

# המאסדר כידידו של בית המשפט

## שאלת סמכותו של בית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר

מאת

חאלד כבוב, \* רעות אברהם-גדליה, \*\* נדב קליין\*\*\*

הנורמה לפיה בית המשפט רשאי, לבקשת הצדדים או מיוזמתו, להורות על קבלת עמדת המאסדר כדי שזה יביע עמדתו בהליך פלוני שהוא אינו צד לו, היא נורמה מקובלת ופרקטיקה נוהגת בערכאות השונות בישראל. מרבית המקרים, מנומק השימוש בפרקטיקה זו ביכולתו של המאסדר לסייע לבית המשפט בהרחבת היריעה ובקבלת מלוא התמונה, טרם הכרעתו בסוגיה אשר חורגת מדלת אמותיו של הסכסוך העומד לפניו. הנחת היסוד הניצבת בבסיס הנמקה זו היא, כי המאסדר הוא גוף אובייקטיבי, בעל ידע מקצועי ובעל מומחיות ייחודית לתחומו – כך שקבלת עמדתו מהווה כלי ראוי ויעיל העומד לבית המשפט לצורך עיסוקו במלאכת השיפוט, בחקר האמת ובעשיית משפט צדק.

במאמר זה נבקש לבחון מהיכן שואב בית המשפט את הסמכות להורות למאסדר, כצד שאינו מעורב בהליך, להגיש עמדתו. לאחר שנעמוד על מקור הסמכות – שלטעמנו **קיימת** לבית המשפט, נבקש להרחיב את היריעה גם אשר לשאלה אימתי ראוי שבית המשפט יעשה שימוש בסמכותו זו, ומהם השיקולים והרציונאליים שנכון שינחו את החלטתו. בתוך כך, נבקש להניח את אבני הדרך הראויות לטעמנו להתוויית שיקול דעתו של בית המשפט, מקום בו אפשרות שכזו נשקלת על-ידו.

בימים בהם נכתבו שורות אלה, נדונה בבית המשפט העליון בגדרי הדיון הנוסף בעניין **זליגמן** – שאלת המשקל שיש ליתן לעמדת המאסדר, מקום בו זו התבקשה והובאה לפני בית המשפט; ועד אשר ראה המאמר אור, תמה ישיבתו של בית המשפט על המדוכה, ופסק הדין בדיון הנוסף ניתן ביום 04.07.2021<sup>1</sup>.

כפי שאנו סברנו, וכפי שבואר גם במסגרת פסק הדין, הלכה למעשה, מורכבת שאלה זו משני נדבכים: הראשון, שאלת **סמכותו** של בית המשפט לפנות למאסדר לצורך קבלת עמדתו; והשני, שאלת **המשקל** אותו יש ליתן לאותה עמדה שניתנה. אולם, שאלת **הסמכות** כאמור לא הועמדה לדיון במסגרת הדיון הנוסף בעניין **זליגמן**. כפי שנקבע בעמדת הרוב מפי כב' סה"נ השופט ח' מלצר בהחלטתו, בין היתר, בהתייחס למאמרנו זה, מוקד הדיון שם הוא בשאלת המשקל שיש ליתן לעמדת המאסדר, אך זאת מבלי להידרש לשאלת מקור הסמכות לשקול עמדה זו, מלכתחילה.

\* חאלד כבוב, שופט בית המשפט העליון.

\*\* רעות אברהם-גדליה, עו"ד, עוזרת משפטית לשופט חאלד כבוב; תלמידה במסלול לתואר שלישי בפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב.

\*\*\*נדב קליין, עו"ד, מתמחה לשעבר לשופט חאלד כבוב.

תודה רבה לשרון חנס, אלון קלמנט ויששכר רוזן-צבי על הערותיהם ועזרתם החשובה במהלך העבודה על מאמר זה.  
<sup>1</sup> דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (04.07.2019) ו-רע"א 9778/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ (31.05.2018) (להלן, בהתאמה – זליגמן – עליון ו- זליגמן – דיון נוסף).

משכך, גם בעת זו, השאלה בדבר עצם קיומה של סמכות זו, ומקורה – טרם לובנה כדי צרכה בפסיקה הקיימת.<sup>2</sup>

לצד זאת, אותן קביעות שעוגנו בעניין **זליגמן – הדיון הנוסף**, יש בהן, לגישתנו, כדי לחזק את התזה הניצבת בבסיס המאמר – והיא, **כי לבית המשפט עומדת הסמכות להורות על קבלת עמדת המאסדר**. כך, נקבע בפסק הדין בדיון הנוסף, כי על בית המשפט "להטות אוזן" לעמדתו הפרשנית של המאסדר, כגורם בעל מומחיות מקצועית, ורק בהמשך להכריע בשאלת המשקל שיש ליתן לעמדתו הפרשנית – וכפי שיבואר להלן, כך סבורים גם אנו.<sup>3</sup>

לגישתנו, חשיבות הדיון בשאלה זו נובעת מכך שחרף העובדה שמדובר בפרקטיקה שכיחה ומקובלת, בקרב כלל הערכאות הדיוניות – השימוש בה נעשה ללא הסדרה מפורשת בחקיקה ראשית או משנית. משכך, לצד ההצדקות וההנמקות, הראויות לטעמנו, שמצויות בפסיקה – אך ניתנות על-ידי בית המשפט אד הוק – חסר הדיון אשר לאותה הצדקה בסיסית המעגנת את סמכותו של בית המשפט לעשות כן, ובכך בכוונתנו לדון.

כפי שאנו רואים זאת, העיסוק בשאלת מקורה של סמכות זו, החל עוד על-ידי כב' הנשיא דאז א' ברק בעניין **קוזלי**. שם, התקיים דיון דומה בשאלת סמכותו של בית המשפט להורות על צירוף צדדים שלישיים להליך – וביניהם גם מאסדרים.<sup>4</sup> דיון זה התמקד במוסד "ידיד בית משפט" – ומאז, לא הורחב הדיון בכך. לטעמנו, המבחנים שנקבעו שם ראויים ונכונים, על משקל קל וחומר, גם לענייננו – שכן המאסדר, להבדיל מ"ידיד בית משפט", הוא גוף מטעם המדינה האמון על שמירת האינטרס הציבורי. בנסיבות אלה, למעט מקרים מובחנים – שהתייחסותנו תינתן גם אל אלו, פוחת החשש מפני מעורבות, לא רצויה, של אינטרס סמוי או גלוי שהוא אינו האינטרס הציבורי בהליך.

מנקודת מוצא זו יחל דיוננו בשאלת **מקור סמכותו של בית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר** – תוך שתחמתו תהא בגדריו של ההליך האזרחי. דיון זה מהווה לטעמנו נדבך ראשון וחשוב להשלמת הדיון שנערך בדיון הנוסף בעניין **זליגמן**, אשר לשאלת המשקל אותו יש ליתן לעמדת המאסדר, כנדבך שני.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> וכך נקבע לעניין זה במסגרת עניין **זליגמן – דיון הנוסף**: "קיימת חוסר-בהירות בשאלה מהו בכלל מקור הסמכות המקנה לבית המשפט את האפשרות להורות לאותו גורם שלטוני להתייבב בפניו ולהציג את עמדתו [...] לצד האמור – בענייננו, אין צורך להידרש לסוגיה הנ"ל ולהכריע בה כאן, שכן היא לא נדונה בפסק הדין (ראו: **שם**, פס' 29), וממילא הכרעה בה גם לא נדרשת בפנינו בגדר הדיון הנוסף. " כך, היות שפסק הדין בערעור לא דן בשאלה, נקבע שגם הדיון הנוסף לא יעסוק בסוגיה זו (ראו: **שם**, פס' 44 לפסק דינו של כב' סגה"נ מלצר).

<sup>3</sup> יצוין כי עמדה זו עומדת בניגוד לעמדת המיעוט בעניין **זליגמן – ערעור זליגמן – דיון נוסף**, מפי כב' השופטת וילנר, ולפיה יש ליתן משקל בכורה לעמדה הפרשנית של המאסדר כברירת מחדל, זאת כל עוד הפרשנות של הרשות אפשרית ועולה בקנה אחד עם לשון החוק ותכליותיו; וכן, כל עוד עמדתו של המאסדר לא נובעת משיקולים שאינם ענייניים או שהתקבלה תוך ניגוד עניינים. יודגש, כי פסק הדין דן במקרה בו הוגשה עמדה פרשנית מפי המאסדר באשר **להנחיותיו הוא** – היינו, פרשנות המאסדר להנחיות שהוא עצמו יצר. זאת, מכוח ההנחה, כי "השאיפה בעת גיבוש תכליתה של נורמה היא להתחקות אחר כוונת יוצרה" (**פסק הדין בדיון הנוסף**, פס' 29 לפסק דינה של כב' השופטת וילנר).

<sup>4</sup> מ"ח 7929/96 **קוזלי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג' (1) 529, פס' 43 (16.02.1999) (להלן – עניין **קוזלי**).

<sup>5</sup> להרחבת הדיון לעניין חשיבות הדיון בעניין **זליגמן** והמחלוקת הנידונה בעניין זה, ראו למשל: רועי שפירא, "מתי יש ליתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור? תובנות מהספרות על "שבי רגולטורי" **פורום עיוני משפט**, מד (תש"ף); יואב דותן, chevron בישראל? סמכות פרשנית ודילמות אסטרטגיות בעקבות ע"א 6188847 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ, **פורום עיוני משפט** מד (תש"ף); רונן אברהם, "זליגמן בארבעה ממדים – מתי יש ליתן מתחם של כבוד לרשות המינהלית?" **פורום עיוני משפט**, מד (תש"ף); אלאא חאגי' יחיא, דורין לוסטיג, "פתח דבר בעקבות ע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ: לקראת הכרעה בדיון הנוסף בבית המשפט העליון" **פורום עיוני משפט**, מד (תש"ף).

3.....	מבוא
7.....	א. המאסדר כמומחה בתחומו – סקירת הספרות והפסיקה
12.....	ב. פנייה למאסדר בסוגי ההליכים השונים
25.....	ג. מקורות סמכות בית המשפט להורות על מתן עמדת המאסדר
36.....	ד. סיכום ביניים
37.....	ה. צירוף המאסדר להליך – מבט משווה
41.....	ו. מתי ראוי להורות על קבלת עמדת המאסדר
45.....	סיכום

### מבוא

הנורמה לפיה בית המשפט רשאי, לבקשת הצדדים או מיוזמתו, להורות על קבלת עמדת המאסדר כדי שזה יביע עמדתו בהליך פלוני שהוא אינו צד לו, היא נורמה מקובלת ופרקטיקה נוהגת בערכאות השונות בישראל. מרבית המקרים, מנומק השימוש בפרקטיקה זו ביכולתו של המאסדר לסייע לבית המשפט בהרחבת היריעה ובקבלת מלוא התמונה, טרם הכרעתו בסוגיה אשר חורגת מדלת אמותיו של הסכסוך העומד לפניו. הנחת היסוד הניצבת בבסיס הנמקה זו היא, כי המאסדר הוא גוף אובייקטיבי, בעל ידע מקצועי ובעל מומחיות ייחודית לתחומו – כך שקבלת עמדתו מהווה כלי ראוי ויעיל העומד לבית המשפט לצורך עיסוקו במלאכת השיפוט, בחקר האמת ובעשיית משפט צדק.

במאמר זה נבקש לבחון מהיכן שואב בית המשפט את הסמכות להורות למאסדר, כצד שאינו מעורב בהליך, להגיש עמדתו. לאחר שנעמוד על מקור הסמכות – שלטעמנו **קיימת** לבית המשפט, נבקש להרחיב את היריעה גם אשר לשאלה אימתי ראוי שבית המשפט יעשה שימוש בסמכותו זו, ומהם השיקולים והרציונאליים שנכון שינחו את החלטתו. בתוך כך, נבקש להניח את אבני הדרך הראויות לטעמנו להתוויית שיקול דעתו של בית המשפט, מקום בו אפשרות שכזו נשקלת על-ידו.

על מנת לתחום גבולותיו של מאמר זה נבהיר, כי עניינו של הדיון כאן אינו במקרה בו המאסדר הוא צד להליך או שיש לו "עניין אישי" בתוצאותיו – אלא, במקרה בו התבקשה עמדת המאסדר כגורם אובייקטיבי ומקצועי, בעל מומחיות או ידע מעשי רלוונטי, אשר יוכלו לסייע לבית המשפט בביאור הסוגיות נשוא ההליך שלפניו. וכך גם, אין עניינו במקרה בו פונה המאסדר באופן יזום לבית המשפט לצורך הצטרפותו להליך מסוים – כאשר פנייה שכזו נסמכת, כדרך הכלל, על הוראת דין ספציפית. זאת, כאשר קיים לגישת המאסדר (או לגישתו של בית המשפט) עניין ציבורי המושפע, או עלול להיות מושפע, מתוצאות ההליך.<sup>6</sup>

לגישתנו, חשיבות הדיון בשאלה זו נובעת מכך שחרף העובדה שמדובר בפרקטיקה שכיחה ומקובלת, בקרב כלל הערכאות הדיוניות – השימוש בה נעשה ללא הסדרה מפורשת בחקיקה ראשית או

<sup>6</sup> ראו למשל: סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]; סעיף 153 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, ס"ח 63; סעיף 35 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, ס"ח 541; ראו גם לעניין זה: אלון קלמנט, "צירוף צדדים זרים להליך המשפטי" **ספר שלמה לוי**, עמ' 223 וההפניות שם (2013) (להלן – **צירוף צדדים זרים להליך המשפטי**). ניתן להוסיף, כי ככל שמדובר במקרה בו המאסדר מבקש להצטרף להליך, ייתכן כי השיקולים אותם נציע במסגרת המאמר יכולים לסייע גם בבחינת בקשה שכזאת על משקל קל וחומר, שכן במקרה שכזה בית המשפט אינו יוזם הבקשה, אלא בוחן בקשת הצטרפות להליך של מאסדר, בדומה לבקשת הצטרפות של "ידיד בית משפט".

משנית. משכך, לצד ההצדקות וההנמקות, הראויות לטעמנו, שמצויות בפסיקה – אך ניתנות על-ידי בית המשפט אד הוק – חסר הדיון אשר לאותה הצדקה בסיסית המעגנת את סמכותו של בית המשפט לעשות כן, ובכך בכוונתנו לדון.

מעיון בפסיקותיהם של בתי המשפט השונים עולה, כי השימוש בפרקטיקה זו הפך שכיח יותר בשנים האחרונות. כך למשל, במקרים של תביעות מורכבות וחדשניות, נוהגים בתי המשפט לפנות למאסדר לצורך קבלת עמדתו, ובין היתר, מקובלות הפניות למאסדרים הבאים: המפקח על הבנקים, משרד התחבורה, רשות לניירות ערך, רשם החברות, המפקח על הביטוח; ולמעשה – עמדתו של כל גוף פיקוחי ציבורי לעניין הדין הרלוונטי לתחום אחריותו ומומחיותו. כך גם, מקובלת הפנייה ליועץ המשפטי לממשלה, מקום בו הוא אינו מהווה צד להליך.

דרך סקירת פסיקותיהם של בתי המשפט, נבקש לבסס את הטענה כי שתי נקודות המוצא המרכזיות הניצבות בבסיס ההנמקה לקבלת עמדת מאסדר, הן – ראשית, כי המאסדר מהווה גורם אובייקטיבי; ו-שנית, כי המאסדר הוא גורם מקצועי בתחומו. כן נבקש להראות, כיצד נקודות מוצא אלה עומדות – ואינן נשללות – אף מקום בו הוחלט על-ידי בית המשפט שלא לקבל את עמדת המאסדר. לאחר ביסוסה, תשמש הנחה זו כבסיס לדיון כאן.

עוד נבקש לבחון, האם השימוש בפרקטיקה זו מוגבל לסוגי הליכים מסוימים בהם קיימת התייחסות חקיקתית ספציפית; או שמא, מדובר בתופעה רחבה החולשת על המשפט האזרחי בכללותו. בעניין זה נבקש להראות, כיצד למרות שקיימים הבדלים משמעותיים בין סוגי ההליכים השונים, ניכר כי התכלית שניצבת בבסיס הפנייה למאסדר, דומה בכולם – והיא לסייע לבית המשפט, באמצעות גורם אובייקטיבי ומקצועי, להגיע לתוצאה צודקת יותר. בראי תכלית זו, ודרך בחינת המקורות הנורמטיביים מכוחם שואב בית המשפט סמכותו זו – נבקש לטעון גם, כי דווקא סמכותו הטבועה של בית המשפט, היא המקור הראוי לביסוסה של סמכות זו.

דרך בחינת הנעשה במדינות במשפט המשווה, בארצות הברית ובאנגליה, נבקש להראות כיצד הפרקטיקה של הסתייעות בית המשפט בגורמים מאסדרים, נהוגה ומקובלת גם במדינות אלה. כך גם אשר לתכליות וההצדקות לקיומה שם, הדומות לאלה העולות מסקירת הפסיקה במשפטנו – ותמציתן, הרחבת היריעה המונחת לפני בית המשפט, דרך הוספת נופך מקצועי ואובייקטיבי ביחס לסוגיה נשוא העניין שלפניו. והכל, על מנת לסייע לבית המשפט במלאכתו, ולהוליכו אל עבר תוצאה ראויה ונכונה יותר.

על יסוד הבנות אלה, נבקש לבסוף לשרטט קווים מנחים להתוויית שיקול דעתו של בית המשפט בבחינת השאלה אימתי ראוי לפנות למאסדר. המבחנים אותם נציע לעניין זה, שאובים למעשה ממוסד דומה אליו נדרש ביתר פירוט – והוא "ידיד בית משפט". פנייתנו למוסד זה דווקא, נובעת מהדמיון הקיים לגישתנו בין שני מוסדות אלה, הן ביחס להנחות שבבסיס הפנייה למאסדר והן ביחס לתכליות הפנייה עצמה. על דמיון זה עמד כב' הנשיא דאז א' ברק בעניין קוזלי, שם הֵחל העיסוק בשאלת מקור הסמכות להורות על צירוף צד כ"ידיד בית משפט", וביניהם גם מאסדרים – והוא ישמש נקודת מוצא לגיבוש המבחנים הראויים בעניינו.<sup>7</sup> יתרה מכך, בראי הנחת המוצא בדבר

<sup>7</sup> עניין קוזלי, לעיל ה"ש 4, פסי' 43.

אובייקטיביות המאסדר, והיותו גוף מטעם המדינה האמון על שמירת האינטרס הציבורי בכללותו – אזי למעט מקרים מובחנים, שהתייחסותנו תינתן גם אל אלו, התאמתם של מבחנים אלה יפה לטעמנו על משקל קל וחומר.

חשיבות הדיון בשאלה זו נובעת לגישתנו מכך שחרף העובדה שמדובר בפרקטיקה שכיחה ומקובלת, בקרב כלל הערכאות הדיוניות – השימוש בה נעשה ללא הסדרה מפורשת בחקיקה ראשית או משנית. משכך, לצד ההצדקות וההנמקות, הראויות לטעמנו, שמצויות בפסיקה – אך ניתנות על-ידי בית המשפט אד הוק – חסר הדיון אשר לאותה הצדקה בסיסית המעגנת את סמכותו של בית המשפט לעשות כן, ובכך אנו נדון.

בימים בהם נכתבו שורות אלה, נדונה בבית המשפט העליון בגדרי הדיון הנוסף בעניין **זליגמן** – שאלת המשקל שיש ליתן לעמדת המאסדר, מקום בו זו התבקשה והובאה לפני בית המשפט; ועד אשר ראה המאמר אור, תמה ישיבתו של בית המשפט על המדוכה, ופסק הדין בדיון הנוסף ניתן ביום 04.07.2021.<sup>8</sup> כפי שאנו סברנו, וכפי שבואר גם במסגרת פסק הדין, הלכה למעשה, מורכבת שאלה זו משני נדבכים: הראשון, שאלת **סמכותו** של בית המשפט לפנות למאסדר לצורך קבלת עמדתו; והשני, שאלת **המשקל** אותו יש ליתן לאותה עמדה שניתנה. אולם, שאלת הסמכות כאמור לא הועמדה לדיון במסגרת הדיון הנוסף בעניין **זליגמן**, ונתרה פתוחה גם עתה.

על החוסר שנתר בהכרעה בסוגיה זו – עמד בית המשפט העליון בעניין **זליגמן** – **דיון נוסף**, שם נקבעו הדברים הבאים:<sup>9</sup>

”אעיר כי קיימת חוסר-בהירות בשאלה מהו בכלל מקור הסמכות המקנה לבית המשפט את האפשרות להורות לאותו גורם שלטוני להתייצב בפניו ולהציג את עמדתו (עיינו: חאלד כבוב, רעות אברהם-גדליה ונדב קליין ”המאסדר כידידו של בית המשפט” (טרם פורסם); אמור לראות אור בשנת 2021; להלן: כבוב, אברהם-גדליה וקליין); מתן גוטמן ”התקדים המסוכן של פרשת זליגמן – מתחם הפרשנות הסבירה ואימוצה של הלכת Chevron במשפט הישראלי” ICON-S-IL Blog 12.06.2018.”

לצד זאת, אותן קביעות שעוגנו בעניין **זליגמן** – **הדיון הנוסף**, יש בהן, לגישתנו, כדי לחזק את התזה הניצבת בבסיס המאמר – והיא, כי **לבית המשפט עומדת הסמכות להורות על קבלת עמדת המאסדר**. כך, נקבע בפסק הדין בדיון הנוסף, כי על בית המשפט ”להטות אוזן” לעמדתו הפרשנית של המאסדר, כגורם בעל מומחיות מקצועית, ורק בהמשך להכריע בשאלת המשקל שיש ליתן לעמדתו הפרשנית – וכפי שיבואר להלן, כך סבורים גם אנו.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> **זליגמן** – **דיון נוסף**, לעיל ה”ש 1.

<sup>9</sup> עניין **זליגמן** – **דיון נוסף**, לעיל ה”ש 1, פס’ 44 לפסק דינו של כב’ השופט מלצר; ראו גם: עניין **זליגמן** – **ערעור**, לעיל ה”ש **Error! Bookmark not defined.**, פס’ 29.

<sup>10</sup> יצוין כי עמדה זו עומדת בניגוד לעמדת המיעוט בעניין **זליגמן** – **ערעור זליגמן** – **דיון נוסף**, מפי כב’ השופטת וילנר, ולפיה יש ליתן משקל בכורה לעמדה הפרשנית של המאסדר כברירת מחדל, זאת כל עוד הפרשנות של הרשות אפשרית ועולה בקנה אחד עם לשון החוק ותכליותיו; וכן, כל עוד עמדתו של המאסדר לא נובעת משיקולים שאינם ענייניים או

מנקודת מוצא זו יחל דיוננו בשאלת **מקור סמכותו של בית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר** – תוך שתחמתו תהא בגדריו של ההליך האזרחי. דיון זה מהווה לטעמנו נדבך ראשון וחשוב להשלמת הדיון שנערך בדיון הנוסף בעניין **זליגמן**, אשר לשאלת המשקל אותו יש ליתן לעמדת המאסדר, כנדבך שני.<sup>11</sup>

המאמר ממשיך כדלהלן: **בחלקו הראשון** של המאמר נבקש לדון בהנחת המוצא המוסכמת הניצבת בבסיס הפנייה למאסדר על-ידי בית המשפט – כי מדובר בגורם אובייקטיבי בעל מומחיות ומקצועיות בתחומו; **בחלק השני**, נציג את הפרקטיקה הנוהגת בדבר פנייה למאסדר, במגוון הליכים, תוך מטרה להתחקות אחר התכליות הניצבות בבסיסה; **בחלק השלישי** נסקור את מקורות הסמכות אשר עשויים לבסס את סמכותו של בית המשפט; **בחלק הרביעי** נציג את העמדות השונות הקיימות בספרות ובפסיקה אשר לשאלת ההצדקה לשימוש בסמכות זו על-ידי בית המשפט; **בחלק החמישי** נבחן את הנעשה גם במדינות במשפט המשווה, תוך התחקות אחר התכליות אשר מנחות את בתי המשפט שם בהסתייעותם בגורמים מאסדרים; **ובחלק השישי** נעמוד על השיקולים שצריכים לטעמנו להנחות את בית המשפט בבואו להחליט על אודות הצורך בקבלת עמדת מאסדר בעניין שלפניו. על יסודם של שיקולים אלה, נבקש להציע רשימת מבחני משנה, המושתתים כאמור על אמות המידה המנחות בכל הנוגע למוסד "ידיד בית משפט", והשימוש בו.

---

שהתקבלה תוך ניגוד עניינים. יודגש, כי פסק הדין דן במקרה בו הוגשה עמדה פרשנית מפי המאסדר באשר להנחיותיו **הוא** – היינו, פרשנות המאסדר להנחיות שהוא עצמו יצר. זאת, מכוח ההנחה, כי "השאיפה בעת גיבוש תכליתה של נורמה היא להתחקות אחר כוונת יוצרה" (**זליגמן – דיון נוסף**, לעיל ה"ש 1, פס' 29 לפסק דינה של כב' השופטת וילנר).<sup>11</sup> להרחבת הדיון לעניין חשיבות הדיון בעניין **זליגמן** והמחלוקת הנידונה בעניין זה, ראו למשל: רועי שפירא, "מתי יש ליתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור? תובנות מהספרות על "שבי רגולטוריים" **פורום עיוני משפט**, מד (תש"ף); יואב דותן, chevron בישראל? סמכות פרשנית ודילמות אסטרטגיות בעקבות ע"א 6188847 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ, **פורום עיוני משפט** מד (תש"ף); רונן אברהם, "זליגמן בארבעה ממדים – מתי יש ליתן מתחם של כבוד לרשות המינהלית?" **פורום עיוני משפט**, מד (תש"ף); אלאא חאגי' יחיא, דורין לוסטיג, "פתח דבר בעקבות ע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ: לקראת הכרעה בדיון הנוסף בבית המשפט העליון" **פורום עיוני משפט**, מד (תש"ף).

