל שירותים אחד.

על אף האמור לעיל מסקנת בית המשפט בנוגע לפרשנות הנכונה דומה בעיקריה לפרשנות שהוצגה בהחלטת מועצת הכבלים והלוויין בנוגע לשוק השידורים לפיה אין לראות במחירים השונים שנגבים מלקוחות חדשים או מלקוחות מתמחים כפעולה המנוגדת לרישיון.

לבסוף הובהר כי ככל שמשרד התקשורת יערוך בחינה מקיפה של הנושא, וימצא כי איסור ההתמקחות עדיף מבחינה תחרותית או צרכנית ולכן לא ניתן לספק את השירות במחיר שונה (ולא רק להציע), באפשרותו לתקן את הרישיונות ולקבוע כך, אך עליו לקבוע כך באופן מפורש.

קישור לפסק הדין.

13. בע"מ 3358/20 **<u>פלוני נ' מדינת ישראל משרד הפנים</u>**

עניינה של ההחלטה בפניית פקיד הרישום לבית המשפט לענייני משפחה לשינוי רישום פרטי הדת והלאום של המבקשים במרשם האוכלוסין, כך שירשמו כחסרי דת וכחסרי לאום. זאת לאחר שהתברר בבדיקת מז"פ כי תעודות הלידה עליהם הסתמכו המבקשים היו מזויפות ולאחר שהמבקשים סרבו להסכים לשינוי הרישום.

ידיעה שלפיה תעודות הלידה שהציגו המבקשים הן מזויפות התקבלה ברשות האוכלוסין בשנת 2003. לפיכך המבקשים הוזמנו להתייצב לבירור בעניין, אולם לא נענו להזמנות אלה. בשנת 2007, לאחר שהתייצבו המבקשים לבירור, נשלחו התעודות לבדיקת מז"פ, אשר העלתה כי הן מזויפות. לאחר שיג ושיח בין רשות האוכלוסין למבקשים, במסגרת שימוע בשנת 2008 המבקשים הצהירו כי הם אינם מסכימים לשינוי פרטי המרשם. בשנת 2012 הוזמנו המבקשים לבירורים נוספים בעניין, שאליהם הם לא התייצבו.

ביום 03.12.2015 הגיש פקיד הרישום תובענה לבית המשפט לענייני משפחה לשינוי רישום פרטי הדת והלאום של המבקשים. בית המשפט לענייני משפחה קבע כי אין לקבל את טענת המבקשים שיש לדחות את התובענה מחמת התיישנות, זאת בהתאם לפסיקה כי אין התיישנות בהליכים שעניינם סטטוס. על כן נקבע, שיש לתקן את פרטי הדת והלאום של המבקשים במרשם האוכלוסין כמבוקש.

על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה הוגש ערעור מטעם המבקשים לבית המשפט המחוזי בחיפה. בית המשפט המחוזי דחה את הערעור בדעת רוב והכריע כי יש להיעתר לבקשה לשינוי פרטי הרישום של המבקשים. בית המשפט המחוזי הבהיר כי אין הצדקה להבחין בין תביעות המוגשות ביוזמת האזרח לבין תביעות המוגשות ביוזמת המדינה בעניין הכלל כי דיני ההתיישנות לא חלים על תביעות שעניינם סטטוס. עוד נקבע שהמבקשים לא העלו מיוזמתם את שאלת השיהוי ועל כן דעת הרוב סברה כי אין הצדקה להידרש אליה, וכי ממילא, אין לקבל טענת שיהוי מקום שטענת התיישנות נדחתה.

על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הוגשה בקשת רשות לערער ובית המשפט העליון דחה את הבקשה. בית המשפט העליון קבע כי הפסיקה הכריעה זה מכבר שאין התיישנות בתביעה שעניינה סטטוס. זאת בהתאם לתכליתו של מרשם האוכלוסין לשמש מאגר נתונים מהימן, מדויק ומעודכן. כפי שנקבע בבית המשפט המחוזי, אין הצדקה להבחין לענייו זה בין תביעות המוגשות ביוזמת האזרח לבין תביעות המוגשות ביוזמת המדינה.

בכל הנוגע לטענה כי יש לבטל את המעשה המנהלי לאור השיהוי בהגשת התביעה בית המשפט העליון הבהיר, כי יינתן סעד של ביטול המעשה המנהלי בשל שיהוי רק במקרים חריגים והוא מותנה באיזון האינטרסים המעורבים במקרה. בית המשפט הוסיף וקבע כי אי קבלת טענת התיישנות אינה גוזרת גזירה שווה על טענת שיהוי.

בית המשפט העליון הבהיר כי אומנם נקבע בענייננו שרשות האוכלוסין אכן נקטה בשיהוי בעניין, אך קביעה בדבר שיהוי לחוד וקביעה בדבר הסעד שיינתן בגינו לחוד. המבקשים ידעו עוד בשנת 2013 כי רשות האוכלוסין מטילה ספק ביהדותם ובמקוריות מסמכיהם, כך שלא נגרם להם נזק ראייתי ולא פגעו בהסתמכותם. עוד צוין, כי פרטי הלאום והדת במרשם האוכלוסין אף לא מהווים ראיה לכאורה וכל

מטרתם מבחינת המדינה היא "סטטיסטית" ולא נגזרת ממנו זכויות מהותיות. כך שהגם שניתן היה להגיע לתוצאה אחרת, באיזון האינטרסים המעורבים במקרה תוצאה זו אינה מצדיקה להעניק למבקשים רשות ערעור על פסק הדין ב"גלגול שלישי".

בשולי פסק הדין הוסיף וקבע בית המשפט העליון כי ההליך אינו עוסק בנושא ביטול אזרחותם של המבקשים, וכי ככל שיוחלט על ביטול כזה, השלכות השיהוי המינהלי עשויות להיות שונות.

קישור לפסק הדין.

14. ע"א 1962/21 **חכמון גבאי בע"מ נ' מי רעננה ואח'**

בפסק הדין עלתה השאלה לאיזה בית משפט נתונה הסמכות העניינית לדון בענייני מכרזים של תאגידי מים וביוב. נקבע כי בהתאם לסעיף 5(1) לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000, בית משפט לעניינים מנהליים ידון ב"עתירה נגד החלטה של רשות או של גוף המנוי בתוספת הראשונה בענין המנוי בתוספת הראשונה...". בהתאם לסעיף האמור קבע בית המשפט כי על מנת שתקום לבית המשפט לעניינים מנהליים סמכות עניינית לדון בעתירה לפי סעיף זה נדרשים קיומם של שני תנאים מצטברים: האחד, כי מדובר בהחלטה של "רשות" והשני- כי מדובר ב"עניין המנוי בתוספת הראשונה".

ביחס לתנאי הראשון נקבע כי תאגידי המים והביוב ממלאים תפקיד ציבורי על פי דין ואכן מהווים "רשות" לפי סעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים (בהתאם לחוות דעתה של הנשיאה חיות בעניין **מי הגליל**).

ביחס לתנאי השני בית המשפט הפנה לפרט 5 לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, המתייחס לשלוש חלופות - ענייני מכרזים של גוף או רשות המנויים בסעיף 2 לחוק חובת המכרזים; ענייני מכרזים של רשות מקומית; מכרזים עניינם מתן רישיון או זיכיון לפי דין. בית המשפט קבע כי החלופות השנייה והשלישית אינן רלוונטיות לענייננו, והמשיך לבחון את החלופה הראשונה - האם תאגיד מים וביוב נכנס בגדר סעיף 2 לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992 - "המדינה, כל תאגיד ממשלתי, מועצה דתית...".

בית המשפט העליון קבע כי תאגיד מים וביוב אינו תאגיד ממשלתי. תאגיד מים מצוי במועד הקמתו "בשליטה ובבעלות מלאה של הרשות המקומית" בתחומה הוא פועל ולכן אינו עונה על הגדרת חברה ממשלתית לפי סעיף 1 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975. כמו כן, לא ניתן לראות בתאגיד מים וביוב "תאגיד שהוקם בחוק". חוק תאגידי מים וביוב אינו מורה באופן ישיר על הקמת תאגיד מסוים אלא קובע הוראות בדבר הקמת תאגידים והתפקידים והחובות המוטלים על תאגידים אלה. העובדה שחוק תאגידי מים וביוב קובע הוראות בדבר הקמת תאגידי מים וביוב, ואף מחייב זאת בנסיבות מסוימות, אינה מוליכה כשלעצמה אל המסקנה שמדובר בתאגידים שהוקמו בחוק, זאת להבדיל מגופים אחרים שהחוק מורה באופן מפורש על ייסודם. משאין מדובר בתאגידים שהוקמו בחוק, בית המשפט קבע כי הם אינם עונים להגדרת "תאגיד ממשלתי" לעניין חוק חובת מכרזים ואינם נמנים עם הגופים המפורטים בסעיף 2 לחוק חובת המכרזים בנוסחו כיום. מכאן נקבעה המסקנה כי לבתי המשפט לעניינים מנהליים לא נתונה הסמכות לדון בענייני מכרזים של תאגידי מים וביוב מכוח פרט 5 לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים.

בית המשפט העליון ציין כי מסקנה זו משקפת את הדין המצוי ואינה הדין הרצוי וזאת בשים לב ליתרון שבריכוז הדיון בענייני מכרזים בפני בתי המשפט לעניינים מנהליים וכן בהינתן קווי המתאר המיוחדים של תאגידי מים וביוב והנורמות מן המשפט המנהלי. בסיומו של פסק הדין נזכר תיקון 14 לחוק חובת מכרזים המוסיף לסעיף 2(א) לחוק חובת מכרזים את המילים "תאגיד מקומי" ועל פני הדברים נראה כי תאגידי מים וביוב עשויים לבוא בגדרה של הגדרה זו. יחד עם זאת תיקון זה טרם הושלם, ולכן בהתאם למצב המשפטי הנוכחי הדיון בענייני מכרזים של תאגידי המים נתון לסמכותו של בית משפט אזרחי. כן חידד בית המשפט העליון כי הכרעה זו נוגעת לסמכות עניינית בלבד, ואין בה כדי להשליך על הדין המהותי החל על תאגידי מים וביוב בענייני מכרזים.

קישור לפסק הדין.

ג. חדלות פרעון:

15. ע"א 7829/18 **בטר פלייס ישראל ואח' נ' אגסי ואח'**

ההליך עסק בערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (כב' השופט ע' גרוסקופף בהיותו שופט בבית המשפט המחוזי) בת"א 47302-05-16, שבו סולקה על הסף תביעה שהגישו המפרקים בשם המערערות (החברות שבפירוק) נגד נושאי משרה בחברות ומבטחיהן, ונגד רואי החשבון המבקרים של החברות. התביעה סולקה על הסף מכוח כלל שיקול הדעת העסקי ועל כך הוגש הערעור.

בהליך בבית המשפט העליון התייצב היועץ המשפטי לממשלה וטען בשתי סוגיות עיקריות. הסוגיה הראשונה כללה עמידה על כך שכלל שיקול הדעת העסקי חל באזור חדלות פירעון. צוין גם שטענת המערערות בדבר אי תחולת הכלל באזור חדלות הפירעון מהווה הרחבת חזית היות שטענה זו לא עלתה בבית המשפט המחוזי כלל. הסוגיה השניה עסקה באפשרות לעשות שימוש בכלל שיקול הדעת העסקי לצורך סילוק תביעות על הסף, והודגש ששימוש בכלל לצורך סילוק תביעות על הסף עולה בקנה אחד עם הרציונאל של כלל שיקול הדעת העסקי. עם זאת לא הובעה עמדה האם היה נכון לעשות שימוש בכלי זה במסגרת התביעה דנן. הובהר בעמדה, וביתר שאת במעמד הדיון בעל פה, כי לאי הפעלת כלל שיקול הדעת העסקי לצורך סילוק תביעות על הסף, במקרים המתאימים כמובן, ישנן משמעויות גם בהיבטים ביטוחים והשפעה על שוק הביטוח הרלוונטי. בשולי הדברים העמדה הוסיפה כי קביעת כב' בית המשפט המחוזי לפיה אין לבוא בטענות נגד נושא משרה בגין אי הפעלת שיקול דעת עצמאי, מקום שבו פעל נושא המשרה ליישום ההחלטה בהתאם להנחיה שניתנה לו על ידי חברת האם, מעוררת קושי שכן היא עשויה להתפרש כמעין "הקלה" ביחס לדרישה מנושאי המשרה באשכול חברות להפעיל שיקול דעת עצמאי.

במסגרת פסק הדין, בית המשפט העליון דן בהליך נוסף –ע"א 3860/19 (עניין **רוביקון**). מדובר בערעור על פסק דין של כב' בית המשפט המחוזי שבמסגרתו סולקה על הסף תביעה שהגישו המפרקים בשם המערערות (החברות שבפירוק) נגד רואי החשבון המבקרים שלהן. התביעה סולקה בהעדר מעמד להגשת התביעה, וזאת בהתבסס על פסק דינו של כב' השופט גרוסקופף בעניין **בטר פלייס**.

עיקרי קביעות פסק הדין:

פסק הדין סוקר בהרחבה את השתלשלות האירועים שקדמה לפסק הדין. בתוך כך, בית המשפט עמד על טענות המערערות בתביעתן מטה, על מתן פסק דין בע"א 7735/14 **ורדניקוב נ' אלוביץ** (נבו 28.12.2016) כחצי שנה לאחר הגשת כתב התביעה ושבו נדונה בהרחבה סוגיית תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי בדיני החברות בישראל, על עיקרי פסק דינו של כב' בית המשפט המחוזי בעניינו ותמצית טענות הצדדים (סעיפים 1-26 לפסק הדין).

פסק הדין עומד בהרחבה על עמדת היועץ המשפטי לממשלה, תוך ציון העובדה שבתחילה הוגשה עמדת הכנ"ר שנמשכה ולאחר מכן עמדתו הוכפפה לעמדת היועץ המשפטי לממשלה. עיקר עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה הוקדשה לשאלת תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי כאשר חברה נמצאת באזור חדלות פירעון. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, כלל שיקול הדעת העסקי יכול לשמש במקרים המתאימים כעילה לסילוק על הסף של תובענות שעניינן בתקיפת שיקול הדעת העסקי שהופעל על ידי דירקטורים ונושאי משרה. נוסף על כך, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, חובתו של דירקטור להפעיל שיקול דעת עצמאי עומדת אף אם מדובר בחברה שמהווה חלק מקונצרן חברות והשליטה בה מצויה במעלה הפירמידה (סעיפים 27-30 לפסק הדין).

לגוף ההכרעה, ראשית, פסק הדין דן בטענה ביחס לכלל שיקול הדעת העסקי כעילה לסילוק תביעה על הסף. ביחס לכך, בית המשפט העליון מאמץ את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה ופוסק כי כתב תביעה נגד נושאי משרה בחברה בגין התנהלות עסקית רשלנית יכול להימצא נטול עילה וכי בית המשפט לא מוצא טעם שבגינו יש להחיל דין שונה על תביעה מסוג זה לעומת תביעות אזרחיות "רגילות". במילים אחרות, בהעדר טענה קונקרטית מצד תובע שבכוחה לסדוק את חומת החסינות שמקיפה את נושאי המשרה מכוח כלל שיקול הדעת העסקי – הרי שדין התביעה להיות מסולקת על הסף. עוד נפסק כי דברים אלו אינם בגדר מהפכה או חידוש אלא יישום תקנה 41(א)(1) לתקנות סדר הדין האזרחי ושל כללי סילוק על הסף.

עוד בעניין זה, פסק הדין מציין כי היועץ המשפטי לממשלה התייחס לדברים מזווית נוספת בעמדו על ההשלכות הטמונות בתובענות מסוג זה על שוק הביטוח ועל שיעור הפרמיות. עוד צוין כי במהלך הדיון ב"כ היועץ המשפטי לממשלה הוסיף כי מדינת ישראל נכנסה ל"רשימה שחורה" של טריטוריות שלא כדאי לבטח אותן, וכי מדובר, באמירה מדאיגה שאין להקל בה ראש (סעיפים 31-40 לפסק הדין).

במישור הספציפי, באשר לשאלה האם יש להתערב במסקנתו של בית המשפט המחוזי כי היה מקום לסלק את התביעה על הסף במקרה דנן, בית המשפט מתייחס לטענת הפזיזות שהעלו המערערות תוך התבססות על תקנה 77 לתקנות הישנות (טענה אשר שוללת הגנה מקום בו נושא המשרה הפר את חובתו בכוונה או בפזיזות), וקובע כי שיבוץ המילה "פזיזות" פעמים בודדות בתוך מאות תתי-סעיפים בכתב התביעה העוסקים ברשלנות אינה מחסנת את התביעה מפני סילוק על הסף. על כן, לא ניתן לומר שבמקרה דנן נטענה טענת פזיזות באופן מהותי, ובנקודה זו דין הערעור להידחות (סעיפים 40-46 לפסק הדין).

בהמשך, פסק הדין דן בטענות אי הפעלת שיקול דעת עצמאי וסטנדרט הביקורת על החלטות החברה, כפי שהעלו המערערות. ביחס לכך נפסק כי בהינתן שטענת אי הפעלת שיקול דעת עצמאי הועלתה על ידי המערערות גם כלפי הדירקטורים בחברת האם, היה על בית משפט קמא להתייחס לכך ולו במסגרת הדיון בבקשה לסילוק על הסף. על כן, יש לאפשר למערערות לחדד את טיעונן לגבי חריג אי הפעלת שיקול הדעת (סעיפים 47-51 לפסק הדין).

ביחס לשאלת תחולת כלל שיקול הדעת העסקי ב"אזור חדלות פירעון", בית המשפט הזכיר את עמדת היועץ המשפטי לממשלה לפיה כלל שיקול הדעת העסקי מוסיף לחול באזור חדלות הפירעון וכי הימצאותה של חברה באזור חדלות פירעון אינה משנה, כשלעצמה, את החובות החלות על נושאי המשרה, ואינה מעמידה, באופן מובנה, את נושאי המשרה בניגוד עניינים השולל את תחולת כלל שיקול הדעת העסקי. אולם, בית המשפט קובע כי נושא זה, כמו גם הטענה ביחס לאי הפעלת שיקול דעת עצמאי כסותרת את כלל שיקול הדעת העסקי, לא עלו בכתב התביעה ולא התלבנו בגדרו של ההליך בבית משפט המחוזי, ולכן אין להעמיק בהן במסגרת הערעור לראשונה (סעיפים 52-53 לפסק הדין).

בהמשך, פסק הדין מתייחס לשאלה המהותית שהעלה בית המשפט במהלך הדיון אשר לא התבררה והיא – עבור מי או בשם מי הוגשה התביעה. ביחס לכך נפסק כי לאור השבת התיק לבית המשפט המחוזי, בית המשפט לא רואה מקום להידרש לשאלה אימתי, אם בכלל, ניתן לראות את נזקי הנושים כנזקי החברות. עוד צוין כי מדובר בסוגיה לא פשוטה היורדת לשורש דיני חדלות הפירעון.

לסיכום, בית המשפט קבע כי יש להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי בסוגיות מסוימות כמפורט לעיל בלי לקבוע מסמרות ביחס למספר שאלות חשובות ועקרוניות שהתיק מעלה וביניהן למי שייכת עילת התביעה ותחולת כלל שיקול הדעת העסקי באזור חדלות פירעון. מכל מקום, בשאלת השימוש בכלל שיקול הדעת העסקי לצורך סילוק על הסף הכריע בית המשפט העליון וחיזק את אפשרות השימוש בכלל זה לצורך סילוק על הסף, כעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ובכך יתכן ויש בשורה חשובה.

קישור לפסק הדין.

16. ע"א 8416/19 **עו"ד שלמה ורו"ח אלי שפלר – מפרקי חברת אגרקסקו חברה לייצור חקלאי בע"מ נס נ' מדינת ישראל ואח'**

פסק הדין עסק בשלושה נושאים: התיישנות התביעה, שיעור תשלום האגרה וכן בשאלה, בבחינת למעלה מן הצורך, האם חברה שמתנהלת בניגוד לתכלית "השאת הרווחים" היא בבחינת עילה להרמת מסך.

דומה כי בפסק הדין לא שלל השופט מינץ את תביעת המפרקים, אולם בחוות דעתו של השופט גרוסקופפעולות אמירות לכאוריות נגד הנחות היסוד של התביעה שהוגשה על ידי המפרקים. בסוגיה אחרונה זו לא הביעה השופטת וילנר עמדה כלשהי.

בנושא ההתיישנות נדחתה עמדת המערערים לפיה עילת הרמת מסך נולדת אך לאחר צו פירוק. יחד עם זאת, בית המשפט העליון לא קבל את נימוקו של בית המשפט המחוזי, לפיו חלה בנדון הלכת מרכז הארגזים (שעסקה בסעיף 373 לפקודת החברות) אשר קבעה כי עילת תביעה אינה מתחילה עם מתן צו פירוק, אלא במועד בו נושאי המשרה עוולו כלפי החברה. השופט מינץ קבע שלא ניתן להקיש מהלכת מרכז הארגזים לענייננו שכן שם עסקה הלכה זו בתביעת חברה נגד נושאי משרה, בעוד במקרה דנן עסקינן בתביעת נושים נגד בעלי מניות.

השופט מינץ פסק שהרמת מסך משמשת ככלי להרחבת מעגל היריבות וליצירת יריבות ישירה בין הנושים לבין בעלי המניות. הרמת מסך היא אמצעי להשגת סעד. מאחר שהמפרקים הצהירו כי תביעות החוב שבגינן הם תובעים הרמת מסך לא התיישנו, "אין מקום לומר כי עילות התביעה שלצדן הרמת מסך נגד

המשיבות בעלי מניותיה של החברה, התיישנו. עילות התביעה לא נולדו עם פירוק החברה, אלא כל תביעת חוב שהוגשה נגד החברה נולדה בזמן הראוי לה״ (סעיף 41 לחוות דעת מינץ). לפסיקה זו הסכים השופט גרוסקופף בקבעו שהרמת מסך אינה עילת תביעה העומדת בפני עצמה, אלא מנגנון משפטי שבאמצעותו מורחבת עילת תביעה קיימת מכוח הדין, כך שביחס לחיוב קיים מתווסף חייב נוסף. משכך דיני ההתיישנות צריכים להיבחן ביחס לעילה שבעטיה נדרשת הרמת מסך, ו״ההתיישנות נבחנת לפי המועד בו נוצרה חבות החברה כלפי הנושה...״ (סעיף 6 לחוות דעתו).

בעניין האגרה נפסק כי ״אכן, הגשת תביעה למתן סעד הצהרתי כאשר בידי התובע קיימת אפשרות לתבוע סעד כספי עשויה להיתפס כבלתי מוצדקת (ענין ברקליס). ברם, שעה שבענייננו מדובר בתביעה לסעד הצהרתי שלא ניתן לכמת אותו כלל לעת הזאת, יש לסווג את התביעה כהליך שאינו ניתן לביטוי כספי. גם אם ניתן להעריך בקווים כלליים במקרה זה את שווי הסעד...״. השופט גרוסקופף פסק ש״מדובר בהליך הצהרתי מקדמי, אשר איננו מאפשר עדיין זכיה בסעדים כספיים, ואשר דינו צריך להיות, לצורכי אגרה, כבקשה לסעד שאינו ניתן בשלב זה להערכה״ (פסקה 9).

ביחס לשאלה השלישית, השופט מינץ התייחס, בבחינת למעלה מן הצורך, לתקנה 94 לתקנון החברה שקבעה בעבר כי החברה לא תפיק רווחים, וכי במידה שייווצרו רווחים הם יחולקו לספקי התוצרת החקלאית. השופט מינץ קובע: ״על פניו, ומבלי להביע עמדה נחרצת בעניין, התקנה מציבה אתגר לא פשוט לשכנע כי היא עולה בקנה אחד עם מושכלות היסוד בממשל התאגידי על פיהן מטרת התאגיד היא להשיא את רווחי בעלי מניותיה״ (43). מנגד, לאחר מכן הוא מסתייג מכך וקובע ש״יש גם מקום להסתייג קמעא מהקביעה בדבר ייחוד תכלית החברה להשאת רווחים לבעלי מניותיה״, וזאת לאור הוראת סעיף 11 לחוק החברות לפיו על החברה מוטלת החובה להתחשב לא רק בשיקולים העסקיים שלה, אלא גם בציפיות הלגיטימיות של צדדים שלישיים עמם היא באה במגע-ובכלל זה גם הציבור הרחב״ (46), וכן לאור הפסיקה שקדמה לחקיקת חוק החברות שקבעה שעל חברה ובעלי מניותיה לקחת בחשבון לא רק את טובתם של בעלי המניות. לאחר מכן הוא כותב עוד: ״לדברים אלה עשויה להיות רלוונטיות משמעותית ביותר לענייננו, שכן זהו הלך הרוח ששרר בתקופה שקדמה להיווצרות תקנה 94. ניתן גם לשער כי מדובר בעת שהאקלים התאגידי היה שונה מהיום ו״טובת הציבור״ נמדדה באופן שונה מהאופן בו היא נמדדת כיום״. סוגיה מורכבת זו מלמדת כי ״טענות המערערים אינן טענות סרק, לא מההיבט הדיוני ודיני ההתיישנות ולא מההיבט המהותי. יש אכן אפוא רגליים לסברה, כי יש לדון בטענות לגופו של עניין לשבט או לחסד, ולא לסלקן על הסף״. סוגיה זו הותירה השופטת וילנר ב״צריך עיון״.

השופט גרוסקופף התייחס לעמדת השופט מינץ בנושא אחרון זה, והותיר אותה אף הוא ב״צריך עיון״ תוך שהוא מוסיף כי ״כלל איני משוכנע כי מסכים אני לאמור בה״ (פס׳ 8 לחוות דעתו). השופט גרוסקופף קבע כי טענת המפרקים לפיה ניהלו בעלי המניות את אגרקסקו תוך חריגה מהתכלית של השאת הרווחים, ״כאשר היא נטענת בקשר לתאגיד בעל מאפיינים ייחודיים, כדוגמת אגרקסקו, מעוררת קושי לא מבוטל״ (סעיף 7 לחוות דעתו), שכן החוק מאפשר הקמת חברה לתועלת הציבור שאינה פועלת להשאת רווחים, ואם כך, ייתכן שניתן לפעול להקמת חברה היברידית אשר לה תכלית משולבת. במצב שכזה, ברור שלא ניתן ביחס לחברה שכזו להרים מסך אך בשל כך שהיא פעלה להגשים את התכליות העומדות ביסודה. מעבר לכך, בהקשר זה, יש לעורר את השאלה מהו רוחב החריג לפיו יכולה חברה במסגרת פעילותה להביא בחשבון את ענייני נושיה, עובדיה ואת עניינו של הציבור, כפי שמתיר סעיף 11 לחוק החברות.

יודגש גם שהשופט גרוסקופף, בפסקה 6 לחוות דעתו, קובע עוד ש"העובדה שחברה התנהלה באופן מסוים לאורך שנים רבות עשויה, בנסיבות מתאימות, להקים טענת השתק נגד נושים רצוניים אשר ידעו על אופן ההתנהלות האמור, והוסיפו לנהל עסקים עם החברה (אך לא נגד נושים בלי רצוניים או נושים רצוניים שלא ידעו על אופן ההתנהלות האמור)".

מהמקובץ עולה כי שביחס לשאלה האם אופן פעילותה העסקית של אגרקסקו כחברה שאינה משיאה רווחים מקים עילה להרמת מסך, קבע השופט מינץ שיש כאן שאלה, אולם השופט גרוסקופף פסק שאמנם שאלות אלה לא התיישנו, אולם לכאורה טענות המפרקים בעניין זה מעוררות "קושי לא מבוטל".

קישור לפסק הדין.

ד. תובענות ייצוגיות:

17. ע"א 6930/19 **נגב קרמיקה שיווק (1982) בע"מ ואח' נ' הר פז ואח'**

השאלה המרכזית שנדונה בפסק הדין נגעה לפרקטיקה הנהוגה (לפי הקביעות העובדתיות של פסק הדין) במסגרתה חברות הקרמיקה הגדולות בישראל מציגות על מוצריהן מחירים מנופחים, שלרוב לא נוהגים בפועל, לצד הצגת "הנחות". השאלה הייתה האם פרקטיקה זו מתיישבת עם ההוראות המחייבות של חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

בשאלה המרכזית שנדונה בהליך, בית המשפט העליון אימץ את עמדתה של הרשות להגנת הצרכן ופסק: "המחיר המוצג על גבי מוצר צריך לשקף את מחירו הרגיל, דהיינו המחיר שבו נמכר המוצר בדרך כלל. הצגת מחיר שונה על גבי המוצר עלולה איפוא להטעות את הצרכן... משמעותה של הנחה היא, ככלל, הפחתה מהמחיר שבו נמכר המוצר בדרך כלל. מכאן, שבמקרה שבו מוצר מסומן מראש במחיר גבוה מזה שבו הוא נמכר בדרך כלל, הרי שהפחתת המחיר המסומן, בדרך של מתן הנחה כביכול, כך שהמחיר יעמוד על המחיר שבו נמכר המוצר בדרך כלל, איננה, ככלל, בבחינת "הנחה". ובמילים אחרות: כאשר הכלל הוא מתן "הנחות", ממילא לא מדובר בהנחות" (פס' 38).

נקבע איפוא, שהפרקטיקה הנהוגה, מפרה את איסור ההטעיה הקבוע בסעיף 2 לחוק הגנת הצרכן בהיותה בבחינת "מצג מטעה" (פס' 44-43 לפסק הדין). בנוסף, בית המשפט העליון קיבל בפסק הדין את עמדת המדינה, כי מדובר גם בהפרה של חובת סימון מחיר כולל וסופי בהתאם להוראות סעיף 17ב לחוק הגנת הצרכן. (פס' 43-44 לפסק הדין).

לקביעה זו חשיבות, שכן שבפסיקה שניתנה עד היום התעוררה מחלוקת האם חובת הסימון בגדרי סעיף 17 אכן מחייבת סימון המחיר הסופי לאחר הנחה (או שמא היא נועדה לשלול רק הסתרת רכיבים שיעלו את המחיר), ועל כן קיימת חשיבות בקביעות פסק הדין דנן, לראשונה בהרכב, שקובעות ברורות שסעיף 17ב לחוק אכן מחייב הצגת המחיר הסופי לאחר הנחה, על המוצר עצמו, באופן שיאפשר לצרכן לערוך השוואת מחירים יעילה ואפקטיבית, תוך מתן אפשרות לקבלת החלטה צרכנית מושכלת.

עוד אימץ פסק הדין את עמדת המדינה לפיה, ככל שהמחירים המוצגים שונים מהמחירים הנוהגים בפועל, הרי שהדבר אסור בדין, גם אם הפער בין המחירים קטן (וזאת בניגוד לפסיקה של בית המשפט המחוזי

שסבר, שהאיסור חל רק כשמתגלים פערים משמעותיים): "...סימון מוצר במחיר שאינו משקף את המחיר שבו נמכר המוצר בדרך כלל, עולה, ככלל, כדי הטעיה... כשלעניין זה אין משמעות, ככלל, לגובה הפער בין המחיר המסומן, לבין המחיר שבו נמכר המוצר בדרך כלל" (פס' 105 לפסק הדין).

סוגיה חשובה נוספת בדיני תובענות ייצוגיות אליה נדרש פסה"ד היא שאלת אישור תובענה ייצוגית במקרים שבהם קיים קושי בחישוב הנזק המדויק. נקבע, שיש לזקוף את הקושי לחובת החברות שביצעו את ההטעיה, ולאור "דוקטרינת הנזק הראייתי": "קשה להלום, אפוא, כי המערערות ייבנו מהעמימות שיצרו בניגוד להוראות הדין ביחס למחירים הרגילים של מוצריהן" (פס' 66 לפסק הדין).

עוד עמד פסק הדין על ההלכה לפיה: "קושי לחשב במדויק נזק שגרמה פעילות עוולתית אינו מוביל בהכרח למסקנה כי אין לברר את הטענות במסגרת תובענה ייצוגית" (פס' 66 לפסק הדין). משכך, נקבע כי לאור תכליות התובענה הייצוגית, "מאפשרים לבית המשפט לסטות- במקרים המתאימים ולפי שיקול דעתו- מכללי הפיצוי הקלאסיים בנזיקין. זאת, משום שבנסיבות מסוימות, היצמדות דווקנית לכללים אלו עלולה להוביל להחטאת התכליות שבבסיס הליך התובענה הייצוגית" (שם). כך למשל, בית המשפט רשאי לפסוק את הפיצוי בדרך של אומדנא ובמיוחד ב-"תובענות ייצוגיות צרכניות" שבהם קיים קושי טיפוסי בחישוב מדויק של הנזק, ולאור החשש "כי המזיק יצא נשכר" (פס' 66 לפסק הדין).

קישור לפסק הדין.

18. רע"א 9128/17 **מרכז רפואי צאנז - בית חולים לניאדו נ' פלונית**

פסק הדין דחה את הערעור על החלטת בית המשפט המחוזי לאשר ניהול תובעה ייצוגית נגד בית החולים בעילה של הפרת איסור ההפליה הקבוע בסעיף 4(א) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן: "**חוק זכויות החולה**"). נקבע כי מדיניות של בית חולים פרטי הנעוצה בטעמים דתיים-הלכתיים שלפיה לא יינתנו על ידו טיפולי פוריות לנשים שאינן נשואות מקימה עילה לניהול תובענה ייצוגית נגדה.

כב' השופטת ברון, פסקה כי יש לבחון את הסוגיה של הפליה בקבלת שירותי בריאות ורפואה מחמת מעמד אישי לפי חוק זכויות החולה, ולא לפי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: "**חוק איסור הפליה**"). לשון חוק איסור הפליה אינה אוסרת הפליה בשירותי בריאות ורפואה. וזאת מכיוון שרשימת השירותים אשר בגדרי המונח "שירות ציבורי" ואשר לפיכך אסור להפלות בהם (נקבע בפסיקה שהיא רשימה סגורה) – אינה כוללת שירותי בריאות או רפואה. לא זו אף זו, גם הרקע לחקיקתו של החוק, מוביל למסקנה כי שירותי בריאות ורפואה לא נועדו לחסות תחת חוק זה. לעומת זאת, חוק זכויות החולה הוא חוק ספציפי המסדיר באופן מפורש את זכותו של מטופל שלא להיות מופלה בעת קבלת שירותי רפואה ובריאות, בין אם מדובר בשירות ציבורי או פרטי. בסעיף 4(א), נמצאת רשימה של טעמים אשר בגינם אסור להפלות: "דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא, נטיה מינית, גיל או מטעם אחר כיוצא באלה." בית המשפט העליון קבע שמדובר ברשימה פתוחה וכי "טעם אחר כיוצא באלה" כולל גם הפליה מחמת מעמד אישי. קביעות אלה היו בהתאם לעמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה בהליך.

לפי עמדת היועץ המשפטי לממשלה, "יכולים להיות מקרים חריגים, בתחומים מסוימים, שבהם תהיה רלוונטיות לשיקולים נוספים, אם מכוחה של תקנת הציבור ואם מכוחם של ערכים חברתיים ראויים אחרים. בכלל זה, יכול להיות מקום גם לשיקולים הלכתיים, כאלה שהינם בליבת ההלכה". עמדה זו נדחתה ונקבע כי מוסד רפואי או מטפל אינם רשאים להבחין בין מטופלים על יסוד שיקולים נוספים מלבד שיקולים רפואיים. בית המשפט קבע כי מכיוון שאיסור ההפליה בחוק זכויות החולה הוא רחב ומקיף ואין לו חריגים, וממילא לא חריגים שמקורם בהלכה היהודית, אין לאמץ את מבחן האיזון של רע"א 6897/14 **רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות** (09.12.2015) אשר מבחין בין ציווי דתי מחייב וציווי דתי מאפשר. בעניין השיקולים הלא-רפואיים שניתן לשקול כדי להבחין בין מטופלים נקבע כי: "ניתן לשער כי ייתכנו מקרים בעלי נסיבות ייחודיות, שבהם נתונה לגורם הרפואי הזכות לסרב להעניק טיפול רפואי מסוים מחמת צו מצפונו ואמונתו. אלא שזכות זו מוקנית לגורם הרפואי בכפוף לכך שסירובו להעניק טיפול חל באופן גורף ושווה על כלל המטופלים הפונים אליו; כלומר, כאשר סירובו של הגורם הרפואי נעוץ בסוג הטיפול ולא בזהות המטופל, כך שצו מצפונו אינו משמש להבחנה בין מטופלים" (פס' 45 לפסק דינה של כב' השופטת ברון). אך מכיוון שבנסיבות המקרה סירובו של הגורם הרפואי היה לפי המעמד האישי של המטופל, הבחנה זו לא חלה בנסיבות העניין.

בית המשפט העליון קיבל את הגדרת הקבוצה של בית משפט המחוזי ובכך אימץ את הגישה לפיה עצם המדיניות של בית החולים מהווה נזק. כב' השופטת ברון קבעה: "עצם המדיניות המעניקה אפשרות לטיפולי פוריות רק לבני זוג נשואים, לצד שלילת אפשרות זו מאלו שאינם, מהווה פגיעה בגרעין הקשה של כבוד האדם, הכוללת מימד של השפלה כלפי הצד המופלה. יתרה מכך, סגירת הדלת בפני נשים שאינן נשואות מבטאת אמירה המתייגת את כל אותן משפחות חדשות כפסולות ונחותות ביחס למשפחה המסורתית של גבר ואישה שנישאו זה לזו. אמירה הצהרתית זו היא כשלעצמה פוגענית ועשויה להוביל לגיבושו של נזק לא ממוני לאישה המופלית." (פס' 65 לפסק דינה של כב' השופטת ברון).

כב' השופט עמית הצטרף לפסק דינה של כב' השופטת ברון והוסיף כי אין להסיק מפסק הדין כי ניתן לחייב רופא ליטול חלק בהליכי פריון המנוגדים לצו מצפונו ולערכים בהם הוא דוגל, ויש לאפשר לרופא החפץ בכך להימנע ממתן טיפול פריון אשר נוגד את עמדתו המוסרית, האתית או הדתית. מעבר לכך, הדגיש כי בית החולים לא עמד ברף הנדרש להוכחת הבסיס ההלכתי לטענתו כי מתן טיפולי פוריות לנשים לא נשואות על ידי מי מאנשי הצוות הרפואי, פוגע בליבת האיסור ההלכתי של מטופלים אחרים או של אנשי צוות אחרים בבית החולים, להבדיל מאי נוחות גרידא.

כב' השופט עמית קבע גם הוא כי התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת, וזאת בדגש על כך שמדובר בתובענה בגין הפליה, כאשר ה'חוט המקשר' בין חברות הקבוצה הוא המדיניות עצמה שננקטה כלפיהן.

קישור לפסק הדין.

19. ע"א 2398/22 **שולץ ואח' נ' הוט מובייל בע"מ ואח'**

פסק הדין ניתן בדעת רוב (של השופטים ברון וכבוב), נגד דעת המיעוט של השופטת רונן בסוגיית שכר הטרחה.

ההליך עסק בערעור של מתנגד פרטי לפשרה בתובענה ייצוגית, ובדחיית התנגדותו לפשרה בבית המשפט המחוזי. היועצת המשפטית לממשלה לא התנגדה לפשרה במחוזי, אלא הוגשו מעט הערות מטעם הגורמים המקצועיים לפשרה, שחלקן התקבלו וחלקן נדחו על ידי בית המשפט המחוזי.

יצוין, שמדובר בבקשה לאישור תובענה ייצוגית בתחום הספאם שבה נטען, שהוט שלחה הודעות ספאם בניגוד לחוק (וליתר דיוק ללקוחות שנתנו הסכמה להודעות בתחום מסוים, אך ההודעות נשלחו להם בתחום אחר ולפי הנטען בניגוד לדין).

בשים לב לכך שלא הוגשה למחוזי התנגדות להסדר מטעם היועצת המשפטית לממשלה, ובשים לב לסימני שאלה (משפטיים ועובדתיים) שעלו ביחס לעילת התביעה, העמדה מטעם המדינה היתה כי הערעור יוותר לשיקול דעת בית המשפט העליון. לצד זאת, בדיון הובהר כי היה מקום לאמץ את ההצעה במחוזי לפסוק את שכר הטרחה והגמול בהתאם למימוש ההטבות בפועל, באופן שישקף את התועלת האמיתית של הקבוצה מההסדר ובאופן שייצור הכוונה ראויה גם לעתיד בעיצוב פשרות שיועילו לקבוצה ולציבור. זאת, לצד הותרת ההכרעה בערעור לשק"ד ביהמ"ש.

פסק הדין ניתן בסוגיות בעלות חשיבות (כגון היחס לפיצויי קופונים; השיטה הראויה לפסיקת שכר טרחה בהסדרי פשרה; שאלת קביעת פיצויים רק לחלק מחברי הקבוצה; התנגדויות גורמים שאינם חברי קבוצה המוגשת למטרת שכר טרחה, המשקל שיש לתת לעמדות של היועצת בפשרות, ועוד) ובאחת הסוגיות אף נחלקו שופטי ההרכב. להלן פירוט הדברים:

בהסדר הפשרה לא ניתן לקבוצה פיצוי כספי אלא הטבות (הגדלת נפח שיחות או גלישה, או שיר בהמתנה למי שכבר יש לו נפח מוגדל). הגורמים המקצועיים טענו במחוזי שיש לפסוק שכר טרחה בהתאם לשיעור מימוש ההטבות בפועל, אולם הערה זו לא התקבלה על ידי בית המשפט המחוזי ואושר שכר הטרחה והגמול שביקשו הצדדים (כ-400 אלף ₪) ובאופן בלתי מותנה. בית המשפט המחוזי גם דחה התנגדות של מתנגד פרטי לגוף הפשרה והמתנגד הגיש ערעור לבית המשפט העליון.

