

# ניצול לרעה של הליכים משפטיים בישראל\*

משה בר ניב (בורנובסקי) ורון לחמן\*\*

- א. מבוא
- ב. ניצול לרעה של הליכי משפט
  1. ניצול לרעה של הליכים וכללי תום-הלב הדיוניים
  2. ההשפעות השליליות של ניצול הליכים משפטיים לרעה
    - 2.1. ניצול לרעה של הליכים פוגע במישרין בצד האחר להליך השיפוטי
    - 2.2. פגיעה במערכת בתי המשפט – בזבוז זמנו של בית המשפט ופגיעה ביכולתו לעשות צדק, וכנגזרת מכך נפגע מעמדו של בית המשפט בעיני הציבור
    - 2.3. פגיעה בנזקקים פוטנציאליים לשירותי בתי המשפט
    - 2.4. השפעה על התנהגות הפרטים והפירמות במשק
- ג. היקף ניצול הליכים לרעה בישראל – הערכת עורכי דין
  1. מידת הניצול לרעה של הליכי משפט – ממצאים
  2. ניצול לרעה של הליכים לאורך זמן
- ד. גורמי רקע הקשורים להערכת הניצול לרעה של הליכים
  1. ותק עורכי הדין והערכתם את ניצול הליכי משפט לרעה
  2. תחום התמחות עורכי הדין והערכתם את ניצול ההליכים לרעה
    - 2.1. הערכות הניצול לרעה של הליכים – סנגורים לעומת קטגורים
    - 2.2. תדירות ההופעה בבית המשפט והערכת ניצול הליכים לרעה
    - 2.3. הערכת מידת ניצול ההליכים לרעה על-פי מחוז העיסוק
    - 2.4. מגדר עורכי הדין והערכת ניצול הליכים לרעה

---

\* תודתנו נתונה ליחידת המחקר שליד בית הספר למנהל עסקים, המסלול האקדמי, המכללה למינהל, על מימון הסקרים עליהם מתבסס מאמר זה ועל מימון חלקי של מאמר זה. תודה גם למרכז הבינתחומי, הרצליה, על מימון חלק ממאמר זה. אנו מודים ליוסי גנאל ולעדי הר-ציון על עזרתם בעבוד הנתונים ובהכנת המאמר.

\*\* משה בר ניב הוא פרופסור למשפטים, ביה"ס רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה; רן לחמן הוא פרופסור (אמריטוס) לארגון וניהול, ביה"ס למנהל עסקים, המסלול האקדמי המכללה למינהל.

ה. סיכום

נספח א

**א. מבוא**

במאמר זה אנו מבקשים לבחון עד כמה מתקיימת במערכת המשפט בישראל תופעה של ניצול לרעה בהליכים משפטיים על ידי צדדים להליכים אלה.<sup>1</sup> ממדי התופעה יש בהם כדי להעיד, במידה רבה, על מידת ההוגנות של הצדדים, על יושרת עורכי הדין, על טוהר ההליך השיפוטי וגם על איכותה של מערכת השפיטה. לפיכך חשוב לברר מהו היקף התופעה בישראל ולהבין אם מדובר בתופעה יציבה וממושכת או בתופעה זמנית או חד-פעמית. למרבה הפליאה, למרות חשיבותה, כמעט אין מחקרים אמפיריים של הסוגיה. במובן זה מחקרנו הוא ראשוני ומציג תמונת מצב מחקרית של היקף הניצול לרעה של הליכים משפטיים בישראל.

מעצם הביטוי "ניצול לרעה" בהליכים משפטיים ברור שמדובר בתופעה שלילית ולא רצויה שיש לה השפעות שליליות מהותיות הן על המתדיינים הן על בתי המשפט הן על הרווחה החברתית הכוללת. להבנת היקף התופעה והתפתחותה במרוצת השנים יש אפוא חשיבות מעשית ותיאורטית כאחת. זיהויה והבהרתה יכולים לסייע לרגולטור ולהנהלת בתי המשפט בגיבוש מדיניות היכולה להביא לבלימה או לצמצום של התופעה והשפעותיה השליליות. לפיכך אם יתחוויר שהשימוש לרעה בהליכי משפט הוא נרחב, אף הכללים שתכליתם לצמצם את התופעה, צריכים להיות חמורים ומרתיעים יותר.

להבנת היקף התופעה של שימוש לרעה בהליכים משפטיים יש חשיבות מיוחדת בעת הזו בגלל הרפורמה המוצעת בסדרי הדין האזרחי שתכליתה "לייעל, לפשט ולקצר את ההליכים האזרחיים תוך קיומו של הליך ראוי והוגן".<sup>2</sup> ניהול ההליכים האזרחיים בהוגנות משמעו, בין היתר, צמצום היקף השימוש לרעה בהליכי משפט או אף מניעתו לחלוטין. לנוכח מטרת הרפורמה, יישומן בכללים שינוסחו בה ראוי שיתחשב במציאות בשטח – היקף התופעה של שימוש לרעה בהליכי משפט. ככל

<sup>1</sup> בהליכים המשפטיים משמשים שני ביטויים לתיאור התופעה: ניצול לרעה של הליכי משפט ושימוש לרעה בהליכי משפט. במקרים רבים הביטויים משמשים בערבוביה באותו פסק דין, ולעתים אף באותה פסקה בפסק הדין. ראו לדוגמה: ע"א 8340/10 מ.ו. השקעות בע"מ נ' רשות המיסים בישראל – משרד האוצר (פורסם בנבו, 30.1.2013); ע"א 2273/02 חברת פסל בע"מ נ' חברת העובדים השיתופית הכללית בארץ ישראל בע"מ, פ"ד נח(2) 36 (2003) (להלן: עניין פסל). אנו נשתמש בשניהם.

<sup>2</sup> דברי הסבר לטיטוט תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ה-2014, 1. זמין ב- [www.tazkirim.gov.il/Tazkirim\\_Attachments/42226\\_x\\_AttachFile.doc](http://www.tazkirim.gov.il/Tazkirim_Attachments/42226_x_AttachFile.doc) (נבדק לאחרונה ב-12.8.2016).

שהיקף זה רחב יותר, וככל שיימצא כי שימוש לרעה בהיקף ניכר מאפיין את ההליכים בבתי המשפט לאורך זמן, כך יש לכלול ברפורמה הוראות עקרוניות ומעשיות מפורטות שירתיעו מפני שימוש לרעה בהליכי משפט. ואכן, בתיאור עקרוניות היסוד של הרפורמה המוצעת מודגש כי כלליה מכוונים להביא "למניעת התנהלות של צד באופן שיש בה משום שימוש לרעה בהליך השיפוטי"<sup>3</sup>. לפיכך נוסח התקנות המוצעות קובע את ארבעת עקרוניות היסוד של סדר הדין האזרחי ובהם עקרון היסוד: "לא יעשה בעל דין או בא כוחו שימוש לרעה בהליכי משפט"<sup>4</sup>.

נתונים שיטתיים באשר להיקף התופעה של שימוש לרעה בהליכי משפט אינם נמצאים, ומחקר זה הוא הראשון שמציג את הנתונים על היקף התופעה האמורה בכללותה. חשיפת היקפה של התופעה והבנת השפעותיה חשובות כשלעצמן, אולם בעייתי זה תוצאות המחקר יכולות לסייע בגיבוש הנוסח הסופי של הרפורמה המוצעת. הרפורמה בסדר הדין האזרחי מסמיכה את בית המשפט לנקוט סנקציות חמורות, ולעתים אף קיצוניות, כנגד שימוש לרעה בהליכי משפט. כך יוסמך בית משפט לחוקר כתב טענות (או חלקן) של צד שהשתמש לרעה בהליכי משפט,<sup>5</sup> וכן יוכל לחייב צד, או את בא כוחו, בתשלום הוצאות.<sup>6</sup> הרפורמה מרחיבה את סמכות בתי המשפט לבקר טקטיקות של שימוש לרעה, וקובעת סעדים משמעותיים למדי בקשר לכך. הקניית סמכויות כאלה, אשר לעתים אף פוגעות בזכות היסוד של גישה לערכאות, מוצדקת ואולי אף הכרחית אם יתחוויר כי היקף השימוש לרעה בהליכי בית המשפט הוא ניכר. מכאן חשיבותו של מחקר זה הבוחן את ממדי התופעה.