## א. המאסדר כמומחה בתחומו – סקירת הספרות והפסיקה

סקירת הספרות והפסיקה הקיימת, הדנות בסוגיית מומחיות המאסדר בתחומו, מעלה כי ככלל קיימת הסכמה אשר למעמדו של המאסדר כגורם מקצועי ומומחה בתחום אחריותו. בתוך כך, לא אחת, נדרש בית המשפט לעמדת המאסדר, לרבות אשר לאופן יישומו הראוי של הדין אשר חולש על הסכסוך שלפניו.<sup>12</sup> כיוון שהפנייה למאסדר נעשית על בסיס ההנחה שמדובר בגוף מקצועי ואובייקטיבי היכול לסייע לבית המשפט, נפנה ראשית לבחינתה של הנחת יסוד זו.<sup>13</sup>

### מומחיות המאסדר בתחומו

סקירת התייחסות הספרות והפסיקה הנוהגת לסוגיה זו מעלה, כי אין מחלוקת אמיתית לעניין מומחיותו וידיעותיו של המאסדר, כל מאסדר בתחומו הוא. כך, קבעה לאחרונה כב' השופטת ע' ברון, כי "נקודת המוצא היא שלרגולטור נתונים הידע והמומחיות בתחום שעליו הוא אמון, ולכן עמדתו עשויה לשפוך אור על המחלוקות שביסוד ההליך ולקדם ואף להעמיק את הדיון בהן".<sup>14</sup>

ברוח זו גם התייחס פרופ' ברק בספרו לכך שבבחינת המשקל שיש ליתן לפרשנות הרשות או המאסדר על הוראות החקיקה, הרי שניתן משקל למומחיות אותו גורם אשר מעצם פעולותיו פועל ומפרש את הדין הרלוונטי.<sup>15</sup> דברים דומים נקבעו בפסיקותיו השונות של בית המשפט העליון, כמו גם בערכאות הדיוניות השונות, בהן נקבע, בין היתר, כי יש לשים לב ל"מומחיותו המיוחדת של המאסדר", ולבקיאותו ולהיכרותו הרבה עם הנושאים שבתחום אחריותו.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> יצוין, כי שאלת פרשנות הדין בהתאם לעמדת המאסדר מתעוררת לא אחת בגדרם של הליכים מנהליים, שם עשוי המאסדר להיות צד להליך, ולא דווקא חיצוני לו. יחד עם זאת, הדברים האמורים יפים ככלל לגיבוש המסקנה בדבר ההסכמה הגורפת שקיימת בספרות ובפסיקה ביחס למקצועיותו ומומחיותו של המאסדר; והם אף יפים על משקל קל וחומר, ביחס להליכים בהם עמדת המאסדר מתבקשת, על אף שהוא אינו צד להליך.

<sup>13</sup> הערה חשובה לעניין זה, היא כי לבית המשפט אין סמכות למנות מומחה "פרטי" מטעמו שיספק תשתית עובדתית לעניין המחלוקת שלפניו – גם כאשר העניין הנדון לפניו מחייב על פניו הגשתה של חוות דעת מומחה, אולם זו לא הוגשה על ידי הצדדים (כגון, הערכת שווי או היתכנות רגולטורית, השלכות פיסקליות ועוד). זאת, בין היתר שכן מינוי שכזה יחייב השתתפות עליונות אלו על הצדדים להליך (ולעיתים אף, חשש מפני סרבול ההליך והארכתו), כמו כן זוהי הפררוגטיבה של הצדדים וחובתם לספק חוות דעת שכזו. אולם לטענתנו, קיימת לבית המשפט סמכות לקבל מהמאסדר הרלוונטי חוות דעת שתציג נתונים שאינם עוסקים במחלוקת הספציפית, אלא תציג ראייה רוחבית יותר, עתידית יותר – שתעסוק בהשלכות האפשריות של ההכרעה. זאת, לא כדי למנוע עיוות דין לעניין בעלי הדין עצמם, אלא מתוך ידיעה שיייתכן כי להחלטה יהיו השלכות רוחב שישפיע על צדדים נוספים שאינם בעלי דין בהליך – זאת, בשים לב לאחריות בית המשפט הן כלפי הצדדים להליך, הן גם כלפי צדדים המושפעים מתוצאות ההליך אך שאינם בעלי דין.

ההבדל המהותי בין המאסדר לגוף פרטי, הוא שהמאסדר כגוף מרשויות המדינה, פועל למילוי אחר תפקידו הציבורי לצד ובכפוף לשמירת האינטרס הציבורי הרחב – יודגש, אין כל פסול בהיות גוף פרטי מוכווון וצר; והיות רשות ציבורית רחבה וכוללת בבחינתה. אולם, בבחינת עמדות אלה, הרי שפניית בית המשפט נעשית לשם קבלת בחינת השלכות הרוחב על ציבור רחב ומשכך, עמדת המאסדר היא שנדרשת בבחינה מהסוג האמור (כל זאת, גם בשים לב לחזקת התקינות החלה על רשות ציבורית ולא על "ידיד בית משפט" או גוף פרטי אחר).

<sup>14</sup> רע"א 3456-13 חברת השמל לישראל בע"מ נ' שליידר, פ"ס 18 (20.2.2022); ראו גם: רע"א 7169/17 פלאפון תקשורת בע"מ נ' פירט, פ"ס 10 (03.02.2019).

<sup>15</sup> אהרן ברק, פרשנות במשפט - פרשנות החקיקה, 792 (תשנ"ג); כמו כן, מפנה פרופ' ברק לפסק דינו בבג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 305 (1987). ראו גם: יצחק זמיר, הסמכות המינהלית, 224-223 (כרך א', 2010).

<sup>16</sup> ת"צ (מרכז) 16-09-25061 מרקמן את טומשין - חברת עורכי דין נ' בזק בינלאומי בע"מ, פ"ס 22 (04.07.2019); ת"צ (מרכז) 15-06-19619 אילה דנינו נ' 013 נטוויז'ן בע"מ (17.07.2018); ת"צ (מרכז) 16-09-20212 הופמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פ"ס 18 (31.05.2019); ת"צ (מחוזי ב"ש) 17-09-29039 שלומי נ' דן באר שבע תחבורה (2016) בע"מ, פ"ס 30 (19.09.2019); בג"ץ 6274/11 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' שר האוצר, פ"ס 11 (26.11.2012). ראו עוד לעניין זה: רע"א 19/7600 בירון-ביטון נ' גוטקס מותגים, פ"ס 6 (30.12.2019) (להלן – עניין בירון-ביטון); ת"צ (אזורי ת"א) 18-09-22577 צדק פיננסי - מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ, פ"ס 80 (15.01.2020); ת"צ (מחוזי ת"א) 11-05-42754 כהן נ' סלקום ישראל בע"מ, עמ' 66 (09.12.2019); ת"צ (מחוזי מרכז) 17-10-36899 בן יהושע נ' ש. שלמה החזקות בע"מ (15.03.2020); ראו למשל: ת"צ (כלכלית) 19-12-18029 פיקז נ' בנק הפועלים בע"מ-סניף ראשי (2020.10.18); ת"צ (מחוזי ת"א) 16-02-49140 פוגל נ' מליסרון בע"מ (12.08.2020); ת"צ (מחוזי מרכז) 16-12-1572 מושקוביץ נ' איי.די.איי. חברה לביטוח בע"מ (17.12.2020); ת"צ (מחוזי מרכז) 17-06-39581 זינרין נ' אלקטרה מוצרי צריכה (1970) בע"מ (17.11.2020).

בתוך כך, מובלעת גם ההכרה בחשיבות ידיעותיו של המאסדר עם התחום מתוך הפרקטיקה הנוהגת ב"שטח". ידיעה זו, בשילוב עם התמצאותו של המאסדר בדברי החוק, הפסיקה והכתיבה האקדמית בתחום הרלוונטי – כמו גם יישומם של אלה בחיי המעשה, ובמגוון רחב של אירועים – נותנים בידי המאסדר את הכלים לסייע לבית המשפט בהרחבת פריזמת הדיון, מעבר למקרה הפרטני שלפניו.

כך לדוגמה נקבע כבר בשנת 1969 על ידי כב' השופט צ' ברנזון, כי "במקרה של ספק או חוסר ודאות עשויה הפרקטיקה להכריע את הכף, בהיותה עדות נאמנה כיצד הבינו את החוק מעצביו ומבצעיו. באם הפרקטיקה אינה בסתירה גלויה להוראות החוק, היא מוסיפה נופך של תמיכה וחיזוק לפירוש העולה בקנה אחד עמה."<sup>17</sup> דברים דומים נקבעו על ידי כב' השופטת ד' ביניש שקבעה, כי "הרשות היא בעלת כישורים להפעלת הסמכות, לעתים אפילו בעלת מומחיות מיוחדת, והיא מתבססת על ניסיון מעשי."<sup>18</sup>

היינו, נקבע כי המאסדר הרלוונטי מוסיף עומק נוסף ממנו יכול בית המשפט לקבל תמונה מלאה יותר, והוא – יישום החוק בעולם המעשה, שמקנה למאסדר ניסיון מעשי והיכרות עם מצב הדברים בשטח, כפועל יוצא של העבודה הרציפה והממושכת עם הוראות החוק הרלוונטיות מידי יום ביומו.

כך גם בעניין **זליגמן – עליון צוין**, כי "קיימת תמימות דעים לפיה ניתן לייחס משקל מסוים לעמדתה הפרשנית של הרשות המינהלית המיישמת את הוראות החוק [...] ככל שההסדר הנורמטיבי עוסק בתחום הדורש מומחיות מקצועית והיכרות קרובה ומעמיקה עם יישום ההוראות בשטח, ייטה בית המשפט לאמץ את פרשנותה של הרשות המינהלית."<sup>19</sup> זאת כאמור, בבחינת מומחיות המאסדר בתחום אחריותו – הנחה אותה אימץ בית המשפט כנקודת המוצא לדיון שנעשה על-ידו שם.

כמו כן התייחסה הפסיקה גם לחשיבות היות המאסדר "מצויד בכלי מעקב זמינים", המסייעים לו להישאר מעודכן באמצעים הטכנולוגיים והכלכליים המתחדשים יום ביומו. חידושים אלה מאפשרים, ואף מחייבים, את המאסדר להישאר מעודכן באופן רציף בשינויים הטכנולוגיים והמשפטיים בתחומו. בית המשפט העליון התייחס לעניין זה בציינו, כי תחום הקניין הרוחני מתאפיין בשינויים תקופים, דבר המטיל על בית המשפט ועל המאסדרים הרלוונטיים אחריות כבדה. בשים לב לכך צוין, כי "התמקצעות הרגולטורים – בין רשות הפטנטים ובין, כאמור, הממונה על הגבלים עסקיים – מסייעת לבתי המשפט בהכרעותיהם, אף שאין היא מסירה את אחריותם."<sup>20</sup>

#### המאסדר כגורם אובייקטיבי

מעבר למקצועיות וניסיונו הרב של המאסדר בתחומו, התייחסות רבה ניתנה גם לאובייקטיביות המאפיינת את המאסדר – זאת, כנקודת המוצא לעצם ביצוע הפנייה למאסדר, כמו גם לבחינת התייחסותו. כך עולה מהנמקותיו השונות, כי הנחת היסוד בה אוחו בית המשפט היא שהמאסדר

<sup>17</sup> בג"ץ 333/68 מפעלי מושבי הדרום חברה לפיתוח בע"מ נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, כג(1) 512, 508 (1969).  
<sup>18</sup> בג"ץ 6395-98 אלקושי נ' קצין התגמולים – משרד הביטחון, פ"ד נד(1) 454, פס' 5 (14.02.2000); ראו גם: ע"א 2512/93 איתורית שירותי תקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל, נא(3) 252, פס' 9 לפסק דינה של כב' השופטת דורנר (1997); ע"א 1057/18 עברון נ' ורדי, פס' 3 לפסק דינה של כב' השופטת וילנר (23.01.2019).  
<sup>19</sup> עניין זליגמן – ערעור, לעיל הי"ש, Error! Bookmark not defined, עמ' 21.  
<sup>20</sup> ע"א 5365/11 אקו"ם בע"מ-אגודת קומפוזיטורים נ' emi music publishing ltd, פס' ה' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (03.09.2013).



אינו מזוהה עם אחד הצדדים להליך – ועמדתו ניתנת, ככלל, באופן ניטרלי ועצמאי; ומשכך, בחינת עמדתו נעשית בשימת לב לאינטרס הציבורי עליו הוא מופקד.

כך למשל, נקבע בעניין **בן עמי**:<sup>21</sup>

“על אף שבענייננו הרשות הוזמנה על ידי בית המשפט להשתתף בהליך – לא כצד להליכים, אלא כמי שהתבקש להביע עמדה מייעצת לבית המשפט בשלב מאוחר בהליך [...] כך, דומה המעמד שביקשתי להעניק לרשות בעניינינו, לזה שהוענק במקורו לידידי בית המשפט – הצגת עמדה ניטרלית, תוך סיוע אובייקטיבי לבית המשפט [...] חשוב לזכור כי הרשות אינה גוף בעל אינטרסים אישיים, המונע מרצון להכתיב מהלכים עיסקיים בחיי החברה. אחד מתפקידיה העיקריים של הרשות הוא לומר את דברה בשמם של אותם בעלי מניות שהיא אמונה על האינטרסים שלהם מכוח חוק ניירות ערך – בעלי המניות מקרב הציבור”.

אולם, לצד אותה חזקת אובייקטיביות העומדת למאסדר בעיניו של בית המשפט, ישנם מקרים בהם חזקה זו עשויה להיסתר. כך למשל במקרים בהם נוכח הקרבה בין המאסדר לבין הגורמים המפוקחים על ידו, הרגולציה מתעצבת בהתאם לצרכי המפוקחים ולא דווקא בראי האינטרס הציבורי.<sup>22</sup> מקרים אלו מכונים בספרות המחקרית כ-**“שבי רגולטורי”** (regulatory capture), וחשש מפני תחולתם במקרים מסוימים, הועלה לא אחת על-ידי צדדים להליך בפני בית המשפט.

אולם, גם במקרים בהם נדונו טענות מסוג זה, בית המשפט שב והדגיש שאין בעצם הקרבה – כשלעצמה – כדי לאיין את חזקת התקינות, כל עוד טענת השבי הרגולטורי, לא התקבלה על ידי בית המשפט. כך גם, לא אחת עלתה טענת השבי הרגולטורי מקום בו עמדת המאסדר ניתנה באופן בלתי רשמי או ללא שקיפות.<sup>23</sup> מכאן, שנכון לטעמנו להניח כי מקום בו ניתנה עמדת המאסדר במסגרת הליך משפטי, ביוזמת בית המשפט ותחת פיקוחו – חשש זה פוחת באופן משמעותי.<sup>24</sup> מנגנון “פיקוח” נוסף הוא מעורבותם של הצדדים עצמם, אשר בוחנים את עמדת המאסדר, והיכן שהדבר נדרש – אף תוקפים אותה לגופה. במובן זה מספקים הצדדים נקודת מבט ביקורתית ובוחנת, ובכוחם להצביע על הטיות “זרות” בעמדה, ככל שישנן כאלו.

במסגרת פסק הדין בעניין **זליגמן – דיון נוסף**, בכל הנוגע לעמדת המאסדר כפרשן החוק, דן בית המשפט בסוגיה זו בהרחבה. בתוך כך, עמד בית המשפט על מספר סוגיות שיש ליתן עליהן את הדעת בבואו לבחון את עמדת המאסדר. בתוך כך הודגש, כי בשונה מהמחוקק, המפרסם את דברי ההסבר לחוק **מראש**; המאסדר, בכובעו כפרשן החוק, מגיש עמדתו **בדיעבד**. פער זמנים זה מקים חשש אפשרי מפני מתן עמדה המושתתת על מגוון שיקולים רחב יותר, החורג מגבולות הסכסוך שלפניו,

<sup>21</sup> תנ”ג (כלכלית) 11-02-21785 **בן עמי נ’ מנורה מבטחים החזקות בע”מ**, פס’ 60-63 (29.05.2012) (להלן – עניין **בן עמי**).  
<sup>22</sup> ראו למשל: שרון ידן, **רגולציה חדשה: מהפכה במשפט הציבורי**, 137-141 (2018); **פרימון**, 674-680; רועי שפירא, “מתי יש ליתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור? תובנות מהספרות על ‘שבי רגולטורי’” **פורום עיוני משפט**, מד (תש”ף).

<sup>23</sup> ע”א 9294/16 **שמעון נ’ חברת איי די איי חברה לביטוח בע”מ**, פס’ 54 וההפניות שם (04.02.2020); דפנה ברק-ארז, **משפט מינהלי** 289-291 (כרך א, 2010).

<sup>24</sup> בשים לב לכל האמור לעיל יש להדגיש, כי לבית המשפט נותרת הסמכות לבחון את יחסי המפקח-מפוקח ככל שיעלו טענות לניגוד עניינים או היעדר אובייקטיביות של המאסדר.

תוך מטרה להיטיב עם המפוקח ולא דווקא עם הציבור. משכך נקבע, כי שומה על בית המשפט לבחון במקרים אלו את הפרשנות המוצעת על ידי המאסדר בהקפדה יתרה.<sup>25</sup>

ביטוי נוסף לתופעת השבי רגולטורי נוגע לתופעה המכונה ה"דלת המסתובבת". תופעה זו עוסקת בנושאי משרה שעבדו במגזר הציבורי מתמנים למשרות בגופים פרטיים, שעליהם פיקחו, וגם ההיפך – בכירים במגזר הפרטי המתמנים להיות מאסדרים של אותו השוק.<sup>26</sup> תופעה זו מעוררת חשש מפני ניגוד עניינים שעלול להיווצר, אף שלא במודע, אצל המאסדר – שישאף להותיר רושם חיובי על המפוקח, עימו ייתכן שיעבוד בעתיד או עימו עבד בעבר, וכך בלשון ההחלטה: "תרחיש היציאה" מעורר חשש שמא מאסדרים יפעלו באופן, אשר מיטיב עם הגופים המפוקחים, מתוך תקווה להותיר עליהם רושם חיובי ובציפייה לעבוד איתם בעתיד, כך שהרגולציה תעוצב למעשה, ואפילו שלא במודע, לטובת המפוקחים. 'תרחיש הכניסה' מעורר חשש שמאסדרים, אשר עבדו בעבר בגופים הפרטיים המפוקחים – יטו לטובתם מתוך הזדהות עמם, או עם בעיותיהם, או עם הניסיון והתודעה שצברו. בתוך כך יש ליתן את הדעת לכך שפעמים רבות תופעת 'הדלת המסתובבת' חוזרת על עצמה יותר מפעם אחת.<sup>27</sup>

חשש נוסף נובע מהאינטרס הסמוי של המאסדר לפרש את הנחיותיו באופן שישלול מסקנה לפיה כשל המאסדר בפיקוח בנסיבות אותו עניין – מסקנה אשר עשויה מטבע הדברים להוביל לפגיעה במוניטין של המאסדר. בנוסף, עשוי גם המאסדר להיות מושפע משיקולים של יציבות השוק עליו הוא מפקח (למשל, העדפת האינטרס של החברות הגדולות המפוקחות על פני הניזוקים-תובעים).<sup>28</sup>

על יסוד כל אלה קבעה כב' השופטת וילנר בעניין זליגמן – דיון נוסף, כי טענות לעניין שבי רגולטורי מהוות "חשש כללי אשר מרחף מעל גופים מינהליים ומוסדות שונים ואינו ייחודי למאסדר דווקא", ומשכך על בית המשפט להיות ער לחשש האמור. אולם הודגש גם, כי אין בכך כדי לדחות א-פריורית, את חזקת התקינות החלה על המאסדר. משכך, הטוען לאי-תקינות, עליו הנטל לסתור את חזקת התקינות, ולהביא ראיות שיש בהן כדי להטיל ספק מהותי בשיקוליה של הרשות, או להצביע על אי-תקינות פרוצדוראלית אחרת.<sup>29</sup>

לצד אלו, עומדת גם ביקורת מוכרת הנשמעת לעיתים כלפי המדינה – ולפיה תחת הנוהג המקובל כי על המדינה "לדבר בקול אחד"<sup>30</sup> – לא אחת, עמדות שונות בתוך המדינה לא נשמעות כלל. מכאן, נובעת החשיבות לבחון באופן מוקפד, האם בסוגיה הנדונה קיימים מאסדרים שונים הרלוונטיים לתחום – ואם כן, יש להביא במכלול השיקולים את האפשרות כי העמדה שהובאה מייצגת הלכה למעשה עמדה אחת מבין כמה שבוכרה.<sup>31</sup> אולם בהתייחס לעניינו אנו, שעה שמדובר בפניה יזומה של בית המשפט למאסדר מסוים, חשש זה פוחת במידת מה.

<sup>25</sup> עניין זליגמן – דיון נוסף, לעיל הי"ש 1, עמ' 21 וההפניות שם.

<sup>26</sup> שם.

<sup>27</sup> עניין זליגמן – דיון נוסף, לעיל הי"ש 1, עמ' 27-28.

<sup>28</sup> שם, עמ' 29.

<sup>29</sup> שם, פס' 39-46 לפסק דינה של כב' השופטת וילנר.

<sup>30</sup> ראו לעניין זה: ע"א 7187/12 צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל (17.08.2014).

<sup>31</sup> עניין זליגמן – דיון נוסף, לעיל הי"ש 1, עמ' 30. בע"א 7829/18 בטר פלייס ישראל נ' אגסי, פס' 27 ו-57 (08.02.2022) נדרש בית המשפט העליון לסוגייה זו כאשר הוגשה במסגרת ההליך עמדת הכני"ר, אך בהמשך עקב הודעת היועמ"ש על התייצבותו להליך, הגיש הכני"ר בקשה להוציא את עמדתו מתיק בית המשפט שכן זו כפופה לעמדת היועמ"ש. בפסק דינו העיר כב' השופט עמית על כך, שחלק מהסוגיות בהן עסקה עמדת הכני"ר לא קיבלו ביטוי בעמדת היועמ"ש ואף הוסיף, כי ייתכן שבית המשפט המחוזי יראה צורך להידרש לכך.

לצד האמור, יש לזכור גם – כי ממילא נתונה לבית המשפט הפרוגטיבה להכריע בין עמדות שונות המוגשות מפי מאסדרים שונים (ככל שאלו הוגשו בהליך מסוים), או להורות למאסדרים נוספים להגיש עמדתם כאמור. במקרה שכזה, נתון לבית המשפט שיקול הדעת להחליט איזו עמדה לקבל, ואיזה משקל יש ליתן לכל עמדה שניתנה.<sup>32</sup>

לגישתנו – גם מקום בו בית המשפט ידחה את עמדת המאסדר, או יבכר עמדה אחת על אחרת, אזי לעצם הגשת העמדה ופריסת השיקולים הניצבים בבסיסה, יש – כשלעצמה – חשיבות ותרומה בפני עצמה, בהרחבת קשת השיקולים שראוי שיעמדו לנגד עיני בית המשפט, ודרך כך – לסייע בחשיפת האמת ובקבלת החלטה שתכריע באופן שלם וראוי יותר בסוגיה העומדת לפניו.<sup>33</sup>

גישה זו עולה בקנה אחד עם המבחן שהוצע בעניין **זליגמן – דיון נוסף**, המבוסס אף הוא על אימוץ הנחת אובייקטיביות המאסדר, לצד בחינה זהירה של נסיבות מתן חוות הדעת. בכלל זאת נקבע, כי שומה על בית המשפט לבחון האם עמדת המאסדר תואמת את כללי הפרשנות המקובלים, כפי שאלו נקבעו בפסיקה; האם מומחיות המאסדר קיבלה ביטוי בעמדה שהוגשה, שכן עמדתו במהותה עוסקת בסוגיה "טכנית ומקצועית"; האם השוק המפוקח, זהות הצדדים ונסיבות המקרה מעלים את החשש שהמאסדר נגוע בכשל רגולטורי; יסודיות העמדה; האם אותו מאסדר הציג עמדות פרשניות סותרות לגבי אותו נושא; האם יש יותר ממאסדר אחד לאותו תחום מפוקח שהציגו עמדתם; ולבסוף, האם המקרה נופל לאחד החריגים שנמנו על ידי כבי' השופטת וילנר בפסק הדין בעניין **זליגמן – ערעור** (למשל כאשר עמדת המאסדר נובעת משיקולים שאינם ענייניים או נגועה בניגוד עניינים).<sup>34</sup>

בהתאם לכך, נראה כי ניתן לקבל כנקודת מוצא לדיון זה, כי קיימת הסכמה רבתי על אודות הידע המעשי בו אוהז המאסדר לעניין הפעלת הסדרי חוק שונים, כמו גם חשיבותו של ידע זה בשים לב לאותה היכרות מעשית. אלו, מעניקים למאסדר את היכולת להביא בפני בית המשפט רובד נוסף שיסייע בהצגתה של תמונה שלמה ומלאה יותר בפני בית המשפט בבואו להכריע במחלוקת שלפניו – ומכאן חשיבות עמדתו של המאסדר.