בפסק הדין של בית המשפט העליון, כל שופטי ההרכב הסכימו שאין מקום להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי לאשר את ההסדר. השופטים נחלקו לגבי פסיקת שכר הטרחה, מחלוקת מהותית. תחילה לגבי הקביעות על אישור גוף ההסדר שכוללות גם הן קביעות מהותיות.

לעניין זכות ההתנגדות של אנשים שאינם חברי קבוצה, נקבע, שקמה למתנגדים זכות להגיש התנגדות אף אם אינם חברי קבוצה (התעוררה בין הצדדים מחלוקת אם הם היו חברי קבוצה), זאת בהתאם להוראות החוק שאדם הפועל לטובת הקבוצה רשאי להגיש התנגדות (סעיף 22 לפסק הדין של השופטת רונן, סעיפים 1, 9 לפסק הדין של ברון, סעיף 2 לפסק הדין של כבוב).

קביעה חשובה נוספת בפסק הדין בהקשר זה היא שאין בכך שההתנגדות הוגשה מחמת רצונם של המתנגדים בקבלת שכר טרחה כדי להביא לדחייתה. מדובר במניע לגיטימי ולא בכדי החוק קבע אפשרות לפסוק שכר טרחה למתנגדים ועל כן כל עוד ההתנגדות לגופה היא ראויה ולטובת הקבוצה, אין פסול בכלל שהמתנגדים מעוניינים בתגמול, שאם לא כן יישלל התמריץ הכלכלי להגשת התנגדויות שעשוי לעודד הגשת התנגדויות ראויות (סעיף 23 לפסק הדין של השופטת רונן).

בבחינת ההסדר לגופו בית המשפט עמד על כך ש"מושכלות יסוד הן שכדי לבחון את האפשרות לאשר הסכם פשרה, על בית המשפט לבחון את השאלה מה היה עולה בגורל התביעה אילו היא הייתה נדונה עד תומה. מהסכום המקסימלי... יש "לגזור" את הסיכון כי טענות אלה לא היו מתקבלות. ככלל, סכום הפשרה אמור לשקף את המכפלה של הסכום הכולל בסיכון המשוער לכך שהוא היה מתקבל על כלל רכיביו". (סעיף 25 לפסק הדין של השופטת רונן). אמנם הקביעה הזו נובעת מהוראות סעיף 19 לחוק והדברים נאמרו ברזולוציה כללית גם בפסיקה קודמת, אבל כאן הדברים נאמרו יותר בחדות ויותר בנחרצות, ויש לדברים חשיבות.

בבחינת הדרת חלק מחברי הקבוצה מקבלת הפיצויים תוך החלת מעשה בית דין עליהם, פסק הדין הטעים שבהתאם להוראות המפורשות של סעיף 20(ג) לחוק בית המשפט מוסמך במקרים המתאימים לפסוק פיצוי לטובת חלק מחברי הקבוצה, למשל כשלא ניתן לאתר חלק מחברי הקבוצה. עם זאת, בית המשפט הטעים מנקודת המשפט המשפטית העקרונית ולדברים נודעו חשיבות רבה (והם תומכים בעמדות עקרוניות שלנו שמוגשות בתיקים לרוב), שדבר זה הוא החריג ולא הכלל ובמיוחד כשמוחל מעשה בית דין על כל חברי הקבוצה: "פיצוי של חלק מחברי הקבוצה בלבד, תוך שפסק הדין ניתן ביחס לכולם צריך להיות החריג ולא הכלל. זאת בעיקר כאשר מדובר בחברי קבוצה אשר מחד גיסא אינם מקבלים פיצוי ומאידך גיסא פסק הדין מהווה מעשה בית דין המונע מהם... להגיש תביעה אישית... ככלל, בית המשפט אינו צריך לעודד הסדרים מסוג זה וככל שהדבר אפשרי מוטב כמובן כי כל הנפגעים יפוצו". (סעיף 29 לפסק הדין של השופטת רונן). עם זאת, הוטעם, כי כאשר עלות האיתור של חלק מהקבוצה עולה על הפיצוי שהם עשויים לזכות לו (או אם קיים קושי בעילת הקבוצה של חלק מחברי הקבוצה), ניתן לפצות רק חלק מחברי הקבוצה (סעיפים 29-30). עוד הוטעם, שיש לבחון את הדברים בכל תיק קונקרטי בשים לב לתכליות החוק כאשר פסיקת פיצוי חלקי כזה "פוגעת כמובן במטרה של מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין", אך היא עשויה להתיישב עם תכלית ההרתעה אם הפיצוי הכולל שישתלם יספק למטרת ההרתעה (שם).

בעניין הקונקרטי, נקבע שאין לשלול את טענת הוט שיש עלויות לא סבירות באיתור לקוחות העבר בהשוואה לגובה הפיצוי ושעדיף להשקיע את הכספים בפיצוי הלקוחות הקיימים, הגם שלא כל חברי הקבוצה יפוצו. עם זאת, מוטעם שנדרש לבחון האם סך הפיצויים ללקוחות הקיימים מספק לשם השגת תכלית ההרתעה (סעיף 31) בהקשר זה בית המשפט בחן את סיכויי התביעה ואת הסכום שהיה עשוי להיפסק לקבוצה בהליך לגופו, תוך בחינת טענות הגנה שונות, ספקות במישור העילה, טענות במישור הנזק וכו' והגיע למסקנה שהפיצוי שעשוי היה להיפסק לטובת הקבוצה הוא 2 מיליון ₪, ומשכך הגיע למסקנה שסכום הפשרה שהוערך על ידי הצדדים בשווי של 4-8 מיליון ₪ הוא סביר וראוי.

בנוגע לפיצויים בשיטת ה-"קופונים", בית המשפט בחן בעניין זה את המתווה של פיצוי בדרך של הטבות ("קופונים"), הדגיש כי "אינו שווה ערך לפיצוי כספי", אך עדיין עשוי להיות לגיטימי "במקרים המתאימים". הוטעם כי יש לבחון במקרה נתון האם הוא משרת את מטרות החוק ולצורך כך יש לבחון האם הוא מעניק סעד הולם לנפגעים והאם הוא מקדם את תכלית האכיפה וההרתעה. עוד נקבע כי יש לבחון את הדברים משתי נקודות מבט: "יש מקום לבחון מהי התועלת שיפיקו חברי הקבוצה מהפיצוי; ומהי העלות שיישא בה הנתבע במסגרת זו" (שם, סעיף 34 לפסק הדין של השופטת רונן).

בעניין הקונקרטי נקבע, שהיות שסכום הנזק הפרטני הוא נמוך (כ-5 ₪) המוקד צריך להיות בשיקול ההרתעה, ומהיבט זה נקבע שהפיצוי סביר היות שגם אם המימוש יהיה חלקי, הוא מתיישב עם תכלית החוק בשים לב להערכה שבהליך לגופו לא היה נפסק לקבוצה סכום גבוה מ-2 מיליון ₪ ואילו עלות ההטבות מוערכת בסך של 4-8 מיליון ₪, וגם לשם הענקת ההטבות והגדלת הנפח השקיעה הוט עלויות. על כן נקבע שההסדר סביר בעניין זה.

אף השופט כבוב הצטרף למסקנה זו. הוא הדגיש את החשיבות בעמדותיה של היועצת ביחס להסדרי פשרה: "היועץ המשפטי לממשלה הוא מי שאמון על שמירת האינטרס של חברי הקבוצה בפרט ועל שמירת האינטרס הציבורי במוסד התובענה הייצוגית בכלל. נקודת המוצא לעניין זה היא כי עמדתו מסייעת לבית המשפט בהרחבת היריעה ובקבלת מלוא התמונה טרם הכרעתו בסוגיה אשר עשויה לחרוג מדלת אמותיו של הסכסוך העומד לפניו. משכך, גם מקום בו עמדתו לא תתקבל, עצם שמיעתה מסייעת לבית המשפט בעיסוקו במלאכת השיפוט, בחקר האמת ובעשיית משפט צדק" (סעיף 8 לפסק דינו).

השופט כבוב אף נדרש באופן כללי לפשרות "קופונים". נקבע כי קיימים "קשיים לא מבוטלים" בהסדרים אלה, לנוכח המימוש הקטן של הסדרים אלה (שיכול לנבוע מכך שהנפגע לא ירצה להמשיך ולהתקשר עם הנתבע שפגע בו, מהטעם שלעיתים קבלת ההטבה מותנית בהוצאות נוספות מטעם הנפגעים, לנוכח הצורך במימוש אקטיבי, והיות ולנתבע קיים תמריץ להוביל למימוש מינימלי), וכן לנוכח הקושי בהערכת שווי ההטבה הניתנת והקושי לוודא שהיא ממומשת בפועל (סעיפים 17-20 לפסק דינו). על כן, קבע השופט כבוב כי: "דרך המלך לקביעת מנגנון פיצוי היא במתן סעד כספי לכלל חברי הקבוצה" (סעיף 16). עם זאת, קבע השופט כבוב כי "במקרים מסוימים מדובר בהסדר שהוא בבחינת "רע במיעוטו", כאשר פיצוי כספי אינו מעשי לנוכח עלויות גדולות שאינן הולמות את שווי הפיצוי. עם זאת, גם במקרים אלה קבע השופט כבוב כי: "ראוי שבית המשפט יידרש להסדרים מסוג זה תחת בחינה מוגברת תוך שהוא ער ומתייחס לבעיות המובנות בהם" (שם, סעיף 17). עם זאת, במקרה הקונקרטי מצא השופט כבוב שלא להתערב באישור ההסדר וכאמור הצטרף לנימוקים של שתי שופטות ההרכב האחרות בעניין זה.

גם השופטת ברון הצטרפה לחבריה בעניין אישור ההסדר לגופו. היא התייחסה בהרחבה לספקות במישור העילה (הן במישור ההפרה והן במישור הנזק, ויצוין שספקות אלה היו גם לנגד עיננו ובין היתר בשים לב לכך הוחלט לא להגיש התנגדות) ואף ציינה כי לשיטתה "הסיכון כי בקשת האישור תידחה מבלי שיינתן סעד כלשהו לטובת הקבוצה הוא ממשי... משוכות בלתי מבוטלות עומדות בדרכם של חברי הקבוצה לפיצוי המבוקש" (סעיף 12 לפסק דינה). עוד ייחסה השופטת ברון משקל לכך שההסדר "עבר נגד עינו הפקוחה של היועמ"ש, שלא מצא מקום להתנגד לו" (שם, סעיף 11). עוד נקבע כי: "היועמ"ש הוא גורם אובייקטיבי שנמצא מתאים להשמיע את קולם הנאלם של חברי הקבוצה; ולא פחות חשוב, היועמ"ש אמון על ייצוגו של האינטרס הציבורי בהליכים ועל הגנה על מוסד התובענה הייצוגית. במהלך השנים... צבר היועמ"ש ניסיון ומומחיות בבחינת פשרות ייצוגיות ולעמדתו בנדון נודעת משנה חשיבות" (שם, סעיף 8).

עוד נקבע על ידה בהקשר ההסדר הקונקרטי ביחס לשווי המוערך של ההטבות (4 עד 8 מיליון ₪) כי "ניתן להניח כי לא ינוצל על ידי חברי הקבוצה במלאו וייתכן שאף לא ברובו" ו- "הסדר הפשרה אושר מבלי שנתברר שוויה הממשית של ההטבה שהובטחה לקבוצה". בעניין זה נקבע על ידי השופטת ברון מן ההיבט העקרוני כי: "הדבר עשוי להצדיק במקרים מסוימים התערבות בפסק הדין שבו אושר ההסדר" (סעיף 13),

ויש לקביעה זו חשיבות. אולם, במקרה שלפנינו נקבע שאין הצדקה לקבלת הערעור, וזאת בששים לב לקשיים במישור העילה, והיות ויש אפשרות סבירה שההליך הייצוגי ממילא לא היה מניב פיצוי כספי לחברי הקבוצה (שם).

המחלוקת בסוגיית שכר הטרחה:

לצד האמור, נחלקו שופטי ההרכב מחלוקת עקרונית בסוגיית פסיקת שכר הטרחה והגמול.

השופטת רונן סברה בדעת מיעוט, שהמקרה דנן מצדיק התערבות של ערכאת הערעור בסוגיית שכר הטרחה והגמול.

היא עמדה על כך, שבית המשפט המחוזי קיבל את המלצת הצדדים (על פסיקת שכר טרחה וגמול בסך כולל של כ-400 אלף ₪) הגם שהסכומים הללו לא הותנו בשיעור מימוש ההטבות בפועל על ידי חברי הקבוצה.

השופטת רונן קבעה כי בעניין זה ראוי להתערב ולקבוע כי "הם ייגזרו באופן ישיר משווי מימוש ההטבות בפועל ולא משווין התאורטי... אם למשל יסתבר בדיעבד כי שווי המימוש בפועל היה נמוך יותר משהעריכו הצדדים, הרי שלטעמי יהיה מקום להפחית את הגמול ואת שכר הטרחה בהתאם" (סעיף 37 לפסק דינה). היא ביססה את פסיקתה על הוראות החוק הקובעות שאחד השיקולים בפסיקת שכר טרחה וגמול הוא "התועלת...לחברי הקבוצה", וכן על הלכת רייכרט שקבעה שיש לפסוק שכר טרחה באחוזים מהתועלת שקיבלה הקבוצה בפועל. עוד עמדה השופטת רונן על כך, שקביעה כזו עשויה להביא לצמצום הפער בין השווי התאורטי של הפיצויים לשווי שלו בפועל, היות ולמייצגים יהיה תמריץ לפקח על המימוש ולהגדילו כדי להגדיל את שכרם שלהם. עוד ציינה כי שיטת פסיקה זו "תתמרץ את התובע הייצוגי ואת בא כוחו לנסות ולפעול מראש בשלב המשא ומתן... להגדיל את המימוש הצפוי של הפיצוי... למשל באמצעות קביעת תנאים אשר יקלו על חברי הקבוצה לממש את זכאותם לפיצוי" (שם, סעיף 38).

אולם, דעת הרוב של השופטים ברון וכבוב חלקה על עמדתה של השופטת רונן, ועל כן נפסק, בדעת הרוב, שלא להתערב בסוגיית שכר הטרחה והגמול.

עם זאת, מן ההיבט המשפטי העקרוני השופט כבוב הסכים בפסק דינו לעמדתה העקרונית של השופטת רונן.

כך, בסעיף 14 לפסק דינו קבע, כי ראוי לשאוף ששיעורי שכר הטרחה והגמול יחושבו על פי סכום הפיצוי שניתן לקבוצה בפועל ולא על פי הערכות הצדדים בהסדר, ועוד קבע כי "דברים אלה מקבלים משנה תוקף בכל הנוגע להסדרי "שוברים" אשר... אחד הקשיים המובנים בהם הוא הקושי באומדן שווי ההטבה". כן ציין כי הקשיים בהסדרי שוברים (הקושי בהערכת שווי ההטבה והקושי לוודא שההטבה ממומשת בפועל) "משפיעים מיניה וביה גם על סוגיית גמול ושכר טרחה" (שם, סעיף 20). מנקודת מבט זו השופט כבוב הביע את תמיכתו העקרונית בשיטתה של השופטת רונן להתליית שכר הטרחה בהטבות שמומשו בפועל ובמיוחד בהסדרי שוברים (סעיף 22), וזאת, כדי "להפחית מעוצמת של קשיים אלה" הכרוכים בהסדרי שוברים, וכדי לצמצם את בעיית הנציג הן בעת עיצוב הפשרה מראש והן בשלב ביצוע הפשרה, כדי שלמייצגים יהיה אינטרס שההטבות ימומשו. שיטה זו גם יש בה "כדי להכווין את התנהגות הצדדים ולהשפיע על עיצוב פשרות עוד בשלב המקדמי... לעמוד על עיגון מנגנון שיבטיח מימוש מקסימאלי" (סעיף 21).

עם זאת, במקרה הקונקרטי השופט כבוב סבר שיש לדחות את הערעור, וזאת מהטעם שלא מדובר במקרה חריג המצדיק התערבות של ערכאת הערעור בשכר טרחה וגמול, וכן מיתר הטעמים של השופטת ברון (שלהלן יצוינו). ראו בסעיפים 4, 6 לפסק דינו. כך גם לנוכח המאמצים שהושקעו בהליך, הליך ההוכחות שנוהל ולנוכח ההתרשמות הבלתי אמצעית של הערכאה הדיונית מהתנהלות הצדדים לפניו (סעיף 6 וסעיף 24), וכן לנוכח התועלת העתידית בהפסקת הפרת הדין (שם). ועוד ציין השופט כבוב, שאמנם שיטת האחוזים היא "דרך האומדן המקובלת והשכיחה" אך היא "נקודת מוצא" שבית המשפט רשאי לסטות ממנה ככל שקביעתו הולמת את השיקולים המנויים בסעיפים 22-23 לחוק (שם, סעיף 13). עוד העיר השופט כבוב, שבענייננו לא הייתה בידי המייצגים אפשרות מעשית להוביל למימוש גדול יותר של ההטבות. על כן בנסיבות המקרה הקונקרטי סבר השופט כבוב שלא היה מקום לתלות את שכר הטרחה במימוש ההטבות בפועל, ומבלי לגרוע מהסכמתו לגישתה העקרונית של השופטת רונן (שם, סעיף 22).

בשולי הדברים השופט כבוב העיר שאם הוא היה מתערב הוא היה מציע להעביר את היתרה שלא מומשה לקרן, וקביעה כזו הייתה משרתת שתי מטרות: הן פיצוי הקבוצה באמצעות הקרן והן מימוש תכלית ההרתעה (סעיף 23), אולם הוא סבור שהמקרה הקונקרטי אינו מצדיק התערבות ערכאת הערעור כאמור.

השופטת ברון פסקה גם היא (בדעת הרוב) שיש לדחות את הערעור. קבעה, שהיות מוסד רפואי או מטפל אינם רשאים להבחין בין מטופלים על יסוד שיקולים נוספים מלבד שיקולים רפואיים שהתביעה לפיצויים שהתביעה כאן כרוכה בקשיים במישור העילה והנזק ועיקר התועלת היא באכיפת הדין מכאן ולהבא, "אינני מוצאת פגם בכך שבית המשפט המחוזי פסק את הגמול ושכר הטרחה מבלי לקשור אותם להיקף מימוש ההטבה בפועל" (סעיף 14). עוד הדגישה את שיקול הדעת הרחב המוקנה לערכאה הדיונית בעניין בהתאם למכלול הנסיבות הקנקרטיות (שם) ובהינתן שלגישת בית המשפט המחוזי הסכומים שנפסקו משקפים נאמנה את מידת ההשקעה שנדרשה בהליך ועל כן אין מדובר במקרה שמצדיק את התערבות ערכאת הערעור.

מנקודת המבט המשפטית העקרונית קובעת השופטת ברון שכריכת שכר הטרחה והגמול במימוש אכן יוצרת תמריץ לקדם את תועלתם של חברי הקבוצה, ומשכך, "במקרים מסוימים אף נמצא שיש לגזור את הגמול ושכר הטרחה באחוז מסוים מהפיצוי שישתלם בפועל" (שם). אולם, השופטת ברון הביעה את עמדתה ביחס לשיטת האחוזים שנקבעה בעניין רייכרט כי "שיטה זו אינה מתאימה לשימוש בכל הליך ייצוגי", וכך גם במקרה הנוכחי שבו "הרכיב הדומיננטי בהסדר הפשרה שאושר אינו פיצוי הקבוצה אלא אכיפה של הדין" (שם).

קישור לפסק הדין.

20. ע"א 3283/21 **עיריית תל אביב-יפו ואח' נ' תנועת אומ"ץ - אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי ואח'**

סעיף 16(א) לחוק תובענות ייצוגיות, המהווה נקודת מוצא לדיון, קובע כי בכדי לאשר בקשת הסתלקות מתוגמלת, יש לבחון האם קיימת עילת תביעה לכאורה והאם התובענה הביאה תועלת לחברי הקבוצה המיוצגת. פסק הדין המנחה באשר לפרשנות סעיף זה הוא עניין **מרקיט**, הקובע בעיקרו של דבר, שככלל, אין לאשר הסתלקות מתוגמלת אלא במקרים מיוחדים. בפסק הדין הסתמך בית המשפט על הקביעות

המופיעות בעניין **מרקיט** היפות אף לעניין הנדון. כך, בין השאר, ציין בית המשפט כי בעניין **מרקיט** נקבע כי "לא כל תביעה, גם אם היא מבוססת וביסודה עילה טובה, ראויה להתברר כייצוגית. עשויות להיות מגוון סיבות לכך: עילת התביעה אינה בין העילות המנויות בתוספת השנייה לחוק; התובע המייצג אינו נמנה עם אלה שרשאים לנהל הליך ייצוגי (סעיף 4 לחוק); קיימת שונות רבה מדי בין חברי הקבוצה ('תנאי ההומוגניות' שבסעיף 8(א) לחוק) [...] וכיוצ"ב" (עניין **מרקיט**, בפסקה 27; פסק הדין, בפסקה 14).

בית המשפט הוסיף ועמד על כך שכדי לאשר בקשת הסתלקות מתוגמלת "התועלת שהצמיחה בקשת האישור צריכה להיות תועלת קונקרטית ורלבנטית לחברי הקבוצה, כזו אשר התובענה הייצוגית הייתה נחוצה לשם השגתה" (פסק הדין, בפסקה 15). עוד צוין כי "הכרעה בבקשת הסתלקות מתוגמלת מחייבת את בית המשפט לשקול גם 'שיקולי רוחב' – ובפרט את הסכנות הגלומות בהסתלקות מתוגמלת למוסד התובענה הייצוגית ולציבור בכללותו [...] על מנת ששכרו של ההליך הייצוגי לא ייצא בהפסדו" (עניין **מרקיט**, בפסקה 27; פסק הדין, בפסקה 16). כן צוין כי אמנם לא בנקל תתערב ערכאת הערעור בפסיקת הוצאות ושכר טרחה, אך "קיים יסוד להרחבה מסוימת של פתח ההתערבות כאשר מדובר בהליכים ייצוגיים – בפרט לנוכח השלכות הרוחב הנודעות לפסיקת גמול ושכר טרחה, ולעובדה שמדובר בכלי המשמש להתוויית מדיניות ראויה בתחום" (עניין **מרקיט**, בפסקה 31; פסק הדין, בפסקה 22).

בית המשפט בחן אפוא את נסיבות העניין לאור שלושת הקריטריונים האמורים, קרי, קיומה של עילת תביעה לכאורה, הבאת תועלת לחברי הקבוצה המיוצגת, ושיקולי הרוחב. בית המשפט קבע כי בחינת השיקולים האמורים מעלה כי אין לאשר את ההסתלקות המתוגמלת בנדון.

באשר לקיומה של עילת תביעה לכאורה, נקבע כי בקשת האישור לא גילתה עילה כאמור. בית המשפט קבע כי "אף אם נניח, כפי שהניח בית המשפט המחוזי, כי המדינה הפרה את התחייבויותיה כלפי התושבים באופן שמקים למי מהם עילה לפיצוי – בכך לא סגי. כפי שהובהר בעניין **מרקיט**, לא כל עילת תביעה 'טובה' ראויה להתברר כתובענה ייצוגית; העניין שלפנינו מהווה דוגמה מובהקת לכך" (פסק הדין, בפסקה 18). קביעתו זו התבססה, בעיקרו של דבר, על שונות גדולה במצבם המשפטי של חברי הקבוצה המיוצגת (היינו, על אי-קיומה של דרישת ההומוגניות הקבועה בסעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות); וכי אף אם ישנה עילה משותפת, לא בוססה הטענה כי המדינה או העירייה הן "עוסק" (ולפיכך התובענה אינה נכנסת לתוספת השניה לחוק).

באשר לתועלת שהביאה התביעה לחברי הקבוצה המיוצגת, קבע בית המשפט כי "גם אם 'שיח ציבורי מעמיק' והעלאת הסוגיה ל'סדר היום הציבורי' יכולים להחשב כתועלת 'קונקרטית ורלבנטית' – ואיננו קובעים מסמרות בעניין זה – הרי שלא הוצגו לפנינו תימוכין, ולו מינימליים, שיש בהם כדי לתמוך בקביעה כי בקשת האישור הביאה לתועלת האמורה" (שם, בפסקה 19). יתר על כן, נקבע כי "ספק רב 'אם אמנם היה צורך בנקיטת ההליך הייצוגי לשם השגת התוצאה שהתקבלה' (עניין מרקיט, בפסקה 25)." ו"כי קיים פער ממשי, ולמעשה – הבדל קטגורי, בין הסעד שהתבקש במסגרת הבקשה – פיצוי כספי בסך של מאות מיליוני שקלים, לבין התועלת שלגישת בית המשפט המחוזי התקבלה לבסוף – העלאת הסוגיה לסדר היום הציבורי, והכרה ב'עוול היסטורי'. כאמור, בעניין מרקיט נקבע כי פער מהותי בין הסעד שהתבקש לתועלת שהושגה, הריהו שיקול להימנע מפסיקת גמול ושכר טרחה" (פסק הדין, בפסקה 19).

בבחינת שיקולי הרוחב, צוין כי:

"בעניין זה, קבע בית המשפט המחוזי, כי 'דווקא שיקולי הרוחב הם התומכים בפסיקת גמול ושכר טרחה על מנת לעודד הגשת תביעות בגין עוולות חברתיות בשם אוכלוסיות מוחלשות'. מסופקני אם גישה מרחיבה זו תואמת את אמות המידה המצומצמות שהותוו בהלכה הפסוקה, בכל הנוגע לפסיקת גמול ושכר טרחה, בעת הסתלקות מהליך ייצוגי. אכן, במקרים לא מעטים מתעוררות לפני ערכאה שיפוטית, בין במישרין ובין בעקיפין, סוגיות חברתיות כאובות המצויות בלב השיח הציבורי. למעשה, לא אחת מתבררים הליכים משפטיים, בצל טענות לעוולות חברתיות-היסטוריות, כלפי אוכלוסיות שונות בחברה הישראלית. ברם, קיומו של סיפור רקע כללי, חרף חשיבותו הרבה, אין בכוחו להפחית מחובתו של תובע לבסס עילת תביעה קונקרטית, המקימה זכאות לסעד ספציפי. בית המשפט אינו בן-חורין לפסוק מתוך הכרה כללית ועמומה ב'עוול חברתי היסטורי'. על מנת להושיט סעד, על בית המשפט להשתכנע כי התובע הראה כי באמתחתו עילה משפטית לכאורית, מוגדרת וברורה. על בית המשפט להישמר מפני מתן סעד הנגזר ישירות מסיפור מסגרת כללי ורחב, ברמת הפשטה גבוהה, שלא ניתן לברור ממנו עילה מוגדרת וברורה. אנו סבורים, כי עידוד הגשת תביעות בלתי-מבוססות, כלליות ופלואידיות, הנשענות על טענות ל'עוול היסטורי' – כפי שהלכה למעשה קבע בית המשפט המחוזי – עלול להביא לשימוש לא הולם בהליך השיפוטי בכלל, ובכלי התובענה הייצוגית בפרט. מכאן, שככלל, אין לפסוק גמול ושכר טרחה במקרה של הסתלקות התובע הייצוגי מתובענות מעין אלה. בעניין זה, מקובלת עלַי טענת המדינה, כי 'שכר הטרחה והגמול הקולקטיביים העשויים לצמוח מהגשת תביעה ייצוגית אכן עלולים לעודד עורכי דין עידוד יתר, להגיש בקשות אישור המעלות טענות ציבוריות כלליות, מבלי לחדדן לעילה משפטית מוגדרת לבעלי זכויות מוגדרים, אלא כאמירות כלליות ועמומות'." (שם, בפסקאות 20-21).

לבסוף, בית המשפט נדרש לבקשת המדינה "לבטל את פסק הדין לרבות כל התיאור האמור, שאינו נדרש לעניין". בתוך כך, בית המשפט קבע כי:

"בפסק הדין של בית המשפט המחוזי תואר באריכות סיפורה של גבעת עמל, לרבות תיאורים היסטוריים החורגים מגדר המחלוקת שבין הצדדים. אגב זאת, קבע בית המשפט המחוזי קביעות עובדתיות רבות. כפי שציין בית המשפט המחוזי עצמו, משעה שההליך הייצוגי הסתיים בדרך של הסתלקות, קביעות אלה אינן יוצרות מעשה בית דין לעתיד לבוא (לבד מן המשיבים עצמם). ועדיין, מקובלת עלינו טענת המדינה, שלפיה 'על אף שהדברים אינם בגדר הכרעה שיפוטית [...] הם עלולים להשפיע שלא כראוי על הליכים תלויים ועומדים בנושא גבעת עמל, ועל הליכים אחרים אם יוגשו'. על כן, בהינתן שהמדינה והעירייה לא קיבלו הזדמנות נאותה להגיב ולהתייחס לקביעות הללו, שנחתו עליהן כ'רעם ביום בהיר' בפסק הדין, מן הראוי להבהיר, למען הסר ספק, כי כל הקביעות העובדתיות וההיסטוריות, אשר חורגות מגדרי המחלוקת המתוחמת שבין הצדדים – פסיקת גמול ושכר טרחה – מבוטלות אף הן. אל לנו לקבוע מסמרות בשאלות עובדתיות, בדרך אגב, מבלי שטענות אלה יעברו את כור ההיתוך השיפוטי, ומבלי שיישמעו טענותיהם של אלה הצפויים להיפגע מאותן קביעות. סוף מעשה במחשבה תחילה." (שם, בפסקה 23).

קישור לפסק הדין.

21. רע"א 1090/22 **מרכז רפואי "גליל" נ' כהן**

התקבלה בר"ע מטעם המדינה, לאחר שבית המשפט המחוזי דחה בקשת ארכה בהסכמה שהגישה המדינה להגשת תגובה לבקשת אישור, והתביעה אושרה כייצוגית ללא שמיעת עמדת המדינה. כב' השופטת ברון

ביטלה את ההחלטות הנ"ל תוך שקבעה כי שלב הבקשה לאישור הוא שלב חשוב המחייב בירור מעמיק תוך שמיעת עמדת המשיב, וכי הסנקציה בה נקט בית המשפט היתה בלתי סבירה.

נקבע כי בקשת הארכה נומקה כראוי ברצון לקיים מו"מ וכי יש תועלת בפשרות בהליכים ייצוגיים. נקבע עוד כי יש הבדל משפטי בין אי הגשת כתב הגנה לבין אי הגשת תשובה וכי תקנות סדר הדין האזרחי חלות על הליכים ייצוגיים בשינויים המחוייבים. בהחלטה הורה בית המשפט העליון על הגשת תשובה על ידי המדינה וקיום חקירות.

קישור לפסק הדין.

22. רע"א 8080/21 **הפורום להסדר הוגן באמצעות מרים ויסולי ואח' נ' ויסברוד ואח'**

במסגרת בקשת רשות הערעור העלו המבקשים טענות שונות כלפי החלטת בית המשפט המחוזי לדחות את התנגדותם להסדר הפשרה. אחת הטענות שהועלו נגעה לשאלה מי עונה להגדרת "אדם הפועל לטובת עניינם של חברי הקבוצה", הזכאי להגיש התנגדות להסדר פשרה בהתאם לס' 18(ד) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006. האם רק אדם שהוכיח פעולה לטובת הקבוצה בנפרד ובמובחן מעצם הגשת ההתנגדות, או שמא די בכך שההתנגדות עצמה משרתת על פניה את טובת חברי הקבוצה על מנת להיחשב אדם הפועל לטובת חברי הקבוצה.

בית המשפט המחוזי קבע, כי רק אדם שפעל לטובת חברי הקבוצה עוד קודם להגשת ההתנגדות, רשאי להגיש התנגדות כ"אדם הפועל לטובת עניינם של חברי הקבוצה" ולא די בכך שההתנגדות עצמה משרתת את טובת חברי הקבוצה. פסיקה זו הלכה בתלם של פסיקה מחוזית רבה שניתנה עוד לפני כן ושקבעה דברים דומים.

בעמדת היועצת המשפטית לממשלה יש התייחסות אך ורק לשאלה זו. בתמצית, העמדה הייתה, כי לאור כוונת המחוקק בתיקון מס' 10 לחוק, להרחיב את מעגל הזכאים להגיש התנגדויות להסדרי פשרה, אין מקום להתנות את הגשת ההתנגדות בהוכחת פעולה קודמת לטובת חברי הקבוצה ודי אם ההתנגדות על פניה משרתת את טובת חברי הקבוצה. ביחס לחשש מהתנגדויות סרק, ציינו כי הדרך לטפל בחשש זה היא באחת משתיים: (1) בחינה מקדמית של ההתנגדות בראי טובת חברי הקבוצה; (2) השתת הוצאות במקרים המתאימים. ביחס להתנגדות הספציפית, היועצת המשפטית לממשלה השאירה את ההכרעה בעניינה לשיקול דעת בית המשפט ובכלל זה אף את הקביעה אם מדובר בהתנגדות המשרתת את חברי הקבוצה ואם אין מדובר בהתנגדות סרק.

בפסק דינו קיבל בית המשפט את עמדת היועצת המשפטית לממשלה. בית המשפט קובע כי: "אין מקום לצמצם את קשת הזכאים להגיש התנגדות להסדר פשרה על ידי הוספת תנאי של "הוכחת פעולה" לטובת חברי הקבוצה, שקודמת כרונולוגית להגשת ההתנגדות. מדברי ההסבר לתיקון מס' 10 לחוק, שבמסגרתו נוספה האפשרות להגשת התנגדות על ידי אדם שפועל לטובת עניינם של חברי הקבוצה, נכתב במפורש כי מטרת התיקון היא הרחבת האפשרות להגיש התנגדויות להסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות (לתיאור המצב

ששרר לפני תיקון החוק וחסרונותיו, ראו: ערן טאוסיג "התנגדות להסדר פשרה בתובענה ייצוגית – אליה וקוץ בה" **הפרקליט** נג 393, 396-401 (2014)). גם לשון החוק והגיונם של דברים מובילים למסקנה כי במקרים המתאימים, שבהם ההתנגדות נועדה לשרת את טובת הקבוצה, ניתן לראות בעצם הגשתה את הפעולה הסוללת את הדרך לבחינת ההתנגדות לגופה. מובן עם זאת כי כאשר מדובר בהתנגדות שעל פני הדברים תביא לסרבול ההליך הייצוגי והארכתו שלא לצורך, כשההתנגדות קנטרנית, מונעת מאינטרסים זרים באופן שאינו מקדם את ההליך או שנדמה כי הוגשה רק מתוך שאיפה של המתנגד ליהנות מפסיקת גמול לטובתו – לא ניתן יהיה לראות בהגשת ההתנגדות כפעולה לטובת עניינם של חברי הקבוצה. ביחס לחשש שהעלו התובעים וחברת החשמל מפני פתיחת הסכר באופן שיוביל להצפה של ההליך הייצוגי בהתנגדויות שיוגשו על ידי כל אדם, הרי שהמענה לכך טמון הן בשיקול הדעת של הערכאה הדיונית ובמומחיותה בניהול ההליך, הן באפשרות לפסוק הוצאות בגין הגשת התנגדויות מיותרות (ראו בעניין **תלרז**, סעיף 9)".

עם זאת, ביחס להתנגדות הספציפית נקבע כי אין מקום להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי: "תחילה משום שהתנהלות המתנגדים סביב הגשת ההתנגדות ובירורה גרמה להשחתת זמנו של בית המשפט. תחת התנהלות זו ניתן למנות את הגשת ההתנגדות בשם "פורום" שנראה שאיננו אישיות משפטית; אי-צירוף תצהירים ומסמכים אחרים לתמיכה בעובדות שנטענו בהתנגדות; הגשת מסמכים בלתי רלוונטיים ואי-הגשת התצהיר שהתבקש על ידי בית המשפט; הגשת בקשה לעיכוב ביצוע ההליך הייצוגי לבית המשפט המחוזי כאשר באותה עת כבר הוגשה הבקשה למתן רשות ערעור לבית משפט זה; והטענה חסרת היסוד שהשמיעו המתנגדים, שלפיה משנדחתה ההתנגדות אין לבית המשפט המחוזי סמכות לחייבם בהוצאות." בית המשפט הוסיף עוד וציין כי "סרבול ההליך באמצעות שימוש במנגנון ההתנגדות מנוגד לתכלית הפשרה, שהיא סיום הדיון בתובענה הייצוגית ביעילות ובמהירות תוך הבטחת פיצוי ראוי לחברי הקבוצה המיוצגת. התנהלות זו כשלעצמה מצדיקה את דחיית הבקשה".

תוצאה אופרטיבית זו תואמת את העמדה שהוגשה שלפיה מחד גיסא אין מקום להתנות את הגשת ההתנגדות בהוכחת פעולה קודמת לטובת הקבוצה, אך מאידך גיסא, בית המשפט בבואו להכריע אם מדובר בהתנגדות שמשרתת את טובת חברי הקבוצה, רשאי לשקול מגוון שיקולים רחב: "בין היתר, בשים לב למכלול נסיבות המקרה הפרטני הנדון; לטיבו ומהותו של הסדר הפשרה הנדון; לחוזקה של עילת התביעה הרלוונטית ולהיקף הסעד שניתן לקבוצה בהסדר, לעומת הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לקבלו בתובענה לגופה; בשים לב לתרומתה הנחזית של ההתנגדות לבחינה ראויה של ההסדר; ובשים לב לניהול יעיל והוגן של ההליך וכן הלאה" (ס' 43 לעמדת היועצת).

[קישור לפסק הדין.]

23. <u>עע"מ 7828/21 **קונדיטוריה מטבח חלבי ממבו (דבח ברוך) נ' עירית יקנעם עילית ואח'**</u>

מדובר בפסק דין קצר שאימץ את עמדת היועצת בסוגיות העיקריות שנדונו וכולל קביעות עקרוניות. נקבע, בסוגיית תחולת הלכת דנ"א **מי הגליל**, שההלכה חלה גם באופן רטרואקטיבי, כך שלא ניתן להגיש הליך ייצוגי שכל עניינו בתביעה לשכר טרחה (בעקבות פניה מוקדמת שנענתה), וזאת אף אם הפניה המוקדמת נערכה טרם שניתן פסק הדין בדיון הנוסף וגם אם נטען שהפניה נערכה תוך הסתמכות על דעת הרוב בערעור

מי הגליל שכן הכירה באפשרות להגיש הליך כזה. וכך נקבע בפסק הדין: "לנוכח ההלכה שיצאה מלפני בית משפט זה במסגרת דנ"מ 5519/15... לא ניתן לנקוט בהליך עצמאי ייצוגי שכל עניינו בתשלום גמול ושכר טרחה כפי שנקטה המערערת; תביעה כזו אינה בגדר הרשימה הסגורה של העילות שבגינן ניתן להגיש תובענה ייצוגית נגד רשות, ומשננקט ההליך אין מקום ליתן את הסעד שנתבע. ויצוין לענין הלכת יונס, כי ככלל הלכה המפרשת הוראת דין, תחולתה הן רטרוספקטיבית, הן פרוספקטיבית; וכלל זה כוחו יפה גם במקרה זה, מה גם שפסק הדין נושא הדיון הנוסף לא קבע כלל ברור שבו ניתן לאחוז בהקשר הנדון...".

ויצוין, שעצם הטענה שלא ניתן לנקוט הליך עצמאי בתביעה לשכר טרחה בהליך ייצוגי (בין היתר בשים לב לעיקרון הרשימה הסגורה) הועלתה באופן עקרוני ומפורט על ידי היועץ המשפטי לממשלה בהליך הדיון הנוסף בעניין **מי הגליל**, ועמדה זו התקבלה זו בדיון הנוסף בהרכב המורחב (שהפך את דעת הרוב בערעור מי הגליל בעניין זה). ובאשר לשאלת תחולת הלכת הדיון הנוסף, הרי שבעמדה של היועצת שהוגשה בהליך הנוכחי, היועצת עמדה על הקשיים בטענת המערערת לפיה ההלכה תחול באופן פרוספקטיבי בלבד, וזאת מכמה נימוקים שפורטו בעמדה ובין היתר בשים לב לכך שבערעור **מי הגליל** לא נקבעה הלכה ברורה שניתן היה להסתמך עליה וליישמה (בהינתן שכל שופט בערעור הציע מסלול אחר), וכמצוטט, טענה זו התקבלה בפסק הדין שלפנינו.

עם זאת, ראוי לציין, שבעמדה שהגישה כאן היועצת, עמדה היא על כך, שייתכנו מקרים שבהם משיקולים של הגינות ציבורית יהיה מקום שרשות תסכים לתשלום שכר טרחה בקשר לפניה מוקדמת שנענתה והועילה לציבור וכאשר הייתה הסתמכות ממשית של התובע על פסק הדין בערעור **מי הגליל**, והסכמה כזו של רשות מנהלית לתשלום, במקרים המתאימים, עשויה להיות בסיס לתשלום.

סוגיה חשובה נוספת שנדונה בהליך ובפסק הדין נגעה לבחינת הסדר הפשרה לגופו שבו גובשה הסכמה על אי גביית אגרת פינוי אשפה ממפעלים ביחס לשנתיים שקדמו להסדר, על שינוי מתכונת הגבייה מכאן ולהבא, ועל אבחנות בין מפעלים שונים בהתאם להסכמות פרטניות איתם.

נטען על-ידי היועצת המשפטית לממשלה, שההסדר מנוגד לדין ואין מקום לאשרו וממילא אין מקום לשכר טרחה גם לגוף הדברים. זאת היות והגבייה שנתקפה הייתה גבייה כדין שנעשתה על בסיס חוק עזר תקף, ואדרבה, מדובר הייתה בגביית חובה שהרשות לא רשאית להימנע מגבייתה, ואינה רשאית להגיע להסכמות פרטניות עם מפעלים שאין להן עיגון בחוק העזר (העירייה חזרה בה מההסדר עוד בהליך קמא, לאור התנגדות היועץ דאז להסדר). עוד טענה היועצת המשפטית לממשלה כי העירייה הייתה רשאית לחזור מהסדר זה (בוודאי טרם שאושר) ולחזור גם מהודעה על הפסקת גבייה, שעה שהתברר שהפסקת הגבייה וההסדר היו מנוגדים ברורות להוראות הדין המחייבות.

