

מימון התדיינויות על-ידי צד שלישי

רונן אברהם*

מימון התדיינויות על-ידי צדדים שלישיים הינו נושא "חם" בעולם. קיימות חברות שנסחרות בוול-סטריט במאות מיליוני דולרים ואשר עוסקות אך ורק בזה. בישראל קיימים ניצנים ראשונים המעידים על אפשרות להתפתחותו של שוק מימון התדיינויות. מאמר זה מציג את התחום ואת הסוגיות המשפטיות הרלוונטיות, ומגן על העמדה שיש לאפשר מימון כזה. המאמר מראה כי הריבית הגלומה בחוזי המימון משמשת אינדיקציה לחוזק התביעה כפי שהוא נתפס על-ידי השוק. המאמר מגן על העמדה שיש לאפשר את הצגת הריבית כראיה קבילה בבית-המשפט, משום שהדבר יביא לידי ייעול ההליך המשפטי, הורדת הריביות במשק והגדלת הרווחה המצרפית. עיקר המאמר עוסק בהפרכת הטענה כי קבלת הריבית כראיה מהווה פגיעה באושיות המשפט משום שיש בה כדי להפריט את ההליך השיפוטי.

הקדמה

פרק א: רקע

1. המבנה של שוק מימון התובענות על-ידי צדדים שלישיים בארצות-הברית
- (א) קריטריונים בהחלטות לגבי מימון תובענות חיצוני
2. רקע משפטי בארצות-הברית
3. התייחסותם של מלומדים למימון תובענות חיצוני
4. המצב המשפטי בישראל

* פרופסור-אורח מן המניין, אוניברסיטת תל-אביב. אני מודה לעידו מור-חיים על עזרה מצוינת במחקר. כמו-כן אני מודה לקרן למימון תובענות ייצוגיות במשרד המשפטים, ובמיוחד לעלי בוקשפן, על שחלקו עימי את מאגרי הנתונים שברשותם. הרעיונות המוצגים במאמר זה מבוססים בחלקם על רעיונות המופיעים במאמר קודם שפרסמתי עם עמיתי אברהם ויקלגרן בשפה האנגלית (ראו להלן ה"ש 12), תוך שהם מפתחים אותם ומוסיפים עליהם.

- (א) המחאת זכויות
 (ב) תביעה נגזרת
 (ג) יישום אמת-המידה של טובת הציבור בתחום של מימון תובענות
 חיצוני
- פרק ב: האם ראוי לאפשר הגשת הסכמי מימון לבית-המשפט כראיה לגבי חוזקה של התביעה?
 פרק ג: איתותים חיצוניים במשפט
1. איתותים מן הרשות השופטת
 2. איתותים מרשויות המדינה האחרות
 - (א) היועץ המשפטי לממשלה
 - (ב) עמדת המאסדר
 - (ג) פתיחת חקירה של המאסדר
 - (ד) החלטה לפתוח בחקירה משטרתית
 - (ה) החלטה של הרשות לממן תובענה ייצוגית
 3. איתותים מגופים שאינם רשויות המדינה
 - (א) חוות-דעת מומחה
 - (1) עדות מומחה בארצות-הברית
 - (2) עדות מומחה בישראל
 - (3) קבילותה של עדות מומחה בתחום של מימון תובענות חיצוני
 - (i) עדות המומחה המשפטי כמבוססת על תיאוריה מדעית
 - (ii) עדות המומחה המשפטי כמבוססת על ידיעה מקצועית
 - (ב) ידיד בית-המשפט
 - (1) כללי
 - (2) סקירת המצב בארצות-הברית
 - (3) סקירת המצב בישראל
 - (ג) בורות
 - (ד) סקרי דעת-קהל
 - (ה) פרסומים בתקשורת

סיכום

הקדמה

במסגרת תביעת נזיקין אישית הסכים התובע אלווין פרנסיס להצעת פשרה בסך של כ-150,000 דולר. אלא שלאחר ששקע האבק הסתבר שמר פרנסיס קיבל לידיו סכום של 111 דולר בלבד מהסכם הפשרה. סכום פעוט זה לא נבע מרשלנות מקצועית של עורכי-

דינו של מר פרנסיס,¹ אלא מהעובדה שמר פרנסיס היה חייב כספים רבים לצד שלישי, אשר מימן לו את התביעה.² מימון תובענות על-ידי צדדים שלישיים (להלן: מימון תובענות חיצוני), דוגמת זה שקיבל מר פרנסיס, מאפשר לתובעים חסרי אמצעים להמשיך בתביעתם. המימון הוא בדרך-כלל בריבית גבוהה מאוד, אך את הכספים יש להשיב רק אם התובע זוכה או מתפשר ("נון-ריקורס"). מימון תובענות חיצוני הוא תופעה שהולכת ומתגברת בעולם המשפט. בארצות-הברית לבדה יש כ-30 חברות המממנות תובענות, וכמה מהן אף נסחרות בוול-סטריט. מדובר בהשקעות חדשות של יותר מ-100 מיליון דולר בשנה, ובהשקעה צבורה כוללת של יותר ממיליארד דולר בכל רגע נתון. מימון תובענות חיצוני יכול שיעשה על-ידי השקעה הונית, בעיקר בתיקים גדולים של מיליוני דולרים, או בדרך של הלוואות "נון-ריקורס" בריבית גבוהה ביותר, לעיתים בשיעור של עשרות אחוזים בשנה, בתיקים קטנים יחסית. כאמור, טבען של השקעות אלה הוא שהחזרתן מותנית בהצלחת התביעה. במקרה שלנו זכייתו של מר פרנסיס בפשרה נאה התקווה עם חובו האדיר למממן. אכן, כמעט מלוא סכום הפשרה נחלק בין עורכי-דינו של מר פרנסיס לבין המממן החיצוני.

אם התובע ממילא נותר בלא כלום בסוף ההליך, מה הטעם בכך? אחד הטיעונים העיקריים של אלה התומכים במימון תובענות חיצוני הוא שהמימון מגדיל את יכולת הגישה לערכאות של צד דל-אמצעים.³ נוסף על כך, המימון מאפשר איזון של כוח המיקוח בין התובע לנתבע: משניתנת לתובע חסר אמצעים אפשרות למימון חיצוני של תביעתו, יש ביכולתו להימנע מהתפשרות מוקדמת מדי, שעלולה לנבוע מיכולת כלכלית

1 תביעתו של מר פרנסיס נגד עורכי-דינו בגין רשלנות מקצועית נדחתה. ראו: Joan C. Rogers, *Law Firm Wins Dismissal of Suit by Client Whose Litigation Loans Ate Up Settlement*, 29 LAW. MAN. PROF. CONDUCT (ABA/BNA) 53, 53 (Jan. 30, 2013), available at www.bna.com/law-firm-wins-n17179872101/.

2 Steven Garber, *Rand Corp., Alternative Litigation Financing in the United States: Issues, Knowns, and Unknowns* 9 (2010), available at www.rand.org/content/dam/rand/pubs/occasional_papers/2010/RAND_OP306.pdf. ראו גם: Binyamin Appelbaum, *Lawsuit Loans Add New Risk for the Injured*, N.Y. TIMES, Jan. 16, 2011, at A1 ובגישה המנחה בתביעות בשוק ההלוואות). במקרה אחר תפחה הלוואה שנטל התובע גיוף גיל בשנת 2006 פי 30 בתוך חמש שנים. ראו: William J. Gorta, *Bitten By Lawsuit 'Sharks'*, N.Y. POST, Dec. 12, 2011, at 19 על-מנת לנהל את תביעתו נגד המשטרה, נזקק מר גיל לכסף, ולכן לוהה כ-4,000 דולר בשתי הלוואות מחברת LawBuck\$ – חברת מימון תביעות מברוקלין הפועלת על בסיס הלוואות "נון-ריקורס". למרבה מזלו הסתיימה תביעתו של מר גיל בפשרה בסכום של כ-500,000 דולר, לאחר שחבר-מושבעים פסק לטובתו. אלא שלאחר הניצחון דרשה חברת LawBuck\$ את החזר ההלוואה. לאחר שקלול שיעורי ריבית של כ-70% לשנה במשך חמש שנים, עמד חובו של מר גיל על כ-116,000 דולר. לאחר חמש שנים של מאבק משפטי מול המשטרה נותר מר גיל בהיכל בית-המשפט, הפעם כדי לנהל תביעה נגד חברת LawBuck\$.

3 LORD JUSTICE JACKSON, *REVIEW OF CIVIL LITIGATION COSTS: FINAL REPORT* (2009), available at www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Reports/jackson-final-report-140110.pdf.

ירודה. דחיית הצעת פשרה נמוכה שמגיעה מנתבע חזק הינה סיכון שהתובע עצמו אינו יכול לעיתים קרובות לשאת בו, בעוד הצד המממן יכול ואף מעוניין כלכלית לשאת בו. עובדה זו מאזנת את כוח המיקוח בין התובע לנתבע, ומוליכה את הצדדים לפשרה הוגנת ומיטבית מבחינה חברתית.⁴ יתרון נוסף הנטען על-ידי מלומדים אחדים הוא שמימון תובענות חיצוני עשוי להקל בעיות פנימיות של עלות הסוכן במסגרת יחסי עורך-דין – לקוח, מאחר שהוא מסייע בנטרול ניגודי אינטרסים של הצדדים.⁵ כך, למשל, עורכת-הדין עשויה להעדיף פשרה מסוימת גם אם היא אינה מיטבית מבחינת הלקוח, וזאת משום שבעוד עורכת-הדין נושאת במלוא עלויות הליטיגציה, היא מקבלת רק אחוז מסוים, לרוב כשליש, מתוחלת ההכנסות הצפויות. מעורבותו של גורם מממן חיצוני מפחיתה בעיה זו של "התפשרות-יתר", שכן ללקוח יש אינטרס להסכים לפשרה רק אם היא גבוהה מהסכום שהוא חייב למממן (ראו מקרהו של מר פרנסיס לעיל), ועל-כן הוא ייטה לסרב לפשרות נמוכות מדי גם אם הן נתמכות על-ידי עורכת-דינו.

יש הטוענים כי מימון תובענות חיצוני אף יקל את העומס בבתי-המשפט ויפחית את מספר תביעות-הסרק. מדוע? מאחר שהצלחתו הכלכלית של המממן תלויה בתחזיותיו לגבי תוצאות התביעות, יש להניח כי תחזיות אלה ייעשו בצורה מדויקת יחסית, דבר שיביא לידי סינון תביעות-סרק על-ידי המממנים. לבסוף, יש הטוענים כי מימון תובענות חיצוני יוביל לשיפור ההרתעה, משום שנתבעים-בכוח ינקטו אמצעי זהירות יעילים ביודעם כי תימנע מהם האפשרות לדחוק תובע חסר אמצעים להסכים לפשרה נמוכה.⁶ למרות כל הטיעונים הללו, יש המתנגדים למימון תובענות חיצוני בטענה שמימון כזה נוגד נורמות של צדק ואף מדיניות ציבורית ראויה.⁷ זאת, לטענת המתנגדים, משום שהאינטרס היחיד העומד לנגד עיניו של המממן החיצוני הוא האינטרס הכלכלי. כתוצאה מכך יופנו עיקר מאמציו להשאת רווחיו, ללא כל דאגה לזכויות התובע.⁸ כדי להגן על השקעותיו, מממן פלוני עלול לחתור תחת שליטתו של התובע בתביעתו. נוסף

4 Robert J. Rhee, *Tort Arbitrage*, 60 FLA. L. REV. 125, 145–146 (2008) (המראה כיצד ערכה של תביעה יורד בעיני תובע חסר אמצעים).

5 Max Schanzbach & David Dana, *How Would Third Party Financing Change the Face of American Tort Litigation? The Role of Agency Costs in the Attorney-Client Relationship* (address at the round table, Searle Ctr., Northwestern U. L. Sch.: Third Party Financing of Litigation, Sept. 25, 2009).

6 שם.

7 Anthony J. Sebok, *The Inauthentic Claim*, 64 VAND. L. REV. 61, 67 (2011). מאמרים מסוימים הרחיקו לכת בטענותיהם עד כדי הצעת מערכת העברת סיכונים שתאפשר לנתבעים לחלוק את סיכוניהם עם חברות השקעות על-דרך תשלום ערך התביעה בתוספת ריבית פרימיום – הכל כדי לממן את התדיינותם. ראו: Jonathan T. Molot, *A Market in Litigation Risk*, 76 U. CHI. L. REV. 367, 375 (2009).

8 John Beisner, Jessica Miller & Gary Rubin, *Selling Lawsuits, Buying Trouble: Third-Party Litigation Funding in the United States* 1–2 (U.S. Chamber Institute for Legal Reform, Oct. 2009).

על כך, מאחר שהיחסים בין המממן לתובע אינם כוללים חובת אמון או חיסיון, מעורבותו של המממן בתביעה עלולה לגרום להידרדרות לא-רצויה באחריותו המקצועית של עורך-הדין כלפי הלקוח, ובמיוחד בחיסיון עורך-דין-לקוח. נוסף על כך, המתנגדים סוברים כי זמן ההתדיינות יתארך לא לצורך, מאחר שהמימון יוצר כאמור תמריץ-הֶסָר לתובעים להתפשר מתחת לסכום שהושקע על-ידי המממן.⁹ לבסוף, מלומדים אחדים אף טוענים כי מימון תובענות חיצוני יוביל לעלייה במספר ההתדיינות, בצורה שתפגע במערכת ההתדיינות האזרחית.¹⁰

בעוד שבאנגליה ובאוסטרליה הוכרע הוויכוח בין המצדדים במימון תובענות חיצוני לבין המתנגדים לו, בארצות-הברית הוא מתנהל עדיין, ובישראל הוא טרם החל. לא כאן המקום לסקור את כל טיעוני הצדדים.¹¹ עם זאת, נראה שקשה לחלוק כי למימון תובענות חיצוני יש בכל-זאת כמה תועלות מרכזיות: (1) המימון מאפשר לתובע להעביר חלק מסיכוני ההתדיינות – הן סיכונים הנובעים משנאת סיכון והן כאלה הנובעים מקשיי נזילות – לצד בעל יכולת עדיפה לשאת בהם; (2) המימון מאפשר לתובעים חלשים מבחינה כלכלית להמשיך בתביעתם. (3) המימון שובר את כוחו המונופסוני של הנתבע, שכן הנתבע אינו עוד היחיד שיכול לרכוש את תביעתו של התובע (בדרך של הצעת פשרה), שהרי גם המממן יכול לעשות זאת.¹²

במאמר קודם טענתי כי יתרונות אלה אינם בטלים בשישים, וכי הם אף יתגברו אם בתי-המשפט יתירו להגיש את חווי המימון כראיה קבילה בבית-המשפט. חווי המימון, וליתר דיוק הריבית הגלומה בהם, תספק לבית-המשפט איתות אמין מהשוק הפרטי באשר לעוצמת הטענות בתביעה ספציפית. מאחר שרווחי המממן תלויים בהצלחת התיק, שהרי הלוואה בתובענה שנדחתה לא תוחזר, למממנים יהיה תמריץ להשקיע בתובענות בעלות סיכוי גבוה לנצח, ובתי-המשפט, כמו-גם הנתבעים, יסיקו אף הם אילו מהתובענות שלפניהם הן החזקות. אחת התובנות המרכזיות היא שהכרה בחווי המימון כראיה קבילה תשפר לא רק את דיוק השיפוט, ועל-כן גם את ההרתעה, אלא אף תגרום למממנים להוריד את שיעורי הריבית הגבוהים שהם גובים, וזאת במאמץ לאותת לבית-המשפט על איכותה הגבוהה של התביעה. הסיבה לכך היא שככל שהריבית הגלומה בחוזה נמוכה יותר כן יסיק בית-המשפט כי תביעת התובע חזקה יותר בעיני המממן.¹³ הורדת ריבית זו תיטיב עם התובעים ואף תשפר את הרווחה המצרפית, שכן היא תאזן במידה מסוימת את כוחו המונופוליסטי של המממן כלפי התובע באשר לתנאי ההלוואה.

9 Garber, לעיל ה"ש 2.

10 Paul H. Rubin, *Third-Party Financing of Litigation*, 38 N. KY. REV. 673, 675 (2011)

11 Symposium, *A Brave New World: The Changing Face of Litigation and Law Firm Finance*, 63 DEPAUL L. REV. 193 (2014)

12 Ronen Avraham & Abraham L. Wickelgren, *Third-Party Litigation Funding – A Signaling Model*, 63 DEPAUL L. REV. 233 (2014)

13 שם, בעמ' 235.

הגשת חווי מימון כראיה קבילה אינה רעיון טריוויאלי, ויש שיטענו כי היא אף רעיון הזוי. על-פי סעיף 20 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, בית-המשפט יכול להיעזר בחוות-דעתו של מומחה בשאלה הנוגעת במומחיותו. עם זאת, יש להבחין בין חוות-דעת מקצועית התורמת לבית-המשפט בהכרעתו השיפוטית לבין כזו המחליפה את שיקול-דעתו, כמעין בורר.¹⁴ כלומר, ככל שחוות-הדעת מתיימרת להסיק מסקנות בשם בית-המשפט, היא גולשת ממתחם הרשאתה, ודינה להיפסל.¹⁵ חריג לכך יימצא רק כאשר האדם הרגיל אינו מסוגל להבין מסקנות אלה לאשורן מן העובדות הפרושות לפניו.¹⁶ כך, למשל, ייתכן כי עד מומחה הבוחן זיהום אוויר יירש להסביר לשופט מהו הסטנדרט המקובל לזיהום אוויר בישראל, ובזאת יספק לשופט את "הצופן" להבנת ראייה שהוגשה – למשל, שמתקיימת רמת זיהום אוויר בדרגה 17.4.

הגשת חווי המימון אינה הגשה של ראייה באשר לעובדה הנדרשת לצורך הכרעה שיפוטית, אלא היא הגשה של עובדה (הריבית הגלומה בהלוואה) המהווה איתות חיצוני באשר לאופן שבו שחקן מסחרי בשוק הפרטי מעריך שיוכרע התיק. הערכת המממן מתבססת הן על עובדות (שחלקן אולי אינן ידועות לבית-המשפט, ואולי אף לעולם לא ייודעו לו, בגלל כללי קבילות שונים) והן על הדין. האם ראוי לאפשר הגשת ראייה מסוג זה לבית-המשפט? במילים אחרות, האם ראוי שבית-המשפט יסתמך על איתותים חיצוניים, ועוד מצדדים בשוק הפרטי בעלי עניין כלכלי בתיק?

יתר על כן, מכיוון שעצם האפשרות להגיש חווי מימון כראיה בבית-המשפט תשפיע על גובה הריבית, הריבית הגלומה בחווי המימון שניתן להגישם כראיה תהיה מן הסתם נמוכה מהריבית שהייתה נגבית אילו לא היה אפשר להגיש את החוזים כראיה. מדוע? משום שבחוזים שניתן להגיש כראיה בבית-המשפט יפחית המממן את הריבית בצורה אסטרטגית, כדי לאותת לבית-המשפט שמדובר לכאורה בתביעה חזקה. שהרי רק אם ישוכנע בית-המשפט כי מדובר בתביעה מוצדקת, יזכה המממן בהחזר השקעתו. לכן מוטב לו, למממן, לדרוש ריבית נמוכה יותר, כדי להבטיח את השבת ההלוואה. אם כן, כיצד זה אני טוען שראוי לאפשר להגיש ראייה שידוע מראש כי היא מוטית ונועדה להטעות את בית-המשפט?

אכן, השאלה אם ראוי שבית-המשפט יסתמך על איתותים חיצוניים, ועוד מן השוק הפרטי, הינה שאלה יוריספרודנטלית שאין בכוונתי לענות עליה כאן. התשובה לשאלה קשורה באופן עמוק לשאלות בדבר מהותו של ההליך השיפוטי, טיבו, גבולותיו, ועוד כהנה וכהנה שאלות מסוג זה. לחכמי תורת המשפט ולפילוסופים של מערכת הצדק יהיה בוודאי מה לומר בנושא. עם זאת, ברור שהתשובה אם ראוי להסתמך על איתותים

14 יעקב קדמי על הראיות: הדין בראי הפסיקה חלק שני 754 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2003).
 15 ע"א 665/86 רשות החינוך מושרפה נ' ברגמן-מדלג' קבלני בניין שותפות רשומה, פ"ד מג(3) 793, 799–799 (1989); ת"א (מחוזי נצ') 24033-07-13 דן נ' מימון, עמ' 7 (פורסם בנבו, 16.9.2014).
 16 ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215, 237 (2004); קדמי, לעיל ה"ש 14, 755.
 17 ת"צ (מחוזי ים) 21679-11-11 שוורץ נ' אמות השקעות בע"מ, עמ' 10–11 (פורסם בנבו, 9.4.2014).

חיצוניים חייבת להיות תלויה גם בתועלת החברתית שיכולה להיות מושגת מהסתמכות כזו. ברור שככל שהתועלת החברתית גדולה יותר כן יהיה קשה יותר לטעון טענות נורמטיביות מופשטות מתורת המשפט או מתיאוריות של צדק נגד הכנסת איתותים חיצוניים להליך השיפוטי. במאמר שכתבתי עם עמיתי אברהם ויקלגרן פיתחנו מודל מתמטי שמנתח את השפעת קבלתם של הסכמי המימון כראיה על הרווחה המצרפית.¹⁸ במודל שלנו בית-המשפט הינו "בייסיאני", קרי, הוא מעדכן את דעתו על סיכויי התובענה על-פי ראיות שמובאות לפניו במהלך הדיון באשר לעובדות המקרה – "איתותים פנימיים" בלשון המודל – ולאחר ששקלל את כל האיתותים הפנימיים שהגישו הצדדים, הוא מכריע בתיק.

לדעתנו, ראוי שלפני ההכרעה יביא השופט בחשבון גם את האיתות החיצוני, מן השוק, הגלום בריבית של חוזה המימון. המודל המתמטי מראה כי שיעור תביעות-הסרק הנידונות בבתי-המשפט יפחת כתוצאה מהכרה בהסכמי ההלוואות בין התובעים למממנים כראיה קבילה בבית-המשפט. נוסף על כך, כתוצאה מהצגת הסכם ההלוואה כראיה קבילה בבית-המשפט יפחתו שיעורי הריבית שייקבעו על-ידי הגוף המממן, וזאת, כאמור לעיל, משום שהמממן ינסה להטעות את בית-המשפט באשר לחוזק התביעה. מעניין שדווקא התנהגות אסטרטגית זו של המממן היא שתוביל לעלייה ברווחה החברתית, משום שירידת הריבית תביא לידי גידול במספר ההלוואות היעילות. בית-המשפט יודע שהמממן מנסה להטעותו (והמממן יודע שבית-המשפט יודע שהוא, המממן, מנסה להטעותו... וחוזר חלילה), ובכל-זאת מצליח להפיק מהריבית של ההלוואה מידע חשוב על עוצמת התיק שלפניו.

לאחר שהצגנו את הרעיון שלנו ברחבי ארצות-הברית ובישראל, הועלתה כלפינו ביקורת נוקבת שלפיה בתי-המשפט אינם בייסייאניים בפועל – קרי, הם אינם מסיקים מסקנות בצורה מתמטית מהראיות שלפניהם – ואף אין זה ראוי שהם יהיו בייסייאניים, אלא עליהם לבחון את כלל הראיות שלפניהם בצורה "הוליסטית" יותר. עוד נטען נגדנו כי מדובר בהפרטה של מערכת הצדק, וכי אסור לבתי-המשפט להסתמך על איתותים של השוק הפרטי לגבי צדקת התביעה; על בתי-המשפט לפסוק רק לפי העובדות שלפניהם, ומה שצדדים חיצוניים לתביעה חושבים על הסוגיה המשפטית אינו רלוונטי.

כאמור, במאמר זה איני מתייחס להיבט היוריספרודנטלי של השאלה הנורמטיבית אם ראוי שבתי-המשפט יסתמכו על איתותים חיצוניים. במקום זאת אתייחס להיבט האמפירי של שאלה נורמטיבית זו. אנסה להראות, ראשית, כי מן הבחינה האמפירית בתי-המשפט מסתמכים בפועל כבר כיום על איתותים חיצוניים, אולי מבלי ששמנו לב לכך. אם בפועל בתי-המשפט אכן מסתמכים כדבר שבשגרה על איתותים חיצוניים

18 Ronen Avraham & Abraham L. Wickelgren, *Admissible Third Party Litigation Funding Contracts as a Way to Constrain the Exploitation of Plaintiffs* (Law and Economics Research Paper No. 242, University of Texas School of Law, 2011), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1986951&download=yes. גרסה תיאורית של המודל ניתן למצוא במאמרנו Avraham & Wickelgren, לעיל ה"ש 12.

(פורמליים ולא-פורמליים), אזי הטענה התיאורית שלפיה בתי-המשפט אינם מקבלים החלטות בצורה בייסיאנית בהסתמך על איתותים חיצוניים אינה נכונה מבחינה אמפירית. אומנם ייתכן עדיין שלפחות חלק מהדוגמות שאביא להסתמכותם של בתי-המשפט על איתותים חיצוניים אינן ראויות מן הבחינה הנורמטיבית, אך דומני שאף-על-פי-כן הקריאה לקבלת חוזה המימון כראיה קבילה תיראה רדיקלית פחות או זרה פחות למערכת המשפט שלנו מכפי שהיא נראתה במבט ראשון, משום שמדובר בסך-הכל בסוג נוסף של איתות חיצוני בעולם שבו איתותים חיצוניים מהווים אורחים קבועים באולם בית-המשפט.

לסיכום, במאמר זה אטען כך: (1) כל בחינה של הסוגיה אם לאפשר הגשת חוזה מימון כראיה קבילה בבית-המשפט חייבת לשקול את העלות החברתית (אם זו קיימת בכלל) של אפשר כזה – במונחים של פגיעה בעקרונות-היסוד של השיטה המשפטית הנובעת משקילת איתותים חיצוניים – אל מול התועלת החברתית הצומחת מסינון תביעות-סרק, מהנגשת מערכת המשפט למעוטי-יכולת, ומהגידול בהרתעה היעילה הנובע מידיעתם של הנתבעים-בכוח כי רשלנותם לא תסתיים בפשרה זולה. (2) מערכת המשפט שלנו רוויה ממילא מקרים של שקילת איתותים חיצוניים, ועל-כן העלות – במונחים של פגיעה בעקרונות-היסוד של השיטה המשפטית הנובעת משקילת איתותים חיצוניים – אינה גבוהה כפי שהיה אפשר אולי לסבור. (3) מכיוון שהעלות החברתית אינה גבוהה והתועלת מרובה, יש בסיס חזק לטענה כי ראוי לאפשר הגשת חוזה מימון כראיה קבילה בבית-המשפט.

פרק א של המאמר מתחיל בפרישת המבנה של מערכת הסכמי מימון ההתדיינות הקיימים בארצות-הברית כיום. לאחר סקירה כללית של השוק, אפנה לשיקולים העיקריים המנחים את המממנים בהחלטותיהם לגבי מתן הלוואות לתובעים, ואראה כי חוזק התובענה הינו מרכיב מרכזי בדרך עבודתם של המממנים. לאחר-מכן אעבור לסקירת המצב המשפטי בנוגע למימון תובענות חיצוני בישראל, ובשל בוסריות הסוגיה בארץ אסקור את המסגרת הנורמטיבית המשוערת שתידרש אם וכאשר יגיע הנושא לפתחו של בית-המשפט. **פרק ב** של המאמר ידון בשאלה אם ראוי שבתי-המשפט יאפשרו את קבלת חוזה המימון כראיה קבילה, יסביר כיצד יתומרצו במצב כזה כל הצדדים המעורבים בתביעה, ויציג את היתרונות והחסרונות הגלומים בכך. **פרק ג** הינו חלק-הארי של המאמר, ובו אסקור איתותים חיצוניים במשפט – החל במעטפת הקרובה ביותר למערכת המשפט ועד לאיתותים הרחוקים ביותר. מטרת הסקירה היא להראות כי קבלת חוזה מימון כראיה קבילה אינה מהווה רעיון כה מרחיק-לכת, שכן בתי-המשפט מסתמכים כבר כיום על איתותים חיצוניים כתמיכה בהכרעתם.