הנחת יסוד נוספת המונחת בסיס דיונו להלן, היא כי קיימת חזקת ניטראליות (הניתנת לסתירה) אשר לעמדת המאסדר, וזאת חרף ההשגות אשר ניתן להעלות לעניין זה, שעל עיקריהן עמדנו לעיל. בפרט נכונים הדברים בכל הנוגע למסגרת הדיונית בה דברינו כאן אמורים, בה המאסדר איננו צד להליך וגם איננו מזוהה עם מי מהצדדים להליך – ועמדתו ניתנת, ככלל, תחת כובעו כמי שאמון על שמירת האינטרס הציבורי. נוסף על כך, עמדת המאסדר במקרים אלה נבחנת תחת עינו הביקורתית של בית המשפט, כמו גם הצדדים להליך עצמם – ושיקול הדעת בדבר אימוץ עמדה זו, נותר בנסיבות אלה בידי בית המשפט.

<sup>32</sup> בעניין זה ניתן לפנות לשיקולים המפורטים בעניין **זליגמן – דיון נוסף**, לעיל הי"ש 1, פס' 68 לפסק דינו של כבי' סגה"י מלצר. בחינה דומה נעשית כאשר מוגשת עמדת "ידיד בית משפט", ועל בית המשפט להכריע מה יהיה המשקל אותו ייתן לעמדה והאם יקבלה. כך למשל, בעת"מ (תל אביב-יפו) 17-12-18156-12-17 **חת נ' רשות ניירות ערך** (19.09.2019), נדרש בית המשפט לעמדת לשכת עורכי הדין שהצטרפה כ"ידידה". כך, למרות שעמדה זו נדחתה, עצם הדיון בה הפרה את פסק הדין ואפשר דיון מעמיק ומקיף יותר בהשלכות הרחב האפשריות טרם ההכרעה.

<sup>33</sup> עניין **זליגמן – דיון נוסף**, לעיל הי"ש 1, פס' 68 לפסק דינו של כבי' סגה"י מלצר.  
<sup>34</sup> עניין **זליגמן – דיון נוסף**, לעיל הי"ש 1, פס' 68 לפסק דינו של כבי' סגה"י מלצר; עניין **זליגמן – ערעור**, לעיל הי"ש 1, פס' 40 לפסק דינה של כבי' השופטת וילנר.

## ב. פנייה למאסדר בסוגי ההליכים השונים

פנייה למאסדר במסגרת הליך שיפוטי היא כאמור פרקטיקה ידועה ומוכרת, שהפכה במרוצת השנים למקובלת יותר על ידי הערכאות השונות, במגוון הליכים. בפרק זה נבקש לסקור את ההליכים האזרחיים השונים בהם השתרשה פרקטיקה זו, חרף העובדה כי ביצוע הפנייה במסגרת הליכים אלה אינה מוסדרת באופן מפורש בחקיקה ראשית או משנית. בתוך כך נבקש לבחון את תכלית הפנייה, בהתאמה ליחודיותו של כל אחד מסוגי ההליכים השונים.

בשים לב להבדלים הקיימים אשר לאופן ניהול ההליך, המסגרת החקיקתית החלה וכן הצדדים להליך המשפטי – פרט ומדינה, קצרה היריעה מלהכיל במסגרתו של מאמר זה את שני עולמות המשפט – האזרחי והפלילי. משכך, סקירה זו עוסקת בהליך הפנייה למאסדר בתחום המשפט האזרחי בלבד.

### ב.1. תובענות ייצוגיות

הליך התובענה הייצוגית מוסדר בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006<sup>35</sup> ו-תקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010<sup>36</sup>, החלות כדין ספציפי על הליכים מסוג זה. בתוך כך, פנייה למאסדר מוסדרת בהליך הייצוגי בעיקרה במסגרת סעיפים 18-19 לחוק תובענות ייצוגיות ותקנה 3 לתקנות תובענות ייצוגיות.

כך, אישורו של הסדר פשרה במסגרת תובענה ייצוגית נעשה בהתאם להוראות סעיף 18 לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע כי "לא ייעשה הסכם ליישוב הסכסוך שבענינו הוגשה בקשה לאישור או שבענינו אושרה תובענה ייצוגית (בחוק זה – הסדר פשרה), אלא באישור בית המשפט"<sup>37</sup>.

כחלק מהליך בחינת הסדר הפשרה טרם אישורו, וככל שמצא בית המשפט שאין לדחות את הסדר הפשרה על הסף, נדרש בית המשפט להורות "על פרסום הודעה בדבר הגשת הבקשה [...] ליועץ המשפטי לממשלה, למנהל בתי המשפט, ולכל גוף או בעל תפקיד אחר שיקבע השר, ורשאי בית המשפט להורות על משלוח כאמור גם לאדם אחר כפי שיוורה [...]".<sup>38</sup> משמע, המחוקק הסמיך את בית המשפט להורות על פנייה, באופן רחב למדי, הן ל"כל גוף או בעל תפקיד אחר שיקבע השר", הן "לאדם אחר".

בהמשך להוראות סעיף 18 לחוק תובענות ייצוגיות, מפורטים בתקנות תובענות ייצוגיות המאסדרים הרלוונטיים אליהם נדרשים בעלי הדין לשלוח את הסדר הפשרה טרם אישורו,<sup>39</sup> בנוסף

<sup>35</sup> חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006.

<sup>36</sup> תקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע-2010.

<sup>37</sup> סעיף 18(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

<sup>38</sup> סעיף 18(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.

<sup>39</sup> ראו: תקנה 12(ד) ותקנה 3 לתקנות תובענות ייצוגיות.

לפנייה ליועץ המשפטי לממשלה.<sup>40</sup> קבלת עמדה נוספת כאמור, נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט.<sup>41</sup>

הסדר נוסף בחוק תובענות ייצוגיות הרלוונטי לענייננו מצוי בסעיף 15 לחוק זה, הקובע כי "בית המשפט רשאי להתיר לחבר קבוצה שבשמה מנוהלת תובענה ייצוגית, וכן לרשות ציבורית הפועלת לקידום מטרה ציבורית בקשר לענין שבו עוסקת התובענה הייצוגית או לארגון הפועל לקידום מטרה כאמור, אשר אינם התובע המייצג, להשתתף בדיונים בתובענה הייצוגית, אם מצא כי הדבר דרוש לשם ניהולה היעיל וההגון של התובענה הייצוגית, וכן, לענין חבר קבוצה – לשם הגנה על ענינו של אותו חבר קבוצה, ולענין רשות ציבורית או ארגון – לשם הגנה על ענינם של חברי הקבוצה."<sup>42</sup>

לענין זה חשוב להדגיש, כי בהתאם ללשון הסעיף כפשוטו, מוגבלת סמכות בית המשפט מכוחו ל"רשות ציבורית" בלבד. משמעותה של תיבה זו על פי חוק תובענות ייצוגיות, נלמדת מסעיף ההגדרות בחוק, שלפיו רשות ציבורית היא "גוף המנוי בתוספת הראשונה".<sup>43</sup> בחינת התוספת הראשונה לחוק מלמדת, כי למעשה מדובר בשלושה גופים בלבד: נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות; הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים; ונציבות שוויון הזדמנויות בעבודה.<sup>44</sup>

מכאן, שבשים לב להוראות סעיפים 15 ו-18 לחוק תובענות ייצוגיות, פנייה לגופים חיצוניים להליך, שאינה מוגבלת ברשימה האמורה, הותרה במפורש על ידי המחוקק רק מקום בו לא ניתן להסתמך על ההליך האדברסרי בין הצדדים – למשל במהלך בחינת הסדר פשרה בהליך ייצוגי לגביו נקבע, כי "בעיית הנציג מתגברת במסגרת הליך לאישור הסדר פשרה, נוכח החשש שהתובע הייצוגי ובא כוחו יעדיפו את האינטרס העצמי שלהם על פני האינטרס של חברי הקבוצה".<sup>45</sup>

אולם, כפי שיפורט להלן במסגרת פרק ג.3.ב, לעמדתנו, למרות חוסר בלשון החוק בעניין זה, אין בנמצא איסור על פנייה מסוג זה ביתר שלבי ההליך, ונראה כי ההיגיון שבפנייה למאסדר במהלך בחינת הסדר פשרה – יפה ונכון גם לשלבים נוספים בהליך הייצוגי. זאת, בשים לב למומחיות המאסדר, כמו גם היותו גורם אובייקטיבי, שיכול לסייע לבית המשפט בגיבוש הכרעתו.

<sup>40</sup> שם; ראו גם: אביאל פלינט, חגי וויניצקי, **תובענות ייצוגיות**, 633 (2017) (להלן – **פלינט וויניצקי**).  
<sup>41</sup> ראו למשל: ת"צ 37693-06-15 **בנדל נ' אפריקה ישראל להשקעות בע"מ ואח'**, פס' 19 (23.05.2021) (להלן – **עניין בנדל**), שם הוגשה בקשה לצירוף עמדת הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי, כמאסדר נוסף. בהחלטת בית המשפט שם נומק באריכות מדוע בית המשפט אינו סבור, כי צירוף עמדת הממונה תסייע לבית המשפט בהכרעה במחלוקת שלפניו. עיקר הדגש לעניין זה נעשה תוך בחינת השדה המשפטי בו נטועה המחלוקת בין הצדדים, ובהתאם – האם יש לממונה ידע רלוונטי בשדה זה, שיסייע לבית המשפט בהכרעה במחלוקת שלפניו.

<sup>42</sup> סעיף 15 לחוק תובענות ייצוגיות.

<sup>43</sup> סעיף 2 לחוק תובענות ייצוגיות.

<sup>44</sup> אולם יש להוסיף, כי סקירת שורת החלטות שניתנו על ידי בתי המשפט השונים בעניין זה, מלמדת שבתי המשפט עשו לא אחת שימוש בהוראות הסעיף כמקור סמכות להורות על קבלת עמדתו של המאסדר או על זימונו – זאת, גם כאשר הפנייה נעשתה למאסדר שאינו מנוי על התוספת הראשונה לחוק תובענות ייצוגיות.<sup>44</sup> סקירתן של החלטות אלו מלמדת, כי ככלל, אלו לא כללו הסבר להרחבה זו החורגת בבירור מהרשימה הכלולה בחוק תובענות ייצוגיות. ראו למשל: ת"צ (מחוזי ת"א) 1469-02-13 **לוי נ' פיסטה נונה בע"מ**, פס' 7 (26.11.2014); ת"צ (מחוזי ת"א) 2133-09 **גמזו נ' פלאפון תקשורת בע"מ** (10.01.2011) (להלן – **עניין גמזו**).

מן הצד השני, קיימת גם פסיקה הדוחה פרשנות רחבה זו לסעיף 15, זאת תוך התייחסות ברורה ללשון החוק ולהיות התוספת הראשונה לחוק רשימה סגורה.<sup>44</sup> כך, בחינת לשון סעיף 15 לחוק תובענות ייצוגיות כפשוטו, מלמדת שעל פניו הוא אינו יכול לשמש מסגרת חקיקתית מפורשת להורות על קבלת עמדת המאסדרים השונים, אלא אלו המנויים בתוספת הראשונה בלבד. יתרה מכך, הגדרתם המצומצמת של סוגי המאסדרים יכולה אף להתפרש כהסדר שלילי, ביחס לזימונם של אלו שאינם נמנים על התוספת. ראו למשל: ת"א (מחוזי מרכז) 1817-08-07 **יוחנן נ' סלקום ישראל בע"מ**, פס' 16 (02.03.2010).

<sup>45</sup> עניין **הררי**, לעיל ה"ש. **Error! Bookmark not defined.**, פס' 33; רע"א 3832/17 **לוי נ' פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ**, פס' 12 (04.07.2017); בר"מ 4303/12 **אינסלר נ' המועצה האיזורית עמק חפר**, פס' 13 (22.11.2012).

נחדד, נקודת המוצא היא כי החשש מפני ניגוד אינטרסים בין התובע המייצג (או המבקש לייצג את הקבוצה), הוא גבוה ביותר בעת בחינת הסדר פשרה בין התובע הייצוגי לבין המשיב. בהתאם לכך, מספק המחוקק לבית המשפט כלים ואמצעים נוספים להתמודד עם הקושי באמצעות קבלת תמונת מצב מלאה בשלב זה. אולם, טענתנו היא, כי זהו אפיק פנייה אחד בלבד, וקיימים טעמים נוספים המצדיקים בנסיבות מסוימות פנייה למאסדר גם בשלבי האחרים של ההליך הייצוגי – בדומה לסוגי הליכים נוספים במשפט האזרחי. ודוק, לעמדתנו חוק תובענות ייצוגיות בעניין זה אינו מהווה מקור סמכות לבית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר. אולם, החוק מגלם טעמים נוספים ומשמעותיים לקבלת העמדה האמורה – ובפרט, המקצועיות וחזקת האובייקטיביות של גופים אלה, שהינם חיצוניים למחלוקת הפרטנית שבין הצדדים להליך. בשים לב לניתוח שהוצג לעיל ולהלן – אנו סבורים כי סמכות זו עומדת גם בהליכים ייצוגיים מכוח סמכותו הטבעה של בית המשפט, כפי שיוסבר להלן.

בשים לב להוראות החוק המפורטות לעיל; סקירת הפסיקה בערכאות הדיוניות השונות, כמו גם בפסיקת בית המשפט העליון, מלמדת כי קיימת גם פרקטיקה מבוססת היטב של פנייה למאסדר הרלוונטי במקרים בהם נדרשת הבנה מעמיקה של תחום מסוים. זאת, אף מקום בו לא הוגש הסדר פשרה לאישורו של בית המשפט, ובשים לב לכך שנקודת המוצא לדיון היא ההכרה באותו ידע מעשי ומקצועי של המאסדר עם הוראות החוק הרלוונטיות לעבודתו השוטפת.<sup>46</sup>

על חשיבות זו עמד בית המשפט העליון גם בעניין **זליגמן – ערעור**, בקובעו לעניין זה כדלהלן:<sup>47</sup>

”אעיר רק, בזהירות המתחייבת, כי לטעמי ישנה חשיבות מיוחדת בתובענות ייצוגיות לקבלת עמדת המאסדר מקום בו קיימת עמימות נורמטיבית, כפי שיפורט עוד להלן.”

דברים אלה כאמור – מבטאים את חשיבות הפנייה למאסדר, ובכך את חשיבות הדיון המבוא במסגרת במאמרנו זה.

## **2.ב. תובענות נגזרות**

”תביעה נגזרת” מוגדרת בחוק החברות בסעיף ההגדרות, כ”תובענה שהגיש תובע בשם חברה בשל עילת תביעה שלה.”<sup>48</sup> בהתאם לכך, בהליך התביעה הנגזרת, המבקש לתבוע בשם חברה נדרש

<sup>46</sup> ת”צ (ח”י) 1048-12-14 ברנוב נ’ מעיינות אתא בע”מ תאגיד המים והביוב, פסי”ב (22.03.2015); ת”צ (מחוזי מרכז) 25061-09-16 מרקמן את טומשין - חברת עורכי דין נ’ בזק בינלאומי בע”מ, פסי”ב 24 (04.07.2019); ת”צ (ת”א) 26482-11-18 שגיא נ’ אחוזות החוף בע”מ (09.05.2021); ת”צ (מחוזי מרכז) 22300-05-15 הייט נ’ Verifone Systems Inc (14.05.2018); ת”א (מחוזי מרכז) 5625-08-07 אביעד נ’ מנורה חברה לביטוח בע”מ, פסי”ב ז’ (11.01.2009); ת”צ (מחוזי ת”א) 31016-10-18 קמחין נ’ ח.י מעדני גורמה בע”מ, פסי”ב 17 (13.06.2019); ע”א 2317/16 אוארבך נ’ סלקום ישראל בע”מ (25.01.2017); ת”א (מחוזי ת”א) 1238-09 הדס נ’ מעבדות מטרנה בע”מ (04.05.2010); עניין גמזו, לעיל ה”ש 44; עניין קמיל, לעיל ה”ש 6; ת”צ (כלכלית) 44775-02-16 כהן נ’ טאואר סמיקונדקטור בע”מ, פסי”ב 69 (07.11.2017) (ערעור על פסק הדין נדחה במסגרת רע”א 8737/17); ראו לעניין זה גם: ת”צ (מינהליים מרכז) 7331-01-19 תובל נ’ עיריית רעננה, פסי”ב 48-47 (03.04.2020); ת”צ (כלכלית) 18029-12-19 פיקז נ’ בנק הפועלים בע”מ-סניף ראשי, פסי”ב 21 (18.10.2020); ת”צ (ח”י) 1048-12-14 ברנוב נ’ מעיינות אתא בע”מ תאגיד המים והביוב, פסי”ב (22.03.2015).  
<sup>47</sup> עניין זליגמן – ערעור, לעיל ה”ש 1, פסי”ב 29 לפסק דינה של כב’ השופטת וילנר.  
<sup>48</sup> חוק החברות, התשנ”ט-1999, סעיף 1.

להראות כי לחברה זכות תביעה וזו נמנעת מלממש את זכותה, שלא בטובתה.<sup>49</sup> ככל שיעמוד התובע הנגזר בנטל זה, ויראה כי פעל בתום לב, יוכל לתבוע בשם החברה את מימוש הזכות הנטענת.

הסדר או פשרה בהליך תביעה נגזרת מוסדרים בסעיף 202 לחוק החברות. בתמצית, הרציונאל העומד בבסיס הסעיף הוא כפול: ראשית, תפקידו לאפשר לבית המשפט לפקח ולבחון את הפשרה אשר הושגה והאם מדובר בפשרה ראויה; ושנית, להוות חסם מפני הסדרי פשרה שאינם ראויים, בשים לב לחשש הנובע מבעיית נציג, לפיה עלולים תובע נגזר ובאי כוחו להעדיף את טובתם האישית ולסיים את ההליך בהסדר פשרה שאינו משרת את האינטרס של החברה, לטובת גמול ושכר טרחה גבוה. לפיכך, תפקידו של בית המשפט הוא לוודא שהסדר הפשרה המוצע משרת את האינטרס של החברה שבשמה מתבקש להגיש את התביעה הנגזרת. סעיף זה חל גם באותם המקרים בהם גובש הסדר הפשרה בטרם אישורה של התובענה כנגזרת.<sup>50</sup>

בשונה מהליך התובענה הייצוגית, הליך התביעה הנגזרת לא הוסדר בחקיקה ראשית או בחקיקה משנית ייחודיות, אלא בפרק השלישי לחוק החברות. בהתאם לכך, ההליך אינו מוסדר באופן מלא ומפורט, כפי שהוסדר הליך התובענה הייצוגית – וחלק מן ההוראות לעיתים חסרות. אולם, למרות נקודות השוני בין ההליכים, ישנן גם נקודות השקה לא מעטות בין הליך התביעה הנגזרת לבין הליך התובענה הייצוגית – ומשכך, קיימת הפריה הדדית והליכי הסקה וניתוח דומים בין שני ההליכים. קיומו של חסר זה בכל הנוגע להסדרת הליך התובענה הנגזרת, הוביל את בתי המשפט ללמוד ולהשליך מהוראות החוק הנוגעות להליך התובענה הייצוגית, על שאלות דומות המתעוררות במסגרת הליך התובענה הנגזרת.<sup>51</sup>

דמיון זה נלמד גם מטיוטת תקנות החברות.<sup>52</sup> במסגרתה, הליך הפנייה למאסדר וליועץ המשפטי לממשלה, עת מוגש לאישורו של בית המשפט הסדר פשרה בהליך תביעה נגזרת, קיבל התייחסות והסדרה מפורשת. אך גם כיום (טרם תיקון הטייטה), בית המשפט שואב להליך הנגזר את סדרי הדין, כמו גם מבחני המשנה וסל השיקולים, לאלו שבהליך הייצוגי – וכך גם, ביחס לקבלת עמדת המאסדר והיועץ המשפטי לממשלה, ובפרט ביחס לאישורם של הסדרי פשרה.<sup>53</sup> במובן זה, לאור השוני בין הליך זה להליך הייצוגי, היעדר ההסדרה החקיקתית בדבר פנייה למאסדר – בולט אפילו יותר בהליך הנגזר.

בבחינת הדמיון והשוני בין הליך התובענה הייצוגית והליך התובענה הנגזרת, במיוחד לעניין קבלת עמדת המאסדר וחשיבותה, יש להוסיף גם התייחסות לסוגיית ההסתלקות. בהליך הייצוגי, קיים בחוק מנגנון "opt-out" – היינו, הליך המאפשר לחברי קבוצה שאינם מעוניינים להיות חלק מהקבוצה (בין אם כדי לנהל הליך באופן עצמאי ובין מסיבותיהם הם), להודיע על פרישתם מהקבוצה, כך שפסק הדין לא יחייב אותם. בשונה מכך, בהליך התובענה הנגזרת אין כל מנגנון מסוג

<sup>49</sup> ראו למשל: יוסף גרוס, **חוק החברות**, עמ' 378-379 (מהד' חמישית מורחבת, 2016).  
<sup>50</sup> ראו למשל תנ"ג 38122-07-19 **שחם נ' אשכולות** (25.03.2021); תנ"ג (תי"א) 47621-07-16 **אמוץ חורב נ' בי קומיוניקיישנס בע"מ** (18.06.2020); תנ"ג (ת"א) 815-09-13 **לנואל נ' מאור** (04.09.2016) (להלן – עניין לנואל).  
<sup>51</sup> ראו למשל: עניין לנואל, לעיל ה"ש 50, פס' 41; תנ"ג (תל אביב-יפו) 20087-11-11 **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' חמו** (14.06.2012).

<sup>52</sup> טיוטת תקנות החברות (הוראות לעניין תובענה נגזרת והגנה נגזרת), התשע"ז-2017.  
<sup>53</sup> ראו למשל: עניין לנואל, לעיל ה"ש 50. אותו עניין לאחר הגשת בקשה לאישור הסדר פשרה בתביעה הנגזרת, הורה בית המשפט לצדדים לפרסם את פרטי הסדר הפשרה בהתאם לסעיף 202 לחוק החברות. אולם בנוסף לכך, הורה בית המשפט לצדדים להמציא את הסדר הפשרה ליועץ המשפטי לממשלה, לרשות לניירות ערך ולידי המפקח על הבנקים; ראו לעניין זה גם: תנ"ג (תי"א) 47128-07-18 **דיין נ' אבנעים** (15.11.2020).

זה. בהתאם לכך, ככל שניתן פסק דין – בין לאחר ניהול ההליך ובין במסגרת פשרה בין הצדדים, הדבר יחייב את כל בעלי העניין בתאגיד, מבלי שאלו היו שותפים בהליך. לכן, בשים לב לכך שהליך התובענה הנגזרת כולל בתוכו גם בעלי עניין שאינם רשאים להסתלק מההליך ואינם מעורבים בניהולו, הרי שחשיבות ההליך לגביהם – ובהתאם לכך, חשיבות קבלת עמדת המאסדר במקרים אלה – משמעותית אף יותר.

את פנייתו למאסדר במסגרת הליכי תביעה נגזרת שונים, נימק בית המשפט בכך שלמרות שעמדת המאסדר איננה מחייבת אותו, הרי ש"היא מהווה, במקרים מסוג זה, מעין 'זרוע ארוכה' המאפשרת לבית המשפט לבחון מהותית את סבירותו של הסכם פשרה מתגבש. לעניין יש חשיבות מבחינה מקצועית וכלכלית – הואיל שבשורות הרשות נמצאים בעלי מקצוע (כלכלנים, מעריכי שווי, אנליסטים ורואי חשבון מבקרים) המסוגלים לסייע לבית המשפט לבחון את סבירות ההסדר".<sup>54</sup> בהמשך לדברים אלו, קבע בית המשפט באותו עניין, כי "בארסנל הכלים של בית המשפט נמצאת האפשרות לבקש מרשות או גוף זה או אחר להביע עמדתם בנושאים רלוונטיים. רשויות וגופים אלו (בהם, בין היתר, רשות המיסים, כונס הנכסים הרשמי, רשות ההגבלים העסקיים, המפקח על הבנקים, הממונה על שוק ההון ביטוח וחסכון וכיוצא"ב), להם ידע רב בנושאים אותם הם מרכזים, והאמונים על האינטרס הציבורי, מבלי ליטול חלק בסכסוך גופו – עשויים לעיתים לסייע לבית המשפט לחדד את המחלוקות ולראות את מלוא התמונה הרלוונטית".<sup>55</sup>

בדומה לכך, גם בעניין **לנואל**, ובהמשך לכך בעניין **טלמור**,<sup>56</sup> הורה בית המשפט על קבלת עמדתם של הגורמים המוסמכים במשרד המשפטים.<sup>57</sup> אותו עניין, לא מצאו הגורמים המוסמכים להתנגד להסדר הפשרה שהוגש לאישורו של בית המשפט, אולם כן מצאו לנכון להפנות את בית המשפט לשלוש סוגיות שונות – ובתוך אלה, התייחסו הגורמים המוסמכים לאופן יישומו הראוי של הדין בנסיבות אותו מקרה. למרות שבית המשפט מצא שלא לאמץ את עמדת המאסדר אותו עניין, הדרשותו לעמדת המאסדר בסוגיות נשוא ההליך שם, הרחיבו והעמיקו את הדיון שהתנהל לפניו.<sup>58</sup>

חשיבות שמיעת קולו של המאסדר או היועץ המשפטי לממשלה נלמדת גם מהאופן בו דנים בתי המשפט הכלכליים בבקשה לאישור הסתלקות מתביעה נגזרת, להבדיל מאישור הסדר או פשרה – היינו, בהסתלקות שאין באישורה כדי לייצר מעשה בית דין כלפי צדדים שלישיים שאינם חלק מהליך בקשת האישור. חרף ההבדל המשמעותי הקיים בין הסדר פשרה לבין בקשת הסתלקות,<sup>59</sup> מצאו בתי המשפט, לא אחת, להורות על קבלת עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה או המאסדר גם בהליכים מסוג זה. כך נימק זאת בית המשפט בהחלטתו בעניין **אשכולות**, שם נקבע:<sup>60</sup>

"בתוך כך, אני כשלעצמי סבור, כי קבלת עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא ראויה ורצויה מקום בו מבוקש אישורו של הסתלקות או הסדר או פשרה במסגרת הליך של תובענה נגזרת (או בקשה מוקדמת להליך זה). זאת, כמי שעומדים בפניו אינטרסים של צדדים שלישיים, כמו גם

<sup>54</sup> עניין **בן עמי**, לעיל ה"ש 2121, פס' 61-62.