פסק הדין קיבל את עמדת היועצת המשפטית לממשלה וזו לשון פסק הדין:

"כפי שקבע בית המשפט המחוזי, לא הייתה כל מניעה לגבות את האגרה על פי חוק העזר הקיים... ולדברי היועצת המשפטית לממשלה אף חלה חובה לעשות כן".

קישור לפסק הדין.

24. רע"א 7763/21 **ביסקר ואח' נ' רוזנפלד ואח'**

בהליך הוגשה עמדה מטעם היועצת ביחס להסדר הפשרה בתביעה הנגזרת (התביעה נגעה לטענות לחלוקת דיווידנדים אסורה על ידי דיסקונט השקעות לפני כעשור, בסכום של למעלה ממיליארד ₪ והוגשה נגד נושאי משרה בדיסקונט השקעות בעת הרלבנטית ונגד אי.די.בי. שהייתה בעלת השליטה דאז וקבילה את חלק הארי של הדיבידנדים מושא התביעה) שגובש בהליך הערעורי.

פסק הדין כולל קביעות עקרוניות ותקדימיות בהיבטים שונים ומגוונים של סוגיית פסיקת שכר טרחה וגמול בתביעות נגזרות וייצוגיות שלא הוכרעו עד היום, ונודעת לו חשיבות.

פסק הדין, כאשר פסק הדין העיקרי ניתן על ידי כב' השופט גרוסקופף, אימץ את עיקריה של עמדת היועצת, תוך הוספת חידוד מסוים בסוגיית פסיקת הגמול, כדלהלן.

מדובר בהסדר שלא נתן כל פיצוי לדיסקונט השקעות וקבע את דחיית בקשת האישור תוך יצירת מעשה בית דין ביחס לתביעה נוספת כלשהי בעניין (בין היתר בטענה שבהתאם להתפתחויות עדכניות אין סיכוי ממשי כיום לתביעה), ולצד זאת ביקש לתת שכר טרחה וגמול בסך של 1.3 מיליון ₪ לתובעים ולבאי כוחם.

ביחס לפסיקת שכר הטרחה והגמול, קיבל בית המשפט העליון את עמדת היועצת, שהגם שהדברים הוצגו בהסדר כחלק אורגאני ממנו ולא כהמלצות גרידא, לא ניתן על פי דין להתנות את תוקף ההסדר בקבלת בקשת הצדדים בעניין, מדובר בסמכות בלעדית של בית המשפט, ודחיית המלצת הצדדים על ידי בית המשפט אינה מאפשרת לצדדים לחזור בהם מההסדר. בתובענות ייצוגיות הדברים עולים במישרין מהוראות החוק (הקובעות שהסכמה על שכר טרחה לא תהיה חלק מהסדר פשרה), אולם בתביעות נגזרות הדברים לא נקבעו בחוק, ויחד עם זאת היועצת עמדה בעמדתה על הנימוקים שראוי לקבוע כך גם בתביעות נגזרות משיקולים מהותיים ותכליתיים.הדברים לא נקבעו עד היום באופן מפורש בפסיקה (למרות שגם הפרקטיקה תומכת בהם), וכעתה דברים נקבעו לראשונה מפורשות בפסק הדין ויש בדברים חשיבות: "הסכמת הצדדים בדבר גמול ושכר טרחה איננה מחייבת את בית המשפט לו מסור שיקול הדעת הבלעדי בעניין, אלא מהווה היא המלצה בלבד... תוקפו של הסכם הפשרה בין הצדדים אינו מותנה בקבלת הסכמות הצדדים בדבר גמול ושכר טרחה" (סעיף 27 לפסק הדין).

ביחס להמלצת הצדדים לפסוק גמול לתובעים (50,000 ₪ לכל תובע) היועצת התנגדה בעמדתה לפסיקת גמול בהינתן שסעיף 201 לחוק החברות מתנה פסיקת גמול במתן פסק דין לטובת החברה (בניגוד להוראה לגבי שכר טרחה בחוק החברות שאינה כוללת הגבלה כזו ובניגוד לחוק תובענות ייצוגיות שמאפשר במקרים חריגים פסיקת גמול גם במקרים שהתביעה נדחית). היועצת עמדה בעמדתה על כך, שבענייננו ההסדר לא הביא כל תועלת לחברה, וודאי שלא די לעניין זה בתועלת שנובעת מדחיית התביעה כשלעצמה ולכן אין סמכות לפסוק גמול בענייננו.

סוגיה זו לא נדונה עד היום בבית המשפט העליון, ופסק הדין דנן מכריע בכך לראשונה. התובעים התנגדו לעמדת היועצת וטענו שבית המשפט מוסמך לפסוק גמול גם ללא קבלת התביעה.

בית המשפט העליון אימץ את עמדת היועצת ודחה את עמדת התובעים (סעיף 31 לפסק הדין): "עמדת היועמשי"ת לפיה לא ניתן במקרה דנן לפסוק גמול מכח סעיף 201 לחוק החברות מקובלת עליי... התועלת

היחידה שצומחת לחברה מהסדר הפשרה היא סיום ההתדיינות בשלב זה באופן החוסך ממנה עלויות התדיינות פוטנציאליות. ואולם, פשיטא כי יתרון זה אינו מהסוג בגינו ניתן לפסוק גמול מכח סעיף 201 לחוק החברות...".

לצד זאת, בית המשפט מחדש, שהגם שאין אפשרות וסמכות לפסוק גמול, כאשר החברה לא הפיקה תועלת מההליך, הדבר אינו שולל פסיקת הוצאות לטובת התובעים מכח הדין הכללי הקבוע בתקנות 151-157 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, וגם כאשר התביעה נדחית, אם הנסיבות מצדיקות פסיקת הוצאות לטובת התובעים, חרף הדחייה (סעיף 32 לפסק הדין). נקבע כי: "לדידי, ההסדר הפרטני בעניין פסיקת גמול... אינו מהווה הסדר שלילי המונע שימוש בהסדר הכללי בעניין פסיקת הוצאות בהליך של תביעה נגזרת" (סעיף 33). בית המשפט נימק זאת בכך שקיים שוני בתכלית של שני ההסדרים: הגמול נועד לתמרץ הגשת תביעות נגזרות ראויות, באמצעות מתן תגמול למי שהגיש תביעה שהביאה ערך לחברה, והגמול משולם על ידי החברה או התובע ולא על ידי הנתבע, "אין הוא מתייחס למערכת היחסים שבין התובע הנגזר לבין הנתבע" (שם). לעומת זאת, ההסדר הכללי של פסיקת הוצאות "מיועד לשפות בעל דין על הוצאותיו על ידי בעל הדין שכנגד וזאת באותן נסיבות בהן בית המשפט מצא לנכון לעשות כן" (שם). על כן, הסיק בית המשפט: "בעוד התקסד"א... מתוות את ההסדר הכללי שבהטלת הוצאות על בעלי דין בהליך, ההוראות בחוק החברות... נועדו להוסיף על ההסדר הקיים ולהסדיר את מערכת התמריצים הייחודית הנדרשת בהליך של תביעה נגזרת" (שם). לפיכך, קבע בית המשפט שהתנית פסיקת גמול בפסיקה לטובת החברה אינה יוצרת הסדר שלילי לגבי פסיקת הוצאות לטובת התובע גם במקרים שבהם לא ניתן פסק לטובת החברה.

לצד היבט הסמכות, המשיך וקבע בית המשפט במישור שיקול הדעת, כי יהיה מקום לפסיקת הוצאות לטובת תובע נגזר שתביעתו נדחתה, במקרים שבהם "היה בסיס סביר מלכתחילה להגשת התביעה ואולם היא כשלה מסיבות שאינן תלויות בתובע הנגזר" (סעיף 36 לפסק הדין), וזאת מהטעם ש"אי תשלום הולם עבור עמלו של התובע המייצג בנסיבות אלו, משמעותו השתת הוצאות ההליך על כתפיו, באופן העלול ליצור אפקט המצנן הגשתן של תביעות טובות" (שם).

עם זאת, בית המשפט הדגיש, שמדובר בתשלום נמוך יותר מתשלום של גמול המשולם כאמור רק כאשר ניתן סעד ותועלת לחברה: "על מנת שלא להותיר את מבקשי האישור בחיסרון כיס, סבורני כי יש טעם בפסיקת סכום צנוע לטובתם כהחזר הוצאות. ויודגש, המדובר בסכום שמצד אחד מתווסף להחזר הוצאות ששולמו לצדדים שלישיים... ומצד שני אין הוא עולה לכדי גמול שהיה מקום לפסוק אילו הייתה צומחת תועלת לחברה מההליך... ענייננו בהחזר הוצאות המשולם... בעבוד הזמן והמשאבים שמבקשי בקשות האישור השקיעו בניהול ההליך ומטבע הדברים לא מדובר בסכום ניכר" (סעיף 37 לפסק הדין).

במקרה הקונקרטי מצא בית המשפט שיש הצדקה לסכום המומלץ של גמול לכל אחד משני התובעים בסך של 50 אלף ₪, בהינתן שההליך נוהל במשך 9 שנים והושקעו בו משאבים והיות וייתכן שבמועד הגשת הבקשות היה טעם בבירורן, והתפתחויות מאוחרות הן שהצדיקו את סיום ההליך.

עם זאת, בית המשפט הדגיש שהוא מקבל את עמדת היועצת שלא ניתן לפסוק את הסכומים כגמול כפי שביקשו הצדדים, וכי הסכומים ייפסקו במסגרת משפטית אחרת "כהחזר הוצאות" וכאמור בסכומים נמוכים יותר מאלה שמקובלים בפסיקת גמול (סעיף 38 לפסק הדין).

לגבי פסיקת שכר טרחה לבאי הכח הנגזרים, היועצת לא התנגדה לעצם פסיקת שכר הטרחה (בהינתן המשאבים שהושקעו במשך שנים רבות; בהינתן ההתפתחויות החדשות שלא היו קיימות במועד הגשת בקשת האישור, ועוד) והותירה זאת לשק"ד בית המשפט, אולם התנגדה לגובה הסכומים שביקשו הצדדים (כאמור 1.2 מיליון ₪). בהינתן שלא ניתן כל סעד ותועלת לחברה, בהינתן שעצם דחיית התביעה לא יכולה להיחשב לתועלת כזו, ובשים לב לשיקולי רוחב שצריך לעודד הגשת תביעות שיביאו למתן סעד לחברה בהתאם לתכליות ההליך וכדי לא לעודד הגשת תביעות סרק "שסוחטות" נתבעות להגיע לפשרות ולשלם שכר טרחה רק כדי לחסוך את הוצאות ההתדיינות.

בית המשפט אימץ את עמדת היועצת בנדון: "סבורני כי יש צדק בעמדת היועמשי"ת, לפיה הגם שיש מקום לפסוק טרחה במקרה בו עסקינן, הסכום עליו המליצו הצדדים הוא גבוה יתר על המידה כך שיש מקום לסטות ממנו" (סעיף 42 לפסק הדין). בית המשפט הטעים בעניין זה, בדומה למה שכתבנו בעמדת היועצת כי: "החברה לא הפיקה תועלת של ממש מן ההליך או מהסכם הפשרה ובסופו של דבר ההליך הסתיים בדחיית התובענה תוך חסימת האפשרות לנהל התדיינות נוספת ביחס לעילות ולטענות..." (שם).

מבחינת הגישה העקרונית (גם מעבר להליך קונקרטי זה), השופט עמית (שהצטרף לפסק דינו של השופט גרוסקופף) קיבל את עמדתה של היועצת על הצורך לוודא שפסיקת שכר טרחה במקרים שבהם לא ניתן סעד לחברה לא תעודד תביעות סרק ושיש לבחון היטב את הדברים תוך מתן משקל לשיקולים ציבוריים רחבים בעניין זה: "בעולם התובענות הנגזרות והייצוגיות, אין להתעלם מהאפשרות של ניצול לרעה של בקשות ותביעות קלושות שהוגשו מלכתחילה על מנת להגיע ל"פשרה" שבמסגרתה ישולמו לתובע ולבאי כוחו גמול ושכר טרחה על מנת לסלק את התובענה. מבחינת הגורמים הנתבעים לעיתים סכום הפשרה הוא בבחינת ערך מטרדי.... לכן נדרש בית המשפט לעמוד היטב על קנקנו של הסכם פשרה המובא לאישורו ולהביא בחשבון גם את האינטרס הציבורי והאינטרס של מערכת המשפט שלא לעודד בקשות ותביעות סרק...". גם השופט גרוסקופף כתב דברים דומים בסעיף 17 לפסק הדין.

על כן, כאמור, בית המשפט העליון קיבל את עמדת היועצת והפחית את שכר הטרחה שהתבקש ב-300 אלף ₪, ופסק שכר טרחה של 900,000 ₪ (חלף 1.2 מיליון ₪ שהתבקש). דומה שעדיין מדובר בסכום גבוה ומכל מקום בית המשפט נימק את הפסיקה בכך שההליך התנהל 9 שנים והושקעו בו תשומות רבות במספר ערכאות והימשכות ההליך לא נבעה ממחדל כלשהו של המבקשים. כך גם לנוכח מורכבות הסוגיות שנדונו, ולנוכח העובדה שדחיית התביעה לבסוף נבעה מהתפתחויות שלא היו קיימות במועד הגשת בקשת האישור.

פסק הדין אימץ גם את עמדת היועצת שיש לצמצם את היקף מעשה בית הדין, כך שמעשה בית דין יחול רק על טענות שנטענו בבקשת האישור ולא על דברים החורגים מכך (בהסדר הפשרה נקבע שדיסקונט השקעות לא תוכל להגיש תביעה נגד נושאי המשרה ואי די בי גם בדברים שחורגים מטענות בקשת האישור): "מקובלת עלי עמדת היועמשי"ת... לפיה וויתורה של דיסקונט השקעות ייעשה אך בהתייחס לטענות ועילות שהועלו בקשר לבקשה למתן הוראות. לפיכך אישור הסכם הפשרה ייעשה בכפוף להבהרה זו" (סעיף 25 לפסק הדין).

פסק הדין אימץ את עמדת היועצת, שיש לבחון את ההסדר באופן קפדני, למרות שמדובר בהסכמה על דחיית בקשת האישור ובמעין הסתלקות, ההסדר קובע מעשה בית דין שימנע הליכים נוספים כמקובל בהסדרי פשרה (שבדרך כלל נותנים סעד לחברה): "בענייננו הצדדים פסחו על שני הסעיפים... על דרך

ההחמרה נבחן את ההסכם כהסכם פשרה... וזאת בין השאר בהינתן שהוסכם לא רק על דחיית הבקשה... אלא גם על חסימת האפשרות לתבוע בעתיד בגין הטענות שהועלו במסגרתה" (סעיף 18 לפסק הדין).

לגוף ההסכמה על דחיית התביעה, היועצת הותירה הדברים לשיקול דעת בית המשפט, לצד הערה שיש לבחון את הדברים מצד אחד לאור החשש להתעוררות של בעיית הנציג כשמבוקש שכר טרחה גבוה אך החברה לא מקבלת כלום, ומצד שני, ניתן לתת משקל להערות של מותבים שיפוטיים שונים) לרבות של בית המשפט העליון בגלגולים קודמים של ההליך) שהתביעה מאוד לא פשוטה וסיכוייה נמוכים. כך גם ניתן לשקול את טענות הצדדים על התפתחויות שונות שיצרו קשיים נוספים בפני התביעה, כמפורט בעמדה.

בעניין זה, בדומה לאמור בעמדת היועצת, גם בית המשפט העליון ציין, שהסדר הפשרה (שלא נותן סעד לחברה וקובע שכר טרחה גבוה למייצגים) "איננו שגרתי", ולצד זאת, מצא לאשר את הסכמת הצדדים על דחיית התביעה, בהינתן האמירות של מותבים שונים על הקשיים העומדים בפני התביעה ולאור ההתפתחויות העדכניות שהקשו עוד יותר על התביעה, והיות ובית המשפט מתרשם כי: "התועלת שתצמח בעת הזו לחברה מהמשך ניהולו נמוכה מהעלות שצפויה להיות כרוכה בכך" (סעיף 20 לפסק הדין) והיות ובהתאם להתפתחויות, למרות שהתביעה הייתה ראויה לבירור במועד הגשתה, "חלוף הזמן... התביעה איבדה את עיקר תועלתה." בית המשפט נתן משקל בעניין זה גם לכך שהיועצת לא התנגדה לדחיית התביעה והשאירה זאת לשיקול דעתו של בית המשפט (סעיף 23 לפסק הדין).

יצוינו שתי קביעות חשובות נוספות, בעלות השלכות רוחב שנקבעו בפסק הדין. נקודה אחת היא, בהחלטה על אישור ההסדר בדבר דחיית התביעה, נתן בית המשפט משקל לכך שבעלי התפקידים בדירקטוריון החברה התחלפו ובעלי התפקידים הנוכחיים אינם נגועים בניגוד עניינים ויחד עם זאת הם התנגדו לתביעה, ובית המשפט קבע (בסעיף 21 לפסק הדין) כי עמדה זו של דירקטוריון "לא נגוע" היא "בוודאי עמדה שיש לתת לה משקל ראוי במסגרת בחינתו של הסכם הפשרה... עמדה שככלל בית המשפט ייטה לכבד אותה בהיעדר טעמים כבדי משקל שלא לעשות כן" (כגון אם הפשרה עלולה לפגוע בצדדים שלישיים או בתקנת הציבור). יצוין שבעמדת היועצת לא נדרשנו לסוגיה זו.

הערה חשובה נוספת בפסק הדין נוגעת לזהות הגורם המשלם את שכר הטרחה. חוק החברות מתייחס לאפשרות שהחברה תשלם את שכר הטרחה (שהרי התובע למעשה נתן לה שירות) או שהתובע ישלם את שכר הטרחה לבא כוחו (במקרים חריגים), אך אינו מתייחס לאפשרות שהנתבעים (נושאי המשרה או מבטחיהם בדרך כלל) ישלמו את שכר הטרחה (בענייננו נקבע בהסדר שהנתבעים הם שישלמו את שכר הטרחה לבא כח הנגזר). מדברי ההסבר לחוק עולה שהדבר נבע מכך, שחיוב נתבעים בהוצאות, פעמים רבות, לא נעשה בסכומים ריאליים ולכן לא מספק לתמרץ הגשת תביעות ראויות, אולם עולה מדברי ההסבר שאין באמת מניעה, מכח הדין הכללי, שהנתבעים הם שישלמו את שכר הטרחה. אולם, בפסק הדין שלפנינו מעיר כב' השופט גרוסקופף שהסברים אלה בדברי ההסבר לחוק החברות אינם מספקים, שהרי חיוב בשכר טרחה מכח הדין הכללי נפסק לזכות התובע, ואילו שכר טרחה בתביעה נגזרת נפסק ישירות לטובת עורך הדין ולכן יש קושי בחיוב נתבעים בתשלום שכר הטרחה בתביעה נגזרת מכח הדין הכללי ישירות כלפי עורך הדין (והחיוב הספציפי בחוק החברות לתשלום שכר טרחה ישיר לעורך הדין, כאמור, מוטל על החברה או על התובע ולא על הנתבעים. (ראו: סעיף 42 לפסק הדין)).

קישור לפסק הדין.

25. <u>ע"א 1439/20 **דקל ואח' נ' בירנבוים ואח'**</u>

בית המשפט העליון (מפי כב' השופטת ברון, ובהסכמת כב' המשנה לנשיאה (בדימוס) הנדל וכב' השופט סולברג) דחה את הערעורים שהוגשו על החלטת בית המשפט המחוזי לאשר את הסדר הפשרה.

בפסק הדין הודגש כי תובענה ייצוגית היא כלי שנועד בראש ובראשונה לשרת את טובת הקבוצה. בהמשך לכך, מאחר שחברי הקבוצה הם בגדר "נוכחים-נפקדים" בהליך הייצוגי, בחוק תובענות ייצוגיות נקבעו מספר הוראות שנועדו להבטיח שעניינם ייוצג וינוהל בצורה הולמת. מטרתם של מנגנונים אלה היא לצמצם את "בעיית הנציג" - ניגוד העניינים האינהרנטי להליך הייצוגי, בין האינטרס האישי של מייצגי הקבוצה להביא לסיום מהיר ומתגמל של ההליך ובין האינטרס של חברי הקבוצה שזכויותיהם לא ייפגעו. הודגש כי בעיית הנציג מתעצמת במקרים שבהם מייצגי הקבוצה מבקשים לסיים את ההליך על דרך הפשרה – שאז החשש העיקרי הוא מפני פשרות לא ראויות, שאינן הולמות את סיכויי ההליך.

בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה שהובא לפניו אלא אם כן מצא כי ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה. לצורך זה התווה המחוקק שורה של שיקולים רלוונטיים. שיקולים אלה, המפורטים בסעיף 19(ג)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, נועדו לסייע בידי בית המשפט להעריך את שווי הסדר הפשרה ולוודא את היותו הוגן וראוי בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה. חוות דעת בודק מסייעת לבית המשפט בעניין זה. בנוסף לכך, נקבעו בחוק כלים נוספים שתפקידם לסייע בידי בית המשפט בבחינת הוגנות וסבירות ההסדר. אולם בסופו של יום, חוק תובענות ייצוגיות מקנה לבית המשפט סמכות רחבה שבשיקול דעת לאשר את הסדר הפשרה המובא לפניו או לדחותו.

במקרה דנן, התובענה הייצוגית התנהלה בבית המשפט המחוזי במשך למעלה מעשרים שנה. לצידה התנהלו בעניינם של חברי הקבוצה (או חלקם) שורה של הליכים ייצוגיים נוספים נגד קלאב הוטל, ושניים מהם תלויים ועומדים. במהלך כל השנים הללו התנהל מאבק בין שחקנים שונים מקרב חברי הקבוצה על ייצוגה, כשכל אחד מהשחקנים בזירה מונע מאינטרסים ומכוון להשגת מטרות שונות. בית המשפט התרשם שמאבקי הכוחות גובים מחברי הקבוצה מחיר יקר וכי במצב זה ניכר כי עצם סיום ההתדיינות בתובענה, בדרך של פשרה, טומן בחובו ערך רב עבור חברי הקבוצה. יתרה מזאת, נקבע כי מתווה הפשרה הולם את מאזן הסיכויים והסיכונים הגלום בהמשך ניהולה של התובענה הייצוגית, ומקדם את האינטרס המשותף של הצדדים בקיום הסכם הנופש ומימוש זכויות השימוש ביחידות הנופש הנתונות לחברי הקבוצה. וזאת גם לפי חוות דעתו של הבודק לאחר שסרק את הסדר הפשרה במסרקות ברזל, במקצועיות וביסודיות יוצאת דופן. בית המשפט המחוזי מצידו קיים הליכי בקרה ופיקוח הדוקים על הסדר הפשרה המתוקן, ובמסגרת החלטת הביניים צלל לנבכי שיטת החישוב ומנגנון ההתחשבנות שעליהם הסכימו הצדדים. לאחר ששקל את השיקולים הרלוונטיים ואת הערות המתנגדים, הגיע לכלל מסקנה כי יש לאשר את הסדר הפשרה המתוקן בהיותו ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה. לא נמצא טעם מבורר לשנות מקביעה זו.

לפיכך, גם בית המשפט העליון פסק כי שיטת החישוב המוסכמת היא מאוזנת, הגיונית ומשרתת את האינטרסים של חברי הקבוצה. היא מבטיחה כי חברי הקבוצה לא יישאו בעלויות עודפות הכרוכות במתן שירותים לאורחי המלון, אלא ישלמו דמי אחזקה המגלמים את העלויות הכרוכות בשירותים שהם צרכו – ודבר זה מהווה שיקול רב ערך מנקודת מבטה של הקבוצה. השיטה המוסכמת אף מתיישבת עם התכלית

העסקית-כלכלית של הסכם הנופש וציפיותיהם הסבירות של הצדדים, משקפת נאמנה את אופן חלוקת הסיכונים ומבטיחה את המשך פעילותו הסדירה של המלון.

בכל הנוגע למנגנון ההתחשבנות המוסכם ובסיכום הדברים, נקבע כי הסדר הפשרה המתוקן אמנם אינו צפוי להניב לחברי הקבוצה פיצוי כספי משמעותי, אם בכלל. עם זאת, הוא מסיר מעליהם את החשש מפני הליכי גבייה שתנקוט קלאב הוטל בגין הפרשי דמי אחזקה לתקופת העבר, העשויים להצטבר לסכומים משמעותיים. יתרון מרכזי נוסף של הסדר הפשרה המתוקן הוא היציאה המשותפת לדרך חדשה ונקייה מחובות, באופן המקרין גם על ערכה הכלכלי של זכות השימוש ביחידות הנופש. ואם בכל זאת יהיו מבין חברי הקבוצה כאלה שיסברו כי בנסיבות שנוצרו הסכם הנופש אינו כדאי עוד עבורם, הרי שבמצב המשפטי הנוכחי חברי קבוצה רשאים לעשות שימוש בזכות הביטול הנתונה להם בחוק הגנת הצרכן, ובהתאם לא יחויבו עוד בתשלום דמי האחזקה השנתיים. הודגש כי בשלב זה טרם הוכרעה שאלת גובה הגמול ושכר הטרחה שלהם זכאים המשיבים ובאי כוחם, והיא תידון ותוכרע על ידי בית המשפט המחוזי לאחר שיוכרעו הערעורים דכאן. במסגרת זו ניתן להניח שייתן דעתו לטרחה שהייתה כרוכה בניהול ההליך, לצד התועלת הרבה הגלומה בהסדר הפשרה כמפורט לעיל.

נפסק גם כי בקביעת מתווה הפשרה בית המשפט אינו כבול לקביעות הלכאוריות שנקבעו בהחלטת האישור ועליו להפעיל את מלוא שיקול דעתו ולבסס את הכרעתו הסופית בבקשה לאישור הסדר הפשרה על התשתית העובדתית והמשפטית כפי שהתבררה לפניו – בדגש על חוות דעת הבודק. במקרה דנן, מחוות דעתו של הבודק עולה כי שיטת החישוב המוסכמת עדיפה באופן מובהק על שיטת היחידות הפיזיות, ובדין אושר הסדר הפשרה המתוקן המבוסס על שיטת חישוב זו.

קישור לפסק הדין.

26. ע"א 6979/20 **חנוכה נ' הראל חברה לביטוח בע"מ**

בערעור התבקש ביטול פסק דין של בית המשפט המחוזי מרכז, אשר דחה את בקשת המערער לאפשר לו להגיש ולנהל תובענה ייצוגית הגנתית נגד המשיבה. בית המשפט העליון קיבל את הערעור והורה על החזרת הדיון לבית משפט קמא על מנת שיכריע בבקשת האישור לגופה.

בית המשפט העליון קבע כי חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 אינו מעמיד שום מגבלות באשר לסעדים שניתן לתבוע אותם בגדרה של תובענה ייצוגית (הנכנסת בגדרי אחד הפרטים לתוספת השנייה). ובפרט, חוק תובענות ייצוגיות אינו שולל את האפשרות של הגשת תובענה ייצוגית למתן סעד הצהרתי הגנתי אשר בא לחסום את הנתבע המתעתד להגיש תביעות נגד חברי הקבוצה.

בהמשך לכך, חוק תובעות ייצוגיות אינו מגביל, ככלל, את הסעדים שניתן לתבעם במסגרתה של תובענה ייצוגית וגם אינו מרחיב סעדים אלו מעבר לקבוע בדין. ככלל, סעדים שניתן לקבלם במסגרתה של תביעה אישית ניתן לקבלם גם במסגרת תובענה ייצוגית, וסעדים שלא ניתן לקבל במסגרת תביעה אישית לא ניתן יהיה לקבלם במסגרת תובענה ייצוגית.

נקבע, כי בכפוף להצדקה ממשית, ובהתקיים כל הדרישות הכלליות להגשתה של תובענה ייצוגית, הגשתה של תובענה ייצוגית הגנתית - שמבוקשה סעד הצהרתי השולל את זכות התביעה של הנתבע - אף היא

מותרת. וזאת מכיוון שחוק תובענות ייצוגיות אינו מונע הגשת תובענה ייצוגית הגנתית: תובענה לקבלת פסק דין הצהרתי אשר חוסם תביעה עתידית של הנתבע נגד חברי הקבוצה המיוצגת על ידי התובע הייצוגי. תובענה ייצוגית הגנתית היא בגדר "תביעה" לכל דבר ועניין, ובהיעדר מגבלה חוקית על הגשת תובענה ייצוגית הגנתית, לא יהא זה נכון לשלול את האפשרות להגיש תובענה כאמור באמצעות "חקיקה שיפוטית".

בית המשפט דן בשאלה באילו תנאים יהא נתבע פוטנציאלי זכאי לקבל מבית משפט סעד הצהרתי שלילי בדמות פסק דין אשר קובע כי בטענת זכות שהועלתה נגדו על ידי תובע פוטנציאלי, שטרם הגיש את תביעתו, אין ממש? קרי, האם ובאלו תנאים ניתן לתת סעד הצהרתי אשר ימנע תביעה המרחפת מעל ראשו של מבקש הסעד?

בית המשפט קבע כי ניתן להגיש תביעה לקבלת סעד הצהרתי שלילי בדמות פסק דין אשר מצהיר שלנתבע אין עילת תביעה נגד התובע, זאת במטרה למנוע את הגשתה של תביעה, כדרכה של הקדמת התרופה למכה. כמו כן, יש להתנות את מתן הסעד כאמור בהתחייבות התובע- הנתבע הפוטנציאלי, לקיים את הזכות שתעמוד ליריבו אם בקשת הסעד ההצהרתי תידחה תוך קביעה כי זכות זו קיימת. אולם, ההלכה לפיה אין לשלול תביעה לסעד הצהרתי שלילי אין פירושה שניתן לקבל סעד כזה כעניין שבשגרה.

נפסק כי על בית המשפט לשקול שיקולים שונים ובהם: היקף ההצהרה המבוקשת, הצורך המעשי במתן סעד הצהרתי שלילי, מהות טענותיו של מבקש הסעד מבחינת הקושי לבררן, מערכת היחסים הכוללת בין הצדדים להליך. לצד זאת יש להוסיף את הדרישה הכללית ממבקשי סעדים הצהרתיים: מבקש הסעד יידרש להראות כי הסעד המבוקש על ידו הינו נחוץ כדי "להסיר מכשול העומד בפני המבקש, או לפתור קושי שהוא ניצב בפניו".

בית המשפט התייחס גם לשאלת הגנה ייצוגית במקום בו כבר הוגשה תביעה וחידד את ההבחנה בין הגנה ייצוגית לבין תובענה ייצוגית הגנתית. הגם שבית המשפט לא מצא להכריע בסוגיה זו, עם זאת, קבע כי כוונת המחוקק הייתה שלא להכיר באפשרות הגשתה של הגנה ייצוגית במסגרת חוק תובענות ייצוגיות. כמו כן, תקנה 29(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 אשר אפשרה לתובע ולנתבע לבקש "לייצג באותה תובענה את כל המעוניינים" (שנקבע שגם היא אינה אכסניה מתאימה למוסד ההגנה הייצוגית), מכל מקום תקנה זו אף בוטלה יחד עם מרבית התקנות שהוחלפו בתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 ומתקין התקנות החדשות לא ראה לנכון להתקין בהן תקנה מקבילה.

בפסק הדין אמירה העקרונית נוספת, שלאחר חקיקת חוק תובענות ייצוגיות, יש לנקוט במשנה זהירות על מנת שלא לחרוג מההסדרים המפורשים אשר נקבעו בחוק - "מקום שהמחוקק צמצם, אסור לנו להרחיב; ומקום שהמחוקק בחר להרחיב, אסור לנו לצמצם".

השופט שטיין סבר כי יש מקום לעיין מחדש ולבטל את הלכת **בנין** (ע"א 522/71, 1974) אשר קבעה כי נוכח מאפייניה של טענת ההתיישנות כטענת מגן וכטענה דיונית, אין אפשרות להגיש תביעה לסעד הצהרתי בדבר התיישנות התביעה שעדיין לא הוגשה לבית המשפט. יתר השופטים מצאו שלא להכריע בסוגיה זו בגדרי הליך זה.

בסופו של דבר, בית המשפט העליון קיבל את הערעור והחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי על מנת שידון בבקשת האישור ויכריע בה לפי שיקול דעתו על בסיסן של אמות המידה אשר חלות על תובענה ייצוגית שמבוקשה סעד הצהרתי מניעתי.

קישור לפסק הדין.

ה. נזיקין:

27. ע"א 2829/21 **פלונית נ' מדינת ישראל ואח'**

ההליך עסק בסוגית 'החומצה הפולית', ופסק הדין כולל אמירות בנוגע לאחריותן בנזיקין של רשויות המדינה הפועלות בכשירותן השלטונית – 'חריג שיקול הדעת'.

השופטת כנפי-שטייניץ סקרה את הפסיקה בסוגיה, למן הלכת **לוי** (ע"א 915/91) ואילך, תוך התייחסות גם לפסקי הדין שצמצמו את הלכת **לוי** כגון עניין **שתיל** (ע"א 10078/03, 2007) ועניין **חוות צברי אורלי** (ע"א 8500/06, 27.08.2012), וכן למגמה שכדבריה "מפיחה רוח חדשה בהלכת **לוי**" – עניין **גליק** (רע"א 2036/16, 19.01.2017), עניין **עיריית אשקלון** (ע"א 1751/18, 02.10.2019), עניין **פלונים נ' משטרת ישראל** (ע"א 2394/18, 10.04.2019) ועניין **פלונים** (רע"א 8396/19, 30.11.2021). השופטת התייחסה ארוכות גם לפסק הדין המקיף ב-ע"א 6313/19 **רשות ניירות ערך נ' שמואל רותם** (11.04.2022), וסיכמה את הסוגיה כך, בפס' 25 לפסק הדין:

"נמצאנו למדים כי הלכת **לוי** וחריג שיקול הדעת עדיין עמנו. עם זאת, לא כל פעולה שלטונית הכרוכה בהפעלת שיקול דעת תפטור את הרשות מאחריות בנזיקין. קביעת אחריותה הנזיקית של רשות שלטונית המפעילה שיקול דעת תיגזר, בין היתר, ממהות הסמכות מכוחה פועלת הרשות ומטיבו של שיקול הדעת המופעל על ידי הרשות... פסיקת בתי המשפט מגלה בעניין זה קשת רחבה של מקרים. בקצה האחד של הסקאלה, מצויות סמכויות אכיפה או ביצוע המסורות לרשות מכוח חובה שבדין (העשויה לקבוע גם את גבולות הסמכות ואת טיב שיקול הדעת שעל הרשות להפעיל). בקצה האחר, מצויה סמכות אסדרה כללית שאינה מכוח הוראת דין ספציפית והמערבת שיקולי מדיניות רחבים. בין שני אלה קיימים סוגים שונים של פעולות שלטוניות המבוצעות מכוחם של חיקוקים שונים, הכוללים סמכויות חובה וסמכויות רשות, אשר נועדו להגן על אינטרסים שונים (נזקי גוף, נזקי רכוש, נזק כלכלי), ויוצרים דרגות שונות של הסתמכות. אחריות הרשות עשויה להיגזר גם מן השאלה האם מדובר במעשה או במחדל טהור. כך למשל, לא דומה פעולת אסדרה אקטיבית שיצרה נזק, למחדל באסדרה שנועדה להגן מפני סיכונים שנוצרו על ידי גורמים אחרים. לעניין זה צוין כי "קשה להפריז בחשיבותה של ההבחנה בין מעשה למחדל טהור בהקשר של אחריותן של רשויות ציבור. הרי קיים הבדל מהותי בין נזק שהרשות הציבורית גורמת בשימוש בלתי ראוי בסמכות שלטונית באופן הפוגע בזכויות של הפרט, לרבות בזכויות היסוד שלו, לבין נזק הנגרם ממחדלה של הרשות להגן על הפרט מפני אין-סוף הסיכונים שאליהם הוא נחשף ושלא הרשות יצרתם" (גלעד, גבולות האחריות, בעמ' 1148 ; עניין **לוי**, בעמ' 67 ; עניין **גליק**, בפסקה 33). הבחנות אלה עשויות להשפיע על קיומה של חובת זהירות, כעניין שבמדיניות משפטית ראויה, ולחלופין, על רוחבו של מתחם הסבירות בעת בחינת התרשלותה הנטענת של הרשות...."

מדינת ישראל
משרד המשפטים
פרקליטות המדינה - המחלקה האזרחית

במקרה דנן המערערת ביקשה לייחס למדינה רשלנות במחדל, באי ביצוע פעולת אסדרה שעניינה בקביעת סטנדרט חדש לטיפול בנשים הרות. נטען להתרשלות משרד הבריאות בהפעלת סמכויותיו כמאסדר בכך שהשתהה בהוצאת תדריך הממליץ על מתן חומצה פולית לנשים בגיל הפוריות, בדגש על התקופה שלפני הכניסה להיריון ובחודשי ההיריון הראשונים, לשם הקטנת הסיכון להיווצרות מומים במערכת העצבים המרכזית בעובר (מומי NTD). נטען כי היה על המשרד להוציא את התדריך, שיצא בשנת 2000, כבר בשנת 1992, הוא המועד בו פורסמה המלצה כזו ע"י ה-CDC. נקודת המוצא לדיון היתה קביעתו של בית המשפט המחוזי כי במועדים הרלוונטיים לתביעה, הפרקטיקה של מתן חומצה פולית לפני ההיריון ובחודשי ההיריון הראשונים לא היתה פרקטיקה רפואית ידועה ומקובלת ואף לא הומלצה על ידי האיגוד המקצועי הרלוונטי. לפיכך הטענה היתה למעשה כי מוטל על המדינה להנחות על יישומה של הפרקטיקה האמורה עוד בטרם זו קנתה לה אחיזה בעולם הרפואי: המערערת ביקשה לייחס למדינה רשלנות במחדל, באי ביצוע פעולת אסדרה שעניינה בקביעת סטנדרט חדש לטיפול בנשים הרות. המערערת לא טענה לקיומה של הוראת דין ספציפית המחייבת את הרשות בביצוע פעולת האסדרה האמורה, אלא טענה למחדל בהפעלת סמכותו הכללית של משרד הבריאות כרשות המופקדת על בריאות הציבור ועל קביעת מדיניות הבריאות בישראל. בנסיבות אלה, נראה כי מדובר בפעולה המצויה על פניה בליבת שיקול הדעת של הרשות. השופטת הוסיפה וציינה כי גם מבלי להכריע בשאלה זו וגם אם תצא מהנחה הנוחה למערערת לפיה מחדל בפעולת אסדרה של נורמה חדשה מקים חובת זהירות של המדינה כלפי מי שנפגעו מן המחדל, לא עלה בידי המערערת להוכיח כי הרשות התרשלה באי פרסום התדריך במועד מוקדם לפרסומו בפועל.

מעבר לכך, קבע בית המשפט העליון כי לא ניתן להלום שמוטלת על הרשות חובה לאמץ רגולציה זרה, מכובדת ככל שתהיה, באופן עיוור וללא כל בחינה או התאמה, ללא בסיס שבדין. בהיעדר הוראת דין של המחוקק המכירה ברגולציה זרה כבסיס לרגולציה או רישום בארץ, "מצופה ממאסדר סביר, בעת קביעת נורמה חדשה, להפעיל את סמכותו בזהירות ובאחריות, על בסיס תשתית עובדתית ראויה, ותוך בחינת תוחלת הנזק והתועלת הצפויים מפעולתו, לשם קבלת החלטה סבירה ומידתית. והדברים נכונים במיוחד עת מדובר בעניינים שבבריאות הציבור".

השופטת ציינה את קביעת בית המשפט המחוזי, כעניין שבעובדה, כי משרד הבריאות לא התעלם מהמלצות ה-CDC ופתח בסמוך לאחר פרסומן בתהליך לבדיקת תקופת של ההמלצות לאוכלוסייה בישראל. אמנם התהליך ארך עת ארוכה ואולי ארוכה מדי, אך אין בכך בלבד כדי להצביע על התרשלות הרשות. גם בעת פרסום התדריך, בשנת 2000, היתה ישראל בין המדינות הראשונות שפרסמו את ההמלצות הנדונות, וגם בכך יש כדי להעיד על אי התרשלות הרשות.

כב' השופט כבוב הסכים עם הדברים. כב' השופט סולברג הסכים אף הוא עם הדברים והוסיף והעיר, במבט צופה פני עתיד, לגבי פרסום המלצה או סטנדרט חדש של טיפול רפואי, כי אכן נדרשת גישה אחראית ושמרנית, אך יש להשתדל לקצר את פרק הזמן.

קישור לפסק הדין.

מדינת ישראל
משרד המשפטים
פרקליטות המדינה - המחלקה האזרחית

28. <u>ע"א 1726/21</u> **<u>בכרי נ' מגנאג'י ואח'</u>**

במסגרת פסק הדין נדחה ערעורו של מוחמד בכרי, יוצר, מפיק ובמאי הסרט ג'נין ג'נין, על פסק דינו של בית המשפט המחוזי (מרכז) במסגרתו נקבע כי הסרט מהווה פרסום העולה כדי לשון הרע ביחס לתובע, ניסים מגנאג'י, קצין במילואים אשר לחם בג'נין במסגרת מבצע חומת מגן ואשר מזוהה בסרט. במסגרת פסק הדין חויב בכרי לפצות את מגנאג'י בפיצוי כספי וכן נאסרה הקרנתו של הסרט בישראל.

כבר במסגרת ניהול ההליך בבית המשפט המחוזי החליט היועץ המשפט לממשלה דאז להתייצב להליך ובבית המשפט העליון התייצבה היועצת המשפטית לממשלה לימינו של מגנאג'י וזאת במספר מישורים.