נקודת המוצא במחקרנו כאן היא שיש חשיבות רבה לבחינת תופעת הניצול לרעה של הליכים משפטיים, דווקא מנקודת ראותם של עורכי הדין. לעורכי הדין מידע נרחב ביותר באשר להיקף תופעה זו: הם משתתפים בהליכים משפטיים רבים; הם מתכננים ומיישמים טקטיקות דיוניות ומודעים לטיבן, דהיינו אם יש בהן משום שימוש לרעה אם לאו; הם גם נחשפים לבעיית השימוש לרעה כשהם מייצגים צדדים שכלפיהם ננקטות טקטיקות שימוש לרעה על ידי הצד שכנגד. לעתים יש ברשות עורכי דין גם מידע פרטי וחסוי על התנהגות הלקוח (למשל, הידיעה אם נקיטת הליך הביניים עניינית או שהיא נועדה לעכב את ההליך), מידע שאינו ידוע לאיש מלבדם במערכת. לטענתנו להבדיל מהשופטים, שלא בהכרח נחשפים למלוא היקף התופעה אלא במקרים שבהם נטענת טענה בנושא, עורך הדין מצויד במידע המקיף ביותר בנושא. מכיוון שמרבית עורכי הדין פועלים משני צדי המתנס, המידע שברשותם שלם ומקיף יותר. לפיכך המידע הנאסף מסקר המופנה לעורכי הדין הוא המהימן ביותר ומיטיב

3 שם, בעמ' 4.

4 שם, תק' 4, בעמ' 14.

5 שם, תק' 47, בעמ' 29.

6 שם, תק' 156, בעמ' 60.

לשקף את התופעה.

הבסיס למחקר הוא תשובות לשאלון סקר שהפנינו בשנת 2010/11 ל-2,890 עורכי דין בישראל.<sup>7</sup> המחקר בוחן את נושא השימוש לרעה בהליכי משפט משני היבטים: היבט כרונולוגי והיבט מקצועי. ההיבט הראשון מסתמך על נתונים מתשובות לשאלוני סקר זהים שהפנינו לעורכי דין עשור קודם לכן (בשנת 1999).<sup>8</sup> התופעה נבחנת אפוא לאורך פרק זמן של כעשור, כשכל המשיבים לסקרים הם עורכי הדין שהיו רשומים בלשכת עורכי הדין בישראל בשנות הסקר. ההיבט השני הוא שתשובות עורכי הדין לסקר האחרון (2010/11) נבחנות לאורם של כמה אפיוני רקע מקצועיים שיכולים להיות קשורים לנקודת הראות של אותם עורכי דין ובהם ותק מקצועי וסוג ההתמחות המשפטית וכדומה.

המתודולוגיה של מחקר אורך (Longitudinal Study) מאפשרת בחינה של הנושא על פני משך זמן ומעקב אחר שינויים שחלו במרוצת הזמן. זאת להבדיל מרוב המחקרים, הבוחנים סוגיה בנקודת זמן אחת ומספקים "צילום רגעי" של המצב ואין לדעת אם הוא מתמשך או אקראי וחולף. מיותר להדגיש את חשיבותה של בחינה ממושכת, בייחוד כאשר מדובר בתכנון שינויים מבניים המיועדים לטפל בתופעה שמהותה ומאפייניה טרם נבדקו לאשורם.

## ב. ניצול לרעה של הליכי משפט

אין הגדרה מדויקת לתופעת "השימוש לרעה" בהליכי משפט או "הניצול לרעה" שלהם.<sup>9</sup> הפסיקה הבהירה חזור והבהר כי "יש להודות כי גבולות המושג של שימוש לרעה בהליכי משפט אינם תמיד ברורים. זאת, מאחר וקיים קושי מובנה לתחום מראש את מגוון המצבים והפעולות שייחשבו שימוש לרעה".<sup>10</sup> אך שאין הגדרה מדויקת, ברור כי שימוש לרעה בהליכי משפט נועד להשיג לאחד הצדדים יתרונות בלתי מוצדקים בהליך המשפטי. שימוש בהליכים כאלה יכול לשפר את מעמדו של צד במשפט (בהיבט פרוצדורלי או מהותי), או להכביד על הצד האחר (למשל, הגדלת הוצאותיו של הצד האחר) באופן שיגדלו סיכויי הצלחתו במשפט עקב שימוש לרעה זה. אין מדובר דווקא בטקטיקות בלתי חוקיות או הסותרות את כללי הדיון החוקיים והפסוקים בלבד, אלא מדובר גם בטקטיקות שעל פניהן הן אפשריות, אך בנסיבות

<sup>7</sup> הסקר נערך בסוף שנת 2010 ואיסוף הנתונים גלש לתחילת שנת 2011.

<sup>8</sup> בשאלוני הסקרים האמורים, שנעשו נאספו נתונים רבים הנוגעים לעמדותיהם והערכותיהם של עורכי הדין בישראל באשר למערכת המשפט, וביניהם הערכתם עד כמה יש ניצול לרעה של הליכים, נושא הנבחן כאן.

<sup>9</sup> כאמור אין אחידות בשימוש במושגים הללו בפסיקה. ראו: לעיל ה"ש 1.

<sup>10</sup> ע"א 8166/11 חברת אלי ראובן בנייה והשקעות בע"מ (בפירוק) נ' נ. אלה ובנייה חברה קבלנית לבניין (1972) בע"מ (פורסם בבנו, 12.4.2015) (להלן: עניין חברת אלי ראובן בנייה והשקעות).

נקיטתן הן נתפסות בלתי ראויות.

מאחר שאין כיום בדין הגדרה חד-משמעית של מהות הפעולות המהוות שימוש לרעה בהליכים, קשה למדי לצפות מראש את כל המקרים שבהם תסווג התנהגות או תסווג נקיטת טקטיקה דיונית כניצול לרעה. אכן, הפסיקה חזרה והבהירה את הקושי האמור וקבעה כי "שאלת השימוש לרעה בהליכי משפט צריכה להיבחן בכל מקרה ע"פ נסיבותיו".<sup>11</sup> כלומר בדומה לעקרון תום הלב במשפט הפרטי, כך אף בתחום הדיוני, תפיסת הפסיקה היא כי לא מעשי לקבוע מבחן כוללני שגבולותיו ברורים לשם הגדרת השימוש לרעה, אלא מדיניות הפסיקה היא לבחון כל מקרה לגופו.

הכללים שפותחו לשם בקרת השימוש לרעה בהליכי משפט הם בעיקרם סטנדרטיים, כלומר כלליים בניסוחם ומתוך כך גמישים ויכולים להתאים לנסיבות המשתנות של הטקטיקות המגוונות שצדדים נוקטים בניהול לא הוגן של ההליכים המשפטיים. אי-הבהירות בגבולות ההגדרה מעניקה גמישות בהחלת הכלל על ידי בתי המשפט. מאידך גיסא, גם היקף השימוש לרעה בהליכי משפט עלול להיות מושפע מאי-הבהירות שבהגדרה. מצב זה גם ממריץ התנהגות אופורטוניסטית. בשולי אי-הבהירות נוצר כר נרחב לשימוש בטקטיקות הפוגעות ביריב ובהליך השיפוטי אף שקשה להגדירן מראש.

נוסף על כך, בשלבים הראשונים של המשפט כאשר צד נוקט טקטיקה של שימוש לרעה, לא תמיד בתי המשפט יכולים לזהות שאכן מדובר בהתנהגות אופורטוניסטית ולא בטקטיקה דיונית שבדיעבד תתברר כלגיטימית. גם בחינה בדיעבד אם התנהגות דיונית מסוימת במהלך המשפט הייתה בלתי ראויה, אינה כה פשוטה, בין היתר בשל אסימטריה במידע בשלבים הראשונים של ההליכים. אמנם בתי המשפט מתמחים בבדיקה וזיהוי של התנהגויות אלה כחלק ממהות תפקידם, אך לא ברור עד כמה הם מצליחים לזהות ולמנוע שימוש לרעה בהליכים.

הדין מכיר בחשיבות הזכויות הדיוניות המוקנות לצד כדי שיוכל לממש את זכויותיו המשפטיות. מכאן שמדיניות שיפוטית מחמירה כלפי שימוש לרעה בהליכי משפט מעוררת חשש מפני הרתעת יתר שתביא לידי ויתור על הליכים לגיטימיים. זהירות זו, והקושי לזהות ולחשוף ניצול לרעה, עלולים ליצור תת-אכיפה של המדיניות למיגור הניצול לרעה בהליכי משפט, ומנגד לגרום להרתעת יתר מפני נקיטת הליך שדני הפרוצדורה מאפשרים את הפעלתו ההוגנת.<sup>12</sup> הדבר עלול להביא

<sup>11</sup> רע"א 9810/05 Hecke נ' Pimcapco Limited, פס' 18 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 30.8.2009); ראו עוד את דברי הנשיאה ביניש (כתוארה אז) באשר לטענת ניצול לרעה של הליכים, בבג"ץ 5918/07 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד סג(2) 247, פס' 41 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2009); ראו גם: בש"א 6479/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' שנפ, פס' 5 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 15.1.2007) (להלן: עניין שנפ).