<sup>55</sup> **שם**, פס' 68; ראו לעניין זה גם: תני"ג (מחוזי ת"א) 14873-03-10 **רובין נ' בנק הפועלים ואח'**, עמ' 4 (22.07.2015).

<sup>56</sup> תני"ג (כלכלית) 41255-11-16 **טלמור נ' טבע תעשיות פרמצבטיית בע"מ** (06.04.2020).

<sup>57</sup> **שם**, פס' 11-10.

<sup>58</sup> **שם**.

<sup>59</sup> ראו למשל: תני"ג (ת"א) 33726-12-09 **פרל נ' מאור** (01.11.2015).

<sup>60</sup> **שם**, פס' 38.



אינטרס הציבור בכללותו; וכן כמי שיש בידו הכלים המקצועיים הדרושים כדי לשפוך אור ולטעון לעניין יישומו הראוי של הדין בנסיבות המקרה.

כך, כפי שעלה במקרה שלפניי, עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה אפשרה להאיר ולבאר סוגיות שבית המשפט, כמו גם הצדדים עצמם, אינם רואים בהכרח לנגד עיניהם בנסיבות אישורו של הסדר קונקרטי. בתוך כך, אין ספק בעיניי כי סוגיית מעמדה של אשכולות כחברה לתועלת הציבור, היא כבדת משקל וראויה לדיון מעמיק – אולם, עוד אני סבור כאמור, כי יש לעשות כן במסגרת הדיונית המתאימה והייעודית לכך בהליכים שבין המשיבה לבין רשם ההקדשות".

וכן הודגש בסיומם של הדברים שם: <sup>61</sup>

"ראיתי להדגיש שחרף התוצאה אליה הגעתי בסופו של הליך, אין בכך כדי לגרוע ולהפחית כהוא זה מתרומתה וחשיבותה של עמדת היועץ המשפטי לממשלה להרחבת יריעת השיקולים הרלוונטיים לא רק להליך הפרטני, אלא למכלול רחב של שיקולים, נתונים, עמדות ואינטרסים שראוי שיעמדו בפני בית המשפט בטרם קבלת הכרעה בתיק. זאת כמובן, במובחן מסוגיית משקלה של העמדה".

לבסוף יצוין, כי הליך התביעה הנגזרת מהווה דוגמא בולטת להליך בו המטרה העליונה והתכלית העיקרית – היא יצירת הרתעה ועיצוב ממשל תאגידי ראוי, בעוד שרכיב הפיצוי הוא אך משני לכך. בתוך כך, לא אחת, הנהנים מן הפיצוי שנפסק אינם בעלי המניות שנפגעו, אלא בעלי מניות חדשים שרכשו את מניות התאגיד, לאחר מעשה. משכך, בהתייחס לתכליות רחבות אלו, נראה כי ככל שמהותה של התובענה ומטרותיה הן רוחביות ומשמעויות יותר בהתייחס לעיצוב כללי ממשל תאגידי תקין, כך גדלה החשיבות שבשמיעת קולו של המאסדר ביחס אליה.

נראה אם כן, כי אין חולק על אודות חשיבות תרומתה של עמדת המאסדר בהליך התביעה הנגזרת. זאת, על מנת שיהיו בפני בית המשפט מכלול השיקולים והנתונים הרלוונטיים, או שעשויים להיות רלוונטיים, לא רק בהליך הספציפי שמונח לפניו. זאת, תוך הכרה במאסדר כמי שעומדים בפניו אינטרסים של צדדים שלישיים, כמו גם אינטרס הציבור בכללותו; וכן כמי שיש בידו הכלים המקצועיים הדרושים כדי לשפוך אור ולטעון לעניין יישומו הראוי של הדין בנסיבות המקרה.

## **5.ב. תביעות אזרחיות**

בבחינת פניית בית המשפט לקבלת עמדת המאסדר, הדברים באים לידי ביטוי ביתר שאת במסגרת תובענות אזרחיות – שבהן, אין כל בסיס חקיקתי לפנייה לקבלת עמדת המאסדר, אף לא באופן מוגבל כפי שישנו בתובענות ייצוגיות. חרף האמור, נראה כי היעדר ההסדר החקיקתי אינו מונע

---

<sup>61</sup> שם, פס' 44.

מבית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר גם בהליכים כגון אלה, ופרקטיקה זו מקובלת אף בהם.

יודגש, כי למרות שבהליך אזרחי "רגיל" לא מתקיים לכאורה אותו חשש מפני פגיעה באינטרס של מי שאינו מיוצג במסגרת ההליך, לא אחת התבקשה עמדת המאסדר במטרה לבאר סוגיה פרשנית או מהותית אחרת. זאת, בעיקר במקרים בהם יישומו של החוק נדרש דרך הבנת אופן יישומו ב-"חיי המעשה", או מקום בו ייתכן כי להליך הספציפי עלולות להיות השלכות רחבות היקף החורגות מהכרעת המחלוקת הפרטנית בין בעלי הדין.<sup>62</sup>

כך למשל נקבע על ידי כב' השופטת ל' ביבי, כדלהלן:<sup>63</sup>

"בהינתן שהועלתה טענה ולפיה לתוצאות המרצת הפתיחה עלולות להיות משמעותיות רוחביות ועקרוניות מרחיקות לכת מעבר לבעלי הדין נשוא התביעה דן, פנה הבנק בבקשה כי בית המשפט יורה לרגולטורים הרלוונטיים ליתן עמדתם בעניינים במחלוקת נשוא המרצת הפתיחה [...] בהחלטה אשר ניתנה על ידי ביום 4/12/18 בבקשה זו, קבעתי כי מבלי להביע עמדה באשר למשקל אשר יינתן לעמדת הרגולטורית, מצאתי להיעתר לבקשה ולהורות לרגולטורים הרלוונטיים להעביר עמדתם בתביעה המונחת להכרעתי".

אותו עניין נדרש בית המשפט להכריע בשאלה האם יש טעם לפגם בסירובו של בנק לקבל כספים לחשבון המתנהל בו, אשר מקורם במסחר במטבעות דיגיטליים. בשים לב להשלכות הרחב המשמעותיות שעשויות היו להיות למקרה פרטני זה על חיי המסחר והבנקים בכללותם – הורה בית המשפט על קבלת עמדת היועץ המשפטי לממשלה, וכן על קבלת עמדת המפקח על הבנקים. במסגרת פסק דינו המפורט, התייחס בית המשפט בהרחבה לעמדת המאסדר ונימוקיה, ובפרט לסקירת הדין הנורמטיבי שחל בנסיבות אותו עניין. את השימוש בפרקטיקה זו ניתן למצוא גם בתיקים נוספים בתחום זה – הן בערכאות הדיוניות,<sup>64</sup> הן בבית המשפט העליון.<sup>65</sup>

בבחינת השימוש אותו עושה בית המשפט בפרקטיקה זו במסגרת הליכים אזרחיים, נראה כי נטיית בית המשפט לעשות כן תהא מקום בו קיים אינטרס ציבורי המצדיק את קבלת עמדת המאסדר, עקב השלכות הרחב שעשויות להיות להכרעה בסכסוך הפרטני בין בעלי הדין; כמו גם מקום בו

<sup>62</sup> ת"א (מחוזי ת"א) 2439-04 דה-קלו נ' בנק לאומי למשכנתאות בע"מ, פס' 8 (06.01.2010); ת"א (מחוזי נצ') 4/10 מקורות מים נ' עיריית טבריה, עמ' 9 (20.08.2015); ת"א (ת"א) 40972-06-11 "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' קו מוצרי דלק בע"מ (23.07.2013); ת"א (מחוזי מרכז) 33949-12-12 מקורות חברת מים בע"מ נ' עיריית אור עקיבא, פס' 22 (04.02.2018); רע"א 7451/19 אסולין נ' דרוש (12.10.2020); רע"א 3527/96 אקסלברד נ' מנהל מס רכוש – אזור חדרה, נב(5) 385 (1998); ע"א 976/06 מרום נ' נציבות מס הכנסה-פקיד שומה באר-שבע, פס' 38 לפסק דינו של כב' השופט גיוראן (06.11.2008) (להלן – עניין מרום); בג"ץ 306/81 שרון נ' ועדת הכנסת, לה(4) 118, פס' 2 לפסק דינו של כב' השופט שמגר (1981); בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' שלמה הלל – יושב-ראש הכנסת, לט(3) 141, פס' 11 של כב' השופט ברק (1985); דנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' עליאן, פס' 24 (09.09.2019); דפנה ברק-ארז, משפט מינהלי, 84 (כרך א, 2010).

<sup>63</sup> ת"א (מחוזי ת"א) 51757-08-18 ערב נ' בנק מרכזית דיסקונט בע"מ, פס' 22 (22.02.2021) (להלן – עניין ערב).  
<sup>64</sup> ראו גם: ת"א (מחוזי ת"א) 262-04-17 טויגה און ליין בע"מ נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ (06.12.2018); ת"א (מחוזי ת"א) 29979-08-14 רינסנס בית ספר בע"מ נ' בנק מסד בע"מ, פס' 23 (02.08.2017); ת"א (מחוזי מרכז) 53025-11-14 VIG VIENNA INSURANCE GROUP נ' רשות ניקוז והנחלים שרון, פס' 13 (13.10.2015).

<sup>65</sup> ע"א 1507/11 בנק מזרחי טפחות בע"מ נ' אלבס, פס' 9-10 (16.01.2014); ע"א 6389/17 ביטס און גולד בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פס' 5 (25.02.2018); ע"א 8389/20 אלשטיין נ' ע"ד רענן קליר ואלון בנימיני בתוקף תפקידם ככונסי נכסים (09.02.2021).

עשויה להיות להכרעה בהליך השפעה על צדדים שלישיים שאינם מיוצגים בו. מסקירת הפסיקה שקיימת לעניין זה עולה, כי בבואו להורות על קבלת עמדה זו, ניתן על ידי בית המשפט דגש וטעם במומחיותו של המאסדר, היכרותו והבנתו את חיי המעשה והשלכות הרוחב – ומעל אלה, להיותו גורם ניטרלי בהליך אשר יכול לסייע לבית המשפט במלאכתו לעשיית משפט צדק.

לעניין זה כאמור, אין ביסוס בדין לביצוע פנייה זו – שכן תקנות סדר הדין האזרחי, כלשונן, אינן מעגנות סמכות כזאת לבית המשפט.

### **3. ב. הליכי הסדר לפי סעיף 350 לחוק החברות**

בחודש ספטמבר 2020, נכנס לתוקפו חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018.<sup>66</sup> יישומו ופרשנותו של החוק על ידי בתי המשפט מצויים אך בראשיתם, וחלק גדול מהתלמים בו טרם נחרשו. מדובר בקודיפיקציה רחבה ומשמעותית, שהשפעותיה חורגות מדלת אמותיו של עולם חדלות הפירעון. יתרה מכך, חלק מן הסוגיות המתעוררות בגדרו, ממוקמות דווקא בקו התפר שבין עולם חדלות הפירעון לבין עולם המשפט הכלכלי (הסולבנטי) – ובפרט, היא סוגיית הליכי הסדר ופשרה הקבועים בסעיף 350 לחוק החברות.<sup>67</sup>

לשונו של סעיף 350 לחוק החברות היא כללית, ובכך מאפשרת גמישות אשר לסוג ההסדרים עליהם יחול הסעיף. בהתאם, אף בטרם נכנס לתוקפו חוק חדלות הפירעון חדש, לאורך השנים פירשה הפסיקה את הסעיף כמסגרת משפטית כללית לביצוע מגוון רחב של הסדרים.<sup>68</sup> עניין זה בא לידי ביטוי גם בדברי ההסבר להצעת חוק החברות (תיקון 17) (הבראת חברות), התשע"א-2011 מיום 17.05.2011, שם הוצעה מסגרת רחבה זו לעניין סעיפים 350-351 לחוק החברות (וזו התקבלה ועוגנה במסגרת תיקון 19 לחוק החברות).

יחד עם זאת, במסגרת חקיקת חוק חדלות פירעון החדש, תוקן סעיף 350 לחוק החברות, כך שנמחק הסימן השני במסגרת הסעיף, שעניינו כאמור הסדרי פשרה שמטרתם הבראת החברה. כמו כן, המסגרת המשפטית לביצוע הסדרים כאמור, הועברה לחוק חדלות פירעון, במסגרת סעיף 320 הקבוע בו. זאת, על מנת לאחד את דיני חדלות פירעון והסדרי החוב תחת חוק אחד.<sup>69</sup> דברים אלה עולים גם מדברי ההסבר להצעת החוק הממשלתית שהתקבלה עם חקיקת חוק חדלות פירעון.<sup>70</sup>

ודוק; עובר לחקיקת חוק חדלות פירעון החדש, הלכה למעשה שימשה האכסניה הקבועה בסעיף 350 לחוק החברות לביצוע הסדרי חוב – הן של חברות סולבנטיות, הן של חברות חדלות פירעון.

<sup>66</sup> חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, תשע"ח-2018 ס"ח 2708 (להלן – **חוק חדלות פירעון החדש**).  
<sup>67</sup> על הממשק וההפרדה בין בית משפט של חדלות פירעון לבין בית המשפט הכלכלי, ראו למשל החלטת בית המשפט העליון בע"א 3284/19 וע"א 3397/19 שיף הזנפרץ נאמנים (2004) בע"מ ורזניק פז נאמנויות בע"מ נ' בר, כצנלסון ואח' (31.01.2021).

<sup>68</sup> ראו למשל: ת"א 12-19-65628 תמדא בע"מ נ' ממונה על חדלות פירעון - מחוז תל אביב ואח', פס' 13 (16.02.2020); פרי"ק 10-08-35560 אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' בעלי מניות בחברה, פס' 23 (07.11.2010); פרי"ק (מחוזי ת"א) 22234-04-15 אלטשולר שחם בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי (02.08.2015); בש"א (ת"א) 4139/01 קבוצת כרמל השקעות בע"מ נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ (25.06.2001).

<sup>69</sup> כך בדברי ההסבר להצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי: "על פי סעיף זה כנוסחו היום כל פשרה או הסדר ייעשו בהתאם להוראות סעיף 350, וזאת בין שמדובר בהסדר חוב ובין שמדובר בפשרה או הסדר אחרים. הצעת החוק מבקשת לפצל בין פשרה או הסדר שעניינה הסדר חוב - אשר תיעשה בהתאם להוראות חלק זה, לבין פשרה או הסדר אחרים - שייעשו בהתאם להוראות סעיף 350 לחוק החברות. שינוי מבני זה נועד לאחד את כל דיני חדלות הפירעון והסדרי החוב תחת חוק אחד."

<sup>70</sup> הצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018, צ"ח הממשלה (מתשס"ג 10/2002) – 1027 (להלן – **הצעת חוק חדלות פירעון**).

מטבע הדברים, חלק ניכר מהסדרי החוב שבוצעו במסגרתו, נגעו לחברות המצויות בקו התפר שבין שני מצבי עולם אלה – וכפי שהוכר מתחם זמן זה אשר לחייה של חברה, "אזור חדלות הפירעון".<sup>71</sup> בהתאם, חלק מהליכים אלה הובאו בפני בית משפט של חדלות פירעון, ואילו חלקם הובאו מלכתחילה בפני בית המשפט הכלכלי.

כפי שעולה מדברי ההסבר להצעת חוק חדלות פירעון החדש, ביקש החוק החדש לייצר הבחנה ברורה בין שני סוגי ההליכים, כתלות במצבה הפיננסי של החברה.<sup>72</sup> אולם, כבר בעת זו ניתן לומר, כי קיימים עוד הליכים המצויים בטווח שבין שני מצבי עולם אלה – ובהתאמה לכך, בטווח שבין שני בתי המשפט: בית משפט של חדלות פירעון ובית המשפט הכלכלי.

כך למשל, במסגרת הליכי ההסדר שננקטו בעניין **מטומי**,<sup>73</sup> התעוררה שאלת מיקומו הגיאומטרי של הליך הסדר ושינוי מבנה חוב של חברה סולבנטית לצורך מיזוג, תוך מתן סעד של מירוק חובות. ההליך כאמור, נפתח בראשיתו כהליך חדלתי בבית משפט של חדלות פירעון, אולם בהתאם להחלטת סה"נ, כב' השופט ח' ברנר<sup>74</sup> – לאחר שהובאו בפניו עמדת כלל המאסדרים הרלוונטיים – הועבר ההליך לדיון כתיק אזרחי בפני בית המשפט הכלכלי.

חרף העברת הדיון לבית המשפט הכלכלי, לא התאיין הצורך בהכרעה בשאלה המקדמית שניצבה גם בפני בית משפט של חדלות פירעון, והיא – האם לאחר כינונו של חוק חדלות פירעון, שערייו של סעיף 350 לחוק החברות עוד פתוחים בפני חברות סולבנטיות; וככל שכן, מהם גבולותיו של סעיף זה. ליבת המחלוקת שהתעוררה בעניין זה, התמצתה בשאלת מירוק החברה מחובותיה לשם ביצוע עסקת המיזוג – ובפרט, שאלת קיצור תקופת ההתיישנות הקבועה בדין עבור חלק מנושי החברה. שאלה זו מהווה, הלכה למעשה, חלק משאלה רחבה יותר – והיא, האם בראי חוק חדלות פירעון החדש והוראותיו, מירוק חובותיה של חברה סולבנטית נשלל מניה וביה ככל שהוא מבוקש במסגרת הסדר לפי סעיפים 350-351 לחוק החברות.

ודוק; סעיף 350 לחוק החברות קובע את סמכותו של בית המשפט להורות על כינוס אסיפות סוג במסגרת הסדר בין החברה לבין נושיה או בעלי מניותיה. בהמשך, קובע סעיף 351 לחוק החברות את סמכותו של בית המשפט לאשר הסדר כאמור בסעיף 350 לחוק החברות, שמטרתו מיזוג. מלשונו הרחבה של החוק עולה, כי לבית משפט הדין בשאלת אישורו של הסדר כאמור – נתון **שיקול דעת רחב**. בתוך כך, עמדה הפסיקה על כך שבעת הפעלת סמכותו של בית המשפט באישור הסדר לפי סעיף 350 לחוק החברות, ראוי בית המשפט שלא לאשרו – ובפרט, כי בעת בחינת הסדר לפי סעיף 350 לחוק החברות יוודא בית המשפט כי "ההסדר אינו פוגע בהגינות מסחרית כלכלית ואינו לוקה בחוסר תום לב".<sup>75</sup>

<sup>71</sup> ע"א 3791/15 סינרגי **כבלים בע"מ נ' חבר**, פס" 8 (19.04.2016).

<sup>72</sup> דברי ההסבר להצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, תשע"ח-2018, עמ' 573.

<sup>73</sup> ת"א 28274-10-20 **מטומי מדיה גרופ בע"מ נ' פרקליטות מחוז תל אביב אזרחי** (17.01.2021) (להלן – עניין מטומי).

<sup>74</sup> ראו: החלטת כב' סה"נ, השופט ברנר בגדרי חדלתי 28274-10-20 **מטומי מדיה נ' כונס הנכסים הרשמי** (08.12.2020).

<sup>75</sup> ראו למשל: ע"א 582/17 **טאהר נ' נשר**, פס" 19 (25.02.2019); **רשות המיסים נ' קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ**, פס" 32 (16.06.2011); **רשות המיסים נ' קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ**, פס" 32 (16.06.2011); ראו גם אבנר

כהן ואלעד עפארי "אישור הסדר נושים – היקף שיקול הדעת של בית המשפט" **ספר שטרסברג-כהן** 385, 389 (א' ברק, י' זמיר, א' כהן, מ' סבוראי, וא' עפארי עורכים, 2017).

השאלה המתעוררת אם כן היא כיצד על בית המשפט לעשות כן? ובפרט, כיצד ביקש המחוקק שיופעל שיקול דעתו של בית המשפט בבחינת "ההגינות המסחרית הכלכלית" של ההסדר. אנו סבורים, כי לצורך בחינה והכרעה בשאלת הגינותו המסחרית של ההסדר, ובשים לב לאותם מקורות סמכות עליהם נעמוד להלן, אשר מקבעים את סמכותו הטבועה של בית המשפט – רשאי בית המשפט לבצע פנייה שכזו – ובנסיבות מסוימות, ייתכן שפנייה זו אף מתחייבת.

כך למשל היה בעניין **מטומי** – כאשר בבחינת שאלת אישור כינוסן של האסיפות לפי סעיף 350 לחוק החברות, נדרש בית המשפט (הן בית משפט של חדלות פירעון, הן בית המשפט הכלכלי) לעמדתם של כלל המאסדרים הרלוונטיים, ובכלל זאת – הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי, הרשות לניירות ערך, הבורסה לניירות ערך וכן רשות המיסים. עמדותיהם של כל אלה, שימשו מסד להנמקת החלטתו של בית המשפט בנדון.<sup>76</sup>

ודוק, חשיבות קבלת עמדתם של המאסדרים בגדר מקרים אלה, עיקרה ביכולתם להציג בפני בית המשפט שיקולים של מדיניות משפטית ראויה, כמו גם מתן דעה מקצועית ומעשית על אודות ההשלכות המעשיות שעשויות להיגזר ממתן סעד כזה או אחר, על חיי המעשה. חשיבות זו הודגשה על ידי בית המשפט בעניין **מטומי**, וכפי שנקבע שם:<sup>77</sup>

"עוד אוסיף, כי איני מתעלם מהחשש הרלוונטי אותו עוררו המאסדרים, לפיו אישור ההסדר המוצע, במסגרתו מבוקש כאמור מירוק חובותיה של חברה סולבנטית – בבחינת שיקולי מדיניות משפטית ראויה – עשוי לעודד פניות דומות ורבות מצד חברות סולבנטיות אחרות – באופן שיהווה שימוש יתר בכלי הקיים בסעיפים 350-351 לחוק החברות, ואף ניצולו לרעה. בהמשך לדבריי לעיל, ככל שיאושר ההסדר במסגרת כינוס האסיפות ותוגש לבית המשפט בקשה לאישורו הסופי, יידונו במידת הצורך התכליות והשיקולים הדרושים, בקשר עם אישור ההסדר גופא".

יתרה מכך, המקרה שהונח לפתחו של בית המשפט הכלכלי בעניין **מטומי** (לאחר דיון בו בבית משפט של חדלות פירעון), מעורר את השאלה האם כאשר פרושות בפני בית המשפט עמדות **מהותיות** של מאסדרים אשר היוו צד פורמאלי להליך הקודם בלבד – יכול שלא להידרש אליהן. בפרט נכונים הדברים, מקום בו קיימת השלכה מהותית (גם אם פוטנציאלית) על זכויותיהם של נושים, וכפי שעולה גם בכל הנוגע להליכים לפי סעיף 303 לחוק החברות, אליהם נדרש להלן.

<sup>76</sup> ראו לעיל עניין **מטומי**, לעיל ה"ש 73. בעניין **מטומי** נעתר בית המשפט לבקשה לכינוס אסיפות נושים, אולם הותר את הסוגיות העקרוניות המתעוררות אגב כך להחליטה בשאלת אישור ההסדר – ככל שזו תובא בפניו. בסופו של יום משכה החברה את בקשתה לאישור הסדר, כך שהגינותו הכלכלית של ההסדר על-ידי בית המשפט לצורך אישורו – לא עמדה למבחן.

<sup>77</sup> ראו לעיל עניין **מטומי**, לעיל ה"ש 73, פס' 30.

#### ב.4. בקשות לפי סעיף 303 לחוק החברות

חלוקת דיבידנד היא האמצעי המרכזי בו החברה מעבירה כספים לבעלי מניותיה, באופן המאפשר לבעלי המניות בחברה ליהנות מ"פירות" השקעתם בה.<sup>78</sup> פעולה זו, מעצם טבעה, מוציאה נכסים מהחברה, ומשכך היא עשויה להוות נקודת קונפליקט בין בעלי המניות בחברה לבין נושיה.<sup>79</sup>

לאור פוטנציאל קיומו של המתח האמור, נקבע בסעיף 302 לחוק החברות כי בבואו של דירקטוריון החברה להורות על חלוקת דיבידנד, עליו לעמוד במבחני החלוקה – מבחן הרווח ומבחן יכולת הפירעון. סעיף 303 לחוק החברות קובע, כי אף במקרים בהם חברה מעוניינת לבצע חלוקה כאמור, אך אינה עומדת במבחן הרווח – ככל שהיא עומדת במבחן יכולת הפירעון, תוכל החברה לעשות כן, בכפוף לאישורו של בית המשפט.