פרק א: רקע

1. המבנה של שוק מימון התובענות על-ידי צדדים שלישיים בארצות-הברית

על-פי מחקר שפורסם על-ידי מכון RAND, נכון ל-2010 קיימות בארצות-הברית 29 חברות העוסקות במימון תובענות חיצוני. 19 שוק המימון מחולק לשתי קטגוריות עיקריות: מימון של תובעים פרטיים, לרוב בדרך של הלוואת "נון-ריקורס"; ומימון של תביעות מסחריות בצורה של השקעה הונית. 20 בקטגוריה הראשונה מדובר לרוב בתובע הנמצא תחת לחץ עצום להשיג סכום כסף כלשהו במהירות האפשרית, בעוד תביעתו תלויה ועומדת. אפשרויות מימון נוספות, דוגמת הלוואות כספיות דרך הצינורות המסורתיים או על-ידי קבלת מקדמה מעורך-הדין, אינן מתאפשרות על-פי-רוב. 21 הכסף ניתן בצורת הלוואות "נון-ריקורס", שבהן החברה גובה שיעורי ריבית גבוהים וקבועים על ההלוואה, לרוב 2%-5% לחודש, שישולמו לאחר זכיית התובע אם הלה אכן זכה בתביעתו. 22 הלוואות מסוג זה הן לרוב בסכומים קטנים, שכן הן אינן מצדיקות יצירת

19 Garber, לעיל ה"ש 2, בעמ' 10-11.

20 קיים סוג מימון נוסף בארצות-הברית, שנידון אף הוא במאמר שפרסם מכון RAND (שם), שבמסגרתו חברת מימון מלווה את הסכום ישירות למשרד עורכי-הדין של התובע. לרוב מדובר בהלוואות "ריקורס", שבהן נכסי החברה – ולעיתים אף רווחים עתידיים שלה – משמשים עירבון. מאחר שמדובר בהלוואות ריקורס, שקיים חיוב לפרוע אותן, הן אינן רלוונטיות למאמר זה, העוסק בקטגוריה של הלוואות ה"נון-ריקורס".

21 ראו: Lauren J. Grous, Note, *Causes of Action for Sale: The New Trend of Legal Gambling*, 61 U. MIAMI L. REV. 203, 206 (2006). קיימים חוקים ספציפיים המונעים העברת כספים בין עורכי-הדין ללקוחותיהם. שם, בעמ' 205-206. ראו גם: MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT rule 1.8(e) (שעל-פיו "עורך-דין לא יספק עזרה כלכלית ללקוח בנוגע לתביעה תלויה ועומדת").

22 שיעור הריבית בהלוואה אינו תלוי בזכיית התובע, על-מנת להימנע מהגבלות הנובעות מדוקטרינות איסור הסחר בזכויות תביעה. ההלוואה הינה "נון-ריקורס", כדי להימנע מההגבלות החוקיות הנובעות מהדוקטרינה האוסרת ריבית נשך. בכלל דוקטרינות איסור הסחר בזכויות תביעה מדובר בצד שלישי מתערב המנסה לעזור לתובע בתביעתו. ראו Sebok, לעיל ה"ש 7, בעמ' 72-73. דוקטרינות מסוימות (champerty) הן משניות לאחרות (maintenance), כאשר ההבדל העיקרי הוא שהאחרונה אינה כוללת פרס כספי לצד המתערב, בעוד הראשונה כוללת סיכון כלכלי לצד השלישי. שם. הדוקטרינה הראשית (maintenance) מוגדרת כ"עזרה בתביעה או בהגנה מפני תביעה הניתנת לצד לדיון משפטי על-ידי אדם ללא אינטרס אישי בתביעת התובע או בתביעתו של צד אחר בה". שם, בעמ' 72 (ציטוט מ- BLACK'S LAW DICTIONARY 1039 (9th ed. 2009)). הדוקטרינה המשנית (champerty) מהווה ביטוי ספציפי של הסחר בזכויות תביעה, והיא מוגדרת כ"הסכם בין צד שלישי מתערב בתביעה לבין עורך-הדין התובע, שבו הצד השלישי עוזר לתובע להוכיח את תביעתו

מבנה שבו חברות המימון נוטלות על עצמן סיכון גדול מדי.²³ לכן רוב ההלוואות בקטגוריה זו אינן עולות על כ-20,000 דולר או לחלופין על 10% מסכום התובענה הצפוי.²⁴ כך המממן מצליח להפחית את סיכונו. עם זאת, מאחר שקיים תמיד סיכון שהתובע יפסיד בתביעתו, חברות המימון מבצעות הערכות ראשוניות לכל בקשת מימון על-פי קריטריונים מוגדרים העוזרים לחברה לצפות את עוצמתה של התובענה.²⁵ לכן, מקום שמדובר בהלוואה עם שיעורי ריביות גבוהים במיוחד ניתן להסיק כי הסיכון הנובע מההלוואה הוא גבוה. עם זאת, מכיוון ששוק התביעות הצרכניות אינו תחרותי באמת, שיעורי הריביות הגבוהים מייצגים גם רווחים מונופוליסטיים של המלווה.²⁶ אכן, חברות המימון נוחלות הצלחה בעסקיהן.²⁷

הקטגוריה השנייה במסגרת מימון תובענות חיצוני כוללת השקעה בתביעה מסחרית שבה חברת המימון משלמת את העלויות בעבור חלק מסוים בהתדיינות, ובתמורה קונה לעצמה שיעור מסכומי הזכייה של התובע.²⁸ הסדרים מסוג זה עשויים להוות יתרון לתובעים דוגמת חברות קטנות בעלות אמצעים כלכליים מוגבלים, מאחר שהמימון מאפשר להם להתמודד כשווים מול נתבעים בעלי משאבים כלכליים גדולים משלהם.²⁹ אולם בשל הסיכון הגלום בהן, התביעות בקטגוריה זו חייבות להוות השקעות בעלות פוטנציאל גבוה מבחינתן של חברות המימון. תביעות אלה יהיו על-פי-רוב בנושאים דוגמת קניין רוחני, מחלוקות חוזיות גדולות והגבלים עסקיים.³⁰ בהסדרי מימון סטנדרטיים עם צד מסחרי, חברת המימון תשלם לרוב את עלות ההתדיינות בתשלומים עיתיים משתנים, לעיתים אף בגובה מיליוני דולרים. נתחו של המממן בסכומי הזכייה ישוקלל על-פי כמה גורמים, ביניהם סכום המקדמה שניתנה, רצפות ההלוואה ותקריות ההלוואה כפי שסוכמו, משך התובענה, הערך הפוטנציאלי של התביעה, ואם התביעה

בתמורה לקבלת חלק מסוים מזכיית התביעה בסיום ההליכים". שם, בעמ' 73 (ציטוט מ-BLACK'S (LAW DICTIONARY 262 (9th ed. 2009).

Jonathan T. Molot, *Litigation Finance: A Market Solution to a Procedural Problem*, 99 *GEO. L.J.* 65, 95 (2010).

Grous, לעיל ה"ש 21, בעמ' 207. ראו גם Garber, לעיל ה"ש 2, בעמ' 12.

Grous, לעיל ה"ש 21, בעמ' 208–209. המידע הדרוש לחברת המימון לצורך הערכת התובענה יגיע לרוב דרך עורכת-הדין של התובע, עובדה שיכולה להוביל לבעיות פוטנציאליות בהקשר של יתור על חיסיון עורך-דין-לקוח. ראו גם Beisner et al., לעיל ה"ש 8, בעמ' 8.

Courtney R. Barksdale, Note, *All That Glitters Isn't Gold: Analyzing the Costs and Benefits of Litigation Finance*, 26 *REV. LITIG.* 707, 726–727 (2007) (דיון באופן שבו חברות מימון התדיינות מקבלות על עצמן רק תביעות בעלות סיכוי הצלחה גבוה). חברה מסוימת, שקיבלה בקשות מימון בסך 250 מיליון דולר במשך שנתיים, הייתה בריגנית עד כדי כך שהיא קיבלה רק 10% מהבקשות שנשלחו אליה.

Garber, לעיל ה"ש 2, בעמ' 12.

שם, בעמ' 13. ראו גם Molot, *Litigation Finance*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 96.

Rhee, לעיל ה"ש 4, בעמ' 145–146.

Garber, לעיל ה"ש 2, בעמ' 13.

הוסדרה בפשרה או בהכרעה שיפוטית.³¹ כמו-כן, ובניגוד לקטגוריה הראשונה, בתביעות אלה קיים לרוב פוטנציאל תמורה גבוה, ולכן משתלם לחברת המימון להשקיע את משאביה ביצירת תחזית מדויקת לתביעה. דוגמה למממן מסוג זה היא חברת ההשקעות Juridica Investments Ltd, אשר מימנה 23 תביעות בלבד אך הוציאה סך של 121.3 מיליון דולר.³²

(א) קריטריונים בהחלטות לגבי מימון תובענות חיצוני

חברות העוסקות במימון תובענות חיצוני שוקלות קריטריונים רבים בעת קבלת בקשה למימון תביעה. אחת מן החברות הללו, Oasis Legal Finance, מונה אותם באתר הבית שלה:³³

1. **נזקים** – תביעות נזיקות פרטניות יקבלו לרוב מימון כאשר מדובר בנזקים חמורים אשר מונעים את הניזוק מלעבוד, מחייבים אותו בטיפולים רפואיים וכדומה.
 2. **חבות** – על הנתבע להיות אחראי לגרם הנזק כלפי התובע באופן ברור ומובהק. דרישה זו מהווה שיקול מהותי בהחלטת החברה אם לממן תביעה פלונית.
 3. **יכולת לשלם** – על הנתבע להיות בעל יכולת כלכלית לשלם על הנזקים, בין באמצעות ביטוח ובין בכל דרך אחרת. ללא יכולת תשלום, החברה לא תממן את התדיינות התובע.
 4. **עמלת עורך-הדין** – על עורך-הדין להסכים ששכרו יתקבל מתוך התשלום שייפסק לטובת התובע, אם ייפסק תשלום כזה, ולא על בסיס שעות או שכר-טרוחה. עורך-הדין נדרש להסכים להפנים את הסיכון הכרוך בכך שהתשלום על שירותיו מותנה בנצחון התביעה, כשם שחברת Oasis עושה.
 5. **השתלמות ההשקעה** – החברה תבחן מהן ההוצאות הנדרשות במהלך התביעה, כגון הוצאות רפואיות. החברה אף עשויה לבחון רשומות ציבוריות בחיפוש אחר שעבודים, וזאת כדי להבטיח שהשקעתה תניב רווח לכל הצדדים.
 6. **רקע** – החברה בודקת רשומות ציבוריות כדי להבטיח שהתובע אינו מעורב בהליכים משפטיים אחרים שעלולים להשפיע על תוצאות התביעה הנוכחית.
 7. **מקום מגורים** – החברה מממנת תביעות ברוב מדינות ארצות-הברית. קיימות מדינות אחדות שבהן החברה אינה מספקת מימון, דוגמת ארקנסו, קולורדו, קנזס, מרילנד וקרוליינה הדרומית.
- הקריטריון השני (חבות) הינו בבירור הקריטריון המשמעותי ביותר שיש להעריך. ניתן אף לטעון כי זהו הקריטריון היחיד המחייב את שיקול-דעתו המקצועי של המממן. כך, קריטריון מס' 4 (אופן השתלמותה של עמלת עורך-הדין) וקריטריון מס' 7 (מקום מגורים) אינם אלא רובריקות שיש לסמן; בנוגע לקריטריונים מס' 5 (הוצאות רפואיות

31 Beisner et al., לעיל ה"ש 8, בעמ' 2.

32 Garber, לעיל ה"ש 2, בעמ' 14, טבלה 2.

33 *The Approval Factors for Funding Personal Injury Lawsuits*, OASIS LEGAL FINANCE, 75.103.120.116/legal_finance_services/lawsuit_funding_approval_factors.

ושעבודים) ו-6 (הליכים משפטיים אחרים של התובע), ייתכן שאלה אינם רלוונטיים כלל לרוב התביעות; באשר לקריטריון הנזק (מס' 1), אומנם חלק מהנזקים, כגון פגיעות קלות, משוערכים "כל מקרה לגופו", אך רבים אחרים, כגון שיתוק בגפיים, הינם חלק מקטגוריה מוגדרת שהפיצויים בגינה ידועים; ולבסוף, קריטריון מס' 3 (יכולת התשלום) יתקיים ככל הנראה ככל שהנתבע מבוטח. אם כן, נראה שקריטריון החבות הוא המרכיב המרכזי העלול פעמים רבות להיות שנוי במחלוקת, שכן אם לא כן סביר שהתביעה כבר הייתה מגיעה לכלל פשרה. לכן קריטריון זה ממלא תפקיד מרכזי בהחלטת המממן לגבי עצם מתן הלוואה, לגבי סכום ההלוואה ולגבי שיעור הריבית.³⁴

למרבה הצער, אין מידע אמפירי על דרך קבלת ההחלטות בדבר מימון תובענות חיצוני. מן המעט שמצוי בספרות עולה, בהקשר של תביעות מסחריות, כי קביעת שיעור הריביות נשען באופן משמעותי על קריטריונים דוגמת עוצמת התביעה, הסכום הנדרש, זמן ההשקעה הנדרש, וכל סיכון שקיים באשר לגביית הכסף.³⁵ הסכמי המימון נידונים לרוב באופן פרטני בין התובע למלווה, ומשתנים באופן מהותי בהתחשב בנסיבות המקרה הנידון.³⁶

כצפוי, מימון תביעות חלשות יותר (שמהוות השקעה מסוכנת יותר) יהיה כרוך בשיעור ריבית גבוה יותר. בעיקרון, חברת המימון מתבקשת להפנים חלק מסיכוננו של התובע, וככל שהחברה מתבקשת להפנים סיכון גדול יותר – בין משום שסכום ההלוואה גבוה יותר ובין משום שסיכויי ההפסד גבוהים יותר – כן עליה לדרוש ריבית גבוהה יותר כדי לפצותה בגין הסיכון. הניתוח האמור חל גם בהקשר של מימון תובענות חיצוני בתביעות נזיקיות אישיות, ולא רק בתביעות מסחריות.³⁷

2. רקע משפטי בארצות הברית

מימון תובענות חיצוני הוא תעשייה חדשה ומתרחבת בארצות הברית.³⁸ במקביל

34 אף שהקריטריונים להערכת בקשת מימון משתנים על-פי המממן, באחד מהראיונות שערכנו נאמר לנו כי המלווה בוחן את עורך-הדין התובע, כמו-גם את מסמכיו כדי לאמוד את תביעתו בטרם יחליט לממנה. ניקולס ביידלר טוען כי חברות המימון "אומדות את התביעה על-ידי בחינת חבותו הפוטנציאלית של התובע בגרימת הפגיעה שבגינה הוא תובע, הראיות הפיזיות לגרימת הנזק, סכום ההוצאות הרפואיות והאחרות הקיימות לתובע במסגרת התביעה, הכרעות קודמות של חברי-מושבעים במקרים דומים, ואף יכולתו של עורך-הדין המטפל במקרה". Nicholas Beydler, Comment, *Risky Business: Examining Approaches to Regulating Consumer Litigation Funding*, 80 U.M.K.C. L. REV. 1159, 1164 (2012).

35 Aaron Katz & Steven Schoenfeld, *Third-party Litigation Financing: Commercial Claims as an Asset Class*, 36 PRAC. L.J. 37, 45 (2012).

36 שם.

37 Avraham & Wickelgren, לעיל ה"ש 12, בעמ' 241.

38 Beisner et al., לעיל ה"ש 8, בעמ' 3. גורמים התורמים להצלחתו הם צמיחת התעשייה במדינות

להתפתחות המואצת בענף זה צמח ענף משני שבו חברות מימון תובענות מציעות למכירה את מניותיהן לציבור הרחב.³⁹ נכון להיום קיימות לפחות שתי חברות מימון תובענות אשר משקיעות בתביעות מסחריות ונסחרות בבורסה.⁴⁰ מלבד ארצות-הברית יש כמה שיטות משפט מקובל אחרות המאפשרות מימון תובענות חיצוני. באוסטרליה, למשל, קיימת מערכת מימון תובענות מפותחת.⁴¹ פסק-הדין המנחה בנושא זה התקבל בשנת 1990, ובו פסק בית-המשפט הגבוה לצדק באוסטרליה כי יש להתיר מימון תובענות חיצוני גם כאשר לתובע יש אמצעים כלכליים מספיקים לממן את עצמו.⁴² באנגליה פסק בשנת 2005 בית-המשפט האנגלי לערעורים כי מימון תובענות חיצוני יתאפשר רק בתנאי שהשליטה בתביעה נותרת בידי התובע.⁴³ גם בתי-משפט בדרום-אפריקה⁴⁴ ובניו-זילנד⁴⁵ אימצו את הפרקטיקה הזו. עם זאת, יש לזכור כי מערכת החוק האמריקאית שונה ממערכות החוק המזכרות לעיל בשני היבטים מרכזיים בהקשרנו. ראשית, במערכת החוק בארצות-הברית שכר-הטרחה של עורכי-הדין אינו מבוסס על עמלות שעתיות, אלא על אחוזים מסכום התביעה. שנית, בארצות-הברית הזוכה בתביעה נושא בעלות הוצאותיו המשפטיות בעצמו, בעוד במדינות האחרות הצד המפסיד נושא בהוצאותיו המשפטיות של הזוכה.

בתי-המשפט האמריקאיים נוקטים גישה מעורבת. בתי-משפט מסוימים אוכפים דוקטרינות ישנות שלפיהן חל איסור על מימון מסוג זה, על-פירוב דוקטרינות האוסרות סחר בזכויות תביעה וגביית ריביות נשך. הדוקטרינות האוסרות סחר בזכויות תביעה (champerty או maintenance) מונעות את התובע מלהיעזר בצד חיצוני על-מנת לקיים את תביעתו בתמורה לחלק מסכומי הזכייה שייפסקו לו אם תביעתו תצלח.⁴⁶ איסור

זרות, התייקרות של עלויות ההתדינות, המחסור בהון בשוקי ההלוואות המסורתיים, וקביעת בתי- המשפט בדבר איתחולתם של החוקים אשר מנעו עד כה את האפשרות של מימון התדיינויות על-ידי צד שלישי.

39 Maya Steinitz, *Whose Claim Is It Anyway? Third-Party Litigation Funding*, 95 MINN. L. REV. 1268, 1282 (2011).

40 Garber, לעיל ה"ש 2, בעמ' 16 (סקירת מידע בנוגע לחברות מימון משפטי המשקיעות בתביעות מסחריות).

41 Campbells Cash & Carry Pty Ltd. v. Fostif Pty Ltd., (2006) 229 CLR 386 (Austl.); Susan Lorde Martin, *Litigation Financing: Another Subprime Industry that Has a Place in the United States Market*, 53 VILL. L. REV. 83, 107 (2008).

42 עניין *Fostif*, לעיל ה"ש 41.
43 Arkin v. Borchard Lines Ltd., [2005] EWCA (Civ.) 665, [40] (Eng.) ראו גם Steinitz, לעיל ה"ש 39, בעמ' 1281.

44 Price Waterhouse Coopers Inc. v. Nat'l Potato Coop. Ltd., 2004 (6) SA 66 (SCA).

45 *Re Nautilus Devs. Ltd. (in liq.)*, [2000] 2 NZLR 505 (HC).

46 SAMUEL WILLISTON & RICHARD A. LORD, A TREATISE ON THE LAW OF CONTRACTS § 15:1 (4th ed. 2010). שתי הדוקטרינות האמורות מתארות מצב שבו צד שלישי מסייע בתביעתו של אחר. דוקטרינת ה-*maintenance* משמעה סיוע של צד שלישי לתובע בתביעתו ללא סיבה מוצדקת

גביית ריביות נשך נועד להבטיח שצד ג לא יקבע שיעור ריבית גבוה מזה הקבוע בחוק.⁴⁷ עם זאת, רוב המדינות בארצות־הברית עשו צעדים למניעת הגבלות אלה, והתירו מימון תובענות חיצוני תוך שהן בוחנות גורמים דוגמת כוח המיקוח של הצדדים, מודעותם של הצדדים לטיב החוזה, יכולתו של התובע לתבוע ללא מימון חיצוני, סבירות הסכום שישולם לצד המממן אם התביעה תצלח, ועוד.⁴⁸ כך, למשל, בתי־המשפט בטקסס יבחנו אם הסכמי המימון דרקוניים, מהי מידת השליטה של המממן בתביעה ביחס למידת שליטתו של התובע, ועד כמה יכבידו הסכמים דומים על מערכת המשפט.⁴⁹ פלוורידה הגיעה אף היא לתוצאה דומה על־ידי החלת הדוקטרינות האוסרות סחר בזכויות תביעה רק כלפי מממנים שיוגדרו כמעורבים יתר על המידה.⁵⁰ המחוקק באוהיו חוקק בשנת 2008 חוק המאפשר עריכת הסכמים למימון תובענות חיצוני, בכפוף לאסדרה ולדרישה שחוזים אלה יצינו במפורש כי המממן אינו יכול לגרוע משליטתו של התובע בתביעתו בעת ההתדיינות ודיוני הפשרה.⁵¹ על־אף המגמה של נטישת איסור הסחר בזכויות תביעה, מדינות אחדות עודן עומדות במפורש על אכיפתן של דוקטרינות אלה.⁵² לסיכום, בכל הנוגע בחוקי הסחר בזכויות תביעה המגמה היא להכחיד את ההגבלות או לכל־הפחות להימנע מיישומן על הסכמים בדבר מימון תובענות חיצוני היכן שלא מתקיימים שיקולי מדיניות נגד המממן והלה אינו מנצל את התובע (למשל, על־ידי התערבות־יתר בתביעה). עם זאת, נציין כי ברוב מערכות המשפט המדינתיות לא נעשתה בחינה ראויה של הנושא, ורבות מהן אוכפות דוקטרינות נגד סחר בזכויות תביעה כפי שעשו בעבר.

גם בדוקטרינה של איסור ריבית הנשך נעשה שימוש מוגבל נגד הסדרים למימון תובענות חיצוני. על־פי הדוקטרינה חל איסור על גביית ריבית נשך בתמורה להלוואת כסף או מקרקעין.⁵³ יסוד עיקרי בדוקטרינה הוא החובה המוחלטת להחזיר את החוב.⁵⁴

וללא תמורה, אלא רק כדי לפגוע בנתבע. דוקטרינת ה־champerty מהווה גרסה אגרסיבית יותר, שבה הצד המסייע קונה חלק יחסי בתביעה בתמורה לעזרתו.
47 44B AM. JUR. 2D *Interest and Usury* § 81 (2007)
48 Robertson v. Town of Stonington, 750 A.2d 460, 463 (Conn. 2000) (citing Rice v. Farrel, 28 A.2d 7, 8 (Conn. 1942)); Boettcher v. Criscione, 299 P.2d 806, 811 (Kan. 1956); Saladini v. Righellis, 687 N.E.2d 1224, 1225–27 (Mass. 1997); Osprey, Inc. v. Cabana Ltd. P'ship, 532 S.E.2d 269, 277 (S.C. 2000)
49 Anglo-Dutch Petroleum Int'l, Inc. v. Haskell, 193 S.W.3d 87, 104 (Tex. App. 2006)
50 Kraft v. Mason, 668 So.2d 679, 682 (Fla. Dist. Ct. App. 1996)
51 Act of May 28, 2008 § 1(B)(3), 2008 Ohio Laws 86 (codified at OHIO REV. CODE ANN. § 1349.55(B)(3) (LexisNexis 2008))
52 Rancman v. Johnson v. Wright, 682 N.W.2d 671, 679–680 (Minn. Ct. App. 2004) (ציטוט מ־ Rancman ביטל Interim Settlement Funding Corp., 789 N.E.2d 217 (Ohio 2003)). בעניין Rancman ביטל בית־המשפט העליון את הסכם המימון על־ידי שימוש בדוקטרינת איסור הסחר בזכויות תביעה, תוך שהוא מסכים במפורש להמשך אכיפת הדוקטרינה (עניין Rancman, שם, בעמ' 221).
53 44B AM. JUR. 2D *Interest and Usury* § 81 (2007)
54 Jones v. Wells Fargo Bank, 112 Cal. App. 4th 1527, 1537 (2003)

מימון על-ידי צד שלישי, ובפרט מימון תובענות חיצוני שבו עסקינן במאמר זה, מתמקד בהלוואות "נון-ריקורס" שבהן החזרת החוב מותנית בנצחון התובע בתביעה. לכן ניתן לטעון כי איסורים הנובעים מדוקטרינת הנשך אינם רלוונטיים לענייננו.⁵⁵ אכן, בתי-משפט רבים משייכים את ההסכמים למימון תובענות חיצוני לקטגוריה שאינה הלוואה.⁵⁶

לאחרונה החלו מחוקקים במדינות אחדות בארצות-הברית להתייחס לנושא. כך, המחוקקים במיין,⁵⁷ בנברסקה⁵⁸ ובאוהיו⁵⁹ חוקקו חוקים שנועדו לפקח על תעשיית מימון התובענות החיצוני. החוקים החדשים דורשים לעיתים קרובות רישיון והגשת דוחות שנתיים, אשר יכולים להבהיר למחוקק את דרכי הפעולה של התעשייה. למעשה, מטרתם העיקרית של החוקים היא הגברת השקיפות בקרב החברות המממנות, ולא הפחתת שיעורי הריבית לצרכן.⁶⁰ החוקים דורשים התראות וחובת גילוי כלפי הצרכנים, וכן שעורך-הדין של התובע יהיה מעורב בהליך ההלוואה.⁶¹ עם זאת, אף לא אחד מן החוקים הללו מנסה להגביל את יכולתו של המלווה לקבוע את שיעור הריבית.⁶² קיימות כמה הצעות חוק במדינות שונות שעשויות להגביל את העמלות הנגבות על-ידי המלווים, אך עד כה – למעט אחת שעברה במהלך 2014 בטנסי⁶³ – נדחו כולן.⁶⁴

55 Beisner et al., לעיל ה"ש 8, בעמ' 2.

56 ראו עניין *Mason*, לעיל ה"ש 50, בעמ' 684; עניין *Haskell*, לעיל ה"ש 49, בעמ' 101; *Dopp v. Yari*, 927 F. Supp. 814, 823 (D.N.J. 1996); *In re Transcapital Fin. Corp.*, 433 B.R. 900, 910 (Bankr. S.D. Fla. 2010); *Aldrich v. Aldrich*, 260 Ill. App. 333, 358–361 (1931); *Lawsuit Fin., L.L.C. v. Curry*, 683 N.W.2d 233, 239 (Mich. App. Ct. 2004); *Vinch v. Lawsuit Fin., Inc.*, No. 2004-3963-CK, 2005 WL 5872300, at *2, *5 (Mich. Cir. Ct. Aug. 26, 2005); *Nyquist v. Nyquist*, 841 P.2d 515, 518 (Mont. 1992).

57 ME. REV. STAT. tit. 9-A § 12 (2007).

58 NEB. REV. STAT. §§ 25-3301–25-3309 (2010).

59 OHIO REV. CODE ANN. § 1349.55 (LexisNexis 2008).

60 *Beydler*, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1179.

61 שם, בעמ' 1179–1180.

62 ME. REV. STAT. tit. 9-A §§ 12-106–12-107; NEB. REV. STAT. §§ 25-3307–25-3309; OHIO REV. CODE ANN. § 1349.55. ראו גם *Beydler*, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1181.

63 TENN. CODE ANN. §§ 47-16-101–47-16-110 (2014). על-ידי חקיקת חוק זה, המכונה Tennessee Litigation Financing Consumer Protection Act, נהייתה טנסי המדינה הראשונה שאימצה חקיקה המגבילה את שיעורי הריבית הנדרשים על-ידי הגורמים המממנים. ראו גם: Moe Cain, *Tennessee Curbs Consumer Litigation Funders – Will Other States Follow?*, THE LEGAL FIN. J. (Aug. 11, 2014), <http://cash.immigrationmaster.ca/?p=157>.

64 Heather Morton, *Litigation or Lawsuit Funding Transactions 2014 Legislation*, NAT'L CONF. OF ST. LEGIS. (Jan. 13 2015), www.ncsl.org/research/financial-services-and-commerce/litigation-funding-transactions-2014-legislation.aspx.

3. התייחסותם של מלומדים למימון תובענות חיצוני

קצרה היריעה מלהתייחס לכלל הכתיבה בתחום. בקצירת האומר נאמר כי הדעות כיום חלוקות באשר ליתרונות הנובעים מתעשיית מימון התובענות החיצוני. סוזן לורד מרטין טוענת כי יש לקיים משטר אסדרתי המאפשר מימון תובענות חיצוני רק לבעלי רישיון לעסוק בתחום. כך יובטחו שקיפותן של פעולות המממנים כמו גם יכולתה של הרשות לבוא עימם חשבון בעת הצורך.⁶⁵ דגלס ריצ'מונד טוען בעד מימון תובענות חיצוני, מכיוון שלדירו יש בו כדי לעזור לתובע בדרך קלה ומבלי לעורר בעיות מוסריות כבדות.⁶⁶ לטענתו, כדי למזער את הסיכון להפרת נורמות האחריות המקצועית, על עורך-הדין להתעקש שחברות המימון לא יתערבו בהליך ההתדיינות, וכן שהן ינקטו את כל האמצעים הסבירים כדי להגן על מידע חסוי המגיע לידיהן בנוגע לתביעה.⁶⁷ מיה שטייניץ כותבת כי החוקים המרסנים את מימון התובענות החיצוני נועדו אומנם לשמור על יושרתו של מקצוע עריכת-הדין בארצות-הברית, אולם בפועל השיגו את המטרה ההפוכה, שכן הם מונעים ממעוטי-היכולת בחברה גישה מלאה למערכת המשפט.⁶⁸ לטענתה, חרף הבעיות שמתעוררות, אין להטיל איסור גורף על התעשייה.⁶⁹ ג'ונתן מולוט טוען גם הוא בעד מימון תובענות חיצוני, וזאת כדי להעלות את הסכומים בהסכמי הפשרה כך שישקפו נכון יותר את עוצמת התביעה.⁷⁰ לדידו, צד מעוטי-יכולת שאינו יכול לשאת בעלות התדיינות ממושכת, ואשר מטבעו אינו מסוגל להפנים סיכון גדול, יתפשר לרוב על סכום נמוך מהנדרש על-מנת להימנע ממצב שבו

65 Martin, לעיל ה"ש 41.

66 Douglas R. Richmond, *Other People's Money: The Ethics of Litigation Funding*, 56 MERCER L. REV. 649, 681 (2005).

67 שם, בעמ' 681–682.