במסגרת העמדה שהוצגה בבית המשפט העליון התייחסה היועצת המשפטית לממשלה למספר סוגיות שעמדו על הפרק:

ראשית, בעניין התיישנות התביעה. בכרי טען כי תביעתו של מגנאג'י התיישנה, שכן הסרט יצא עוד בשנת 2002 בסמוך לאחר תום המבצע, ואילו התביעה הוגשה רק בשנת 2016. מגנאג'י טען לחריג הקבוע בסעיף 8 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 לפיו במקרה בו "נעלמו מן התובע העובדות המהוות את עילת התובענה, מסיבות שלא היו תלויות בו ושאף בזהירות סבירה לא יכול היה למנוע אותן, תתחיל תקופת ההתיישנות ביום שבו נודעו לתובע עובדות אלה". עוד טען מגנאג'י כי הקרנות מאוחרות של הסרט בין השנים 2010 - 2012, וכן העלאת הסרט לאתר youtube מהוות עוולות נפרדות אשר התביעה בגינן לא התיישנה.

במסגרת עמדת היועצת, נטען שאף מבלי להביע עמדה ביחס לתחולתו של סעיף 8 לחוק ההתיישנות, ההקרנות המאוחרות של הסרט והעלאתו לאתר youtube מהוות עוולות נפרדות אשר לא התיישנו ומכל מקום גם אם מדובר בעוולה אחת הרי שזו עוולה נמשכת, ולפיכך תחילת תקופת ההתיישנות היא המועד בו הופסקה העוולה בהתאם לסעיף 89(1) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

שנית, הוצגה עמדה בעניין עילת התביעה. עלתה השאלה האם ניתן לזהות את מגנאג'י בסרט כמי שיוחסו לו המעשים המתוארים בסרט, וביניהם פשעי מלחמה מזעזעים שיוחסו לחיילי צה"ל בכלל, ומעשה ביזה של זקן אשר חסך את כל כספו לצורך טיפול רפואי, בפרט. עמדת היועצת המשפטית לממשלה היתה שניתן לזהות את מגנאג'י בסרט וכי הצופה הסביר היה מקשר בינו לבין המעשים המתוארים בסרט. עמדה זו הובאה לאחר צפיה בסרט ובשים לב לקביעות העובדתיות של בית המשפט המחוזי.

שלישית, היועצת המשפטית לממשלה הציגה עמדה בעניין הסעד שנפסק. בכרי טען שכיוון שמגנאג'י מופיע בסרט בארבע שניות בלבד, אין לאסור על הקרנת הסרט כולו אלא ניתן להורות על הסרתן של ארבע השניות בהן מופיע מגנאג'י בלבד. טענה זו לא נטענה בפה מלא לאורך ההליך אלא כבדרך אגב, כיוון שהיא סותרת טענה אחרת של בכרי שהסרט כבר לא בשליטתו ואין לו את האמצעים הנדרשים כדי לערוך אותו. במסגרת הדיון הובהר כי בכרי לא ערער על הסעד, וגם טענתו למחיקת ה-4 שניות בלבד נטענה אגב אורחא. לגופו של עניין עמדת היועצת המשפטית לממשלה הייתה שלא יהיה זה נכון להורות על הסרת 4 שניות מהסרט בלבד. במסגרת העמדה נטען כי על בית המשפט לבחון את היצירה או את הפרסום בכללותו ולקבוע האם הוא מכיל לשון הרע אם לאו. ככל שהפרסום מכיל לשון הרע והנסיבות מצדיקות זאת על

בית המשפט להורות על איסור הפרסום כולו, ואל לו לבית המשפט להיכנס בנעליו של היוצר ולשנות את היצירה כדי שניתן יהיה לפרסמה.

במסגרת פסק הדין, שופטי בית המשפט העליון התייחסו לכל אחת מהסוגיות שעל הפרק, ובתמצית שבתמצית:

לעניין ההתיישנות, שלושת שופטי ההרכב הסכימו שהתביעה לא התיישנה, אך נחלקו בנימוקם ובהיקף העוולות שבגינן ניתן לחייב את בכרי במתן פיצוי.

כב' השופטים עמית ומינץ סברו שלא ניתן להחיל את סעיף 8 לחוק ההתיישנות, ואילו כב' השופט שטיין לא הכריע בשאלה זו. אך עם זאת, שלושת השופטים סברו שהתביעה לא התיישנה מטעמים שונים. השופט עמית סבר שעניין לנו בעילות תביעה נפרדות, כך שהתביעה בגין הפרסומים המאוחרים יותר לא התיישנה. השופט עמית פירט בפסק דינו כי המבחנים לפיהם יש לבחון האם מדובר בעילות נפרדות או בעילה אחת הם הזהות בין הפרסומים ורציפות הפרסומים, נקבע כי מדובר בתנאים מצטברים. נקבע כי בנסיבות העניין מדובר בפרסומים נפרדים ולא רציפים וכי גם אם נראה בהם עוולה מתחדשת וגם אם נראה בהם עוולה מתארכת, מכל מקום הפרסומים האחרונים לא התיישנו. ביחס להעלאת הסרט לyoutube נקבע כי לא ניתן להטיל אחריות על בכרי אשר טען שהסרט הועלה לyoutube ללא אישורו או הסכמתו. לעומתו, השופטים שטיין ומינץ סברו שעניין לנו בעוולה נמשכת אשר מרוץ ההתיישנות בגינה מתחיל רק עם הסרת הפרסום, ולפיכך כלל הפרסומים לא התיישנו. כמו כן, בהתאם לעמדת הרוב של השופטים שטיין ומינץ, בכרי אחראי אף על הפרסום בyoutube בשל מחדלו מלהסירו.

לעניין עילת התביעה נפסק פה אחד כי מגנאגי' מזוהה בסרט וכי ניתן לייחס לו השתתפות באירועים המתוארים בסרט ולפיכך קמה לו עילת תביעה כנגד בכרי.

לבסוף, בנוגע לסוגיית הסעד, השופט עמית קבע בדעת יחיד כי יש להפחית את הפיצוי הכספי שנפסק לאור מסקנתו לפיה אין להטיל על בכרי אחריות להעלאת הסרט לyoutube. כן סבר השופט עמית כי יש להורות על הסרתן של 4 השניות בהן מופיע מגנאגי' בלבד. השופט עמית נימק זאת בכך שאין הלימה בין מידותיו של הרכיב בסרט שמהווה לשון הרע כלפי מגנאגי', לבין צו המניעה הגורף האוסר לחלוטין על הקרנת הסרט כולו. לדעתו של השופט עמית, יש לעמוד על היחס שבין הפרסום בכללותו לבין החלק בפרסום שמהווה לשון הרע כלפי הנפגע, הן בפן הכמותי הן בפן המהותי. בפן הכמותי, יש לבחון מה נפחו של החלק הפוגעני מתוך הפרסום הכולל. בפן האיכותי, יש לבחון עד כמה נסב תוכנו של הפרסום בכללותו על הרכיב הפוגעני שבפרסום, ועד כמה אם בכלל ניתן להפריד ביניהם. בעניינו, קבע השופט עמית כי רכיב לשון הרע שמופנית כלפי מגנאגי' תופס חלק מזערי מתוך הסרט בכללותו הן בהיבט הכמותי הן בהיבט האיכותי. לעומתו השופטים שטיין ומינץ סברו כי הסעדים שנפסקו בבית המשפט המחוזי הם סבירים, מידתיים, ומאזנים זה את זה באופן שאין הצדקה להתערב בהם. השופט שטיין קיבל את העמדה שהוגשה מטעם היועצת המשפטית לממשלה וקבע כי באשר לאפשרות של עריכת הסרט שתגזור ממנו כל חלק שמראה את דמותו של מגנאגי' – "אין לי אלא לקבוע כי עלינו ליתן את פסק דיננו ביחס לסרט כמות שהוא... לא נערוך את סרט הכזבים במקומו של המערער כדי לעזור לו בערעורו". עוד ציין כי צו האוסר על הקרנת הסרט מהווה הצהרה בדבר שקריותן המוחלטת של ההאשמות שבסרט ושהצהרה זו באה לשקם את שמו הטוב של

מגנאג'י. השופט מינץ הצטרף לחוות דעתו של השופט שטיין וציין כי נקודת המוצא המקובלת היא כי מקום שבו הוכרעה שאלת האחריות לחובת המפרסם ונקבע כי הפרסום מהווה לשון הרע שאינו חוסה תחת ההגנות שבחוק, אזי ככלל יש לתת צו מניעה קבוע האוסר על הפרסום, ובנסיבות המקרה אין מקום לחרוג מהכלל.

קישור לפסק הדין.

29. ע"א 6313/19 **רשות ניירות ערך נ' שמואל ואח'**

פסק הדין קיבל ברוב דעות את ערעור הרשות והתייחס בהרחבה לגבולות הראויים של חובת הזהירות של המדינה והרשות לניירות ערך בכובעה כמפקחת וכמאסדרת. בפסק הדין קביעות העומדות על הזהירות היתרה, האיפוק והריסון שבהם על בית המשפט לנקוט בהתערבות בעניין, ועל מרחב שיקול הדעת הרחב של הרשות. בין היתר נקבע:

"אקדים ואומר כי לשיטתי, הטלת אחריות נזיקית על רשויות המדינה בגין רשלנות בקשר לפעולות פיקוח ואכיפה צריכה להיעשות במקרים חריגים ונדירים בלבד, קל וחומר כאשר מדובר בגורם מאסדר"; "בשים לב לאמור, ונוכח מאפייני פעילותו של המאסדר ככלל, על בית המשפט לנקוט זהירות גדולה אף יותר בהטלת אחריות על גורם מאסדר מאשר בהטלת אחריות על גורם המפעיל סמכויות פיקוח ואכיפה שאינו מאסדר. לעמדתי, במקרים אלה, "מתחם הסבירות הנזיקי" של ההחלטה... היינו מתחם הסבירות של ההחלטה לצורך קביעת התרשלותו של המאסדר, ראוי שיהיה רחב יותר. זאת נוכח מאפייני פעילותו של המאסדר, כמו גם העובדה שהפעלת סמכותו כרוכה במרבית המקרים בבחינת שיקולים מקצועיים ושיקולי מדיניות רחבים, ושהוא מהווה שכבת הגנה "חיצונית" כלפי הגופים עליהם הוא אמון..."; "נוכח הזהירות שיש לנקוט בהטלת אחריות על רשויות ציבוריות בגין סמכויות פיקוח ואכיפה, תפישה המתיישבת עם הגישה המקובלת בעולם לנקיטת זהירות בהטלת אחריות ברשלנות על רשויות ציבור; ונוכח מאפייניהן הייחודיים של רשויות מאסדרות, לעמדתי יש להעניק לרשויות מעין אלו מתחם סבירות רחב. כמו כן, ייתכנו מקרים בהם לרשות הציבורית תעמוד הגנה בדמות טענת עומס ומשאבים מוגבלים לאחר שהחלה בהליכי פיקוח או אכיפה כלפי הגורם עליו היא אמונה וחדלה מפעולותיה. עם זאת, כאמור, אין משמעות הדבר כי הרשות המאסדרת נהנית מחסינות מלאה מפני הטלת אחריות" (סע' 1, 9 ו-21 לפסק הדין של כב' השופט מינץ). "בבואו של בית המשפט להטיל אחריות נזיקית על המדינה בגין רשלנות לכאורה בהפעלת סמכויות שלטוניות כדוגמת פיקוח ואכיפה, נדרש הוא לנקוט במשנה זהירות, פן תהפוך המדינה "למעין 'מבטח על' של כל הפעילות במשק בכל תחומי החיים שלגביה יש למדינה סמכויות פיקוח, רישוי והסדרה" (כלשון כב' השופט עמית בע"א 7008/09 **עבד אל רחים נ' עבד אל קאדר**, פסקה 45 (07.09.2010)). כך, ביתר שאת כאשר מדובר בגורם מאסדר, כמו בענייננו, אשר הפעלת סמכותו כרוכה במקרים רבים בבחינת שיקולים מקצועיים ושיקולי מדיניות רחבים... ודוק – הצורך לנהוג בזהירות ובריסון בעת הטלת אחריות נזיקית על המדינה בשל הפעלה (או אי-הפעלה) של סמכויות פיקוח ואכיפה, מתחדד אף יותר בנסיבות כמו בענייננו, בהן הטלת אחריות כאמור משמעה, הלכה למעשה, העמדת הקופה הציבורית כרשת ביטחון לכיסוי הפסדיהם של משקיעים אשר בחרו להשקיע את כספם בהשקעות מסוכנות, במטרה להשיג לעצמם רווחים משמעותיים תוך זמן קצר" (סע' 1-2 לפסק הדין של כב' השופט גרוסקופף).

בהמשך לכך, בית המשפט בחן את פעולותיה של הרשות בעניין דנן, ואת אופן וקצב טיפולה בעניין:

כב' השופט מינץ קבע כי לא נפלה התרשלות באף אחת מפעולותיה, כי אופן וקצב הטיפול של הרשות היה סביר, וכי: "המקרה שלפנינו אינו נמנה על אותם מקרים בהם הרשות התנערה באופן בוטה מסמכויות הפיקוח שלה או נמנעה מלהפעיל את סמכויות האכיפה המוקנות לה בצורה הולמת, באופן המצדיק קביעה כי היא התרשלה בתפקידה" (סע' 30). השופט מינץ עומד בין היתר על כך שבתקופה הרלוונטית הרשות לא שקטה על שמריה, ופעלה לביסוס וחיזוק עמדתה ביחס ליוטרייד, תוך שבית המשפט מקבל ומסתמך על עדותו בעניין של היועץ המשפטי של הרשות. השופט מינץ קובע, בין היתר, כי עריכת הביקורת במשרדי יוטרייד במועד שבו היא נעשתה לא היוותה התרשלות, ודוחה את גישת השופט הנדל בעניין תוך אמירה חשובה שלפיה שופט המיעוט "סרק את פעילותה של הרשות במסרקות של ברזל ודק עמה בקוצו של יוד, דבר שיש להימנע מלעשותו בעת ביקורת שיפוטית על פעולות הפיקוח של רשות מאסדרת" (סע' 25)). עוד נקבע שפרסום אזהרה כללית לציבור בנושא במועד שבו היא נעשתה, הוא סביר בהחלט, וכי קביעה שלפיה היה על הרשות לפרסם אזהרה מוקדם יותר מהווה בנסיבות העניין התערבות בלתי מידתית בשיקול הדעת הרגולטורי של הרשות.

השופט גרוסקופף הצטרף כאמור לעמדת השופט מינץ, תוך שהוסיף מספר דברים. בין היתר ציין שגם אם היה מניח שעל הרשות היה לבצע את הביקורת בשלב מוקדם יותר (לשיטתו חודשיים-שלושה לפחות מהמועד בו ידעה על הצורך בביצוע הביקורת. יצוין, כי לשיטת המדינה, דרך ניתוח זו לוקה, שכן הצורך בביקורת התברר בשלב מאוחר בהרבה מהמועד בו נודע לרשות על המשך ההפרה, והדברים עולים מעמדת השופט מינץ) – הרי שמכל מקום לא מתקיים קשר סיבתי.

כן הוסיף השופט גרוסקופף ביחס לקושי בהטלת אחריות על מאסדר על מלוא הנזק שנגרם ע"י המזיק הישיר, ועל כך שהדבר עלול ליצור הרתעת יתר של מאסדרים ונטל מוגזם על תקציבם המוגבל. השופט גרוסקופף הפנה לגישה חלופית של אחריות חלקית, וציין ש"ככל שגישה זו תאומץ, ויתכן שהדבר מחייב חקיקה מתאימה, הרי שהרשות תחויב לפצות את הניזוק באופן חלקי בלבד, גם בהעדר אשם תורם בהתנהלותו" (סע' 7).

השופט הנדל – בדעת מיעוט – מצא כי יש להטיל אחריות נזיקית על הרשות. לצד כך, בפועל, ואף שהוא קיבל חלק לא מבוטל מטיעוניה הן הנורמטיבים והן העובדתיים של הרשות ו"ממתן" חלק מהקביעות של בית המשפט המחוזי – הוא מוצא כי הרשות התרשלה הן בפרק הזמן עד לעריכת הביקורת, והן במועד שבו פירסמה אזהרה כללית, תוך קביעת לו"ז שאינו מתכתב עם עמדתה של הרשות (וכן קובע כי קיים קשר סיבתי בין ההתרשלות ובין נזקם של 3 מתוך 4 מהמשיבים, ותוך העלאת אשמם התורם ל50%).

לעניין פרסום אזהרה קונקרטית – נושא שהיה אחד ממוקדי ההליך - שופטי הרוב לא התייחסו לנושא, נוכח קביעתם שדי היה בפרסום אזהרה כללית במועד בו היא פורסמה. השופט הנדל, שמצא כאמור כי האזהרה הכללית פורסמה במועד מאוחר מידי, קבע כי הרשות לא התרשלה באי פרסום אזהרה קונקרטית בעניין יוטרייד, בכלל זה ציין שקיום המדיניות מעיד על מצב של הפעלת שיקול דעת, וכי חלק מהשיקולים הרוחביים שבבסיס המדיניות הולמים את המקרה. הוא אינו קובע מסמרות ביחס לעצם השימוש באמצעי של פרסום פרטני (סע' 27).

קישור לפסק הדין.

30. רע"א 8176/21 **רוכברגר נ' עיריית רמת השרון ואח'**

נקבע כי החסינות של עובדי ציבור היא רחבה, וחלה אף כלפי הרשות הציבורית. אולם, גם כאשר מתקיימים תנאי החסינות הקבועים בסעיף 7א(א) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], הרשות הציבורית זכאית לתבוע פיצוי או שיפוי מעובד הציבור, לפי סעיף 7ו(א) לפקודה. וזאת אם תוכיח שעובד הציבור סטה באופן חמור מהתנהגות ראויה של עובד ציבור (לפי מבחן אובייקטיבי).

בסעיף 7א(א) לפקודת הנזיקין קבוע כי:

"לא תוגש תובענה נגד עובד ציבור על מעשה שעשה תוך כדי מילוי תפקידו השלטוני כעובד ציבור, המקים אחריות בנזיקין; הוראה זו לא תחול על מעשה כאמור שנעשה ביודעין מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו במעשה כאמור".

למרות זאת, סעיף 7ו לפקודת הנזיקין קובע:

"פעל עובד ציבור בסטיה חמורה מהתנהגות ראויה של עובד ציבור, זכאית המדינה או הרשות הציבורית, לפי הענין, על אף הוראות סעיף 7א –

אם ביצע כלפיה עובד הציבור מעשה המקים אחריות בנזיקין – לפיצוי ממנו;

אם נמצאה אחראית למעשה שעה עובד הציבור – לשיפוי ממנו."

שני הסעיפים נוספו לפקודת הנזיקין במסגרת תיקון 10 לפקודה בשנת 2005. התיקון קידם שתי מגמות שאיזנו זו את זו: הרחבת החסינות לעובדי ציבור מפני אחריות בנזיקין, והרחבת אחריותן השילוחית של רשויות ציבוריות על מעשי עובדיהן. תכלית החסינות היא למנוע הפעלה של לחצים בלתי ראויים והרתעת יתר שתגרום לעובדי הציבור לחשוש לפעול ולבצע את עבודתם, ולשקול שיקולים זרים שעניינם בחשש מתביעות אישיות נגדם. עם זאת, כדי למנוע הרתעת חסר, החסינות מתוחמת רק למעשים שעשה עובד הציבור תוך כדי מילוי תפקידו השלטוני כעובד ציבור ולא חלה על מעשים שנעשו ביודעין, מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו. לצד האמור, סעיף 7א(ב) קובע כי אין בהוראות החסינות כדי לגרוע מאחריותה של המדינה או של הרשות הציבורית.

מנקודת המבט של הניזוק, האיזון שנקבע בסעיף 7א, בין אחריות עובד ציבור לבין אחריות שילוחית של הרשות, נועד למנוע מצב שבו החסינות שעומדת לעובד הציבור תפגע במי שניזוק מפעולותיו. מנקודת המבט של עובד הציבור, האיזון מבטא את התפיסה שלפיה האחרון פועל למען הציבור, ולפיכך, ההגינות מחייבת שאם נגרם נזק בשל טעות של עובד ציבור שפעל בתום לב, הקופה הציבורית תישא בעלויות ולא העובד עצמו. על רקע זאת קובע בית המשפט העליון כי החסינות חלה גם במערכת היחסים שבין העובד לבין הרשות הציבורית.

מלשונו הברורה של סעיף 7א(א) עולה שהרשות הציבורית אינה מוחרגת מתחולתו של הסעיף, אשר נוקט בלשון כללית – "לא תוגש תובענה נגד עובד ציבור". חיזוק לכך עולה מסעיף 7ו, המקנה לרשות את הזכאות לדרוש פיצוי ושיפוי מעובד הציבור, "על אף הוראות סעיף 7א". ודוק: בהתאם לגישה שלפיה הוראת סעיף

7א אינה חלה ביחסים שבין עובד הציבור לרשות, אין כל צורך בהוראת סעיף 7ו, וכידוע, המחוקק אינו משחית מילותיו לריק.

הדברים עולים גם מדברי ההסבר לתיקון 10: "מוצע כי לעובד הציבור תוקנה חסינות דיונית מפני הגשת תובענה על מעשה המקים אחריות בנזיקין, אשר תשתער על כל תובענה, כולל תביעות שיפוי, מלבד החריג של תביעת השתתפות של המדינה או של הרשות הציבורית על פי סעיף 7ו המוצע...".

בנוסף לכך, מסקנה שלפיה החסינות של עובד הציבור לא חלה במערכת היחסים שבינו לבין הרשות הציבורית, אינה מתיישבת עם תכלית ההסדר. הכרה בזכות בלתי מסויגת של הרשות לתבוע את עובדיה עלולה לגרום להרתעת יתר שהמחוקק ביקש למנוע, ולפגוע באיזון שביקש המחוקק לקדם בין העלויות שראוי להשית על הרשות הציבורית לבין העלויות שראוי להשית על עובד הציבור.

סעיף 7ו לפקודה נועד לתת מענה למקרים שבהם עובד הציבור אמנם לא פעל מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו, ולכן נהנה מהחסינות הקבועה בסעיף 7א(א), אולם לא ראוי, משיקולי צדק או הרתעה יעילה, שהרשות הציבורית תישא בעלויות הנזק שגרם עובד הציבור תוך כדי מילוי תפקידו השלטוני; זאת, כאשר עובד הציבור פעל תוך סטייה חמורה מהתנהגות ראויה של עובד ציבור.

המבחן העומד ביסוד סעיף 7א(א) הוא מבחן סובייקטיבי – ביודעין מתוך כוונה או בשוויון נפש. לעומת זאת, המבחן לפי סעיף 7ו הוא מבחן אובייקטיבי, דהיינו – סטייה חמורה מסטנדרט התנהגות של עובד ציבור. כך, סעיף 7ו(א) נותן מענה לחשש מפני הרתעת חסר של עובדי הציבור כתוצאה מהחסינות שמוקנית להם לפי סעיף 7א לפקודה, בכך שהוא מאפשר לרשות הציבורית לתבוע את עובד הציבור גם כשלהתנהגותו לא נלווה יסוד נפשי של כוונה או שוויון נפש. הסעיף מאפשר למנוע הטלת עלויות על הקופה הציבורית בגין מעשיו של עובד ציבור שפעל באופן חריג וחמור. לצד זאת, יש לעשות שימוש זהיר בסעיף 7ו(א) על מנת שלא נימצא מאיינים את הוראת סעיף 7א(א) ואת תכליתה.

לעניין נטל ההוכחה: כאשר הרשות הציבורית סבורה שעובד הציבור איננו זכאי ליהנות מהחסינות הקבועה בסעיף 7א לפקודה, הנטל הוא על העובד להראות כי תנאי החסינות מתקיימים לגביו. לעומת זאת, אם הרשות מעוניינת לתבוע שיפוי או פיצוי מהעובד לפי סעיף 7ו(א) לפקודה, הנטל עליה להוכיח את התקיימות התנאים שבסעיף זה.

קישור לפסק הדין.

31. רע"א 5695/20 **<u>עיריית נצרת נ' מדינת ישראל – משרד החינוך ואח'</u>**

ההליך עסק בבקשת רשות ערעור בגלגול שלישי בשאלת זהות הגורם שמחובתו לערוך ביטוח תאונות אישיות לתובע, תלמיד תיכון שלמד במוסד חינוך מוכר שאינו רשמי, והמקור לחובה זו. בית משפט השלום קבע כי החובה חלה כלפי כל מי שזכאי לחינוך חינם בהתאם לגיל הקבוע בחוק, מכוח הוראת סעיף 6(ד1) לחוק לימוד חובה, התש"ט-1949. בנסיבות העניין חובה זו חלה לשיטת בית משפט השלום על העירייה מכוח הסעיף הנ"ל; וכן על המוסד החינוכי, מכוח עוולת הרשלנות, מן הטעם שלא יכול היה לצאת ידי חובה ולא לפעול בנסיבות שבהן העירייה לא דאגה לעריכת ביטוח כנדרש; וכן על משרד החינוך, מן הטעם שהיה עליו להפעיל מנגנון פיקוחי כלשהו על מנת לוודא קיומו של כיסוי ביטוחי.

משרד החינוך והמוסד החינוכי הגישו שניהם ערעורים לבית המשפט המחוזי, אשר קיבל את הערעורים, בקבעו אף הוא כי החובה חלה כלפי כל זכאי לחינוך חינם, אך כי החובה חלה על העירייה בלבד. בבקשת רשות הערעור שהגישה העירייה לבית המשפט העליון שינתה המדינה את עמדתה מעט וחידדה אותה (בלשונו של כב' השופט עמית בדיון: עשתה fine-tuning לעמדה). בהתאם לעמדה זו, חובה על העירייה לערוך ביטוח תאונות אישיות לא לכל מי שזכאי לחינוך חינם אלא לכל תלמיד בחינוך הרשמי ולכל תלמיד שחל עליו צו שהוצא מכוח סעיף 6(ג) לחוק. סעיף 6(ג) מורה כי השר רשאי בצו להורות בצו כי מי שלא ניתן להבטיח לימודיו במוסד חינוך רשמי, ילמד במוסד חינוך אחר, ואוצר המדינה יישא בשכר לימודיו במוסד זה. מכוח סעיף זה הוצא צו לימוד חובה (חינוך חינם שלא במוסד חינוך רשמי), התשל"ח-1978, המגדיר, בסעיף 2, את המקרים בהם משרד האוצר יישא בשכר הלימוד של תלמידים הלומדים במוסד חינוך שאינו רשמי, ומכוח צו זה למעשה נושא היום אוצר המדינה בשכר הלימוד של תלמידי תיכון במוסדות לימוד מוכרים שאינם רשמיים, בהיעדרם של מוסדות לימוד רשמיים בשכבת גיל זו.

בית המשפט ציין כי לא נעלמה מעינו העובדה שהעירייה לא הגישה ערעור מטעמה על פסק הדין של בית משפט השלום, ובכך למעשה השלימה עם חיובה לערוך ביטוח תאונות אישיות במקרה דנן, ובמובן זה טענותיה היום ביחס לפרשנות שיש לתת לסעיף 6(ד1) לחוק נתקלות בקושי וספק אם הן מצדיקות דיון בפני ערכאה נוספת, והוא אינו סבור כי יש בכוחה של תקנה 462 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (היום תקנה 146(א)(1) ו-(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018) כדי לסייע בהקשר זה. עם זאת, החליט כן לדון בסוגיה, משהיא חורגת מעניינם הפרטני של הצדדים והדיון בה נדרש לצורך הבהרתה, הן לנוכח שינוי טעמיה של המדינה, הן לנוכח חוסר אחידות בפסיקת בתי משפט השלום בנושא. בית המשפט לא נדרש ליתר טענות העירייה, ובכלל זה טענותיה בנוגע להסכם הפשרה והגדרת המחלוקת שהובאה להכרעת בית משפט השלום, וטענותיה בדבר חובת המוסד החינוכי ומשרד החינוך לוודא קיומו של ביטוח תאונות אישיות ולפקח על המוסד או על העירייה מכוח עוולת הרשלנות ומערכת היחסים שבין הצדדים – טענות שממילא לא ניתן היה לבררן, לנוכח ההסכמה הדיונית בין הצדדים.

בית המשפט מסביר כי סעיף 6(א) לחוק כורך את הזכות לחינוך חינם בלימוד במוסד חינוך רשמי, על פי לשונו ("אלה זכאים לחינוך חינם במוסד חינוך רשמי..."), אך סעיפים 6(ב) ו-6(ג) מרחיבים הוראה זו, ומציינים מקרים נוספים שבהם לפי החלטת השר, התלמיד יהיה זכאי לחינוך חינם. נובע מכך כי חובת רשות החינוך המקומית לערוך ביטוח תאונות אישיות הקבועה בסעיף 6(ד)(1) לחוק מתייחסת הן לתלמידים הלומדים במוסד חינוך רשמי (סעיף 6(א) לחוק) והן למי שנכנס בגדר החריגים שנקבעו לסעיף זה. בית המשפט קיבל את הפרשנות של המדינה, שהוצגה במסגרת התשובה לבר"ע, לסעיף 6(ד)(1) ולפיה אין לפרש את המלים "מי שזכאי לחינוך חינם לפי סעיף זה" באותו סעיף כמתייחסות לכל תלמיד הזכאי לחינוך חינם באופן פוטנציאלי, לפי גילו בלבד ובמנותק ממוסד החינוך שבו הוא לומד, אם בכלל, כפי שנקבע בפסקי הדין קמא ובפסיקת בתי משפט שלום אחרים. בית המשפט ציין כי ניתן להבין את מסקנתן של הערכאות קמא, לנוכח דברי ההסבר לתיקון 21 לחוק ומהפרוטוקולים של ישיבות ועדת החינוך והתרבות בנושא, מהם עולה לכאורה כוונה להחיל את חובת עריכת הביטוח באופן רחב, ולכך יש להוסיף גם את התכלית של חובת הביטוח ומטרתה הסוציאלית, ואת העובדה שממילא התלמידים באמצעות הוריהם נושאים בעלויות הביטוח. עם זאת, החלת חובת עריכת ביטוח תאונות אישיות על כל מי שהוא בגיל הזכאות לחינוך חינם משמעה החלת חובת עריכת הביטוח על כלל מוסדות החינוך, בין אם הם פועלים

כחוק בין אם לאו, ועל כלל התלמידים הפוטנציאליים, בין אם הם לומדים במוסד חינוך כלשהו ובין אם לאו.

בית המשפט ציין עוד כי התוצאה אליה הגיע, המותירה בשולי הדרך תלמידים שאינם מבוטחים, אינה אופטימלית; וכי בפועל, נכון לשנים האחרונות, מבוטחים הלכה למעשה תלמידים רבים נוספים ולא רק תלמידי החינוך הרשמי והתלמידים שחל לגביהם צו לימוד חובה. זאת מאחר שבפוליסת הביטוח לפי סעיף 6(1ד), הגדרת "המבוטח" כוללת בנוסף לרשויות חינוך מקומיות גם "מוסדות חינוך", והגדרת המונח "תלמיד" הורחבה באופן שהיא מאפשרת צירוף של כל מי שחל עליו חוק לימוד חובה. כדברי בית המשפט, מגמה זו ללא ספק היא רצויה ומתבקשת, ביחס לתלמידים בכל שכבות הגיל, לנוכח התוצאה המוקשית של החרגת קבוצות מסוימות של תלמידים מחובת הביטוח הסטטוטורית. בית המשפט הוסיף גם "בזהירות הראויה" כי דומה שחובת הרשות המקומית לערוך ביטוח שתחולתו רחבה מזו של הצו, עולה גם מחוזר מנכ"ל תשס"ג/3(א) מיום 01.11.2002.

קישור לפסק הדין.

32. בש"א 4697/21 **מדינת ישראל נ' פלונית**

בתמצית, מדובר בתאונת אופנוע ים משנת 2008, בו נפגעה קשה המשיבה עקב נפילתה מאופנוע הים במהלך רכיבה. המשיבה הגישה תביעה נזיקית נגד המדינה ונתבעים נוספים (אשר הגיעו עם המשיבה להסדר פשרה בהליך גישור). בית משפט קמא קבע כי המדינה התרשלה בקיום חובותיה כמאסדרת וכי יש להעמיד את שיעור חבותה על 40% מן הנזק הכולל שנגרם למשיבה. כלומר, בית משפט קמא הטיל אחריות על המדינה כרגולטור, בגין אי התקנת תקנות (בעניין זה – חיוב בלבוש מגן בעת רכיבה על אופנוע ים), באופן החורג ממידת האחריות של רשות מנהלית ובעל השלכות רוחב מבחינת התקינה החייבת בישראל בכלל. לאחר מתן פסק הדין, ניתנה החלטה נוספת המורה על הוצאות משפט ונחתמה פסיקתה.

כאמור, ביום 04.07.2021, הגישה המדינה בקשה להארכת מועד למען הזהירות בלבד, שכן את המועד להגשת ערעור על פסק הדין יש למנות מהמועד שבו ניתנה הפסיקתה, שהיא החלטה משלימה לפסק הדין. בית המשפט קבע כי במקרה שבו בית המשפט הורה לצדדים בגדרי פסק דין על השלמת טיעון בשאלת ההוצאות – יש למנות את הימים להגשת ערעור על פסק הדין מיום הינתנו ולא מיום מתן ההחלטה בעניין ההוצאות. ביתר פירוט:

ראשית, נקבע כי יש לסווג החלטה המאוחרת לפסק דין שבמסגרתה הורה בית המשפט על השתת הוצאות משפט לפי מבחן מהותי – האם מדובר בהחלטה הטפלה לנושא המחלוקת שאז מדובר ב"החלטה אחרת" הטעונה רשות ערעור, או שמדובר בהחלטה הנוגעת לעצם החיוב עצמו, שיש לראות בה פסק דין משלים הנתון לערעור בזכות.

שנית, נקבע כי החלטה המורה על הטלת הוצאות משפט או על סכומן בהמשך לפסק דין שניתן בהליך, תסווג כ"פסק דין", שכן היא מהווה רכיב משמעותי מהחיוב. ניתן להשיג על ההחלטה המאוחרת שניתנת בעניין ההוצאות באותה הדרך בה משיגים על פסק הדין העיקרי.

שלישית, בית המשפט נדרש לשאלה מה הזיקה הדיונית בין ההחלטה המאוחרת לבין פסק הדין העיקרי. ההחלטה המאוחרת נבחנת בהתאם לסיווג החלטות שיפוטיות, לפי מבחן סופיות ההליך. נקבע כי מדובר בפסק דין, אשר מנותק מפסק הדין העיקרי.

הרשמת הפנתה לפסק הדין של כב' השׂ' זילברטל בעניין **משרקי** (רע"א 6822/12), ואימצה את האפשרות הראשונה שהובאה, לפיה, מדובר בשני פסקי דין נפרדים הנתונים לערעור בזכות. הראשון – פסק הדין ה"עיקרי" שהכריע בסעדים שנתבעו בהליך, וסיים באופן סופי את הסעדים שהתבקשו, למעט את החיוב בהוצאות; השני – פסק הדין שהכריע בנושא ההוצאות.

פסק הדין בעניין ההוצאות אינו מאריך את המועד להגשת ערעור על פסק הדין ה"עיקרי" בהליך. כך, "פסק דין חלקי" הוא פסק דין לכל דבר ועניין ובכלל זה לעניין המועדים להגשת ערעור עליו.

בענייננו, דחיית המועד להגשת ערעור עד לפסיקת ההוצאות עשויה להביא להתארכות הליכי הערעור ולחוסר ודאות. נדחתה הטענה כי להחלטה בעניין ההוצאות יש השפעה על השיקולים בהגשת הערעור ולכן ישנו היגיון בהמתנה להכרעה בסוגיה זו, מהטעם שלדעת בית המשפט ישנם כלים דיוניים להתגבר על בעיה זו (הארכת מועד להגשת הערעור או בקשה לתיקון הערעור לאחר הגשתו).

במקרים שבהם החלטה בעניין ההוצאות ניתנה לאחר פסק דין "שותק" בשאלת ההוצאות, יהיה בהחלטה המאוחרת כדי להאריך את המועד להגשת ערעור על פסק הדין העיקרי, אך לא אם בית המשפט הורה מפורשות לצדדים להתייחס לשאלת ההוצאות.

לבסוף, נדרש בית המשפט לבקשה למתן הארכת מועד. נקבע כי הבקשה הוגשה לאחר חלוף המועד להגשת הערעור ולא הועלתה טענה מספקת כי ההחלטה בעניין ההוצאות היא שהשפיעה על הגשת הערעור. נקבע כי לא הועלה "טעם מיוחד" המצדיק את הארכת המועד להגשתו של הערעור.

בית המשפט ציין כי חוסר בהירות בדין עשוי להוות "טעם מיוחד" להארכת המועד, ואכן בעניין ההליך דנן, סוגית מניין הימים להגשת הערעור מיום מתן ההחלטה בעניין ההוצאות, לא הוסדרה ולא הייתה פסיקה מחייבת. עם זאת, יש לבחון למול טעם מיוחד זה, בין היתר, את זכויותיהם של בעלי הדין האחרים ומידת הסתמכותם על סופיות ההליך. במקרה דנן, נקבע כי יש להעדיף את אינטרס המשיבה לסיום ההתדיינות בין הצדדים, זאת בייחוד לאור נזקי הגוף הקשים שנגרמו לה, הימשכות ההליך בבית משפט קמא והסבל הרב שנגרם לה. על כן, נדחתה בקשת המדינה להארכת מועד.

ערעור שהוגש מטעם המדינה על החלטת הרשמת התקבל. בפסק הדין המקבל את הערעור נכתב בפסקה 5 כי "החלטת הרשמת בעניין המועד להגשת ערעור על החלטה הקובעת שיעור הוצאות לאחר פסק דין סופי בעניין העיקרי השנוי במחלוקת בין הצדדים עומדת על מכונה. חרף האמור, בענייננו מתקיימים טעמים מיוחדים המצדיקים את הארכת המועד להגשת הערעור. מסקנה זו מבוססת בעיקרה על קביעת הרשמת כי הטעות שנפלה בחישוב המדינה את מניין הימים להגשת הערעור היא טעות סבירה; על כך שחוסר בהירות מובהק בדין עשוי להוות טעם מיוחד להארכת מועד לנקיטת ערעור (וראו לדוגמה: בר"מ 6094/13 **מדהנה נ' המשרד לקליטת עלייה**, פסקה 10 (10.12.2013)); ועל מהות הסוגיה הניצבת במוקד פסק דינו של בית המשפט המחוזי, סיכויי הערעור הלכאוריים הלא מבוטלים והאינטרס הציבורי שבבירורו".

מדינת ישראל
משרד המשפטים
פרקליטות המדינה - המחלקה האזרחית

קישור לפסק הדין.

ה.1. קצין תגמולים:

33. רע"א 2858/21 **מדינת ישראל - קצין התגמולים נ' פלונית ואח'**

נקבע כי אין לקצין התגמולים סמכות לשלול זכאות מבני משפחה של חייל מנוח בשל התנהגות רעה חמורה שאינה של החייל עצמו, לא מכוח הסמכה בחוק ולא מכוח העיקרון של "הרצחת וגם ירשת".

כב' השופטת ברק-ארז פסקה, כי חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התש"י-1950 "הוא ברור ביותר בכל הנוגע להגדרת מי שהם זכאים ומי שאינם זכאים על פיו. אין מדובר בחוק הקובע עקרונות כלליים הנתונים לפרשנות, אלא מארג מפורט של כללים, פרטים וסייגים". עוד ציינה, כי הליך זה "מבוסס כל כולו על מושכלות יסוד שעניינן גבולות הסמכות ושלטון החוק. קצין התגמולים קיבל את החלטתו המקורית בנושא ללא הסמכה ברורה בדין, ואף ללא הנמקה. זאת אין להלום".

נקבע, כי יישומו הפשוט של עקרון חוקיות המינהל, שהוא עיקרון יסוד במשפטנו, מוביל במקרה דנן למסקנה כי לקצין התגמולים אין סמכות לשלול זכאות לתגמולים ממי שמוגדר לפי החוק "בן משפחה" של חייל שנספה", וזאת על בסיס שיקול דעת שאין לו תימוכין בחוק. הזכאות לתגמולים לפי חוק המשפחות היא זכאות סטטוטורית בעל תנאים מוגדרים. החוק קובע מנגנון פשוט וברור, הוא אינו קובע תנאים שעניינם הזכאים לתגמולים מעבר להתקיימות התנאי הפורמלי של "בן משפחה" שהגדרתו מופיעה בסעיף ההגדרות, ולמעשה, החוק אינו כולל בהוראותיו כל תנאי הנוגע להורים השכולים עצמם – לא בעניין "טכני" כגון שיעור הכנסתם או מצבם המשפחתי, ואף לא בעניינים "מהותיים" ובכלל זה טיב הקשר בינם לבין הנספה. על רקע זה, שלילת תגמולים על פי שיקול דעתו של קצין התגמולים תוך בחינה מהותית של טיב הקשר בין הנספה להוריו סותרת את לשון החוק באופן חזיתי, ולפיכך היא נעדרת כל סמכות.

השופטת קבעה שאין כל מקום להקניית סמכות שבשיקול דעת המאפשרת לשלול תגמולים מבני משפחה בהתבסס על סעיף 16 לחוק, שעניינו חריג ההתנהגות הרעה. מדובר בחריג שממוקד בהתנהגות "רעה חמורה" של החייל עצמו, ולשון החוק לא יכולה להיות יותר ברורה לעניין זה. השופטת הזכירה שהחוק עבר תיקונים רבים מאוד לאורך השנים, ביניהם רבים הנוגעים לזכאות ההורים השכולים, וניתן להניח שאם המחוקק היה מעוניין לשלול תגמולים בנסיבות הנוגעות להתנהגות רעה חמורה של ההורים, היה עושה זאת במפורש, כפי שקבע חריגים מפורשים אחרים לזכאות לתגמולים. אימוץ פרשנות שיפוטית לפיה ניתן לשלול תגמולים גם מהוריו של נספה בשל התנהגות רעה חמורה שלהם הוא מהלך מרחיק לכת, בהתחשב בנקודת המוצא של לשון החוק.