<sup>12</sup> "גם אם עשויה לעמוד לבעל-דין עילת תביעה בגין התרשלות של אחר בהליך שיפוטי – התרשלות שגרמה לו נזק – הרי שלא בנקל יטיל בית המשפט אחריות שכזו". עניין פסל, לעיל

לידי אי-מיצוי זכויות של צד בהליך, בשל החשש שנקיטת טקטיקה משפטית מסוימת תוגדר "כניצול לרעה". במילים אחרות, האינטרס החברתי שכל צד להליך המשפטי יוכל למצות את זכויותיו, עלול להיפגע.<sup>13</sup> הרחבה של המדיניות השיפוטית למיגור השימוש לרעה בהליכים, במיוחד בנסיבות של עמימות בהגדרת ההתנהגות ובמבנה התרופות, עלולה אפוא לגרום לכך שצדדים יחששו לנהל את ההליך בצורה מיטבית מבחינתם.

## 1. ניצול לרעה של הליכים וכללי תום-הלב הדיוניים

היריבות בין המתדיינים ניצבת בלב ההליך השיפוטי בישראל,<sup>14</sup> וכל צד מבקש להשיג תועלת מרבית לעצמו על חשבון הצד האחר. בתחום המשפט האזרחי מדובר בהליך שבו הצד הזוכה "מתעשר" על חשבוננו של הצד שהפסיד. גם מבנה ההליכים הפליליים מבוסס על יריבות בין המאשימה (המדינה) לנאשם: הנאשם עלול לשאת סנקציה שתוטל עליו, ואילו המאשימה מבקשת לשרת את האינטרס הציבורי להתרועע עבריינים ולהענישם. בנסיבות מבניות כאלה, המועצמות על ידי השיטה האדוורסרית, המוטיבציה של כל צד להליך היא להשיג את המרב האפשרי, דהיינו לזכות בהליך על חשבון הצד האחר. במתכונת זו, צדדים המבקשים להשיג תועלת מרבית, צפויים להתנהג באופן אופורטוניסטי ולשאוף להשגת הישגים ככל שהליכי המשפט יאפשרו, ולעתים אף תוך שימוש בהליכים לרעה כדי להגביר את יתרונם. מלכתחילה התבססו בתי המשפט בישראל על דוקטרינת הסמכות הטבועה, שיסודה במשפט האנגלי, ופיקחו על מהלכים דיוניים שיש בהם שימוש לרעה בהליכי משפט. ב-1981 הצייע השופט ברק להרחיב את תחולת דוקטרינת תום-הלב<sup>15</sup> מתחום

<sup>13</sup> ה"ש 1, בעמ' 45; ראו גם: "יש להיזהר בהטלת חובות יתר על בעל דין בהקשר של פתיחה בהליכים". ע"א 1617/04 כים ניר שירותי תעופה בע"מ נ' הבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ, פס' 31 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 29.6.2008).

<sup>14</sup> "הנה כי כן, בית המשפט יפעיל את סמכותו למתן סעד בגין התנהלות דיונית חסרת תום-לב בהתחשב במכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין, ובהם: שמירה על הגינות ההליך השיפוטי והגנה על התכליות המונחות בבסיס סדרי הדין מחד-גיסא; אל מול זכות הגישה לערכאות וזכותו של בעל דין לקבל הזדמנות מלאה לבירור עניינו בבית-המשפט מאידך-גיסא". עניין שנפ, לעיל ה"ש 11, פס' 8 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

<sup>14</sup> גם בהיבטים אינקוויזיטוריים ששולבו בשיטה. להרחבה ולדין ראו: ארנה רבינוביץ'-עיני ודורון דורפמן "שימוש לרעה וחוסר תום לב בהליך אזרחי: הפער שבין מודל דינוי פוסט-אדברסרי למודל ייצוג מסורתי" ספר שלמה לויין 255 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013).

<sup>15</sup> אכן, השימוש בעקרון תום הלב כמקור לבקרת ניצול לרעה של הליכים, מאפשר גמישות בתחומת גבולות לטקטיקות שהצדדים נוקטים. בכך השתתת הבקרה השיפוטית על עקרון תום הלב משרתת את בתי המשפט בתגובתם על מצבים שונים של ניצול הליכים. אולם ספק אם יש בעיקרון תום הלב כדי לשמש בסיס מספיק לכל מצבי הניצול לרעה. תום הלב עניינו הוגנות

המשפט הפרטי ולהחילה גם על המשפט הדיוני.<sup>16</sup> הפסיקה אימצה גישה זו כהלכה מחייבת בתחום סדרי הדין.<sup>17</sup> בעקבות זאת ביססו בתי המשפט את סמכותם לבקר טקטיקות פרוצדורליות, ובכללן את השימוש לרעה בהליכים, גם על דוקטרינת תום הלב.<sup>18</sup> לפיכך, בעלי הדין נדרשים לפעול באופן סביר והוגן זה כלפי זה ואף כלפי בית המשפט.<sup>19</sup>

מחובת תום הלב ניתן לגזור כללי הוגנות בניהול ההליך השיפוטי על ידי הצדדים, לרבות כללים הנוגעים לשימוש לרעה בהליכי משפט. השתתת הדין בסוגיה על דוקטרינת תום הלב מאפשרת גמישות והתאמה למיני שימוש לרעה בהליכי משפט.<sup>20</sup> דוקטרינה זו מרחיבה את מקור הסמכות של בתי המשפט לטפל בבעיות של ניצול לרעה בהליכים, בהוסיפה מקור סמכות שיסודו בדין המהותי למקור הסמכות

---

היחסים שבין צדדים לזכות או לחובה; אולם לניצול לרעה של הליכים יש היבטים החורגים מתחום האינטרסים הישיר של המתדיינים וזכויותיהם, וספק רב אם יש בעקרון תום הלב מענה להם. מכיוון שהשתתת התיאורטית של סמכויות בתי המשפט בנושא חורגת מתחום המאמר, לא נעמיק כאן בסוגיה זו.

<sup>16</sup> "אין התקנה קובעת, כיצד על בעל הדין להפעיל את שיקול-דעתו. לדעתי, הפעלת שיקול-דעת זה צריכה להיעשות 'בדרך מקובלת ובתום לב' (סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973), דהיינו, כפי שבעל דין 'בעל מטען הגינות סביר' [...] היה מתנהג בנסיבות העניין [...] חובתו זו של בעל דין להפעיל את כוחותיו המשפטיים-דיוניים 'בדרך מקובלת ובתום לב', מטילה עליו את החובה לפעול, כפי שבעל דין הגון וסביר היה פועל במקומו. המבחן לפעולתו זו אינו מבחן סובייקטיבי, ואינו מותנה בגישתו האינדיבידואלית של בעל הדין באשר לנכון ולראוי". בר"ע 305/80 **שילה נ' רצקובסקי**, פ"ד לה (3) 449, 461 (1981). בהמשך התקבלה עמדה זו והפכה להלכה פסוקה.

<sup>17</sup> עקרון תום הלב הוא עקרון על בשיטתנו המשפטית, "אשר מצודתו פרושה [...] על כלל המערכת המשפטית בישראל". ע"א 700/81 **פז נ' פז**, פ"ד לח (2) 742, 736 (1984) (להלן: עניין פז); וראו: עניין **שנפ**, לעיל ה"ש 11, פס' 4 לפסק דינה של הנשיאה ביניש "מעקרון זה נגזר כי על בעלי הדין להפעיל את הזכויות והחייבים המעוגנים בכללי הפרוצדורה האזרחית בדרך מקובלת ובתום-לב. עליהם לפעול באופן סביר והוגן במסגרת ניהול הליכי המשפט וזאת בהתחשב במכלול נסיבות העניין"; ראו גם: רע"א 2919/01 **אורוביץ נ' ליפה**, פ"ד נה (5) 592, 596 (2001) (להלן: עניין **אורוביץ**).

<sup>18</sup> מרכיבי החובה לנהוג בתום לב מותווים בדין ובפסיקה, ובדרך כלל הזכויות מתוות את רמת ההוגנות הנדרשת מבעלי הדין בעת השימוש בזכויות הדיוניות. כך, לדוגמה, הדין יכול לקבוע כי שקיפות ההליך הדיוני מאפשרת לצדדים להגיש שאלונים זה לזה, אך הנסיבות והאופן שבו יוגשו הם עניין להסדרה פסיקתית לרבות באמצעות דוקטרינת תום הלב.

<sup>19</sup> עניין **פז**, לעיל ה"ש 17; עניין **אורוביץ**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 598-597; בר"ע 1415/04 **סרביאן נ' סרביאן**, פ"ד נט (2) 440, 444 (2004); ע"א 9542/04 **רותם חברה לביטוח בע"מ נ' נחום** (פורסם בנבו, 2.1.2006).