חשיבותה של שאלה זו מתעצמת מקום בו חלוקה כאמור עשויה לפגוע בנושי החברה – ובפרט, כאשר אותה חברה עשויה להיקלע למצב של חדלות פירעון, בסמוך לביצועה. ודוק; בדומה לסוגיות המתעוררות אגב הליכים לפי סעיף 350 לחוק החברות – גם כאן, קו התפר בין שני מצבי העולם מחייב את בית המשפט בנקיטת משנה זהירות באישורן של פעולות הנעשות תחת חסותו.

כך למשל, ביצוע חלוקה לבעלי המניות ערב חדלות פירעונה של חברה – ומקום בו קיים חשש לפירעון חובותיהם של נושיה, עשוי לעלות לכדי העדפת נושים אסורה. בפרט חשובים הדברים נוכח העובדה שזכותם השיורית של בעלי המניות, הופכת רגע אחר חדלות פירעון של חברה, לזכות נדחית – ומעמדם של בעלי המניות נדחק לתחתית שרשרת הנשייה, כנושים נדחים בלבד. מכאן, החשיבות שבביצוע בדיקה קפדנית ומעמיקה של בית המשפט, בטרם אישורן של חלוקות כאמור.

אולם, וכאן העיקר – חרף חשיבותה הדרמטית של קבלת החלטה כאמור, בחינת לשון החוק מעלה כי לבית המשפט לא מעוגנת בדין כל סמכות למנות מומחה מטעמו (במימון הצדדים) או לבקש את עמדתם של מי מהמאסדרים השונים – לצורך קבלת החלטה שקולה וראויה בעניין.

כך, בשונה למשל מסוגית אישור הסדר פשרה במסגרת הליך תובענה ייצוגית, סעיף 303 לחוק החברות אינו כולל יידוע של גורם מאסדר כלשהו אשר יוכל ליתן חוות דעת מקצועית בעניין, ולסייע לבית המשפט בהכרעה בבקשה.

על מנת להבין את חשיבות ומורכבות הדברים, יש לחזור ולהדגיש מהו ההליך הנדרש מחברה המבקשת לבצע חלוקה לפי סעיף 303 לחוק החברות. כך, בעת פנייה לבית המשפט בבקשה לביצוע חלוקה כאמור, נקודת המוצא היא כי החברה המבקשת אינה מקיימת את מבחן הרווח, אך מקיימת, לטענתה, את מבחן יכולת הפירעון. תחת כך, נדרש בית המשפט לבחון ולהכריע על אודות כשרות החלוקה, וזאת על סמך טענות החברה בלבד. בנוסף, עומדים לרשות בית המשפט דוחותיה

<sup>78</sup> תני"ג (כלכלית) 16519-05-19 ברוט נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פס' 14 (12.01.2021); אירית חביב-סגל, דיני חברות, 98 (כרך ב, 2004).

<sup>79</sup> תני"ג (כלכלית) 48081-11-11 רוזנפלד נ' בן דב, פס' 168 (17.03.2013).

הכספיים של החברה (ככל שאלה הוגשו לבית המשפט),<sup>80</sup> וכן טענות הנושים (ככל שלחברה נושים, וככל שאלו הגישו התנגדותם לבקשה).

הקושי הנובע ממצב דברים זה, הוא כפול: ראשית, הוא הניתוח הכלכלי-מקצועי אותו נדרש לבצע בית המשפט – כאשר לכאורה אין לבית המשפט כל סמכות בחוק למנות מומחה מטעמו במימון הצדדים, או לפנות לכל גורם אחר בעניין זה. בתוך כך, נדרש בית המשפט לבחון חוות דעת חשבונאיות ודוחות כספיים מורכבים ביותר, לצד תצהירים המאמתים דוחות אלה. זאת, כאשר לבית המשפט כשלעצמו אין בהכרח את הידע והמיומנות, כמו גם הכלים המקצועיים, לבחינת אותם דוחות כספיים, ומקל וחומר את חוות הדעת של הערכות השווי.

ושנית, הוא כי בחינה זו, כמו גם הכרעה בבקשת החלוקה, נעשית הלכה למעשה, בהעדר הליך אדברסרי לפני בית המשפט – שכן החברה מבקשת החלוקה בלבד, היא צד לבקשה. בתוך כך, אין בפני בית המשפט שני צדדים שבטענותיהם הנוגדות נדרש להכריע בית המשפט, אלא צד אחד הטוען ומבקש הכרעה לפי תיאור נסיבות המקרה, כפי שאלו הובאו על ידו לבית המשפט. על אף הקושי האמור, על פי הפרקטיקה שנהגה, כל עוד לא הוגשה התנגדות כאמור לחלוקה, המאסדר הרלוונטי (בהתאם לנסיבות המקרה וסוג החברה), לא נהג לנקוט עמדה בשאלת החלוקה – ומלאכת הבחינה וההכרעה נותרה בידי בית המשפט בלבד, על יסוד טענות ונימוקי החברה.

אולם, חרף העובדה שהחברה היא לכאורה בעלת הדין היחידה בהליך זה, כרוכים בהכרעה בבקשת אינטרסים גם של נושי החברה ובעלי מניותיה – שאינם מיוצגים בה. בהתאם לזאת, נשאלת השאלה – כיצד ראוי לנהוג במצב זה? ודוק; אין להמעיט בערכן וחשיבותן של בקשות חלוקה כאמור, הכרוכות לא אחת באישור חלוקות אשר יש בהן כדי להשפיע באופן מהותי על כספי משקיעים מן הציבור, ולעיתים בשווי המגיע לכדי מאות מיליוני שקלים. יתרה מכך, בהעדר קיומו של הליך אדברסרי, ובשים לב לאינטרס הברור של החברה המבקשת לאישור החלוקה – שעה שידוע שהיא אינה עומדת במבחן הרווח – דורשים בחינה של הבקשה, על פרטיה ונתונה החשבונאיים, בהקפדה יתרה.

בשים לב לדברים אלו, בחיי המעשה, פותח מנגנון ייחודי לבקשות לפי סעיף 303 לחוק החברות במחלקה הכלכלית, שנועד לספק לבית המשפט את הכלים הנדרשים כדי להכריע בבקשות מסוג זה. מנגנון זה הוא תולדה של הקשיים עליהם עמדנו לעיל, ולדרישות שעלו "מן השטח" שחייבו מתן כלים נוספים בידי בית המשפט הדין בבקשות החלוקה.

כך, לפי המנגנון שפותח, לאחר הגשת הבקשה וטרם דיון בה – מורה בית המשפט על קבלת עמדותיהם של המאסדרים הרלוונטיים, תוך מטרה שאלו יסייעו לו בהערכת יכולתה של החברה לעמוד במבחן יכולת הפירעון – היינו, יסייעו לבית המשפט בניתוח יכולתה הפיננסית של החברה. כן עומד בית המשפט, על הגשת דוחותיה הכספיים של החברה, חוות דעת חשבונאית, וכן על המצאת הבקשה לידי הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי, כמו גם לגורמים הרלוונטיים ברשות המיסים, רשות ניירות ערך ורשם החברות. בנוסף, בית המשפט מורה בהחלטה שיפוטית לכלל

<sup>80</sup> החברה המבקשת לבצע חלוקה לפי סעיף 303 נדרשת להגיש את דוחותיה הכספיים. אולם, יש להדגיש כי דרישה זו היא כלפי נושה מהותי או מובטח של החברה המבקשת, ולא כלפי בית המשפט, כפי שנקבע בתקנה 5 לתקנות אלה. היינו, פרשנות מצמצמת של תקנות החלוקה, יכולה להצביע על כך שהדוחות נועדו לנושי החברה בלבד, ומשכך לא נדרשת החברה להגישם לבית המשפט כלל.

הגורמים המוסמכים הללו, להגיש עמדתם לבית המשפט בהתייחס לחלוקה המבוקשת, ולעיתים אף החברה המבקשת עצמה מגישה התייחסותה לעמדות אלו.<sup>81</sup>

זאת ועוד, בית המשפט אף מסמיך בהחלטתו את הגורמים המוסמכים לחקור כל גורם אשר הגיש חוות דעת או מסמך התומך בבקשה, על מנת לקבל ממנו תשובות והתייחסות לאמור באותם מסמכים. זאת, במטרה לאפשר למאסדרים שעמדתם נדרשת לקבל תמונה עובדתית מלאה ככל הניתן, עובר להגשת עמדתם המנומקת לבית המשפט.

ודוק; עמדת המאסדרים מתבקשת לעניין זה, בפרט ובמיוחד, לשם יישום הוראות החוק בנסיבות המקרה – היינו, עריכת ניתוח כלכלי ומקצועי (כמעייין זרועו הארוכה של בית המשפט) – הצגה לבית המשפט של ניתוח זה, באמצעות ניתוח הדוחות וחוות הדעת המוצגות על ידי החברה המבקשת. היינו – מדובר בהליך בו דרך קבע מספקים מאסדרים שונים לבית המשפט, חוות דעת כגוף מקצועי ואובייקטיבי, האמון, בין היתר, על שמירת האינטרס הציבורי.

עוד יש להדגיש, כפי שמדגיש גם בית המשפט בפסיקותיו הוא, כי אין בעמדת המאסדרים כדי לגרוע משיקול הדעת המלא הנתון לבית המשפט; וחוות דעתם נשקלת כחלק ממכלול השיקולים אליהם נדרש בית המשפט, וכידע מקצועי משלים בלבד. במובן זה, פניית בית המשפט למאסדרים במסגרת הליכים אלה מהווה דוגמה מובהקת לחשיבות קבלת עמדת המאסדר כגורם אובייקטיבי, וכשומר סף האמון, בין היתר, על שמירת האינטרס הציבורי.

---

<sup>81</sup> ראו למשל: ה"פ (כלכלית) 32858-06-20 **אנלייבקס תרפיוטיקס בע"מ** (15.06.2020); ת"א (תל אביב-יפו) 11412-08-21 **דבא מעבדות בע"מ נ' רשם החברות** (05.08.2021), ת"א (ת"א) 13299-01-21 **המכון לחקר האינטרנט בע"מ נ' ממונה על חדלות פירעון מחוז תל אביב** (11.01.2021); ת"א (ת"א) 51075-08-20 **כלל תעשיות ביוטכנולוגיה בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי – מחלקת תאגידים** (30.08.2020).



### ג. מקורות סמכות בית המשפט להורות על מתן עמדת המאסדר

לאחר שעמדנו על קיומה של הפרקטיקה במגוון תחומים וסוגי ההליכים בערכאות הדיוניות השונות, לרבות בבית המשפט העליון, נפנה עתה לשאלה האם עומדת לבית המשפט הסמכות לבצע פנייה שכזאת; ואם כן, מה מקורה.

דרך סקירתם של סעיפי חקיקה שונים, המהווים לטעמנו מקורות אפשריים לביסוסה של סמכות זו, ובאמצעות בחינת השימוש שנעשה בסעיפים אלו בהקשרו של צירוף "ידיד בית המשפט", נבקש בחלק זה לבסס את הטענה כי לבית המשפט אכן קיימת הסמכות להורות על קבלת עמדת המאסדר במסגרת הליך המתנהל לפניו.

כפי שיבואר להלן, לגישתנו המקור העיקרי והבסיסי ביותר המצמיח סמכות זו הוא סמכותו הטבעית של בית המשפט לפעול לשם השגת תוצאה צודקת וראויה במלאכתו לעשיית משפט צדק. מכוח סמכות זו נטען, בשים לב שדיון זה נעשה בגבולות המשפט האזרחי, כי רשאי בית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר בכל הליך הנדון לפניו. במסגרת דיון זה נבקש גם להתמודד עם עמדות סותרות או טענות נגד שהועלו, או עשויות להיות מועלות כנגד הנחת יסוד זו – ונבקש לספק להן מענה, על מנת לבסס את טענתנו באופן ראוי ומלא.

#### ג.1. סמכות דיונית רחבה

בבחינת התייחסותם של בתי המשפט, כמו גם הכתיבה האקדמית, ביחס לסוגיית סמכותו של בית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר, עולים מספר מקורות אפשריים לביסוסה – שהמשותף להם, הוא קיומה של סמכות רחבה של בית המשפט בכלל, ושל הערכאה הדיונית בפרט, בסוגיות הנוגעות לסדרי הדין.

כך בעניין **בירון-ביטון** הודגש על-ידי בית המשפט, כי גם בעת שסוגיית המשקל שיש ליתן לעמדת המאסדר הייתה מונחת על שולחנו של בית המשפט העליון בעניין **זליגמן**, לא היה בכך כדי לגרוע או להטיל דופי כלשהו בשאלת עצם קיומה של סמכות זו – אשר איננה במחלוקת ו-"שרירה וקיימת"<sup>82</sup>.

החלטת בית המשפט העליון בעניין **בירון-ביטון** הסתמכה על סמכותו הרחבה של בית המשפט לנהל את הדיון בצורה יעילה, הוגנת וצודקת. כך נקבע, כי בכל הנוגע להליך הייצוגי מושא הדיון שם, לבית המשפט תפקיד ניהולי משמעותי הנדרש לשם קידום ההליך – ומשכך, יש "לאפשר לו לקדם את הדיון בבקשת האישור לפי מיטב הבנתו וחוכמתו"<sup>83</sup>.

מכאן, שלבית המשפט סמכות רחבה לפעול למען עיקרון הצדק ומכוחו בשלל תחומים ועניינים, וסמכות זו עומדת ביתר שאת בכל הנוגע לסדרי הדין. לעניין זה עיגן המחוקק בדברי חקיקה שונים, את סמכותו של בית המשפט לסטות מסדרי הדין מקום בו הדבר נדרש ונחוץ, ונעמוד עתה על עיקריהם.

<sup>82</sup> עניין **בירון-ביטון**, לעיל ה"ש 16, פס' 6; ההדגשה אינה במקור.

<sup>83</sup> שם, פס' 7.

סעיף 3 לחוק סדר הדין הפלילי קובע, כי "בכל ענין של סדר הדין שאין עליו הוראה בחיקוק, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית צדק".<sup>84</sup> בדומה לכך, נקבע גם לעניין סדרי הדין בהליכים אזרחיים, בתקנה 176(א) לתקנות סדר הדין האזרחי,<sup>85</sup> כי "בית המשפט רשאי לתת בכל עת הוראות לכל עניין שבסדרי הדין וכן לתקן כל פגם או טעות בכל הליך לרבות בעניין שהוכרע לפי תקנה 33(ד) אם ראה לנכון צורך בכך לשם הגשמת מטרת תקנות אלה".<sup>86</sup>

באופן דומה גם נקבעה סמכותו של בית המשפט להורות על תיקונים ושינויים בכתבי טענות הצדדים בכל שלב בדיון מכוח תקנה 46 לתקנות החדשות, הקובעת כדלהלן:<sup>87</sup>

"בית המשפט רשאי בכל עת להורות כי יתוקן כל עניין בכתב טענות או כי יצורף בעל דין או יימחק שמו של בעל דין מכתב התביעה, לשם קיומו של הליך שיפוטי ראוי והוגן, תוך התחשבות, בין השאר, בהתנהלותו של מבקש התיקון, השלב הדיוני שבו מוגשת הבקשה, והמטרה שהתיקון המבוקש צפוי להשיג."

מלשון התקנה עולה, כי לבית המשפט מוקנית סמכות לתקן כתב טענות על דרך של צירוף או מחיקה של בעל דין מההליך "לשם קיומו של הליך שיפוטי ראוי והוגן". רוח תקנה זו תואם את הגישה המרחיבה לגישה האדברסרית "הקלאסית", ולפיה ההליך המשפטי אינו עוסק בצדדים לו בלבד, אלא משפיע גם על קהלים רחבים ונוספים.<sup>88</sup>

סמכותו זו של בית המשפט בדבר ניהול ההליך, למשל באמצעות צירוף או מחיקה של בעלי דין, מהווה מקור נוסף לחיזוק טענתנו בדבר עצם קיומה של סמכותו הטבועה של בית המשפט להורות על צירופם של צדדים נוספים להליך<sup>89</sup> – ובכלל זאת, צירוף עמדתו של המאסדר. בהתאם לדיון שהוצג בחלק הקודם, הנטייה של בית המשפט לעשות כן, תגדל מקום בו יש בהכרעה בהליך שלפניו כדי להשפיע על שחקנים או קהלים נוספים אשר אינם צד לו. קבלת עמדת המאסדר או מתן השתתפות לצד שלישי כ"ידיד בית המשפט" – מאפשרים לבית המשפט לאזן בין הצורך בהגנה על

<sup>84</sup> סעיף 3 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. מפאת קוצר היריעה, כפי שהובהר בראשית דברנו, גבולותיו של מאמר זה מוגבלים לעמדת המאסדר בראי הליכים אזרחיים; אולם, אנו סבורים, כי מקור הסמכות הטבועה והרחבה שעומדת לבית המשפט נלמדת משלל תחומי המשפט, ומשכך מצאנו להתייחס לעניין זה גם להוראות אלו הנוגעות להליך הפלילי.

<sup>85</sup> תקנה 176(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן – **התקנות החדשות**).

<sup>86</sup> יצוין, כי תקנה זו החליפה את תקנה 524 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, אשר קבעה כי "בית המשפט רשאי בכל עת לתקן כל פגם או טעות בכל הליך, וליתן הוראות בדבר הוצאות או בענינים אחרים ככל שייראה לו צורך, וחובה לעשות כל התיקונים הדרושים כדי לברר מה הן באמת השאלות השנויות במחלוקת בין בעלי הדין; והוא הדין לגבי הרשם לענין פגם או טעות בהליך שלפניו".

<sup>87</sup> יצוין, כי ביטוי לסמכות זו נקבע בתקנה 24 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 (להלן – **תקנות סדר הדין האזרחי הישנות**); ראו גם לעניין זה: אורי גורן, **סוגיות בסדר דין אזרחי**, 210 (כרכים א-ב, מהד' 13, 2020) (להלן – **גורן**).

<sup>88</sup> הדיון בין שתי הגישות המתוארות לעיל – הגישה האדברסרית "הקלאסית" והגישה הרואה גם בחשיבותם של קהלים נוספים המושפעים מההליך, חורג מהיקפה של עבודה זו. אולם, כדי לא לצאת חסר ניתן להוסיף, כי הכרה זו בהשפעת ההליך על צדדים נוספים, מובילה להכרה בכך שיש לאפשר לעוד צדדים להשתתף בהליך, בין צדדים שעלולים להיפגע מן ההליך ומעוניינים להצטרף כצד לו; ובין אם צדדים נוספים המייצגים אינטרסים ציבוריים שונים ומבקשים להצטרף להליך, למשל כ"ידיד בית משפט". לעניין זה גם ניתן להרחיב את הדיון בבחינת הגישות הדולגות בעיקרון ההשתתפות למול הגישות הדולגות בעיקרון ייצוג האינטרסים. ראו לעניין זה: יששכר רוזן-צבי, **ההליך האזרחי**, 103-101 (2015).

<sup>89</sup> לדיון נרחב בשאלת סמכותו של בית המשפט לצרף צדדים נוספים להליך ראו: **צירוף צדדים זרים להליך המשפטי**, לעיל ה"ש 6, עמ' 217-218.

אותם צדדים שלישיים, ולמצער מתן במה להשמעת קולם, מחד גיסא; לבין שמירת אופיו של ההליך האדברסרי, תוך הותרת מוקד המחלוקת בין הצדדים להליך.

תקנות סדר הדין החדשות אף עיגנו עיקרון זה במסגרת עקרונות היסוד הקבועים בחלק א' לתקנות החדשות, ושם נקבע:<sup>90</sup>

”מטרות תקנות סדר הדין האזרחי הן לקבוע סדר דין לניהול ההליכים האזרחיים בבית המשפט, ליצור ודאות דיונית, למנוע שרירותיות ולהגשים את העקרונות החוקתיים העומדים ביסודו של הליך שיפוטי ראוי והוגן, כדי להשיג תוצאה נכונה ופתרון צודק של הסכסוך.”

כך גם על פי דברי ההסבר לתקנות החדשות, נועד עיקרון יסוד זה להוות ”מורה דרך מכוון לבתי המשפט ולצדדים” כל עת שתתעורר שאלה שאין לה מענה מפורש בתקנות סדר הדין או בתקנות סדרי דין מיוחדים אחרים.<sup>91</sup> בהמשך לדברים אלו הוסבר גם, כי על בית המשפט להיות פעיל יותר, ליזום ולקדם את התנהלותו של הליך ראוי והוגן.<sup>92</sup> ועוד נכתב בדברי ההסבר, כי ”תכליתן של התקנות היא, אפוא, לסייע בידי בית המשפט לנהל את המשפט תוך קיום הליך שיפוטי ראוי והוגן, שיאפשר הגעה לתוצאה נכונה וצודקת תוך יעילות מרבית.”<sup>93</sup>

מכל אלה עולה, כי בכל הנוגע לסדרי הדין וגמישותם – ישנה הסכמה כי לבית המשפט קיימת סמכות רחבה לפעול, כדי לנהל את ההליך באופן יעיל וצודק. לכך יש להוסיף, כי גם מקום בו אין בנמצא הוראת חיקוק ספציפית אשר לעניין שבסדרי הדין, שלעמדת בית המשפט יש לבצעו, עומדת לבית המשפט הסמכות לפעול באופן שיאפשר את ניהול ההליך באופן המיטבי.<sup>94</sup>

הדיון על אודות סמכות רחבה זו של בית המשפט, חורג מהחלטותיו של בית המשפט בלבד.<sup>95</sup> כך למשל, נכתב על-ידי המלומדים קלמנט וקפליוק ברוח אותם דברים, כי סמכותו של בית המשפט לסטות מסדרי הדין אומנם קבועה בתקנות, אולם היא קמה גם מכוח **סמכותו הטבעה** של בית המשפט. זאת, בין היתר, על-מנת שיהיה בידו לברר מה הן באמת אותן שאלות השנויות במחלוקת.<sup>96</sup>

מזווית אחרת, ניתן לשייך את אותה סמכות רחבה, או ”סמכות טבעה” של בית המשפט, להוראותיו של סעיף 75 לחוק בתי המשפט, הקובע כדלהלן:<sup>97</sup>

”כל בית משפט הדין בענין **אזרחי** מוסמך לתת פסק דין הצהרתי, **צועשה**, צו לא-תעשה, צו ביצוע בעין וכל סעד אחר, ככל שיראה לנכון בנסיבות שלפניו.”

<sup>90</sup> תקנה 1 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע”ח-2018.

<sup>91</sup> דברי ההסבר להצעת התקנות החדשות, עמ’ 5 (16.12.2020).

<sup>92</sup> שם.

<sup>93</sup> דברי ההסבר לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע”ט-2018.

<sup>94</sup> ראו למשל: ע”א 4810/15 מדינת ישראל - משרד הפנים נ’ י.ח.מ. השקעות ונכסים בע”מ, פס’ 5 (11.08.2015).

<sup>95</sup> ראו למשל: ע”א 8234/08 מנהל הרשות הממשלתית למים וביוב נ’ תדיר-גן (מתכת), פס’ 18 לפס’ דינה של כבי הנשיאה חיות (02.12.2010); ראו גם לעניין זה: קובי ורדי, ”השפעת שיקולי צדק ויושר על ההליך השיפוטי האזרחי” **המשפט ספר עדי אזור ז”ל** (תשס”ז).

<sup>96</sup> אלון קלמנט, דפנה קפליוק, ”חוזים דיוניים” עיוני משפט לג (2010).

<sup>97</sup> סעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ”ד-1984.

ודוק; סעיף זה "סומן" בפסיקה כמקור סמכותו הטבועה של בית המשפט, וזאת כחריג ל"כלל החוקיות". כב' השופט א' גרוניס עמד על כך וקבע לעניין זה, כי "סמכות טבועה היא סמכות הנתונה לבית המשפט גם בהיעדר הסמכה בחוק. בכך היא מהווה חריג לכלל לפיו אין לה לרשות – ובית המשפט בכלל רשות לעניין זה – אלא מה שנתן בידה החוק".<sup>98</sup>

בשים לב לגבולותיה של סמכות זו, ובהתייחס לחשיבות השפעתו של ההליך השיפוטי גם על הקהלים שאינם צד לו, קבע בית המשפט העליון בעניין קוזלי, כי "מצווה בית המשפט הן בסכסוך ליתן דעתו – במקרים המתאימים לכך – גם להיבטים כוללניים יותר של הסכסוך שבפניו".<sup>99</sup> בעניין זה פירט כב' השופט א' ברק על הרחבת זכות העמידה ועל סמכותו הרחבה של בית המשפט לצרף צדדים להליך מכוח תקנה 46 לתקנות סדר הדין האזרחי.<sup>100</sup> זאת, במטרה "לתת ביטוי לאותם הגורמים המייצגים והמומחים, שיש להם עניין בנושא הדיון ויש בידיהם, בה בעת, לסייע לבית המשפט בגיבוש עמדה והלכה המשקפות נאמנה את מגוון המצבים והבעיות שבסוגיה שבפניו".<sup>101</sup>

סיכומם של דברים, אנו סבורים כי עקרון העל בדבר עשיית צדק, שאיפה לצדק וחתימה אליו – הוא מקור הסמכות על יסודו מוסמך בית המשפט להשלים חוסרים בסדרי הדין, מקום בו מצא שהדבר נדרש כדי להגיע לתוצאה צודקת באותו עניין שלפניו. שיקול דעת הרחב שעומד לבית המשפט לצורך הגשמת מטרת על זו, כפי שגם עולה מהנמקותיו של בית המשפט בעניין קוזלי ובעניין בירון-ביטון – היא שעומדת, לשיטתנו, ביסוד הנוהג להורות על קבלת עמדת המאסדר.