68 Steinitz, לעיל ה"ש 39, בעמ' 1299–1300.

69 שם, בעמ' 1272. שטייניץ טוענת כי יש לערוך רפורמה בעלת חמישה שלבים: (1) הסרת האיסורים של דוקטרינת הסחר בזכויות תביעה; (2) עריכת רפורמה ביחסי לקוח-עורך-דין-מממן אשר תרחיב את ההגנה גם ליחסי המממן-לקוח; (3) יישום עקרונות של הגנת הצרכן בתחום של מימון תובענות חיצוני ועיצוב חוזים להסכמי המימון; (4) הנהגת פיקוח שיפוטי על הסדרי לקוח-עורך-דין-מממן; (5) הבניית אסדרה מותאמת לטענות משפטיות נסחרות. שם, בעמ' 1325–1334.

שטייניץ מתייחסת גם לכמה התנגדויות העולות ממשרד האוצר האמריקאי בנוגע למימון התדיינות על-ידי צד שלישי. ראשית, הדאגה מהצפת בתי-המשפט בתביעות אינה מבוססת לדעתה, מאחר שחברות המימון מחליטות לממן תביעה על בסיס שיקולים רציונליים וכלכליים, ולכן לא סביר שחברה תממן תביעה בעלת סיכויי ניצחון נמוכים. שם, בעמ' 1327. כמו-כן, על-ידי יצירת יחסי אמון בין חברת המימון ללקוח יובטח כי חברת המימון תשקול מהו הצעד הטוב ביותר לטובת הלקוח, ותחשוף כל ניגוד עניינים שעלול להתהוות. שם, בעמ' 1328–1329. שטייניץ סוברת כי האיסורים החלים על מימון התדיינות באמצעות צד שלישי פוגעים בחופש החוזים, וכי אסדרה זהירה עשויה להבטיח שהתעשייה לא תפעל בניגוד למדיניות הציבורית הרצויה. שם, בעמ' 1331–1332.

70 Molot, *Litigation Finance*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 101.

הוא לא ירוויח דבר.⁷¹ יצירת שוק מימון תובענות חיצוני משוכלל תעזור לפתור בעיה זו על-ידי הפיכת הסכמי הפשרה למעין עסקות שוק רגילות.⁷² מן הצד שכנגד יש מלומדים שדעתם אינה נוחה מהסדרים אלה. ג'וליה מקלפלין מכירה בערכו של שוק מימון התובענות החיצוני, אך מאמינה שיש דרכים טובות יותר לעזור לאוכלוסיות מוחלשות, כגון יצירת מאגר מימון ציבורי שיתמוך בתובעים נזקקים.⁷³ לכן, לטענתה, יש לאסור עריכת הסכמים למימון תובענות חיצוני או לכל-הפחות להסדירם באסדרה מתאימה.⁷⁴ ג'רמי קיד טוען לסיכון נוסף הנובע מסוג מימון זה, והוא השפעה אפשרית שלילית שלו על התפתחותו של המשפט המקובל בארצות-הברית.⁷⁵ לדידו, התפתחותה של תעשיית המימון מתמרצת את חברות המימון להשקיע במקרים אשר יגרמו לבתי-המשפט ליצור תחומי נזיקין חדשים שניתן לתבוע בהם.⁷⁶ לאחר שייקבע תקדים לתחום נזיקי חדש, ייפתח תחום נוסף שבו יוכלו המממנים לפעול ולממן תביעות. לחצים אלה על מערכת המשפט יופעלו על-ידי תמריצים כלכליים, ולא על-פי שיקולים ערכיים המבקשים להגיע לצדק בין הצדדים.⁷⁷ על-פי גישה זו, התמריצים הכספיים של הצדדים ישובשו בשל נוכחותם של הצדדים השלישיים המממנים אותם.⁷⁸ עם זאת, חשש זה תקף לגבי כל שוק מימון חיצוני באשר הוא, דוגמת ביטוח חבות של הנתבע, ולא ברור מדוע מדובר בבעיה ייחודית לשוק מימון התובענות החיצוני.

לסיכום, המלומדים בארצות-הברית חלוקים בשאלת רציותו של שוק מימון התביעות, אם כי נראה שרוב הדעות תומכות בקיומו, לפחות בתנאי שהוא יהיה כפוף למגבלות אסדרתיות מסוימות.

4. המצב המשפטי בישראל

בישראל לא נידונה עד כה בבתי-המשפט הסוגיה של מימון תובענות חיצוני, וזאת מן הטעם הפשוט שבישראל אין עדיין פרקטיקה כזו. עם זאת, נראה שתחום זה מתחיל לצבור תנופה, וגורמים מספר מתחילים לעסוק בו. כך, למשל, חברת EMY מתיימרת לעסוק במימון תובענות חיצוני, אם כי בשלב זה אין ראיות כלשהן לרמת פעילותה

71 שם, בעמ' 84.

72 שם, בעמ' 73.

73 Julia H. McLaughlin, *Litigation Funding: Charting a Legal and Ethical Course*, 31 VT. L. REV. 615, 627, 661 (2007).

74 שם, בעמ' 657–656.

75 Jeremy Kidd, *To Fund or Not to Fund: The Need for Second-Best Solutions to the Litigation Finance Dilemma*, 8 J. L. ECON. & POL'Y 613 (2012).

76 שם, בעמ' 631–630.

77 שם, בעמ' 632–631.

78 שם, בעמ' 632.

בשוק.⁷⁹ נוסף על חברה זו הוקמה לאחרונה קרן First Libra Fund (להלן: קרן ליברה), אשר מנסה להיות בין הגופים החלוציים בישראל בנושא של מימון תביעות חיצוני.⁸⁰ בדומה למודל העסקי בארצות-הברית, קרן זו מורכבת מצוות של מומחים, הכוללים שופטים בדימוס, פרופסורים ועוד, שמטרתם לבחון ולדווח לוועדת ההשקעות של הקרן אם מדובר בתביעה שרצוי להשקיע בה. גם ההשקעות של קרן ליברה נעשות בצורה של הלוואות "נון-ריקורס".⁸¹

בסעיפים הבאים אפרוש על קצה המזלג את התשתית המשפטית שיכולה להיות רלוונטית לדיון בסוגיה זו. המקרה הטיפוסי שבו מתגלע סכסוך הוא כאשר התובע שלווה מהמממן מסרב לשלם לו את אשר הובטח בחוזה, כפי שעשה מר פרנסיס, ומנסה לתקוף את החוזה כבלתי-חוקי.⁸²

(א) המחאת זכויות

בכל הנוגע בתביעות על בסיס עילה חוזית בין התובע (שלווה כסף) לבין המממן, עולה לכאורה שאלה באשר ליכולתו של התובע להמחות למממן את זכותו כלפי הנתבע בתביעה המקורית לפי חוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969. אלא שחוק זה אינו מטיל מגבלה על המחאת זכויותיו של התובע כל עוד אין מדובר בזכות ש"נשללה או הוגבלה עבירותה לפי דין".⁸³ בכל הנוגע בתביעות הנובעות מהתרחשותן של עוללות נזיקיות, המסגרת הנורמטיבית החלה על שאלת המחאתן של זכויות תביעה היא סעיף 22 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], וזה אוסר העברה של זכויות כאמור, בקובעו כי "הזכות לתרופה בשל עוולה, וכן החבות עליה, אינה ניתנת להמחאה אלא מכוח הדין".

אם כן, בעוד חוק המחאת חיובים אינו מערים לכאורה קשיים על כריתת חוזה מימון בין התובע למממן, פקודת הנזיקין דווקא עושה זאת. מכאן שקיימת לכאורה מגבלה קשה לגבי המחאת זכויות במקרה של פגיעה נזיקית, וביישום לענייננו – נדמה שצד שלישי לא יוכל לתבוע את מי שביצע עוולה נזיקית, להשתתף כצד בתביעה נגדו או לממנה (ולזכות בריבית מתוך הסעד). לכן, על-מנת לאפשר מימון תביעות על-ידי צדדים

79 קבוצת EMY הינה חברת החזקות המרכזת קבוצה של חברות ופעילויות העוסקות בניהול עסקים, ביזמות, ביעוץ ובהשקעות. בין היתר החברה מעוניינת להיות חלוצה בתחום של "מימון תביעות משפטיות" במדינת-ישראל, על-מנת לספק לאנשים אשר ידם אינה משגת את האפשרות והסיכוי לממש את תביעתם. ראו את אתר הבית של החברה – www.emy.co.il; אלפי שאולי "רוצה לתבוע ואין לך כסף? יש מי שישלם בשבילך" *ynet* 9.7.2013 – www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4396798,00.html.

80 ראו באתר של קרן ליברה – www.firstlibrafund.com; ענת רואה "שופטים בדימוס מצטרפים לקרנות השקעה בשוק התביעות האזרחיות" *כלכליסט* 24.3.2015 – www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3655253,00.html.

81 ראו באתר הקרן, שם.

82 Francis v. Mirman, Markovits & Landau, P.C., No. 29993/10 (N.Y. Sup. Ct. Mar. 16, 2012). למקרים נוספים ראו Appelbaum, לעיל ה"ש 2.

83 ס' 6 לחוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969.

שלישיים בישראל, על בית-המשפט, בהעדר הסדר חוקי מיוחד, לבצע מהלך פרשני ולקבוע כי סעיף 22 אינו חל על פירותיה של התדיינות משפטית למי שהייתה לו זכות כאמור.

כדי להגיע למסקנה הנורמטיבית המוצעת, יש לבחון את מקורו ההיסטורי של האיסור המופיע בסעיף 22 לפקודת הנזיקין. כפי שהודגש בפסיקה הישראלית, המשפט האנגלי, שבמסגרתו התפתחה פקודת הנזיקין, חשש מסחר בתביעות של הזולת.⁸⁴ מלומדים אף ציינו כי צו זה "אופייני לרוח המשפט האנגלי, שראה בעין רעה התערבותו של זר ביחסים המשפטיים שבין המזיק לבין הנזוק".⁸⁵ עם זאת, מלומדים אחרים אשר בחנו את הרלוונטיות של נימוק "הסחר בתביעות" לאיסור המחאת זכויות התביעה כיום סברו כי ייתכן שעבר זמנו. כך, למשל, השיקול המוסרי שבבסיס הנימוק אינו רלוונטי לרוב כאשר מדובר בתביעות חוזיות שאינן בעלות אופי אישי.⁸⁶

זאת ועוד, המשפט האנגלי מכיר בכמה חריגים לכלל האוסר סחר בתביעות – למשל, כאשר קיימת הוראה חקוקה המתירה זאת בנסיבות מסוימות. גם בישראל מוכר חריג כזה, כפי שניתן למצוא בסעיף 21 לפקודת הנזיקין, המאפשר המחאת זכויות מסוימות במקרה של פשיטת-רגל.⁸⁷ אלא שבניגוד למשפט הישראלי, המשפט האנגלי מכיר גם בחריגים שאינם נובעים מהוראה חקוקה. כך, למשל, המשפט האנגלי מכיר בהסכם בדבר העברת הפיצויים בתביעה שטרם הוגשה,⁸⁸ בעוד שבישראל אפשרות זו לא הוכרה.⁸⁹ כמו-כן, פרשנות מאוחרת שהוענקה לאיסור המחאת החיובים במשפט האנגלי, אך לא בזה הישראלי, קבעה כי הוא חל "רק בשל מעשה נזיקין 'אישי' – כגון לשון הרע – ולא בשל מעשה נזיקין 'רכושי' כגון היזק לחפצים".⁹⁰ מכאן שבעוד שהמשפט הישראלי אימץ מהמשפט האנגלי את ההגבלה שבסעיף 22, הוא לא אימץ את החריגים שבמשפט האנגלי.

גישה אחרת טוענת כי מסחור תביעות פוגע בתקנת הציבור.⁹¹ אלא שניתן לטעון כי אם כך, אזי יש לאפשר לכל-הפחות תמיכה כלכלית במקרים שבהם המחאת הזכות לתביעה בגין עוולה נזיקית משרתת את טובת הציבור.

סעיף 22 נידון בפסיקה הישראלית בכמה מקרים, ובכולם ניתן לראות את מגמת בית-המשפט לצמצם את תחולת הסעיף. הפרשה הראשונה היא פרשת פילוסוף, שעניינה המחאת פירותיה של תביעה מקבילה של הנתבע על-דרך שעבוד, על-מנת לספק בטוחה

84 ע"א 456/71 פילוסוף נ' מדינת ישראל, פ"ד כה (2) 604 (1971).

85 יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הנזיקין: תורת הנזיקין הכללית כרך שלישי 667 (מהדורה שנייה, ג' טדסקי עורך, 1976).

86 ש.ס. ראו גם עניין פילוסוף, לעיל ה"ש 84.

87 אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 85, בעמ' 667.

88 Glegg v. Bromley, [1912] 3 K.B. 474.

89 אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 85, בעמ' 667.

90 ש.ס.

91 עניין פילוסוף, לעיל ה"ש 84, בעמ' 608.

לנושה.⁹² באותה פרשה הסכימו הצדדים כי פילוסוף לא יפעל לגביית חובו מן הנתבע עד אשר יסיים הנתבע את תביעתו נגד המדינה בעניין תאונת־הדרכים. שנתיים לאחר־מכן, ולאחר שפשט רגל, זכה הנתבע בתביעתו נגד המדינה. כעת הועלתה השאלה אם פילוסוף יכול לפרוע את חובו היישר מקופת המדינה, בהתאם לפסק־הדין שניתן בהסכמה, או שמא על הסכום להשתלם ראשית לנתבע, שכן מדובר בהמחאת זכויות בלתי־חוקית על־פי סעיף 22 לפקודת הנזיקין.

בית־המשפט פסק כי סעיף 22 לפקודת הנזיקין מתייחס אך ורק למקרה שבו מדובר בהמחאת הזכות לתרופה הנידונה בהליך המשפטי, ולא לפירות התביעה כשלעצמם, אשר אכן ניתן להעבירם, בהיותם ככל רכוש המצוי ברשותו של תובע הזכות. הטעם לחקיקת הסעיף הוא מניעת "סחר" בזכויות תביעה, אשר עלול לעודד התדיינות הנוגדת את תקנת הציבור. התדיינות כזו עלולה להתרחש, למשל, מקום שאדם מציע לפלוני להגיש תביעה נגד אחר, תוך הבטחה לכיסוי כל חוב עתידי שעלול להתעורר במהלך התביעה. בענייננו, כריתת עסקה על־דרך שעבוד כספים הצפויים להשתלם לתובע הינה חוקית לגמרי, שכן התביעה הוגשה והתנהלה על־ידי בעל הזכות הרלוונטי בטרם התרחשה עסקת השעבוד, ולפיכך שעבוד פירות התביעה על־ידי הנתבע אינו מעלה חשש לפגיעה בטובת הציבור.⁹³

הפרשה השנייה היא פרשת **כספי**.⁹⁴ בפרשה זו רכש תאגיד בנקאי שווייצרי מטען של מטילי ברזל שיועדו לחברת רם תעשיות בע"מ. המטען הגיע ליעדו, ושוחרר על־ידי סוכנות האוניות יעקב כספי בע"מ ללא הצגת שטרי מטען ומבלי לשלם את התמורה לתאגיד השווייצרי. לאחר־מכן, כתוצאה מקריסתה של חברת רם תעשיות בע"מ, לא קיבל התאגיד השווייצרי את תמורתו. בתגובה הגיש התאגיד השווייצרי תביעה נגד סוכנות האוניות יעקב כספי בע"מ בישראל, שביסודה עילות תביעה נזיקיות וחוזיות. זמן־מה לאחר־מכן ביקש התאגיד השווייצרי להמחות את זכויותיו לתאגיד בנקאי ספרדי, על יסוד הטענה שהתאגידים מוזגו. לימים התברר כי למעשה עברו זכויות התביעה לתאגיד אחר, שרק בהמשך התמזג עם התאגיד הבנקאי הספרדי. בענייננו אין עוד חולק על זכותו של התאגיד הבנקאי השווייצרי לפיצויים, ועיקר המחלוקת נוגעת ביכולתו להמחות את זכויותיו על־פי סעיף 22 לפקודת הנזיקין.⁹⁵ פסיקה זו נוגעת אומנם בהמחאת זכות ביחס לגופים מסחריים בלבד, אך לנוכח פסיקה זו, וכן מנימוקים נוספים שאציג בהמשך, ניתן להניח כי הכרעה דומה הייתה מתקבלת גם אילו דובר באדם פרטי.

בפרשת **כספי** נקבע כי יש לצמצם את תחולתו של סעיף 22 מכמה טעמים. **הנימוק הראשון** הוא שאיסור המחאתן של זכויות נזיקיות אינו מתיישב עם ההיתר הרחב

92 ש.ם.

93 ש.ם.

94 ע"א 5251/10 **יעקב כספי בע"מ נ' Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.** (פורסם בנבו, 6.1.2013) (להלן: עניין **כספי**).

95 ש.ם, פס' 1-6 לפסק־דינה של השופטת ברק־ארוז.

להמחות זכויות חוזיות, ובכך פוגע בהרמוניה החקיקתית.⁹⁶ חיזוק לטיעון זה ניתן למצוא בהצעת חוק דיני ממונות, במסגרת דברי ההסבר להשמטת סעיף 22 לפקודת הנזיקין, שבהם נטען כי במקרים הנדרשים תימנע העברת הזכות על-ידי שימוש בדוקטרינת תקנת הציבור.⁹⁷ **הנימוק השני** הוא הצורך להבחין בין זכות נזיקית בעלת אופי "אישי" לבין המחאת זכות נזיקית בעלת אופי "רכושי", כפי שהוסבר לעיל.⁹⁸ היבט נוסף שנבחן בהקשר זה הוא מידת התאמתן של ההצדקות מהמשפט האנגלי שפותחו בהקשר שבין אדם לחברו ליחסים שבין גופים מסחריים, אשר בוחרים לעיתים בדרך של המחאת זכויות "בשל צרכים פרוצדוראליים ושיקולי נוחות".⁹⁹ הווה אומר, השיקול שבמסגרתו בוצעה המחאת הזכות (למשל, זכות שהועברה במסגרת עסקה) וסוג הזכות (למשל, המחאה של זכות שבה לנמחה יש אינטרס רכושי – מצב המאפיין חיי מסחר בין חברות) רלוונטיים לקביעה אם אינטרס הציבור במניעת שימוש לרעה בהליכי משפט צריך לפעול נגד קיומה של עסקת מימון התביעה.¹⁰⁰ **הנימוק השלישי** מתבטא בהכרה בהמחאת זכויות נזיקיות אישיות אף במסגרת מוסדות המהווים חלק מדיני הנזיקין עצמם, ככל שאלה מקיימים את הרציונל של אי-פגיעה בטובת הציבור. כך, העברתה של תביעת נזיקין של אדם שנפטר ליורשיו היא דוגמה להעברת תביעה שאינה מהווה פגיעה בתקנת הציבור.¹⁰¹

(ב) תביעה נגזרת

אנלוגיה נוספת לסוגיה של מימון תובענות חיצוני ניתן למצוא בסוגיית הזכות לתבוע בתביעה נגזרת, שעניינה יכולתו של בעל מניות מן הציבור לתבוע בשם החברה, ובכלל זה את נושאי-המשרה בחברה.¹⁰² מסלול התביעה הנגזרת, על-פי חוק החברות, ובדומה לסוגיה של המחאת הזכויות, מגלם בתוכו איזון בין שיקולים סותרים.¹⁰³ איזון זה נוגע באינטרס החברתי שבהרתעתם של מזיקים-בכוח לחברה, מחד גיסא, ובשיקולי המדיניות העומדים ביסוד שלילת אפשרותו של בעל מניות להיפרע בגין נזק שנגרם לחברה – כגון עקרון האישיות המשפטית הנפרדת, חשש מריבוי תביעות ושמירת סדר העדיפות הרגיל בפירוק החברה – מאידך גיסא.¹⁰⁴

96 שם, פס' 34 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז.

97 הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח הממשלה 712.

98 עניין **כספי**, לעיל ה"ש 94, פס' 34 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז.

99 שם, פס' 35 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז.

100 ע"א 2077/92 **ארלסון נ' רייף**, פ"ד מז(3) 508, 485 (1993).

101 עניין **כספי**, לעיל ה"ש 94, פס' 34 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז.

102 ע"א 9014/03 **גרינפלד נ' לטר**, פס' 13 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') ברק (פורסם בנבו, 14.12.2006).

103 אוריאל פרוקציה **דיני חברות חדשים לישראל – דין נוהג, דין רצוי והדרך לחקיקה** 397–414 (1989). ראו עניין **גרינפלד**, לעיל ה"ש 102, פס' 13 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

104 עניין **גרינפלד**, לעיל ה"ש 102, פס' 13–15 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

כך, במסגרת השאלה מי יכול להיות התובע בתובענה נגזרת (זכות העומדת לבעלי מניות), בחן בית-המשפט מקרה שבו התובע לא היה בעל מניות בחברה (שבנעליה הוא מבקש להיכנס בתובענה) בעת קרות העובדות המקימות את עילת התביעה.¹⁰⁵ בפרשת **לביב** נשאלה השאלה מהו הדין במקרה שבו אדם אחד מכר לאדם אחר את מניותיו בחברה לאחר קרות עובדות המקימות בבירור זכות תביעה למוכר, ויחד עם מניות אלה הוא מבקש למכור את זכות התביעה שלו נגד החברה. בפרשה זו, שהתרחשה בטרם נכנס חוק החברות לתוקפו, דובר בעיתונאי שרכש מניות בחברה לאחר שזו העניקה הטבות מרחיקות-לכת ליושב-ראש הדירקטוריון הפורש. בית-המשפט קבע כי "רכש מאוחר" של המניות אינו פגם כשלעצמו, אלא הדגש הוא בשאלה אם המניה נרכשה במטרה להגיש את התביעה, שכן אז מדובר במקרה שבו התביעה מוגשת בחוסר תום-לב ודינה להידחות. בית-המשפט קבע כי רכישת המניות על-ידי התובע נעשתה אך ורק כאמצעי להעברת מאבקי הציבורי אל תוך כותלי בית-המשפט, ובזאת מתקיים חוסר תום-הלב המצדיק את דחיית תביעתו הנגזרת.¹⁰⁶

ד"ר יחיאל בהט הביע ביקורת על החלטה זו, וטען כי אין לראות את התנהגותו של התובע כחוסר תום-לב אם במסגרת רכישת המניה נמכרה לו גם זכות התביעה.¹⁰⁷ תפיסה זו אומצה, לכל-הפחות באופן עקיף, בסעיף 194 לחוק החברות, אשר קובע למעשה כי העיקר אינו המניע של התובע, כי אם התועלת הצומחת לחברה (המושגת באמצעות מנגנון "התביעה הנגזרת"). אכן, המחאת זכות לתביעה נגזרת הינה ראוייה משום שהיא מאפשרת העברה של תביעה מוצדקת, בעלת פוטנציאל להניב תועלת לחברה, אל המשתמש הטוב יותר. איסור העברתה של זכות כזו ימנע הגשתן של תביעות מוצדקות על-ידי בעלי מניות שאין להם האמצעים הדרושים לניהול הליך, ותוצאה זו נוגדת את האינטרס החברתי.

(ג) יישום אמת-המידה של טובת הציבור בתחום של מימון תובענות חיצוני

מסקנתנו מן האמור לעיל היא כי בשני המקרים שנסקרו השיקול העיקרי שעמד לנגד עיניו של בית-המשפט הוא טובת הציבור. כך, למשל, בפרשת **פילוסוף** מצא בית-המשפט כי אין חשש לפגיעה בטובת הציבור כאשר מדובר בסחר בפירות התביעה, ובזאת אפשר לפילוסוף לזכות עסקה אשר תספק לו בטוחה לסכום שהנתבע חייב לו. פילוסוף פעל בתום-לב למען גביית חובו, ובית-המשפט פעל על-מנת לאפשר את הפעולה אשר עומדת בקנה אחד עם טובת הציבור. בפרשת **כספי** שוב פסק בית-המשפט כי המחאת הזכות אפשרית, ואף הרחיב בנוגע לשלל הסיבות אשר הופכות את המחאת הזכות למעשה אשר בנסיבות מסוימות אינו נוגד את תקנת הציבור, ואף תואם אותה. סיבות אלה, כאמור לעיל, כוללות יצירת הרמוניה חקיקתית עם ההיתר הרחב להמחאת הזכות במסגרת דיני החוזים, הצורך להבחין בין זכות "אישית" לזכות "רכושית", אי-

105 ע"א 180/75 **לביב נ' בנק לפיתוח תעשייה לישראל בע"מ**, פ"ד (3) 225 (1976).

106 שם, בעמ' 228-230.

107 יחיאל בהט **חברות – החוק החדש והדין** כרך ב 724 (מהדורה 13, 2015).

התאמת האיסור האמור ליחסים בין גופים מסחריים, וכן הכרת דיני הנזיקין בזכויות שבהן מתקיים הרציונל של אי-פגיעה בטובת הציבור, דוגמת ירושה. גם באשר לתביעה הנגזרת, כפי שראינו לעיל, בית-המשפט מנסה להבין מהי טובת הציבור במצב נתון כלשהו.

אם כן, נראה שבמרכז הניתוח המשפטי עומד הרעיון של טובת הציבור. מדוע אם כן שנאסור מימון תובענות על-ידי גורם חיצוני ככל שיוכח כי המימון מקדם את טובת הציבור? אומנם, לכאורה מדובר באותה התערבות בתביעה אישית שאותה ניסה המשפט האנגלי למנוע. עם זאת, ובדומה לסעיף 22 לפקודת הנזיקין, יש מקום לבחינה פרטנית של הנושא אשר תאפשר להבדיל בין המקרים שביכולתם לפגוע באינטרס הציבורי לבין אלה שיקיימו את טובת הציבור הלכה למעשה. כך, למשל, לא נראה שמתקיימת פגיעה בטובת הציבור מקום שהתובע מעוניין, על דעת עצמו, לפעול ולתבוע את זכויותיו אך אינו מסוגל לעשות זאת מבחינה כלכלית. כמובן, כמו בתביעתו של מר פרנסיס, גורמים פרטיים המעוניינים ברווחתם בלבד עלולים לנצל מצב זה לטובתם על-ידי גביית שיעורי ריבית שערורייתיים. אך לדידנו, ההתמודדות הנכונה עם מצב זה אינה באמצעות ביטול של אפשרות המימון, אלא על-ידי יצירת מנגנון שימתן את הריבית שיגבה המממן, דוגמת המנגנון העומד במרכזו של מאמר זה – ההכרה בחווי המימון כראיה קבילה בבית-המשפט.

לאחר שבחנתי את הרקע והמסגרת הנורמטיבית למימון תובענות חיצוני הן בארצות-הברית והן בישראל, הגיעה העת לנסות לענות על השאלה שהצבתי בפתח דבריי, והיא אם אכן ראוי לאפשר הגשה של הסכמי מימון לבית-המשפט כראיה לגבי חוזקה של התביעה.

פרק ב: האם ראוי לאפשר הגשת הסכמי מימון לבית-המשפט כראיה לגבי חוזקה של התביעה?

אתחיל בשורה התחתונה: לא זו בלבד שיש לאפשר מתן מימון תביעות חיצוני, יש לאפשר לבית-המשפט לקבל את הסכמי המימון כראיה קבילה, אשר תצביע על עוצמת התביעה כפי שהיא משתקפת בשיעור הריבית שניתן על ההלוואה. במצב דברים זה, קבלת החוזה האמור בבית-המשפט כראיה תוביל להפחתת הריבית המבוקשת על-ידי המממנים.