השופטת הוסיפה עוד כי הדברים אמורים גם בשים לב לתכליתו ולטיבו של חוק המשפחות. ככל, חוקי התגמולים הם חוקים סוציאליים מובהקים, המכירים בצורך של משפחה שכולה לקבל תמיכה כספית ואחרת, וגם מי שלא היו הורים טובים בחייהם כלפי המנוח עשויים להיות מי שחייהם נקלעו לקושי עמוק לאחר לכתו. בנוסף הוזכר החשש מתהליך של בחינת כליות ולב של משפחות שכולות לאחר לכתו של יקירם, מה ש"עלול לעורר תהליכים לא בריאים ולזרות ריב ומדון במקום שבו נדרשת נחמה", ומעבר לכך, קצין התגמולים לא הוסמך או הוכשר לכך. לדבריה, עמדתו של קצין התגמולים היא כי יש מקום לאפשר

לו להכריע בעניין זה ללא אמות מידה של ממש, אלא על פי שיקול דעת רחב המותאם לנסיבותיו של כל מקרה, מבלי שברור באיזה אופן ייושם בפועל וכיצד ישורטטו גבולותיו, ולפיכך עמדתו של קצין התגמולים מייצגת פרשנות רחבה מדי, שיש בה פוטנציאל פגיעה משמעותי במשפחות שכולות. השופטת העלתה שאלה מה ביחס לזכאותם של קרובים אחרים של המנוח, ובעיקר בני זוג וילדים, וציינה שהחוק כפי שניסח אותו המחוקק לא נועד לעסוק בשאלות מסוג זה.

השופטת קבעה שאין לקבל גם את טענת "הרצחת וגם ירשת", אף שהיא שובת לב במבט ראשון. השופטת הפנתה להבחנות חשובות בין סעיף 5 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, בו עוגן העיקרון, לבין הסוגיה דנן. ראשית, שלילת הירושה נעשית רק בנסיבות שבהן קיימת הרשעה בפלילים בגין רצח או ניסיון רצח. לכך חשיבות כפולה לעניין דנן: ראשית, המשיבים לא עמדו לדין בגין מעשיהם הנטענים כלפי המנוח ואחיו (ללא נקיטת עמדה מהותית בעניין); שנית, אף לו הועמדו לדין, לא היה זה בגין עבירות של רצח או ניסיון לרצח. מבלי להקל ראש בחוות דעת המומחה אשר הצביעה על קשר ממשי בין התאבדות המנוח לבין נסיבות חייו והמעשים המיוחסים למשיבים, קרע רגשי ומערכת יחסים עכורה בין הצדדים אינם משמשים בסיס מספיק לשלילת זכויות, כפי שאין בהם די אף בדיני הירושה עצמם. החלת ס' 5 לחוק הירושה בנסיבות המקרה לא היתה מובילה לשלילת ירושה, והתקדימים שהוזכרו בפסק דין ועדת הערעורים מובחנים מהעניין דנן בהיבטים שונים, בין השאר בכך שבמקרה דנן אף לא התנהל כל הליך פלילי נגד המשיבים או בכך שכולם התבססו על מקור חוקי לשלילת פירות העוולה של המעוול.

השופטת הבחינה את המקרה דנן מזה של חלוקת רכוש בין בני זוג לאחר שבן הזוג נקט אלימות חמורה נגד בת הזוג ואף הורשע בניסיון לרצוח אותה, ונגזר עליו עונש מאסר ממושך. פסק הדין באותו עניין התבסס לא על העיקרון של "הרצחת וגם ירשת" אלא על העקרונות הפנימיים של חוק יחסי ממון, התשל"ג-1973 ובפרט המנגנון הקבוע בסעיף 8 לו, המקנה לבית המשפט סמכות בשיקול דעת, בהתקיים "נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת", לקבוע חריגים לכלל של חלוקה שוויונית בנכסים. השופטת הדגישה כי גם במקרה זה עמדה ברקע הדברים הרשעה בפלילים בניסיון רצח.

השופטת ציינה שעל אף אי קבלת עמדת קצין התגמולים לגופה, בדיעבד נודע ערך להגשה הבקשה, "על מנת להציף את השאלה האם חוק משפחות חיילים מאפשר שלילת תגמולים מהורים שכולים בנסיבות קיצוניות". השופטת הזכירה כי מוות בשירות "סותם את הגולל על האפשרות לתיקון וריפוי של מערכות יחסים משפחתיות קשות, ואף זה שיקול שלא ניתן להסיר מן הפרק". המחוקק לא הסמיך את קצין התגמולים לבחון מערכות יחסים משפחתיות, וממילא לא ניתנה לו סמכות לשלול תגמולים מהוריו של מי שנפטר במהלך שירותו הצבאי. השופטת ציינה כי עשויים להיות מקרים שבהם "המזור לתחושת חוסר הצדק שבלבם של אחיו של המנוח יימצא במישור משפטי אחר, מחוץ לדיני התגמולים", במסגרת עילה בנזיקין.

"בשולי הדברים, גם אם לא בשולי חשיבותם", השופטת הוסיפה הערה לעניין הקשר הסיבתי בין השירות הצבאי למות החייל, אף שהדברים לא נדרשו להכרעה. השופטת נטתה לנקיטת גישה מחמירה יותר בכל הנוגע לאפשרות של סתירתה של חזקת הגרימה הקבועה בסעיף 2ב לחוק המשפחות בנסיבות של התאבדות. כדבריה, במקרה הרגיל, התאבדותו של חייל במהלך השירות הצבאי לא תופיע בחלל ריק, וזאת למעט במקרים שבהם היא נגרמת עקב אירוע קשה וטראומטי במיוחד שקרה במהלך השירות הצבאי.

ככלל, ניתן להניח כי במקרים רבים של התאבדויות בצבא, חיילים נוטלים את חייהם עקב אירוע הפועל כ"טריגר" שמעורר קשיים נפשיים קודמים שעמם הגיעו לשירות או נשען עליהם. התבססות על כך לשם ניתוק הקשר הסיבתי תוביל לאפשרות לשלול תגמולים מכוח חוק המשפחות במקרים רבים של התאבדות בשירות, תוצאה שלטעמה אינה רצויה ומנוגדת לתכליותיו הסוציאליות והמוסריות של החוק.

השופט הנדל הסכים כי דין הבקשה להידחות, מאחר שהמדינה הסכימה לחזור בה מהבקשה, "ולנוכח הבסיס המשפטי האיתן לתוצאה זו, שעה שלא מעוגנת בדין כל אפשרות לשלול מהמשיבים את זכאותם לתגמולים". לטעמו די בכך. השופט אלרון הסכים כי דין הבקשה להידחות, משהמדינה חזרה מהבקשה.

קישור לפסק הדין.

34. רע"א 825/22 **קצין התגמולים באגף השיקום, משרד הביטחון – מדינת ישראל נ' פלוני**

פסק הדין קיבל בדעת רוב, את הבר"ע שהגישה המדינה על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בירושלים, אשר קיבל בקצרה וללא הנמקה ערעור על החלטת ועדת הערעורים. בית המשפט העליון קבע שפסק הדין המחוזי הוא לא רק בלתי מנומק אלא גם שגוי, וכי התיישנה פנייתו של המשיב להכרה ב-PTSD נטען מניתוח שעבר למעלה מעשרים שנה קודם לכן, ושבגינו הוא מוכר אצל קצין תגמולים בנכויות אחרות.

כב' השופט שטיין ציין כי הסדר ההתיישנות שבס' 32 לחוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], התשי"ח-1958 הוא הסדר מיוחד וממצה, הדוחה מפניו את הסדר ההתיישנות הכללי שבחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958. ס' 32א לחוק הנכים מקנה לקצין התגמולים סמכות להאריך את המועד להגשת תביעות להכרה בזכות אם הוא סבור שמן הצדק לעשות כן, בהתקיימם של ארבעה תנאים מצטברים שנקבעו בסעיף. בית המשפט העליון, ובעקבותיו קצין התגמולים, מפרשים את ס' 32א בהרחבה כדי להימנע ככל שניתן מחסימת תביעות הכרה מוצדקות של נכי צה"ל. כך למשל הורחב המונח "חבלה רשומה" שבס' 32א לתביעות שמקורן ב"מחלה" או "החמרת מחלה" ובכלל זה "הלם נפשי", וכן נקבע כי אין מניעה, בהיעדר תיעוד לאירוע החבלה הנטען, כי תוכן הרישום או עצם קיומו יוכח בראיות משניות. במקרה דנן, על אף הפרשנות הרחבה שיש לתת לסעיף, לא מתקיימים 3 מתוך 4 התנאים המצטברים של הסעיף ולכן בדין קבע קצין התגמולים, ואחריו ועדת הערעורים, כי התביעה להכרה התיישנה ללא תקנה.

כב' השופט שוחט, בדעת מיעוט, סבר כי לאור הפרשנות המרחיבה לס' 32א ניתן לצפות כי קצין התגמולים לא ייעשה שימוש נרחב בטענת ההתיישנות כעילה לדחיית בקשה להכרה על הסף, ובמיוחד ביחס לשלושת התנאים שעניינם הקשיים שההשהיה בהגשת הבקשה להכרה עלולה ליצור. קשיים אלה טעונים ליבון עובדתי ושיש לאפשר לנכה להתמודד עמם ולא להשתמש בהם כנימוק לדחייה על הסף. השופט שוחט סבר כי המונח "חבלה" שבס' 32א בא לתאר את הנזק או הליקוי שנגרמו ולא את הפעולה או האירוע שגרמו אותו. ככל שהחבלה היא הפרוצדורה הרפואית והכשלים שנפלו בה, התיעוד הרפואי שקיים הופך אותה לחבלה רשומה, והנכות שמבוקש להכיר בה היא הפוסט טראומה ואין למנוע מהמשיב את יומו להוכיח אותה.

כב' השופט סולברג הצטרף לעמדתו של כב' השופט שטיין והעיר כי כדי לעמוד בתנאי של קיומה של "חבלה רשומה", אין צורך ברישומו של האירוע שגרם לחבלה. כל שנדרש הוא להוכיח את רישומה של אותה

"תוצאה מזיקה שנגרמה", אף שאין זה מן הנמנע כי ברישום זה לא ייפקד גם זכרו של האירוע שגרם לחבלה. לא רישום האירוע הוא העיקר, אלא רישום, סמוך למועד הרישום, של התוצאה המזיקה שנגרמה מחמתו. בעניין דנן, היה נדרש רישום סמוך למועד הניתוח של חיווי כלשהו להפרעה נפשית. כדברי השופט סולברג, "אירוע" אחד יכול לגרום לשתי חבלות שונות, חבלה פיזית ו'חבלה' נפשית, ולכן אין די ברישום של חבלה פיזית כזו או אחרת על מנת לעמוד בתנאי שבס' 32א(1), אף אם שתי ה'חבלות' נגרמו כתוצאה מאותו אירוע ממש. נדרש רישום של אותה 'חבלה' שבגינה נתבעים התגמולים. מנימוקים דומים, אין להגדיר את התסמינים הפוסט-טראומטיים כ'נכות' עצמה, אלא כ'חבלה' שתוצאתה היא הנכות, בדומה לכל חבלה פיזית אחרת. השופט סולברג הסתייג מעמדתו של השופט שוחט, לפיה דרך המלך היא בירור פניית מבקש התגמול לגופה תוך שמירת טענת ההתיישנות של קצין התגמולים לאחר בחינת מכלול הטענות. כל עוד לא עבר מבקש התגמול את מחסום ההתיישנות אין מקום לבירור פנייתו לגופה.

קישור לפסק הדין.

35. רע"א 2434/22 **פלוני נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון – אגף השיקום**

פסק דינו של בית המשפט העליון, עסק בדרישת משרד הביטחון לתשלום מנכה בגין צילום מסמכים מתיק הוועדה רפואית העליונה, לפי תעריפון משרד הבריאות (בהתאם לתקנות שהותקנו מכוח חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996).

כב' השופט שטיין, שכתב את פסק הדין העיקרי, קבע כי משרד הביטחון הוא שחייב לשאת בעלות הצילום או העתקה דיגיטלית של המסמכים, ולא נכה צה"ל, מן הטעמים שלהלן:

הוועדה הרפואית העליונה היא גוף מעין שיפוטי והמסמכים שבתיקה מהווים חלק מההליך המעין שיפוטי של הוועדה, ועל כן דינם כדין פרוטוקול מוצגים המוגשים בהתדיינות בפני בית משפט. לפיכך אין להשוות את מעמדם של המסמכים הללו לרשומה רפואית שאדם זכאי לקבלה מקופ"ח או ממוסד רפואי. חוק זכויות החולה, התקנות והתעריפון שנקבעו מכוחם, אינם נוגעים לענייננו. העובדה שבחלק מהמקרים ואפילו ברובם יכול הנכה להשיג עותקים מהמסמכים בקלות יחסית בדרך של פנייה לקופת חולים או למוסד רפואי אחר, אינה מעלה ואינה מורידה. זאת, משום שהנכה זכאי לראות את המסמכים הרפואיים כפי שאלו נפרשים לנגד עיני הוועדה, ואף באותו סדר שבו הוועדה בוחנת אותם. הסיבה לכך נעוצה בצורך ליצור מצב שבו הנכה יוכל לגבש עמדה מושכלת וטיעון סדור ביחס למסמכים הרפואיים הנשקלים על ידי הוועדה, בין בעצמו ובין באמצעות בא כוחו או מומחה מטעמו; יכולת זו היא מעיקרי הצדק הטבעי, ועליה לא ניתן להתפשר.

השופט מציין כי המשבצת המשפטית בה אנו מצויים היא הוראת אגף השיקום מס' 30.01, המקנה לנכה צה"ל את הזכות לעיין בכל המסמכים הרפואיים שבפני הוועדה. זכות עיון זו, שממילא היתה קמה לנכה באופן עצמאי מכוחם של כללי הצדק הטבעי, מחייבת את משרד הביטחון לעזור לנכה צה"ל ולהקל על מימושה של זכות זו על ידי העתקת המסמכים על חשבון המשרד ומסירתם לנכה או, לחלופין, על ידי סריקת המסמכים לקובץ דיגיטלי ומסירתו לנכה חינם-אין-כסף. כדבריו, פירוש רחב זה של זכות העיון נגזר מכמה טעמים שבדין:

טעם ראשון הוא תכליתו הסוציאלית והשיקומית של חוק הנכים, אשר נועד לקדם את רווחתם של נכי צה"ל ולעזור להם למצות את זכויותיהם מבלי להקשות על חיי הנכה, אשר נאלץ להתמודד עם מגבלות הגוף ומועקות הנפש כמעשה שביומיום;

טעם שני הוא טעם כלכלי: משרד הביטחון הוא הגורם הזול ביותר שבאמצעותו יכול הנכה לממש את זכות העיון שלו ולקבל לידיו את מסמכי הוועדה. הדעת נותנת שכל חבר וחברה בוועדה רפואית עליונה מקבל/ת לידיו ולידיה את המסמכים הרפואיים בעניינו של הנכה. במסגרת זו, מי שמכין את תיק המסמכים עבור חברי הוועדה יכול להכין, במסגרת אותה משימה ממש, וללא קושי ממשי, תיק מסמכים נוסף אשר יועבר לנכה או בא כוחו. הכנתו של תיק מסמכים כאמור כקובץ דיגיטלי, אשר ישמש את חברי הוועדה ואת הנכה יחדיו, כלל אינה כרוכה במאמץ נוסף או בעלות נוספת. לנכה צה"ל, הכנת תיק מסמכים כאמור על ידי צילומו או סריקתו של תיק הוועדה מן הסתם תעלה יותר. הכנת תיק מסמכים כקובץ דיגיטלי מטעם הוועדה תשרת מטרה חשובה נוספת: שמירת התיעוד הרפואי אשר נוגע לעניינו של הנכה למשך תקופה ארוכה, שמירה הנדרשת מכוח הכלל המשפטי הרואה בתיקו של נכה צה"ל "תיק פתוח", במובן זה שהנכה וקציו תגמולים רשאים לפנות לוועדה מעת לעת ולדרוש ממנה לבדוק את שיעור נכותו של הנכה מחדש בהתקיים סיבה לכך. הדרך הטובה ביותר לשמור על התיעוד היא סריקת מסמכיו הרפואיים לתוך קובץ דיגיטלי אשר יישמר אצל הוועדה או אצל גורם מוסמך אחר במשרד הביטחון. קובץ זה ניתן להעביר לנכה ולבאי כוחו באמצעות דואר אלקטרוני או אמצעי ממוחשב אחר ללא עלות משמעותית. "בהקשר זה, סבורני כי הגיעה העת שאותו "תיק פתוח" יעבור להתנהל במתכונת דיגיטלית – כזאת אשר תאפשר לכלל נכי צה"ל גישה ממוחשבת ונוחה לכלל המסמכים והתיעוד הרפואי המצוי בתיקיהם";

טעם שלישי הוא ש"השכל הישר" מוביל למסקנה כי מי שמכין את תיק המסמכים הרפואיים בנוגע לנכה צה"ל לחברי הוועדה הרפואית העליונה יעביר עותק ממנו לנכה, בין כעותק קשיח ובין כקובץ דיגיטלי, כדי לממש את זכות העיון של הנכה באופן מיטבי ומבלי להקשות עליו יתר על המידה.

בסוף דבריו ציין השופט שטיין כי הגורם שאמור לספק את התיק לנכה או בא כוחו הוא הוועדה הרפואית או כל גורם אחר במשרד הביטחון; החובה אינה רובצת על כתפו של קצין התגמולים, שהוא בעצמו צד להתדיינות בפני הוועדה.

השופט אלרון הסכים עם פסק דינו של השופט שטיין.

השופטת וילנר הסכימה עם התוצאה וציינה כי לדידה, התוצאה מתבקשת לנוכח הוראת אגף שיקום 30.01, הקובעת: "הנכה יוזמן לוועדה המסכמת, ואם לא יופיע בפניה, רשאית הוועדה לסכם מסקנותיה בלעדיו ועל סמך החומר הקיים. בכל מקרה, יהיה הנכה רשאי לקבל את החומר הנוסף [...]" כדבריה, כנגד זכותו של הנכה לקבל את החומר, עומדת החובה של הוועדה למסור לו את החומר. ההוראה אינה מתנה את החובה בתשלום כלשהו מצד הנכה. על כן, נדמה כי אין מקום לדרישת תשלום מצד הוועדה כנגד מילוי חובתה למסור את המסמכים המבוקשים, במיוחד בשים לב לתכלית הסוציאלית והשיקומית של ההוראה; "בכך שונה הוראה זו מהוראות דין אחרות שמעניקות אך זכות עיון או העתקה של חומרים (להבדיל מהזכות לקבל את החומרים), אשר לגביהן נקבע כי ניתן להטיל את עלויות ההעתקה על הזכאי להעתיק". השופטת הפנתה לסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, לספרו של השופט עמית על חסינות ואינטרסים מוגנים – הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי 256-254, ולתקנה

59 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, במסגרתה נמצא לקבוע באופן מפורש את החובה לשאת בתשלום כתנאי לעיון במסמכים.

השופטת הוסיפה עוד, מעבר לנדרש ומבלי לקבוע מסמרות, כי בנסיבות הקונקרטיות של המקרה דנן, ובהן מצבו הרפואי של המבקש, שיעור נכותו וטיבה, אין מקום לחייבו לשאת בעלות מסירת המסמכים מטעמים של צדק; השופטת הפנתה שוב לספרו של עמית ולעמדתו לפיה לבית המשפט שדן בהליך הפלילי יש שיקול דעת לקבוע מי יישא בעלות מסירת חומרים המצויים אצל התביעה לידי הנאשם, כאשר בית המשפט סבור שהדבר דרוש מטעמי צדק ומכוח ס' 3 לחוק סדר הדין הפלילי. השופטת סברה כי דברים אלה יפים בשינויים המחויבים גם לענייננו, ובמידה רבה על דרך של קל וחומר.

[קישור לפסק הדין.]

36. רע"א 7796/20 **<u>פלוני נ' משרד הביטחון</u>**

כב' השופט הנדל סיכם וקבע כי הדרך לבחינת קשר סיבתי בין שירותו הצבאי של חייל לבין מחלה קונסטיטוציונלית מתחילה בבחינה "נקייה" ועובדתית של השאלה האם השירות הצבאי, בשל תנאיו הכלליים או אירוע מסוים בו, גרם להתפרצות מחלה. בחינה זו נעשית על סמך חוות הדעת של רופאים מומחים, לצד עדויות וחומרים עובדתיים רלוונטיים נוספים. ככל ששאלת הקשר הסיבתי העובדתי-הרפואי מוכרעת לטובת החייל, יש להמשיך ולבחון התקיימותו של קשר סיבתי משפטי הדרוש במקרים כאלו, על-פי המבחנים המיועדים להוכחת קשר זה בנוגע למחלה קונסטיטוציונלית. באשר ליסוד האובייקטיבי של הקשר הסיבתי המשפטי, המבחנים הם שונים בכל אחד משלושת סוגי המקרים שהותוו בהלכת **אביאן**, ולכן נדרש ראשית לסווג את המקרה הנדון ולקבוע לאיזו משלוש קבוצות המקרים הוא משתייך. בהתאם לסיווג זה ולמבחן הרלוונטי – יש לקבוע האם התקיים היסוד האובייקטיבי של הקשר הסיבתי המשפטי. כאשר חוברים להם יחדיו הקשר הסיבתי העובדתי והקשר הסיבתי המשפטי על שני יסודותיו – המסקנה היא כי יש להכיר בחייל כנכה לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום), התשי"ט-1959 [נוסח משולב].

כב' השופט הנדל ציין כי הקשר הסיבתי בין שירותו הצבאי של החייל לבין מחלתו מעורר אתגר מיוחד עת עסקינן במחלות קונסטיטוציונליות – מחלות המקננות רדומות בגופו של אדם מראשית חייו ולא באות לעולם "יש מאין" בשלב מאוחר יותר של חייו, כגון סכיזופרניה, בה לקה המבקש בתיק זה. מאחר שמחלות אלו, מעצם טיבן וטבען, היו יכולות להתפרץ גם לולא שירת החייל בצבא, יש קושי לקבוע קשר סיבתי בין השירות הצבאי לבין התפרצותן, גם כאשר ההתפרצות מתרחשת בזמן השירות.

הדרך לבחינת קיומו של קשר סיבתי בין השירות הצבאי לבין מחלה קונסטיטוציונלית מתחילה בקשר הסיבתי העובדתי – שעניינו בחוות דעתם של רופאים מומחים הקושרים מבחינה עובדתית בין אירוע או רצף אירועים מסוים לבין פרוץ המחלה. אולם היא לא מסתיימת שם אלא היא ממשיכה בקשר הסיבתי המשפטי. השופט מדגיש כי הקשר הסיבתי המשפטי מהווה מסננת חשובה עבור הקשר הסיבתי העובדתי. מבחניו ויסודותיו של הקשר הסיבתי המשפטי מגלמים שיקולים מעשיים וערכיים ומגבשים משוכה נוספת שעל החייל לעבור כדי לזכות בהכרה בנכותו. חשיבותה של המסננת הנורמטיבית שיוצר הקשר הסיבתי המשפטי נעוצה בהלכה כי ככל שמתקיים קשר סיבתי בין השירות הצבאי לבין התפרצותה של מחלה קונסטיטוציונלית, רואים את המחלה כאילו נגרמה במלואה עקב השירות. כך, הגם שהחייל החל את

השירות כאשר הוא נושא את המחלה בגופו באופן רדום, והיא הייתה יכולה להתפרץ לולא שירת החייל בצבא. כפי שצוין בעניין אביאן, הלכה זו "מטה את הכף בחוזקה לטובתו של החייל", ועל כן היא מחייבת כי כאשר עסקינן במחלה קונסטיטוציונלית, "לעניין סינון הקשר הסיבתי-המשפטי מתוך הקשר הסיבתי-העובדתי... נהיה בררנים יותר".

לקשר הסיבתי המשפטי יש שני יסודות – יסוד סובייקטיבי ויסוד אובייקטיבי. היסוד הסובייקטיבי בוחן את הפגיעה מנקודת מבטו של החייל, מתוך הכרה בכך שעל הצבא לקבלו כמות שהוא, על חולשותיו ורגישויותיו (עקרון ה"גולגולת הדקה"). היסוד האובייקטיבי מתמקד בטיב הקשר בין השירות הצבאי לבין התפרצות המחלה. עניינו בדרישה למידה מסוימת של הדיקוּת, עוצמה וייחודיות בקשר בין השירות הצבאי לבין התפרצות המחלה; "על התובע להצביע על אירוע או 'מצב' חוצה-לו – אירוע או 'מצב' 'אובייקטיביים' – שהיוו לטענתו גורם לפריצת המחלה". היסוד האובייקטיבי יכול להתקיים במגוון רחב של מקרים, שמטבע הדברים לא ניתן לחזות את כולם; ועם זאת, יש חשיבות בתחימתו ובהגדרתו. לצורך זה הותוו בעניין אביאן, בהתבסס על המגמה הפסיקתית שקדמה לו, שלושה סוגי מקרים אשר יכולים לגבש את היסוד האובייקטיבי של הקשר הסיבתי המשפטי:

מקרים שבהם המחלה התפרצה בעקבות אירוע בודד, או רצף אירועים, שהם ייחודיים באופן מובהק לשירות הצבאי – כגון קרב, סדרת אימונים או שירות או פעילות במקום חריג ורווי-מתח. ביחס למקרים אלו, ניתן לומר שהשירות הצבאי הוא דבר המדבר בעד עצמו להוכחת הקשר הסיבתי.

מקרים שבהם המחלה התפרצה בעקבות אירוע או רצף אירועים שאינם בהכרח ייחודיים לשירות הצבאי, אולם הם חריגים או יוצאי-דופן, והם אירעו לחייל במהלך שירותו ובקשר עם שירותו. בניגוד לסוג המקרים הראשון, אין עסקינן באירוע צבאי מובהק; אולם יש צורך להצביע על אירוע חריג מסוים (או סדרת אירועים מובחנת), שהתרחש במהלך השירות ושאינו טריוויאלי ואינו עניין של יומיום, והוביל לפרוץ המחלה. החריגות נבחנת ביחס לשגרת השירות של החייל המסוים, ועל כן אין הכרח כי האירוע יהיה ייחודי ביחס לחיים הצבאיים בכלל.

הסוג השלישי של המקרים אשר יכולים להקים קשר סיבתי משפטי בין השירות הצבאי לבין התפרצות מחלה קונסטיטוציונלית, שם את הדגש על החוויה הצבאית במובנה הרחב. כפי שפורט בעניין **פלוני** (4949/18 **פלוני נ' משרד הביטחון – קציו תגמולים** (נבו 12.05.2020), מדובר במקרים שבהם "...עצם השירות הצבאי, על הלחצים, הפחדים והמתחים המיוחדים הכרוכים בו, יצר בנפשו של החייל מצב דחק חריג וקיצוני... כך אף אם אין מדובר בחוויה צבאית קרבית או מלחמתית, שמאפייניה הם צבאיים באופן הברור ביותר, כפי שצוין ביחס לסוג המקרים הראשון; וכך גם אם לא התרחש אירוע או מספר אירועים נקודתיים וחריגים ביחס לשגרת השירות של החייל המסוים, כפי שנדרש בסוג המקרים השני." (עניין **פלוני**, פס' 9).

ביחס לסוג מקרים זה נדרש שהקשר בין השירות הצבאי לבין התפרצות המחלה לא יהיה רופף אלא קונקרטי, ובעל מידה מסוימת של הדיקוּת ושל עוצמה; וכי הפחדים, הלחצים והמתחים אשר הובילו להתפרצות המחלה צריכים להיות קשורים לשירות הצבאי של החייל המסוים. "על החייל התובע תגמולים לשכנע בטענתו כי חיי הצבא – באשר חיי צבא הם – ... הם שהביאו לפריצתה של המחלה" (**אביאן**, פס' 38). עבור סוג המקרים השלישי נקבע מבחן עזר: השוואה בין חיי הצבא והחיים האזרחיים. מטרתו לשלול קשר

סיבתי ממקרים שבהם המחלה הקונסטיטוציונלית הייתה בכל מקרה פורצת אצל החייל כפי שהתפרצה, אף לולא שירת בצבא. ברם, אין מדובר במבחן בלעדי או מכריע (**אביאן**, פס' 39 ; עניין **פלוני**, פס' 9). מכאן, שעל-אף שבסוג המקרים השלישי אנו מתרחקים מליבת השירות הצבאי ומאפייניו, באופן שיש בו כדי להחליש את עוצמתו ומובהקותו של הקשר הסיבתי, אין בכך כדי לשלול את האפשרות שבפועל יהיו מקרים אשר ישתייכו אליו ויקימו קשר סיבתי משפטי-אובייקטיבי (עניין **פלוני**, פס' 9).

בניגוד לסוג המקרים הראשון, בסוג המקרים השלישי אין צורך להוכיח כי השירות הצבאי לווה באירוע צבאי מובהק כגון קרב, פעולה מלחמתית, שירות במקום רווי-מתח או סדרת אימונים אינטנסיבית. כמו כן, בניגוד לסוג המקרים השני, בסוג המקרים השלישי איננו נדרשים להצביע על אירוע חריג מסוים ומובחן שאירע לחייל במהלך שירותו. סוג המקרים השלישי עניינו בחוויה הצבאית במובנה הרחב ועל מנת להשתייך אליו אין דרישה לחריגות או מיוחדות בתנאי השירות.

התווייתם של שלושה סוגי מקרים אלו נועדה להקנות אמות מידה להפעלת שיקול דעתו של בית המשפט בפירושו את דרישת ה"עקב" בחוק הנכים, אולם שיקול דעתו רחב הוא (**אביאן**, פס' 40). אמת מידה נוספת אשר לאורה יופעל שיקול דעת זה היא תכליתו של החוק. חוק הנכים הוא חוק סוציאלי אשר נועד להיטיב עם נכי צה"ל ולהכיר בתרומתם לחברה, ובשל כך יש לפרשו באופן ליברלי וברוחב לב, ולא ביד קמוצה.

שירותו הצבאי של המבקש דנן היה מורכב מתקופות שונות בתנאי שירות שונים. הוא החל בתקופה של כחודש וחצי של טירונות קרבית ; עבר בתקופה של כחודש וחצי של שירות בפלחי"ק גולני ; והמשיך לתקופה של כעשרה חודשים כ"עובד כללי", תפקיד לגביו העיד מפקדו של המבקש כי היה כרוך בעבודה קשה. בשתי התקופות הראשונות היה המבקש בבסיס סגור. בתקופה הראשונה היה המבקש בטירונות קרבית, על כל המשתמע מכך. התנאים היו אינטנסיביים ורוויי לחץ – לחץ הייחודי לצבא. ביחס לטירונות צבאית נקבע בפסיקה כי "בשל ייחודה [היא] עולה בקנה אחד עם המאפיינים של היסוד האובייקטיבי, כפי שהותוו בפרשת אביאן" (רע"א 1318/09 **קצין התגמולים נ' פלונית**, פס' 10 (נבו, 15.09.2009)) ; דברים אלו שנכתבו ביחס לטירונות "בסיסית" (המכונה כלל-צה"לית) יפים מקל וחומר ביחס לטירונות קרבית. ודוקו : העובדה כי המבקש היה בטירונות הקרבית במשך תקופה קצרה באופן יחסי אינה מחלישה את הקשר הסיבתי בין שירותו הצבאי של המבקש לבין מחלתו אלא היא אף מבליטה אותו, במובן שהיא מצדיקה ביתר שאת לראות את הקשר ביניהם כקשר של גרימה ולא של החמרה. עם זאת, לא די בעצם קיומו של שירות קרבי קצר כדי להעביר לכתפי המשיב את הנטל לשלול קיומו של קשר סיבתי בינו לבין המחלה. הנטל להוכיח את הקשר הסיבתי רובץ על כתפי החייל.

בשתי תקופות השירות שלאחר הטירונות כלל תפקידו של המבקש עבודה פיזית מאומצת שכללה תיקון נגמ"שים, פריקת ציוד, הקמת אוהלים וסידור מחסנים. המבקש סבל ממחסור בשעות שינה ובאוכל, ומתנאי מזג אוויר לא נוחים. עולה כי השירות הצבאי של המבקש בכללותו אופיין בעבודה פיזית קשה, בתנאים פיזיים מאתגרים ובמשמעת צבאית קפדנית אשר יצרה אווירה רוויית מתח. בנוסף, נגד המבקש ננקטו הליכים משמעתיים רבים. הוא ריצה ארבע תקופות כליאה. אמנם, על-פי ההלכה שנפסקה בדעת רוב, השהות בכלא צבאי כשלעצמה, כאירוע בודד, אינה יכולה להוות לבדה הגורם האובייקטיבי בגיבוש הקשר הסיבתי המשפטי בין השירות הצבאי לבין מחלתו של חייל (רע"א 214/13 **פלוני נ' קצין התגמולים** (נבו, 23.10.2013)) ; ברם, שונה המצב כאשר השהות בכלא מהווה רק חלק – ולא המרכזי – מתמונה כללית,

ועומדת לצד נתונים נוספים. או-אז, יש בה כדי להוסיף ללחץ ולדחק שחווה המבקש בשירותו הצבאי כמכלול. כך מתבקש בצורה ברורה יותר משהמבקש נכלא בגין עבירות משמעת ונפקדות. בית המשפט הגיע למסקנה כי אף אם לנוכח ההשתלשלות הכוללת של שירותו הצבאי של המבקש, לא ניתן לומר כי בעטיים של סממנים צבאיים אלו ניתן לשייך את המקרה לסוג המקרים הראשון, החוויה הצבאית הכוללת שחווה המבקש יכולה הייתה לייצר אצלו מצב של דחק ולהוביל לפרוץ מחלתו באופן המגבש יסוד אובייקטיבי של קשר סיבתי משפטי, לפי סוג המקרים השלישי.

מסקנה זו נלמדת גם ממבחן העזר של השוואה לחיים האזרחיים. שירותו הצבאי של המבקש, הגם שברובו לא היה קרבי ולא כלל השתתפות בפעילות מלחמתית, היה בעל מאפיינים צבאיים ברורים ולא דמה לחיים האזרחיים. גם כאשר המבקש שירת בבסיס פתוח, הוא עבד בעבודה גופנית קשה בעלת אופי צבאי, היה נתון למרות מפקדיו ולמשמעת צבאית קפדנית, ולן בבית החייל, בניתוק ממשפחתו. הוא אף נשפט פעמים רבות ונכלא מספר פעמים בכלא צבאי. השופט השווה גם לעניינה של אורית אביאן עצמה, אשר ששירתה בחיל המודיעין, הוכשרה לתפקיד קלדנית ולבסוף שירתה בתפקיד שעיקרו היה הקלדת נתונים למחשב. לגביה נפסק כי על-אף שניתן היה לסווג את עבודתה כ"עבודה פקידותית פשוטה באופייה", ואת תנאי שירותה כ"רגילים" וכדומים לתנאים אזרחיים – שירותה היה "רווי מתחים צבאיים", ויש בו כדי לגבש את היסוד האובייקטיבי בקשר הסיבתי המשפטי בינו לבין מחלתה (**אביאן**, פס' 45). המקרה דנן הוא מקרה ברור יותר המקיים יסוד צבאי-אובייקטיבי דומיננטי יותר (ר' גם **פלוני**, פס' 13).

לקראת סוף פסק הדין חזר השופט הנדל והזכיר כי הדרך לבחינת קיומו של קשר סיבתי בין השירות הצבאי לבין מחלה קונסטיטוציונלית מורכבת משני שלבים: הראשון הוא בחינת הקשר הסיבתי העובדתי, מבחן עובדתי שעניינו בחוות דעתם של רופאים מומחים הקושרים מבחינה עובדתית בין אירוע או רצף אירועים מסוים לבין פרוץ מחלה, והשני הוא בחינת הקשר הסיבתי המשפטי, מבחן נורמטיבי. הראשון הוא מבחן פשוט של גרימה בפועל; השני מהווה מסננת נורמטיבית עבור הראשון. מכאן, שאת שאלת התקיימותו של קשר סיבתי עובדתי יש לבחון באופן "נקי", כעניין רפואי-מדעי, ולא מבעד למסננת שיקולי המדיניות הנורמטיביים אשר מהווה מבחן הקשר הסיבתי המשפטי. יש חשיבות להצבתה של מסננת זו רק לאחר בחינת הקשר הסיבתי העובדתי – שאחרת בחינתו של זה מערבת בתוכה שיקולים משפטיים-נורמטיביים אשר משפיעים באופן שגוי על ניתוח הנתונים העובדתיים-רפואיים. שיקולים משפטיים אלו הם הכרחיים אולם עליהם להיבחן בשלב הנפרד והמאוחר יותר של הקשר הסיבתי המשפטי.

שמירה על סדר מסוים בבחינה המשפטית אינה עניין טכני גרידא. צעידה בדרך הנכונה מוסיפה בהירות ומהווה מעין "אמצעי זהירות" על מנת למנוע טעויות או לפחות להפחית את הסיכוי להתרחשותן. הסדר הנכון הוא תחילה לבדוק את הקשר הסיבתי העובדתי, ומשהוא בנמצא, להתקדם לבחינת הקשר הסיבתי המשפטי, על שני חלקיו – הסובייקטיבי והאובייקטיבי. כשם שהדין נגזר מהעובדות, כך הקשר הסיבתי המשפטי נגזר מהקשר הסיבתי העובדתי. לכן, כאשר נבחן הקשר הסיבתי המשפטי תחילה, טרם נקבעו העובדות, אין תשתית מספקת לבחינה זו. בד בבד, הליכה בדרך שבפועל בודקת את הקשר הסיבתי המשפטי תחילה גורמת לבלבול בין ההיבט המשפטי לבין ההיבט העובדתי.

עוד הדגיש השופט כי קיומו של קשר סיבתי עובדתי בין שירותו הצבאי של חייל לבין מחלתו אינו בהכרח מותנה בכך שהוא ייתפס כך בזמן אמת על-ידי החייל. מקל וחומר שהוא אינו מותנה בכך שהחייל ישמיע

בזמן אמת את עמדתו כי תנאי השירות פוגעים בבריאותו ויתלונן על תנאי שירותו. היעדר תיעוד בזמן אמת על תנאי השירות או על לחץ נפשי, כמו גם "שינוי חזית" על-ידי החייל בין הגשת הבקשה להכרה בנכות, בטרם הבאת חוות דעת מומחה, ובין ההליך בשלב מאוחר – אינם מובילים למסקנה כי לא התקיים קשר סיבתי עובדתי בין שירותו של החייל לבין מחלתו. אף אם תלונות בזמן אמת על לחץ נפשי יכולות לחזק מסקנה כי התקיים קשר סיבתי – היעדרן אינו בהכרח מוביל למסקנה הפוכה.

קישור לפסק הדין.

37. רע"א 5432/22 **<u>פלונית נ' קצין תגמולים – משרד הביטחון – אגף שיקום</u>**

התקבל פסק דינו של בית המשפט העליון (כב' השופט כשר) אשר עוסק בפרשנות המונח "התגלו" המופיע בחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנות התקציב 2017 ו-2018), התשע"ז-2016 (בסעיף 53(ג)(1)) ומהווה חריג לפיו, תיקון מס' 29 לא יחול על תביעות להכרת זכות שעניינן מחלה או החמרת מחלה אשר התגלו לפני יום 01.01.2014. בית המשפט העליון קבע לראשונה (בדן יחיד ולמעלה מהצורך) שיש לקבל את עמדת המדינה כי המקרים החוסים תחת חריג המנוח "התגלו" הם מקרים בהם "ניתן ביטוי חיצוני כלשהו למחלה, בין אם אובחנה ובין אם לאו".

עסקינן בתביעה של אשת קבע לשעבר להכרת זכות נכה בגין פגימה נטענת בעמוד השדרה המותני, אשר לטענתה ארעה לה בעקבות עבודתה המאומצת בצבא. לטענתה משקלים כבדים שסחבה במסגרת עבודתה בתחום האפסנאות והלוגיסטיקה גרמו לה לכאבי גב ולפריצת דיסק שבעקבותיהם שוחררה מהצבא. מאחר שתביעתה הוגשה לאחר יום 27.04.2017, ככלל חלים עליה תנאי תיקון 29 – המוכר לנו כחוק גורן. אולם, לטענתה מחלתה התגלתה לפני 01.01.2014, ועל כן טענה כי עניינה נכנס בגדר החריג הקבוע בסעיף 53(ג)(1)) לחוק ההתייעלות הכלכלית, הקובע כי בעת הגשה תביעה לזכאות בגין מחלה או החמרה, התיקון יחול על כל תביעה שהוגשה החל מיום 27.04.2017, אלא אם המחלה או החמרת מחלה התגלו לפני 01.01.2014.

במהלך ניהול ההליכים בערכאה הדיונית נחלקו הצדדים, בין היתר, בשאלת פרשנות המונח "התגלו" המופיע בסעיף 53 לחוק ההתייעלות הכלכלית. המבקשת טענה שיש לפרש את המונח "התגלו" כמועד בו התחילה המחלה לקנן בגופו של אדם. כך שלשיטתה אין צורך באבחון המחלה או בראיה חיצונית למחלה, ומספיק שיוכח כי המחלה החלה לקונן בגופה לפני 01.01.2014 בכדי לעמוד בתנאי החריג.