<sup>20</sup> מחיר הגמישות, הנגזרת מדוקטרינת תום הלב, הוא אי-ודאות באשר לגבולות הדוקטרינה ולמתכונת הפעלתה בנסיבות ספציפיות. להצעת עקרונות להטלת חובת תום הלב במשפט הדיוני האזרחי, ראו: דודי שוורץ **סדר דין אזרחי – חידושים, תהליכים ומגמות** (תשס"ז) עמ' 66 ואילך.

הפרוצדורלי-המקורי – הסמכות הטבועה.

משהוחלו כללי תום הלב על הזכויות הדיוניות, הורחבה האפשרות לפקח על הטקטיקות הדיוניות הננקטות על ידי הצדדים וה"נגועות" בחוסר הוגנות. אם פגיעה בהוגנות ופגיעה בציפיה להתנהגות דיונית סבירה והוגנת באות בגדר הבקרה השיפוטית, קל וחומר שהתנהגות שיש בה ניצול לרעה בהליכי משפט, הפוגעת בצדדים הוגנים ובמערכת המשפט ובמטרותיה, באה בגדרה. לפיכך במרבית המקרים, יוגדר ניצול לרעה בהליכים גם כהתנהגות שאינה הוגנת על פי נורמת תום הלב. נקל אפוא להבין את גישת היסוד של הפסיקה, אשר ראתה הניצול לרעה בהליכים מקרה פרטי של הפרת חובת תום הלב, בקבעה כי "מחובת תום הלב נובע האיסור על שימוש לרעה בהליכי משפט".<sup>21</sup>

החלת תורת תום הלב גם על השימוש בזכויות הדיוניות לא ייתרה את השימוש במקור הסמכות המקורי, הסמכות הטבועה, לשם בקרה שיפוטית על שימוש לרעה בהליכי משפט. לאחרונה חזר בית המשפט העליון והבהיר כי "לבית המשפט קנויה סמכות טבועה למנוע שימוש לרעה בהליכי משפט".<sup>22</sup> אין חולק על סמכותו של בית המשפט לקיים בקרה על ניהול ההליכים לפניו,<sup>23</sup> באופן שלא יעוותו בתחבולות פרוצדורליות, או במהלכים הפוגעים במערכת בתי המשפט ובצדדים אחרים להליך. סמכות זו נשתיירה, ומקבילה לה סמכות הבקרה מכוח כללי תום הלב.

עצם פיתוח כללי סמכות וסעדים הנגזרים מהם, שאינם מעוגנים בחוק, הוא מהלך נועז של הרחבת סמכות בתי המשפט לפקח על התנהגות הצדדים למשפט. ניתן

<sup>21</sup> בע"א 513/89 Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros. S.A., פ"ד מח(4) 133, 199 (1994); עניין **שנפ**, לעיל ה"ש 11, פ"ס 5 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

<sup>22</sup> עניין **חברת אלי ראובן בנייה והשקעות**, לעיל ה"ש 10, פ"ס 22 לפסק דינו של הנשיא גרוניס; ראו עוד: רע"א 1574/11 **שטראוס שיווק בע"מ נ' אורמן**, פ"ס 14 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 14.7.2011); עניין **שנפ**, לעיל ה"ש 11, פ"ס 6–8 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

<sup>23</sup> אין חולק כי לצד האיסור על שימוש לרעה בהליך השיפוטי, מסורה בידי בית-המשפט סמכות טבועה למתן סעד דיוני בגין ניצול לרעה של הליכי משפט. סמכות זו הינה חלק מהסמכויות הנתונות בידי בית-המשפט בשל עצם אופיו של המוסד השיפוטי ולשם הסדרת התנהלותו התקינה של הדיון השיפוטי, במטרה לאפשר לבית-המשפט להכריע בסכסוכים המובאים בפניו. מדובר ב'אותה סמכות מינימאלית בענייני נוהלי יעילות המשפט וצידקתו, הדרושה לבית המשפט כדי שיוכל למלא את התפקיד שלמענו הוא קיים: עשיית משפט צדק' סמכות זו היא הביטוי החיצוני לחוש הצדק הפנימי שהשופט ניהן בו והנותן לו פורקן בעשיה היומיומית שלו [...]"; ע"א 230/87 **שקולניק נ' זכאי**, פ"ד מו(3) 285, 279 (1992) המביא מדברי השופט ברנזון בד"נ 22/73 **בן שחר נ' מחלב**, פ"ד כח(2) 89, 96 (1974); עניין **שנפ**, לעיל ה"ש 11, פ"ס 6 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; רע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה(1) 199, פ"ס 19 לפסק דינו של השופט חשין (2001) (להלן: פרשת **רוקר**); ע"א 539/78 **לואל נ' לויס**, פ"ד לד(4) 286, פ"ס 7 לפסק דינו של השופט לרין (1980); בג"ץ 3914/92 **לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל אביב-יפו**, פ"ד מח(2) 491, פ"ס 8 לפסק דינו של השופט ברק (1994); ע"א 6185/00 **חנא נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(1) 366, פ"ס 15–16 לפסק דינו של השופט חשין (2001).



להבינו על רקע החשיבות שייחסה הפסיקה למניעה או להפחתה של תופעת הניצול לרעה בהליכים.<sup>24</sup> כללי סמכות טבועה מאפשרים לבתי המשפט להעניק סעדים דיוניים כדי למנוע או להפחית התנהגות אופורטוניסטית של הצדדים להליך השיפוטי.

## 2. ההשפעות השליליות של ניצול הליכים משפטיים לרעה

לניצול לרעה בהליכים משפטיים השפעות שליליות רבות, אך בתמצית ניתן לציין לפחות כמה מהמרכזיות בהן: (א) פגיעה בצד האחר להליך; (ב) פגיעה ישירה ועקיפה במערכת בתי המשפט; (ג) פגיעה בנזקקים פוטנציאליים לשירותי המערכת; (ד) השפעה על התנהגות גורמים במשק.

### 2.1 ניצול לרעה של הליכים פוגע במישרין בצד האחר להליך השיפוטי

ניצול בהליכים לרעה גורם נזק כפול לצד שטקטיקה זו ננקטת כלפיו: פגיעה בזכויותיו המהותיות; עלויות מיותרות (ישירות ועקיפות), הנובעות מייקור ניהול ההליך המשפטי של הצד ההוגן. כך, לדוגמה, השימוש לרעה יכול להתבטא בנקיטת הליכי סרק המחייבים את הצד ההוגן לשלם שכר טרחה נוסף, לשאת בעלויות הכנת חומר והתכוננות לדיון, להקדיש זמן להליך הסרק, ולהינזק מהתמשכות ההליכים המשפטיים ואי-פתרון העניין. באופן זה, הצד שאינו הוגן מעמיס על הצד ההוגן עלויות עסקה נוספות ומיותרות. ממילא ערך ההליך המשפטי לצד ההוגן יורד, שכן מן הרווח הצפוי לו יש להפחית את העלויות הנובעות מניצול לרעה בהליכים. ניצול לרעה בהליכים יכול אף להביא לידי עיוות תוצאות ההליך לרעת הצד ההוגן, שזכויותיו המשפטיות לא ימוצו במלואן בפסק הדין, או שלא יזכה, במועד או בכלל, בסעדי ביניים שהיה זכאי להם.

בין שמדובר בניצול לרעה המשפיע על מהלך הדיון ובין שמדובר בהשפעה על תוצאתו של הדיון, השימוש לרעה מצמצם את התועלת הצפויה לצד ההוגן מן ההליך המשפטי. בשני המקרים, הגדלת עלויות ניהול ההליך או ירידת סיכויי הזכייה, יורדת התועלת הצפויה לצד ההוגן מניהול ההליך המשפטי, וממילא פוחתת כדאיות ניהול ההליך המשפטי לשם הגנה על זכויותיו של הצד ההוגן. זוהי פגיעה ישירה בצד האחר, שאם לא יוגן מפני ניצול לרעה, יסכים להתפשר בהסדר הפוגע בזכויותיו. מלבד ההשפעה הישירה, לשימוש שכיח לרעה בהליכים משפטיים יש גם השפעות רוחביות המתבטאות בירידת הכדאיות לאכוף זכויות משפטיות המשפיעה בתורה על

<sup>24</sup> שלמה לוינ תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד (מהדורה שניה, 2008) עמ' 62 ואילך; ראו גם: שם, פרשת רוקר, פס' 19 לפסק דינו של השופט חשין.

התנהלותם של שחקנים משפטיים בתנאים כאלה.