## **2.ג. סמכות בית המשפט – מוסד "ידיד בית משפט" (Amicus Curiae)**

המוסד של "ידיד בית המשפט" נועד לאפשר לבית המשפט להסתייע בבירורה של סוגיה מסוימת, במי שאינו צד ישיר לסכסוך הנדון לפניו. צירופו של צד להליך כ"ידיד בית משפט", מאפשר לו לקחת חלק פעיל בהליך, תוך מטרה לסייע לבית המשפט בפרישת מלוא השיקולים ומכלול ההשפעות, טרם הכרעתו בסוגיה מסוימת. לא אחת, מדובר בצירופם של ארגונים או בעלי אינטרסים משותפים, אשר עשויים להיות מושפעים מהשלכות הרחב של החלטה שתיתן באותו הליך קונקרטי. בראשית דרכו, נתפס מוסד זה כ"אובייקטיבי"; אולם כיום, מקובל לצרף באמצעותו דווקא גופים או ארגונים המייצגים בגלוי אינטרס מסוים. כך גם מקובל, צירופו של מי שהוא בעל מומחיות נדרשת לעניין נושא ההליך, וכי ראוי ונכון שבית המשפט ישמע עמדתו בטרם מתן החלטה בסכסוך שלפניו – כל שכן כאשר מדובר בסוגיה מכרעת או תקדימית. למותר לציין כי בית המשפט ער במקרים אלה לאינטרס המיוצג על-ידי אותו צד, כמו גם לגבולות מומחיותו בעניין.

בשים לב לתכליתו של מוסד "ידיד בית המשפט", הרי שיש דמיון רב בין פניית בית המשפט לקבלת עמדת המאסדר בנושאים שונים, שהמאסדר אינו צד להם, לבין קבלת עמדתו של "ידיד בית משפט".<sup>102</sup> בהתאם לכך אנו טוענים, כי ככל שמוסכם ומקובל שלבית המשפט סמכות לקבל את

<sup>98</sup> רע"א 4990/05 ממנ נ' עיריית הרצליה (07.10.2009).

<sup>99</sup> עניין קוזלי, לעיל ה"ש 4, פס" 44.

<sup>100</sup> יצוין, כי תקנה 24 לתקנות הישנות הוחלפה בתקנה 46 לתקנות החדשות, הקובעת כדלהלן: "בית המשפט רשאי בכל עת להורות כי יתוקן כל עניין בכתב טענות או כי יצורף בעל דין או יימחק שמו של בעל דין מכתב התביעה, לשם קיומו של הליך שיפוטי ראוי והוגן, תוך התחשבות, בין השאר, בהתנהלותו של מבקש התיקון, השלב הדיוני שבו מוגשת הבקשה, והמטרה שהתיקון המבוקש צפוי להשיג."

<sup>101</sup> שם.

<sup>102</sup> לעניין זה יש להדגיש, כי לא מקובל לראות במאסדרים בישראל כ"ידידי בית משפט" – למרות שלא נראה שיש מניעה להכללתם תחת הגדרה זו. זאת, בשונה מהדין החל במדינות המשפט המשווה.

עמדתו של "ידיד בית המשפט", אזי נלמדת מכך גם סמכותו של בית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר.

וידוגש, ערים אנו לכך שאין מדובר בפרקטיקות זהות. כך, ובפרט, הוא בכל הנוגע לשאלת היוזמה בצירוף אותה עמדה – היינו, האם בית המשפט מורה על קבלת העמדה, או האם בית המשפט נענה לבקשת צד להצטרף כ"ידיד בית משפט". אולם לצד הבחנה זו, אנו סבורים, כי מן המשותף להם ניתן ללמוד על מקורות הסמכות, הרציונאליים והחשיבות בצירוף של צדדים שלישיים להליך, בו הם אינם מעורבים.

כב' הנשיא (כתוארו אז) ברק קבע בנושא זה, כי למרות שמוסד "ידיד בית המשפט" לא מוסדר בחקיקה הישראלית, ניתן למצוא בחקיקה מספר גופים שונים להם המחוקק מצא לנכון להעניק את יכולת ההצטרפות להליכים שונים כמייצגים של האינטרס הציבורי וכמומחים בתחום, כדלהלן: <sup>103</sup>

"מוסד ה-*Amicus Curiae*, ככזה, אינו מוכר בחוק החרות הישראלי (השוו: 28 U.S.C., Rule 37). בה בעת, ניתן למצוא בחקיקה שורה של מוסדות וגופים שניתן להם מעמד מיוחד כצד להליך, גם בהליכים שבהם אין הם מעורבים ישירות. הבולט שבהם הוא היועץ המשפטי לממשלה, אשר מופקד מתוקף תפקידו על האינטרס הציבורי ועל-כן, הוסמך להצטרף לכל הליך כנציג המדינה ובלבד שמעורבים בו זכות ציבורית או עניין ציבורי (ראו: סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]). הסמכה זו של היועץ המשפטי לממשלה, כמייצג האינטרס הציבורי, מצויה גם בשורה של הוראות חוק ספציפיות (ראו: סעיף 153 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965; סעיף 69 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962). לצד היועץ המשפטי לממשלה, ניתן למצוא גופים ו"ידידים" נוספים של בית המשפט. כך, למשל, מעמדה של הרשות לניירות ערך מכוח סעיף 35טו לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968; מעמדה של הרשות להגנת הצרכן והמועצה הישראלית לצרכנות מכוח סעיף 16(א) לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982 ותקנה 3 לתקנות החוזים האחידים, תשמ"ג-1983. מעמד דומה ניתן לארגון העוסק בזכויותיו של מי שאסור להפלותו, זאת מכוח סעיף 13 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988."

וידוגש, כי בעניין קוזלי קבע כב' הנשיא (כתוארו אז) א' ברק, כי הרשימה של "ידידי בית המשפט" אינה מוגבלת לגופים הקבועים בחקיקה, אלא כי ככלל, יש לאפשר לבית המשפט לפנות לגופים שאינם נוגעים לסכסוך הפרטני בין בעלי הדין. זאת, מתוך חובתו של בית המשפט "ליתן דעתו – במקרים המתאימים לכך – גם להיבטים כוללניים יותר של הסכסוך שבפניו".<sup>104</sup> בהתאם לדברים

<sup>103</sup> עניין קוזלי, לעיל ה"ש 4, פס' 43.  
<sup>104</sup> שם, פס' 44.

אלו נקבע אותו עניין, כי "הסמכות לצירופו של גוף או אדם כידיד בית המשפט" קיימת באופן עקרוני<sup>105</sup>. כן ראוי להדגיש, כי כלל הגופים שהוזכרו אותו עניין – הם מאסדרים.

על סמכות בית המשפט להורות על צירופו של "ידיד" שכזה, ביקש כב' הנשיא (כתוארו אז) א' ברק ללמוד מתקנה 24 לתקנות סדר הדין האזרחי הישנות; ומהרחבת זכות העמידה על ידי בית המשפט העליון ויצירת מעמד "העותר הציבורי"<sup>106</sup> – היינו, מדוגמאות לסמכותו הטבועה של בית המשפט להתחשב בשיקולים החורגים מהסכסוך הפרטני המונח לפניו, וזאת במטרה להגיע לתוצאה נכונה וצודקת בנסיבות העניין, תוך בחינת מכלול השיקולים.

היותו של מוסד "ידיד בית המשפט" כלי המאפשר לבית המשפט להיחשף לאינטרסים של קבוצות שונות המושפעות מההליך ואינן צד לו, מהווה למעשה, לגישתנו, נקודת השוני המרכזית בין מוסד "ידיד בית המשפט" לבין קבלת עמדת המאסדר. כך, בעוד שמאסדר מצורף להליך כגוף האמון על ייצוגו של האינטרס הציבורי; "ידיד בית משפט" מצורף ככלל כמי שהוא בעל אינטרס מובהק וגלוי דווקא – ושהוא אינו בהכרח האינטרס הציבורי בכללותו.<sup>107</sup>

בהמשך לדברים אלו ניתן לטעון, על משקל קל וחומר, כי מהלכת קוזלי, כמו גם מן הפרקטיקה המקובלת בדבר קבלת בקשות לצירוף "ידיד בית משפט"<sup>108</sup>, יש כדי ללמד על אודות ההבנה של בתי המשפט בדבר חשיבות צירופם של צדדים שלישיים לצורך קבלת תמונה רחבה ככל הניתן בעניין שלפניהם. בתוך כך, אם נכונים בתי המשפט לעשות כן מקום בו מדובר בגוף בעל אינטרס אישי מובהק, הרי שבוודאי נכון וראוי לעשות כן מקום בו עמדה זו מובאת על ידי מי שאמון ככלל על שמירת האינטרס הציבורי בכללותו.

במובן זה מהווה פסק הדין בעניין **בן עמי** דוגמה לקרבה בין שני מוסדות אלה, ובפרט – לשיקולים המשותפים המנחים את בית המשפט בהכרעה בעניינים אלה. עוד נלמד מפסק דין זה, כיצד יכול מוסד "ידיד בית המשפט", לשמש מקור לסמכות בית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר, וכך נקבע לעניין זה שם:<sup>109</sup>

"שמירת ענייניו של ציבור המשקיעים בניירות ערך' מקנה לרשות ידע רחב ומעורבות אינטימית בהתנהלות החברות הציבוריות בישראל. במ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל פ"ד נג, (1999) 529, 553 (1) התייחס כב' הנשיא א' ברק למוסד "ידיד בית משפט". מצאתי לנכון להביא מדבריו, על אף שבעניינינו הרשות הוזמנה על ידי בית המשפט להשתתף בהליך – לא כצד להליכים, אלא כמי שהתבקש להביע עמדה מייעצת לבית המשפט בשלב מאוחר בהליך – דהיינו, לאחר שהסכם

<sup>105</sup> שם, פס' 45.

<sup>106</sup> שם.

<sup>107</sup> ישראל דורון, מנאל תותרי גובראן, "לידתו והתפתחותו של "ידיד בית משפט" ישראלי" **עלי משפט** כרך ה' (תשס"ו). במאמרם מסבירים הם בין היתר, כי לאור התפתחותו של המגזר השלישי – ארגוני זכויות אזרח וארגוני קבוצות מוחלשות, מתן אפשרות לגופים אלה להצטרף להליכים או להביע את עמדתם בהם באמצעות מוסד "ידיד בית המשפט", מאפשרת את השתתפותם של גופים אלה המייצגים קבוצות אינטרסים נוספות, שפעמים רבות מושפעות מההליכים המתנהלים לפני בית המשפט, אך אינן צד להם.

<sup>108</sup> ראו לעניין מחקר אמפירי בנושא זה המבקש לבחון, בין היתר, כמה בקשות לצירוף "ידיד בית משפט" אושרו בעשור מאז הלכת קוזלי: ישראל (איסי) דורון, מנאל תותרי גובראן, גיא אנוש, טל רגב, "עשור ל"ידיד בית המשפט": ניתוח אמפירי של החלטות בתי המשפט" **עיוני משפט** לד (2011).

<sup>109</sup> עניין **בן עמי**, לעיל ה"ש 21, פס' 59-60.

הפשרה בין הצדדים כבר גובש. כך, דומה המעמד שביקשתי להעניק לרשות בעניינינו, לזה שהוענק במקורו לידידי בית המשפט – הצגת עמדה ניטרלית, תוך סיוע אובייקטיבי לבית המשפט.”

ודוק, אותו עניין נדרש בית המשפט לעמדת המאסדר בקשר עם אישורה של פשרה במסגרת הליך של תביעה נגזרת. עמדתו של המאסדר שם התבקשה תחת היותו גוף חיצוני וניטרלי להליך, ובפרט לאור אחריותו ומקצועיותו בתחום זה – רשות ניירות ערך בתחום התובענות הנגזרות. אומנם, בית המשפט קבע בפסק הדין כי אין זהות מלאה בין קבלת עמדת מאסדר לבין צירוף צד להליך באופן מלא כ”ידיד בית משפט”; אולם כן נקבע על ידו שם, כי מטרת הפנייה – קבלת “עמדה ניטרלית, תוך סיוע אובייקטיבי לבית המשפט”, מהווה למעשה מתן מעמד למאסדר הדומה למעמד שהוענק במקורו ל”ידיד בית המשפט”.<sup>110</sup>

לפני סיום חלק זה נוסף, כי סוגייה נוספת המתעוררת בהקשר זה – היא, האם מכוח אותן תכליות, מוסמך בית המשפט להורות גם לגוף **שאינו מאסדר** להגיש את עמדתו במסגרת הליך הנידון לפניו. הדיון בסוגיה זו חורג מגבולותיו של מאמר זה, אולם כן נציין כי קיימת הבחנה בין שני מקרים אלו. כך, בשונה מהמאסדר, לו עומדות חזקות המקצועיות והאובייקטיביות כגוף האמון על שמירת האינטרס הציבורי, במקרים של גופים פרטיים חזקות אלה אינן עומדות עוד. משכך, אנו סבורים כי אף לו ניתן לבסס על האמור מקור סמכות גם לביצוע פנייה מסוג זה – הרי שהשימוש בכלי זה צריך שיעשה בזהירות יתרה, באופן ביקורתי ובמשורה בלבד.

### **3.ג. עמדות נוגדות – היעדר סמכות לבית המשפט**

#### **ג.3.א. ליועץ המשפטי לממשלה סמכות בלעדית לייצוג האינטרס הציבורי**

עמדה נוספת לעניין שאלת סמכותו של בית המשפט, עלתה בעניין **לאומי קארד**.<sup>111</sup> בהקשר זה נטען על-ידי המערער שם, כי מקום בו המדינה או מי מרשויותיה אינם צד להליך, היועץ המשפטי לממשלה הוא הגורם השלטוני האמון באופן בלעדי על ייצוג האינטרס הציבורי בערכאות. משכך נטען, כי ככל שבית המשפט מורה על קבלת עמדתו של מאסדר זה או אחר, הרי שיש בכך כדי לעקוף את סמכות היועץ המשפטי לממשלה – ומשכך, יש לבצע פנייה כאמור באמצעות היועץ המשפטי לממשלה בלבד. חרף העובדה שבית המשפט מצא שלא להכריע בטענות הצדדים בנסיבות העניין שם, אנו סבורים כי ראוי להביאן כאן, לשם השלמת הדיון בסוגיה זו.

הטענה המרכזית שעלתה בעניין **לאומי קארד** היא, כי לדיני הפרוצדורה חשיבות רבה בבחינת הדיון החל, כמו גם בבחינת הזכויות המהותיות של הצדדים להליך.<sup>112</sup> משכך נטען, כי סמכותו של בית המשפט בעניין זה מוגבלת, ואין להרחיבה ללא ביסוס חקיקתי. עמדה זו נשענת על שני אדנים מרכזיים: **הראשון**, הוא שסמכות בית המשפט לא הוסדרה בדיון, ויש לדחות ניסיון להרחיבה ללא

<sup>110</sup> בשולי הדברים ניתן להוסיף, כי עמדת רשות ניירות ערך לא התקבלה באותו עניין, אולם בית המשפט נדרש לה בהרחבה ולכן עולה בבירור מפסק הדין, כי קבלת העמדה סייעה לבית המשפט בקבלת תמונה רחבה וברורה יותר טרם הכריע במחלוקת שלפניו.

<sup>111</sup> רע”א 1534-16 בר-אור נ’ **לאומי קארד בע”מ** (14.4.2016) (להלן – **עניין לאומי קארד**); ראו בקשת רשות הערער שהוגשה בעניין זה ביום 24.02.2016.

<sup>112</sup> לעניין זה מפנה המבקש למאמרו של המלומד רוזן-צבי: יששכר רוזן-צבי, “פרוצדורה ומהות: חשיבה מחודשת על סטגוריות ישנות” **משפט, חברה ותרבות פרוצדורות** (2014).

האסדרה הנדרשת; **והשני**, הוא שיש מקום לערער את הנחת היסוד לפיה המאסדר הוא מייצג של האינטרס הציבורי.

הטענה לפיה אין לו לבית המשפט סמכות קבועה בדין להורות על קבלת עמדת המאסדר, נדונה ונענתה על-ידינו בהרחבה במסגרת הפרק הקודם. כפי שפורט שם, ככל שאכן קיים חוסר חקיקתי שכזה, הרי שלבית המשפט סמכות להשלימו לצורך קיום הדיון באופן יעיל וצודק ולשם הגשמת עקרון העל בדבר עשיית צדק. גישה זו כאמור, קיבלה ביטוייה במספר רב של דברי חקיקה, שעל עיקריהם עמדנו לעיל.

סמכות היועץ המשפטי לממשלה להודיע על התייצבותו להליך מכוח פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) מהווה סמכות מקבילה לסמכות בית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר. זאת, כיוון שבעת פנייה מכוח הוראה זו, **מבקש** בית המשפט מהיועץ המשפטי לממשלה להגיש עמדתו, אך הוא אינו **מורה** לו לעשות כן.<sup>113</sup> בשים לב לכך, לעמדתנו, מדובר במקור חקיקה נוסף ממנו ניתן ללמוד על חשיבות שמיעת עמדתם של גורמים החיצוניים לסכסוך הפרטני שלפני בית המשפט – ומכאן, כי דבר חקיקה זה מחזק את טענתנו בדבר קיומה של סמכות לבית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר (כפי שאכן נעשה בעניין **קוזלי**).

עוד ניתן להוסיף, כי מקום בו הודיע היועץ המשפטי לממשלה על הצטרפותו להליך, ובמסגרת עמדתו קיבלה ביטוי גם עמדת המאסדר הרלוונטי, מתייחר מטבע הדברים הצורך בפנייה יזומה מטעם בית המשפט. אולם, אין ללמוד מכך, כי מקום בו היועץ המשפטי לממשלה לא עשה כן, אזי אין בית המשפט מוסמך ליתן הוראות מתאימות שתכליתן להרחיב את היריעה הפרושה לפניו, במטרה להגיע לתוצאה צודקת יותר.

אשר לטענה לפיה אין לראות במאסדר כגוף אובייקטיבי ומקצועי, כפי שעולה מהתייחסותנו לעיל – נומק בפסיקה מדוע, כדרך הכלל, אין בהנחה זו כדי לשלול את קבלת העמדה. אך נוסף על כך, גם מקום בו תישלל חזקת האובייקטיביות כאמור, לגישתנו, אין בכך כדי לגרוע ממסקנותינו בדבר חשיבות שמיעת קולו של המאסדר, אף בנסיבות כגון דא. ודוק; כפי שעולה מן הפסיקה הענפה, שחלקה הובא כאן – מושכל יסוד הוא כי אין בית המשפט צועד כעיוור אחר המאסדר, גם בהליכים בהם הוגשה עמדתו. כך גם הצדדים עצמם, מהווים למעשה מנגנון בקרה נוסף ביחס לסבירותה ותקינותה של העמדה המוגשת. ומכאן, כי גם מקום בו מצא בית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר – מאליו מובן כי אין בכך כדי להחליף את שיקול דעתו או את הפררוגטיבה ההכרעתית העומדים לבית המשפט, ואך לו.<sup>114</sup>

בהתאם לכך, לעמדתנו, סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה להתייצב להליך, ובכלל זאת להביא גם את עמדת המאסדר הרלוונטי – אינה מחליפה ואינה גורעת מסמכותו של בית המשפט לעשות כן, מיוזמתו.

<sup>113</sup> רע"א 7085/19 הר פז נ' **נגב קרמיקה שיווק (1982) בע"מ** (11.01.2021); ע"א 4810/15 **מדינת ישראל - משרד הפנים** נ' **י.י.ח.מ. השקעות ונכסים בע"מ**, פס' 6 (11.08.2015); דני"א 6298/15 **הוועדה המקומית לתכנון ובניה פתח תקוה** נ' **דיבון**, פס' 16 (29.06.2017). עמדה דומה גם הובעה בערכאות הדיוניות: רע"א (מחוזי חי"י) 65044-03-17 **חיפה כימיקלים בע"מ נ' בתי זקוק לנפט בע"מ**, פס' 24-22 (05.06.2017).  
<sup>114</sup> ראו למשל את פסיקת בית המשפט בעניין **בירון-ביטון**: עניין **בירון-ביטון**, לעיל הי"ש 16, פס' 6; עע"מ 8814/17 דן נ' **עיריית תל אביב-יפו**, פס' 38 (26.05.2019); בג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728, 742-746 (1999).



### ג.3.ב. בחינת הגדרת "רשות ציבורית" בחוק תובענות ייצוגיות כרשימה סגורה

חוק תובענות ייצוגיות מקנה לבית המשפט סמכות להורות ל"רשות ציבורית" להשתתף בדיונים, להתנגד להסדר פשרה ואף להגיש תובענה ייצוגית. אולם, "רשות ציבורית" מוגדרת בתוספת הראשונה לחוק תובענות ייצוגיות באופן שכולל רק את נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות; הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים ונציבות שוויון הזדמנויות בעבודה.

בהתאם לכך יכולה להישמע הטענה, לפיה מן ה-"כך" יש ללמוד על ה-"לאו" – היינו, כי מדובר בהסדר שלילי, במסגרתו שלל המחוקק מבית המשפט את הסמכות להורות לגופים אחרים זולת אלו, לפעול במסגרת ההליך הייצוגי. לגישתנו, לא כך הוא.

כך, על פי לשון החוק, תכליתו של סעיף 15 לחוק תובענות ייצוגיות היא לאפשר את "ניהולה היעיל וההוגן של התובענה הייצוגית; וכן, לעניין חבר קבוצה – לשם הגנה על ענינו של אותו חבר קבוצה; ולעניין רשות ציבורית או ארגון – לשם הגנה על ענינם של חברי הקבוצה". בהתאם לכך אנו סבורים, כי לשון החוק ותכליתו מהווים תימוכין לביסוס סמכותו של בית המשפט לפנות למאסדר, בתור אחד מאותם גופים שתפקידם להגן על האינטרס הציבורי.

בדברי ההסבר להצעת החוק, ניתנה התייחסות לכך שרשות ניירות ערך והרשות להגבלים עסקיים לא נכללו בהגדרת "רשות ציבורית", וזאת בשים להערה, כי "האם ראוי שתפקידה של רשות פיקוח יכול גם הגשת תובענות ייצוגיות תידון בהמשך הליכי חקיקה. ראה סעיף 1 לתזכיר".<sup>115</sup>

בהתייחס לדברים אלו יודגש, כי בתזכיר נכללו גופים נוספים להגדרת "רשות ציבורית", והם: הממונה על הגנת הצרכן; המפקח על הביטוח; המפקח על הבנקים; הרשות להגבלים עסקיים; הממונה על שוק ההון; רשם מאגרי מידע; נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות; הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים; הרשות לניירות ערך.<sup>116</sup> הסיבה להכללת הגופים הללו, כפי שזו פורטה בתזכיר, היא כי גופים אלו "אמונים על שמירה על אינטרס הציבור ופיקוח על תחומים מסוימים בשוק".<sup>117</sup>

לכן, מעבר לקשיים הפרשניים הלא מבוטלים שכרוכים בהסקת ה"לאו" מן ה"הן" – ובפרט כאשר עסקינן בחוקים שונים, הרי שגם תכלית הסעיף בהתאם לדברי ההסבר להצעת החוק ובהתאם לתזכיר – היא לאפשר את ניהולה היעיל וההוגן של התובענה הייצוגית ולהגן על ענינם של חברי הקבוצה. זאת, על בסיס נקודת המוצא לפיה הגופים המפורטים לעיל הם שאמונים על האינטרס הציבורי – ולכן, יהיה בקבלת עמדתם כדי לסייע בהגנתו. בהתאם לכך אנו סבורים, כי קבלת עמדת הגופים הללו, ככל שמצא בית המשפט כי הדבר נדרש לשם הגנת האינטרס הציבורי והגעה לתוצאה צודקת, הולמת את תכלית הסעיף.

בהתאם לכך, אף מבלי להידרש לפרשנות המרחיבה יותר לפיה סעיף 15 לחוק תובענות ייצוגיות מאפשר, כשלעצמו, להורות על קבלת עמדת מאסדר באופן שאינו מוגבל בהגדרות התוספת

<sup>115</sup> הצעת חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006, עמ' 233.  
<sup>116</sup> תזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, עמ' 11.  
<sup>117</sup> שם.