בקצרה יתואר, כי תחילה ועדת הערעורים דחתה על הסף את הערעור וקבעה בין היתר שיש לפרש את המונח "התגלו" כמועד בו אובחנה המחלה. ערעור שהוגש לבית המשפט המחוזי, התקבל בחלקו והתיק הוחזר לוועדת הערעורים לאחר שנקבע כי השאלה האם חל החריג לתיקון 29 על הפגימה לה טענה המבקשת, בכל הנוגע למחלה או החמרת מחלה, חייב קיום בירור עובדתי ורפואי, ולכן לא ניתן לדחות את הערעור על הסף כפי שעשתה ועדת הערעורים. לאחר שמיעת עדים ומומחים מטעם הצדדים פסקה ועדת הערעורים כי המבקשת לא הוכיחה שהמחלה התגלתה לפני 01.01.2014 או כי הייתה קיימת לפני אותו מועד. בנוסף, ועדת הערערים נדרשה בפסק הדין לשאלה הפרשנית כיצד יש לפרש את המונח "התגלו" וקבעה בשונה מעמדתה הראשונית כי משמעות המונח הוא המועד "בו הפכה המחלה לגלויה לעולם החיצוני". ערעור שהוגש על כך למחוזי נדחה, תוך אימוץ העמדה הפרשנית החדשה, ומכאן ההליך דנן.

בית המשפט העליון קיבל במלואה את עמדת המדינה וקבע כי יש לדחות את בקשת רשות הערעור מהטעם שהכרעה בשאלה העקרונית האם פרשנות המונח "התגלו" אינה מתעוררת בנסיבות העניין ואינה בעלת השפעה על עניינה של המבקשת, שהערכאה הדיונית קבעה, כממצא עובדתי, כי לא עלה בידה להוכיח שמחלתה הייתה קיימת (או קוננה) בגופה לפני המועד הקובע. אולם, למעלה מהצורך בשל חשיבות הדברים נדרש בית המשפט העליון לטענות ביחס לפרשנות המונח "התגלו" וקיבל את עמדת המדינה כי המקרים החוסים תחת חריג המנוח "התגלו" הם מקרים בהם "ניתן ביטוי חיצוני כלשהו למחלה, בין אם אובחנה ובין אם לאו". נקבע כי פרשנות זאת מתיישבת עם לשון החוק, תכלית החוק ופסיקה קודמת בעניין תוך היקש מפסיקה העוסקת במחלות קונסטיטוציונליות.

קישור לפסק הדין.

ו. מקרקעין:

38. דנ"א 6364/20 **שר הביטחון ואח' נ' סאלחה ואח'**

פסק הדין בדיון הנוסף, ניתן בהרכב של שבעה שופטי בית המשפט העליון, בתיק מורכב (עובדתית ומשפטית). מדובר בפסק דין תקדימי העוסק ביישומו ופרשנותו של סעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967 (להלן: "**הצו**" ו"**סעיף 5**" בהתאמה).

סעיף 5 קובע מעין "תקנת שוק" באזור יהודה ושומרון ביחס לעסקאות שעורך שם הממונה על הרכוש הממשלתי באזור יהודה ושומרון (להלן: "**הממונה**") וקובע כי "כל עיסקה שנעשתה בתום לב בין הממונה ובין אדם אחר בכל נכס שהממונה חשבו בשעת העיסקה לרכוש ממשלתי, לא תיפסל ותעמוד בתקפה גם אם יוכח שהנכס לא היה אותה שעה רכוש ממשלתי".

עסקינן במאחז מצפה כרמים, אשר הועתק במסגרת "הסכם המאחזים", בתקופת ממשלת ברק, מאדמות המדינה, שלא היו מתוכננות, אל תחומי הקו הכחול של היישוב כוכב השחר אשר הוקם ותוכנן על ידי ממשלות ישראל החל מתחילת שנות ה-70 של המאה הקודמת. לאחר שהתברר כי מצפה כרמים הועתקה אל אדמות בבעלות פרטית, שאינן אדמות מדינה, הוגשה עתירה לבג"ץ על ידי מי שטענו לזכויות במקרקעין שבנדון, לפיה יש לסלק את מצפה כרמים ולפנותו.

התושבים המחזיקים הגישו תביעה לבית המשפט המחוזי בירושלים, בהתבססם, בין היתר, על סעיף 5, ובגדרה עתרו למספר סעדים הצהרתיים, ובין היתר, כי הם בעלי הזכויות במקרקעין וכי אין לפנות אותם. בית המשפט המחוזי (כב' השופט דראל) קבל את התביעה וקבע כי תנאי סעיף 5 התקיימו במקרה דנן.

על פסק הדין הגישו הטוענים לזכויות במקרקעין ערעור לבית המשפט העליון. ביום 27.08.2020 קיבל בית המשפט העליון את הערעור, בדעת רוב (כב' הנשיאה חיות וכב' המשנה לנשיאה מלצר), בקבעו כי תנאי סעיף 5 לא התקיימו במקרה דנן. נפסק, בין היתר, כי תום הלב שמוטל על הממונה במסגרת הסעיף, הוא אמנם תום לב "סובייקטיבי" אך יש לבוחנו באמת מידה קפדנית. כן נפסק כי סעיף 5 אינו מתקיים במקרה דנן אף מהטעם שהרכוש אותו "חשבו הממונה" בשעת העסקה ל"רכוש ממשלתי" היה מקרקעין שנתפסו בצו תפיסה, אולם מקרקעין התפוסים בצו תפיסה אינם בבחינת "רכוש ממשלתי" לפי סעיף 1, סעיף ההגדרות לצו. כב' השופט הנדל חלק בדעת מיעוט על דעת הרוב וקבע כי תום הלב הסובייקטיבי של הממונה

התקיים, וכי עצם מחשבתו של הממונה כי מקרקעין התפוסים בצו תפיסה הם בבחינת "רכוש ממשלתי", מקיימת את תנאי סעיף 5 וזאת אף אם נסבור כי מקרקעין התפוסים בצו תפיסה אינם נכללים בהגדרת "רכוש ממשלתי" שבסעיף 1. הלכה למעשה נצטוותה המדינה לפנות את מצפה כרמים.

על פסק דינו של בית המשפט העליון הגישה המדינה בקשה לדיון נוסף. כב' השופט עמית הורה על דיון נוסף בשאלת תום ליבו של הממונה וביתר תנאי הסעיף.

בדיון הנוסף, בית המשפט העליון הפך את תוצאת פסק הדין בערעור, בדעת רוב (כב' המשנה לנשיאה הנדל והשופטים עמית, סולברג וברק- ארז), אל מול עמדתם החולקת של כב' הנשיאה חיות, המשנה לנשיאה פוגלמן והשופטת ברון. במסגרת פסק הדין נכתבו שבע חוות דעת (178 עמודים) ונתגלעו מחלוקות וניואנסים שונים ביחס לאופן החלת תנאי סעיף 5 השונים. בדעת רוב הוחלט שתום הלב הנדרש מהממונה הוא תום לב סובייקטיבי "ברף הגבוה", שיש לבחון אותו באמת מידה קפדנית. במישור היישומי הוחלט בדעת רוב השופטים כי העתירה לדיון נוסף מתקבלת אך "ביחס לגבולות היישוב הקיים", בהתאם לפסקה 57 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז (להבדיל מהשטחים שטרם נבנו עליהם מבנים), ותוך מתן פיצוי בעין לבעלים הרשומים או למי שיוכיחו בעלותם (הטוענים לזכויות במקרה דנן לא הוכיחו את זכויותיהם במקרקעין שעליהם הועתקה מצפה כרמים).

קישור לפסק הדין.

39. רע"א 8694/20 **דוויק ואח' נ' זרביב ואח'**

בפסק הדין נכתבו שלוש דעות שונות. כב' השופטת ברק-ארז קבלה את בקשת רשות הערעור ודחתה את התביעה לסילוק יד משפחת דוויק. בתמצית, נקבע על ידה שסעיף 113(ב) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, המשהה את תקופת ההתיישנות כל עוד לא נרשמו מקרקעי הציבור על שם בעליהם, אינו חל כלל ועיקר על האפוטרופוס הכללי ביחס למקרקעין שהועברו לניהולו. עוד פסקה כי לא התקיימו תנאי סעיף 8 לחוק ההתיישנות, ואשר על כן, התביעה לסילוק יד התיישנה ודינה להידחות.

כב' השופט מינץ דחה את בקשת רשות הערעור שכן לא עומדת כל עילה למתן רשות ערעור בגלגול שלישי. זאת, מאחר שהתביעה לסילוק יד התקבלה אף על בסיס תחולת סעיף 8 לחוק ההתיישנות, ובענייננו של סעיף זה, אין כל מקום לדון במסגרת גלגול שלישי של הליך (עמדה זו דומה לעמדה הקצרה שהוגשה הלכה למעשה על ידי היועץ המשפטי לממשלה). למעלה מן הצורך, קבע השופט מינץ עוד שסעיף 113(ב) חל על האפוטרופוס הכללי וכי בדין דחה בית משפט השלום את התביעה גם מחמת תחולת סעיף 8 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, כך שהתביעה לא התיישנה.

כב' השופט עמית קבע שסעיף 113(ב) חל על האפוטרופוס הכללי (ובכך לכאורה בנושא זה יש עמדת רוב למול עמדת כב' השופטת ברק-ארז). עם זאת, הוא חילק את הנכסים המנוהלים על ידי האפוטרופוס הכללי לשלושה סוגים של מקרים, כאשר ביחס לשניים מהם יחול סעיף 113(ב) וביחס לשלישי הוא הביע את עמדתו הלכאורית לפיה לא יחול סעיף 113(ב) אלא דיני ההתיישנות הכלליים. מאחר שלא התברר איזה מבין סוגי המקרים התקיים בעניין דנן, יש להשיב את הדיון בנושא זה לבית משפט שלום. עוד הוסיף כב'

השופט עמית כי בית המשפט המחוזי דן בתחולת יסודותיו הסובייקטיביים של כלל אי הידיעה שבסעיף 8, אולם לא דן בדרישה האובייקטיבית שבו ואף משום כך יש להשיב את הדיון לבית משפט השלום.

מאחר שהשופטת ברק-ארז הצטרפה לחלופין לתוצאה אליה הגיע כב' השופט עמית, תוצאת פסק הדין היא שבית המשפט העליון קיבל את בקשת רשות הערעור במובן זה שהתביעה לסילוק יד משפחת דוויק תושב לבית משפט השלום בשאלת יישומו של סעיף 113(ב) בנדון לאור הרישום של המקרקעין על שם "מוסטון בנבניסטה", כמפורט בפסק דינו של השופט עמית ; בשאלה האם היה בידי נאמני ההקדש כוח תביעה לתבוע את סילוק יד משפחת דוויק שעה שהמקרקעין היו בבעלות האפוטרופוס הכללי, ובשאלת תחולתו האובייקטיבית של סעיף 8 לחוק ההתיישנות בנדון. עוד נקבע כי האפוטרופוס הכללי יצורף כצד להליך בבית משפט השלום.

קישור לפסק הדין.

40. ע"א 6554/20 **עזבון המנוח ג'אבר חורי ז"ל ואח' נ' מדינת ישראל - רשות מקרקעי ישראל ואח'**

בפסק דין יחסית תמציתי, בית המשפט אימץ את פסק דינו של בית המשפט המחוזי והוסיף מספר הערות "למעלה מן הצורך".

הקביעה החשובה של בית המשפט היא כי מאחורי בקשת המערערים לשחרור תמורה, עומדת הלכה למעשה תביעה לקבלת פיצויים בגין הפקעת מקרקעין שבוצעה לפני למעלה מ-60 שנה (ס' 6ג לפסק הדין).

בית המשפט קבע כי לא נסתרה טענת האפוטרופוס לנכסי נפקדים כי לא החזיק מעולם בידו תמורה כספית בגין ההפקעה, כך שהמערערים מבקשים למעשה המחאה או הסבה של זכות התביעה לקבלת פיצויים אולם זו התיישנה וכפופה לתקופת המעבר כפי שנקבע בדנ"א 1595/06 **עזבון המנוח אדוארד אריזור ז"ל נ' עיריית פתח תקווה**, פ"ד סו(2) (2013). במקרה דנן מדובר בתביעה שהוגשה 3 שנים לאחר תום תקופת המעבר.

כמו כן, בית המשפט קבע כי ממכתבי האפוטרופוס לנכסי נפקדים לא ניתן להסיק הסכמה או החלטה פוזיטיבית לשחרור תמורה לידי המערערים.

בנוסף, בית המשפט חזר על הקביעה לפיה לא ניתן לבקש כסעד פיצויים לפי נוהל מיטיב מקום בו התובע בחר מסלול של התדיינות משפטית.

בעניין הסמכות הענייניות, בית המשפט קבע כי הסמכות להורות על שחרור נכסים מוקנים נתונה לאפוטרופוס לנכסי נפקדים והחלטתו בעניין זה היא החלטה מנהלית שהביקורת השיפוטית עליה מסורה לבג"ץ בלבד.

קישור לפסק הדין.

41. ע"א 2276/20 **מועצה אזורית לב השרון ואח' נ' דוידי ואח'**

בתמצית, מדובר בתביעה שהגישו משפחת דוידי נגד המועצה האזורית, הוועדה המקומית לתכנון ובניה, הוועד המקומי, רמ"י, משב"ש ועמידר. עילת התביעה הייתה העדר פיצוי מלא (לטענת דוידי) בגין הפקעת

מקרקעין שחכרו מעמידר בגוש 8808 חלקים מחלקות 138 ו-274 ביישוב עין שריד (מקרקעין של 1.2 דונם עם בית של 45 מ״ר).

לטענת דוידי, מעבר למגרש 2232 שקיבלו ללא תמורה (וגינו פינו 485 מ״ר מהחלקה המקורית ונותרו עם 750 מ״ר), התחייבו הרשויות כלפיהם כי יקבלו גם את מגרש 2234 ללא תמורה. עמדת המדינה היתה כי מגרש 2234 היה צריך להירכש מעמידר בתמורה (המרה משוכר לחוכר).

ברבות השנים, שווק מגרש 2234 לצד ג׳ בלי שהרשויות שמו ליבן לכך שזו קרקע שיש עליה התחייבות קודמת ולא עדכנו את דוידי עובר לשיווק הקרקע ומכירה לצד ג׳. צד ג׳ החל בעבודות בקרקע בשנת 2005 ואילו התביעה הוגשה במאי 2014, כך שנקבע כי התביעה החוזית-נזיקית התיישנה.

יחד עם זאת, קבע בית המשפט המחוזי כי עילת התביעה בגין פיצויי הפקעה לא התיישנה לאור הלכת ארידור ונפסק לטובת דוידי פיצוי בסך 1,650,000 ₪, תוך הסתמכות על שומת רמ״י (שעסקה בכלל בדמי שימוש שעל דוידי לשלם). רמ״י ומשב״ש חויבו ב- 15,000 ₪ הוצאות בבית המשפט המחוזי.

המועצה האזורית (והוועדה המקומית לתכנון ובניה והוועד המקומי) ערערו על חיוב הוועדה המקומית לתכנון ובניין בפיצויי הפקעה, הן לעצם החיוב והן על היקפו. ודוידי הגישו ערעור שכנגד על הקביעה כי העילה החוזית-נזיקית התיישנה וכן על גובה פיצויי ההפקעה.

פסק דינו של בית המשפט העליון ניתן, בדעת רוב. כב׳ השופט מינץ קבע כי אכן העילה החוזית/נזיקית התיישנה. יחד עם זאת, אין לומר כי באופן עקרוני מקום שהפרט הסכים עם הרשות על מתווה לפיצוי בגין הפקעה שהפיצוי יוצא מדיני הפקעה ועובר לדיני החוזים.

נקבע כי הפיצוי מכוח דיני החוזים קיים במקביל לדיני ההפקעה ובמידה והחיוב החוזי לא קוים או התיישן, הרי שעדין עומדת לנפקע זכותו לקבל פיצוי בהתאם לפקודת הקרקעות. בנקודה זו התפצלו דעת הרוב (כב׳ השופטים מינץ וכנפי-שטיניץ) ודעת המיעוט (כב׳ השופטת רונן).

דעת הרוב גרסה כי בנסיבות העניין יש להשיב את התיק לבית המשפט המחוזי על-מנת לחשב את פיצויי ההפקעה בהתאם לערך הקרקע שדוידי היה אמור לקבל (מגרש 2234) נכון ליום 05.07.1990 (שלוש שנים מיום 05.07.1987 בו נקבע בהחלטת הנהלת המינהל כי עליו לפנות את הקרקע), שכן יש לחשב את הפיצוי בהתאם לדרך בה הילכו הצדדים מלכתחילה (פסקה 46 לפסק הדין).

לעומת זאת, עמדת המיעוט גרסה כי יש לחשב את הפיצוי בהתאם לשווי המקרקעין שדוידי טרם פינו בהתאם לשווים ביום 14.03.1933 (60 ימים לאחר פרסום ההודעות בהתאם לסעיפים 5 ו-7 לפקודה). לעמדת כב׳ השופטת רונן, משעה שנקבע כי הפיצוי החוזי התיישן הרי שאין מקום ליתן פיצוי על פיו ויש לפצות בהתאם לכללים שנקבעו בפקודה. כב׳ השופטת כנפי-שטיניץ הצטרפה לחוות דעתו של כב׳ השופט מינץ משום שהחוזה בוצע בחלקו ולפיכך לעמדתה ראוי לפצות בהתאם לחוזה.

בפסק הדין קביעה חשובה לפיה אין בהסכמה עם נפקע על הסדר פיצוי פרטני שלא לפי ההסדר שנקבע בפקודה כדי להוציא את הפיצוי מדיני ההפקעות אל עבר דיני החוזים וכי עומדת לנפקע זכותו לפיצוי על פי הפקודה (במידה וזה לא התיישן, כמובן).

מדינת ישראל
משרד המשפטים
פרקליטות המדינה - המחלקה האזרחית

קישור לפסק הדין.

42. ע"א 1432/18 **רשות הפיתוח באמצעות רשות מקרקעי ישראל נ' עומר רייס, יו"ר ועד ההקדש (ווקף)**

בית המשפט העליון קיבל את הערעור בחלקו, במובן זה שנקבע כי נכסי ההקדש השאדלי בתרשיחא אינם נכסים נפקדים, שכן הוכח במאזן ההסתברויות הדרוש במשפט אזרחי כי השייח' מוחמד אלהאדי לא היה המותוולי של ההקדש, ומשכך לא מתקיימים תנאי הנפקדות ביחס להקדש, הקבועים בסעיף 4א לחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950. עם זאת, נעתר בית המשפט העליון לסעד החלופי השלישי שהתבקש בערעור והשיב את הדיון לבית המשפט המחוזי על מנת שיכריע מחדש בשאלה ביחס לאלו שטחים מתוך 10 החלקות שבנדון, הוכחו זכויותיו ההיסטוריות של ההקדש.

על סמך הראיות שהונחו בפניו, קבע בית המשפט העליון שאמנם השייח' מוחמד אלהאדי מונה כמותוולי בשנת 1930 אולם לאחר מכן אין מחלוקת שעזב ללבנון. לאחר מכן, ראיות רבות מוכיחות כי השיח' פוזי עטיה ניהל את הנכסים של ההקדש בעכו. אמנם אין זו ראיה לגבי הנכסים בתרשיחא, אך ראיות אלה יכולות לסייע לכך שגם בתרשיחא לא נוהל ההקדש על ידי השייח' אלהאדי.

בית המשפט העליון הסתמך בעיקר על החלטת בית הדין השרעי בעכו מיום 2 לאוקטובר 1948, שמינה כמותוולים לגבי ההקדשות "בעכו ונפתה" את אדיב ג'ראר וחסין חמאד. החלטה זו ניתנה לפני כיבוש תרשיחא והחלת חוק נכסי נפקדים על הנכסים בתרשיחא. לפי פסק הדין, יש מקום לסברה כי החלטת בית הדין השרעי מאשררת את מינוים של המותוולים שכיהנו לפני כן, ומכאן שהשייח' אלהאדי לא היה המותוולי של ההקדש במועד הקובע (גם החלטת בית הדין השרעי משנת 1930 עוסקת בנכסים המצויים "בעכו ונפתה").

אף אם החלטת בית הדין השרעי משנת 1948 תפורש כממנה נאמנים חדשים להקדש, ממילא המשמעות היא שמונו נאמנים להקדש, שאינם נפקדים, לפני המועד הקובע לנפקדות. בהקשר זה דחה בית המשפט העליון את טענת המדינה לפיה החלטת בית הדין השרעי נתנה בחוסר סמכות, לאור העובדה שתרשיחא עדיין לא הייתה תחת השיפוט של מדינת ישראל. זאת מחמת שני טעמים. הראשון, אין כלל גורף במשפט הישראלי לפיו אין לדון בזכויות ביחס למקרקעין מחוץ למדינה. השני, סימן 52 לדבר המלך במועצתו מסמיך בין דין מוסלמי לדון בניהולו הפנימי של הקדש מוסלמי שנוצר בבית דין מוסלמי.

בית המשפט העליון קבע שחוות דעת המומחים לפיהן באסלאם הצופי אין ראשי המסדרים מנהלים בפועל את הנכסים הפיזיים - אך מחזקת את קביעותיו. כן מצא בית המשפט העליון תימוכין להכרעתו בתצהיר שהגיש יו"ר ההקדש בשנת 1968 שם נטען כי אדיב ג'ראר וחסין חמאד כיהנו כמותוולים לפני קום המדינה.

ביחס לשאלת הוכחת הזכויות, קיבל בית המשפט העליון את טענות המדינה לפיהן אף אם כשל בעדותו העד מטעם רמ"י, מר חסן גדיר, ולא ידע לזהות את מקרקעי ההקדש, ועדותו של יו"ר ההקדש "לא אותגרה", אין בכך כדי לקבוע את בעלות ההקדש בכלל 10 החלקות שבנדון. זאת לאור הוראת סעיף 22 לפקודת ההסדר, הקובעת שזכות שלא הוכחה בהליך ההסדר על ידי אדם פרטי - תירשם על שם המדינה. בית המשפט העליון קבע כי ביחס לשאלת הוכחת הזכויות, לא מיצה בית המשפט המחוזי את הדיון. נוכח הבלבול בראיות שהוגשו בשאלת הוכחת הזכויות, הכריע בית המשפט העליון כי יש להשיב את הדיון לבית

המשפט המחוזי על מנת שיכריע מחדש בשאלה "באילו שטחים מתוך החלקות מושא ההליך הוכחו זכויות ההקדש".

קישור לפסק הדין.

ז. משפחה ומעמד אישי:

43. דנ"א 1297/20 **פלוני ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה**; דנג"ץ 5591/20 **צור-וייסלברג ואח' נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים ואח'**

פסק הדין ניתן במסגרת דיון נוסף בשני הליכים שונים הנוגעים להכרה בהורות מכוח "זיקה לזיקה" (דנ"א 1297/20 ודנג"ץ 5591/20). ההליך הראשון עסק בזוג גברים שהביאו לעולם ילדים באמצעות הליך פונדקאות שבוצע מחוץ לישראל, וביקשו כי צו ההורות הפסיקתי יכיר בהורותו של בן הזוג של ההורה ביולוגי החל ממועד לידתם של הילדים.

פסק הדין עסק בשתי שאלות עיקריות: האחת- האם צו ההורות הפסיקתי הוא צו המכונן הורות או צו המצהיר עליה; והשניה- האם במצב של פונדקאות חו"ל ניתן להחיל את צו ההורות הפסיקתי באופן רטרואקטיבי ממועד הקודם למתן הצו?

צו מכונן או צו מצהיר

פסק הדין העיקרי נכתב על ידי כב' הנשיאה חיות. ביחס לשאלה הראשונה נקבע (בהסכמת שאר שופטי ההרכב למעט כב' המשנה לנשיאה פוגלמן) כי בנקודת הזמן הנוכחית, יש להכריע כי מדובר בצו המכונן קשרי הורות. הנימוק העיקרי לעמדה זו היה הצורך להמתין להסדרת הנושא בחקיקה, והיותה של הכרה אוטומטית בהורות מכוח זיקה לזיקה בלא צו מכונן שקולה להורות הסכמית. בהקשר זה כתבה כב' הנשיאה כך: "...יש הבדל של ממש בין פיתוח המוסד של צו ההורות הפסיקתי בהשראת צו ההורות הסטטוטורי שבחוק הפונדקאות, על דעת היועץ המשפטי לממשלה; ובין קביעה שצו זה כלל אינו דרוש לצורך כינון ההורות, וכי זו נוצרת מאליה מתוקף ההסכמה בין בני הזוג. אכן, המשמעות הטמונה באימוץ עמדתם של המבקשות והמבקשים היא כי החלטתם המשותפת של ההורה הביולוגי ושל בן זוגו נטול הזיקה הביולוגית ליילוד היא שמכוננת בפועל את הורותו של ההורה הלא-ביולוגי. ואולם, הרכב מורחב של בית משפט העליון הבהיר כי המשפט הישראלי אינו מכיר במודל של "הורות הסכמית" (ר' פסקה 34 לפסק דינה).

בהקשר זה נדחתה טענת המבקשים כי מסקנה זו מפלה את אוכלוסיית הלהט"ב, ונקבע - בהתאם לעמדת היועצת המשפטית לממשלה - כי הדרישה לצו הורות פסיקתי "מופנית באופן שווה לזוגות מאותו מין ולזוגות הטרוסקסואליים, ככל שביחס למי מהם מתעורר צורך בכינון הורות מכוח זיקה לזיקה" (ראו פסקה 40 לפסק דינה של הנשיאה).

עוד נדחתה טענת המבקשים כי גם צו הורות לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: "**חוק הפונדקאות**") הוא צו המצהיר על הורות. נקבע, כי למעשה בתקופת הזמן שעד מתן צו הורות לפי חוק הפונדקאות קיימות "זיקות הוריות מתחרות" של האם הפונדקאית

וההורים המיועדים. בהמשך לניתוח זה, אפוטרופסות העו"ס לפי חוק הפונדקאות (סעיף 10(ב) לחוק) נועדה לתת פיתרון מעשי למצב של הזיקות ההוריות המתחרות. לצד זאת, כב' הנשיאה קבעה כי ביחס לאותם הורים מיועדים שהם בעלי זיקה גנטית לקטין (בעל הזרע או בעלת הביצית) צו ההורות הוא מצהיר. בהקשר זה התייחסה הנשיאה להמלצות הצוות לפיהן במקרים של פונדקאות חו"ל תידרש בעלת הביצית לכונן את הורותה באמצעות צו הורות פסיקתי, וקבעה כי מבלי להביע עמדה לגבי שינוי מדיניות זה, צו ההורות הפסיקתי במקרה זה יהיה צו מצהיר.

<u>רטרואקטיביות של צו ההורות הפסיקתי</u>

השאלה השנייה בה עסק פסק הדין היא האפשרות לתת תחולה רטרואקטיבית לצו ההורות הפסיקתי בנסיבות של פונדקאות חו"ל. בעניין זה נקבע (על דעת כלל שופטי ההרכב למעט כב' השופט מינץ) כי צו הורות הפסיקתי יוכל לחול באופן רטרואקטיבי מיום ניתוק הקשר של האם הפונדקאית במדינה הזרה. לעניין מועד זה נקבע כי במקרים בהם פסק הדין הזר בעניין ניתוק קשר ההורות של האם הפונדקאית ניתן לאחר הלידה "קמה חזקה (הניתנת לסתירה) כי מועד מתן פסק הדין הזר הוא גם מועד הניתוק. במדינות שבהן הניתוק נעשה באופן אחר על פי הדין הזר (תעודת לידה או פסק דין שניתן לפני הלידה או שניתן על בסיס הסכמת האם לפני הלידה), נדרשת האם הפונדקאית להתייצב בנציגות ישראל ולחתום על תצהיר ויתור. במצבים אלה, קמה חזקה (הניתנת לסתירה) כי מועד הגשת התצהיר יהווה מועד ניתוק הזיקה" (ר' פסקה 50 לפסק דינה של כב' הנשיאה).

בנוסף נקבע בפסק הדין, כי תנאי לתחולתו הרטרואקטיבית של צו ההורות הפסיקתי מיום ניתוק הקשר עם האם הפונדקאית הוא שהבקשה תוגש בתוך תשעה חודשים מיום הלידה. זאת, בדומה לפסיקה בבע"מ 5544/18 בעניין צו הורות פסיקתי שניתן בנסיבות של תרומת זרע לבנות זוג. כמו כן, ובדומה להסדר שנקבע בבע"מ 5544/18, נקבעה הוראת מעבר לפיה "ביחס לילדים שהוגשה לגביהם בקשה לצו הורות פסיקתי לפני מועד פסק דין זה, ניתן יהיה להעניק תוקף רטרואקטיבי גם אם הבקשה הוגשה לאחר פרק זמן ממושך יותר; וביחס לילדים שבאו לעולם וטרם הוגשה לגביהם בקשה למתן צו הורות, מרוץ תשעת החודשים יחל ממועד פסק דין זה" (ר' פסקה 52 לפסק דינה של כב' הנשיאה).

שאלה אחרת שעלתה בפסק הדין היא האם יש לקבוע כי במקרים חריגים ניתן יהיה ליתן תחולה רטרואקטיבית לצו ההורות הפסיקתי גם אם הבקשה לצו הורות פסיקתי הוגשה לאחר תשעה חודשים מיום הלידה. יואר, כי בעניין זה נקבע בבע"מ 5544/18 כי מדובר בהסדר קשיח שלא ניתן לחרוג ממנו. בפסק הדין דנן השאלה הייתה במחלוקת בין שופטי ההרכב. כב' הנשיאה חיות, כב' השופט עמית, ומבחינה מעשית גם כב' השופט פוגלמן (שכאמור למעלה לעמדתו צו ההורות הפסיקתי הוא מצהיר) קבעו שניתן לאפשר במקרים חריגים סטייה מהדרישה שהבקשה לצו ההורות הפסיקתי תוגש בתוך תשעה חודשים. כב' המשנה לנשיאה בדימוס הנדל, כב' השופט קרא, ומבחינה מעשית גם כב' השופט מינץ (שכאמור למעלה לעמדתו אין ליתן תחולה רטרואקטיבית לצו הורות פסיקתי בנסיבות של פונדקאות חו"ל) קבעו כי אין מקום לחריגים אלה. בנסיבות אלה, העמדה המכריעה במחלוקת זו הייתה של כב' השופט סולברג, שקבע כי יש להשאיר שאלה תיאורטית זו לעת מצוא, אך קבע בהתייחס לנסיבות של בע"מ 5544/18 (צו הורות פסיקתי לאחר תרומת זרע אנונימית לבנות זוג) שדעת הרוב שלפיה אין לחרוג מתשעת החודשים "נימוקיה

נכוחים, וכוחה גובר״. לפיכך, נראה שפסק הדין בבע״מ 5544/18 נותר על כנו, ורק בנסיבות של פונדקאות חו״ל הושארה הסוגיה לעת מצוא.

קישור לפסק הדין.

44. בע״מ 4741/21 **פלונית ואח׳ נ׳ פלונית ואח׳** ; בע״מ 5010/21 **פלוני נ׳ פלוני ואח׳**

בבע״מ 4741/21, כב׳ המשנה לנשיאה ניתח את האפשרויות לביטול צווי הורות לפי חוק אימוץ ילדים, התשמ״א-1981 (להלן: ״**חוק האימוץ**״) ולפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ״ו-1996 (להלן: ״**חוק הפונדקאות**״). לפי ניתוח זה, חוק הפונדקאות אינו כולל הסדר לביטול הורות לאחר שניתן צו הורות, ואילו סעיף 19 לחוק האימוץ כולל שני מסלולים לביטול צו אימוץ: מסלול ״פרטני״ ומסלול ״כללי״.

עניינו של המסלול הפרטני בביטול צו אימוץ בשל טענות חדשות או שלא היו ידועות אם מן הראוי לבטל את הצו וטובת המאומץ מחייבת זאת; ועניינו של המסלול הכללי, בהתאם לסמכותו של בית המשפט לבטל את צוויו, בשל פגמים שנפלו בהליך כגון מרמה.

כב׳ המשנה לנשיאה קבע (בדעת יחיד), כי מכיוון שצו ההורות הפסיקתי הוא יציר הפסיקה, יש לקבוע כי הוא אינו חסין יותר מצו אימוץ יציר החקיקה, ויש לראות את סעיף 19 לחוק האימוץ כמנחה את בית המשפט גם בנסיבות של בקשה לביטול צו הורות פסיקתי.

כדוגמה למקרה בו סביר להניח שתתקבל בקשה לביטול צו הורות פסיקתי, הציג כב׳ המשנה לנשיאה נסיבות שבהם טוען הורה כי חתימתו על בקשה לצו הורות פסיקתי זויפה והוא לא הגיש את הבקשה.

יחד עם זאת, אין מדובר בהקבלה מלאה בין ביטול צו אימוץ לביטול צו הורות פסיקתי, ו״יתכן שבמקרה קונקרטי האופי השונה של כל מסלול הורות ישפיע על התוצאה״ (פס׳ 16 לפסק דינו של כב׳ המשנה לנשיאה).

נדחתה טענת המבקשת כי בשל כך שהליך הכניסה לשערי צו ההורות הפסיקתי קל מכניסה לאימוץ, ואינו מצריך תסקיר, גם הליך היציאה מההורות לפי צו הורות פסיקתי צריך להיות קל מהיציאה מההורות לפי צו אימוץ. כב׳ המשנה לנשיאה קבע בעניין זה כי יש להבחין בין צו אימוץ לבין צו הורות פסיקתי. צו אימוץ כולל ניתוק קשר הורות בין המאומץ להוריו הביולוגיים, וכן יצירת הורות משפטית יש מאין, ולפיכך נדרש פיקוח קפדני של המדינה. לעומת זאת, צו הורות פסיקתי ניתן על יסוד הקשר מלכתחילה של בן הזוג עם ההורה הגנטי, בנסיבות שבהם הקטין נולד לתוך הורות משותפת, ולפיכך אין הכרח שבכל מקרה יידרש תסקיר. בהקשר זה הפנה כב׳ המשנה לנשיאה גם לכך שחוק הפונדקאות אינו מחייב תסקיר כתנאי למתן צו הורות.

שאר שופטי ההרכב הצטרפו לתוצאת פסק דינו של כב׳ המשנה לנשיאה, וכב׳ השופט אלרון הוסיף שנימוק אחר למסקנה הוא שמתן האפשרות לביטול צו הורות פסיקתי עלול להוביל להחרפת הסכסוכים לאחר גירושין. אולם בניגוד לעמדת כב׳ המשנה לנשיאה, שאר שופטי ההרכב סברו כי יש להותיר בצריך עיון את השאלה אם בכלל ניתן לבטל צו הורות פסיקתי. בהקשר זה ציינה כב׳ השופטת ברק-ארז שייתכן שצו

ההורות הפסיקתי דומה יותר להורות בן זוגה של אישה נשואה, שהרתה מתרומת זרע, והורות זו אינה ניתנת לביטול.

בבע"מ 5010/21, בית המשפט התייחס לכך שצו ההורות הפסיקתי "מבטא הכרה בהורותו של אדם מתוקף קשר זוגיות בו הוא נמצא, עובר להיריון וללידה, עם בעל או בעלת הזיקה הגנטית ליילוד". למעשה, מדובר במעין "הרחבה" של זיקת ההורה הביולוגי, כך שתחול גם על בן זוגו מכוח "הכרה חברתית במעמדה של הזוגיות" (פסקה 19 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה). בהמשך לכך בית המשפט קבע כי אף שהסכמת ההורה הגנטי לפני ההוריה היא תנאי הכרחי למתן צו הורות פסיקתי, אין הכרח שהסכמה זו תהיה במועד הגשת הבקשה.

בעניין זה נדחתה טענת המבקש כי יש ללמוד על הצורך בהסכמה זו מההסדר הקיים בחוק האימוץ, וכן מההסדר הקיים בסעיף 13(א) לחוק הפונדקאות. בית המשפט קבע כי סעיף 13(א) לחוק הפונדקאות מאפשר רק לאם הפונדקאית לחזור בה מההסכם, אך ההורים המיועדים אינם יכולים לחזור בהם ממנה. לעניין זה הפנה בית המשפט גם לסעיף 11(א) לחוק הפונדקאות, הקובע כי אם ההורים המיועדים לא הגישו בקשה לצו הורות, תגיש עו"ס לחוק הפונדקאות את הבקשה.

עוד הוסיף בית המשפט, כי זכות החזרה של האם הפונדקאית נובעת מכך שמדובר בניתוק הורותה שלה, ואילו צו ההורות הפסיקתי עוסק בכינון הורות שאין לצידו ניתוק הורות. בהמשך לאמור, בית המשפט קבע שהבחנה דומה עולה בהתייחס לחוק האימוץ. חוק האימוץ עוסק לרוב בניתוק הורות ביולוגית, ולפיכך אין ללמוד מדרישת ההסכמה עובר למתן הצו לעניין צו הורות פסיקתי.

עוד נקבע, כי אין להשוות בקשה לצו הורות פסיקתי למקרה של אימוץ קרובים (שגם בו נדרשת הסכמה לאימוץ לפני מתן הצו, שכן במקרה של אימוץ קרובים מדובר באדם שנכנס באיחור לחיי הקטין, בשונה מצו הורות פסיקתי שבו מדובר בהתכוונות מראש להורות). בשים לב לכך, שמהעובדות כפי שנקבעו על ידי בית המשפט קמא עלה שצו ההורות הפסיקתי במקרה זה הוא לטובת הקטין, וכי סיפור חייה של הקטינה עומד בסתירה לבקשה כפי שהוגשה, בית המשפט לא נדרש לבחון את המלצות הצוות המקצועי בעניין זה.

לצד זאת, יצוין כי בית המשפט קבע שפסק דינו אינו תלוי בשאלת סיווגו של צו ההורות הפסיקתי כמכונן או מצהיר (שההכרעה בה צפויה להינתן בקרוב במסגרת דנ"א 1297/20). בהקשר זה בית המשפט הסביר, כי אף אם מדובר בצו מכונן, "על בית המשפט לבחון את התמונה המלאה, ולא לצמצם את מבטו למצב הדברים בעת הגשת הבקשה. התמונה המלאה עשויה לכלול הן את כוונת ההורות המשותפת עובר להוריה, והן את מימושה לאחר הלידה, ולחלופין את אי מימושה, ואת מכלול הנסיבות שהתרחשו ממועד הלידה" (פסקה 20 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה).

בשולי פסק הדין העיר כב' המשנה לנשיאה כי לא נקבע בפסיקה מועד שעד אליו יש להגיש את הבקשה לצו הורות פסיקתי, וכי הוא אינו מביע עמדה בשאלה אם רצוי לקבוע מועד כזה.

קישור לפסק הדין.

45. בע"מ 8236/21 **<u>פלונית נ' היועצת המשפטית לממשלה</u>** ; בע"מ 8606/21 **<u>היועצת המשפטית לממשלה נ' פלונית</u>**

עניינו של ההליך באישה שהביאה לעולם תאומים תוך היעזרות בתרומת זרע אנונימית, תרומת ביצית אנונימית ואם פונדקאית במדינת אורגון בארצות הברית, באופן שאין לה כל קשר גנטי או ביולוגי אל הקטינים. לאחר לידתם הונפקה תעודת לידה במסגרתה נרשמה המבקשת כאמם של הקטינים וכן ניתן פסק דין בארה"ב אשר קבע כי היא ההורה הבלעדי של הקטינים ונשללו זכויות הורות מהאם הפונדקאית. לאחר שבקשתה להירשם כאם הקטינים סורבה, ועתירתה שהגישה בעניין זה לבג"ץ נדחתה על הסף, פנתה המבקשת לבית המשפט לענייני משפחה בבקשה כי יכיר בה כאמם של הקטינים מכוח התעודות הציבוריות שניתנו לה בארצות הברית והעלתה בהקשר זה שלל טענות.

בבית המשפט לענייני משפחה נטען בשם היועצת המשפטית לממשלה, כי המהלך בו נקטה המבקשת אינו מוכר בדין הישראלי, וכי אין בדין הישראלי אפשרות להכיר בה כאם הקטינים. בשים לב למציאות שנוצרה לפיה המבקשת היא ההורה היחיד של הקטינים והיא זו המגדלת אותם מרגע לידתם, בית המשפט לענייני משפחה לא השלים עם העמדה וביקש כי יימצא פתרון שיאפשר לכונן את הורתה ביחס לקטינים. לאחר התייעצויות שנערכו, ובהתחשב במצב הנתון, הוצע כי הדרך לכינון הורות המבקשת כלפי הקטינים תתבצע לפי חוק האימוץ, על כל שלביו. המבקשת התנגדה בבית המשפט לענייני משפחה לניהול הליך אימוץ הכולל הליך דו שלבי ולחילופין ביקשה לכונן את הורותה באמצעות צו הורות פסיקתי, ובית המשפט לענייני משפחה חידש בפסק דינו וקבע כי בנסיבות העניין יש ליתן "צו אימוץ פסיקתי", וזאת מבלי להידרש לשלב של שחרור הקטינים לאימוץ, כמתחייב מחוק האימוץ.

על פסק הדין הוגש ערעור מטעם היועץ המשפטי לממשלה ובית המשפט המחוזי קיבל את הערעור באופן חלקי. בפסק דינו של בית המשפט המחוזי נקבע כי אין מקום למתן צו הורות פסיקתי, או צו אימוץ פסיקתי, כקביעת בית המשפט לענייני משפחה, אלא יש הכרח לערוך הליך אימוץ דו שלבי הכולל את שחרור הקטינים לאימוץ. לצד זאת קבע בית המשפט המחוזי כי מדובר בהליך טכני באופיו, וכי אמנם יש צורך בהכרזה על הקטינים כבני אימוץ כלפי תורם הזרע האנונימי, אולם אין צורך לבקש מחדש את הסכמת האם הפונדקאית לאימוץ, ודי בהסכמה שניתנה במסגרת ההליכים בבית המשפט בארצות הברית לצד מסמכים נוספים הקשורים להליך הפונדקאות שצורפו. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי בנסיבות המקרה, על אף הוראת ס' 22 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: "**חוק האימוץ**") בעניין זה, אין צורך בעריכת תסקיר עו"ס לחוק האימוץ בנסיבות.