מהם היתרונות הגלומים בכך? הכרה בחוזה המימון כראיה קבילה בבית-המשפט תשפר את הרווחה המצרפית בשתי דרכים עיקריות. ראשית, הכרה כאמור תביא לידי הנמכת שיעורי הריבית בשל ההתנהגות האסטרטגית של המלווים. השפעה זו תוביל ליתרון נוסף באופן ישיר: הגדלת מספר העסקות הנכרתות בין מממנים בעלי נזילות גבוהה לבין תובעים שאינם יכולים לשאת בסיכונים הנובעים מתביעתם. בתי-המשפט והמחוקקים בארצות-הברית לא הצליחו עד כה להגן על הלווים מפני שיעורי הריבית

הגבוהים. אכן, במדינות מסוימות ננקטו צעדים שנועדו להיטיב עם הלווים. אולם במבחן התוצאה השפיעו צעדים אלה רק על רמת השקיפות הנדרשת מהמממן. היכן שבת-משפט פעלו, נרשמה "הצלחה" בביטול שיעורי הריבית רק באמצעות שימוש בדוקטרינות מהמשפט המקובל (דוגמת איסור הסחר בזכויות תביעה ואיסור ריביות הנשך) אשר אוסרות כליל מימון תובענות חיצוני. אך ברור כי שימוש בדוקטרינות אלה אינו פותר את בעיית התובעים, אשר הצורך שלהם בהלוואה נותר בעינו.

שנית, חשיפת החוזה תשפר את יכולתו של בית-המשפט להעריך את תביעתו של התובע, ובכך להגיע להחלטה נכונה ומדויקת יותר. המממן מעריך את התביעה לפני שזו התבררה בבית-המשפט, ולכן החלטתו לממן את התביעה מעידה על עוצמתה באופן "מעין אובייקטיבי". האיתות הנשלח לבית-המשפט מחוזה המימון, כאשר זה מוצג לפניו כראיה, משתנה בהתאם לשיעור הריבית שנקבע: שיעור ריבית גבוה מעיד על תפיסת ההשקעה כמסוכנת יותר, שמשמעה הערכת התביעה כחלשה יותר; ואילו שיעור ריבית נמוך מעיד על תפיסת ההשקעה כבטוחה יותר, כלומר, על הערכת התביעה כחזקה יותר.¹⁰⁸

היחס בין הסיכון שהמממן ניצב בפניו לבין שיעור הריבית שהוא יקבע צריך להיות נגיש לבית-המשפט. מדובר בתנאי הכרחי, שבבסיסו היגיון פשוט. כל אדם הלווה כסף – לרכישת רכב, לרכישת דירה וכדומה – יודע שקיים קשר ישיר בין קביעת שיעור הריבית לבין הסיכון הנובע מההלוואה. ברור, למשל, שהלוואה לרכישת נכס המשמש בטוחה להלוואה תהיה בריבית נמוכה יותר מהלוואה שבה הנכס אינו משמש בטוחה.

בעוד האיתותים הפנימיים המתקבלים במהלך המשפט עשויים להיות שקריים או אמיתיים, וכן בעוצמות שונות, איתותים שמתקבלים מחוזה המימון סביר שיתרמו לדיוק ההחלטה. כך, למשל, כאשר לאחר שלב ההוכחות בבית-המשפט נדמה לשופט כי סיכוייו של התובע נמוכים, גם קבלת איתות על הערכה גבוהה מצד המממן לא תהפוך את התביעה לחזקה. לעומת זאת, אם במהלך המשפט בית-המשפט מקבל איתותים פנימיים שבעטיים הוא מעריך את התיק כשקול, אזי קבלת איתות נמוך מחוזה המימון עשויה להובילו להכרעה לא לפסוק לטובת התובע. לבסוף, אם בית-המשפט מקבל איתותים פנימיים כי מדובר בתביעה חזקה, אזי סביר שגם איתות על סיכויים נמוכים שיתקבל מחוזה המימון לא יניע את בית-המשפט לפסוק נגד התובע.¹⁰⁹

108 אין ספק שכל מממן מעוניין לגבות שיעור ריבית מרבי. עם זאת, ככל ששיעור הריבית הנדרש גבוה יותר כן יורדת הסבירות שהתובע יקבל את חוזה המימון. שיעור הריבית הנמוך ביותר שאליו יהיה המממן מוכן לרדת תלוי באופן ישיר בסיכון הגלום במימון התביעה. ככל שהסיכון הנובע ממימון התביעה יורד, כן שיעור הריבית שאליו יהיה המממן מוכן לרדת כדי לאפשר את ההלוואה יורד גם הוא.

109 בתי-המשפט נוהגים לערוך בחינת נתונים כגון זו במסגרת המשפט כדבר שבשגרה. ראו, למשל: Peter P. Swire, *The Persistent Problem of Lending Discrimination: A Law and Economics Analysis*, 73 TEX. L. REV. 787, 830–831 (1995). באחד המקרים שבהם התמודד בית-המשפט עם שיעורי ריבית הוגשה תביעה על-ידי כמה תובעים בטענה להפליה במתן משכנתות, אשר באה *Edwards v. Flagstar Bank*, 109 F. לדי ביטוי בתנאים נחותים שהוצעו ללווים אפרו-אמריקאים.

מכאן שהמידע הנוסף שחווה המימון מספק יהיה משמעותי ביותר כאשר האיתות החיצוני מהווה מעין "שובר שוויון" – למשל, כאשר בית-המשפט בטוח כמעט ב-50% בצדקתו של התובע. במצב זה איתות גבוה מחווה המימון עשוי לספק את הדחיפה הנחוצה לתובע כדי לזכות בתביעתו. לעומת זאת, במקרה שבו בית-המשפט נוטה במעט יותר מ-50% לטובתו של התובע, איתות נמוך מחווה המימון עשוי לגרום לכך שהתובע יפסיד את תביעתו.

היתרון האחר – והחשוב יותר כאשר מדובר במימון תובענות חיצוני – הוא שתובע בעל תביעה חזקה יקבל שיעורי ריבית נמוכים מכיוון שלמממן יש אינטרס לשלוח איתות גבוה לבית-המשפט באמצעות חווה המימון, כדי להמחיש את אמונתו בעוצמת התביעה. מממן שגיבש הערכה גבוהה ביחס לתביעה ירצה להבדיל את עצמו ממממן שגיבש הערכה נמוכה אך מנסה לשדר לבית-המשפט איתות גבוה שקרי. על-מנת להבדיל בין איתות גבוה שקרי לאיתות גבוה אמיתי, ידרוש בית-המשפט לראות בחווה שיעור ריבית נמוך ביותר, אשר יוכיח כי אכן התגבשה אצל המממן הערכה גבוהה. שיעור הריבית הנמוך האמיתי צריך להיות נמוך אם כן עד כדי כך שלא יהיה זה רווחי מבחינת מממן שגיבש הערכה נמוכה לשקר לבית-המשפט. אכן, יכולתו של מממן שגיבש הערכה גבוהה להפחית את שיעור הריבית שהוא גובה מזו של מממן שגיבש הערכה נמוכה, וזאת מכיוון שמבחינת המממן הראשון קיים סיכוי אמיתי גדול יותר שהתביעה תצליח ושכספו יוחזר.

יתר על כן, גם אם השקר מצליח כתוצאה מטעויות של בתי-המשפט – קרי, גם במצב שבו מממן שגיבש הערכה נמוכה משכנע את בית-המשפט שהוא גיבש הערכה גבוהה – התוצאה אינה משתנה באופן מהותי. זאת, מכיוון שהשקר המוצלח אינו משנה את עוצמת תביעתו של התובע בפועל במהלך המשפט. המממן שגיבש הערכה נמוכה יודע כי סביר שבית-המשפט יגבש אף הוא הערכה נמוכה כאשר יישף לאיתותים הפנימיים. המשמעות היא שהתובע יפסיד בתדירות גבוהה יותר גם כאשר בית-המשפט ישכנע בדרכי הטעיה כי איתות גבוה שקרי הוא אמיתי. אם כן, גם בהתחשב בטעויות אשר יכול שיעשו על-ידי בית-המשפט, חווה המימון נותר מסוכן יותר למממן שגיבש הערכה נמוכה לגבי התביעה מאשר למממן שגיבש לגביה הערכה גבוהה.

הצורך להקטין את שיעורי הריביות כדי שבית-המשפט יבחין בין איתות גבוה אמיתי לבין איתות גבוה שקרי מחליש את הכוח המונופוליסטי של המממנים בקביעת שיעורי הריבית. מקום שהחווה מוגש כראיה קבילה, מממן שיגבש הערכה גבוהה אמיתית לא

Supp. 2d 691, 693 (E.D. Mich. 2000). בדיון בנוגע למורכבותן של הראיות שהוצגו במשפט נכתב: "התובעים הציגו כראיות כמויות נכבדות של מסמכים, ביניהם בקשותיהם של התובעים לקבלת משכנתה [מהנתבע], בקשותיהם של לקוחות אחרים לקבלת משכנתה [מהנתבע], תכתובת והנחיות, תקני החיתום, נתוני בדיקות וכן נתונים שסיפק [הנתבע] לממשלה על-פי Home Mortgage Disclosure Act (HMDA) ... שמקובל לכנותם "נתוני HDMA". שם, בעמ' 694. באופן ספציפי קבע בית-המשפט כי בסקירה סטטיסטית נמצאו הבדלים משמעותיים באחוזי הדחייה בין לווים לבנים ללווים אפרו-אמריקאים. שם, בעמ' 700-701 ("[המומחה] הביע את דעתו כי קיים הבדל מובהק באחוזי הדחייה בין לווים לבנים ללווים אפרו-אמריקאים לטובת הלווים הלבנים").

ישיא את רווחיו בעזרת גביית ריבית מונופוליסטית מהתובע, משום שהדבר ישליך על פרשנותו של בית-המשפט ביחס לעוצמת התביעה. לפיכך יעדיף המממן לגבות ריבית נמוכה יותר, ובזאת להקטין את סיכונו, שכן ריבית נמוכה מקטינה את הסיכוי שהתובע יפסיד במשפט ושהמממן יפסיד את השקעתו. לכן הכללת חוזה המימון כראיה קבילה מגבירה את ההסתברות שתובע בעל תביעה חזקה ינצח, ובו-בזמן מתפקדת גם כמפחיתת שיעורי הריבית למענו.

ברור שבית-המשפט מודע לתמריצים שיש למממנים להתנהג באופן אסטרטגי, ובשל כך הוא ישקול ויעריך בהתאם את האיתות המתקבל מהם. למעשה, דווקא ההתנהגות האסטרטגית של המממנים היא שתביא לידי עלייה ברווחה המצרפית, משום שהיא המובילה לירידה בריבית.

בפרק זה בחנתי את הצד התמריצי, על יתרונותיו וחסרונותיו, של הרעיון בדבר קבלת חוזה המימון החיצוני כראיה קבילה. אחת הטענות המרכזיות נגד רעיון זה היא שאיתות מגורם פרטי אינו יכול לעזור באמת לבית-המשפט בהכרעתו, וזאת בעיקר משום ש"יצרני האיתותים" אינם חסרי פניות. אכן, יש למממנים אינטרסים משל עצמם, שאינם האינטרס של חקר האמת המשפטית או הכרעה צודקת בסכסוך. עם זאת, בפרק הבא אבקש להראות כיצד בית-המשפט עושה כבר עתה שימוש יומיומי באיתותים חיצוניים לא-אובייקטיביים לצורך השגת מטרות המשפט.

פרק ג: איתותים חיצוניים במשפט

כפי שצוין קודם לכן, הרעיון להציג את חוזה המימון לפני בית-המשפט עלול להיראות כחותר תחת אושיות המשפט בכך שהוא מפריט את הליך השפיטה – או חלקה – לשוק. בפרק זה אנסה להראות כי המשפט מסתמך כבר עתה על איתותים חיצוניים. לצורך כך אבחן כמה רמות של איתותים חיצוניים. אתחיל בשימוש שמערכת המשפט האזרחי עושה באיתותים הנובעים מהרשעה של נאשם בבית-משפט פלילי. מדובר באיתות "קרוב", הנוגע ישירות בשאלת חבותו של הנתבע במשפט האזרחי, ומשום כך הרלוונטיות שלו לטענה המרכזית שלי מועטה, שהרי מדובר בקבלת ראיה מגוף (ערכאה פלילית) הדומה מאוד באופן פעולתו, בסמכויותיו ובמבנה שלו לבית-המשפט האזרחי. לאחר-מכן אעבור לאיתותים מרשויות אחרות של המדינה שאינן הרשות השופטת. אלה איתותים "רחוקים" יותר באשר לחבותו של הנתבע, אך הם רלוונטיים מעט יותר לטענתי המרכזית משום שמדובר באיתותים שמגיעים מגופים השונים במהותם מבית-המשפט האזרחי ואף-על-פי-כן הוא מושפע מהם בהכרעתו. לבסוף אדון באיתותים המגיעים מגופים חיצוניים אף לרשויות המדינה. איתותים אלה עשויים להיות "רחוקים" אף יותר, אך הם רלוונטיים מאוד לענייננו שכן הם מראים כי בתי-המשפט מוכנים להסתמך על איתותים המסופקים על-ידי גופים פרטיים בעלי אינטרס כלכלי בתביעה. חוזה המימון, לעומת זאת, הינו איתות אמין באשר לחבותו של הנתבע, המסופק אומנם

על-ידי גוף פרטי בעל אינטרס כלכלי מובהק, אלא שלגוף זה יש אינטרס בהספקת איתותים שיאפשרו לבית-המשפט להבחין בין תובענות מוצדקות לכאלה שאינן מוצדקות.

1. איתותים מן הרשות השופטת

בפרק זה אבקש לבחון איתות "חיצוני-פנימי". האיתות חיצוני לתביעה הראשית, אך הוא פנימי למערכת המשפטית. כוונתי ליחסו של המשפט האזרחי לפסקי-דין שנכתבו במערכת המשפט הפלילית.

ככלל, דיני הראיות קובעים כי ממצאים עובדתיים והכרעות שיפוטיות שהתקבלו בהליך אחד אינם קבילים כראיה בהליך אחר. הרציונל התומך בעיקרון זה הוא שפסק-דין של בית-משפט בהליך נתון מבטא את גישתו של שופט בעניין מסוים ובנסיבות מסוימות. לכן אין להעניק לו משקל ראייתי מעבר למשקלו בהליך הנתון.¹¹⁰ ביטוי לעיקרון זה ניתן למצוא בכללים נוספים העוסקים ביחס שבין החלטות שיפוטיות בתוך מערכת המשפט האזרחית. כך, למשל, סעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי-המשפט), קובע כי בית-משפט רשאי להכריע בשאלה שהוא נזקק לה דרך אגב אם ההכרעה בה חיונית להכרעה במקרה שלפניו, אף שאותו עניין נמצא בסמכותו הייחודית של בית-משפט אחר, אך הכרעה זו לא תהווה מעשה בית-דין בכל הליך אחר.¹¹¹

החריג לכלל זה הוא סעיף 42א(א) לפקודת הראיות, הקובע כי "הממצאים והמסקנות של פסק דין חלוט במשפט פלילי, המרשיע את הנאשם, יהיו קבילים במשפט אזרחי כראיה לכאורה" (ההדגשות שלי), וכי עם הגשתו של פסק-הדין מוגבלת האפשרות לסתור את האמור בו באמצעות הגשת ראיות על-ידי הצד המתגונן.¹¹² "ההסדר האמור בסעיף 42א לפקודת הראיות מהווה איזון בין הרצון למנוע ניהולם של הליכים כפולים והכרעות שיפוטיות סותרות בעניינים עובדתיים, לבין הצורך למנוע עיוות דין (ראה סעיף 42ג לפקודת הראיות) ופגיעה בלתי מידתית בזכויותיו של מי שלא היה צד להליך הפלילי, ולא ניתן לו יומו בבית המשפט בעת קביעת הממצאים והמסקנות נשוא ההליך הפלילי."¹¹³

הצורך בהגשת פסק-הדין הפלילי בהליך אזרחי נולד במקרה שבו ביצוע עברה פלילית כרוך גם בהפרת חובה חוקית "אזרחית". כך, למשל, כאשר משה תוקף את

110 ת"א (מחוזי מר) 45398-05-10 המרכז האוניברסיטאי אריאל בשומרון נ' אביב פתרונו מתקרמים בע"מ, עמ' 5-6 (פורסם בנבו, 31.10.2010). (להלן: עניין אריאל).

111 ע"א 2618/03 פי.או.אס. (רסטורנט סוליושנס) נ' ליפקונסקי, פ"ד נט(3) 497 (2004).

112 ס' 42ג לפקודת הראיות. ראו את הפרשנות שניתנה לסעיף זה בע"א 350/74 חברת מ.ל.ט. בע"מ נ' ממן, פ"ד כט(1) 208 (1974).

113 עניין אריאל, לעיל ה"ש 110, פס' 23 לפסק-דינו של השופט ארנון.

ראובן וגורם לו חבלות בגופו, תאשים המדינה את משה בעברת התקיפה, ולראובן תעמוד האפשרות לתבוע ממש פיצוי כספי במסגרת עולת התקיפה שבדיני הנזיקין. קיימים כמה רציונלים לשימוש בפסק-הדין הפלילי המרשיע כראיה במשפט האזרחי. ראשית, מבחינת רמת הוודאות של תוצאת פסק-הדין, בעוד במשפט הפלילי החלטה על הרשעה של אדם מתקבלת רק אם הוכחה אשמתו "מעבר לכל ספק סביר", כדי לזכות בתביעה אזרחית יש לעמוד ב"מאזן הסתברויות". דהיינו, אם בית-משפט פלילי מצא כי משה אשם, קל וחומר שנחצה הרף של "מאזן ההסתברויות" בתביעה האזרחית של ראובן.¹¹⁴ שנית, מבחינת "יעילות" עבודתו של בית-המשפט, אם לאדם שהואשם במשפט פלילי ניתנה הזדמנות להתגונן נגד טענה מסוימת, אזי "היה לו יומו בבית הדין ואל לו להטריח מחדש את בית המשפט".¹¹⁵

עוצמתם של צידוקים אלה הניעו את בית-המשפט לפרש בהרחבה את המונח "פסק-דין מרשיע" אשר בלשון החוק, ולהכיר כראיה במשפט האזרחי גם פסק-דין שבהם מצא בית-המשפט כי הנאשמים אשמים אך לא הרשיעם.¹¹⁶ עם זאת, בתי-המשפט סייגו קביעה זו, וקבעו כי הראיה תוכר רק במקרים שבהם בוססה אשמתם של הנאשמים על ניתוח וסיכום של הראיות שהובאו לפני בית-המשפט,¹¹⁷ ובתנאי שהחלטה בסופו של דבר לא להרשיעם נבעה מגורם "חיצוני" למשפט.¹¹⁸

דוגמה לעילה התלויה לפי לשון החוק בהרשעת הנאשם היא עילת ה"פיצוי" המצויה בסעיף 77 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, הקובע כי בהליך פלילי שבמסגרתו הורשע הנאשם, בית-המשפט יכול לפסוק נגדו תשלום פיצויים לנפגעים מביצוע העברה. עם זאת, גם במסגרת עילה זו קבע בית-המשפט כי אם על-פי הממצאים הוכחה אשמתו של הנאשם, ניתן לחייבו בפיצויים גם ללא הרשעתו.¹¹⁹ מקרה הפוך, שגם ממנו ניתן ללמוד על הרציונל של בית-המשפט, הוא ההחלטה לא

114 דניאל פרידמן "פס"ד פלילי כראיה במשפט אזרחי" הפרקליט כה 92 (1968).

115 שם, בעמ' 93.

116 ע"א 269/82 הילמן נ' כרמי, פ"ד מא(4) 1 (1987); ע"א 19/89 גליל נ' כלפה (פורסם בנבו, 13.6.1991). ראו גם, באנלוגיה, את התייחסותו של השופט טירקל למשמעות המונח "חרייב" כ"הורשע" בבג"ץ 3090/97 כהן נ' הממונה על מחוז הדרום, משרד הפנים, פ"ד נב(2) 721 (1998).

117 ראו את דבריו של השופט שמגר בע"א 285/80 שיף נ' אליאסי, פ"ד לד(4) 752, 755 (1980): "מה שמשמש כראיה לכאורה במשפט האזרחי, מכוח הדין, הם הממצאים והמסקנות של בית המשפט הדין בענין הפלילי, בתור שכזה, כפי שנקבעו לצורכי המשפט הפלילי והניסיון להגביל ישימותה של הודאה בעובדות למשפט הפלילי בלבד הוא נעדר משמעות, כי כל שנמצא והוסק במשפט הפלילי לצורך המשפט האמורי, הופך בתור שכזה מכוח הדין לראיה לכאורה במשפט האחר המתנהל בעקבותיו." (ההדגשה במקור).

118 כך, למשל, במקרה שלעיל נמנע בית-המשפט מלהרשיע את האשמים רק מאחר שהם היו מוגנים תחת חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971.

119 ראו רע"פ 2976/01 אסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 418 (2002).

לאפשר לעשות שימוש כראיה בפסק-דין חלוט אשר מזכה את הנאשם.¹²⁰ הסיבה לכך היא שכדי להיות מזוכה מאשמה במשפט פלילי אין צורך להציג גרסה חלופית לכתב האישום, אלא די לערער את האישום בצורה שתיצור "ספק סביר". במילים אחרות, ייתכן שבפסק-דין מזכה לא נערך בירור מלא של העובדות וירידה לחקר האמת בצורה המאפשרת להסתמך עליו ולקבלו באופן אוטומטי כראיה בהליך אחר.

אם נקבל את ההנחה שפסק-דין בהליך פלילי המובא כראיה למשפט אזרחי הינו איתות פורמלי-פנימי של המערכת המשפטית לעצמה, נוכל ללמוד משתי הקביעות שלעיל – הן השימוש בפסק-דין שבו הנאשם נמצא אשם אך לא הורשע והן איסור השימוש בפסק-דין מזכה – שהתנאי להסתמכות על איתות כזה הוא לא התוצאה הפורמלית של פסק-הדין (הרשעה "מלאה" או זיכוי), אלא קיומו של דיון משפטי עמוק שתוצאותיו הן ברמת ודאות של "מעבר לכל ספק סביר". הרציונל של סעיף 76 לחוק בתי-המשפט עולה בקנה אחד עם תפיסה זו: הסיבה שבגינה החלטה המתקבלת על-פי סעיף זה אינה נחשבת מעשה בית-דין היא העובדה שהדיון שנערך בשאלה זו היה דיון אגבי, ואולי בלתי-ממצה, ובכל מקרה לא נערך על-ידי ערכאה המתמחה בעניין הנידון. כלומר, המשפט אינו נסוג מן הקביעה שאיתות מסוג "פסק-דין פלילי מרשיע חלוט" הינו ביטוי לעמדתו של שופט מסוים במקרה נתון, אך הוא מוכן לקבלו כראיה, ולפטור את בית-המשפט האזרחי מן הצורך לקיים דיון חדש סביב אותה סוגיה, בשל העובדה שהתקיים סביבה דיון מוקדם מעמיק, ומכאן שמדובר באיתות "איכותי", המסייע לבית-המשפט להגיע, בייעילות רבה יותר, לתוצאה נכונה ומדויקת יותר בהליך האזרחי שלפניו.

יישום הקריטריון האמור – שלפיו בית-המשפט יסכים "להתחשב" באיתות רק אם הוא נשען על דיון מוקדם, מעמיק ואובייקטיבי – עשוי להוביל למסקנה כי הסכם המימון הינו איתות שראוי שבית-המשפט יסתמך עליו. הגוף המממן מקיים דיון מוקדם מעמיק ואובייקטיבי (הוא אינו נוטה לטובת הגורם שהוא שוקל את מימון תביעתו, אלא נאמן רק להשאת רווחיו שלו), ועל-כן פְּרָטִי החלטתו לממן את התביעה מצביעים ברמת "ודאות גבוהה" על עוצמת התביעה, כפי שנטען בחלק התיאורטי של המאמר.

2. איתותים מרשויות המדינה האחרות

כעת אבחן איתות "חיצוני-פנימי" נוסף, אלא שהפעם מדובר באיתות חיצוני למערכת המשפטית. איתות זה ניתן במסגרת תביעה על-ידי רשות מדינתית כלשהי, אם כי על-פי רוב תתאם חוות-דעתה את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, בהיותו הגורם המשפטי הרשמי שלה.¹²¹ כמורֶכֶן אין כל מניעה לקבל את חוות-דעתן של רשויות

120 ע"א 488/83 צנעני נ' אגמון, פ"ד לח(4) 141 (1984); ע"א 4403/96 פקיד שומה כפר סבא נ' גולדמן (פורסם בנבו, 25.11.1998). ראו גם קדמי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 771.

121 יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון" עיוני משפט יא 418, 418 (1986).

אחרות, ככל שאלה יידרשו, וחלק מאותן רשויות אף קיבלו מעמד חוקי דומה לזה של היועץ המשפטי לממשלה בנושאים מסוימים.¹²²

(א) היועץ המשפטי לממשלה

תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה מתחלק לארבעה תחומי אחריות עיקריים: ראשית, הוא עומד בראש התביעה הכללית וממונה על פרקליטות המדינה; שנית, הוא אחראי לייצוג המדינה בבתי-המשפט; שלישית, הוא משמש ראש מערכת הייעוץ המשפטי לרשות המבצעת על כלל שלוחותיה; ורביעית, הוא מופקד על שמירת האינטרס הציבורי בתחום המשפטי. במסגרת תפקידים אלה נדרשת חוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בנושאים שונים, לעיתים על-פי חוק ולעיתים על-פי בקשה.¹²³ הפסיקה בישראל רואה בפרשנות שהיועץ המשפטי לממשלה נותן לחוק – בין על-פי חוק ובין על-פי בקשה – כפרשנות המוסמכת מבחינת רשויות השלטון.¹²⁴

כך, למשל, נהפך היועץ המשפטי לממשלה לגורם בעל חשיבות יתרה בעולם התובענות הייצוגיות. כך, דרישת החוק היא שאישור תובענה ייצוגית, אישור הסדר פשרה ואף פסק-דין שניתן בתובענה ייצוגית ישלחו לעיונו של היועץ.¹²⁵ אומנם, החוק אינו כובל את פסיקת בית-המשפט לחוות-דעתו של היועץ. אולם גם ללא כבילה חוקית כלשהי נראה שבית-המשפט מקבל את דעותיו של היועץ באופן תדיר, בעיקר כאשר מדובר באישור הסדרי פשרה.¹²⁶ יש לציין כי עובדה זו אינה מפתיעה, מאחר שאחד מתפקידי היועץ הוא כאמור לשמור על אינטרס הציבור, ולפיכך רוב התנגדויותיו נוגעות בהסדרי פשרה אשר אינם מזכים לדעתו כראוי את התובעים.¹²⁷

122 מעמד כזה קיבלו, למשל, הרשות להגנת הצרכן והמועצה הישראלית לצרכנות מכוח ס' 16(א) לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, ותק' 3 לתקנות החוזים האחידים, התשמ"ג-1983; וכן ארגונים העוסקים בזכויותיו של מי שאסור להפלותו מכוח ס' 13 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988. למקרים נוספים ראו מ"ח 7929/96 קזולי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529, פס' 43 לפסק-דינו של הנשיא ברק (1999).

123 "חובת התייעצות מכוח חוק" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1,000 (התשס"ג).

124 בג"ץ 1635/90 זרזיבסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 800, 749 (1991); בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 425, 404 (1993); בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 473, 441 (1993); בג"ץ 4247/97 סיעת מרצ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 241, 277 (1998).

125 ס' 25 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006; ס' 16 לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010. לפירוט נוסף ראו "הודעות ליועץ המשפטי לממשלה" אתר משרד המשפטים: index.justice.gov.il/Units/YeutzVehakika/TovanoYitzugiyot/Pages/HodaotYoamash.aspx.

126 עידו באום "בתביעה הייצוגית יש פשרה? היועץ המשפטי כבר ידאג לשנות אותה" *TheMarker* 23.7.2013 www.themarker.com/law/1.2078681.

127 ת"צ (מחוזי מ"ר) 44751-03-10 בן סימון נ' הוט – מערכות תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 8.7.2012); ת"צ (מחוזי י"ם) 3118/09 סבו נ' חברת דיסקונט השקעות בע"מ (פורסם בנבו, 4.6.2013); ת"צ (מחוזי ת"א) 30284-01-10 דבוש נ' קונקטיב גרופ בע"מ (פורסם בנבו, 23.7.2013).

במקרה נוסף, שמתקשר אף הוא לסוגיית התובענות הייצוגיות, ניתן לראות את השפעת איתותו של היועץ המשפטי לממשלה ביתר שאת. ענייננו בפרשת **ברימה**, שבמסגרתה נטען כי חברת הביטוח "מבטחים" מפלה נשים באמצעות נוסחת חישוב הפנסיה שלה על-ידי קביעת גילאי פרישה שונים בין המינים.¹²⁸ מאחר שמדובר בסוגיה של שוויון בגיל הפרישה, הורה בית-הדין על צירופה של נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה. למרות הוראה זו, ואף שהחלטה אושרה בערעור לבית-הדין הארצי,¹²⁹ החליט היועץ המשפטי לממשלה לא לאפשר לנציבות להגיש את עמדתה, וזאת על-מנת שהמדינה תביע את עמדתה בצורה אחידה. היועץ, בתפקידו כמייצג את עמדתה של המדינה, בחר במקום זאת להציג את עמדתו של הממונה על שוק ההון במשרד האוצר כעמדת המדינה. בסופו של דבר החליט בית-הדין לשמוע את עמדתה של נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, אם כי לא כחלק מעמדת המדינה, אלא בנפרד ממנה. ובכל-זאת, לאחר שנשמעו כל הדעות, התחמק בית-הדין מהכרעה בשאלת קולה האחד של המדינה, ומכאן ניתן להבין את המשקל הרב שבית-המשפט מקנה לעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה.