**2.2 פגיעה במערכת בתי המשפט – בזבז זמנו של בית המשפט ופגיעה ביכולתו לעשות צדק, וכנגזרת מכך נפגע מעמדו של בית המשפט בעיני הציבור**

כל מערכת המתנהלת באופן שיש בו כדי לאפשר שימוש לרעה בהליכים במסגרתה, נפגעת בשני מישורים עיקריים: בעלויות ניהול המערכת ובאבדן המוניטין שלה. העומס בבתי המשפט בישראל הוא רב. שימוש לרעה בהליכים מגביר את העומס ופוגע ביכולת המערכת השיפוטית לספק שירותים נאותים. הדבר מביא להגברת העומס ולירידה בתפוקות השיפוטיות, וממילא מביא גם לעלות הליך ועלות טיפול גבוהות יותר למערכת. כך, תפוקות מערכת בתי המשפט יורדות ככל שהליכי הניצול לרעה שכיחים יותר, ומנגד עלות בירורו של כל הליך עולה.

מערכת בתי המשפט בישראל לוקה בעומס והתהליכים בה מתמשכים יתר על המידה.<sup>25</sup> התמשכות ההליכים נתפסת זה עשורים כפגם מהותי ביותר הפוגע באמון הציבור בבית המשפט ומצריך פתרון. זכותו החוקתית של אדם היא שעניינו יתברר בבית המשפט בתוך זמן סביר.<sup>26</sup> בית המשפט העליון קבע כי כעניין של מדיניות, "על בית המשפט לעמוד על המשמר שמשפטים יתחילו ויסתיימו תוך זמן סביר ולא לתת יד להתארכות דיונים מקדמיים ובקשות לאחר דיונים אלו הגורמים ל'סחבת' בניהול המשפט ושמים מכשולים בפני עשיית הצדק".<sup>27</sup>

זאת ועוד, כאשר מדובר במערכת המשפט, הפגיעה במוניטין עקב הניצול לרעה בהליכים, חמורה ביותר ותוצאותיה יכולות להיות כבדות משקל. הלגיטימציה של מערכת המשפט נשענת, במידה רבה ביותר, על אמון הציבור. אם תופעת השימוש לרעה בהליכים שכיחה, סביר, כאמור, שתביא לעיוותי דין. ככל שהניצול לרעה בהליכים יגרום לעיוותים רבים יותר בהליך המשפטי ובתוצאותיו, כך גם יישחק אמון הציבור בבתי המשפט ותיפגע הלגיטימציה הציבורית שלהם. לא בכדי חזרו בתי המשפט והדגישו את החשיבות הרבה של אמון הציבור: "אמון הציבור ברשות השופטת הוא הנכס היקר ביותר שיש לה לרשות זו. זהו גם אחד מנכסיה היקרים ביותר של האומה".<sup>28</sup>

<sup>25</sup> יצחק אנגלרד "ראיון עם השופט בדימוס יצחק אנגלרד" **עלי משפט** ז 77, 79 (תשס"ט).

<sup>26</sup> משרד המשפטים **דין וחשבון הוועדה לבדיקת המבנה והסמכויות של בתי המשפט** (1980); משה בורנובסקי ורן לחמן "ישימות הבוררות כמנגנון להקלה בעומס על מערכת בתי המשפט בישראל" **הפרקליט** מ 269 (1992); משה בר ניב (בורנובסקי) ורן לחמן "הרפורמה בבתי המשפט בפרספקטיבה של זמן: עמדות עורכי הדין" **הפרקליט** מו 44 (2002).

<sup>27</sup> רע"א 890/98 **פז רן השקעות בע"מ נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 18.2.1998).

<sup>28</sup> בג"ץ 732/84 **צבן נ' שר הדתות**, פ"ד מ(4) 141, 148 (1986) וראו שם גם: "תנאי חיוני לקיומה של רשות שופטת עצמאית, בלתי תלויה, הוא באמון הציבור. זהו אמון הציבור בכך, כי הרשות

בשל חשיבות הזרוע השיפוטית במבנה הדמוקרטי, אמון הצבור במערכת השיפוטית הנותן לה לגיטימציה, הוא עניין תשתיתי חיוני לחוסן מערכת בתי המשפט והחברה. על כן מובן כי שניצול לרעה בהליכי משפט חורג מאינטרס הפרט של הצדדים היריבים ומתפרס על פני תחומים רחבים של ערכים חברתיים ומשפיע על רווחת הכלל.

### 2.3 פגיעה בנזקקים פוטנציאליים לשירותי בתי המשפט

מבזבז זמנו של בית המשפט עקב ניצול ההליכים לרעה, המביא להתמשכותם שלא לצורך, נפגעים מתדיינים בתיקים אחרים, שעניינם אינו זוכה לטיפול מהיר ויעיל. כלומר מתכסיסי השימוש בהליכים לרעה לא רק נפגע הצד שכנגד בהליך המסוים, שעניינו מתברר באיחור או מתמשך עד כדי עיוות דין, אלא נפגעים גם מתדיינים פוטנציאליים הנוכחים שבתי המשפט עמוסים, ונוטים לפנות משום כך לדרכים אחרות לבירור מחלוקות, ובכללן הליכים חלופיים, שהם לא אחת יקרים יותר. במובן זה נפגעת זכותם הבסיסית של צדדים לבירור עניינם במערכת בתי המשפט.

### 2.4 השפעה על התנהגות הפרטים והפירמות במשק

לתופעה של ניצול לרעה בהליכים משפטיים יש גם השפעות עקיפות על הציבור והמשק. ככל שהתופעה חמורה ושכיחה יותר, פרטים וחברות כאחד יהיו מודעים יותר לתופעה ולהשפעותיה, ויתאימו לה את התנהגותם השוטפת. כלומר התנהגות המעורבים במערכת השיפוט והתנהלותם מושפעת מטיבה של המערכת: אם מערכת השפיטה מתנהלת כראוי או לוקה בשכיחות גבוהה של ניצול הליכים לרעה. ככל שהניצול לרעה של הליכים חמור יותר, התנהגות השחקנים המשפטיים מתרחקת מהמיטב (תת-אופטימלית). נניח, לדוגמה, כי הדין מוסדר באופן שהעלויות הכרוכות במניעת הנזק הצפוי מהפרת הדין תהיינה נמוכות מהנזק הצפוי מההפרה. הסדר כזה ממריץ להשקיע במניעת הפרות דין ומכוון את התנהגות הפרטים והחברות בהתאם. השחקנים המשפטיים יקפידו על רמה מיטבית של השקעה במניעת הנזק אם בתי המשפט אכן יתנהלו באופן שצד שהפר את הוראות הדין, יחויב בפיצוי (הגבוה מעלות המניעה), ואילו צד שציית להוראות הדין, לא יחויב בפיצוי. לעומת זאת אם יתברר כי בשל ניצול ההליכים לרעה, הדין מתעוות וגם למי שמציית להוראות הדין נגרם נזק, תרד המוטיבציה לציית להוראות הדין. הנזק יכול להתבטא גם בכך שצד לדיון ייאלץ להתפשר על זכויותיו, אף שבמערכת נקייה משימוש לרעה

השופטת עושה צדק על-פי הדין [...] בלא אמון הצבור לא תוכל הרשות השופטת לפעול". ראו עוד: בג"ץ 506/89 בארי נ' כוכנא-שבתי, פ"ד מד(1) 604 (1990).

לא היה נאלץ לעשות כן.

ברור כי עקב ניצול ההליכים לרעה, תפחת הנטייה למלא את חובת הזהירות, שהרי מה הטעם בהשקעה מיטבית במילוי חובת זהירות, אם הצד ההוגן עלול להימצא במצב שבו הוא נושא בעלויות הנזק, או חלקן, שלא היה אמור לשאת בהן? מכאן שניצול שכיח בהליכים לרעה משפיע לא רק על חלוקת ה"עוגה" בין הצדדים המתדיינים, אלא חמור מכך: התופעה מביאה לידי עיוות התנהגותם של פרטים וחברות בכל הנוגע לציות להוראות הדין.

מכל האמור לעיל עולה חשיבותו הרבה של זיהוי היקף השימוש לרעה בהליכים משפטיים: אם שיתחווור שזו תופעה רחבת היקף, על הרגולטור ועל מערכת בתי המשפט לבחון אותה בכובד ראש ולפעול למיגורה.

### ג. היקף הניצול לרעה בהליכים בישראל – הערכת עורכי דין

כאמור, על אף חשיבותה הברורה של תופעת הניצול לרעה בהליכי משפט, והשפעותיה על קיום הליכים הוגנים, לא מצאנו ספרות מחקר אמפירית בישראל על אודות השאלה אם ועד כמה התופעה של שימוש לרעה בהליכים נפוצה הלכה למעשה. מצאנו רק מחקר אחד הנוגע בעקיפין בנושא ועוסק בתחום קרוב: התנהגות עורכי הדין בדיונים בבתי המשפט מנקודת ראותם של השופטים.<sup>29</sup> אין במחקר האמור התייחסות ישירה לתופעה של שימוש בהליכים לרעה או אומדן של היקפה. לפיכך למיטב ידיעתנו, מחקרנו הוא המחקר האמפירי השיטתי הראשון שנעשה בישראל, המנסה לאמוד את תופעת ניצול ההליכים לרעה מנקודת ראותם של עורכי דין, מי שנוקטים טקטיקות כאלה.