על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הוגשו שתי בקשות רשות לערער. האחת מטעם המבקשת והשנייה מטעם היועץ המשפטי לממשלה.

בפסק דינו מיום 06.12.2022 נתן בית המשפט העליון רשות לערער בשתי בקשות רשות הערעור, דן בבקשות כבערעורים, והגם שדחה את שני הערעורים, קבע שורה של קביעות חשובות.

נקבע כי עניינה של המבקשת אינו בא בגדר אף אחת מהחלופות המוכרות בדין הישראלי לקביעת הורות. זאת משום שמקור הורותה הוא חוזי והדין הישראלי אינו מכיר במודל של הורות הסכמית. נקבע בהקשר זה כי הכרה בהורות הסכמית, בהיעדר הסדרה בדין, יוצרת חשש ממשי מפני תופעת סחר בילדים. בהמשך

לכך נקבע כי הכרה בהורות בהיעדר קשר גנטי או ביולוגי בין ההורים המיועדים ליילוד טעון עיגון חקיקתי שיאפשר ביקורת של מנגנוני פיקוח ובקרה הדוקים שיכולים להבטיח הגנה על זכויות המעורבים.

בהיעדר קרבה של "זיקה לזיקה" בענייננו, בית המשפט שלל את האפשרות למתן צו הורות פסיקתי. כמו כן, שופטי ההרכב סברו כי אין מקום ליצירת מסלול חדש של 'צו אימוץ פסיקתי'. ביחס לאפשרות זו קבע כב' השופט מינץ:

"כפי שגם טענה המשיבה, אין מקום ליצירת מעין "סעיף סל" פסיקתי המאפשר מגוון פתרונות יצירתיים במצבים שבהם הוראות חוק האימוץ אינן חלות, תוך עקיפת ההסדרים הקפדניים שהוראות החוק משרטטות. הפעולה הרגישה של כינון הורות שאינה מבוססת על קשר גנטי או ביולוגי, אשר הינה בעלת תוקף והכרה על ידי צדדים שלישיים ולה השלכות רבות במגוון תחומי החיים, מחייבת הסדרה מדויקת ומבוררת. אין מקום ליצירת מסלול חלופי לחוק תוך עקיפת הוראותיו." (סעיף 25 לפסק דינו של כב' השופט מינץ).

שופטי ההרכב קבעו כי במקרים כגון עניינה של המבקשת אין להחיל את חוק האימוץ. חוק האימוץ לא נועד לחול על סיטואציות אלו, וגם ברמה הפורמלית המבקשת אינה עומדת בהוראות החוק. בסעיף 3 לחוק נקבע כי "אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד". אמנם, בסעיף 3 נקבעו חריגים לכלל זה, ובס' 25 נקבעה האפשרות לסטות מסעיף 3(2), עניינה של המבקשת אינו נכנס לאף אחד מחריגים אלו, ומכל מקום קבעו כב' השופטים סולברג ומינץ כי נסיבות המקרה אינן עולות לכדי "נסיבות מיוחדות" המאפשרות סטייה מאותם החריגים לפי סעיף 25(2) לחוק.

כב' השופטים סולברג ומינץ נחלקו בפרשנות ס' 25(2) לחוק האימוץ, הגם שמסקנת שניהם ביחס למקרה דנן זהה, שכן לשיטת שניהם המקרה דנן אינו נכנס לאילו מהחריגים הקבועים בסעיף 3 לחוק, ולא לגדרי הסטייה מהחריגים והרחבת גבולותיו של סעיף 3(2) לפי סעיף 25(2) לחוק. בעוד כב' השופט מינץ פירש את סעיף 25(2) לחוק כמאפשר חריגה מהתנאים שעניינם פטירת הורי המאומץ והיותם של המאמץ והמאומץ קרובי משפחה, לדידו של כב' השופט סולברג, סעיף 3(2) לחוק מונה 3 תנאים: פטירת הורי המאומץ, קרבת המאמץ והיותו בלתי נשוי ולגישתו ניתן לפרש את סעיף 25(2) כמאפשר סטייה מהתנאי הראשון והשני וגם משניהם יחד, אך לא מהתנאי בדבר היות המאמץ בלתי נשוי.

בפסקי דינם קבעו כב' השופטים סולברג ומינץ שאין להחיל את חוק האימוץ במקרה דנן, שכן מסעיף 33 לחוק האימוץ, עולה שהמחוקק באופן מודע ביקש למנוע הורות הסכמית. בפסקי דינם הובעה ביקורת מסוימת על המבקשת, שממנה ביקשה כב' השופטת ברון להסתייג.

כב' השופט מינץ קבע כי הבאת ילדים לעולם בנסיבות כבענייננו יוצרת חשש ממשי מפני תופעת סחר בילדים. בהמשך לכך, נקבע כי החלת הוראות חוק האימוץ בסיטואציה החורגת מגדרי חוק האימוץ כבענייננו מחטיאה את מטרתו העיקרית של חוק האימוץ והיא מציאת מענה הולם לילדים שאינם יכולים לגדול במשפחתם הטבעית או זקוקים לבית בקרב משפחת מאמצת. כב' השופט מינץ אף סבר (בניגוד לעמדתה של כב' השופטת ברון) כי הנסיבות של עניינו הינן סוג המצבים שחוק האימוץ אוסר מפורשות על התרחשותם. כך שהוא רואה קושי משמעותי ב"כיפוף" הוראות חוק האימוץ במצבים של "עשיית דין

עצמי" זאת על פי ההוראה העונשית בסעיף 33(א) לחוק, האוסרת על מסירה, קבלה או החזקת ילד למטרת אימוץ בישראל שלא לפי הוראות החוק.

התוצאה הרצויה לדעת כב' השופטים סולברג ומינץ הייתה דחיית התביעה כליל, והתרת מערכת היחסים שבין המבקשת לקטינים ללא סטטוס משפטי של הורות. אך מכיוון שתוצאה זו לא נתבקשה על ידי המדינה, בית המשפט לא הגיע לתוצאה זו. בהמשך לכך נקבע כי בנסיבות העניין התוצאה, שהיא "הרעה במיעוטה" מובילה להחלת המתווה שבו פסע בית המשפט המחוזי, דהיינו יישום גמיש של ההסדר הקבוע בחוק האימוץ, כך שניתן לראות בהסכם עם הפונדקאית ובפסק הדין האמריקאי המכיר בהורותה של המבקשת כמנתקים את הקשר המשפטי בין הפונדקאית לבין הקטינים ומעצם היותו של התורם הזרע תורם אנונימי ניתן להכריז על הקטינים כבני אימוץ כלפיו. כמו כן, נקבע כי לא קיימת הצדקה להתערב בהכרעת בית המשפט המחוזי שלא קיימת נחיצות בהגשת התסקיר בנסיבות מקרה קונקרטי זה. כן הודגש כי פתרון זה נטוע בדלת אמותיו של המקרה דנן, וכי אין להחיל את הפתרון בעניינו על מקרים דומים.

בפסק הדין ביקורת מסוימת על העמדה שהוצגה מטעם היועצת המשפטית לממשלה, ועל חוסר העקביות בכך שבראשית ההליך הוצגה העמדה שלא ניתן למצוא פתרון משפטי לסיטואציה שהמבקשת יצרה, ואילו בהמשך הדברים ניתנה הסכמה להליך של אימוץ ככתבו וכלשונו. בעניין זה קבע כב' השופט מינץ כי:

"פער רב מצוי בין העמדה שהובאה בתחילת הדרך על ידי המשיבה, על פיה סוגיה רגישה כגון דא חייבת להיות מוכרעת על ידי המחוקק... ואין להלום הכרה בדיעבד בהורות שלא בהתאם למסלולים המוכרים בדין אם לפי חוק האימוץ ואם לפי חוק הפונדקאות; לבין העמדה המושמעת בהליך לפנינו, כי יש לדבוק בהוראות חוק האימוץ ככתבן וכלשונן גם במקרים מעין אלה שהלכה למעשה חוק האימוץ לא חל לגביהם. מעבר לאי-הבהירות הנובעת מעמדה לא-עקבית זו, אעיר לגופו של עניין, כי לעמדתי, אין הרבה מקום לספק כי החלתן של הוראות חוק האימוץ לנסיבות מקרה זה מוקשית ואיננה מובנת מאליה כלל ועיקר."

כב' השופט סולברג התייחס גם הוא לעניין זה וקבע כי:

" ... התוצאה המתבקשת מכך, על פני הדברים, צריכה היתה להיות דחיית התביעה, והותרת מערכת היחסים שבין המבקשת לקטינים ללא סטטוס משפטי של הורות. זאת, חרף המציאות הטופחת על פנינו, שבה המבקשת מגדלת את הקטינים מרגע לידתם ועד עתה, מזה כ-5 שנים, מבלי שנטען על-ידי גורם כלשהו, גם לא על-ידי המדינה, דבר וחצי דבר לגבי מסוגלותה ההורית. ברם, המדינה אינה טוענת, לכל הפחות לא בשלב זה, כי אין לאפשר את מתווה האימוץ הכללי שנקבע במקרה זה על-ידי בית המשפט המחוזי; איננו מבקשים אפוא להיות לה לפֶּה בעניין זה. חלף זאת, מבקשת המדינה, בקנאות-מה, כי נקפיד על הוראות חוק האימוץ, ובפרט על קבלת תסקיר, אף שגם לשיטתה – אין צורך מעשי בענייננו לקבל תסקיר שכזה".

קישור לפסק הדין.

46. בע"מ 5620/22 **היועצת המשפטית לממשלה נ' פלוני ואח'**

עניינו של פסק הדין בבקשת רשות ערעור שהוגשה על ידי היועצת המשפטית לממשלה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב, אשר קבע כי ניתן לקיים הליך לאימוצו של קטין, אף כי מבקשת צו האימוץ

(בת הזוג של האב הביולוגי) אינה תושבת ישראל. יצוין, כי מבקשת צו האימוץ היא אזרחית ישראל, המתגוררת עם בן זוגה ועם הקטין מחוץ לישראל כעשר שנים.

בית המשפט העליון קיבל את בקשת רשות הערעור שהוגשה מטעם היועצת המשפטית לממשלה, דן בה כבערעור והחליט לקבלו, תוך שהוא מחייב את המשיבים בהוצאות בסך 5000 ₪.

בית המשפט העליון קבע כי הוראת ס' 28 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: "**חוק האימוץ**"), הקובעת כי: "בית משפט ישראלי מוסמך לענין חוק זה כשהמאמץ הוא תושב ישראל" היא חדה, ברורה ואינה צריכה לפרשנות. בית המשפט דחה בהקשר זה את טענות המשיבים לפיהן עקרון העל של טובת הילד, הקבוע בס' 1(ב) לחוק האימוץ, מצדיק סטיה מהוראת ס' 28 וקבע כי "אין בכוחה של הוראת חוק זו (הכוונה להוראת ס' 1(ב) לחוק האימוץ - ר.ג.) לגבור על הוראת סעיף 28 לחוק שהיא חד-משמעית, ברורה ואינה עומדת בסתירה או בכפיפות לכל הוראת דין אחרת".

הגם שניתן היה להסתפק בקביעה זו, מצא בית המשפט להרחיב הדיון בנושא טובת הילד וקבע כי הגם שעקרון טובת הילד הוא עקרון גמיש, אין בכוחו לגבור על הוראה כלשהי מהוראות החוק. בהקשר זה נקבע כי: "לטובת הילד ניתן אפוא משקל משמעותי כאשר בית המשפט נדרש להפעיל את סמכויותיו מכוח החוק. אך אין משמעות הדבר כי מדובר בעיקרון אשר יש בכוחו לגבור על הוראה מפורשת חד-משמעית שבחוק או על איזונים מפורשים שנקבעו בו."

בית המשפט הוסיף וציין את ס' 25 לחוק האימוץ, המאפשר סטייה מהוראות החוק בנסיבות מיוחדות כאשר הדבר הוא לטובת המאומץ, וקבע כי מדובר ברשימה סגורה של מצבים, שלא ניתן לסטות ממנה בהתבסס על עקרון טובת הילד. נקבע כי דיני האימוץ יוצרים איזונים מורכבים בין מכלול שיקולים ואינטרסים, ובכלל זה גם שיקולים מתחום המשפט הבינלאומי.

בית המשפט המשיך וניתח את הוראת ס' 28 לחוק האימוץ וקבע כי הגיונה בצדה, וכי היא עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי וכן עם הצורך בחוות דעת מקצועית ומקיפה בנוגע להכרעה באשר לגורלו של המאומץ.

בית המשפט דחה את טענת המשיבים לפיה במקרה זה לא מתקיימים הטעמים העומדים בבסיס דרישת התושבות שבחוק. זאת הן משום שאין בטענה כדי לגבור על הוראת חוק מפורשת, והן משום שתושבותם מחוץ לישראל רלוונטית לצורך עריכת תסקיר. נקבע בהקשר זה כי: "אין מדובר בעניין "טכני" אשר ניתן להתגבר עליו על ידי כך שהתסקיר ייערך במשך הזמן הקצר והקצוב שבו ישהו המשיבים בישראל בחופשה. הדבר אינו עולה בקנה אחד עם הדרישה להצגת תמונה מלאה על ידי עו"ס באשר ליכולתם של המבקשים לאמץ לעמוד במשימת האימוץ, ועלול – אם יוחל באופן רחב היקף – לפגוע באופן ממשי ביכולתו של בית המשפט לעמוד על קנקנם של המבקשים לאמץ, כנדרש לפי החוק."

בית המשפט הוסיף ומתח ביקורת על המשיבים, אשר ביקשו לזקוף לחובת המדינה הסכמה אליה הגיעה בראשית ההליך, להכריז על הקטין בר אימוץ, רק כדי "לשחרר" את האם הפונדקאית התאילנדית מקשר עם הילד, ובשל התנהלותם הדיונית אף חייב אותם בהוצאות בסך 5000 ₪, תוך שהוא קובע התנהלותם עולה כדי שימוש לרעה בהליכי משפט. בנקודה זו קבע כב' השופט מינץ כי סעיף התחולה שבחוק האימוץ

אינו חל בשלב הכרזת הקטין בר אימוץ, כך שניתן להכריז על קטין בר אימוץ, גם מקום בו המאמץ המיועד אינו תושב ישראל. בנקודה זו, ובה בלבד, חלק כב' השופט סולברג על כב' השופט מינץ, וקבע כי לשאלה פנים לכאן ולכאן, וכי מכל מקום אין צורך להכריע בה במסגרת ההליך דנן.

בשולי הדברים נדחתה גם טענת המשיבים לפיה עמדת המדינה בבע"מ 802/21 שעסק בתנאי התושבות ביחס לצו הורות פסיקתי משליך על ענייננו ומטה את הכף אל עבר ניהול הליך האימוץ בישראל. נקבע כי המדינה לא ויתרה על דרישת התושבות בצו הורות פסיקתי באותו הליך, ומכל מקום בעניין דנן קיימות הוראות חוק ברורות, בעוד צו הורות פסיקתי אינו מעוגן במסגרת חקיקתית בדין הקיים. עוד העיר בית המשפט כי אמנם ההליך עוסק בדיני אימוץ, אך אינו דומה לתיקי אימוץ אחרים, בהם בית המשפט מוצא עצמו בין הפטיש לסדן ושוקל שיקולים הרי גורל ביחס לגורלו של קטין.

בעניינו לקטין אב שמגדל אותו, הקטין אזרח ישראל, בת הזוג של האב מגדלת אותו כאם, ובידי המשיבים האפשרות להחליט לשוב ארצה כך שיתאפשר לבת הזוג לאמצו, כך שהבחירה בעניין זה נמצאת בידיהם.

קישור לפסק הדין.

ח. אזרחי-פלילי:

47. ע"א 2966/17 **אס. אר. אקורד בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'**

המדובר בערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתיק בו הוגש כתב אישום בעבירות לפי חוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000 נגד איציק וזאנה והחברות אותן הקים. חברת אס. אר. אקורד טענה כי יש לה זכות ברכוש שנתפס, זאת מכוח שיעבוד לטובתה בגין שירותי אשראי אותם העניקה לוזאנה. בית המשפט המחוזי דחה את טענות אס. אר. אקורד לזכות ברכוש שחילוטו התבקש, ודחה טענתה כי מדובר בשעבוד קבוע, וכי החילוט גובר על השעבוד הצף. על החלטה זו הוגש הערעור לבית המשפט העליון.

הערעור הוגש בשנת 2017 אולם הדיון בו עוכב נוכח החקירה הפלילית שהתנהלה נגד אס. אר. אקורד ולפיכך בית המשפט העליון עודכן מעת לעת עד שהוחלט שלא יוגש כתב אישום נגדה.

כב' השופטת רונן כתבה את פסק הדין העיקרי אשר אל עיקריו הצטרפו גם כב' השופטת כנפי- שטייניץ וכב' השופט עמית.

בית המשפט העליון עמד בהרחבה על תכליות החילוט, התכלית ההרתעתית והתכלית הקניינית תוך הפנייה לפסיקה בנוגע לתכליות אלו, לרבות התכלית המניעתית של החילוט במיוחד בנושא עבירות לפי חוק איסור הלבנת הון. מסגרת המחלוקת בין הצדדים הוגדרה לגבי שלוש שאלות מרכזיות: האחת, סיווג השעבודים - האם מדובר בשעבודים קבועים כטענת המערערת או בשעבודים צפים כטענת המדינה; השנייה, האם שעבודים צפים מקימים זכות קניינית הגוברת על חילוט, והשלישית, האם השעבודים הצפים התגבשו ולכן דינם כדין שעבוד קבוע.

בכל הנוגע לסיווג השעבוד עמד בית המשפט העליון על התכלית והיסודות של השעבוד הצף ונקבע שכדי לסווג שעבוד כשעבוד צף יש לבחון שלושה מאפיינים: מסוימות הנכסים המשועבדים; אופי הנכסים

המשועבדים ומידת השליטה והפיקוח של הנושה על הנכסים המשועבדים. לאחר בחינה פרטנית נקבע כי למעט השעבוד על חובות הלקוחות, לגביו הייתה מחלוקת בין השופטים כמפורט להלן, כלל השעבודים הם שעבודים צפים.

בית המשפט בחן האם שעבוד צף מקנה זכות קניינית או מעין קניינית הגוברת על זכות המדינה לחלט. צוין כי קביעה בנושא תוביל להשלכות רוחב מבחינת הגופים המעניקים אשראי, אולם למרות זאת "אין מקום לבכר את זכותו של נושה מכוח שעבוד צף על פני זכותה של המדינה לחלט נכסים הקשורים בביצוע עבירה – ובמילים אחרות, כי אין בשעבוד צף כדי להקנות לנושה זיקה לנכס אשר די בה כדי להסיג את זכות המדינה לחלטו" (פסקה 23 לפסק הדין). צוין כי אם החוק יפורש כך ששעבוד צף יגבור על זכות המדינה לחילוט, יורחב הסייג מכוח סעיף 36ג לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 עד כדי ריקונו מכל תוכן.

בית המשפט העליון קיבל גם את טענת המדינה, כי אם תתקבל טענת המערערת כי שעבוד צף גובר על חילוט, עבריינים עלולים לנצל זאת לרעה ולשעבד רכוש שהושג בעבירה בשעבוד צף לנושים פיקטיביים תוך ניצול יתרונותיו של השעבוד הצף (האפשרות להמשיך להשתמש בנכסים וכו').

לבסוף קבע בית המשפט כי פרשנות המעדיפה את זכות המדינה לחילוט על פני זכותו של נושה מכוח שעבוד צף לא תוביל לפגיעה משמעותית בערכו של השעבוד הצף "שכן מלכתחילה השעבוד הצף, מעצם טיבו וטבעו, טומן בחובו סיכון גדול יחסית עבור הנושה, ואינו מקנה לו ודאות גבוהה ביחס למסת הנכסים שתיוותר בידיו בעת התגבשותו של השעבוד" (פסקה 28 לפסק הדין). כאמור בית המשפט הגיע למסקנה כי: "לאור משקלם המצטבר של טעמים אלה, אני סבורה, כאמור בפתח הדברים, כי יש מקום להעדיף את זכותה של המדינה לחילוט רכוש הקשור בביצוע עבירה, על פני זכותם של נושים ברכוש מכוח שעבוד צף" (שם).

צוין כי למרות שנושים מכוח שעבוד צף לא יכולים לטעון לזכות מכוח סעיף 36ג לפקודת הסמים המסוכנים, אין מניעה כי יטענו לזכות מכוח סעיף 21 לחוק איסור הלבנת הון מטעמים מיוחדים.

בית המשפט דחה את טענת המערערת, לפיה אם השעבודים התגבשו לאחר שהוגשה בקשת החילוט יגברו השעבודים על החילוט, תוך שציין כי קביעה כזו משמעותה שכל נושה בעל שעבוד צף שירצה לגבור על המדינה יגיש בקשה לפתיחת הליכי חדלות פרעון או מינוי כונס נכסים, ובכך הוראת החוק בנוגע לחילוט מכוח חוק איסור הלבנת הון תרוקן מתוכן. כמו כן, עבריינים יוכלו לעשות שימוש לרעה בכך כפי שצוין לעיל.

המחלוקת בין השופטים היתה לגבי השעבוד שהוטל על חובות הלקוחות. כב' השופטת רונן קבעה כי השעבוד על חובות הלקוחות הוא שעבוד ספציפי, ולפיכך בכל הנוגע לכספים אלה על המדינה להעבירם למערערת.

כב' השופטת כנפי-שטייניץ וכב' השופט י' עמית הסכימו עם פסק הדין של כב' השופטת ר' רונן למעט בכל הנוגע לסיווג השעבוד על חובות הלקוחות. כב' השופטת כנפי-שטייניץ, אליה הצטרף גם כב' השופט עמית קבעו, כי גם את השעבוד על חובות הלקוחות יש לסווג כשעבוד צף זאת לפי מבחן השליטה ומבחן הספציפיות.

כב' השופט עמית הוסיף כי בנקים לא ייפגעו מקביעה לפיה חילוט גובר על שעבוד צף שכן לבנקים יש את "סעיף הסל" של עכבון, שעבוד וקיזוז הנפוץ והמקובל ברוב טפסי פתיחת החשבון הנהוגים בבנקים בישראל.

קישור לפסק הדין.

48. רע"א 7901/20 **<u>מדינת ישראל נ' אליגוייב</u>**

פסק דינו של בית המשפט העליון קיבל את ערעור המדינה בדעת רוב של השופטים וילנר ומינץ נגד דעתו החולקת של השופט עמית.

השופט עמית ניתח בהרחבה את ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 80 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 והתכליות שעומדות בבסיס הסעיף. השאלה הפרשנית אותה העמיד עמית בלב העניין היא השאלה האם תקנה 5 לתקנות סדר הדין (פיצויים בשל מעצר או מאסר), התשמ"ב-1982 (להלן: "**תקנות הפיצויים**") מסמיכה ערכאה אזרחית, שדנה בתביעת רשלנות נגד המדינה בשל הליכים פליליים שנקטה, לפסוק מיוזמתה פיצוי לפי סעיף 80(א).

השופט עמית הגיע למסקנה, כי השיקולים העומדים בבסיס פסיקת פיצוי לפי סעיף 80 הם ביסודו של דבר אותם השיקולים הניצבים בבסיסה של הטלת אחריות ברשלנות על גורמי התביעה הפלילית ולכן מדובר בהסדר נזיקי במהותו. לפיכך הגיע השופט עמית למסקנה שיש לפרש את תקנה 5 לתקנות הפיצויים, כך שערכאה אזרחית שממילא דנה בתביעת רשלנות נגד המדינה בגין הליכים פליליים שנקטה, מוסמכת אגב בחינת החומר ומתן פסק דינה, לפסוק מיוזמתה ולחילופין פיצוי לפי סעיף 80(א). עם זאת צוין, כי על הערכאה הדיונית להעמיד את המדינה מראש על אפשרות זו. לדעת השופט עמית מדובר בפרשנות אפשרית מבחינה לשונית שמגשימה באופן מלא יותר את תכליות הסעיף.

לעומתו השופטת וילנר הגיעה למסקנה הפוכה וקבעה, כי מלשונם של סעיף 80 לחוק העונשין ותקנה 5 לתקנות הפיצויים, מההיסטוריה החקיקתית וכן מהאופן בו הפסיקה פירשה את דברי החקיקה האמורים, עולה כי התכלית העיקרית העומדת בבסיסם היא לצמצם את נזקיו של נאשם אשר זוכה או שכתב האישום נגדו בוטל, באופן מהיר, יעיל ומקוצר, על יסוד שיקול דעתה של הערכאה הפלילית אשר דנה בהליך הפלילי העיקרי בעניינו. השופטת וילנר ציינה, כי לשון דברי החקיקה, על רקע ההקשר הטקסטואלי שלהם והסביבה החקיקתית בה הם מופיעים, ברורה, והפרשנות הטבעית והמתבקשת היא שהמונח "בית המשפט" שבסעיף 80 ובתקנה 5 מתייחס אך לערכאה הפלילית שדנה בעניינו של הנאשם.

השופטת וילנר בחנה אף היא את התכליות העומדות בבסיס סעיף 80 והגיעה למסקנה, כי קיים שוני מהותי בין יסודות עוולת הרשלנות והתכליות העומדות בבסיסה, לבין הוראת סעיף 80 על יסודותיה ותכליותיה.

עמדתה של השופטת וילנר היא שמשמעות המונח "בית המשפט" בסעיף 80 ובתקנה 5 היא בית המשפט הפלילי בלבד, וכי הערכאה האזרחית אשר דנה בתביעת רשלנות שמגיש נאשם נגד המדינה בגין רשלנותה בנקיטת הליכים פליליים נגדו אינה מוסמכת לפסוק פיצויים מכוח הוראות חוק אלה, אף לא מיוזמתה.

השופט מינץ הצטרף לעמדתה של השופטת וילנר. השופט מינץ הדגיש שלדעתו השאלה היא לא של סמכות המותב במובן הרגיל של המושג, אלא בשאלה של זהות ההליך שבמסגרתו רשאי המותב לצוות על תשלום הוצאות הגנה ועל פיצוי לנאשם שזוכה. לגופו של עניין ציין השופט מינץ כי בהתאם לתורת הפרשנות המקובלת, פרשנות סעיף 80 ותקנה 5 תיגזר בראש ובראשונה מלשון דבר החקיקה וחקיקת המשנה הטעונים פרשנות. רק כאשר קיימת יותר מפרשנות לשונית אחת אפשרית, יש מקום לתור אחר תכליות דבר החקיקה ולבחון מבין האפשרויות הלשוניות הקיימות את הפרשנות אשר מגשימה תכליות אלה באופן המיטבי. עמדת השופט מינץ היא שלשונם של סעיף 80 ותקנה 5 ברורה ואינה סובלת שני פירושים ומשכך אין כל צורך להיזקק לתכליתה – בהתאם ללשון הסעיף, המחוקק העניק לבית המשפט שדן בהליך הפלילי בעניינו של נאשם ואשר מצא במסגרת ניהול ההליך הפלילי כי לא היה יסוד לאשמה או כי קיימות נסיבות אחרות המצדיקות זאת, את האפשרות לצוות על הוצאות הגנתו ועל פיצוי בעבור מעצרו או מאסרו של הנאשם. עוד צוין, כי גם הוראות אחרות בחוק ובתקנות מתיישבות עם הפרשנות הלשונית הזו של תקנה 5 לסעיף 80. לפיכך, אין לשונו של סעיף 80(א) לחוק סובלת פרשנות לפיה בית משפט בהליך אזרחי רשאי לפסוק פיצוי והוצאות הגנה ואין בכוחה של הוראת תקנה 5 כדי לשנות ממסקנה זו. העניין נתון באופן בלעדי למותב אשר דן בהליך הפלילי בעניינו של הנאשם שזוכה.

קישור לפסק הדין.

ט. סדר דין אזרחי

49. ע"א 1062/20 **מדינת ישראל נ' סימון ואח'**

מדובר בהחלטת בית המשפט העליון בבקשת הבהרה שהוגשה על ידי אברהם סימון (באמצעות עורך דין). במסגרת ההחלטה מציין בית המשפט כי פסק הדין שניתן מדבר בעד עצמו ואינו זקוק להבהרה או להשלמה. יחד עם זאת, פונה בית המשפט ומבהיר "באופן חריג" את שנקבע בפסק הדין.

במסגרת ההחלטה בית המשפט עשה הבחנה בין צו חוסם "קלאסי" המופנה למזכירות ומורה לה שלא לקבל מסמך שהוגש על ידי בעל דין לבין צו חוסם שהוא "צו מניעה אישי" אשר אינו מופנה למזכירות (אלא לבעל הדין הטורדן) ואינו שולל את שיקול הדעת השיפוטי.

לגבי צו חוסם "קלאסי" נקבע כי, ככלל, לא ניתן להורות על מתן צו חוסם שכזה. לכלל זה יש חריג: צו חוסם בעניינו של הליך ספציפי שהדיון בו הסתיים זה מכבר ואשר אוסר על בעל הדין להגיש בקשות נוספות בגדרי אותו הליך.

לעומת זאת, "צו מניעה אישי" מופנה כלפי המתדיין הטרדן ולא כלפי המזכירות. משכך, על המזכירות לקבל את המסמכים לרישום. לפיכך, פגיעתו של צו כזה בזכות הגישה לערכאות פחותה ולכן ניתן להורות על הוצאת צו מסוג זה גם ביחס להליכים שטרם הסתיימו.

נקבע, כי מההיבט הפרוצדורלי, דרך המלך להוצאת צו מניעה אישי היא בפתיחת הליך נפרד בבית המשפט המחוזי שבו תתבקש הוצאת צו המניעה. הליך כזה יכול להגיש בעל דין שרואה עצמו נפגע מהליכים טרדניים המוגשים נגדו חדשות לבקרים או על ידי המדינה האמונה על שמירת האינטרס הציבורי שנפגע

גם הוא מהגשתם של אותם הליכים טורדניים אשר מעמיסים על מערכת המשפט ומעכבים את הטיפול בעניינם של בעלי דין אחרים.

עוד נקבע, כי אם בעל דין טרדן יתמיד בטרדנותו יוכל אותו גורם שעתר לקבלת הצו מלכתחילה להגיש לבית המשפט נותן הצו בקשה לפי פקודת ביזיון בית משפט.

לגבי מקרה זה נקבע, כי הצו שהוצא בעניינם של סימון הוא צו מניעה אישי. בשל כך המזכירות אינה נדרשת לבחון האם עומד סימון בתנאי הצו החוסם ועל המזכירות לקבל את המסמך לרישום, כל עוד הוא עומד בתנאים הנדרשים מבעלי דין רגילים. יחד עם זאת, אם סבורה המדינה שסימון מפרים את צו המניעה האישי שניתן בעניינים, פתוחה בפניה הדרך להגיש בקשה לפי פקודת ביזיון בית משפט.

קישור לפסק הדין.

50. רע"א 6209/22 **רשות מקרקעי ישראל ואח' נ' פאהום**

בית המשפט העליון קיבל את בקשת רשות הערעור שהוגשה מטעם המדינה על החלטת בית המשפט המחוזי נצרת מדיון שהתקיים 31.05.2022 (כב' השופט אטרש) לפיה טענות הסף להתיישנות, שיהוי והעדר עילה שהועלו בבקשה לסילוק על הסף ידונו יחד עם התביעה העיקרית.

מדובר בתביעה ביחס למקרקעין שעברו הליך הסדר עוד בתקופת המנדט, והסעד המבוקש היה תיקון רישום זכויות שנעשו על ידי פקיד ההסדר. במילים אחרות, פתיחת הליך הסדר שהסתיים בשנת 1945. הוגשה כתב הגנה ובקשה נפרדת לסילוק על הסף מחמת התיישנות, שיהוי והיעדר עילה. בית המשפט המחוזי קבע במסגרת דיון מקדמי כי הדיון חופף לתביעה העיקרית ובשל כך יידון בבקשה יחד התביעה העיקרית. כך, דה פקטו, דחה את הבקשה לסילוק על הסף מבלי נימוק מלבד האמור לעיל. בבקשת רשות הערעור נטען כי החלטת בית המשפט אינה עולה בקנה אחד עם הצורך לנהל את ההליך ביעילות בהתאם לתקנות סדר הדין האזרחי. כמו כן, ההחלטה ניתנה ללא נימוק. מעבר לכך נטען כי ראוי לדון בטענות הסף בשלב המקדמי של ההליך בשל העובדה כי מדובר בטענות משפטיות בלבד.

בית המשפט העליון קיבל את בקשת רשות הערעור שהוגשה מטעם המדינה ודן בה כערעור.

בית המשפט חזר על הקביעה שככלל, וככל והדבר אפשרי, יש לבחון טענת התיישנות בשלב מקדמי של ההליך, טרם בירור התביעה לגופה. זאת מאחר שאם הטענה מתקבלת, היא עשויה להביא לסיום התדיינויות בין הצדדים ולחסכון בזמן ובמשאבים, הן של בית המשפט והן של הצדדים עצמם. כמו כן, הדבר מתיישב עם הרצון להגן על אינטרס הציפייה וההסתמכות של הנתבע בכך שהוא לא יצטרך להתגונן מפני תביעות שהתיישנו.

בית המשפט חזר על ההלכה שנקבעה בעניין **בנק דיסקונט** (רע"א 6552/20) וההבחנה שיצרה השופטת וילנר בין מצבים שונים בהם מועלת טענת התיישנות. השופטת וילנר בעניין בנק דיסקונט קבעה כי ביחס למצבים בהם לא נדרש כלל בירור עובדתי לצורך הכרעה בשאלת התיישנות או שנדרש בירור עובדתי ייחודי, השונה מהבירור העובדתי הנדרש לבירור התביעה גופה- רצוי לדון ולהכריע בטענת ההתיישנות בשלב מקדמי של ההליך, בטרם בירור התביעה לגופה.

השופטת רונן ביקשה לחדד את הקווים המנחים ביחס להבדל בין שני המצבים המתוארים לעיל:

ביחס למצב הראשון, בו ניתן להכריע בשאלת ההתיישנות ללא כל בירור עובדתי - ברובם המוחלט של המקרים נדרש בית המשפט לדון ולהכריע בה כבר בשלב המקדמי (זאת למעט במקרים חריגים ביותר, בהם שיקולי יעילות עשויים להצדיק את דחיית הדיון בטענת ההתיישנות למרות שהדיון אינו כרוך בבירור עובדתי).

בכל הנוגע למצב השני, בו כרוכה ההכרעה בטענת ההתיישנות בבירור עובדתי ייחודי השונה מהבירור העובדתי הנדרש בתביעה גופה - שיקול הדעת המוקנה לערכאה הדיונית בשאלה באיזה שלב לדון בטענת ההתיישנות הוא רחב יותר. במצבים אלה יהיה על בית המשפט לשקול מהו טיבו והיקפו של הבירור העובדתי הנדרש. אם מדובר בבירור עובדתי קצר וממוקד - נכון יהיה לפצל את הדיון ולהכריע בשאלת ההתיישנות בנפרד, בטרם הדיון התביעה העיקרית. אך אם מדובר בבירור עובדתי ארוך ומורכב - ייתכן כי שיקולי יעילות יצדיקו לשלבו יחד עם הליך ההוכחות בתביעה גופה ולדון במלוא הטענות כמקשה אחת.

ביחס לתיק הספציפי, בית המשפט העליון סבר כי ההכרעה בטענת ההתיישנות אינה כרוכה בבירור עובדתי כלשהו, אלא מדובר בשאלה משפטית ולפיכך היה על בית המשפט לדון ולהכריע בשאלת ההתיישנות כבר בשלב המקדמי.

אף על פי כן, בית המשפט המחוזי קבע בהחלטתו כי הדיון בבקשה לדחייה על הסף חופף לדיון בתביעה גופה ולכן יש לדון בהן יחדיו. אולם, השופט לא נימק מהם הטעמים שהביאו אותו לקביעה זו, ולא פירט מהו אותו בירור עובדתי נדרש לשיטתו לצורך הכרעה בטענת ההתיישנות.

לכן, בית המשפט העליון סבר כי יש להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי כדי שידון וינמק האם ההכרעה דורשת בירור עובדתי, ואם כן, לאילו שאלות עובדתיות שונות במחלוקת הוא מתייחס. אם בית המשפט יגיע למסקנה כי אין שאלה עובדתית נדרשת, מן הראוי שיכריע בבקשת המדינה כבר בשלב זה. אם יגיע למסקנה ההכרעה כרוכה בבירור עובדתי, יוכל השופט לשקול האם יש מקום לפצל את הדיון או לא, בהתאם לשיקול דעתו.

קישור לפסק הדין.

51. רע"א 5406/22 **פלוני נ' הראל חברה לביטוח בע"מ ואח'**

החלטתו של כב' השופט עמית העוסקת בסוגיות של גילוי מסמכים. בהחלטה, אמירות חשיבות בעניין הליכי הגילוי המוקדם, וכן אמירות בנוגע למסמכים המצויים בידי זרועותיה השונות של המדינה.

בהחלטתו, בית המשפט חוזר על הכלל לפיו אין מקום להתיר חקירה על תצהיר גילוי מסמכים. תקנה 110 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 איפשרה לבעל דין לחקור מצהיר על התשובות שניתנו לשאלון, אך בפרקטיקה כמעט שלא נעשה שימוש באפשרות זו. בתקנות החדשות אין זכר לאפשרות זו, ולדידו של השופט עמית, יש לפרש אותן בנקודה זו כפשוטן. "מתן אפשרות לחקור את המצהיר על שאלון עלולה להפוך את הליכי הגילוי המוקדם, שהם חלק משלב ההכנה למשפט, למעין הליך הוכחות, ואנה אנו באים".

טופס 11 עפ"י התקנות הישנות לא מצא את מקומו בתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, אך אופן פירוט המסמכים ומהות ההצהרה המופיעה בטופס 11 הנ"ל, מופיעים למעשה בתקנה 57, הקובעת כי בתצהיר גילוי מסמכים יש לפרט את המסמכים "המצויים או שהיו מצויים ברשותו או בשליטתו של בעל הדין ושאיתר בעל הדין לאחר חקירה ודרישה; אם המסמך אינו מצוי עוד ברשותו או בשליטתו, יפרט את הנסיבות הקשורות לכך". עם זאת, השופט לא קיבל את דרישתו הדווקנית של המבקש להגשת תצהיר מתוקן ובו המלים "לאחר חקירה ודרישה" אשר נשמטו מהתצהיר שהוגש, מאחר שכפי שעולה גם מההתכתבויות בין הצדדים, הובהר למבקש כי למיטב ידיעת המצהירה אין ומעולם לא היו מסמכים רלוונטיים נוספים.

המדינה היתה אחת מני נתבעים רבים בתיק זה. טענת המבקש נגד המדינה היתה כי היה על הצבא לאבחן את מחלתו הלבבית עובר לגיוסו לצה"ל; דהיינו, טרונייתו היא נגד משרד הבטחון מכוח עילה מוגדרת הנוגעת לשירותו הצבאי והמיון לקראתו (השופט אף מזכיר כאן את טענת המדינה כי דין התביעה נגדה להידחות מחמת ייחוד העילה). השופט קובע כי אינו רואה כל סיבה שבגינה המצהירה מטעם משרד הבטחון תפנה אל משרד החינוך או אל משרד הרווחה או אל משרד האוצר או אל משרד התחבורה בשאילתה האם יש ברשותם מסמכים כלשהם הקשורים למבקש. השופט מבדיל את העניין מהמקרה שנדון בהליך רע"א 4826/12 **מדינת ישראל נ' פלוני** (07.08.2012), שם ביקשה המדינה כנתבעת לעשות שימוש בחומר שנמצא בשתי זרועות שלה (צה"ל – משרד הביטחון – והמשטרה); שם קבע בית המשפט העליון שהמדינה רשאית לאסוף מידע הדרוש לה להגנתה והמצוי בידי רשות מרשויותיה, ומשרד הבטחון והמשטרה "הם שתי זרועות של אותו בעל דין שנקרא 'מדינת ישראל'". באותו מקרה היה מדובר במידע שנחוץ למדינה להגנתה על פי חזית המחלוקת. במקרה דנן, לאור תיחום העילה בכתב הטענות, אין כל סיבה שבגינה תחל המדינה במסע לאיתור ולחיפוש חומר הקשור למבקש בכל רחבי משרדי הממשלה השונים:

"בשורה התחתונה, מטבע הדברים כי ברשות המדינה עשוי להימצא מידע רב על אודות כל אזרח במדינת ישראל בכל תחומי החיים. אין משמעות הדבר שכל אימת שפלוני מגיש תביעה נגד המדינה, על המדינה לפשפש בכל זרועותיה, משרדיה ויחידותיה אחר מידע הנוגע לפלוני ושאינו נוגע לליבת המחלוקת. לפנינו דוגמה נוספת לדרישה מכבידה ובלתי מידתית של המבקש, דרישה שהיא בבחינת מסע דיג באוקיינוס רחב ידיים בניסיון ללכוד דגיגון כלשהו שאין כל ידיעה על עצם קיומו, מקורו, זהותו, גודלו ומקום הימצאו".

קישור לפסק הדין.

<u>י. פסיקה בעניין פעולה מלחמתית וחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 (להלן: "חוק הנזיקים האזרחיים"):</u>

52. <u>ע"א 993/19 **פלוני נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון ואח'**</u>

בית משפט המחוזי קיבל את בקשת המדינה ודחה את התביעה, תוך שקבע כי תיקון מס' 8 הינו חוקתי. בית המשפט העליון דחה את הערעור בפסק דין ארוך ומקיף. השופט סולברג סקר תחילה את הרקע העובדתי אודות רצועת עזה ותיקוני חוק הנזיקים האזרחיים שנעשו לאורך השנים. לאחר מכן, בחן מספר סוגיות מרכזיות:

ראשית, האפשרות להפעיל ביקורת שיפוטית-חוקתית 'עקיפה' על חקיקה ראשית של הכנסת, אגב תביעה אזרחית. בית המשפט עמד על הקשיים העולים במסגרת תקיפה עקיפה, אך לבסוף פסק כי חרף הנטייה שלא לקיים ביקורת שיפוטית על דבר חקיקה ראשי בתקיפה עקיפה במסגרת הליך אזרחי, בנסיבות העניין היה מקום לאפשר זאת. הטעם המרכזי לכך, הינו כי המערער פעל על פי המסלול שהתווה בית המשפט העליון (הנשיא ברק) בעניין **עדאלה**, באופן ספציפי בהתייחס לשאלת חוקתיותו של סעיף 5ב לחוק.