חשוב עם זאת לציין כי גם במקרים דוגמת איתותיו של היועץ המשפטי לממשלה, שמשקלם נכבד על-פירוב, בית-המשפט אינו נמנע מלדחות את חוות-הדעת של היועץ כאשר הוא מאמין שאלה פוגעות ביכולתו להכריע כראוי בתביעה.¹³⁰ מכאן שאף-על-פי שבית-המשפט מחויב לפי חוק לשמוע את דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, כמי שמייצג את האינטרס הציבורי ומגן עליו, בית-המשפט מסוגל לסנן את המידע הנחוץ לצורך הכרעתו בתיק.

כלומר, אף שהוא אינו מחויב לכך על-פי חוק, בית-המשפט מכיר באיתותים המגיעים מהיועץ המשפטי לממשלה ככאלה שעשויים לתרום לבירור התביעה, ואף מקנה בפועל לחוות-דעתו חשיבות רבה במהלך המשפט. מבחינות רבות האיתות הניתן מהיועץ המשפטי לממשלה חזק במיוחד, וזאת מכיוון שהוא אינו מוגבל – כמו איתותים רבים אחרים המוזכרים במאמר – אך ורק לקבילותן של ראיות. איתות זה הוא למעשה בבחינת הוספת צד ג' להליך ההכרעה לצורך שמיעת טיעוניו, ולפיכך חשיבותו גדולה יותר מקבלת ראיות בלבד.

128 ק"ג (אזורי ת"א) 9835-09 **ברימה** – מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ (בניהול מיוחד) (פורסם בנבו, 18.7.2013).

129 בר"ע (ארצי) 38261-09-12 **מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ (בניהול מיוחד)** – **ברימה** (פורסם בנבו, 20.9.2012).

130 ת"צ (מחוזי מר") 164-12-07 **שרייר נ' מהדרין בע"מ**, פס' 23–24 לפסק-דינה של השופטת נד"ב (פורסם בנבו, 24.2.2009) (השופטת נד"ב מציינת כי על-פי חוק תובענות ייצוגיות יש ליועץ תפקיד ציבורי בהגנה על הקבוצה וכ"יועץ" לבית-המשפט, אולם קובעת כי במקרה הנידון לא עמדה התנהלותו של בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה בסטנדרטים המצופים לנוכח תפקידו); בש"א (מחוזי ת"א) 8374/06 **ברוט נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 4.7.2010). ראו גם ענת רואה "שופטים נגד עמדת היועץ" ש בתביעות ייצוגיות: 'הציפייה היא שנציגי היועץ יעשו מלאכתם ברצינות' **כלכליסט** 14.9.2010 www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3417514,00.html.

(ב) עמדת המאסדר

איתות נוסף שבית-המשפט נוהג להתחשב בו בעת קבלת החלטותיו הוא עמדותיהם הרשמיות של גופים מנהליים, קרי, הפרשנות שהעניקו גופים מאסדרים של המדינה לחוקי המדינה הנוגעים בפעילותם, כגון הרשות לניירות-ערך, רשות המיסים או המפקחת על שוק ההון והביטוח.

למעשה, איתות מסוג זה זוכה ביחס חיובי מצד בתי-המשפט גם במקרים שבהם זכות העמידה של גופים אלה אינה מוכרת בחקיקה. יחס זה נשען על דוקטרינה מרכזית במשפט המנהלי המכונה "חזקת התקינות המנהלית", כלומר – כל עוד לא הוכח אחרת, מעשיה של הרשות, לרבות האופן שבו היא מפרשת את החוק, הם נכונים.¹³¹ דוקטרינה זו הוכרה גם במשפט האמריקאי, שם היא מכונה "The Chevron Deference", על-שם המקרה המפורסם, *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*¹³² במקרה זה נקבע כי על בית-המשפט לקבל את הפרשנות של האורגן או הסוכנות הפדרליים, אלא אם כן מדובר בפרשנות בלתי-סבירה.

במשפט הישראלי נדמה כי דוגמה בולטת למאסדר אשר מספק פרשנות "עצמאית" ו"אובייקטיבית" לחוק היא הרשות לניירות-ערך. הרשות לניירות-ערך הוקמה מכוח חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, ותפקידה, כמצוין בחוק, הוא שמירת ענייניו של ציבור המשקיעים.¹³³ החוק קובע שורה של תפקידים וסמכויות לרשות,¹³⁴ וכן מטיל עליה חובה לפרסם את אלה מבין החלטותיה שלדעתה יש בהן חשיבות עקרונית.¹³⁵ נוסף על כך, סעיף 209(ב) לחוק החברות מסמיך את הרשות לשאת בהוצאות תובע ייצוגי, בתנאים שתקבע, אם שוכנעה כי יש בתובענה שלפניה עניין לציבור וסיכוי סביר להתקבל.

עם זאת, הרשות אינה מסתפקת בתפקידיה הסטטוטוריים, אלא נוהגת לפרסם מגוון רחב של עמדות משפטיות וחשבונאיות וכן הנחיות מקצועיות פנימיות אשר לפיהן היא מפעילה את סמכותה.¹³⁶ תיבת הבהרה המופיעה בראש כל מסמכה אף מציינת כי הציבור "מוזמן להסתמך" על עמדות אלה. תפקידים נוספים שהרשות נטלה על עצמה

131 ע"ם 4072/11 עיריית בתים נ' לוי, עמ' 7 (פורסם נבכו, 6.11.2012).

132 *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

133 ס' 2 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968.

134 "תפקידי הרשות" אתר רשות ניירות ערך www.isa.gov.il/ABOUT/Roles/Pages/Roles.1336.aspx.

135 ס' 9 לחוק ניירות ערך.

136 "עמדות סגל בנושאים משפטיים" אתר רשות ניירות ערך www.isa.gov.il/sites/mt/Corporations/Staf_Positions/Pages/default.aspx;

"עמדות והחלטות בנושאים חשבונאיים וביקורת" אתר

רשות ניירות ערך www.isa.gov.il/sites/mt/Corporations/Attitudes%20and%20decisions%20regarding%20accounting%20and%20auditing/Pages/default.aspx.

ולקבל דווקא את חוות-הדעת שכתב פרופ' אוריאל פרוקצ'יה, מומחה בדיני החברות, בעבור החברה הנחבעת.¹⁴² אף-על-פי-כן, לאורך כל נימוקי פסק-הדין התכתבה השופטת עם עמדת הרשות והשיבה על טענותיה, כפי שעשה גם השופט סולברג בפרשת ב. יאיר בדחותו את עמדת הרשות. מכאן ניתן להסיק כי אף-על-פי שעמדת הרשות אינה מהווה מקור נורמטיבי מחייב, מתקיימת מעין "חזקת תקינות מנהלית" הניתנת לסתירה: העמדה מהווה את נקודת המוצא של הדיון המשפטי או לכל-הפחות עמדה שאי-אפשר להתעלם ממנה. ניתן אומנם לסותרתה,¹⁴³ אך נראה שבכל מקרה השופטים מעניקים לה משמעות.

שאלה נוספת שיש לבחון היא מהו המשקל שיש לייחס לעמדתה של הרשות אם היא מתקבלת. לשאלה זו אין תשובה ברורה, אך נדמה כי ראוי שבית-המשפט ייחס לה משקל בהתאם לנסיבות הקונקרטיות שלפניו. תפיסה זו נתמכת על-ידי אמירה של השופט כבוב בפרשת הצלחה, שלפיה "לא יהיה נכון... להתעלם מ'צידודה' של הרשות בטענות... במיוחד בשלב בו מתבקש בית המשפט לנקוט צעד חריג".¹⁴⁴

בהיקש למושא המאמר – הסכמים למימון תביעות על-ידי צד ג – ניתן לטעון כי כשם שבית-המשפט בוחן בכובד-ראש את חוות-דעתה של הרשות לניירות-ערך בשל היותה גוף מומחה ואובייקטיבי ביחס לנסיבות, כך יש מקום שהוא יבחן את הסכם המימון (שהרי גם הצד המממן הוא אובייקטיבי ביחס לריבית שהוא דורש על ההלוואה למימון ההליך, במובן זה שהריבית משקפת את הערכתו האובייקטיבית את התיק).

(ג) פתיחת חקירה של המאסדר

בחלק הקודם עסקנו ביחסו של בית-המשפט לעמדותיו המקצועיות של המאסדר, תוך התמקדות ברשות לניירות-ערך, כאשר הן מובאות כראיה במשפט. כעת נבדוק כיצד בית-המשפט מושפע מהחלטה של גוף מאסדר לפתוח בחקירה שהיא כלכלית במהותה כלפי צד במשפט אזרחי.

גם כאן נתמקד ברשות לניירות-ערך, אם כי ניתוח דומה חל גם על מאסדרים אחרים, כגון רשות המיסים ועוד. תחילה נערוך בחינה השוואתית של הרשות לניירות-ערך האמריקאית (ה-SEC) והשפעתם של הליכי החקירה שהיא מקיימת על הליכים אזרחיים הנערכים במקביל.

ההסבר המרכזי התומך בטענה כי קיים קשר בין ההליך של ה-SEC, שהוא הליך מנהלי המבוצע מטעם גוף מדינתי, לבין ההליך האזרחי, המנוהל על-ידי אזרחים

142 לפי חוות-הדעת, קבלה של עמדת המבקשת תביא לידי שיתוק בחברה, מכיוון שהיא תגביל את הרוב מלקבל החלטות.

143 באנגלוגיה למקרה זה, בעניין לוי, לעיל ה"ש 131, בפס' 35 לפסק-דינה, הדגישה השופטת דפנה ברק-ארז את "היחלשותה" של חזקת התקינות ואת הפיכתה על-ידי הבאת ראשית ראייה סותרת. במקרה שלנו הייתה זו חוות-דעת מומחה הפוכה על שפתחה את הנושא לדיונו של בית-המשפט.

144 ת"צ (מחוזי ת"א) 2484-09-12 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' כהן, פס' 40 לפסק-דינו של השופט כבוב (פורסם בנוב, 18.2.2013) (להלן: פרשת הצלחה).

פריטיים, הוא זהות העילות שבגינן נפתחות חקירות ומוגשות תביעות. כך, למשל, ברוב המקרים חקירת SEC נפתחת בעילה של הצגת מצג-שווא של חברה הנסחרת בבורסה או בעקבות השמטת מידע מבעלי המניות או בעקבות ניסיון לבצע מניפולציות על מחירי ניירות-הערך. תביעות אזרחיות פרטיות של בעלי מניות נגד חברה או בעלי-התפקידים בה נובעות מאותן עילות. בארצות-הברית רוב התביעות האזרחיות האמורות מוגשות תחת ה־Securities Act משנת 1933¹⁴⁵ וה־Securities Exchange Act משנת 1934¹⁴⁶ או כתביעות נגזרות של בעלי המניות על-פי חוקי המדינה שהחברה רשומה בה (לרוב מדינת דלוור¹⁴⁷).

תביעות אלה מוגשות לרוב במטרה להופכן לתובענות ייצוגיות, ובדומה להליך בישראל¹⁴⁸ הן כפופות להליך אשרור ראשוני בטרם יוכרו כתובענה ייצוגית על-פי סעיף 23 ל־Federal Rules of Civil Procedure. הליך זה, המכונה "certification", הוא למעשה בחינה של ארבע דרישות מקדמיות:¹⁴⁹ תביעה משותפת (communality/predominance), כלומר, נושא תביעה מרכזי אחד לפחות חייב להיות משותף לכלל חברי הקבוצה (למשל, לא תיתכן תביעה ייצוגית שבה הרוב המוחלט של הפיצויים המבוקשים מיועדים לתובע אחד בלבד); התאמה להליך (adequacy), כלומר, התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להגן על האינטרסים של כלל התובעים במחלוקת; התאמה מספרית (numerosity), כלומר, יש לקיים את ההליך כתובענה ייצוגית מאחר שלא יעיל לערוך את ההליך באמצעות תביעות פרטניות; והתאמת הטיעונים המשפטיים (typicality), במובן זה שהטענות המשפטיות שיועלו הינן טענות שסביר שכלל התובעים היו טוענים באופן זה.

חשוב לציין כי שלב האישור הינו מהותי ביותר, וזאת בשל הנתונים המצביעים על כך שרוב התובענות שהוכרו כייצוגיות הגיעו לפשרה, דהיינו, ה"רף" המרכזי שהתובעים נדרשים לעבור הוא שלב ההכרה בתביעה כייצוגית.¹⁵⁰ במהלך ההליך המדובר לא מתקיים גילוי מסמכים שבמסגרתו מוצג החומר הראייתי שבידי הצדדים. מכאן שהחלטה חיובית ביחס לפתיחת הליך במקביל על-ידי SEC עשויה לאותת לבית-המשפט כי ייתכן שיש דברים בגו אף שלא הוצגו לפניו ממצאים ראייתיים המחזקים תפיסה זו. כך, אף שלפתיחת החקירה אין בהכרח השפעה ישירה על תוצאת ההליך

¹⁴⁵ Securities Act §§ 11–12 (1933).

¹⁴⁶ 17 C.F.R. § 240.10b-5.

¹⁴⁷ במדינת דלוור תביעות נגזרות נערכות במסגרת ה־Special Litigation Committees (SLCs), אשר אף-על-פי שחל חיסיון על ממצאיהן, פעמים רבות ה־SEC חושף אותם במסגרת חקירותיו, וכך הם נעשים זמינים לציבור ויכולים לשמש חומר ראיתי.

¹⁴⁸ ס' 8 לחוק תובענות ייצוגיות. להרחבה ראו אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט' 131, 139 (2006).

¹⁴⁹ Richard A. Booth, *Direct and Derivative Claims in Securities Fraud Litigation*, 4 VA. L. & BUS. REV. 277, 307–309 (2009).

¹⁵⁰ Thomas Kayes, Notes & Comments, *Jury Certification of Federal Securities Fraud Class Actions*, 107 NW. U. L. REV. 1851, 1852–1853 (2013).

הסופית (קבלת התביעה הייצוגית או דחייתה), היא משפיעה בהחלט על התוצאה הסופית בכך שהיא עשויה להגדיל את הסיכויים לאישור התובענה כייצוגית ולסיום הסכסוך בפשרה.

בארצות-הברית נחקר נושא זה על-ידי צ'וי ופריצ'רד.¹⁵¹ השניים בחנו את הקשר בין תביעות ייצוגיות בנושאי הונאה בניירות-ערך לבין מידע באשר לחקירות של ה-SEC שנפתחו באותן תקופות. הם הציבו שלוש קטגוריות במחקרם: "חקירת SEC בלבד", "הגשת תובענה ייצוגית בלבד", "מקרים שבהם נפתחה חקירה והוגשה תובענה במקביל". ממחקרם נבעו שתי מסקנות עיקריות: הראשונה, כי תובענות ייצוגיות שבמקביל אליהן נערכו חקירות SEC הסתיימו בהסדר פשרה באחוז גדול יותר מן המקרים; השנייה, כי סכום הפשרה במקרים שהתלוותה אליהם חקירה מקבילה של ה-SEC היה גבוה יותר מסכום הפשרה במקרים דומים שלא התלוותה אליהם חקירה כאמור.

במחקר אחר ביקש קלאוזנר לבחון אם הגשת תובענות ייצוגיות בנושאי הונאה בניירות-ערך מגדילה את הערך ההרתעתי שיש ל-SEC.¹⁵² לשם כך הוא איתר את כלל המקרים בין השנים 2000 ל-2003 שבהם הוגשו תובענות ייצוגיות בעילת הונאה בניירות-ערך נגד חברות ציבוריות, ובחן את תוצאות ההליכים במקרים שבהם התנהלה חקירת SEC ובמקרים שבהם לא התנהלה חקירה כזו. מסקנתו מן המחקר הייתה כי תובענות שהוגשו במקביל לניהול חקירה נהנו מאחוזי "הישרדות" גבוהים יותר בבקשות למחיקה על הסף.¹⁵³ במילים אחרות, ייתכן כי פתיחת הליך חקירה על-ידי המאסדר, אף אם לא תגרום בסופו של דבר להטלת סנקציה על החברה הנחקרת, עשויה לגרום להכרעה שיפוטית שלילית מבחינת החברה במסגרת הליך משפטי אחר המתנהל נגדה, ובכך עולה יעילותו ההרתעתי של מנגנון החקירות של ה-SEC. מן המחקרים לעיל עולה אם כן שקיים מתאם בין נוכחות ה-SEC בתביעה לבין הסבירות הנמוכה שהתביעה תידחה על הסף. עם זאת, אי-אפשר להסיק מקיומו של מתאם מובהק סטטיסטית כי מתקיים בהכרח קשר סיבתי.¹⁵⁴

Stephen J. Choi & Adam C. Pritchard, *SEC Investigations and Securities Class Actions: An Empirical Comparison* (working paper No.12-022, 2014), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2109739

Michael Klausner, *Are Securities Class Actions "Supplemental" to SEC Enforcement?* 152 *An Empirical Analysis* (preliminary draft, Apr. 1, 2009), available at weblaw.usc.edu/assets/docs/Klausner.pdf

¹⁵³ שם, בעמ' 31-34. במהלך המחקר נבחנו 746 תביעות, מהן 146 שהתנהלה לצידן חקירה מטעם ה-SEC. מבין אותן 146 תובענות נדחו רק 8% על הסף, ואילו מבין יתר התובענות, שנוהלו ללא חקירה מקבילה של ה-SEC, נדחו כ-42% על הסף. להרחבה ראו שם, בעמ' 17-18.

¹⁵⁴ שם, בעמ' 33.

(ד) החלטה לפתוח בחקירה משטרתית

איתות אחר, חלש יותר, הוא פתיחת חקירה פלילית של המשטרה נגד הנתבע במשפט האזרחי במקביל או בהמשך לדיון הראשון, האזרחי.¹⁵⁵ במקרה זה אין ספק שמדובר באיתות חיצוני למערכת המשפט, ועולה השאלה אם בפועל יש לו השפעה על השופט בהליך האזרחי. לכאורה, התשובה שמערכת המשפט מספקת היא שלילית: בין השופט לבין המתחולל מחוץ לכותלי בית-המשפט קיימת חומה בצורה. עם זאת, מחקרים פסיכולוגיים ואמפיריים שפורסמו בשנים האחרונות מגלים כי חשיפת עבר פלילי של נאשמים, כמו גם דיווחים תקשורתיים במהלך המשפט החושפים שופטים ומושבעים לראיות בלתי-קבילות או לראיות שהושגו באמצעים בלתי-חוקיים, יש השפעה על ההכרעות השיפוטיות,¹⁵⁶ לרבות בהליכים אזרחיים.¹⁵⁷

יובהר כי החלטה של המשטרה או של הפרקליטות לפתוח בחקירה היא איתות חיצוני אשר מעטים בלבד חושבים שראוי להסתמך עליו בהליך האזרחי, גם אם בפועל זה קורה. אולם מטרת הדיון כאן היא לטעון כי כשם שהתחשבות באיתותים חיצוניים שאינם לגיטימיים (כגון פתיחת חקירה משטרתית) אינה ממוטטת את הלגיטימיות של ההליך המשפטי, כך אין סיבה שקבלת הריבית שבחווה המימון כראיה קבילה, על-אף היותה חיצונית, תפגע בהליך המשפטי, במיוחד לנוכח העובדה שהרלוונטיות של ראיה כזו גדולה הרבה יותר.

(ה) החלטה של הרשות לממן תובענה ייצוגית

יש שני מצבים שבהם רשות יכולה לממן תובענות ייצוגיות: האחת, על-ידי הקרן למימון תובענות ייצוגיות במשרד המשפטים, שהוקמה מכוח סעיף 27 לחוק תובענות ייצוגיות; והאחרת, על-ידי הרשות לניירות-ערך, שיכולה גם לממן תובענות נגזרות. אתחיל במימון על-ידי הרשות לניירות-ערך.

לעיתים אנו רואים כי בית-המשפט מציין בפסק-הדין את עובדת הצטרפותה של הרשות לתביעה, ולו בדרך של מימון הוצאות, אף אם בפועל הוא אינו מעניק לכך כל

155 למשל, בעקבות תביעת נזיקין בעולת רשלנות רפואית עשויה להיפתח חקירה באשמת גרימת מוות ברשלנות. דוגמה נוספת היא אישום פלילי שנפתח נגד אדם בעקבות הליך מנהלי של רשות המיסים. עם זאת, ייתכנו כמובן גם מקרים שבהם החקירה הפלילית מתנהלת במקביל להליך האזרחי, ולא בעקבותיו.

156 דאון: Doron Teichman & Eyal Zamir, *Judicial Decisionmaking: A Behavioral Perspective*, 664–703 (Eyal in THE OXFORD HANDBOOK OF BEHAVIORAL ECONOMICS AND THE LAW Zamir & Doron Teichman eds., 2014).

157 Nancy K. Steblay et al., *The Impact on Juror Verdicts of Judicial Instruction to Disregard Inadmissible Evidence: A Meta-Analysis*, 30 LAW & HUM. BEHAV. 469, 471–476 (2006) שאלת השפעתם של דיווחים תקשורתיים על שופטים עלתה לדיון גם בקרב אקדמאים בישראל. ראו חיים זיכרמן "השפעת המעורבות התקשורתית על גזר הדין של נאשמים מפורסמים" **הסניגור** 4, 175 (2011) ("אכן, קיימת מחלוקת מקיפה בשאלה האם – למעשה ולא רק להלכה – ניתן ליצור חיץ בין המלאכה השיפוטית והמלאכה העיתונאית").

חשיבות, כפי שהיה בפרשת גרינפלד שנידונה בבית-המשפט העליון.¹⁵⁸ במקרים אחרים בית-המשפט טורח לציין במפורש כי לעובדת מימון התביעה על-ידי הרשות אין השפעה, וכי היא "אינה מעלה ואינה מורידה", כפי שציין השופט ישעיה בסיבוב הראשון של פרשת גרינפלד בבית-המשפט המחוזי.¹⁵⁹ עם זאת, כנגד אמירה זו ניתן לטעון כי מעצם הבאתה של ההבהרה בפסק-הדין עולה שהשופטים לא יכלו להתעלם מעצם המימון, אף שהחליטו לדחות את התביעה.

במקרים אחרים נראה כי החלטה של הרשות לניירות-ערך לממן תביעה נושאת משקל לא-זניח בעיני בית-המשפט. בפרשת הצלחה¹⁶⁰ ציין בית-המשפט כי העובדה שעד כה עשתה הרשות שימוש בסמכותה לממן תובענה ייצוגית פחות מ-20 פעמים (עד שנת 2013) מחזקת את הסברה כי היא "אינה ממהרת להכניס את עצמה לתביעות, שלעמדתה אין להן יסוד כלשהו בדין".¹⁶¹ עם זאת, גם בפרשה זו בחר בית-המשפט להימנע מלתת במפורש משקל רב לעמדת הרשות, בקובעו כי הוא אינו מחויב אליה, כי החלטתה היא "עניינה שלה", וכי צירוף עמדתה אינו הופך אותה לצד רשמי בהליך.¹⁶²

בניגוד להצהרה המפורשת של בית-המשפט כי לעצם המימון אין השפעה על החלטתם, ממחקר שערכתי (ואשר לא פורסם) על תובענות שמומנו ותובענות שנדחו על-ידי הקרן למימון תובענות ייצוגיות במשרד המשפטים עולה כי ייתכן שלמימון יש בכל-זאת השפעה. כך, למשל, בעוד שב-32% מהתובענות הייצוגיות שמומנו על-ידי הקרן קיבלו התובעים פיצוי, רק ב-21% מהתובענות שנדחו על-ידי הקרן קיבלו התובעים פיצוי. כמו-כן, בעוד שהפיצוי הממוצע של קבוצת הנדחים היה כ-772,000 ש"ח, הפיצוי הממוצע של קבוצת הממומנים היה כ-861,000 ש"ח. מכאן שקיים מתאם (אם כי לא בהכרח קשר סיבתי) בין מימון על-ידי הקרן לבין סיכויי הצלחתה של התביעה וגובה הפיצוי – מתאם אשר ייתכן שנובע מהאיתות שבמימון.¹⁶³

158 עניין גרינפלד, לעיל ה"ש 102, בעמ' 5 ו-8. בפסק-הדין התייחס הנשיא (בדימ') ברק להחלטת המימון החלקי של התביעה על-ידי הרשות במישור העובדתי בלבד, וזאת אף שהמימון ניתן הן לתביעה הראשונה והן לערעור.

159 ת"א (מחוזי ת"א) 1981/02 גרינפלד נ' לסר, פס' 14 (פורסם בנבו, 23.6.2003).

160 ראו לעיל ה"ש 144.

161 שם, פס' 38 לפסק-דינו של השופט כבוב.

162 תנ"ג (מחוזי ת"א) 628-08-14 קראוסקופף נ' צים שירותי ספנות משולבים בע"מ (פורסם בנבו, 1.12.2014); ת"צ (מחוזי ת"א) 33491-06-13 שורץ נ' בבילון בע"מ (פורסם בנבו, 21.7.2014); ת"צ (מחוזי ת"א) 42475-11-13 שיחור נ' נגב קרמיקה בע"מ (פורסם בנבו, 22.7.2014); תנ"ג (מחוזי ת"א) 35114-03-12 אשש נ' עטיה (פורסם בנבו, 26.11.2013); תנ"ג (מחוזי מר') 11266-07-08 שטיבניסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ (פורסם בנבו, 8.4.2013).

163 להלן שלושה הסברים אפשריים להבדלים בין הקבוצות: (1) ייתכן שהאיתות מהמימון מדרבן נתבעים להציע פשרות גבוהות יותר; (2) המימון עצמו (ולא האיתות) מאפשר לתובעים לשפר את מהלכיהם המשפטיים – למשל, לשלם בעבור חוות-דעת מומחה – ובכך להגדיל את סיכויי הצלחתם; (3) הקרן יודעת לאתר תובענות חזקות ולנפות תובענות חלשות.

3. איתותים מגופים שאינם רשויות המדינה

הפרק הקודם דן באיתותים חיצוניים הנובעים מרשויות המדינה. לכאורה אפשר להצדיק התחשבות באיתותים כאלה בנימוק שראוי שהרשות השופטת תסמוך על שיקול-דעתן של רשויות המדינה האחרות, ולטעון כי אין בכך כדי לתמוך ברעיון המוצע במאמר זה שלפיו ראוי שהרשות השופטת תסתמך גם על איתותים מהשוק הפרטי. בחלק זה אראה כי בתי-המשפט מסתמכים למעשה גם על איתותים של גופים אחרים, פרטיים, אשר לעיתים קרובות אף מתוגמלים על-ידי הצדדים כדי להציג את חוות-דעתם לפני בית-המשפט. אתחיל בחוות-דעת מומחה, ואראה בקצרה כיצד הוגמש סטנדרט הקבילות לראיה זו על-ידי בית-המשפט, הן בארצות-הברית והן בישראל, על-מנת לאפשר קבלת קשת רחבה של ראיות מדעיות ולהפיק את המירב מראיות אלה. אחר כך אדון בסוגיית ידיד בית-המשפט, ואראה כיצד התפתח מוסד זה מצורתו הקלסית לכלי-עזר חשוב, בעיקר לגופים פרטיים, אשר עושים בו שימוש הולך וגובר. אמשיך בסקירת מוסד הבוררות, שדרכו אראה כיצד בית-המשפט אינו חושש להתפרק מסמכותו בצורה בוטה הרבה יותר מהדרך שבה מאמר זה מציע להתמודד עם חווי המימון. לאחר-מכן אתייחס לקבלתם של סקרי דעת-קהל כראיה קבילה, ואטען כי היא אינה בעייתית פחות מקבלת חווי המימון כראיה קבילה. לבסוף אתייחס לסוגיית הפרסומים בתקשורת. אטען כי אלה מהווים איתותים חיצוניים פרטיים אשר בית-המשפט אינו מסוגל להימנע מהם, ואראה כי בפועל בית-המשפט מסוגל בכל-זאת להתמודד עימם.