מחקרנו מתבסס על ניתוח ממצאי סקרים שנערכו בקרב עורכי דין בישראל, בשני

<sup>29</sup> חמי בן נון, בועז שנור ואייל כתבן "תיקון אולם: התנהגויות מכבידות וכבוד בית המשפט" **המשפט** כ 11 (2014), העוסק בשאלה קרובה לנושא מחקרנו. שם נבדק מה חושבים 148 שופטים ורשמים בישראל על עורכי דין המופיעים לפניהם בבית המשפט, במישור היחסים שבין עורכי הדין לשופטים, ועד כמה התנהגויות עורכי הדין מפריעות לשופטים לנהל כראוי את ההליך השיפוטי. שם המחקר מתמקד בהתנהגות אישית "מכבידה" של עורכי דין בבתי המשפט ובתגובות השופטים להתנהגויות כגון התחצפות כלפי בית המשפט, שימוש בטלפון סלולרי, איחור לישיבות, הרמת קול ואלמוות פיזית. אמנם הייתה שם גם התייחסות להתנהגות הגובלת בניצול לרעה של הליכים כגון חקירת עדים טורדנית ופוגענית, הגשת תביעה טורדנית והגשת כתבי בית דין מסובכים, אך התנהגויות אלה הוצגו בהקשר של התנהגות המכבידה על השופטים לנהל את ההליכים כשורה, ולא במסגרת המושגית ובהקשר השונים מאוד של ההתבוננות הכוללת בשימוש לרעה בהליכים. המחקר שם אינו בוחן את התופעה הכללית של שימוש בהליכים לרעה, אינו מלבן אותה מהיבטים שונים ואינו דן בהשפעותיה האפשריות הרחבות, כפי שאנו עושים כאן. זאת ועוד, כפי שצינו לעיל, לא תמיד השופטים מודעים לשימוש לרעה בהליכים על ידי עורכי הדין, ולפיכך תוצאות המחקר אינן יכולות לשמש בסיס לאומדן התופעה.

מועדים שמפרידות ביניהם כעשר שנים: סקר אחד נערך בשנת 2010/11 (השיבו על השאלון 2,840 עורכי דין המייצגים את אוכלוסייתם באותה שנה), וסקר קודם, שערכנו בשנת 1999 (מדגם מייצג של 340 עורכי דין).<sup>30</sup> בחינה השוואתית לאורך זמן (Longitudinal Study) של ממצאי סקרים אלו מאפשרת הן את בדיקת המצב בתקופה האחרונה, הן בדיקה אם מדובר במצב אקראי או זמני וחולף (המאפיין את נקודת הזמן ב-2010 שבה נמדדה התופעה) או שמא זה מצב מתמשך במערכת בתי המשפט. יתרה מזו, ניתן להיווכח אם יש תהליך של שינוי (לרעה או לטובה) בתופעה. בשני הסקרים שערכנו הוצגה לעורכי הדין שאלה זהה, המאפשרת השוואה ישירה ביניהם. השאלה שהוצגה לנשאלים הייתה: "משנתחו הליכים משפטיים, באיזו מידה נעשה ניצול לרעה של ההליכים?" עורכי הדין התבקשו להביע את הערכתם באמצעות בחירה באחת מארבע דרגות: (1) "בכלל לא"; (2) "במידה מועטה"; (3) "במידה ניכרת"; (4) "במידה רבה".

נבחן תחילה את התופעה כפי שהיא נתפסת על ידי עורכי הדין בישראל, בהסתמך על הסקר האחרון. לאחר מכן נשווה את הממצאים מסקר זה לממצאים שנאספו עשר שנים קודם לכן.

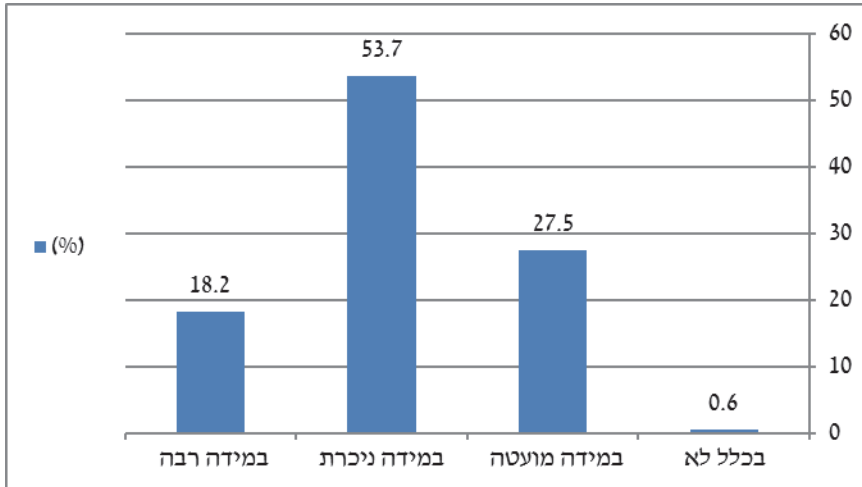
## 1. מידת הניצול לרעה של הליכי משפט – ממצאים

תחילה נבחן את ממצאי הסקר האינטרנטי שערכנו בשנת 2010/11.<sup>31</sup> שאלון הסקר הופץ לפי רשימת התפוצה של לשכת עורכי הדין בישראל.<sup>32</sup> מתוך עורכי הדין המופיעים ברשימה, השיבו על השאלון 2,840 עורכי דין. לפי בדיקתנו קבוצה זו מהווה מדגם ראוי של אוכלוסיית עורכי הדין הרשומים בישראל בשנת 2010, שכן לא נמצא שוני מובהק מבחינה סטטיסטית בין אפיוניהם העיקריים לאפיוני אוכלוסיית כלל עורכי הדין.<sup>33</sup>

התפלגות התשובות של עורכי הדין לשאלה בנושא מראה כי רוב עורכי הדין מעריכים כי ניצול ההליכים לרעה הוא תופעה נפוצה "במידה ניכרת" (לוח 1 להלן). התוצאה הבולטת של הסקר היא שלדעת עורכי הדין כמעט אין הליך משפטי הנקי מניצול לרעה של הליכי משפט: רק פחות מאחוז אחד מכלל עורכי הדין שהשתתפו בסקר העריכו כי אין שימוש לרעה בהליכים במערכת בתי המשפט בישראל!

### לוח 1: הערכת מידת ה לרעה של הליכים – סקר 2010/11 (%)

30 לתיאור מפורט של שיטת המחקר והדגימה בשני הסקרים שנערכו, ראו: נספח א.  
 31 הסקר החל באמצע דצמבר 2010 ונמשך עד תחילת ינואר 2011.  
 32 לפירוט ראו, כאמור, להלן נספח א.  
 33 לתיאור הבדיקה והייצוג במדגם ראו: להלן נספח א.



התפלגות התשובות (לוח 1 לעיל) מעלה כי 18% מעורכי הדין סברו כי ניצול הליכים לרעה נעשה "במידה רבה"; מלבדם, יותר ממחצית המשיבים (54%) העריכו כי יש שימוש לרעה "במידה ניכרת". רוב גדול של כשלושה רבעים מעורכי הדין (72%) מעריכים אפוא כי התופעה של שימוש לרעה בהליכים מתקיימת לפחות "במידה ניכרת". השאר (28%) שהם קצת יותר מרבע מכלל עורכי הדין שהשתתפו בסקר, העריכו כי התופעה קיימת "במידה מועטה". רק שבריר – כמחצית האחוז (0.6%) סברו כי לא נעשה כל שימוש לרעה בהליכים.

אם כך, התמונה הכוללת העולה מהמצאים כאן היא ברורה ומעוררת דאגה: להערכת רוב מכריע של עורכי הדין בשנת 2010/11 יש מידה ניכרת עד רבה של ניצול הליכים לרעה בבתי המשפט בישראל. מצטיירת תופעה חמורה ולפיה בישראל כמעט כל הליך שיפוטי לוקה בבעיית שימוש בהליכים לרעה. מצב חמור זה מצביע על תופעה "טבועה" המאפיינת את ניהול ההליכים המשפטיים בישראל. הוא מרמז שאין מדובר במצב אקראי אלא במצב הפושה בכל חלקי מערכת בתי המשפט.

התוצאה נראית חדה וברורה: בהליכי בית המשפט, הצדדים למשפט מרבים לפעול באופן אופורטוניסטי, מנצלים לרעה את המערכת השיפוטית כעניין שבשגרה, ונוקטים מהלכים המיועדים לפגוע בצד האחר לדיון ולעתים קרובות, גם בתוצאות ההליך ובבית המשפט עצמו. ההיקף הנרחב שנמצא כאן של שימוש לרעה בהליכי משפט פוגע בתקינות ההליך השיפוטי, בהגינותו ובטוהרו. כל זאת נעשה כדי לזכות ביתרונות שהדין אינו מקנה.