על כן, נקבע כי המערער זכאי להשמיע את טענותיו החוקתיות, גם בדרך של 'תקיפה עקיפה', המעוגנת בסעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. אולם, תקיפה עקיפה מתוחמת אך ורק לשאלות שההכרעה בהן דרושה "לצורך אותו עניין", ולכן, חלק מטענות המערער - מתייתרות (כגון טענות רטרואקטיביות של החוק והצו הממשלתי).

שנית, שאלת תחולת דיני המשפט הבינלאומי בענייננו. נקבע כי פגיעה בזכויות אדם, שמקורה במשפט הבינלאומי הפומבי, על-ידי דבר חקיקה ישראלי מפורש, אינה מקימה עילה לביקורת שיפוטית חוקתית. דין טענותיו של המערער, ככל שהן נסמכות באופן בלעדי על פגיעה בזכויות הנתונות לו מכוח המשפט הבינלאומי – להידחות. נוסף על כך, דיני העימות המזוין אינם מקימים עילת תביעה אישית בגין נזק שנגרם לפרט אגב עימות מזוין. לכן, בניגוד לטענת המערער, סעיף 5ב(א)(1) לחוק אינו נוגד את הדין הבינלאומי. כדברי השופט סולברג: "לבד מן העובדה שאין בכוחו של המשפט הבינלאומי לגבור על הוראת חוק מפורשת, הרי שגם במשפט הבינלאומי, אין בנמצא כלל הסותר את ההסדר שבסעיף 5ב(א)(1) לחוק."

שלישית, שאלת תחולתם האקסטרה-טריטוריאלית של חוקי היסוד, כחלק מהבחינה האם הסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה מגבש פגיעה בזכות חוקתית. כמו בפסקי דין קודמים, גם בפסק הדין השאלה נותרה בצריך עיון. השופט סולברג לא נטע מסמרות בשאלת התחולה האקסטרה-טריטוריאלית של חוקי היסוד. נקבע, כי לאור הפרשנות הראויה של היקף זכויות היסוד, ניתן לקבוע כי אין פגיעה בזכויות חוקתיות. יחד עם זאת, מאחר והסעיף פוגע בזכויות יסוד, נקבע כי לצורך הדיון מתקיימת פגיעה חוקתית והיא תיבחן בהתאם לפסקת ההגבלה. אולם, גם אם נניח שהגנת חוקי-היסוד חלה באופן עקרוני על כל חקיקת הכנסת, הרי שהיקף ההגנה על זכויות המערער מצומצם יותר, נוכח מגוריו בשטח אויב.

רביעית, בחינת הסדר הפטור מאחריות כלפי תושבי עזה הקבוע בסעיף 5ב(א)(1) לחוק, לפי מבחני פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. נפסק כי הסעיף עומד במבחני פסקת ההגבלה, ומשכך, חוקתי.

בשלב הראשון, נקבע כי הסדר זה אכן מביא לפגיעה בזכויות אדם - הזכות לחיים, לשלמות הגוף, לכבוד, לחירות, לקניין ולזכות הגישה לערכאות. בשלב השני, נקבע כי בבסיס ההסדר עומדות תכליות ראויות: מניעת סיוע כלכלי או מוראלי לאויב, והתאמת דיני הנזיקין למצבי מלחמה. בשלב השלישי, נקבע כי ההסדר עומד במבחני המידתיות - ההסדר מקיים את מבחן 'הקשר הרציונלי', וכן את מבחן 'האמצעי שפגיעתו פחותה'. אין חלופה הולמת להסדר שנקבע, שכן בדיקה אינדיבידואלית אינה יכולה להגשים את התכליות שבבסיס סעיף 5ב(א)(1) לחוק, במידה שוות-ערך. ההסדר צולח גם את מבחן 'המידתיות במובן הצר', שכן תועלתו של ההסדר עולה על נזקו. כמו כן, להסדר ישנם כמה חריגים, הממתנים את הפגיעה בזכויות.

בנוסף, פסק הדין עומד על ההבדלים המהותיים בין סעיף החוק בעניין **עדאלה**, לבין סעיף החוק במקרה דנן. כך, פסק הדין בעניין **עדאלה**, ניתן לגבי תביעות של תושבים המתגוררים בשטח הנתון לשליטתה האפקטיבית של ישראל. לעומת זאת, פסק הדין דנן נוגע לשטח מדינת אויב, שטח הנשלט על-ידי אויב, שבו אין למדינה ולצבאה דריסת רגל. לכן, הפסקת התפיסה הלוחמתית ברצועת עזה, מזה למעלה מ-16 שנים, כשלעצמה, מצדיקה איזון שונה מזה שנעשה בעניין **עדאלה**.

באשר לעניין **דיראני**, נקבע כי מצב הדברים ברצועת עזה, לאחר הכרזתה כ'שטח אויב', דומה יותר ללחימה מול 'מדינת אויב', ולא ללחימה מול ארגון טרור הפועל ממדינה זרה. לפיכך, קיימת הצדקה לקבוע כלל חסינות רחב, שימנע תביעות נזיקין של תושביה נגד המדינה.

השופט גרוסקופף הצטרף לפסק דינו של השופט סולברג ולקביעתו כי דין הערעור להידחות. השופט גרוסקופף הוסיף הערה, לפיה, כאשר מדובר במקרה הקשור בקשר הדוק למצב העימות עם רצועת עזה, כפי שהתקיים בעניינו, ובו מתקיימות תכליות החוק, ניתן להצדיק את הרחבת הפטור של המדינה מאחריות כלפי תושבי עזה במבחני המידתיות החוקתיים. אולם, קיים קושי משמעותי בחסימת האפשרות של תושב רצועת עזה להגיש תביעה נזיקית נגד מדינת ישראל, כאשר לעוולה זו אין קשר הדוק למצב העימות, שכן במקרה זה לא מתקיימת התכלית של התאמת דיני הנזיקין למצב המלחמתי.

המשנה לנשיאה (בדימוס) הנדל הסכים גם הוא כי יש לדחות את הערעור, והדגיש שעסקינן בתקיפה עקיפה של חוקתיות החוק, ודי בבחינת נסיבות המקרה דנן ועמדות הצדדים כדי לדחות את התביעה בהתאם לסעיף 5ב(א)(1) לחוק הנזיקים האזרחיים, שכן החוק צולח את המשוכה החוקתית במקרה זה.

על החלטת בית המשפט הוגשה בקשה לדיון נוסף, אולם הבקשה נדחתה.

קישור לפסק הדין.

53. רע"א 3065/21 **מדינת ישראל נ' עזבון המנוח יוסף סאמי יוסף שואמרה ואח'**

בפסק הדין התקבלה בקשת רשות ערעור שהגישה המדינה. מדובר בבקשת רשות ערעור "בגלגול שלישי" על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופטים יעקובי, בר-עם ומרים לומפ) בע"א 38157-10-20 מיום 11.03.2021, בו התקבל ערעורם של המשיבים על פסק דינו של בית משפט השלום בירושלים (כב' השופט בורשטיין) בת"א 17063-03-16 מיום 06.09.2020.

עסקינן באירוע שארע באזור לכיש ביום 19.03.2014, בו שלוש דמויות חצו את גדר ההפרדה, ביניהן יוסף סאמי יוסף שואמרה (להלן: "**המנוח**"), והתקדמו לתוך שטח ישראל. כוח צבאי שביצע מארב במקום פתח בנוהל מעצר חשוד, קרא קריאות אזהרה, ירה פעמיים באוויר ולבסוף ביצע ירי לכיוון רגלו של המנוח, אשר מת מפצעיו. בגין מותו, הוגשה תביעה נזיקית נגד המדינה.

בתמצית, בית משפט השלום קבע כי המנוח מצא את מותו במסגרת "פעולה מלחמתית", ולפיכך דחה את תביעת המשיבים על הסף מכוח סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים.

המשיבים ערערו על פסק דינו של בית המשפט השלום לבית המשפט המחוזי, אשר קיבל את ערעורם וקבע כי הדיון יוחזר לבית המשפט השלום לסיום שמיעת מכלול הראיות ובחינת שאלת הרשלנות, במקביל לבחינה מחדש של טענת "הפעולה המלחמתית".

המדינה הגישה בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. **בית המשפט העליון קיבל את עמדת המדינה, מצא לנכון ליתן רשות ערעור ודן בבר"ע כבערעור.**

בית המשפט העליון קבע ראשית כי הבקשה מעלה שאלה בעלת חשיבות משפטית או ציבורית החורגת מעניינם הפרטני של הצדדים להליך ולכן יש ליתן רשות ערעור, משני טעמים: האחד, בשל הצורך העולה מהבקשה להבהיר את פרשנותו והיקף תחולתו של סעיף 5(ב) לחוק, והשני, בשל היעדר הנמקה לפסק דינו של בית המשפט המחוזי. שנית, נקבע כי בית המשפט המחוזי שגה כאשר הורה על השבת הדיון לבית משפט השלום לשם הכרעה בטענת הרשלנות, טרם שהכריע בשאלת סיווג האירוע כ"פעולה מלחמתית", וכי אין לכרוך את בירורן של שתי סוגיות אלה יחדיו.

שלישית, יש לדון בטענת פעולה מלחמתית כטענה מקדמית ולאלתר, בטרם הכרעה בטענות הנוגעות לתביעה גופה. ככל שלא תתקבל טענת ההגנה בדבר פעולה מלחמתית, תידון התביעה לגופה. עוד נקבע כי קביעתו של בית המשפט המחוזי לא נומקה, ולו באופן מינימלי, ולא צוין בפסק הדין כל פגם או חסר אשר נפלו בפסק הדין המקיף של בית משפט השלום המצדיק את ביטולו. יש חשיבות להנמקה שיפוטית על מנת שהצדדים יבינו את הבסיס לקביעת בית המשפט בעניינם והן כדי לאפשר את העברתן של קביעות אלה תחת שבט הביקורת הערעורית.

לאור האמור, הערעור התקבל ופסק דינו של בית המשפט המחוזי אשר הורה להשיב את הדיון לבית משפט השלום לשם בירור טענת הרשלנות – בוטל. בכל הנוגע לקביעות הנוגעות לסיווג האירוע כ"פעולה מלחמתית", התקבל הערעור באופן חלקי כך שבית המשפט המחוזי ישוב ויכריע בערעור על פסק דינו של בית משפט השלום, ככל שהוא נוגע לסיווג האירוע, וינמק קביעותיו.

קישור לפסק הדין.

54. ע"א 2635/22 **עזבון המנוחה עאישה ראבי ואח' נ' משרד הביטחון**

ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון הדוחה את ערעור עזבון המנוחה עאישה ראבי. פסק הדין נכתב ע"י כב' השופט עמית בהסכמת השופטות וילנר וכנפי-שטייניץ.

המנוחה נהרגה כתוצאה מפגיעת אבן שהושלכה לעבר רכבה ביום 12.10.18,עת נסעה עם בעלה ובתה הקטינה בקטע שבין צומת רחלים לצומת תפוח. נגד החשוד במעשה הוגש כתב אישום וההליך נגדו עדיין מתנהל. המערערים הוכרו כנפגעי פעולות איבה אך אינם זכאים לתגמולים מאחר והם תושבי האזור. ביום 25.04.21, כשנתיים וחצי לאחר האירוע, הגישו המערערים נגד משרד הביטחון תביעה על סך 67 מיליון ₪ בגין אי מניעת פיגוע. התביעה הוגשה גם נגד איחוד האמירויות על רקע היותה ערבה לשלום ופתרון הסכסוך הפלסטיני ישראלי. התביעה נגד איחוד האמירויות נמחקה.

המדינה הגישה בקשה לסילוק על הסף מחמת התיישנות התביעה. בית המשפט המחוזי בירושלים, כב' השופט אילן סלע, קיבל את בקשת המדינה ודחה את התביעה. נקבע כי סעיף ההתיישנות המקוצרת חל בענייננו מאחר והנזק התרחש ב"אזור" ונטען כי נגרם עקב מחדלי כוחות הביטחון. כן, נקבע כי המערערים לא הצביעו על נסיבה אובייקטיבית המצדיקה הארכת תקופת ההתיישנות. על פסק דין זה הוגש ערעור.

בית המשפט העליון דחה את הערעור על הסף בהתאם לתקנה 138(א)(1) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018. נקבעו כמה מספר קביעות:

לפי כתב התביעה מיוחסים לכוחות הביטחון מחדלים שעניינם אי מניעת טרור נגד פלסטינים. סע' 1 לחוק הנזיקים האזרחיים מגדיר "מעשה" – לרבות מחדל. כך שגם אם עסקינן במחדלים ולא במעשים יש תחולה לחוק, זאת ככל שהטענות מיוחסות לכוחות הביטחון בגין נזק שקרה ב"אזור".

טענת המערערים כי לא היה באפשרותם להגיש תביעתם בזמן עקב אי מסירת חומרי חקירה נדחתה. נקבע כי הוכחת התביעה אינה קשורה בזהות האשם במותה של המנוחה. אין בכתב התביעה בדל טענה שעניינו בחומרי חקירה או כתב אישום וניתן היה להגיש את התביעה בנוסחה הכוללני גם טרם חלוף מועד ההתיישנות.

טענת המערערים כי על המדינה לוותר בנסיבות על טענת ההתיישנות כפי שעשתה בעניין **דוואבשה** נדחתה. נקבע כי אין בבחירת המדינה כבעלת דין, לוותר על טענת התיישנות במקרה מסוים כדי להשליך על אפשרותה להימנע מכך במקרה אחר. כמו כן, נקבע כי המדינה טענה טענת התיישנות בהזדמנות הראשונה. נקבע גם כי כללי חוק הנזיקין האזרחיים הם ספציפיים ויחודיים וגוברים על הוראות חוק ההתיישנות, התשי"ח-1958.

כפי שנקבע בבג"צ 8276/05 **עדאלה**, נקבע כי ההסדר החוקי שבתיקון 4 הוא חוקתי.

לעניין הגשת תביעה בגין אי מניעת פשע נקבע:

"מבלי לקבוע מסמרות אציין כי מכתב התביעה, באופן הכוללני שבו נוסח, עולה כי הלכה למעשה המערערים מבקשים להטיל על המדינה אחריות מוחלטת לאי מניעת פשע. הטלת אחריות כה גורפת על המדינה בגין אי מניעת פשע, מעין אחריות "ביטוחית", אינה מוכרת במשפטנו (במאמר מוסגר: פסק הדין בע"א 1678/01 **מדינת ישראל נ' וייס**, פ"ד נח(5) 2004), הוא פסק דין חריג שבו הוטלה אחריות על המדינה בגין אי מניעת פשע וזאת לנוכח הנסיבות המיוחדות של המקרה. לאחריות בעל עסק למנוע פשע ראו גיא שני "אחריות נזיקית בגין אי-מניעת פשע: חובתו של בעל עסק למנוע מעשה פלילי של צד שלישי" מחקרי משפט כ"ט (2013) 237".

[קישור לפסק הדין.]

מדינת ישראל
משרד המשפטים
פרקליטות המדינה - המחלקה האזרחית

55. ע"א 6655/21 **פלוני ואח' נ' מדינת ישראל**

פסק הדין מפי כב' השופטת וילנר ובהסכמת כב' השופטים שטיין ורונן, דחה את הערעור בהעדר עילה להתערבות במסקנתו של בית המשפט המחוזי, שלפיה, המנוחה נהרגה במהלך פעולה מלחמתית מובהקת לפי סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים.

עניינו של ההליך בתביעת נזיקין שהגישו יורשי המנוחה אימאן אלהמץ (ת"א 5709-12-12), לקבלת פיצויים בגין אירוע מצער שארע ביום 05.10.2004, בו נגרם מותה, בהיותה בת 14, לאחר שחדרה לאזור ביטחוני מיוחד (אב"ם) והתקרבה לעבר מוצב "גירית", בגזרת רפיח שברצועת עזה. כתוצאה מהתקרבות המנוחה לשער המוצב, פתחו החיילים באש לעבר המנוחה, ממנה, ככל הנראה, נהרגה (הפרשה ידועה גם בשמה כפרשת רס"ן ר' והוגשה בעניין תביעת לשון הרע וכן התנהל הליך פלילי ביה"ד הצבאי שהסתיים בזיכוי).

בית המשפט המחוזי בבאר-שבע (כב' השופט פרידלנדר), פסק כי האירוע מהווה "פעולה מלחמתית" ולפיכך דחה את תביעת המערערים. בבחינת למעלה מן הצורך, בחן בית המשפט האם הפעולה המלחמתית הייתה "סבירה וחוקית", בנימוק כי יש לכך השלכה על שאלת ההוצאות, וקבע כי החיילים נהגו באופן רשלני, ובניגוד להוראות הפתיחה באש ולדין הבינלאומי – המדינה ביקשה להסתייג מקביעות אלו של בית המשפט, אשר כאמור, נכתבו כאוביטר (פס' 8 סיפא לפסק הדין).

בכתב הערעור, טענו המערערים כי מותה של המנוחה נגרם מרשלנות כוחות הביטחון, אשר הפרו את הוראות הפתיחה באש ואת הדין הבינלאומי.

בפסק הדין, עמדה כב' השופטת וילנר על תכלית הפטור מאחריות נזיקית בגין פעולה מלחמתית, תוך סקירת פסקי הדין המהותיים בסוגיה, לרבות פסק דינו של כב' השופט סולברג מהעת האחרונה בעניין **נבאהין** (ע"א 993/19).

נפסק כי מותה של המנוחה נגרם במסגרת פעולה מלחמתית מובהקת, בהתאם להגדרה הסטטוטורית שחלה בעת האירוע. נקבע כי יש לבחון את האירוע על רקע המציאות הביטחונית הקשה ששררה בגזרה באותה עת. בנסיבות אלה, עולה כי לנגד עיניי החיילים ששהו במוצב התעורר חשש ממשי לתרחישי טרור שונים. החיילים ראו עצמם מצויים בסיכון ממשי ופעלו לנטרול הסכנה. לפיכך, נדחתה טענת המערערים כי עסקינן בפעולת שיטורית. כמו כן, נדחו טענות המערערים כי לא נשקף לחיילים איום אמיתי בזמן אמת במהלך האירוע.

השופטת וילנר מצאה לנכון להבהיר כי הן לפי לשון חוק הנזיקים האזרחיים, והן לפי תכלית, יש לבחון טענת פעולה מלחמתית לאלתר (בהמשך לפסק דינה בעניין **שוואמרה** (רע"א 3065/21)). לפיכך, קביעת בית המשפט המחוזי כי עסקינן בפעולה מלחמתית, חייבה אותו לדחות את התביעה על הסף, בלי להמשיך ולברר אם פעולות החיילים בוצעו ברשלנות, בניגוד לדין או בניגוד למשפט הבינלאומי.

לבסוף, נדחו טענות המערערים בעניין הפרת המשפט הבינלאומי, שהרי חקיקה ראשית של הכנסת גוברת על הוראות מהמשפט הבינלאומי.

כב' השופטת רונן הצטרפה למסקנות השופטת וילנר, תוך שביקשה להוסיף מספר הערות. ראשית, לדידה, בחינת התנהגותם של החיילים בנסיבות של מלחמה תוך החלת מבחני סבירות, מנוגדת ללשון החוק ומעקרת מתוכן את הרציונל העיקרי שלו. כך, גם לו יימצא כי החיילים התרשלו, לא תהיה אפשרות להטיל אחריות על המדינה בגין הנזקים שהם גרמו ועל כן, בחינה כזו אינה נדרשת בנסיבות כאלה.

שנית, רכיב הסיכון שנשקף לחיילים איננו צריך לשמש כרכיב העיקרי להגדרתה של פעולה כפעולה מלחמתית מלכתחילה. השאלה האם אכן נשקפה סכנה לחיילים היא שאלה שיש לבחון אותה רק ככל שנמצא כי הפעולה אינה נופלת מלכתחילה להגדרה של "פעולה מלחמתית". אם מדובר בפעולה מלחמתית מלכתחילה, בית המשפט אינו נדרש לבחון האם מבחינה אובייקטיבית נשקפה לחיילים סכנה בכל אחד משלבי הפעולה, ואם לאו (בהתאם למבחנה של כב' השופטת ארבל בעניין **סכאפי** (ע"א 1864/09)).

שלישית, השופטת הצטרפה למסקנה בדבר היעדר תחולתם של דיני הלחימה הבינלאומיים, וציינה כי עמדת המדינה כי ככל ויהיו מקרים העולים כדי פשע מלחמה במישור הפלילי, לא תטען המדינה להגנת פעולה מלחמתית - ראויה ורצויה בעיניה.

קישור לפסק הדין.

יא. אגרות:

56. רע"א 7614/21 **איתנים י.ר. בניה וחיזוק מבנים בע"מ נ' מגרש 901 בגוש 6158 בע"מ ואח'**

במסגרת פסק הדין בחן בית המשפט העליון את סעיף 369 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 תקנה 5א(ד) ותקנה 5ב(ג) לתקנות החברות (אגרות), התשס"א-2001 ואת פסיקות בתי המשפט המחוזיים.

בית המשפט העליון קבע כי תקנה 5א(ד) אינה חלה בעת החייאת החברה אלא בשלב פירוקה ולכן אינה רלוונטית במקרה של בקשה להחייאת חברה המוגשת לבית המשפט וכי לא היה מקום להתבסס עליה. זאת, בשל העובדה כי הדרישות לקבלת הפטור לפי תקנה זו הן שהחברה תגיש לרשם החברות דוח והודעה לפי סעיף 338 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 (הודעה על דבר הפירוק מרצון) ודו"ח אשר מראה כיצד התנהל הפירוק ומה נעשה בנכסי החברה. לפיכך, התקנה מתייחסת לשלב מאוחר להחייאת החברה וביצוע הפעולה שלשמה הוחייתה, וכי דרישת הרשם לתשלום אגרה כתנאי מוקדם לפי תקנה זו הינה בבחינת "מעגל שוטה".

בית המשפט קבע כי הדרישה לתשלום אגרה כתנאי מקדים אינה עומדת בקנה אחת עם הוראת סעיף 369 לחוק החברות, לפיו "רשאי בית המשפט ליתן באותו צו (צו ההחייאה) כל הנחיה והראה שיראה לצודק, כדי להעמיד את החברה וכל אדם אחר במצב קרוב ככל האפשר למצב שהיו בו אילולא נמחקה החברה", בהתאם לנוסח הסעיף הוראה על חבות החברה באגרה צריכה להינתן בד בבד עם החייאתה ולא כתנאי מקדים לכך. כמו כן קבע כי הדרישה לתשלום כתנאי מקדים אינה עומדת בקנה אחד עם תקנות 5(א)(ד) אשר כאמור הפטור במסגרתה ניתן רק בעת פירוק החברה וגם לא עם תקנה 5ב(ג) הקובעת כי הפטור לפי התנקות יחול רק לגבי אגרות שנתיות שטרם שולמו. לכן, ככל שתשולם האגרה כתנאי מקדים, הדבר חוסם את השימוש בשימוש בפטור לפי תקנה זו.

בית המשפט העליון ביקש להסב את תשומת לבו של הרשם לכך כי עצם חיוב חברה שהוחייתה בגין תשלום חובות האגרות בגין השנים המחוקות נעדר מקור סמכות נורמטיבי ומבוסס כעת על סמכות עמומה מכוח סעיף 369 לחוק החברות ומכוח פרשנותו המנחה של בית המשפט המחוזי בעניין **ורשבסקי** (בש"א 12334/01). בית המשפט ציין כי על הרשם לתן את הדעת בעניין זה.

בית המשפט העליון קבע כי חיוב החברות באגרה בעת בקשת ההחייאה הוא החריג ולא הכלל. נקבע כי בעת הדיון בבקשת ההחייאה, יבחן בית המשפט המחוזי את בקשת הרשם לקביעת חוב האגרה בגין השנים בהן החברה הייתה מחוקה, בהתאם למבחנים שנקבעו בעניין **ורשבסקי** (מבחן מטרת ההחייאה, מבחן זהות מבקש ההחייאה, מבחן ההכבדה, מבחן משך הזמן שעבר) ואם יסבור בית המשפט כי קיימת הצדקה להורות על תשלום אגרה, תינתן הנחייה עם החייאת החברה כי היא תחויב באגרה האמורה.

כך, ככל שסבור בית המשפט המחוזי כי שיקולים בהתאם למבחני העזר המצוינים לעיל מטים את הכף באופן משמעותי לטובת הטלת חוב אגרה בגין השנים בהם הייתה החברה מחוקה, ייקבע בצו ההחייאה כי חוב זה יירשם בפנקסי הרשם לחובת החברה. ככל שהחברה שהוחייתה לאחר שתשלים את הפעולה שלשמה התבקשה ההחייאה, תודיע על פירוקה מרצון - תיבחן השאלה האם עומדת בדרישות תקנות 5(א)(ד) או תקנה 5ב(ג) לתקנות החברות וזכאית לפטור מתשלום אגרה שנזקפה לחובתה בעת ההחייאה.

ביחס לדרישת הגשת דו"ח שנתי בעת בקשת ההחייאה נקבע כי אין הצדקה להתנות את ההחייאה בדרישה שכזו המכבידה על בעלי הזכויות בנכס ועל החברה הקבלנית, שאינם מודעים לזהותם המדויקת של בעלי המניות ונושאי המשרה הרשומים בחברה נכון להיום, וממילא עם החייאת החברה נתונים אלו אינם רלוונטיים.

נקבע כי יש להימנע מקביעת תנאים מקדימים להחייאה, למעט תנאים הכרחיים לעצם ביצוע ההחייאה, כמו יידוע בעלי מניות.

ביחס להליך הספציפי של איתנים, קבע בית המשפט כי התיק יוחזר לדיון במחוזי לשם מתן החלטה חדשה ומנומקת, כאשר במסגרת זאת ידון בית המשפט המחוזי ויפסוק גם בבקשת הרשם לחיוב החברה באגרה בגין השנים שבהן הייתה מחוקה, בהתאם למבחנים שנקבעו ועל פי שיקול דעתו.

קישור לפסק הדין.

57. ע"א 3529/22 **פלוני נ' פלונית ואח'**

נקבע, בניגוד לעמדת המדינה, כי במקרים שבהם מוגש ערעור על החלטת פסלות שופט בהליך המתנהל לפי חוק מניעת הטרדה מאיימת, התשס"ב-2001, יש להחיל את תקנה 30(20) לתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007, ולפטור את מגיש הערעור מתשלום אגרה.

יודגש כי הסוגיה שהתעוררה בבקשת הפטור הינה האם ערעור בעניין פסלות שופט לפי ס' 77א(ג) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 שהוגש בענייננו הינו "תביעה/ערעור" לפי חוק הטרדה מאיימת שהינו פטור מתשלום אגרה והאם סיווג ההליך העיקרי קובע לעניין הפטור גם כאשר מדובר בהליך ביניים.

הרשמת סברה כי תקנה 20(30) לתקנות האגרות לכל הפחות יכולה לסבול את המשמעות שלפיה תחולתה משתרעת אף על תובענה או ערעור המוגש בהליך המתנהל לפי חוק מניעת הטרדה מאיימת. מבחינת תכלית הפטור הרי שהוא נועד לפטור מתשלום אגרה גם מי שהצו למניעת הטרדה מאוימת מופנה נגדו, ככל הנראה על מנת להקל גם עליו את הגישה לערכאות, וזאת לנוכח אופי הסעדים שמעניק החוק, אשר עשויים לפגוע בחירויות הנתבע.

בנוסף, ציינה הרשמת כי מחוקק המשנה לא מצא לנכון לנתק את הקשר והזיקה בין הבקשה לפסלות שופט לבין ההליך העיקרי שבגדרו היא הוגשה לעניין החיוב בתשלום אגרה.

לפיכך, נקבע כי הפטור מאגרה חל גם באשר להליך פסלות שופט שנדון במסגרת תביעה לפי חוק הטרדה מאיימת.

קישור לפסק הדין.

58. רע"א 8835/21 **טייר ואח' נ' חדד ואח'**

עניין ההליך בבקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי אשר דחתה את בקשת המבקשים למחוק את התביעה על הסף מחמת אי תשלום אגרה מספקת. המחלוקת בבקשת רשות ערעור נגעה לאופן סיווגה של התביעה לצורך תשלום אגרה – האם מדובר בתובענה לסעד כספי או לסעד הצהרתי.

התביעה עסקה בהפרות לכאוריות של התחייבויות חוזיות שביצעו המבקשים כלפי המשיב. לטענת המשיב, המבקשים התחייבו להקצות לו 13% מזכויות בפרויקט לכריית זהב בחוף השנהב, וזאת כנגד שירותים שונים שהתחייב המשיב לספק.

כב' השופטת וילנר קיבלה את בקשת רשות הערעור, ודנה בערעור לגופו.

השופטת וילנר קיבלה את עמדת המדינה כי הסעדים בכתב התביעה נוסחו בעמימות רבה באופן המקשה לקבוע האם מדובר בסעדים שאינם כספיים. כמו כן, נקבע כי לפחות חלק מהסעדים שנתבעו נוגעים לפרויקטים שכבר יצאו אל הפועל (בהתייחס לעניין **אלזו**). בהינתן חוסר הבהירות של הסעדים הנתבעים, לא ניתן לקבוע כי המשיב הרים את הנטל המוטל עליו לשכנע כי קיים אינטרס לגיטימי לבירור התביעה כתביעה לסעדים שאינם כספיים.

לכן, נקבע כי הסעדים המתוארים בסעיפים 28 ו-30 לכתב התביעה הם סעדים כספיים. הדיון הוחזר לבית המשפט המחוזי לצורך הערכת שוויים של הסעדים הכספיים, לרבות אלה שמתייחסים לתקבולים עתידיים. השופטת וילנר ציינה כי עומדת למשיב הזכות להגיש בקשה לתיקון כתב התביעה תוך הבהרת הסעדים המבוקשים והצבעה על קיומו של אינטרס לגיטימי לתבוע סעד הצהרתי, בקשה אשר תידון בפני בית המשפט המחוזי.

קישור לפסק הדין.

59. ע"א 5797/19 **עזריאלנט נ' בן ש"ד ואח'**

עניינו של ההליך בהגשת תביעה כספית על סך כרבע מיליארד ₪ כנגד המשיבים, בגין תרמיות והונאות שלכאורה ביצעו כלפי המערערת. במסגרת התביעה, הגישה בקשה לפטור מתשלום אגרה. כב' השופט עודד מאור בכובעו כרשם, איפשר למערערת לשלם אגרה לשיעורין. המערערת הגישה ערעור בזכות על החלטת הרשם, אשר נדחתה על ידי כב' השופט **אטדגי**. בפסק הדין בערעור, איפשר השופט אטדגי למערערת לקבל פטור מאגרה עד לסכום של חצי מיליון ₪, ומעל סכום זה לשלם אגרה כדין. מאחר והמערערת לא תיקנה את תביעתה ולא שילמה את האגרה כנדרש, תביעתה נמחקה, בהתאם להחלטה של כב' הרשם מאור.

על החלטה זו הוגש ערעור לבית המשפט העליון אשר תקף את שתי ההחלטות – הראשונה, פסק דינו של השופט אטדגי שלא לפטור את המערערת מתשלום אגרה. והשנייה, החלטת השופט מאור למחוק את התביעה.

בית המשפט העליון קבע כי בטרם יתקיים דיון לגופו של עניין, האם המערערת עומדת בתנאי הפטור מתשלום אגרה, יש לבחון מבחינה דיונית האם היא יכולה בכלל לערער על שתי ההחלטות גם יחד.

ביחס לשאלה המקדמית, קבע בית המשפט העליון כי יש לדחות את הערעור בנוגע לפסק דינו של השופט אטדגי, בקובעו כי ההשגה על פסק דין הינה באמצעות הגשת בר"ע בהתאם לסעיף 96(ד) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. בהחלטה זו, הכריע בית המשפט העליון במחלוקת שהובאה בפרשת **וינשל** (ע"א 8880/13) בין השופטים זילברטל ודנציגר. בית המשפט קיבל את עמדתו של השופט זילברטל לפיה משהוגש ערעור בזכות על החלטת רשם והערעור נדחה, נשללת הזכות לשוב לערער פעם נוספת, בזכות, על אותה החלטה.

מכאן שתקנה 411 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (כיום תקנה 150 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018) מכוונת להחלטה אחרת, שאינה פסק דין, שניתנת במהלך המשפט ושעליה ניתן לערער ברשות. על החלטה כזו רשאי בעל הדין להשיג במסגרת ערעור על פסק הדין שניתן בסיום ההליך המשפטי ככל שלא השיג עליה בבקשת רשות ערעור שהגיש תוך כדי ההליך או אם השיג עליה בבקשת רשות ערעור והבקשה נדחתה מבלי שניתנה רשות ערעור, זאת להבדיל ממצב בו ניתנת רשות ערעור והערעור נדון לגופו בערכאת הערעור שאז לא ניתן לראות את בעל הדין כמי 'שלא ערער' שהרי התקיים הליך ערעורי.

התקנה אינה מכוונת להחלטה שהיא פסק דין שניתן להשיג עליו ברשות, כמו המקרה דנן. לאור האמור 'ההחלטה' של השופט אטדגי שדחתה את הערעור על החלטת השופט מאור בכובעו כרשם, הינה פסק דין ולא החלטה אחרת שאינה פסק דין. ניתן היה להשיג עליו ברשות (גלגול שלישי) ומשלא השיגו עליו ברשות לא ניתן לערער עליו במסגרת פסק הדין הסופי. נקבע כי המערערת מיצתה את זכות הערעור שלה, בערעור בפני השופט אטדגי, וניתן להעמידה במבחן נוסף רק על ידי הגשת בר"ע. אחרת, שתי ערכאות ערעור שונות ידונו באותה השגה (סעיף 9-8 לפסק הדין).

בנוסף, בית המשפט העליון דחה את החלק השני של הערעור, שעוסק במחיקת התביעה על ידי השופט מאור. המערערת הגישה כתב תביעה מתוקן שלא בהתאם להנחיות השופט אטדגי בפסק הדין. כתב תביעה המתוקן הוגש ללא ציון סכום התביעה. השופט מאור הבהיר למערערת כי אין זה מתפקידו של בית המשפט

לקבוע את סכום התביעה וכי על המערערת להגישו מחדש להתאם להנחיות פסק דינו של השופט אטדגי. למערערת הובהר, כי ללא תיקון כתב התביעה, התביעה תידחה. אשר על כן, קבע בית המשפט העליון כי בדין נמחקה התביעה.

כב' הנשיאה חיות הצטרפה לפסק דינו של כב' השופט שוחט, תוך ניתוח של תקנה 150 לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות.

לסיכומו של עניין, הערעור נדחה, תוך הכרעת במחלוקת שעלתה בפרשת **וינשל**.

קישור לפסק הדין.

60. רע"א 2020/21 **רני צים מרכזי קניות בע"מ נ' רבץ השקעות בע"מ ואח'**

השופטת וילנר קיבלה את הערעור והורתה לרני צים לשלם אגרה בהתאם לתקנה 3 לתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007 – הליך שרואים את שווי כבלתי ניתן לביטוי כספי.

רני צים החזיקה ב- 50% מחברת צעדים, וה- 50% הנוספים הוחזקו ע"י רבץ השקעות ודמרי משה אחזקות והשקעות. רני צים פנתה לבית המשפט המחוזי בבקשה להכריז על הליך התמחרות במעטפות סגורות במהלכו כל צד יוכל להציע הצעה במעטפה סגורה לרכישת מחצית המניות של הצד השני.

בית המשפט המחוזי, כעמדת המדינה, קבע פעמיים כי עסקינן בסעד מעורב, כספי (ככל שמניות רני צים ירכשו) ושאינו כספי (ככל שמניות רבץ ודמרי ירכשו) וכי יש לשלם אגרה בהתאם לסעד הכספי.

המדינה חזרה על עמדתה בבית המשפט העליון ובדיון שהתקיים הציעה כי תשלום האגרה יהיה בהתאם לשווי המינימלי - שווי החברה כפי שמפורסם בדוחות האחרונים של החברה. שווי שגם כך ידוע לצד השני.

בסופו של יום התקבל פסק דין לפיו עסקינן בסעד שאינו כספי.

קישור לפסק הדין.

יב. קניין רוחני

61. רע"א 386/22 **BOEHRINGER INGELHEIM PHARMA & GMBH CO.KG נ' רשם הפטנטים, העיצובים וסימני המסחר**

פסק הדין ניתן מפי כב' השופט סולברג ובהסכמת כב' השופטים מינץ ושטיין.

ההליך עסק במצב ייחודי לפיו ניתן למבקשת צו הארכה מסוג SPC בגין פטנט עבור התוויה נוספת, כאשר בדרך המקובלת לא היה ניתן לקבל צו הארכה עבור התוויה שניה. וזאת בעקבות פרשנות משרדי פטנטים שונים את פסיקת בית הדין הגבוה באירופה (CJEU) בעניין **נעורים** (פסיקה מאוחרת בעניין **סנטן** הבהירה את המצב המשפטי לפיו לא ניתן לקבל צו הארכה עבור התוויה שניה).

מאחר וניתנו למבקשת 2 צווי הארכה מסוג SPC קבע רשם הפטנטים כי יש להתחשב בתקופה הקצרה יותר, לפי סעיף 64ט' לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967. ערעור המבקשת לבית המשפט המחוזי נדחה ועל כך הוגשה בקשת רשות הערעור.

במסגרת הבר"ע טענה המבקשת כי יש לפרש את המונח "היתר השיווק הראשון" כהיתר הראשון כרונולוגית, כך שאין להתחשב בהיתר המאוחר יותר שניתן בגין הפטנט השני. בתוך כך, טענה המבקשת כי יש לשאוף להרמוניה בפרשנות החקיקה, וכפי שהמשמעות של המונח "היתר השיווק הראשון בסעיף 64י משמעו היתר השיווק הכרונולוגי הראשון, כך יש לפרש את המונח בסעיף 64א.

כן נטען כי פרשנות הרשם (לפיה יש לפרש את המונחים לפי הקשרם ותכלית החקיקה באופן שבסעיף 64א לחוק משמעות המונח הוא "צילום" נוסח סעיף 13.1 לדירקטיבה האירופאית הרלוונטית, ואילו בסעיף 64י משמעו הנחיה אופרטיבית לרשם איך לחשב את משך תקופת ההארכה) מביאה לתוצאה לא צודקת - עקב מאמצי המבקשת התגלתה ההתוויה השנייה, שמביאה לקיצור תקופת ההגנה מ- 1824 ימים ל – 1490.

בית המשפט העליון קיבל את בקשת רשות הערעור וכב' השופט סולברג קבע כי לנוכח האיזון העדין שנעשה בחקיקת הפרק הנוגע לצווי הארכה, הרי שיש לפרש פרק זה באופן דווקני (פסקה 28). עוד נקבע כי הפירוט שנעשה בהגדרות שבסעיף 64א לחוק בנוגע לצווים להארכת פטנט ייחוס מביא למסקנה כי רק צווים העונים להגדרה המדויקת האמורה בסעיפים (שנועדו למנוע קליטת דין זר באופן אוטומטי - לצורך קביעה זו העמיק כב' השופט סולברג בפרוטוקולי ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת), אלו יהיו רלוונטיים לצורך חישוב צו הארכה בישראל.

בעניין זה יובאו להלן דבריו של כב' השופט סולברג בפסקה 45 לפסק הדין "המשתתפים כולם גם הבינו, בזמן אמת, שהכללת ההגדרה המפורטת – שוברה בצדה: במקרה שבו ינתן צו מאותו סוג, על-פי נוסחה אחרת מזו שנרשמה בחוק (למשל מכוח סעיף 13(3) לתקנה האירופית); או שאכן יחול שינוי בדין הזר, ויינתנו צווי PTE ו-SPC שאינם עונים במדויק להגדרה האמורה – יאלץ הרשם לשמש "שומר הסף של החוק הישראלי". דהיינו, הרשם ידרֵש להפעיל שיקול דעת, ולהעניק הארכה אך ורק לסוג ה'נכון' של הצווים – אלה שניתנו במסלול שאימץ המחוקק".

לגופו של עניין נקבע בפסק הדין שצו שניתן באירופה מכוח הלכת **נעורים** (שבוטלה מאז) אינו עונה על ההגדרה הדווקנית של הביטוי צו להארכת פטנט ייחוס, ומכאן כי הוא נותר מחוץ לגדר. כמו כן, נקבע כי בשים לב שהלכת **נעורים** נקבעה לפני שתיקון 11 עבר בכנסת, הרי שאם הייתה הכנסת רוצה לצווים מכוח פסיקה אירופאית היו נכנסים להגדרת "צו להארכת פטנט יחוס" היה עליה להשמיט את הביטוי "ראשון" מהביטוי "היתר שיווק הראשון". משעה שהדבר לא נעשה, אנו כבולים להגדרות המדויקות של הסעיף.

לפני סיום בחר כב' השופט סולברג להעיר כי לדידו, התוצאה אליה הוא הגיעה היא סוג של 'ניצחון פירוס', שכן אמנם בתיק הנוכחי הפרשנות העדיפה את העמדה של התעשייה האתית, אך ניתן להניח שבמקרים אחרים היא תביא לצמצום היקף הארכת ההגנה שניתנת לפטנטים.

[קישור לפסק הדין.]