(א) חוות-דעת מומחה

טענה מרכזית שאנסה להוכיח בפרק זה היא שעדותו של מממן על גובה הריבית דומה במובנים רבים לעדות מומחה, וראוי שהיא תיחשב קבילה בבית-המשפט. קיימים אומנם הבדלים בין קבלת עדות מומחה מטעם חברת המימון לבין קבלת הריבית המגולמת בחוזה המימון כראיה קבילה בפני עצמה, שהרי הריבית מגלמת את עוצמת התביעה, שהינה שאלה משפטית, ולא שאלה שבעובדה. עם זאת, ככל שנצליח להעלות טיעונים שיתמודדו עם הקשיים הגלומים בהגשת חוות-דעת מומחה בסוגיה, כפי שיוצגו בהמשך, יהיו טיעונים אלה יפים גם לעניין קבלת הריבית כשלעצמה כראיה קבילה, אשר שקולה לחוות-דעתו של המומחה וטומנת בחובה חיסכון של כסף וזמן יקר לבית-המשפט. הדין בנוגע לקבילותה של עדות מומחה בבית-המשפט הושפע במידה נכבדת מהתפתחות הדין האמריקאי. לפיכך, לשם הוכחת טענתי, אסקור תחילה בקצרה את התפתחות הדין הפדרלי בארצות-הברית, אמשיך עם השפעתו על המצב הקיים בדין הישראלי, ולבסוף אדון בסוגיה בראי מימון התובענות החיצוני, על כל המורכבויות הנובעות ממנו.

(1) עדות מומחה בארצות-הברית

הסעיף הרלוונטי בדין הפדרלי בנוגע לקבילותה של עדות מומחה הוא סעיף 702 ל-Federal Rules of Evidence, שעל-פיו ככל שידע מדעי, טכני או ייחודי עשוי לעזור

לתובע בהוכחת תביעתו, הלה יכול להציג את טענותיו בעזרת מומחה בעל ידע, יכולת, ניסיון, הכשרה או השכלה בסוגיה שעל הפרק. סעיף זה נידון ופורש בפסק-הדין המנחה בעניין *Daubert*,¹⁶⁴ אשר קבע כמה תנאים הנדרשים לצורך קבילותה של עדות המומחה כראיה "מדעית", כגון שהיא רלוונטית לדיון וכן שהיא נשענת על יסודות מהימנים. הלכת *Daubert* יושמה בבתי-המשפט בדרך-כלל בהליך הדומה לקדם-משפט, שנועד לאפשר לשופט מקצועי לוודא כי העדות עומדת בתנאי הקבילות בטרם תוצג לחבר-המושבעים. היקפם ותחולתם של מבחני *Daubert* נידונו בבית-המשפט העליון בפרשת *Kumho Tire*, שבה נפסק כי הלכת *Daubert* רלוונטית לכל הסוגים של עדויות המומחה – כגון עדות "טכנית" או עדות המבוססת על "ידע מיוחד אחר" – אף שהיא נפסקה במקור בנוגע לעדות מומחה "מדעית".¹⁶⁵ לבסוף, בשנת 2011, ובהסתמך על הפרשות לעיל, תוקן סעיף 702 האמור לנוסחו העדכני, שאינו דורש בצורה דווקנית שייבחנו מבחני *Daubert* בעת בדיקת קבילותה של עדות מומחה, אלא שאלה ישמשו "רשימה פתוחה של דוגמאות לאמות מידה אפשריות, שתיושמה מקום בו הן מהוות כלים סבירים לבחינת מהימנות העדות העומדת לדיון, בנסיבותיו הספציפיות של ההליך".¹⁶⁶ מסתמן, אם כן, כי הדין הפדרלי אינו מתנה כיום קבלת עדות מומחה בהיותה "מדעית" במובנה המסורתי.

(2) עדות מומחה בישראל

עדותו של מומחה הינה עדות "סברה", ועל-כן כעיקרון היא אסורה בבית-המשפט. אלא שסעיף 20 לפקודת הראיות מאפשר את הבאתה של עדות מומחה לבית-המשפט כחריג לכלל האוסר עדות סברה. עדות זו יכולה להיות לגבי "שאלה שבמדע, שבמחקר, שבאמנות או שבידיעה מקצועית", והיא תתקבל כ"עדות מקור" ככל שהיא כוללת את עובדות-הרקע.¹⁶⁷ נושאי המומחיות המוכרים בפסיקה הישראלית הם רבים ונרחבים. כך, למשל, ניתן למצוא מומחים בעלי השכלה מקצועית נדרשת, דוגמת רופאים ורואי-חשבון, המעידים בתחומי התמחותם, כמו-גם מומחים על-דרך ניסיון ומוניטין המתבקשים לסווג את ערכם האומנותי של בניינים לצורך סיווגם כ"יצירות אדריכליות".¹⁶⁸

בניגוד לשיטת המשפט האמריקאית, הכוללת חבר-מושבעים, בישראל ההכרעה נעשית על-ידי שופטים מקצועיים. כלומר, שיקול-הדעת הן בבחינת כשירותו של העד

¹⁶⁴ *Daubert v. Merrell Dow Pharm., Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

¹⁶⁵ *Kumho Tire Co., Ltd. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

¹⁶⁶ תפ"ח (מחוזי ת"א) 1041-08 מדינת ישראל, פרקליטות מחוז ת"א – פלילי נ' מצגורה, פס" 8 לפסק-דינה של השופטת אחיטוב (פורסם בנבו, 23.4.2013). להרחבה בנושא הלכת *Frye* שקדמה להלכות המתוארות לעיל, וכן להשוואה נוספת למבחני הקבילות באנגליה, ניתן לפנות לפס" 7 ו-10 לפסק-דינה של השופטת אחיטוב.

¹⁶⁷ קדמי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 755.

¹⁶⁸ אליהו הרנון דיני ראיות כרך שני 294–296, 327–328 (1977). ראו שם גם הרחבה בנוגע לעדויות מומחה נוספות הקיימות בפסיקה הישראלית.

המומחה והן בשקילת עדותו לגופה מצוי בידי בית-המשפט, ולפיכך אין סיבה עקרונית לדחות עדות בשל קריטריונים קשיחים וקבועים כלשהם.¹⁶⁹ כל הסיבות לעיל מובילות למגמה הקיימת בפסיקה ובחקיקה, המעדיפה קבלת ראיות בבית-המשפט על פסילתן, תוך בחינת מהימנותן ומשקלן על רקע חומר הראיות במשפט עצמו.¹⁷⁰

בפרשת **אבו-חמאד** אימץ בית-המשפט העליון את הלכת *Daubert*, וקבע את "מבחני-האש" המכשירים את הראיה המדעית כקבילה: "האם מקובלת התאוריה בקרב הקהילייה המדעית שלעניין, ועד כמה מקובלת היא? מהו שיעור הטעויות הידוע או הפוטנציאלי? האם הבדיקה שנערכה במקרה הספציפי הייתה בדיקה אמינה וראויה?¹⁷¹ כמו-כן, על-מנת להציג עדות מומחה לא נדרש, כתנאי-סף, שהתאוריה האקדמית העומדת בבסיס עדותו של המומחה תינהג מ"קונסנזוס כללי" בקרב הקהילה האקדמית-המדעית.¹⁷²

קבלת הלכת *Daubert* על נגזרותיה, הן בארצות-הברית והן בישראל, יצרה פתח להצגת תיאוריות מדעיות חדשות ופורצות-דרך לפני בית-המשפט.¹⁷³ כמו-כן, בדומה לפרשת *Kumho Tire* בארצות-הברית, המשיכה גם הפסיקה הישראלית להגמיש את הקריטריונים לבחינת הראיה המדעית, תוך הדגשת העובדה שמבחני-העזר אינם מהווים רשימה ממצה.¹⁷⁴

(3) קבילותה של עדות מומחה בתחום של מימון תובענות חיצוני

כאמור בתחילת חלק ג3(א), קיים הבדל בין קבלת עדות מומחה מטעם הגורם המממן לבין קבלת הריבית המגולמת בחוזה המימון כראיה קבילה כשלעצמה. עדות מומחה מהווה ראיה קבילה, למעט במקרים חריגים מסוימים המתרחשים בענייננו, שעליהם אפרט בהמשך. לעומת זאת, הריבית המגולמת בחוזה אינה קבילה באותו אופן. עם זאת, יישוב הקשיים הגלומים בקבלת חוות-הדעת יפתח את הדלת גם לקבלת הריבית המגולמת בחוזה המימון.

169 ע"פ 4844/09 **מסעאד נ' מדינת ישראל**, פס' 19 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 31.5.2010); ע"א 745/82 **שחר נ' בור**, פ"ד מ(2) 46, 50 (1986).

170 עניין **מצגורה**, לעיל ה"ש 166, פס' 10 לפסק-דינה של השופטת אחיטוב; ד"נ 23/85 **מדינת ישראל נ' טובול**, פ"ד מב(4) 309, 331, 335, 340 (1988); ע"פ 2603/90 **אלפאר נ' מדינת ישראל**, פ"ד מה(3) 806, 799 (1991).

171 ע"פ 9724/02 **אבו-חמאד נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(1) 71, 80 (2003).
172 שם.

173 תפ"ח (מחוזי ת"א) 1035/03 **מדינת ישראל נ' שמואל** (פורסם בנבו, 21.9.2011). בפרשה זו הורשע שמואל באונס בתו על בסיס זיכרון מודחק שהתעורר אצל הבת כעשרים ושתיים שנה לאחר המעשה. עצם קיומו של הזיכרון המודחק מצוי במחלוקת בקרב קהילת המדענים, ולפיכך העובדה שההרשעה התבססה עליו עוררה התנגדות רבה. להרחבה ראו רויטל חובל "עשרות מדענים וקלינאים נגד הרשעת אב באונס על בסיס זיכרון מודחק של בתו" **הארץ** 13.10.2014. www.haaretz.co.il/news/law/premium-1.2457356

174 עניין **קרישוב**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 234–235.

אם כן, עדות המממן על גובה הריבית יכולה להתקבל בהליך המשפטי כעדות של מומחה משפטי מטעם הגוף מממן התביעות, שהרי המממן מפעיל ומתחזק בתוכו גוף מקצועי מומחה שתפקידו להעריך את סיכויי הצלחתן של תביעות. בתפקידו זה יסביר המומחה את המתודולוגיה שעומדת מאחורי המסמך, כנדרש על-פי בית-המשפט, בדומה לעדותו של רואה-חשבון המסביר דוח כספי שהוצג כראיה או לעדותו של רופא המסביר תוצאות בדיקה שהוגשו כראיה.¹⁷⁵

המכשול הראשון שניצב בדרכו של תובע המעוניין להגיש את חוזה המימון כראיה הוא שבניגוד למקרה הקלסי שבו ניתנת עדות מומחה בתחום מדעי "טהור" אשר לבית-המשפט אין מומחיות מקצועית בו, כגון רפואה, בליסטיקה או פסיכולוגיה, במקרה של הגשת חוזה המימון כראיה *לחזק התביעה* ניתן לטעון כי בית-המשפט הוא אומנם "מומחה-העל" בתחום המשפטי. אלא שהמומחיות הנדרשת כאן היא באשר למה שהריבית מגלמת, דבר אשר אינו מצוי במסגרת ידיעתו השיפוטית.¹⁷⁶ כך, למשל, בפרשת *Flagstar Bank*¹⁷⁷ טענו תובעים אחדים כי הבנק מפלה בין לווים לבנים לשחורים בהלוואות המשכנתה. בהכרעתו בשאלה המשפטית אם קיימת הפליה אם לאו הסתמך בית-המשפט על חוות-דעת מומחה שגרסה כי אכן קיימים הבדלים משמעותיים בשיעורי מתן ההלוואות ובתנאיהן בין מבקשים שחורים ללבנים, לטובת הלבנים.¹⁷⁸ לפיכך, כשם שבתביעות בגין ריבית מפלה בית-המשפט נדרש לעדות מומחה, ניתן לטעון שכך עליו לנהוג גם כאן.

עתה אפנה לבחון אם עדותו של אדם אשר מומחה בתחום המשפטי אכן יכולה להיות מוכרת כעדות מומחה. אעשה זאת בשתי דרכים: ראשית, על-ידי הוכחת קיומה של תיאוריה מדעית בבסיס העדות, וכך יהיה אפשר להגדיר את חוזה המימון כ"מדעי"; שנית, על-ידי ניסיון להציג את העדות כמבוססת על "ידיעה מקצועית".

(i) *עדות המומחה המשפטי כמבוססת על תיאוריה מדעית*

בפרשת *חמו* התייחס השופט לוין לאופן שבו בית-המשפט מאשר או מפרוץ תיאוריות המובאות לפניו על-ידי מומחה.¹⁷⁹ לדבריו, "מביא המומחה לפני בית המשפט מערכת של נתונים עובדתיים, שעל יסודם הוא מבקש להסיק מסקנה מסוימת, ומערכת נתונים זו ניתנת לבדיקה ולחקירה, כפי שניתנת לבדיקה ולחקירה אף עצם הבחירה של הנתונים, שהביאו למסקנתו של המומחה; בדיקת הנתונים ודרך בחירתם – באמצעות המסגרת השיפוטית של מידת המהימנות שיש לייחס לעד – היא המביאה לקביעתם של המימצאים והמסקנות על-ידי בית המשפט".¹⁸⁰ מכאן שעדות של מומחה משפטי בנוגע לגובה הריבית בחוזה המימון אשר נשענת על מחקר משפטי הכולל נתונים שניתן

175 עניין *מצגורה*, לעיל ה"ש 166.

176 ע"א 759/76 *פו נ' נוימן*, פ"מ לא(2) 169 (1977).

177 פרשת *Flagstar Bank*, לעיל ה"ש 109, בעמ' 693.

178 שם, בעמ' 700.

179 ע"פ 889/79 *חמו נ' מדינת ישראל*, פ"ד לו(4) 479 (1980).

180 שם, בעמ' 498.

להציגם לבית-המשפט – נתונים שבית-המשפט יכול להגיע מהם גם למסקנה שונה מזו של המומחה – ראוי שתיחשב כעונה על הדרישות שבסעיף 20 לפקודת הראיות. ובכלל-זאת, בסקירת הפסיקה הרלוונטית נמצאו מקרים לא-מעטים שבהם בית-המשפט אינו מקבל חוות-דעת של מומחים בתחום המשפטי. כך, למשל, בפרשת אלגור נדחתה בקשה להגשת חוות-דעת מומחה בטענה שדיעת הדין המקומי הינה בתחום סמכותו העיקרי של בית-המשפט.¹⁸¹ בפרשת אולטרה שייפ דחה השופט כבוב את חוות-הדעת של המומחים המשפטיים מטעם הצדדים, והוסיף כי אף-על-פי שאלה מקצועיות למדי, הן מבוססות על תשתית עובדתית שסופקה על-ידי צד אחד בלבד ולפיכך אינן רלוונטיות.¹⁸² גם בפרשת דויטש נדחו חוות-הדעת של המומחים, בטענה כי חוות-דעת של מומחה משפטי תוגש רק בנוגע לדין הזר.¹⁸³ מגמה זו נמשכת בפסיקה, וליבת הטענות אינה משתנה.¹⁸⁴

אם כן, כיצד ניתן להתמודד עם מכשול זה?

ראשית, המגמה בישראל מלמדת כי בית-המשפט מעדיף לקבל עדות ולהפחית ממשקלה מאשר לדחותה על הסף.¹⁸⁵ בית-המשפט הוא שמחליט אם בנסיבות המקרה שלפניו חיוני לשמוע עדות מומחה, ואין עליו חובה גורפת להזדקק לעדות כזאת.¹⁸⁶ עם זאת, בית-המשפט נוטה לעשות זאת בעניינים שבהם הוא חש כי הוא יכול ללמוד מהמומחה על הסוגיה המונחת להכרעה לפניו. טענה זו נתמכת על-ידי העיקרון של חקר האמת כמטרה ראשית של המשפט. כך, למשל, בפרשת רכאב נפסק כי במקרים חריגים שבהם אין ביכולתו של בית-המשפט לפרש את הדין הישראלי, דוגמת ענייני המעמד האישי המהווים חלק מהדין הישראלי, בית-המשפט עשוי להידרש לחוות-דעתו של מומחה משפטי.¹⁸⁷ בפרשת דויטש, שהוזכרה לעיל, לא אישר אומנם בית-המשפט את קבלתה של חוות-דעת המומחה באופן פורמלי, אך הציע לבא-כוח המבקש לעשות שימוש בחוות-הדעת במסגרת סיכומיו.¹⁸⁸ פסיקה זהה ניתנה גם בפרשת גרנות.¹⁸⁹

-
- 181 ת"פ (מחוזי ת"א) 40162/05 מדינת ישראל נ' אלגור, פס' 5 להחלטתו של השופט כבוב (פורסם בנבו, 12.2.2008).
- 182 ת"א (מחוזי ת"א) 48851-02-12 מטרת מיזוג חברות בע"מ נ' אולטרה שייפ מדיקל בע"מ, פס' 247–253 (פורסם בנבו, 16.7.2012) (להלן: פרשת אולטרה שייפ).
- 183 ת"צ (מחוזי ת"א) 1383/09 דויטש נ' סטנדרד פורס מעלות בע"מ, פס' 24 לפסק-דינו של השופט בכר (פורסם בנבו, 15.5.2011).
- 184 ת"א (כלכלית) 55970-12-13 ביטון נ' ישראל קנדה (ט.ר) בע"מ (פורסם בנבו, 1.1.2014); ה"פ (מחוזי ת"א) 812/04 בן יקר נ' נצבא חברה להתנחלות בע"מ (פורסם בנבו, 13.2.2006).
- 185 ע"פ 7450/01 אבו ליטאף נ' מדינת ישראל, פס' 35 לפסק-דינה של השופטת ברלינר (פורסם בנבו, 31.7.2007).
- 186 ע"א 2032/06 האגי נ' עזבון זיאן (פורסם בנבו, 1.2.2009).
- 187 ע"א 436/01 רכאב נ' רכאב, פ"ד נח(6) 913, 926 (2004).
- 188 פרשת דויטש, לעיל ה"ש 183, פס' 24.
- 189 ו"ע (מחוזי י"ם) 2016/01 גרנות אגודה שיתופית חקלאית מרכזית בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 15 לפסק-דינה של השופטת מזרחי (פורסם בנבו, 21.1.2008).

שנית, לבית-המשפט נתונה האפשרות לבחון את איכות המומחה שלפניו, אף טרם שמיעת עדותו. כך, למשל, בית-המשפט יכול להחליט, לפני שמיעת עדות מומחה או אחריה, אם כישוריו מתאימים לצורכי מתן עדות.¹⁹⁰ בעניין פלוניית דחו השופטים בדעת רוב את חוות-דעתו של הפסיכולוג שהם עצמם מינו לבחינת מסוגלות הורית של אם.¹⁹¹ בפרשת דמיאניוק¹⁹² התייחס בית-המשפט לשאלה אם מומחיותו של עד – חוקר משטרה בעל ותק רב שנים אך חסר השכלה אקדמית – עומדת ברף המומחיות הנדרש. בית-המשפט קבע כי עדותו של עד תהיה קבילה כאשר "היה בעדותו לחדד את טביעת עינו של בית המשפט, תוך הפניית שימת הלב לפרטים קטנים בעלי משמעות".¹⁹³ במילים אחרות, כל עדות מומחה תהיה קבילה ככל שבית-המשפט יכול ללמוד ממנה דבר-מה חדש.¹⁹⁴

קיימת כמובן גם שאלת המשקל שבית-המשפט ייחס לחוות-הדעת. שאלת המשקל רלוונטית גם לגבי הסייג שהציב המחוקק בסעיף 20 לפקודת הראיות, שלפיו אין לאפשר עדות מומחה מקום שיש חשש לעיוות דין. בענייננו, אם מומחה משפטי מטעם הגוף המממן את התביעה מציג עדות שאינה "אובייקטיבית", אזי לבית-המשפט מסורה תמיד האפשרות להפחית את משקל העדות עד לאפס, אם יש בהטיה זו כדי להביא לידי עיוות דין. פרשת אולטרה שייפ מחזקת טענה זו, שכן באותו מקרה הסכים בית-המשפט לקבל לידיו חוות-דעת מומחים אך בסופו של דבר החליט להוציאן מתיק בית-המשפט מכיוון שהן לא תרמו להכרעתו.¹⁹⁵

אם כן, מאחר שלבית-המשפט יש שיקול-דעת בקבלת העדות, בהכשרת המומחה וגם בשקילת עדותו, מדוע שהוא יירתע מקבלת עדות שבה נוסף על הכל יש לו מומחיות? הרי בכל נושא אחר קבלת העדות עלולה לבלבל את בית-המשפט מפאת אי-

190 ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מגורה חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 25.5.06).
191 דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוניית, פ"ד נ(1) 48, 61 (1995). לפסק-דין נוספים שבהם דחה בית-המשפט את עמדת המומחה, תוך שהוא מדגיש כי הוא אינו מוגבל לחוות-דעת מומחה, ראו ע"פ 2457/98 שמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 289, 299–300 (2002); ע"פ 5203/98 חסון נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 274, 287 (2002).

192 ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221 (1993).
193 שם, בעמ' 354. ראו גם את דבריו של השופט ויתקון בע"פ 410/72 מדינת ישראל נ' קיזל, פ"ד כח(1) 256, 262 (1973), שבהם הוא התייחס לעדותו של עד מומחה שאינו אקדמאי: "באשר לכישוריו של העד כמומחה נראה לי, כי אין מקום לפסלו בשל כך בלבד שאין לו השכלה אקדמאית או הכשרה טכנית מיוחדת אחרת שרכש במוסד מוכר. יתכן כי בתחום זה אפשר לרכוש את הידע והביקאות מתוך נסיון מעשי בצירוף לימוד עצמי. חזקה על אדם הממלא תפקיד חשוב כזה שיש לזכותו הישגים נכבדים המעידים על עצמם."

194 עניין שחר, לעיל ה"ש 169, בעמ' 50: "ישנם אנשים אחרים, אשר בדרך זו או אחרת, אם תוך עיסוק במקצועם או בתור חובבנים או בדרך מקרית אחרת, רכשו מידע כללי בנושא מסוים, ובית המשפט סבור, כי יוכל להפיק תועלת מפרי ניסיונם בבואו להחליט בנושא או בנושאים העומדים להכרעה לפניו."

195 פרשת אולטרה שייפ, לעיל ה"ש 182, פס' 247–253.

מומחיותו, בעוד בנושאים משפטיים הוא מסוגל להבדיל בין עיקר לטפל ולהפיק את המיטב מן הידע המוצג לפניו.

אכן, במקרים מסוימים קיבל בית-המשפט חוות-דעת מומחים על-אף היותן בתחום המשפטי. כך, למשל, בפרשת ג'ילט הותרה בקשת התובעים להגשת חוות-דעת מומחה בנוגע לרישום פטנטים, לרבות ביסוסה המשפטי, תוך שבית-המשפט מציין כי חוות-הדעת אינה מחייבת אותו.¹⁹⁶ כלומר, בית-המשפט מכיר ביכולתו להבחין בין עיקר לטפל ולהפיק את המיטב מן הידע המשפטי המוצג לפניו. בפרשת סלע קפיטל הטיל השופט אורנשטיין ספק בדבר יכולתם של הצדדים להגיש חוות-דעת משפטיות ללא אישורו המוקדם, אך בסופו של דבר הסכים לקבל את חוות-הדעת שהוגשו לו ואף התייחס אליהן במסגרת הכרעתו.¹⁹⁷ גם בפרשת תדביק, שכבר נידונה לעיל, הסתמך בית-המשפט על חוות-דעתו של פרופ' אוריאל פרוקצ'יה, אף שהיה ברור לו שהלה קיבל שכר בעבור חוות-דעתו המשפטית מהצד המעוניין.¹⁹⁸

(ii) עדות המומחה המשפטי כמבוססת על ידיעה מקצועית

דרך אחרת להתמודד עם סוגיית "מדעיותה" של הראיה היא על-ידי הצגת עדות המומחה כמבוססת על "ידיעה מקצועית", אשר חוסה אף היא, כאמור, בגדר סעיף 20 לפקודת הראיות. כך, למשל, בפרשת מצגורה ביקש בית-המשפט העליון לבחון מחדש ראיות שעניינן חוות-דעת מומחה בנושא טביעת-נעל בבוץ, דוח מטעם ה-National Research Council בארצות-הברית וכן פסק-דין אנגלי. תחילה נמצא שהראיות אינן עוברות את "מבחני-האש" שנקבעו בהלכת *Daubert*, ולפיכך לא יסווגו כראיות מדעיות.¹⁹⁹ אולם בדיון נוסף פסק בית-המשפט כי ניתן להכשיר את הראיות על-דרך "הידיעה המקצועית" על-אף היותן לא-מדעיות.²⁰⁰

לסיכום, ראינו כי בית-המשפט נוהג להסתמך על איתותים חיצוניים של "מומחים" שאינם מהווים צד עצמאי לדיון. בית-המשפט נעזר בהם בכל מקום שבו הם מאפשרים לו, על-פי הבנתו, ללמוד מידע חדש על המקרה הנידון לפניו, ללא הצבת תנאי-סף גבוהים באשר למיהות המומחה, ובלבד שהוא משרת את המטרה של בירור מלא של האמת והגעה להכרעה נכונה. על כל אלה בית-המשפט מפעיל מערכת של מסננות, שמיועדות להבטיח מתן משקל ראוי לאיתותים חיצוניים אלה, תוך הישמרות מפני עיוות דין ושימת דגש בהעדת המומחה ובעימותו עם הצד האחר להליך.

זאת ועוד, ראינו כי בית-המשפט מאפשר לעיתים אף השתתפות של מומחים משפטיים. מחד גיסא, קיים חשש להחלפת שיקול-דעתו בזה של גורם חיצוני וכן

196 ת"א (מחוזי ת"א) 1123-02-10 ישראל נ' The Gillette Company (פורסם בנבו, 2.9.2013).

197 פר"ק (מחוזי ת"א) 35560-08-10 סלע קפיטל נדל"ן בע"מ נ' בעלי המניות בחברה, פס' 41 לפסק-דינו של השופט אורנשטיין (פורסם בנבו, 07.11.2010).

198 פרשת תדביק, לעיל ה"ש 140.

199 עניין מצגורה, לעיל ה"ש 166, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת אחיטוב.

200 שם, פס' 15 לפסק-דינה של השופטת אחיטוב.

לאובדן האובייקטיביות בהליך. מאידך גיסא, במקרים שבהם מדובר בסוגיה שעדות המומחה המשפטי עשויה לתרום לליבונה, בית-המשפט אינו מהסס לעשות שימוש בעדות זו.

(ב) ידיד בית-המשפט

(1) כללי

"ידיד בית-המשפט" הינו מושג השאוב מהמונח הלטיני "Amicus Curiae", המוכר עוד מתקופת המשפט הרומי.²⁰¹ במתכונתו המקורית היווה המוסד כלי משפטי שבאמצעותו יכול השופט למנות צד ניטרלי לסכסוך, בהסתמך על הידע האישי שלו, אשר יציג את עמדתו לפני בית-המשפט.²⁰² ידע זה נרכש לרוב לאחר מחקר אובייקטיבי מקיף וניתוחו, ולפיכך בית-המשפט עשוי להיעזר בו בהכרעתו.²⁰³ גם כאן, בדומה לאמור לעיל בנוגע ליועץ המשפטי לממשלה,²⁰⁴ מדובר באיתות חזק במיוחד מכיוון שהוא מגיע מצד ג שהוסף לצורך שמיעת טיעונו. הדבר מהווה דוגמה לכך שבתי-המשפט אינם נרתעים מלשמוע עמדות של בעלי אינטרסים שונים ולבסוף להכריע על-פי שיקול-דעתם המשפטי, תוך ויסות המידע הנחוץ להכרעה בתיק.

(2) סקירת המצב בארצות-הברית

בראשיתו הוכר מוסד ידיד בית-המשפט במערכת המשפטית בארצות-הברית כדי לענות על צורכי הממשל הפדרלי להופיע כצד בתיקים מסוימים לפני בית-המשפט העליון, כאשר מגבלה חוקתית מסוימת מנעה ממנו את האפשרות לעשות כן.²⁰⁵ באמצעות הכרה במוסד זה, היה הממשל יכול להופיע כצד בכל תיק שבו היה מעוניין להתערב ולהציג את עמדתו.²⁰⁶ התפתחותו העיקרית של מוסד ידיד בית-המשפט במשפט האמריקאי חלה במחצית השנייה של המאה העשרים. בתקופה זו נהפך המוסד מצד ניטרלי לסכסוך לצד התומך בגלוי באחד הצדדים על-פי אינטרס מוצהר, ובכך נהפך למעשה למעין

Samuel Krislov, *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, 72 YALE L.J. 201 (1963), 694, 695–709.

202 ישראל דורון ומנאל תותרי-ג'ובראן "לידתו והתפתחותו של 'ידיד בית-משפט' ישראלי" **עלי משפט** ה' 65, 67–65 (2006).

203 Lee Epstein & Jack Knight, *Mapping Out the Strategic Terrain: The Informational Role of Amici Curiae*, in SUPREME COURT DECISION-MAKING: NEW INSTITUTIONALIST APPROACHES 261 (Cornell W. Clayton & Howard Gillman eds., 1998).

204 ראו לעיל חלק ג2(א).