הראשונה לחוק זה<sup>118</sup> – הרי שנראה, כי לצורך הגשמת התכליות העומדות בבסיס הוראות הדין, ראוי כי בית המשפט ישמע עמדות של גופים נוספים אשר אמונים על שמירת האינטרס הציבורי, במטרה להעניק פרשנות רחבה ככל הניתן ללשונו. יתרה מכך, בחינת דברי הסבר מלמדת, כי צמצום רשימת הגופים המנויים נובעת מהחשש מפני הגשת תובענות ייצוגיות על ידי גופים מפקחים, וכלל לא מתוך תכלית לצמצום מעורבותם. משכך, נראה שקבלת סיוע מגופים אלו הולמת את תכלית הסעיף ואינה סותרת את לשונו – שכן, עסקינן בקבלת עמדת המאסדר ולא בצירופו. כן יודגש, כי ממילא הפנייה למאסדר נעשית כאמור מכוח סמכותו הטבועה של בית המשפט ולא מכוח סעיף 15 לחוק תובענות ייצוגיות.<sup>119</sup>

### ג.3.ג. סמכות בית המשפט להורות על זימון עד

לצורך השלמת הדיון, מצאנו בשוליו להתייחס גם לדעה מקובלת נוספת בספרות הקיימת, לפיה מקור סמכותו של בית המשפט להורות על הגשת עמדת המאסדר נלמדת גם מדיני הראיות. לצד זאת נסביר מדוע לגישתנו, אין די בעמדה זו לבדה כדי ליתן מענה הולם ושלם לשאלת הסמכות מושא מאמר זה.

מקורה של גישה זו היא בכתיבת המלומד גורן, לפיה סמכותו של בית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר מוקנית לו מכוח סמכותו להורות על זימון עדים ועל מתן עדות בכתב באמצעות תעודת עובד ציבור.<sup>120</sup> בעניין זה מפנה גורן, לפסק הדין בעניין **לאומי קארד**, שם נקבע:<sup>121</sup>

”הסמכות לפנות אל המפקח על הבנקים על מנת שישב על שאלה בנוסח זה, מוקנית לבית המשפט מכוח סמכותו להורות על זימון עדים וכן להורות על מתן עדות בכתב באמצעות תעודת עובד ציבור כמשמעותה בפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל”א-1971.”

אולם, לגישתנו יש לבצע הפרדה בין הסוגיה הנדונה במסגרת מאמר זה לבין האמור בעניין **לאומי קארד**. אותו עניין, נתגלעה בין הצדדים מחלוקת עובדתית אשר נגעה למפקח על הבנקים, אולם לא כבועו כמאסדר, אלא כעד דרוש לצורך בירור המחלוקת העובדתית שנתגלעה בין הצדדים.

בהתאם לכך, קבעה הנשיאה א’ חיות באותו עניין, כי ”עמדתו של המפקח על הבנקים בהליך דן אינה דרושה לשם הבעת עמדה עקרונית כמאסדר בסוגיות המתעוררות בבקשת האישור, אלא לשם הכרעה במחלוקת עובדתית קונקרטית שנפלה בין הצדדים לבקשה... במילים אחרות, הסוגיה העקרונית אותה מעלה המבקש בבקשת רשות הערעור [שאלת הסמכות]

<sup>118</sup> עניין **גמזו**, לעיל ה”ש 44.

<sup>119</sup> בחינת לשון סעיף 15 לחוק תובענות ייצוגיות, מלמדת כי המחוקק השיב בשלילה לשאלה שהועלתה בתזכיר – האם ראוי כי גופים מפקחים גם יהיו בעלי הכוח להגיש תובענות ייצוגיות. אולם, יש להוסיף כי אף לאחר צמצום זה, לשון סעיף 15 קובעת, כי בית המשפט רשאי להתיר את השתתפותה של ”רשות ציבורית הפועלת לקידום מטרה ציבורית בקשר לענין שבו עוסקת התובענה הייצוגית”. בהמשך לדברים אלו נקבע, כי ניתן לפרש את לשון הסעיף באופן המאפשר לרשות הציבורית הפועלת לקידום מטרה ציבורית בקשר לעניין בו עוסקת התובענה הייצוגית לסייע לבית המשפט וזאת באמצעות הגשת עמדתה. ראו לעניין זה: ת”צ (מחוזי ת”א) 27699-07-10 **אגרט נ’ דלק מוטורס בע”מ**, עמ’ 2 (24.02.2011).

<sup>120</sup> **גורן**, לעיל ה”ש 87, 516-517.

<sup>121</sup> עניין **לאומי קארד**, לעיל ה”ש 111, פס’ 6.

אינה מתעוררת כלל במקרה דנן והפניה למפקח על הבנקים אמנם נחוצה אך מן הראוי כי נוסחה יתוקן ויותאם לנדרש, דהיינו כשאלה המבקשת לברר את העובדות שבמחלוקת".<sup>122</sup>

בעניין זה ניתן להוסיף כי כאשר המאסדר מגיש את עמדתו, זו אינה בחזקת עדות מומחה, עדות עובד ציבור או חוות דעת. בהתאם לכך, גם לא חלות על חוות דעתו של המאסדר ההוראות הקבועות, בין היתר, בסעיף 25 לפקודת הראיות; וכך גם אין לבעלי הדין את הזכות לדרוש את חקירתם של מי שחתומים על עמדות אלו.

בהתאם לזאת, לגישתנו, מדובר בשני אפיקים נפרדים הנשענים על אותו יסוד – הצורך של בית המשפט, והסמכות המתאימה שניתנה לו, להרחיב את היריעה המונחת לפניו מקום בו מצא שהדבר נדרש לשם הכרעה בהליך. כך, ההוראה הקבועה בפקודת הראיות עוסקת בסוגיה עובדתית גרידא – היינו, לבית המשפט סמכות להרחיב את היריעה העובדתית, מקום בו מצא שהדבר נדרש. אולם, כיוון שקבלת עמדת המאסדר, נועדה דווקא לקבלת מידע החורג מנסיבות המקרה הפרטני וחורגת מהאפיק העובדתי בלבד, לעמדתנו, היא מהווה אפיק נפרד – ראוי ונחוץ בפני עצמו. משכך, פקודת הראיות, כשלעצמה, אינה מהווה לגישתנו את מקור הסמכות להורות על קבלת עמדת המאסדר. לצד זאת, סבורנו כי פקודת הראיות מהווה דוגמה נוספת לעצם סמכותו של בית המשפט לחרוג מגבולות ההליך האדברסרי, מקום בו הדבר נחוץ לשם הרחבת והשלמת התמונה המונחת לפניו; שבאמצעותה, יתאפשר לו להגשים באופן מלא יותר את תכלית העל בדבר עשיית משפט צדק בגבולות ההליך שלפניו.<sup>123</sup>

**ש.ם.**<sup>122</sup>

<sup>123</sup> נציין בשולי הדברים, כי לדעתנו ניתן לראות בדוגמה זו חיזוק לטענה בדבר קיומה של סמכות טבועה לבית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר, שכן היא מהווה כאמור דוגמה לסמכותו של בית המשפט לחרוג מהעקרונות האדברסריים של ההליך. דוגמה נוספת לכך נראית גם בחוק סדר הדין הפלילי, המעגן גם הוא סמכות להורות על זימון עד מטעם בית המשפט, אם ראה צורך בכך [סעיף 167 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982; ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, לה(3) 505, עמ' 511 (1981)]. דוגמאות נוספות לחריגות מסוג זה בהליך האדברסרי ניתן למצוא למשל בזכותם של הצדדים להגיש ראיות נוספות אף לאחר מועד הכרעת הדין [יוסף אלרון, "קבלת ראיות שלא על פי סדר הדין" המשפט, כרך יב, ספר עדי אור ז"ל (תשס"ז)]; זימון עד הנוכח באולם בית המשפט [תקנה 63(ב) (14) לתקנות סדר הדין האזרחי]; קבלת ראיות שלא על פי סדרי הדין, או היפוך סדר הטיעון וסדר הבאת הראיות [ת"א (מחוזי ת"א) 18-11-22062 יאני נ' עלגור (22.03.2021); וסמכותו של בית המשפט שלא לקבל כתב תביעה אף במקרה בו הנתבע אינו מתגונן [ת"א (ירושלים) 20-08-59361 פלוני ו-25 אח' נ' ארגון חמאס (24.08.2021)].

#### ד. סיכום ביניים

בתי משפט נוהגים דרך קבע לאשר, או אף ליזום בעצמם, קבלת עמדת המאסדר בנושאים שונים. בחינת הפסיקה הנוהגת בתחומים השונים מראה, כי למרות שהנוהג נפוץ במיוחד בהליכים ייצוגיים, הרי שהוא אינו מוגבל כלל ועיקר לתחום זה בלבד, אלא חולש על סוגי הליכים ותחומי משפט שונים, שעל חלקם עמדנו ביתר פירוט לעיל.

בחינת הסדרי החקיקה השונים שבכוחם לשמש מקור סמכות חוקית לנוהג מקובל זה מעלה, כי אין בנמצא הוראת חוק מוגדרת וברורה המעניקה את הסמכות לקבל את עמדת המאסדר לבית המשפט, במגוון ההליכים השונים. מנגד, יש בנמצא הוראות חוק מגוונות על בסיסן השתרשה ההלכה בדבר שיקול דעתו הרחב של בית המשפט בנושא סדרי הדין – זאת, בשים לב לתכלית היעילות ועשיית הצדק שבניהול ההליך. כך, בחינת הוראות החוק השונות שפורטו בפרק זה מלמדות על אודות כוונת המחוקק לאפשר לבית המשפט, במקרים בהם הדבר נדרש, לפעול באופן שיאפשר לו להגיע לתוצאה צודקת בנסיבות העניין – זאת, אף במחיר פגיעה מסוימת בהליך האדברסרי, עקב צירופם של גורמים שאינם צד לו.

בהתאם לכך, מתוקף הוראות חקיקה אלו ובשים לב לשימוש בסמכות זו לצורך ייבוא מוסד "ידיד בית המשפט", כפי שנעשה על ידי כב' הנשיא (כתוארו אז) ברק עוד בעניין **קוזלי**, לעמדתנו, יש לבית המשפט סמכות להורות על קבלת עמדת המאסדר. זאת, כל מקום בו מצא המותב היושב בדין כי זו נדרשת בידיו על מנת לייעל את ההליך, כמו גם לפרוש בפניו תמונה שלמה ומלאה יותר – וכל אלה, באמצעות מי שמוחזק כגורם מקצועי ואובייקטיבי שיכול לסייע לבית המשפט בעשיית משפט צדק.

בשים לב למסקנתנו זו, ומצדו השני של אותו המטבע – ניתן אף לראות כי מקום בו הורה בית המשפט למאסדר להגיש עמדתו בהליך פלוני – חרף העדר חובה או הסמכה מפורשת בדין לעשות כן, המאסדר רואה עצמו מחויב להוראותיו של בית המשפט, וזו מוגשת. אומנם, ישנם מקרים בהם עמדת המאסדר היא כי הוא אינו מוצא לנכון להביע עמדה – לחיוב או לשלילה; וכי בנסיבות כאמור, הוא מותיר את ההכרעה בסוגיה לשיקול דעת בית המשפט. אולם במסגרת הבחינה שנעשתה לצורך מאמר זה, לא מצאנו ולו מראה מקום אחד, בו **סירב** המאסדר להגיש עמדתו כאמור.

בהמשך לדברים אלו נוסף, כי **לעניין הדיון בשאלת הסמכות**, לעמדתנו אין להידרש לשאלת מדרג הנורמה המפורשת על ידי בית המשפט. כך, למרות ההבדל הלכאורי שניתן לראות לעניין המשקל שיש ליתן לפרשנות המאסדר נוכח מדרג החקיקה (ובשים לב לדיון בעניין **זליגמן**), אזי ככל שהפנייה למאסדר נעשית כגוף מקצועי-אובייקטיבי שיוכל לסייע לבית המשפט, לגבי דידנו, על פניו, אין זה משנה האם מדובר בחקיקה ראשית או משנית.

## ה. צירוף המאסדר להליך – מבט משווה

למרות השוני והייחודיות שבמסגרת סדרי הדין הישראליים, ראינו לנכון להשלים את הדיון באמצעות מבט אל מדינות המשפט המשווה. זאת, בהתייחס לקווי הדמיון המקבילים בין מערכות המשפט, ובכלל זאת – הסדרה חקיקתית שאינה מלאה, הכרה בתועלות שבקבלת עמדות מסוג זה; המחלוקות הקיימות, גם שם, אשר לסוגיית הסמכות ומקורותיה; וכן הביקורות הקיימות על השימוש בפרקטיקה זו, כמו גם על מוסד "ידיד בית המשפט".

### ה.1. ארצות הברית

בדומה לפרקטיקה שהשתרשה בישראל, גם בארה"ב אימצו בתי המשפט פרקטיקה דומה בדבר פנייה לגורמי ממשל על מנת לקבל את עמדתם בסוגיה פרשנית. עוד בדומה לישראל, גם בארה"ב נעדרת לעיתים הפרקטיקה הנוהגת עיגון מפורש בדין.<sup>124</sup>

למרות שעיקר הפניות של בית המשפט העליון נעשות למשרד ה-Solicitor General, יש לציין כי ישנן גם פניות ישירות למוסדות שלטון אחרים, ובהם הקונגרס, פקידי ממשל שונים, צדדים פרטיים ואף ערכאות שיפוט.<sup>125</sup> בעניין זה חשוב להפריד בין "ידיד בית משפט" ש"הוזמן" על ידי בית המשפט להצטרף להליך, לבין "ידיד בית משפט" שביקש להצטרף מיוזמתו.<sup>126</sup>

אולם, בדומה למצב בישראל, גם בארה"ב ישנם מלומדים הטוענים כי לבית המשפט אין את הסמכות להורות לגורמי ממשל להגיש את עמדתם, כאשר אלו אינם צד להליך המשפטי.<sup>127</sup> זאת, בשים לב לגבולות בין הרשויות השונות, כמו גם לחשיבות ההליך האדברסרי בין הצדדים.<sup>128</sup>

בשונה מפרקטיקת הפנייה למאסדר ומוסד "ידיד בית המשפט" הישראלי, אשר אינם מבוססים באופן מפורש בחקיקה; המוסד של "ידיד בית המשפט", מבוסס ומעוגן בדין האמריקאי.<sup>129</sup> כך למשל, סעיף 37 לחוקי בית המשפט העליון קובע, כי ככל שעמדתו של "ידיד בית משפט" מביאה לבית המשפט סוגיה רלוונטית שטרם הועלתה, הדבר יכול לסייע לבית המשפט. אולם, ככל שהעמדה לא משרתת מטרה זו, הרי שהיא מקשה על עבודת בית המשפט, ומשכך הגשתה אינה רצויה כלל, וכך קבוע שם:<sup>130</sup>

<sup>124</sup> ראו לדוגמה: Order, *Physician Hospitals of America v. Sebelius*, No. 11-40631, 1 (5th Cir filed Apr. 3, 2012). ניתן להוסיף, כי בדומה להערתנו לעיל, גם בארה"ב המאסדר רואה עצמו כמחויב להוראת בית המשפט להגיש עמדתו, ראו: Margaret Meriwether Cordray and Richard Cordray, *The Solicitor General's Changing Role: in Supreme Court Litigation*, 51 BC L Rev 1323, 1354 (2010).

<sup>125</sup> Neal Devins & Saikrishna B. Prakash, *Reverse Advisory Opinions*, 80 U. CHI. L. REV. 859, 893 (2013); עמי 885 (להלן – **דוינס ופרקאש**); *Entente Design, Inc. v. Super. Ct.*, 154 Cal. Rptr. 3d 216, 219 n.2 (Cal. Ct. 2013); App. 2013) Marin K. Levy & Tejas N. Narechania, *Interbranch Information Sharing: Examining the* 19; *Statutory Opinion Transmission Project*, 108 Cal. L. Rev. 917, 940 (2020).

<sup>126</sup> ראו התייחסות ל-"Invited Friend" למול ה-"Friend of a Party" במאמרה של פרופ' אנדרסון: Helen A. Anderson, *Frenemies of the Court: The Many Faces of Amicus Curiae*, 49 U. Rich. L. Rev. 361 (2015).

<sup>127</sup> **דוינס ופרקאש** לעיל ה"ש 124, עמי 893. יודגש, כי המלומדים במאמר זה מבקרים את הנוהג של בתי המשפט הפדרליים לבקש את עמדתם המשפטית של גורמי ממשל. הביקורת במאמר אינה מופנית כלפי יכולתו של בית המשפט להורות לגורמי ממשל לספק ראיות הנדרשות להליך ונמצאות בחזקת אותו גורם.

<sup>128</sup> **דוינס ופרקאש**, לעיל ה"ש 124, עמי 870-871. זאת, בשים לב להבדלים בכוחות וסמכויות המוענקים לרשויות השלטון השונות, מכוחם של סעיפים 2 ו-3 לחוקה. כך נטען, כי בדומה לכך שבית המשפט לא מספק תשובות לשאלות משפטיות לבקשת הנשיא, כך גם לא ניתן להפנות שאלות על ידי בית המשפט לנשיא ולרשויות הממשל; ראו גם את התייחסות כבי' השופט א' סקאליה: *Castro v. United States*, 540 US 375, 386; 124 S Ct 786; 157 L Ed 2d (2003).

<sup>129</sup> אולם יש להדגיש, כי בארה"ב גם מאסדר יכול להיות מוכר כ"ידיד בית משפט".  
<sup>130</sup> סעיף 37 לחוקי בית המשפט העליון - Sup.Ct.R.37.1.

“An *amicus curiae* brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court. An *amicus curiae* brief that does not serve this purpose burdens the Court, and its filing is not favored.”

בחירת לשון הסעיף מלמדת, כי מדובר למעשה בעידוד של צדדים חיצוניים להליך להעלות בפני בית המשפט דווקא טענות אשר נותרו מחוץ לגדר המחלוקת האדברסרית. בהתאם לכך, מוגשות כמאות פניות בשנה לבית המשפט העליון מגופים שונים להצטרף להליך או להגיש את עמדתם בדמות “amicus brief”. עמדות אלה משפיעות באופן דרמטי על ההליכים המשפטיים בבית המשפט העליון, כמו גם בערכאות השונות.

יצוין, כי גם בארה”ב, בדומה לישראל, נשמעת הביקורת לפיה למרות שה”ידיד” הוא לכאורה גוף חיצוני נטול אינטרס פנימי להליך, ייתכנו מקרים בהם מדובר בגוף המקדם בסופו של יום אינטרס מובהק של אחד הצדדים. על אף האמור – הן מבחינה אמפירית של כמות הבקשות המוגשות בעניין זה והן מבחינה מהותית על אודות קבלתן והשפעתן של עמדות אלה, נראה כי גם בארה”ב קיימת אהדה כלפי מוסד זה בראי הגשמת התכלית בדבר הרחבת היריעה העובדתית והמשפטית המונחת בפני בית המשפט, טרם הכרעתו בהליך.<sup>131</sup>

בהתאם לכך, ובדומה לנעשה בישראל, גם בארה”ב מקובלות שתי דרכים מרכזיות להרחבת נושאי ההכרעה בהליך על ידי בית המשפט. הראשון, הוא ההליך “המעשי” של הוראה לגוף הממשלתי הרלוונטי להגיש את עמדתו לבית המשפט; והשני, הוא ההליך הקבוע בחוק של הגשת עמדה כ”ידיד בית משפט”. למרות שבשני המקרים מדובר בהפרה מסוימת של ה”אדברסריות” של ההליך, ישנה התייחסות חיובית לכך על ידי בית המשפט העליון בארה”ב ומדובר בנוהג מקובל ונפוץ.<sup>132</sup>

## ה.2. אנגליה

החוק באנגליה מנוסח באופן רחב למדי, כך שהוא מותיר למעשה בידי בית המשפט שיקול דעת רחב ביחס לשאלה את מי ניתן לצרף להליך ומתי.

בכל הנוגע לדין האנגלי, קימת הבחנה בין החוקים הפרוצדורליים החלים בערכאות השונות, כמו גם בין סוגי ההליכים השונים. משכך, יש להפריד בין שתי אפשרויות לצירוף צדדים שלישיים להליך (ויודגש, אלו הם גופים חיצוניים להליך שאינם צד לו). הראשון, הוא צירוף צד כ”מתערב” להליך – זהו צד שלו אינטרס ברור וגלוי בתוצאת ההליך. השני, הוא צירוף צד כ”ידיד בית משפט” (*amicus curiae*) – זהו צד שלכאורה אדיש לתוצאת ההליך ועל כן הוא יכול לסייע לבית המשפט בהכרעתו.<sup>133</sup> נדון בשתי החלופות הקיימות ומאפייניהן.

<sup>131</sup> ראו את הדיון הרחב בעניין זה: **דוינס ופרקאש**, לעיל ה”ש 124, פרק 2; Allison Orr Larsen, *The Trouble with Amicus Facts*, 100 Va. L. Rev. 1757, 1817 (2014).  
<sup>132</sup> Benjamin D. Raker, Esq., *The Ambiguity and Unfairness of Dismissing Bad Writing*, 69 Clev. St. L. (1993).  
<sup>133</sup> *r U.S. Nat. Bank of Oregon v. Indep. Ins. Agents of Am., Inc.*, 508 U.S. 439, 447 (2002); Rev. 35, 60 S Hannett, *Third Party Interventions: In the Public Interest?* PL 128 (2003) (להלן – **הנט**).

**האפשרות הראשונה** כאמור לצירוף צד שלישי להליך, היא כ"מתערב" (intervenor). סמכות בית המשפט לעשות כן קבועה, בין היתר, בסעיף 54.17 ל-CPR (Civil Procedure Rules).<sup>134</sup> הגדרתו של "interested party" קבועה אף היא ב-CPR, בסעיף 54.1(f), וקובעת כדלהלן: "interested party" means any person (other than the claimant and defendant) who is directly affected by the claim"<sup>135</sup>.

בהמשך לסעיף 54.17 האמור, ובשים לב להליכים השונים בהם ה-CPR אינו חל, הוכרה סמכותו הטבועה של בית המשפט לעשיית צדק בין הצדדים ולהבטיח הליך הוגן ביניהם. סמכות זו מאפשרת לכאורה לבית המשפט לזמן ולשמוע את כל הגופים הרלוונטיים הדרושים להליך, וזאת אף במקרים בהם לשון החוק אינה נוקטת בסמכות מפורשת לכך, כגון מקרים בהם ה-CPR לא חל.<sup>136</sup>

למרות הגדרת ה"מתערב" שלכאורה מחייבת שאותו גוף יושפע באופן ישיר מההליך, ניתן לכלול בהגדרתו גם צדדים המושפעים מההליך – באופן עקיף יותר לכאורה – זאת, עקב השפעתו של ההליך על ה"אינטרס הציבורי". כך, בחלק ניכר מהמקרים בהם נעשית התערבות של הממשלה בהליכים משפטיים, היא נעשית תחת נימוק זה.<sup>137</sup> אולם בתוך כך יודגש, כי אותו "אינטרס ציבורי" והיקף הגדרתו, הן סוגיות שאינן מצויות בתמימות דעים. בעניין זה נטען מחד, כי במקרים רבים בית המשפט הנדרש להכריע בסוגיה מסוימת בין שני בעלי דין, אינו מצויד בכלים מספקים כדי להכריע מהו אינטרס ציבורי שעלול להיות מושפע מהכרעתו בהליך שלפניו.<sup>138</sup> מנגד, עולה גם חשש שאף היענות לייצוג שכזה תספק מענה חלקי בלבד לאינטרס הציבורי בהליך והיענות נוספת ומופרזת עלולה להרחיק את ההליך מהסכסוך בין בעלי הדין – אותם בעלי דין שיזמו את ההליך. אולם, גם בשים לב לביקורת זו, ישנה מגמה ברורה של מתן היתר לצירוף צדדים המבקשים לייצג את האינטרס הציבורי בדרך זו.<sup>139</sup> זאת, למרות שכאמור מדובר במי שאינו מוגדר כ"ידיד בית משפט" ולכן ייתכן, כי הוא בעל אינטרס המזוהה עם אחד הצדדים להליך.

בבחינת המקרים בהם בית המשפט יורה על צירוף צד כמתערב בהליך, בשים לב לכך שלבית המשפט שיקול דעת רחב בעניין זה שכמעט ואינו מוגבל בחקיקה (ובהליך אזרחי-פרטי, אף אינו מעוגן כלל), בית המשפט קבע שני קריטריונים מצטברים: הראשון הוא שלצד המצטרף יש אינטרס כלשהו בתוצאת ההליך (גם אם אינטרס זה הוא האינטרס הציבורי); ובנוסף, שהצירוף יסייע לבית המשפט בהכרעתו.<sup>140</sup>

**האפשרות השנייה** כאמור לצירוף צדדים נוספים להליך – היא באמצעות צירופם כ"ידיד בית משפט" (amicus curiae).<sup>141</sup> זאת, במקרים בהם יש חשש לאי-צדק הנובע מההליך האדברסרי.<sup>142</sup>

<sup>134</sup> The Civil Procedure Rules (CPR), part 54 (להלן – CPR); ראו גם סעיף 2.2.4 בדו"ח לעניין זה: The Administrative Court Judicial Review Guide 2020.

<sup>135</sup> סעיף 54.1(f)(2) ל-CPR.

<sup>136</sup> הנט, לעיל ה"ש 133, עמ' 131; Shah, S., Poole, T., & Blackwell, M. *Rights, Interveners and the Law*; Lords. Oxford Journal of Legal Studies, 34(2), 295-324 (2014).

<sup>137</sup> Philip Havers QC and Christopher Mellor, *Third Party Interventions by the Government* JR (2004) – **הברס ומלור**.