רמה כה גבוהה של שימוש לרעה בהליכי משפט מלמדת גם כי מערכת בתי המשפט בדרך כלל אינה מצליחה לזהות כראוי את התופעה או אינה מיטיבה

להתמודד עמה. ייתכן שהסיבה לכך היא חסרונה של הגדרה משפטית בנושא שתבחין בבירור בין שימוש לרעה לשימוש תקין. אולם כפי שתיארנו למעלה, קשה להגדיר בבירור שימוש לרעה מהו ואף לא ברור אם הנזק שבחסרונה אינו רב מהתועלת שבה. מבחינת יכולתה של המערכת השיפוטית לקיים בקרה על התופעה, ייתכן שהסמכויות הנתונות לבתי המשפט לשם בקרת התופעה של שימוש לרעה בהליכים, אין בהן די והן אינן מביאות לתוצאות הרצויות.<sup>34</sup> קשה לאמוד את השפעת סמכויות אלה על הפחתת רמת השימוש לרעה בהליכי המשפט, אך התוצאה בפועל ברורה ושלילית בעליל. מצב שבו רק כמחצית האחוז מכלל עורכי הדין המשתתפים בסקר מעריכים כי אין כל ניצול לרעה בהליכי המשפט הוא כשלעצמו אינו רצוי. אולם חומרת הממצאים מתבטאת דווקא בשיעור הגבוה של כ-72% מעורכי הדין המעריכים כי השימוש לרעה מתרחש "במידה ניכרת" ואף יותר מכך. מצב כזה מלמד הן על שיטת הפעולה של עורכי הדין הן על כך שהמערכת שיפוטית אינה מתמודדת ביעילות עם התופעה.

המסקנה הברורה העולה מתמונת המצב היא מחדל רציני (אם לא כישלון) של מערכת בתי המשפט במניעת שימוש לרעה בהליכים, ריסונו או הפחתתו. התוצאות מלמדות שמערכת בתי המשפט נכשלה בניהול הליכים המקיימים פרוצדורה הוגנת השומרת על רמה סבירה של הטיה אופורטוניסטית על ידי צדדים.

## 2. ניצול לרעה של הליכים לאורך זמן

תוצאות הסקר מפתיעות, לדעתנו, בחומרתן ומעלות את השאלה אם מצב זה הוא חד-פעמי, שנוצר במקרה בפרק הזמן שבו נערך הסקר (סוף העשור הראשון של המאה העשרים ואחת), או שמא מדובר במצב מתמשך המאפיין את המערכת. אם אכן מדובר במצב מתמשך, האם אפשר לזהות מגמה של עלייה או ירידה ברמת הניצול לרעה של הליכים בבתי המשפט במרוצת הזמן?

כדי לברר זאת השוינו בין הממצאים בעניין מידת ניצול הליכים לרעה שעלו מהערכות עורכי הדין בסקר של סוף העשור (2010/11), לבין הממצאים מן הסקר הקודם משנת 1999. כזכור, הסקר משנת 1999 נעשה בקרב מדגם של 340 עורכי דין שענו בשעתו על שאלונים שנשלחו אליהם בדואר למילוי ולהחזרה לחוקרים.<sup>35</sup> כזכור, בסקר הקודם נעשה שימוש בשאלון זהה ובו נתבקשו עורכי הדין להשיב על שאלה זהה לזו שנשאלו בסקר 2010/11, וכך ניתן לערוך השוואה ישירה ביניהם. ראשית, ראוי להצביע על תשובות עורכי הדין לסקר משנת 1999 (לוח 2 להלן).

<sup>34</sup> כאמור, אם תיושם הרפורמה בתקנות סדר הדין האזרחי, תורחב סמכות ההתערבות והסמכות לתת סעד כנגד התופעה. ראו: לעיל ה"ש 2.

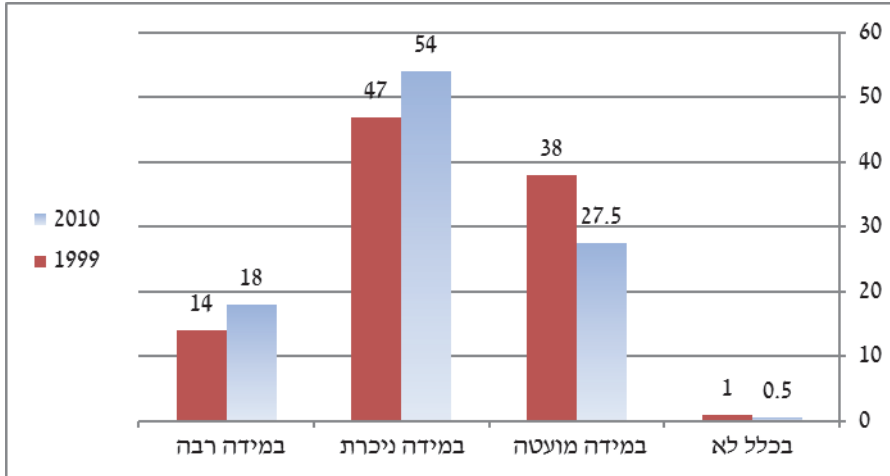
<sup>35</sup> לפירוט אופן עריכת הסקר והדגימה בשנת 1999 ראו: להלן נספח א.

התפלגות תשובותיהם מראה כי גם אז הרוב סבר שקיים ניצול הליכים לרעה במידה "ניכרת". 60% מהמשיבים סברו בשנת 1999 כי ניצול הליכים נפוץ במידה ניכרת או אף רבה, ואילו שיעור ניכר מהם (כ-38%) סברו כי הניצול לרעה נעשה במידה מועטה. רק כאחוז אחד מעורכי הדין העריכו כי אין כלל ניצול לרעה של הליכים. נוסף ונפרט כי 14% מעורכי הדין העריכו כי שימוש בהליכים לרעה נפוץ "במידה רבה", ו-47% העריכו כי הוא נפוץ "במידה ניכרת".

כלומר ממצאי הסקר מ-1999 מראים שבסוף העשור האחרון של המאה העשרים ולקראת תחילת המאה העשרים ואחת רוב עורכי הדין סברו כי הניצול לרעה נפוץ במידה ניכרת, ואף קצת יותר מזה, אך עדיין רבים מהם סברו כי הניצול לרעה נפוץ במידה מועטה. ובכל זאת ממצאים אלה מלמדים שההערכה שהובעה ב-2010/11 על ניצול לרעה של הליכים בבתי המשפט אינה חד-פעמית או מקרית, אלא משקפת תופעה הנמשכת לפחות עשור. כלומר לפנינו תופעה מתמשכת ובעלת עוצמה של ניצול הליכי בתי המשפט לרעה. זאת ועוד, הממצאים מעידים על כך שאין בקרה שיפוטית ראויה ועניינית של התופעה, או שהבקרה אינה מרתיעה את הצדדים מפני שימוש בטקטיקות פסולות. כפי שצוין קודם לכן, מלבד ההשפעה השלילית על הצדדים להליך, הדבר מעיד על מצב חמור הרבה יותר מבחינה מערכתית: שימוש בהליכים לרעה בהיקף כזה משמעו הסתברות גבוהה יותר לעיוותים בתוצאות ההליכים המשפטיים בישראל. יתרה מזו, הדבר מביא לבזבוז משאבי שפיטה הנתונים במחסור, והמנוצלים לשווא בשל טקטיקות שימוש לרעה, ובכך יש משום פגיעה חברתית רחבת היקף. סביר מאוד לטעון כי תופעה זו פוגעת באמון הציבור במערכת המשפט.

האם התופעה מתגברת, נחלשת, או יציבה במרוצת הזמן? כדי לבחון זאת השווינו את ממצאי שני הסקרים. תוצאות ההשוואה מראות כי בשני הסקרים, בהפרש של עשר שנים זה מזה, רוב עורכי הדין העריכו כי הניצול לרעה נפוץ ("במידה ניכרת" ו"במידה רבה" יחד) ורק מעטים מהם העריכו כי התופעה אינה קיימת כלל (לוח 2 להלן). זאת ועוד, ההשוואה מעידה על התגברות היקף התופעה במהלך העשור.