205 עיקר הבעיה נבעה מס' 3 לחוקת ארצות-הברית, שעל-פיו תביעות בין-מדינתיות הן בסמכותו המקורית של בית-המשפט העליון, ואילו בתביעות שהממשל הפדרלי מעורב בהן בית-המשפט העליון מכהן רק כסמכות ערעור.

206 מיכל אהרוני "הידיד האמריקני – קווים לדמותו של ה-Amicus Curiae (ידיד בית המשפט)" **המשפט** י' 255, 267 (2005).

שדלן (לוביסט) משפטי.²⁰⁷ מבחינה נורמטיבית, הגשת תזכיר ידיד בית-המשפט ברמה המדינתית בארצות-הברית הינה זכות מכוח הפסיקה, אך החל בשלבי הערעור הפדרליים קיים עיגון חקיקתי לזכות.²⁰⁸ ככלל, קיימים בארצות-הברית קריטריונים מסוימים להגשת תזכיר ידיד בית-המשפט – כגון חשיפת טיב היחסים בין הידיד לבין הצדדים, חשיפת המקורות הכספיים ועוד – אך נראה כי בפועל, כאשר מדובר בסוגיות ששנויות במחלוקת בציבור, בית-המשפט נכון לקבל את רוב הבקשות להגשת תזכיר ידיד בית-המשפט.²⁰⁹

ניתן לחלק את הידיד האמריקאי כיום לשלושה סוגים שונים: הקלסי, שהוא צד ניטרלי, כפי שתואר לעיל; התומך, שיש לו אינטרס אישי בסכסוך ולפיכך הוא תומך באחד הצדדים; והפוליטי, המופיע בשם קבוצת-אינטרס מסוימת שמטרתה לקדם את האינטרס הפוליטי שלה ללא קשר לצדדים לסכסוך.²¹⁰

כמו-כן יש לציין כי תזכיר ידיד בית-המשפט ניתן להגשה על-ידי יחידים, גופים ממשלתיים, גופים לא-ממשלתיים, קבוצות-אינטרס שונות, ולמעשה כל אחד.²¹¹ דוגמה טובה לכך היא פרשת *Grutter*, שעסקה במדיניות קבלת הסטודנטים של בית-הספר למשפטים של אוניברסיטת מישיגן ושל מוסדות ההשכלה האמריקאיים בכלל.²¹² העתירה תקפה את מדיניות ההפליה המתקנת של מוסדות ההשכלה הגבוהה, אשר שריינו מקומות לסטודנטים ממיעוטים אתניים החיים בארצות-הברית, כגון אפרו-אמריקאים, היספנים וכולי. עמדת העותרים הייתה שמדיניות ההפליה המתקנת פוגעת בזכות לשוויון של קבוצת הרוב, אשר נמנעת מהם האפשרות ללמוד במוסדות האמורים. בפרשה זו הוגשו כ-80 עמדות של ידידי בית-המשפט, ביניהן של סטודנטים, אגודות מקצועיות ואף תאגידי-ענק דוגמת "קוקה קולה" ו"ג'נרל אלקטריק", אשר תמכו כולן בעמדתה של האוניברסיטה בעד גיוון אתני, בטענה שזו מכינה את הבוגרים בצורה טובה יותר להשתלבות במשק.²¹³

ניתן לראות את עמדת ידיד בית-המשפט כאיתות חיצוני, ולבחון עד כמה בית-המשפט מסתמך על עמדה זו בהחלטותיו. לשאלה זו אין תשובה ברורה, אך ניתן לטעון, על בסיס מחקרים אמפיריים מהשנים האחרונות, כי קיימת מגמת עלייה בשימוש בכלי זה על-ידי עורכי-דין וכן באזכור העמדות בפסקי-הדין היוצאים מבית-המשפט. כך, למשל, הנתון הבולט ביותר שנמצא במחקר שהתבסס על נתונים של בית-המשפט העליון בארצות-הברית הוא מגמת העלייה במספרן של חוות-דעת הידידים שצורפו

207 שם, בעמ' 256.

208 4 AM. JUR. 2D *Amicus Curiae* § 9209 Joseph D. Kearney & Thomas W. Merrill, *The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*, 148 U. PA. L. REV. 743, 762 (2000).

210 דורון ותותרי-ג'ובראן, לעיל ה"ש 202, בעמ' 71–72.

211 אהרוני, לעיל ה"ש 206, בעמ' 257.

212 *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).213 Neal Davis, *Explaining Grutter v. Bollinger*, 152 U. PA. L. REV. 347, 366–370 (2003).

לעתירות שהוגשו לבית-המשפט העליון.²¹⁴ שיעור העתירות שצורפו אליהן חוות-דעת כאלה צמח מ-25% (אחת מכל ארבע עתירות) בסוף שנות הארבעים של המאה העשרים ל-95% מן העתירות בתחילת שנות האלפיים. במקביל, על-פי נתונים אלה, נראה ששיעור פסקי-הדין בדעת הרוב שציטטו את חוות-הדעת של ידידי בית-המשפט שהוגשו עלה מפחות מ-30% בתחילת שנות השמונים ליותר מ-40% בתוך כעשור. נתון מעניין שמחזק את התפיסה כי השופטים מעניקים משקל לעמדותיהם של ידידי בית-המשפט הוא הבחירה הפרייוריט שלם באילו מקרים להתייחס לעמדות אלה ובאילו לא להתייחס אליהן. המחקר האמור בחן את ציטוטי העמדות על-ידי השופטים בכל אחד מהנושאים שבהם עסקו פסקי-הדין, וגילה כי כאשר הדיון עסק בנושאים המצויים במחלוקת ציבורית גדולה יותר, כגון זכויות אדם ובמיוחד הזכות לפרטיות, חצה שיעור הציטוטים את רף חמישים האחוזים, ואילו בנושאים שבהם קיימת ודאות גדולה יותר או מומחיות יתרה לבית-המשפט בפרשנות החוק, כגון מיסוי פדרלי והליך הוגן (ואחריהם שימוש בסמכות שיפוטית), צוטטו עמדות הידידים רק ב-20% מפסקי-הדין ואף פחות. ניתוח מעניין נוסף הוא מה מידת השפעתן של עמדות הידידים על השופטים לפי האידיאולוגיה שהאחרונים מזוהים עימה. כך, נמצא כי שופטים ליברליים נוהגים לעשות שימוש בעמדות הידידים ב-40% עד 50% מפסקי-דינם, בעוד השופטים השמרנים עושים זאת רק ב-20% עד 40% מהחלטותיהם.

במצאים אלה אין כדי לאשר או להפריך טענה חלופית שלפיה שופטים מקבלים את הכרעותיהם על-פי האידיאולוגיה האישית שלהם, ועמדות הידידים מספקות רק "עוגני" הסתמכות לטענותיהם. כנגד זה ניתן לטעון כי לשופטים יש אפשרויות רבות ומגוונות להנמקת החלטותיהם, ובחירתם להסתמך דווקא על עמדות שהוגשו על-ידי גופים חיצוניים מעידה כי ייתכן שגם בית-המשפט מכיר בכך שמומחיותם של גופים אחרים מסוימים עולה על זו שלו.

(3) סקירת המצב בישראל

להבדיל מידיד בית-המשפט בארצות-הברית, שהינו מוסד מרכזי במשפט האמריקאי, התפתחותו של המוסד בישראל הינה שונה ואיטית יותר. ההכרה הראשונה במוסד נעשתה בשנת 1999 בפרשת קוזלי על-ידי הנשיא דאז ברק, ועד היום לא הוסדר הנושא בחקיקה.²¹⁵ בפרשה זו סקר ברק את מקור המוסד, ואף הוסיף טענות והבחנות אחדות לטובת קבלת המוסד במשפט הישראלי. תחילה הוא טען כי למוסד יש מעמד של "עותר ציבורי".²¹⁶ כלומר, מאחר שבכל סכסוך יש היבטים כוללניים יותר, אשר צפוי שישפיעו על סכסוכים עתידיים, מן הראוי שתינתן ל"עותר הציבורי" האפשרות להציג השלכות ומסקנות באמצעות גורם מקצועי בטרם תוכרע הסוגיה. כמו-כן ציין ברק כי המשפט הישראלי מכיר במובן מסוים בסוג של "מעין ידידים", בדמות רשויות ציבור וארגונים

Ryan J. Owens & Lee Epstein, *Amici Curiae During the Rehnquist Years*, 89 JUDICATURE 214 (2005), 127, 129.

215 עניין קוזלי, לעיל ה"ש 122, פס' 44 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

216 שם.

שמעמדם הוכר בחקיקה.²¹⁷ כך, למשל, נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים (כיום רשות הטבע והגנים) ונציבות שוויון הזדמנויות בעבודה נמנות בתוספת הראשונה של חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006, כרשויות ציבוריות שיש להן אפשרות להגיש תובענה ייצוגית.²¹⁸

בהקשר זה יש לציין את החששות האינהרנטיים הקיימים בפתיחת שערי בית-המשפט לגורם שלישי שאינו מעורב בסכסוך עצמו: החשש מפני ניצול מעמד זה לקידום אינטרסים "זרים", ולא כדי לקדם תוצאה צודקת;²¹⁹ והחשש שהסתמכות על עמדות אלה תאפשר לשופטים להסוות את העובדה שהם מקבלים החלטות על-פי האידיאולוגיה האישית שלהם (על-ידי השענתן על עובדות המובאות בעמדות אלה ומתאימות לעמדותיהם).²²⁰

לאחר שהנשיא ברק עונה בחיוב על שאלת סמכותו של בית-המשפט להורות על צירופו של גוף או אדם להליך מסוים כידיד בית-המשפט, הוא מעלה את השאלה מהם השיקולים שראוי שבית-המשפט ישקול בטרם יאשר הגשת עמדה כזו.²²¹

איזון האינטרסים שעל-פיו ייבחן הנושא נידון בכמה פסקי-דין. ראשית, ניתן לקבוע כי ההכרעה בעניין זה תיעשה בכל מקרה לגופו. במסגרת זאת ישקול בית-המשפט את העניין הנידון לפניו ואת יכולת ההשפעה, הניסיון הייחודי והמומחיות של הגוף המבקש להביא את עצמו, מחד גיסא, ואת החשש שייפגעו זכויותיהם של הצדדים בהליך וכן את האינטרסים שבשם הגוף מבקש להצטרף להליך, מאידך גיסא. עם זאת, נקבע כי רשימת קריטריונים זו אינה ממצה.²²²

כך, למשל, על-פי קריטריונים אלה קבע בית-המשפט בפרשת אל נסאסרה כי אין לקבל את עמדתה של "התוכנית לצדק בפלילים" של אוניברסיטת תל-אביב, בין היתר, מכיוון שהיא מגולמת בעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה.²²³ לעומת זאת, בפרשת שוורץ סבר בית-המשפט כי יש לקבל את עמדת הסנגוריה הציבורית כעמדת ידיד בית-

217 שם, פס' 43 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

218 ראו לעיל ה"ש 122.

219 Karen O'Connor & Lee Epstein, *Amicus Curiae Participation in U.S. Supreme Court Litigation: An Appraisal of Hakman's "Folklore"*, 16 L. & SOC. REV. 311, 317 (1981-1982).

220 ראו Epstein & Knight, לעיל ה"ש 203, בעמ' 232 ה"ש 10.

221 עניין קוזלי, לעיל ה"ש 122, פס' 45 לפסק-דינו של הנשיא ברק. מבחינה פרוצדורלית חשוב לציין סוגיה אשר טרם הוסדרה סופית בפסיקה, והיא אם על השופט להחליט על אישור בקשת הצירוף של ידיד בית-המשפט לדיון לפני שהוא קורא את חוות-הדעת המוגשת. נדמה שזו הגישה הראויה מבחינה מוסרית, אך מדובר כאמור בנושא שטרם הוכרע בפסיקה.

222 ע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 241 (2000).

223 דנ"פ 9384/01 אל נסאסרה נ' לשכת עורכי-הדין בישראל, הוועד המרכזי, פ"ד נט(4) 637, פס' 16 לפסק-דינה של השופטת ביניש (2004).

המשפט, משום שמדובר במקרה עקרוני, וצירופה של הסנגוריה יכול לתרום להעמקת הדיון ולהבהרתו.²²⁴

באופן כללי, נראה כי מגמתו הראשונית של בית-המשפט היא להכיר בערכו של מוסד ידיד בית-המשפט כגורם חיצוני התורם להכרעת הדיון, אך נראה שקיים רצון לקיים מוסד זה בצורתו ה"קלסית" בלבד, וזאת על-מנת למנוע את היהפכותו מידיד לשדלן משפטי.

נשאלת השאלה כיצד התפתח בישראל מוסד ידיד בית-המשפט בפועל לאחר ההכרה הרשמית בו. במחקר שפורסם לאחרונה נבחנו כ-125 תביעות מן העשור האחרון שבהן התייחס בית-המשפט למוסד ידיד בית-המשפט.²²⁵ מסקנות המחקר מצביעות על מספר הולך וגדל של בקשות לקבלת תצהיר ידיד בית-המשפט, אשר רובן המוחלט הוגשו על-ידי ארגונים לא-ממשלתיים במטרה לתמוך בתובעים פרטיים נגד המדינה או נגד תאגידים למטרות רווח.²²⁶

כלומר, נראה כי החשש שמוסד זה יוצף על-ידי גופים בעלי אינטרסים שאינם תואמים את האינטרס הציבורי אינו רלוונטי. כמו-כן נמצא כי בית-המשפט נעתר לרוב הבקשות שהוגשו.²²⁷ היבט מעניין נוסף נוגע ביחס שנתן בית-המשפט לתצהירים של ידיד בית-המשפט בהכרעתו. מן המחקר עולה כי ברוב המקרים שבהם ניאות בית-המשפט לקבל את תצהיר הידיד, תאמה הכרעתו את הדעה שהוצגה בו.²²⁸ כמו-כן, ב-11 מתוך 58 התביעות שבהן התקבל התצהיר הסתמך בית-המשפט בפסק-דינו באופן מוצהר על חוות-דעתו של ידיד בית-המשפט. ראוי אומנם לציין כי המחקר התייחס מן הסתם אך ורק לפסקי-דין שפורסמו, וכן שבחינת ההתאמה בין הכרעת השופט לתצהיר הידיד לא כללה כמובן חקירה אישית שיכולה לרדת לסוף דעתו של כל אחד מהשופטים בפסקי-הדין.²²⁹ עם זאת, הנתונים אכן מצביעים על מגמה ברורה של שימוש גובר בכלי של ידיד בית-המשפט, וכן על נכונות גוברת של השופטים להתייחס לדעות המוגשות במסגרת תצהירי הידידים ולפסוק בהתאם להן.²³⁰

לסיכום, ניתן לראות את הדמיון לענייננו. לנוכח הפרשנות שהוענקה למוסד ידיד בית-המשפט בפסיקה הישראלית, אין ספק שבשוקלו אם לקבל את הסכם המימון כראיה, על בית-המשפט לבחון אם ההסכם עומד בקריטריונים מסוימים, ביניהם המומחיות והאינטרסים של הגוף המממן. בהסכם זה שיעור הריבית שגבה המממן בעבור מימון התביעה מעיד על הערכתו בנוגע לסיכויי התביעה. בדומה לנאמר באשר לעמדת ידיד בית-המשפט, הסכם זה מתבסס לעיתים על מידע ייחודי המצוי ברשותו של

224 פרשת שוורץ, לעיל ה"ש 222, פס' 3 לפסק-דינה של השופטת ביניש.

225 Israel (Issi) Doron, Manal Totry-Jubran, Guy Enosh & Tal Regev, *An American Friend in an Israeli Court: An Empirical Perspective*, 48 ISR. L. REV. 145 (2015)

226 שם, בעמ' 153-155.

227 שם, בעמ' 158-160.

228 שם, בעמ' 160-161.

229 שם, בעמ' 150.

230 שם, בעמ' 162-163.

אותו צד שלישי, ועל-כן הוא נהנה לכאורה מיתרון יחסי מסוים על בית-המשפט הדן בסוגיה.

(ג) בורות

בורות הינה הליך עצמאי ונפרד המתקיים לצד המערכת השיפוטית הרגילה ובמקביל אליה,²³¹ ויש הרואים בה אף הליך המחליף את ההליך השיפוטי.²³² עם זאת, אי-אפשר להתייחס לבורות כאל הליך עצמאי לחלוטין, מכיוון שהוא כפוף לביקורת שיפוטית על החלטותיו,²³³ ואף אכיפתו תלויה במערכת השיפוטית.²³⁴

גם אם נקבל את העמדה כי מדובר בהליך שתלוי במערכת השיפוטית, אין ספק שבעצם קיומו של הליך הבורות כהליך חוקי המבוסס על יסוד ההסכמות – קרי, שהצדדים לחוזה מסוים הגדירו מראש כי במקרה של סכסוך משפטי ביניהם יבורר הסכסוך על-ידי בורר – שיקול-הדעת הראשוני של בית-המשפט בבואו להכריע באותו סכסוך "מואצל" לגורם אחר.

דוגמה טובה לאופן שבו בית-המשפט מאציל את שיקול-דעתו השיפוטי למוסד הבורות הוא מקרה שבו אחד משני צדדים להסכם שקיימת בו תניית בורות מגיש תובענה לבית-המשפט אשר על-פי ההסכם המוקדם בין השניים צריכה להתנהל לפני בורר. במקרה כזה הצד הנתבע עשוי לפנות לבית-המשפט ולבקשו לאכוף את תניית הבורות המופיעה בהסכם ולהעביר את ההליך לידי בורר. לפני בית-המשפט עומדות שתי אפשרויות: לאכוף את תניית הבורות ולעכב את הליכי המשפט עד לקיום התדיינות לפני בורר, או לדחות את בקשת הצד הנתבע ולדון בתובענה.²³⁵

בחינת הפסיקה בישראל מגלה כי בית-המשפט נוטה ברוב המקרים לאכוף את תניית הבורות המופיעה בהסכם שנחתם בין הצדדים, וכי "הטעמים המיוחדים" שבהם הוא אינו אוכף תניות בורות מעין אלה מתקיימים באופן חריג למדי.²³⁶ קיימים שלושה

231 דפנה קפליוק **בורות ושפיטה: על מקום הבורות במערכת המשפט** 4 (2008).

232 ברע"א 6830/00 **ברנוביץ' נ' תאומים**, פ"ד נז(5) 691, 700 (2003), נאמר כי "הליך הבורות הוא תחליף להליך שיפוטי בבית-המשפט", ומכאן נגזרות הדרישות כלפי הבורר.

233 רע"א 5114/05 **מינהל מקרקעי ישראל נ' חאן מגולי בע"מ**, פס" 6 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 23.8.2005): "מקומה רב החשיבות של הבורות כמכשיר להכרעה בסכסוכים אינו מייתר את הצורך בפיקוח השיפוטי על הבורות..."

234 קפליוק, לעיל ה"ש 231, בעמ' 5.

235 שם, בעמ' 13. ראו ס' (ג) לחוק הבורות, התשכ"ח-1968, הקובע כי "בית המשפט רשאי שלא לעכב את ההליכים אם ראה טעם מיוחד שהסכסוך לא יידון בבורות". הליך בורות המתקיים בחוץ-לארץ הינו יוצא-דופן, שכן לבית-המשפט אין שיקול-דעת ביחס להחלטה אם לאכוף את תניית הבורות, והוא חייב לאוכפו.

236 ראו ע"א 205/87 **ס.מ.ל. סוכנות מרכזית בע"מ נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד מג(4) 680, 690 (1989), שם נאמר כי "ההתערבות של בית משפט שלערוור בהחלטה [בדבר עיכוב הליכים על-פי חוק הבורות]... מצומצמת"; רע"א 4716/04 **hotels.com נ' זוז תיירות בע"מ**, פס" 4 לפסק-דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 7.9.2005): "ככלל יעכב בית המשפט את ההליכים שבין הצדדים

מצבים חריגים המאפשרים התערבות של בית-המשפט: ראשית, כאשר קיימת בעיה בפרשנותה של תניית הבוררות באופן שאינו מאפשר את קיומה; שנית, כאשר היעילות הדיונית של בית-המשפט עלולה להיפגע – למשל, כאשר עשוי להיווצר מצב שבו הליך שיפוטי והליך בוררות יתקיימו במקביל; ושלישית, כאשר המדיניות השיפוטית מצדיקה את ניהול ההליך לפני בית-המשפט – למשל, כאשר הנושא הנידון נוגע בציבור גדול.²³⁷ מכאן שברוב המקרים שבהם קיימת תניית בוררות בית-המשפט מאבד את ראשוניותו בבחינת הסכסוך לגורם חיצוני פרטי, אשר יספק לצדדים, תמורת תשלום, הכרעה שיפוטית המחייבת אותם כמעשה בית-דין.²³⁸

יתר על כן, אף לאחר הכרעת הבורר, מקום שאחד הצדדים אינו מקבל אותה ומערער עליה, בית-המשפט נמנע בדרך-כלל מלבטלה. הליך אישורו של פסק הבוררות בבית-המשפט מהווה הליך משפטי חדש, ובו בית-המשפט זוכה מחדש בסמכותו להפעיל שיקול-דעת ביחס לסכסוך (או מפעיל מחדש את הסמכות ש"ע"כ"ב" כדי לכבד את רצון הצדדים). במסגרת הליך הערעור על פסק הבורר, בית-המשפט מעיין בפסיקתו של הבורר אשר הוסמך להכריע בסכסוך, ומשתמש בה כאיתות חיצוני המשפיע על הכרעתו. נשאלת השאלה עד כמה ישפיע אותו "איתות חיצוני", בדמות פסק בוררות שניתן על-ידי "שופט פרטי", על החלטתו הסופית של בית-המשפט אם לקבל את הערעור על פסק הבוררות או לדחותו. במשפט הישראלי נקבע כי בוררת-המחלל היא שהחלטת הבורר אינה כפופה לדין המהותי, וכן אינה כפופה לדיני הראיות ולסדרי הדין הנהוגים בבית-המשפט.²³⁹ למעשה, הבוררות יכולה אף להתנהל בצורה לא-פורמלית ועל-ידי בוררים שאינם משפטנים,²⁴⁰ והתנאי היחיד שהבורר צריך לעמוד בו הוא הכרעה לאור שיקולים של צדק והגינות.²⁴¹ אם הצדדים מעוניינים להחריג את תנאי הבוררות באופן שהבוררות תתנהל בהתאם לכללי הדין המהותי, עליהם להתנות על כך בהסכם.²⁴² מכאן

להסכם הבוררות, זולת אם מצא כי קיים טעם מיוחד לכך שהסכסוך לא יידון בבוררות"; ע"א 550/75 מורלי נ' בגון, פ"ד (2) 309, 328, פס' 6 (ב) לפסק-דינו של השופט שמגר (1976): "נטייתו של בית-משפט תהיה בדרך-כלל כי סכסוך אשר הוסכם על מסירתו לבוררות, אכן יידון כאמור; ביסודה של גישה זו מונחת המגמה לשקוד על קיומם של חוזים והתחייבויות ולהושיט סעד למי שמבקש לצעוד בדרך, עליה הסכימו הצדדים להסכם הבוררות, מרצונם החפשי". ראו גם רשימת פסקי-דין המצדיקים קביעה זו בספרה של קפליוק, לעיל ה"ש 231, בעמ' 14.

237 קפליוק, לעיל ה"ש 231, בעמ' 15.

238 ס' 21 לחוק הבוררות.

239 שם, ס' יד לתוספת הראשונה.

240 מדובר בהמלצת הוועדה המייעצת לחקיקת חוק בוררות חדש **דין וחשבון** 8 (1965), אשר אומצה לחוק הבוררות. המלצה זו העניקה לחוק הבוררות "גישה פלורליסטית משפטית המאופיינת בליברליזם שאינו מבקש לכפות את דין המדינה על הבורר" – ראו קפליוק, לעיל ה"ש 231, בעמ' 67.

241 רע"א 3680/00 גמליאלי נ' מגשימים **כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ**, פ"ד נז (6) 605, 616 (2003). ייתכן שהחובה להגיע לתוצאה "צודקת" נגזרת מן התפיסה שהליך הבוררות הוא הליך חלופי להליך השיפוטי בבית-המשפט, כלומר, על הבורר לעמוד באותה דרישה בסיסית – להגיע לתוצאה צודקת – שמופנית לשופטים ואשר עומדת בבסיסה של מערכת המשפט.

242 ראו ס' (7) 24 ו-29ב לחוק הבוררות.

ברי כי נטייתו של בית-המשפט היא לא להפעיל שיקול-דעת עצמאי, ולהעניק תוקף של פסק-דין לפסק הבוררות.²⁴³

באילו מקרים יתערב בכל-זאת בית-המשפט בישראל בפסק הבוררות? חוק הבוררות קובע רשימה קבועה של עילות שבגינן בית-המשפט יכול להורות על ביטול פסק הבורר.²⁴⁴ רוב העילות הללו עניינן חריגה של פסק הבוררות או של פעילות הבורר מתניית הבוררות. עילה אחת בלבד מתוך הרשימה קובעת כי בית-המשפט יכול לבטל את פסק הבוררות בשל תוכנו, אם "תכנו של הפסק מנוגד לתקנת הציבור".²⁴⁵ קרי, משהתפרק בית-המשפט מלכתחילה מסמכותו לדון בסכסוך (ואף קודם לכן, בעצם חיקוקו של חוק הבוררות, שבמסגרתו ניתן לבית-המשפט שיקול-דעת מצומצם בלבד למניעת אכיפתה של תניית הבוררות), הוא איבד במידה רבה את יכולתו להפעיל שיקול-דעת עצמאי בניגוד לעמדתו של הבורר ה"פרטי", אלא אם כן פסק הבוררות ניתן תוך חריגה פרוצדורלית או שמבחינה מהותית הכריע הבורר בצורה קיצונית הסוטה מן הצדק או מתקנת הציבור.²⁴⁶

חריג משמעותי לכלל אי-ההתערבות של בית-המשפט מבחינה מהותית בהכרעת הבורר מצוי בסעיף 24(7) לחוק הבוררות, ומתאר מקרה שבו הצדדים התנו מראש כי על הבורר להכריע במקרה שלפניו על-פי הדין המהותי. לכאורה, מלשון הסעיף עולה כי כאשר התנו הצדדים מראש כי יש להכריע בעניינם על-פי הדין המהותי והבורר הכריע לא על-פי הדין, בית-המשפט יתערב בהחלטה וישנה את הפסק. עם זאת, מן הפסיקה ניתן ללמוד כי לא כך הדבר, וכי בתי-המשפט פירשו חריג זה בצמצום. כך, הכרעת בורר במקרים של טעות בבחירת ההלכה הנכונה, בפירוש הדין, בניתוח הדין²⁴⁷ ואף בהפעלת שיקול-הדעת השיפוטי²⁴⁸ – לא תיפסל. החריג האמור יופעל רק במקרים של התעלמות מוחלטת מהדין המהותי.²⁴⁹ בכל יתר המקרים לא תיפסל הכרעת הבורר, וזאת אף אם

243 רע"א 8941/06 עיריית חיפה נ' ב.מ. כרפיס דדו בע"מ, פס' 28 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 4.11.2009), שם מבהירה השופטת כי בהתאם לתכליתו העיקרית של מוסד הבוררות – להוות חלופה יעילה להליך השיפוטי הרגיל – הביקורת השיפוטית על פסק הבוררות היא צרה במהותה, ותכליתה להבטיח את תקינות התנהלותה של הבוררות, ולא לבדוק אם טעה הבורר ביישום הדין המהותי.

244 ס' 24 לחוק הבוררות.

245 שם, ס' 24(9).

246 נציין כי תוצאה זו אינה מחויבת-המציאות. קיימות שיטות משפט אשר מעניקות לבית-המשפט סמכות רחבה בשלב אכיפתה של תניית הבוררות, וכן קיימות שיטות משפט אשר מחייבות הכפפה של פסק הבוררות לדין המהותי הנהוג במדינה, ומרחיבות מאוד את גבולות הביקורת השיפוטית בשלב מתן התוקף לפסק הבוררות. קפליוק, לעיל ה"ש 231, בעמ' 68–69.

247 רע"א 113/87 נתיבי איילון נ' שטאנג, פ"ד מה(5) 511, 516 (1991).

248 קפליוק, לעיל ה"ש 231, בעמ' 73. ראו גם ע"א 318/85 כוכבי נ' גזית קונסיליום השקעות ופיתוח בע"מ, פ"ד מב(3) 265, 279 (1988).

249 קפליוק, לעיל ה"ש 231, בעמ' 74 המציינת רשימת הליכים שעסקו בסוגיה זו.

לתחושתו של בית-המשפט, פסק הבוררות (שאותו הוא "נאלץ" לאשר) פוגע בתחושת הצדק הכללית.²⁵⁰

לסיכום נקודה זו, מערכות משפט רבות מכירות באפשרות של "הפרטת" הסכסוך לידי שופטים פרטיים, אשר אינם חייבים להיות משפטנים ויכולים להכריע בסכסוך כראות עיניהם, כמעט בצורה מוחלטת. בתי-המשפט יימנעו מליטול לידיהם את סמכות ההכרעה בסכסוך אלא במקרים קיצוניים ביותר, ויאשרו הכרעות אף אם הן שגויות מן הבחינה המשפטית.