<sup>138</sup> הנט, לעיל ה"ש 133, עמ' 133.

<sup>139</sup> Lorne Neudorf, *Intervention at the UK Supreme Court* C.J.I.C.L. (2013); **שם**.

<sup>140</sup> **הברס ומלור**, לעיל ה"ש 137, עמ' 136.

<sup>141</sup> לניתוח מקיף של הליך זה והתפתחותו, ראו למשל: Mohan, S. Chandra, *The Amicus Curiae: Friends No More*; Allison Orr Larsen & Neal Devins, *The Amicus Machine*, 102 Va. L. Rev. 1901, 1909 (2016).

<sup>142</sup> הנט, לעיל ה"ש 133, עמ' 143; **הברס ומלור**, לעיל ה"ש 137, עמ' 130.

ככלל, צירוף צד כ"ידיד בית המשפט" נעשה על ידי ה-Attorney General. אולם, קיימים מקרים בהם צורפו ידידים גם במסגרת אחרת – היינו, צירוף של גורם ממשלתי או מוסדי אחר באופן ישיר.<sup>143</sup>

מוסד "ידיד בית המשפט" הוגדר על ידי בתי המשפט באנגליה כאמצעי שנועד לצרף להליך צד ניטרלי ואובייקטיבי, שיוכל לסייע לבית המשפט בשאלות של עובדה או משפט. אולם יש להדגיש, כי בשונה מ"ידיד בית המשפט" הנוהג בישראל, לפיו מדובר בצד שלישי שאומנם אינו צד להליך אך במקרים רבים יש לו אינטרס ברור ואף מוצהר לטובת אחד הצדדים לו – באנגליה מדובר, בהכרח, ב"ידיד" שהוא "אדיש" לתוצאת ההליך.<sup>144</sup>

משכך כאמור, ההבדל המשמעותי בין צורות ההתערבות של צדדים שלישיים נותר סביב השאלה האם לצד המתערב קיים אינטרס בתוצאותיו של ההליך המסוים מושא ההתערבות. חרף מגמת ההרחבה בשנים האחרונות בדבר היכולת לצרף צד כ"מתערב ציבורי", נקודת המוצא היא, כי לגוף המתערב עניין בתוצאותיו של הליך. לעומת זאת, נקודת המוצא ביחס לצירופו של "ידיד", היא כי מדובר בצד חסר כל אינטרס או עניין בתוצאת ההליך.<sup>145</sup>

מן הניתוח האמור עולה, כי פניית המאסדר השגורה כיום בהליכים המשפטיים בישראל דומה במידה רבה במאפייניה ותכליותיה, למוסד האנגלי המוכר כ- "ידיד בית המשפט". כך גם באנגליה, מטרת המוסד היא לספק תמונה מלאה יותר לבית המשפט במקרים בהם קיים חשש שהכרעת בית המשפט בהליך שלפניו תוביל להשפעה ציבורית רחבה יותר. במקרים אלו בית המשפט נעזר באותו "ידיד", שיספק לו תמונה אובייקטיבית – הן לעניין יישום הדין, הן לעניין העובדות.

<sup>143</sup> בעניין זה יש לחדד, כי בשונה מהדין הנוהג בישראל ובארה"ב, הכוונה במקרה זה היא ל"ידיד בית משפט" כגורם אובייקטיבי, או למצער, אובייקטיבי לכאורה.

<sup>144</sup> *Allen v. Sir Alfred McAlpine and Sons Ltd.* 2 QB 229, (1968).

<sup>145</sup> *In Re Northern Ireland Human Rights Commission (Northern Ireland)* UKHL 25 (2002); הנ"ל, לעיל ה"ש 133, עמ' 133.



## ו. מתי ראוי להורות על קבלת עמדת המאסדר

כפי שצינו בראשית הדברים, עניינה של רשימה זו הוא בשאלה האם לבית המשפט קיימת הסמכות להורות על קבלת עמדת המאסדר כדי שזה יביע עמדתו בהליך פלוני שהוא אינו צד לו. בסופו של הדיון אותו ערכנו לעיל, הגענו למסקנה כי לבית המשפט קיימת הסמכות האמורה – וזאת, כל מקום בו מצא המותב היושב בדין, כי זו נדרשת בידינו על מנת לייעל את ההליך, כמו גם לפרוש בפניו תמונה שלמה ומלאה.

לאחר שנימקנו מדוע לשיטתנו עומדת לבית המשפט סמכות זו, מצאנו לנכון להשלים את הדיון בשאלה הנלווית לשאלה זו – והיא האם ראוי שבית המשפט יעשה שימוש בסמכותו זו, ואם כן – אימתי.

בבחינת הדיון שקיים בסוגיה זו בפסיקה הקיימת, אחד מפסקי הדין מהם ניתן ללמוד על הגישות השונות בפרשנות החוק בכלל, ולעניין פנייה לעמדת המאסדר בשאלות פרשניות בפרט, הוא פסק הדין בעניין **מרום**.<sup>146</sup> במסגרת הדיון המובא בפסק הדין, לצד הסכמתם על אודות התוצאה המתבקשת, נחלקו שופטי בית המשפט העליון בשאלת אופן פרשנותו של סעיף 147 לפקודת המס.<sup>147</sup>

לעמדת כב' השופט ס' גובראן, למרות שמלאכת הפרשנות מוטלת על בית המשפט, הרי שזה ייתן בנסיבות מסוימות משקל לפרשנות הניתנת על ידי הרשות. כך נקבע גם על ידי כב' השופט א' ריבלין אשר הצטרף לפסק דינו של כב' השופט גובראן, כי ישנה "חשיבות רבה לתפישה הפרשנית של יוזמי החוק ולכוונתם של מחוקקיו. למצער, יש בתפישתם ובכוונתם כדי לשמש כלי חשוב ומועיל (אם כי לא מכריע) בפרשנות החוק. אשר להפניה לפרשנות הנקוטה בידי הרשות – גם כזו עשויה, במקרים מתאימים, להיות לתועלת – וגם חברי, השופט גובראן סייג פנייה זו לקיומן של נסיבות מתאימות".<sup>148</sup>

מנגד, לעמדת כב' השופט י' דנציגר (אשר הצטרף לתוצאת פסק דינו של כב' השופט גובראן, אך הסתייג מדרכו הפרשנית), מקום בו מבקש בית המשפט לפרש הוראת חוק עליו, בראש ובראשונה, לפנות ללשון החוק.<sup>149</sup> בהמשך לכך, ורק ככל שנתרה הוראת החוק שתומה, יכול השופט לפנות אל עקרונות היסוד של השיטה.<sup>150</sup> וכך נקבע אותו עניין כי "אל לו לפרשן להתעניין בתפישה הפרשנית של מי שהוטל עליו לבצע את החוק בבואו לקבוע מהי תכליתה של הוראת המס. קביעתו זו של הפרשן צריך שתושגת, כאמור, על לשון החוק, ההיסטוריה החקיקתית והפרלמנטרית של החוק ועקרונות היסוד של השיטה".<sup>151</sup>

בחינת הפסיקה הנוהגת בהתייחס לשתי הגישות כאמור, לעניין קבלת עמדת המאסדר, מלמדת שלמעשה, עמדת הפסיקה, כמעט באופן מוחלט, היא כעמדת כב' השופט גובראן בעניין **מרום**. כך

<sup>146</sup> עניין **מרום**, לעיל ה"ש 62.

<sup>147</sup> סעיף 147 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש].

<sup>148</sup> **שם**, עמ' 23.

<sup>149</sup> עניין **מרום**, לעיל ה"ש 62, עמ' 22.

<sup>150</sup> **שם**, עמ' 22.

<sup>151</sup> **שם**, עמ' 22-23; ההדגשה אינה במקור.

אימוץ גישתו של כב' השופט גיבראן, נעשה, בין היתר, על-ידי כב' השופטת י' וילנר בעניין **התאחדות תאגידי כוח אדם**; וכך גם עמדת פרופ' ברק שדן בסוגיה זו בהרחבה בספריו, נוקטת בגישה דומה.<sup>152</sup>

גם לעמדתנו הגישה הראויה היא כי בית המשפט רשאי לפנות למאסדר ולהיעזר, בין היתר, גם בעמדת המאסדר ואופן פרשנות ויישום החוק על ידו. זאת, מתוך הנחה כי ראוי שלפני השופט-פרשן תובא תשתית רחבה ככל הניתן, וזה יוכל לבור את המוץ מן הבר, עת יידרש למלאכת הפרשנות.

**אם כן, אימתי ראוי לבצע פנייה שכזאת?** מקור הסמכות המשמעותי והדומה ביותר ממנו ניתן ללמוד על אודות המבחנים שראוי להחיל לצורך מענה על שאלה זו, מצוי לגישתנו במוסד "ידיד בית המשפט". התכליות והרציונאליים העומדים ביסודו, יפים לטעמנו גם בהתייחס לשאלה מתי ראוי לקבל את עמדתו של המאסדר, ואף ביתר שאת. זאת, בשים לב לכך שהמאסדר,<sup>153</sup> להבדיל מ"ידיד בית המשפט", מהווה גורם ניטראלי על פי רוב – והצטרפותו לבקשת בית המשפט אינה נעשית בשם אינטרס קונקרטי אותו הוא מייצג, אלא בשם האינטרס הציבורי בכללותו.

אם כן, נפנה עתה לבחינת אותם המבחנים שנקבעו לעניין צירופו של "ידיד בית המשפט", ונבקש להסיק מבחינה זו גם ביחס לסוגיה שלפנינו.

בעניין **קוזלי**, קבע הנשיא דאז א' ברק את השיקולים השונים אותם נדרש בית המשפט לבחון טרם צירופו של "ידיד בית המשפט", והדגיש כי "יש לבחון את **תרומתה הפוטנציאלית** של העמדה המוצעת".<sup>154</sup> זאת, לצד בחינה של **מהות הגוף** המבקש, **מומחיותו**, **ניסיונו** והייצוג שהוא מעניק לאותו **אינטרס שבשמו ביקש להצטרף**. לצד בחינה זו של העמדה המוצעת, ניתן דגש גם **לסוג ההליך, ומהות הסוגיה** העומדת להכרעה, כמו גם **לשלב** בו מצוי ההליך.<sup>155</sup>

בהמשך לדברים אלו, עמדה כב' השופט ד' בייניש על יישום האמור בעניין **שוורץ**. בהחלטתה הדגישה כב' השופטת בייניש לעניין סוג ההליך ומהות הסוגיה העומדת להכרעה, כי מדובר ב"**שאלה בעלת חשיבות כללית**" וזו נוגעת לציבור רחב של נאשמים.<sup>156</sup> עוד הרחיבה על מהות הגוף המבקש (הסנגוריה הציבורית) – תפקידה, מומחיותה וניסיונה בתחום; וכן, ניתנה התייחסות לשלב בו מצוי ההליך ולכך שלא יהיה בצירוף כדי להכביד על ניהולו.<sup>157</sup>

בהמשך לדברים אלו, ובשים לב לשיקולים המפורטים לעיל, נקבע לעניין צירופו של "ידיד בית משפט", כי מדובר בשאלה של שיקול דעת, המחייבת איזון בין מידת התרומה הפוטנציאלית הגלומה בצירוף המבקש אל מול החשש לפגיעה ביעילות הדיון בשל הצירוף.<sup>158</sup> זאת, לצד שיקולים נוספים ובהם השלכות הרוחב שעשויות להיות להכרעה בהליך, מעבר לגבולותיו.<sup>159</sup>

<sup>152</sup> בג"ץ 2875/18 **התאחדות תאגידי כוח אדם זר בענף הבניין נ' ממשלת ישראל**, פסי' 27-29 (18.06.2019) וההפניות שם.

<sup>153</sup> בהליכים כאמור, בהם המאסדר אינו צד.

<sup>154</sup> עניין **קוזלי**, לעיל ה"ש 0, פסי' 45; ההדגשות אינן במקור.

<sup>155</sup> שם.

<sup>156</sup> ע"פ 111/99 **שוורץ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(3) 769 (07.06.2000); ההדגשות אינן במקור.

<sup>157</sup> שם.

<sup>158</sup> ע"א 11152/04 **פלוגי נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ** (04.04.2005).

<sup>159</sup> שם, פסי' 3.

בשים לב לדברים אלו, ולאחר בחינת המשפט המשווה בסוגיה, טוען המלומד פרבר, כי ההלכה הישראלית הגדירה את התנאים הבאים: **ראשית**, כי מדובר בצד שאינו מעורב בסכסוך באופן ישיר; **שנית**, כי יש בצירוף כדי לתרום תרומה ממשית לגיבוש הלכה בעניין מסוים ("מבחן התרומה הממשית להליך"); **שלישית**, נדרש שה"ידיד" יציג תמונה מאוזנת, אמיתית ומלאה; **רביעית**, נדרש שה"ידיד" יהיה גוף מקצועי.<sup>160</sup> עוד הודגש, כי ראויה לציון העמידה בפסיקה על "מבחן התרומה הממשית להליך", כאמור לעיל, אשר נבחנה כתנאי סף לצירוף "ידיד".<sup>161</sup> לצד מבחנים אלה, מציע פרבר להוסיף לבחינת הצטרפות "ידיד בית משפט", תנאי סף לפיו, זה יצורף רק אם המידע שיציג יהיה "מידע אשר שונה מעמדת הצדדים, מועיל ומחדש אשר יסייע לעבודת בית המשפט".<sup>162</sup> הוספת תנאי זה מוצעת על-ידי פרבר, בשים לב לכך שלגישתו, הנימוקים שעמדו בבסיס רוב ההחלטות בישראל לקבל בקשות הצטרפות כ"ידיד בית משפט", היו שמדובר בגוף המייצג אינטרס ציבורי בעל חשיבות, ושמדובר בסוגיה עקרונית או מורכבת.<sup>163</sup>

בהמשך לדברים אלו מפרט פרבר טיעונים שונים בעד ונגד השימוש במוסד ה"ידיד". בחינת טיעונים אלה מלמדת, שמרבית טיעוני הנגד והרציונאליים ביסודם, דווקא אינן מתקיימות ביחס לשימוש במוסד המאסדר. כך למשל, היא פוליטיזציה של ההליך השיפוטי, שימוש במוסד ה"ידיד" על ידי קבוצת כוח, פגיעה בצדדים והשחתת זמן שיפוטי, הגדלת עלויות ההליך השיפוטי, מחקר לא מבוסס הנעשה על ידי גופים שאינם בהכרח אמינים ועוד.<sup>164</sup>

מכאן, בשים לב לניתוח שהוצג לעיל, סבורים אנו כי התכליות המרכזיות הניצבות בבסיס קבלת מוסד "ידיד בית המשפט", יפות גם לעניין קבלת עמדת המאסדר בהליכים השונים – ומשכך ראויים המבחנים שנקבעו לעניין זה, גם לענייננו. דברים אלה נלמדים גם מהחלטת כב' הנשיא (כתוארו אז) א' ברק בעניין **קוזלי** עצמו, שם נימק ברק את החלטתו בדבר אימוץ מוסד "ידיד בית המשפט" לשיטת המשפט הישראלי, בין היתר, באמצעות מתן דוגמאות בדבר קבלת עמדות מאסדר בהליכים שונים, כאשר המאסדר אינו צד להם.<sup>165</sup>

כך, בתי המשפט מצאו נכון לאמץ את מוסד "ידיד בית המשפט" תוך איזון בין יעילות הדין, זכויות הצדדים וה"אדברסריות" המצויה בליבת שיטת המשפט הישראלית; לבין, התרומה הפוטנציאלית הגלומה בצירוף גוף נוסף – חיצוני להליך – אשר יכול להרחיב את היריעה המונחת לפני בית המשפט טרם הכרעתו בסוגיה עקרונית, בעלת השלכות רחב אפשרויות החורגת מדלת אמותיו של ההליך בין בעלי הדין.

לכן, ניכר כי הן מוסד "ידיד בית המשפט" והן הפרקטיקה המקובלת של קבלת עמדת המאסדר בהליכים שהוא אינו צד להם, משרתות מטרה זהה – הרחבת היריעה המונחת לפני בית המשפט טרם הכרעתו בסוגיה עקרונית, כדי לסייע לו להגיע להכרעה נכונה וצודקת. בהתאם לכך, לעמדתנו, המבחנים שנקבעו בפסיקה בעניין קבלת עמדת "ידיד בית משפט" יפים, בשינויים המחייבים, גם לענייננו – בהתייחס לשאלה מתי ראוי להיעתר לבקשה לצירוף עמדת מאסדר, מקום בו מוגשת

<sup>160</sup> שי פרבר, **ידיד בית המשפט**, עמ' 220 (2018) (להלן – פרבר).

<sup>161</sup> שם, עמ' 221.

<sup>162</sup> שם, עמ' 235-236.

<sup>163</sup> שם, עמ' 214.

<sup>164</sup> שם, 222-232.

<sup>165</sup> עניין **קוזלי**, לעיל ה"ש 4, פס' 43.

בקשה כאמור על ידי הצדדים להליך עצמו;<sup>166</sup> והן בהתייחס לשיקול הדעת המופעל על ידי בית המשפט בהחלטתו להורות על קבלת עמדה כאמור, לצורך הכרעה בסוגיה המונחת לפניו, ומיוזמתו.

על בסיס המבחנים והעקרונות האמורים, לעמדתנו כאשר נדרש בית המשפט לשאלה האם עליו להורות על מאסדר להגיש את עמדתו, עליו לבחון אותה בראי האמור לעיל, בדגש על "מבחן התרומה הממשית להליך" – זאת כאמור, בשים לב לאיזון הנדרש בין מידת התרומה הפוטנציאלית הגלומה בצירוף המבקש אל מול החשש לפגיעה ביעילות הדיון וההכבדה על הצדדים. כך, ראוי כי בית המשפט יתן דעתו למבחנים הבאים: **ראשית**, האם ניצבת בפני בית המשפט שאלה עקרונית החורגת מנסיבות הסכסוך שניצב בין הצדדים הטוענים לפניו; **שנית**, האם קבלת עמדת המאסדר תוכל לסייע להעמקת הדיון והבהרתו באופן הנדרשים לצורך הכרעת בית המשפט בהליך; **ושלישית**, האם אין בקבלת עמדת המאסדר כדי להכביד באופן ממשי על ניהול ההליך.

בשים לב לעקרונות האמורים, מקובלת עלינו גם עמדתו של המלומד פרבר לפיה, כחלק מהמבחן השני יש לשאול – האם המידע אותו יציג המאסדר יהיה בו כדי לחדש ולחרוג מהמידע שכבר מונח לפני בית המשפט, והאם יהיה במידע זה כדי לסייע לעבודת בית המשפט.

בחינת אותם מקרים בהם מצא בית המשפט לקבל את עמדת המאסדר, ושעל חלקם עמדנו לעיל – מובילה למסקנה כי הלכה למעשה, בתי המשפט פעלו לפי המבחנים הללו, גם אם לא באופן סדור, בטרם מצאו להורות על קבלת עמדת המאסדר.

כך, ניתן למצוא דוגמאות בהליך התובענה הייצוגית והנגזרת,<sup>167</sup> כמו גם הליכים לאישור חלוקה לפי סעיף 303 לחוק החברות – בראי החשש שמא קיים אינטרס ציבורי נוסף שעשוי להיפגע או לא לקבל ייצוג מספיק על ידי הצדדים הפורמאליים להליך;<sup>168</sup> וכך גם בשלל הליכים אזרחיים "רגילים" – מקום בו עולה כי ההליך שבפני בית המשפט דורש הכרעה בסוגיה בעלת השלכות רוחב, ואלו לא לובנו כהלכה במסגרת ההליך שלפניו,<sup>169</sup> מצאו בתי המשפט בערכאות השונות לפנות למאסדר הרלוונטי לצורך קבלת עמדתו.

לכן, בשים לב לזהות הרבה בין תכליות מוסד "ידיד בית המשפט" והפרקטיקה של קבלת עמדת המאסדר, לעמדתנו ראוי כי גם בבואו לבחון קבלת עמדת מאסדר, בית המשפט יתן דעתו למבחנים המגלמים תכליות אלה – כמפורט לעיל. כמו כן, בשים לב לכך שמדובר בפרקטיקה נוהגת, ולמרות שלעיתים נוהגים בתי המשפט בערכאות השונות באופן המתואר לעיל כבר כיום, לעמדתנו ישנה חשיבות ליצירת האחדה של הבחינה, וזאת במטרה להגביר את ודאות ההליך, ולצמצם את הפגיעה האפשרית בבעלי הדיון.

<sup>166</sup> עניין **בנדל**, לעיל הי"ש 49.

<sup>167</sup> מעבר לאמור לעיל בהרחבה, ראו גם: ת"צ (מרכז) 14912-05-20 **עבו נ' ש. שסטוביץ בע"מ** (10.1.2022).

<sup>168</sup> ראו למשל: ת"צ (ת"א) 43187-10-12 **אבידור נ' נטוויז'ן בע"מ**, פס' 2 (03.05.2016).

<sup>169</sup> ראו למשל: עניין **ערב**, לעיל הי"ש 63.

## סיכום

במסגרת מאמר זה ביקשנו לחזור ולדון בשאלה המקדמית על אודות מקורה ועצם קיומה של סמכות בית המשפט להורות על קבלת עמדת המאסדר, מקום בו הוא אינו צד לאותו הליך. השערותנו הייתה, כי סמכות כאמור קיימת, ובמסגרת סקירה זו, סבורים אנו כי עלה בידינו לבססה.

לאחר שסקרנו ובחנו את הפסיקה הנוהגת, מצאנו כי מדובר בפרקטיקה מקובלת ושכיחה במגוון רחב של תחומים במשפט האזרחי. בהמשך לכך, פנינו לסקור הוראות חוק שונות העוסקות בקבלת עמדת המאסדר בתחומים שונים. מהסדרים שונים אלו למדנו כי סמכותו של בית המשפט לעניין קבלת עמדת המאסדר אינה מוגבלת לסוג הליך מסוים; וכן, כי תכלית קיומה של סמכות זו היא לאפשר לבית המשפט לקבל תמונה מלאה ושלמה יותר, בפרט במקרים בהם קיים ספק האם די בזו שנפרסה בפניו על ידי הצדדים עצמם.

ביסוסה של אותה סמכות טבועה כאמור, נעשתה דרך כך שהצבענו על הוראות חקיקה שונות, שלגישתנו מלמדות על אודות קיומה של אותה סמכות טבועה, הקיימת ביתר שאת בענייני סדרי דין; וכן, באמצעות בחינת השימוש הדומה שנעשה בסמכות זו בעניין קוזלי. בתוך אלו, ביקשנו ללמוד באופן קזואליסטי מהן התכליות העומדות ביסוד החלטותיו של בית המשפט לפנות לקבלת עמדת המאסדר – ועל פי רוב וככלל, הגענו לכדי מסקנה כי תכליתה של פנייה זו היא לסייע לבית המשפט בפריסת מלוא היריעה וקבלת התמונה המלאה, על בסיסן יהיה בידו להגיע לתוצאה הצודקת במקרה הפרטני שלפניו. מכל אלו למדנו – כי המסקנה המתחייבת היא שלבית המשפט קיימת סמכות זו.

לאחר שמצאנו וביססנו את מקורות הסמכות, פנינו לבחון האם ראוי לעשות שימוש בסמכות זו, ואם כן – אז אימתי. לצורך מענה לשאלה זו, מצאנו לבחון את התכליות הניצבות בבסיסו של מוסד "ידיד בית משפט". בחינה זו הובילנו למסקנה כי תכליות אלו דומות ביותר לתכליות הניצבות בבסיס הפנייה למאסדר – כפי שזו מנומקת על ידי בתי המשפט. מכך, גיבשנו עמדתנו לפיה ניתן וראוי ללמוד ולהקיש מן המבחנים שנקבעו בפסיקה לעניין "ידיד בית משפט", גם לעניין הפנייה למאסדר. בחינת הנעשה במדינות המשפט המשווה חיזקה מסקנתנו זו, שעה שמצאנו כי קיימת קירבה רבה בין שתי סוגיות אלה ואף טשטוש ביניהן – גם במשפט המשווה.

בהתאם לכך סיכמנו, כי אנו סבורים, שכאשר נדרש בית המשפט להכריע בשאלה האם עליו להורות למאסדר להגיש את עמדתו, נכון כי המבחנים שינחו החלטתו זו יעשו בראי אבני הדרך הבאות: **ראשית**, האם ניצבת בפני בית המשפט שאלה עקרונית החורגת מנסיבות הסכסוך שניצב בין הצדדים הטוענים לפניו; **שנית**, האם קבלת עמדת המאסדר תוכל לסייע להעמקת הדיון והבהרתו באופן הנדרשים לצורך הכרעת בית המשפט בהליך (תוך שימת לב לשאלה האם המידע אותו יציג המאסדר יהיה בו כדי לחדש ולחרוג מהמידע שכבר מונח לפני בית המשפט); **ושלישית**, האם אין בקבלת עמדת המאסדר כדי להכביד באופן ממשי על ניהול ההליך.

אנו מקווים שיהיה במאמר זה כדי לסייע הן בהבנה שלמה יותר על אודות הפרקטיקה שהתגבשה והפכה שגורה, בדבר פנייה למאסדר בהליך שהוא אינו צד לו; והן במישור המעשי, דרך קביעת

אמות המידה ואבני הדרך שיסייעו לגישתנו לבית המשפט להכריע בשאלה מתי עליו להפעיל  
סמכותו זו.