שתי מסקנות עולות מניתוח זה לענייננו. ראשית, אם המערכת המשפטית מוכנה להפריט את מלוא הסכסוך לידיים פרטיות, בכך שהיא נותנת תוקף של פסק-דין להכרעה של שופט פרטי בתשלום, קשה לראות מדוע הבאת ראיה אחת מהשוק הפרטי קשה לעיכול, שהרי אין מדובר בהתפרקות מוחלטת משיקול-הדעת של בית-המשפט. ניתן לכאורה לטעון כי מתן תוקף של פסק-דין להכרעת הבורר נובע מהסכמה ראשונית של הצדדים, אך תניות בורות רבות מצויות כידוע בחוזים אחידים שבהם לצדדים אין יכולת אמיתית להסכים. בתי-המשפט מניחים איזושהי הסכמה מכללא להפרטת מלוא הסכסוך לידי השוק הפרטי. מכיוון שמדובר ב"פיקציה משפטית", אפשר לטעון באופן דומה כי ניתן להניח הסכמה מכללא של הצדדים להבאת ראיות אחדות מהשוק הפרטי באשר לריבית הגלומה בחוזה.²⁵¹

המסקנה השנייה היא שאם חוזה המימון יוגש כראיה לפני הבורר, וזה יסתמך עליו בהכרעתו, סביר להניח כי בתי-המשפט יימנעו מלהתערב בהכרעה.

(ד) סקרי דעת-קהל

איתות נוסף שאבחן נוגע בסקרי דעת-קהל. אחת הדוגמות המרכזיות והמהותיות לשימוש באיתות חיזוני זה מצויה בפסק-הדין האמריקאי בעניין *Atkins*.²⁵² במקרה זה הורשע אטקינס בחטיפת אדם באיומי אקדח, בגרירתו לכספומט וגנבת כספו, ולבסוף

250 ראו אורי שטרומן "הרהורים וערעורים על פסק הבורר" הפרקליט מ 227, 240 (1992): "למערכת בתי-המשפט יש עניין בהסרת המעמסה [של פיקוח על הליך הבוררות] מעליה... אך בכך נזנחת השאיפה להשליט משפט צדק, על חשבון הרצון לסיים את הסכסוכים בין בעלי הדין בכל מחיר, אף במחיר של טעות בדין (ובלבד שההליכים בבוררות יהיו תקינים)."

251 השוו למצב בכל הקשור לתוצאות של בדיקת פוליגרף. שם ההלכה היא כי אין מניעה להתיר את קבילותן של תוצאות הבדיקה בהליכים אזרחיים, בתנאי ששני הצדדים הביעו את הסכמתם לעריכת הבדיקה ולהגשת תוצאותיה כראיה, וכן בכפוף לשיקול-דעתו של בית-המשפט. יתרה מזו, בהליך אזרחי בעלי-הדין רשאים לקבוע כי בדיקת פוליגרף תכריע בסכסוך. ע"א 61/84 **ביאזי נ' לוי**, פ"ד מב(1) 446, 474 (1988). מחד גיסא, הדבר מצביע כי בית-המשפט מוכן להתפרק משיקול-דעתו אפילו בעבור איתות חיזוני שאמינותו שנויה במחלוקת ומוטלת בספק. על-כן קל וחומר שעל בית-המשפט לקבל ראיה שאמינותה גבוהה כמו במקרה שלפנינו. אלא שדווקא מכיוון שאמינותה של בדיקת הפוליגרף מוטלת בספק, ההלכה מחייבת את הסכמתם של שני הצדדים. במקרה של הריבית בחוזה המימון, מכיוון שמדובר בראיה שאמינותה גבוהה, אין צורך בהסכמת הצדדים להבאתה.

252 *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002).

ברציחתו על-ידי שמונה יריות מנשק חצי-אוטומטי.²⁵³ לנוכח העברות שבגינן הורשע אטקינס היה סביר שיוטל עליו עונש מוות, אך לקראת הכרעת הדין קבע מומחה מטעם ההגנה כי לאטקינס יש מנת-משכל (IQ) של 59, ולפיכך הוא לוקה בפיגור שכלי קל.²⁵⁴ חוות-דעת זו הולידה כמה תהפוכות בדיוניהן של ערכאות הערעור שאליהן התגלגל התיק בהמשך, בשל הדילמה שבהוצאה להורג של אדם בעל פיגור שכלי. כאשר הגיעה התביעה לפתחו של בית-המשפט העליון ונידונה השאלה המשפטית אם מדובר בעונש "אכזרי ובלתי-רגיל" (דבר שאסור בחוקה), בחר בית-המשפט העליון, באופן חסר תקדים, לבסס את פסיקתו, בין היתר, על סקר דעת-קהל שנערך בנושא.²⁵⁵ במילותיו של בית-המשפט: "Polling data shows a widespread consensus among Americans, even those who support the death penalty, that executing the mentally retarded is wrong."²⁵⁶

באשר למצב בישראל בהתייחס לסקרי דעת-קהל שהוגשו כראיות, הפסיקה הקיימת דלה ביותר. חשוב לציין כי יש עניינים בדין המהותי, כגון בפקודת סימני מסחר, שתלויים על-פי תנאיהם בעמדת הציבור כפי שהיא באה לידי ביטוי בסקרי דעת-קהל. במקרים אלה עמדת הציבור היא חלק בלתי-נפרד מההליך המשפטי, ולא בבחינת צד שלישי שבית-המשפט מתחשב בעמדתו.²⁵⁷ כך, למשל, בפרשת Gateway התנגדה חברה בעלת הסימן המסחרי "GATEWAY 2000" לרישום הסימן המסחרי "GateWave" של חברה מתחרה, בטענה שסימן זה דומה מדי לסימן המסחרי שלה. לאחר שבקשה זו נדחתה, הגישה החברה ערעור, ובשלב זה התבקשו הצדדים לספק ראיות חדשות, דוגמת סקרי דעת-קהל, על-מנת לספק לשופט את תמונת-המצב העובדתית המדויקת ביותר בטרם יכריע בשאלה שלפניו.²⁵⁸

מעניינת אף יותר העובדה שסקרי דעת-קהל מתקבלים כראיות קבילות גם בהקשר של חוקים אחרים אשר אינם מתייחסים לכך בצורה מפורשת או משתמעת. בעבר לא

253 שם, בעמ' 308–309. הפשע בוצע על-ידי אטקינס וחברו ג'ונס. גרסות השניים תאמו מלבד העובדה שכל אחד מהם האשים את חברו ברצח. חבר-המושבעים מצא כי עדותו של ג'ונס אמינה יותר, ולפיכך הרשיע את אטקינס, בעוד שג'ונס הסכים לעסקת-טיעון שבמסגרתה לא יהיה אפשר להענישו בעונש מוות.

254 שם.

255 Tracy E. Robinson, *By Popular Demand? The Supreme Court's Use of Public Opinion* 255 *Polls in Atkins v. Virginia*, 14 GEO. MASON U. CIV. RTS. L.J. 107, 108 (2004).

256 עניין *Atkins*, לעיל ה"ש 252, בעמ' 317 ה"ש 21.

257 פקודת סימני מסחר [נוסח חדש], התשל"ב-1972. ראו גם עולת "גניבת עין" בס' 1 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999. בעניין זה ראו את דבריה של השופטת נתניהו בע"א 18/86 **מפעלי זכוכית ישראליים פניציה בע"מ נ' Les Verreies de Saint Gobain**, פ"ד מה(3) 224, 246 (1991), שציינה כי ההוכחה הטובה ביותר לקיום מוניטין היא ההוכחה הישירה על-ידי סקר קונים.

258 ע"א 4116/06 **Gateway Inc נ' פסקול טכנולוגיות מתקדמות בע"מ**, פס' 10 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 20.6.2007) (להלן: פרשת Gateway).

עמדו סקרי דעת-קהל ברף הנדרש לראיה קבילה. כך, למשל, בפרשת **ברספורד**²⁵⁹ נידונה עתירה נגד שר הפנים, אשר סירב להעניק אשרת עולה בהתאם לחוק השבות לזרם היהודים המשיחיים מכיוון שאלה, על-פי החוק במדינת-ישראל, אינם נחשבים יהודים כהלכה.²⁶⁰ העותרים ביקשו להוכיח את תביעתם, בין היתר, באמצעות סקר דעת-קהל. המשנה לנשיא (דאז) אֶלון התייחס לסקר זה כאל ראיה בלתי-קבילה, וייחס לו משמעות שולית בלבד.²⁶¹ שינוי מסוים ניתן לראות בפרשת **הופמן**, שבה עתרו התובעים נגד תהליך פסילת מועמדותם לכהן כחברים במועצות הדתיות, בטענה שפסילה זו נעשתה משיקולים זרים, מפלים ובלתי-סבירים.²⁶² העותרים ניסו להוכיח את טענת ההפליה, בין היתר, באמצעות סקר דעת-קהל. בית-המשפט העליון פסק כי הסקר אינו נוגע ישירות בנושא התביעה, אך ב-זמנית נמנע מלקבוע כי הראיה בלתי-קבילה.²⁶³

לעיתים סקרי דעת-קהל מובאים לפני בית-המשפט כחלק מחוות-דעת מומחה. כך היה, למשל, בפרשת **בושוויק**, שעסקה בתביעה נזיקית בגין רשלנות רפואית.²⁶⁴ בפרשה זו נדרש המומחה הרפואי לספק את חוות-דעתו בנושא הנידון, אך הלה החליט להרחיב את תפקידו ולערוך מעין סקר דעת-קהל בקרב קבוצה מצומצמת ובלתי-מוגדרת מקרב הקהילה הרפואית על-מנת להוכיח את הפרקטיקה הנהוגה בקהילה.²⁶⁵ בתגובה על חוות-דעתו של המומחה הדגיש בית-המשפט כי "עריכת מעיין 'סקר דעת קהל' בקהילה הרפואית בקרב קבוצה מצומצמת ולא מזוהה או מוגדרת – אינה רצויה ואף אינה תואמת את דרישות ההליך המשפטי".²⁶⁶ עם זאת, בית-המשפט מצא בכל-זאת לנכון להתייחס בפסיקתו לחלקים הרלוונטיים שבחוות-דעתו של המומחה הרפואי.²⁶⁷ כלומר, בית-המשפט לא פסל את חוות-דעתו של המומחה אף שנעשה במסגרתה שימוש לא-רצוי בעיניו בסקר דעת-קהל, וידע כיצד לשאוב רק את המידע הרלוונטי להכרעתו. קיימות גם דוגמות למקרים שבהם התקבלו סקרים. כך, למשל, בפרשת **תנובה** התקבלו חוות-דעת מומחים שנשענו על סקרי צרכנים באשר לקיומו של נזק נפשי מהכנסת סיליקון לחלב של תנובה. בית-המשפט קיבל את תוצאת הסקר כי תחושות שליליות מגוונות (ביניהן גועל, בחילה, חרדה, פחד, כעס, שנאה, אכזבה) היו במידה גבוהה או בינונית מנת-חלקם של כ-66% מצרכני החלב.²⁶⁸

259 בג"ץ 265/87 **ברספורד נ' משרד הפנים**, פ"ד מג(4) 793 (1989).

260 חוק השבות, התש"י-1950.

261 בג"ץ 265/87 **ברספורד נ' משרד הפנים**, פ"ד מג(4) 793, פס' 30 לפסק-דינו של המשנה לנשיא אֶלון (1989).

262 בג"ץ 955/89 **הופמן נ' מועצת עיריית ירושלים**, פ"ד מח(1) 678 (1994).

263 שם, בעמ' 688–690.

264 רע"א 2146/08 **עז' בושוויק נ' מרכז רפואי "בני ציון"** (פורסם בנבו, 12.1.2011).

265 שם, פס' 10 לפסק-דינו של השופט הנדל.

266 שם. ראו גם את הדיון בחוות-דעת מומחה לעיל בחלק ג3(א).

267 עניין **בושוויק**, לעיל ה"ש 264, פס' 11 לפסק-דינו של השופט הנדל.

268 ע"א 10085/08 **תנובה – מרכז שיתופי נ' עובון ראבי**, פס' 7–11 לפסק-דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 4.12.2011). בהקשר זה יצוין כי בית-המשפט קבע שבנסיבות אלה ניתן להוכיח את

מן האמור לעיל נובע כי הן במשפט האמריקאי והן בזה הישראלי סקרי דעת-קהל אכן עשויים להוות ראייה קבילה במשפט. במשפט האמריקאי היינו עדים לפסיקת בית-המשפט העליון שהתבססה על סקר כזה, וזאת אף בפרשה בעלת חשיבות גדולה שעסקה בעונש מוות. גם בפסיקה הישראלית, אף שזו אינה מעניקה תמיד משקל רב לסקרים, נראה כי קיימת לאחרונה התייחסות לאלה כאל ראייה קבילה, אשר לעיתים אף מבוקשת על-ידי בית-המשפט.²⁶⁹

מבחינה זו, סקרי דעת-קהל מקבילים במידה רבה לחוזי המימון, וזאת מאחר שבשני המקרים מדובר בראייה שאינה מכריעה על-פירוב לבדה את התביעה, אלא מצטרפת ועוזרת לשופט להגיע להכרעתו. אם כן, מדוע איתות חיצוני ופרטי אחד, דוגמת סקרי דעת-קהל, נחשב קביל בבית-המשפט, ואילו חוזה המימון לא יתקבל כראייה קבילה באותו אופן?

(ה) פרסומים בתקשורת

האיתות האחרון שאבחן בענייננו מגיע מאמצעי התקשורת. אומנם אין מדובר כאן בשאלה של קבילות ראייה בבית-משפט, משום שאיתותים מן התקשורת אינם קבילים כשלעצמם, אך עם זאת הסוגיה רלוונטית משום שהיא מצביעה על אמונתה של מערכת המשפט כי היא מסוגלת להתמודד עם ה"רעש" שמגיע מן התקשורת. אם היא יכולה להתמודד עם ה"רעש", קל וחומר שהיא תוכל להתמודד עם איתות מדויק יותר.

בעבר אסר המחוקק פרסום דבר הנוגע בעניין שתלוי ועומד בבית-המשפט אם הפרסום יכול להשפיע על ההליך עצמו (דוקטרינת הסוב-יודיציה).²⁷⁰ אלא שבעשרות השנים האחרונות, במקביל להכרה של מערכת המשפט בהשפעת התקשורת על ההליך השיפוטי, נחלש כוחה של הדוקטרינה עד כדי אי-אכיפה כוללת. ראשית, יש להזכיר את צמצומה של הדוקטרינה, אשר בעבר חלשה על התחום האזרחי והפלילי גם-יחד, אך למן שנת 2002 רלוונטית אך ורק לתחום הפלילי.²⁷¹ שנית, הנחיות היועץ המשפטי לממשלה בנושא מדגישות כי "...גם בעבר, טרם התיקון האמור, נעשה שימוש נדיר ביותר בהוראת החוק האמורה, ובודדים המקרים, שבהם החליטה התביעה להעמיד לדין בגינה", ונוסף על כך מצמצמות באופן משמעותי את תחולת העברה על-ידי קביעת יסוד נפשי ייחודי הנדרש להוכחתה.²⁷² יתר על כן, בהצעת החוק המקורית, משנת 2001, נשקלה האפשרות לבטל כליל את דוקטרינת הסוב-יודיציה, אלא שלבסוף הוחלט כאמור

הנזק "במשקפיים כלליים" ועל-ידי שימוש בסקרי דעת-קהל, בהסתמך על תק' 9 (ג) לתקנות הגנת הצרכן (סדרי דין לעניין תובענה ייצוגית), התשנ"ה-1995, וס' 20 לחוק תובענות ייצוגיות.

269 כפי שקרה בפרשת Gateway, לעיל ה"ש 258.

270 דוקטרינה זו מעוגנת בס' 71 לחוק בתי-המשפט.

271 ראו חוק בתי המשפט (תיקון מס' 32), התשס"ב-2002, ס"ח 244.

272 "הנחיות לתובעים בנושא העמדה לדין בעבירת הסוב-יודיציה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1, 4.1102 (התשס"ב) (להלן: הנחיות היועץ בנושא הסוב-יודיציה).

לשנות את נוסח ההצעה מביטול הדוקטרינה לצמצומה,²⁷³ כאילו העדיף המחוקק להשאירה למען יראו וייראו.²⁷⁴ בדברי ההסבר להצעה האמורה נכתב כי בעידן התקשורת המודרנית אין עוד דרך למנוע את זרימת המידע, וכן שהדוקטרינה ממילא אינה נאכפת כבר שנים רבות.²⁷⁵ השימוש המוגבל בדוקטרינה מתבטא אף בהתייחסותם של השופטים עצמם לדוקטרינה כאל אות מתה ברוב המקרים שבהם עלתה הסוגיה.²⁷⁶ כידוע, אמצעי התקשורת המודרנית בימינו מהווים כלי בעל השפעה רבה על הלך-הרוח הציבורי בכל תחום, ולפיכך ברור שלסיקור התקשורתי יש השפעה על ההליך השיפוטי.²⁷⁷ ניתן למצוא את ההשפעה האמורה ברוב המקרים המתוקשרים. כך, למשל, בפרשת קצב נגזרו על הנשיא לשעבר שבע שנות מאסר על-פי דעת רוב של השופטים קרא וסוקולוב, אל מול ארבע השנים שדרשה דעת המיעוט של השופטת שבת.²⁷⁸ במחקר שערכה ד"ר ענת פלג למען ספרה, שבמסגרתו ראינה כמה שופטים בעילום-שם, נטען כי התעקשותה של שבת נבעה מרצונה להבליט את עמדתה בתקשורת.²⁷⁹ גם בפרשת רמון²⁸⁰ באה ההשפעה האמורה לידי ביטוי, כאשר השופטים ציינו כי "תחושתנו היתה שנעשים ניסיונות, לעתים ע"י מסרים מוסווים, לעיתים בבוטות, להטות משפט. ליבנו היה גס בנאמר. לנו השופטים אין אלא את צו מצפוננו והוא הוא בלבד שמנחה אותנו".

אם כן, האם בית-המשפט מסוגל להגיע להחלטה שאינה מושפעת מאיתותים היוצאים מן התקשורת? בסימפוזיון שנערך תחת הכותרת "התקשורת כחורצת גורלות במשפט" אמרה שופטת בית-המשפט העליון (בדימוס) דליה דורנר (אשר משמשת

273 הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 32) (ביטול הגבלת הפרסום), התשס"א-2001, ה"ח 672 (להלן: הצעת החוק בנושא הסוביידיצה).

274 הנחיית היועץ בנושא הסוביידיצה, לעיל ה"ש 272, בעמ' 2. נשאלת השאלה כמה הרתעה נותרה לדוקטרינה שאינה נאכפת.

275 הצעת החוק בנושא הסוביידיצה, לעיל ה"ש 273.

276 ראם שגב (בהנחיית מרדכי קרמניצר) "סוביידיצה": הגבלת ביטויים לשם הגנה על תקינותם ותדמיתם של הליכים שיפוטיים 22 (2001); בש"פ 1659-11 שטנגר נ' מדינת ישראל, פס' 17-20 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 26.4.2011); ע"ע"ם 3908/11 מדינת ישראל הנהלת בתי המשפט נ' עיתון דה מרקר באמצעות עיתון הארץ בע"מ, פס' 81 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 22.9.2014).

277 בג"ץ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 356, 363 (1989): "...רחוק אני מלקבוע, כי לעולם לא יוכל שופט מקצועי להיות מושפע מפרסום עיתונאי. ברור לי, כי השפעה כזו תהיה אפסית באותם מקרים בהם חומר הראיות הקביל והמצב המשפטי מחייבים בבירור תוצאה מסוימת. אך באותם מקרים, בהם נתונים השופטים להתלבטויות, חיסיון זה מפני השפעה אינו כה ודאי".

278 תפ"ח (מחוזי ת"א) 1015/09 מדינת ישראל נ' קצב (פורסם בנבו, 10.1.2010).

279 ענת פלג דלתיים פתוחות: השפעת התקשורת על המשפט בישראל (2012). ראו גם עידו באום "השופטים פוחדים מהתקשורת" TheMarker 17.2.2012 www.themarker.com/law/ 1.1644082.

280 ת"פ (שלום ת"א) 5461/06 מדינת ישראל נ' רמון, פס' 96 (פורסם בנבו, 31.1.2007).

נשיאת מועצת העיתונות): "אני בטוחה שלשופט יש אומץ לב אולם יש גם חדירה מתחת לעור – השפעה תת הכרתית של התקשורת על השופטים..."²⁸¹

יתר על כן, אף אם נניח כי פרסומים תקשורתיים אינם משפיעים באופן ישיר על שיקול-דעתו של בית-המשפט, לעיתים הם משפיעים באופן עקיף על עצם קיומו של ההליך, על עוצמת הראיות שנאספות על-ידי גופי התביעה, ובסופו של יום גם על תוצאות המשפט. כך, למשל, מן המפורסמות הוא שגופי חקירה ואכיפה מבקשים לקדם את יוקרתם ומעמדם הציבורי על-ידי ריכוז מאמצים בתיקים פליליים בעלי פרופיל תקשורתי גבוה.²⁸² ביטוי לכך ניתן, למשל, בפרשת **מרדכי**, שבה נטען על-ידי בית-המשפט כי "יתכן שאילו היה מדובר באדם אחר, לא היתה המשטרה טורחת לחקור באינטנסיביות כפי שחקרה".²⁸³

לבסוף, רובד נוסף שניתן להידרש אליו בהקשר של השפעת התקשורת על המשפט נוגע ב"עובדות" שאותן "ייצרה" במובן מסוים התקשורת בעצמה. כך, למשל, במסגרת דבריה בכנס לשכת עורכי-הדין באילת, טענה השופטת חיותה כוחן כי בפרשת **רמון** "ייצרה" התקשורת לפחות שלוש עדויות-שקר.²⁸⁴ אמירה זו מתייחסת באופן מרומז לעדויות שנמסרו על-ידי שלוש נשים רגע לפני הכרעת הדין, בניסיון להכפיש את המתלוננת ולהביא לידי זיכויו של רמון. בפסק-הדין נכתב בנוגע לעדויות אלה כי אף נחשד שהן תואמו, וכי הן בלתי-אמינות ובלתי-מהימנות, ולו בשל עיתוין הבעייתי ערב הכרעת הדין.²⁸⁵

אם כן, אנו רואים כי בית-המשפט מכיר באי-יכולתו לנטרל את השפעת התקשורת על מערכת המשפט – עובדה שאילצה אותו להכיל את המצב הקיים. ברור, עם זאת, שאין זה המצב הרצוי, שכן אין ספק שלפחות במקרים מסוימים היה בית-המשפט מעדיף לא להכיל מצב זה, אלא לנטרלו. יובהר כי הדיון כאן לא נועד להשוות איתות חיצוני מהתקשורת לאיתות החיצוני הגלום בריבית של חוזה המימון, שכן אלה אינם שקולים. קבלת הריבית שבחוזה המימון כראיה קבילה היא לשיטתי המצב הרצוי, בעוד האיתותים מן התקשורת חוסים תחת הקטגוריה של המצב המצוי. מטרתי היא לטעון כי לנוכח העובדה שבית-המשפט מצליח לווסת את הרעש הרב המגיע מן התקשורת, כמו-גם את הלחץ הציבורי שנובע ממנו, ספק אם החשש להטיה בשל האיתות הגלום בחוזה המימון מוצדק.

281 ראו, למשל, רותי אברהם "איך משפיעה התקשורת על שופטים?" **ערוץ 7** 25.12.2006 www.inn.co.il/News/News.aspx/157695

282 מרדכי קרמניצר וקרן שפירא-אטינגר "פוליטיקה ומשפט: מעורב ירושלמי" **פלילים** ח 195, 216 (1999).

283 ת"פ (שלום י"ם) 3158/00 **מדינת ישראל נ' מרדכי**, פס' א לפסק-דינה של השופטת פרידמן-פלדמן (פורסם בנבו, 30.4.2001).

284 אלי זהר "השופטת חיותה כוחן: התקשורת ייצרה עדות שקר במשפט רמון – אך לא השפיעה עליי" **גלובס** 2.6.2009 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000454960

285 פרשת **רמון**, לעיל ה"ש 280, פס' 34.

סיכום

במאמר זה ביקשתי להציג לקורא הישראלי, על קצה המזלג, את הסוגיות המשפטיות הכרוכות בעולם מימון התובענות החיצוני, ולהוכיח כי על-ידי קבלת חוזה המימון כראיה קבילה בבתי-המשפט ככלל, והתייחסות לריבית הגלומה בו בפרט, נוכל להגדיל את התועלת החברתית. הביקורות המרכזיות העולות כנגד הרעיון שבבסיס מאמר זה הן שמימון חיצוני כזה נוגד נורמות של צדק ומדיניות ראויה; שנקודת-המבט של המממן היא כלכלית גרידא; שקיימת בעייתיות בהסתמכות על השוק הפרטי כאיתות להכרעה שיפוטית; וכן שקבלת הסכם המימון כראיה תוביל לעלייה במספר התביעות שיוגשו לבית-המשפט. לביקורות אלה סיפקתי כמה תשובות. בין היתר הראיתי את המקרים הרבים שבהם בית-המשפט אינו חושש "להתפרק חלקית מסמכותו" ולהיעזר בגורמים חיצוניים על-מנת להגיע לתוצאה צודקת; ביססתי את הטענות כי קבלת הסכם המימון כראיה תוביל ליעול המערכת ולהפחתת מספרן של תביעות-הסרק, כתוצאה מהתייעלות השוק על-ידי חיזוי מדויק של תוצאות התביעה על-ידי המממנים; הדגמתי, באמצעות המשפט המשווה, את הסדרת הסוגיה במדינות דוגמת ארצות-הברית, אנגליה, אוסטרליה, ניו-זילנד ודרום-אפריקה; וככלל, טענתי כי התועלת החברתית מאימוץ הצעתי גבוהה מהעלות החברתית שתיגרם כתוצאה מהפגיעה לכאורה בעקרונות-היסוד של השיטה המשפטית, אשר מאפשרת כאמור כבר כיום שקילת איתותים חיצוניים.

בתחילת המאמר הצגתי את תביעתו של מר פרנסיס. תביעות דוגמת זו של מר פרנסיס, שבהן אדם פלוני זקוק לסיוע כספי על-מנת לאזן את כוח המיקוח שלו כנגד הצד האחר, אינן מעטות. להפך, מדובר בצורך נפוץ שעלינו להכיר בו ולפתור אותו, הן מסיבות של צדק חברתי והן בשל התועלת הכלכלית שתצמח מכך. כפי שראינו לכל אורך המאמר, עקרון-היסוד הבסיסי ביותר העולה בכל סוגיה הוא האינטרס החברתי של טובת הציבור. זה השיקול שעמד מאחורי הגמשת הקריטריונים בהמחאת הזכויות בפרשת כספי ובתביעה הנגזרת בפרשת לביב; מאחורי הפיכת היועץ המשפטי לממשלה לחותם הסופי של רוב הסדרי הפשרה בתובענות ייצוגיות; מאחורי המשקל שבת-המשפט נותנים לניירות-העמדה של הרשות לניירות-ערך; מאחורי קבלת עדות המומחה ברוב המקרים שבהם בית-המשפט מאמין כי המידע יעזור לו בהכרעתו, הגם שגלום בכך לכאורה "איום" בהחלפת שיקול-דעתו; מאחורי התפתחותו של מוסד ידיד בית-המשפט והסתמכותו של בית-המשפט על תצהיריו בהנמקת הכרעתו; מאחורי הפרטת ההכרעה כולה לידי של בורר וקבלת פסיקתו; ומאחורי קבלתם של סקרי דעת-קהל האומדים את דעת הציבור כראיה קבילה. הדגמתי גם כיצד, למרות ההתעסקות הבלתי-פוסקת של התקשורת בענייני המשפט, המערכת המשפטית אינה קורסת. כל המקרים הללו מדגימים כיצד בית-המשפט חשוף להשפעות חיצוניות בכל הכרעה, וכיצד למרות זאת הוא מצליח להפריד ולהשתמש במידע הנחוץ לו כדי להגיע להכרעתו.

שימוש במידע שהשוק הפרטי מספק אינו מהפכני אלא בהגדרתו. אנו עושים שימוש בשוק הפרטי ומכירים ביעילותו במקרים כה רבים בחיי היומיום, ועם זאת נרתעים עדיין

משימוש בו במסגרת הכרעת בתי-המשפט. השורה התחתונה היא שהתועלת החברתית גוברת על העלות. במילים אחרות, הטעם שבשמו אנו נרתעים מעולם מימון התובענות החיצוני ככלל ומחוזי המימון כראיה קבילה בפרט – האינטרס הציבורי – הוא אותו טעם בדיוק שצריך להדריך אותנו למעשה להשתמש בהם.