לוח 2: הערכת מידת ניצול הליכים לרעה בשנים: 1999–2010/11 (התפלגות ב-%)<sup>36</sup>

עיון בתוצאות מצביע על מגמה של התעצמות התופעה במרוצת הזמן. ניתן להיווכח במגמת עלייה במספר עורכי הדין המעריכים ששכיחות ניצול ההליכים לרעה בבתי המשפט בישראל לפחות ניכרת: בשנת 1999 העריכו 60% מעורכי הדין כי השימוש בהליכים לרעה נפוץ במידה "ניכרת" או "רבה", ואילו בשנת 2010/11 עלה שיעורם של הסוברים כך לכדי 72%. בה בעת בעוד בשנת 1999 14% העריכו כי התופעה נפוצה "במידה רבה", בשנת 2010/11 עלה שיעורם ל-18%. לעומת זאת ירד שיעורם של הסוברים כי התופעה נפוצה "במידה מועטה": ב-1999 העריכו כ-39% מעורכי הדין כי ניצול ההליכים לרעה נעשה "במידה מועטה", ואילו בשנת 2010/11 ירד שיעורם ל-27.5%. במילים אחרות, במשך העשור עלה שיעורם של עורכי הדין המעריכים כי רמת השימוש לרעה בהליכים גבוהה, ובמקביל ירד שיעורם של אלה שהעריכו כי רמת הניצול לרעה של ההליכים נמוכה. ההבדל בין התוצאות של המדגמים הוא הבדל מובהק,<sup>37</sup> ומבחינה סטטיסטית ניתן לומר שהמחקר מצביע על התעצמות מובהקת של השימוש לרעה בהליכי משפט במרוצת הזמן.

<sup>36</sup> 2,621 עורכי דין ענו על השאלה בסקר של שנת 2010/11 ו-325 עורכי דין ענו עליה בסקר של שנת 1999 (מתוך 340 משיבים בכלל).

<sup>37</sup> הפרשים באחוזים נמצאו מובהקים מבחינה סטטיסטית:  $\chi^2=18.5$  d.f.=3;  $p<0.001$ .

ממצא זה מפתיע למדי. בתקופה האמורה שופר ארגז הכלים המשפטי שעמד לרשות בית המשפט לצורך בקרת השימוש לרעה בהליכים. כללי תום הלב, שהוחלו על סדרי הדין משנות השמונים ואילך, והתבססו והורחבו בשנים שלאחר מכן, אפשרו את חיזוק סמכות הפיקוח על השימוש לרעה בהליכים, שכבר לא התבססו רק על כללי הסמכות הטבועה. לפיכך היה אפשר לצפות כי בתי המשפט ישפרו את התמודדותם עם תכסיסי ניצול לרעה של הליכים.

על אף כל זאת הממצאים מראים שהדבר לא קרה וכי ההפך הוא הנכון: בשנת 2010/11 הייתה עלייה בהשוואה לממצאי 1999 בשיעור הסבורים כי הליכים מנוצלים לרעה. לכן מתעוררת השאלה מדוע חלה החמרה זו. האם מערכת הבקרה השיפוטית לא פעלה כנדרש, או שפעולותיה לא יצרו הרתעה מספיקה כדי להקטין את היקף התופעה ואת עוצמתה? מה ההסבר למגמה העקיבה ואף המתעצמת של שימוש לרעה בהליכים? ניתן להציע כמה הסברים להחמרה שחלה בהיקף תופעת הניצול לרעה של הליכים:

א. **"מעגל קסמים"** – מאחר שהיה ניצול הליכים לרעה בהיקף ניכר בתחילת העשור, ייתכן שבמהלך העשור נוצר מעין מעגל קסמים של התגברות השימוש בהליכי משפט לרעה: צד המעריך כי הצד האחר ינקוט (או נוקט) טקטיקת שימוש לרעה שתפגע בסיכויי הצלחתו, עלול לנסות ולפעול אף הוא בצורה דומה כדי למתן את ההפסד הצפוי לו. דרך אחת למנוע הפסד זה היא כאמור לנקוט גם כן בטקטיקה של ניצול הליכים לרעה; דרך שנייה היא להשקיע בבקרה ובאיתור של טקטיקות הניצול לרעה של הצד שכנגד ולהביאן לתשומת לבו של בית המשפט ובכך לסכלן. עקב שכיחות השימוש בהליכים לרעה, והקושי של בית המשפט לעצור את התופעה, נראה שחשיפת פעולות הניצול לרעה של הצד שכנגד היא לא בהכרח מתכונת פעולה יעילה דיה. לכן עלולה הדרך האחרת להיות מועדפת: שימוש נגדי בטקטיקות כאלה כלפי הצד האחר, כדי להקטין את ההפסד הצפוי. כך כל צד, בהכירו את היקף הבעיה, מגביר את ניצול ההליכים לרעה כדי להקטין הפסדיו וחוזר חלילה, והתופעה הולכת ומתעצמת. למעשה, מצב זה יכול להביא לידי כך שגם צד הוגן "ייגרר" לטקטיקת ניצול לרעה בהליכים כדי שלא לפגוע בסיכוייו לזכות בהליך.

ב. **כשל של המערכת השיפוטית** – ייתכן שבתקופה שנחקרה מערכת בתי המשפט לא פעלה באופן נחרץ דיו ולא נקטה בעוצמה ראויה את האמצעים העומדים לרשותה, כדי לצמצם תופעה זו. מאידך גיסא ייתכן שהמערכת אכן נקטה את האמצעים שברשותה, אלא שאין בהם די, והם אינם מרתיעים עורכי דין מפני ניצול הליכים לרעה.

ג. **הגידול במספר עורכי הדין** – במהלך התקופה שנחקרה חל גידול עצום במספר עורכי הדין בישראל: בעת עריכת הסקר משנת 1999 היו בישראל כ-23 אלף עורכי דין, ואילו שבשנת 2010, כאשר נעשה הסקר השני, הגיע מספר עורכי הדין עד לכ-46,500! כלומר במשך העשור הוכפל מספר עורכי הדין. גידול זה עשוי להשפיע על

התופעה בכמה צורות. הוא יכול להוריד את רמת הקולגיאליות ואת רמת ההשפעה הממתנת של ההיכרות בין עורכי הדין, ובכך להביא להתרת "חסמים" חברתיים ומקצועיים (חשש מפגיעה במוניטין בעיני עמיתים). תחרות כזאת, העלולה להתפתח, נוטה גם להקהות את השפעת כללי ההוגנות והאתיקה על עורך הדין.<sup>38</sup> בכך יביא הדבר לגידול בהיקף ניצול ההליכים לרעה.

הגידול במספר עורכי הדין (למעשה הכפלת מספרם) ביחס למספר התושבים עלול להביא לתחרות חריפה בין עורכי הדין, העשויה "להמריץ" את הניצול לרעה של הליכים. בתנאי תחרות חריפה מתעצם כוחו של הלקוח המצפה להגנה תקיפה על האינטרסים שלו ולשיפור רווחתו, גם אם בדרך אופורטוניסטית. בייחוד נכון הדבר כאשר אין לו עניין בטובתו של הצד היריב, או עניין בשימור או בהשבחה של המוניטין והיעילות של בתי המשפט. כך ייתכן שבתנאי תחרות חריפה על לקוחות, עורכי דין יפעלו על פי העדפות הלקוח, ישאפו להשיג לו הצלחה, ומתוך כך ממילא גם יחזקו את המוניטין שלהם כעורכי הדין ה"מביאים תוצאות".

אמנם אין בידינו לבחון אמפירית את שני ההסברים האפשריים הראשונים, אולם בידנו לבחון אם לגידול במספר עורכי הדין יש קשר לכך. כדי לנסות ולבחון את ההשפעה האפשרית של הגידול במספר עורכי הדין על מידת ניצול ההליכים לרעה, נשווה את ההערכות של מידת השימוש בהליכים לרעה בין עורכי דין על פי תקופות ותק שונות. זאת נעשה בהמשך.

ד. **גורמי רקע הקשורים להערכת הניצול לרעה של הליכים** – כדי ללבן את הממצאים ולהבינם בצורה מעמיקה יותר, יש להביא בחשבון כי נקודת המבט של עורכי הדין יכולה להיות מושפעת מגורמי רקע מקצועיים של עורכי הדין עצמם. כלומר תפיסת רמת השימוש לרעה בהליכים עשויה להיות קשורה במאפיינים מקצועיים של עורכי הדין, לסביבה שבה הם עובדים, למהות עיסוקם ולגורמים נוספים. לדוגמה, ייתכן שעורכי דין ותיקים ורבי ניסיון במקצוע יראו את התופעה באופן שונה מראייתם של חדשים במקצוע; עורכי דין העוסקים באופן אינטנסיבי בליטיגציה עשויים לתפוס את רמת השימוש לרעה באופן שונה מאשר אלה שאינם עוסקים בליטיגציה. לכן חשוב ביותר לבחון אם ההערכה באשר למידת ניצול הליכים לרעה קשורה לגורמי רקע אלה ומושפעת מהם. בלי בחינה זו נקבל תמונה כללית

<sup>38</sup> משה בר נבי, רן לחמן ורויטל אלטברגר "הגידול במספר עורכי הדין בישראל: עמדות עורכי הדין כלפי התופעה והשלכותיה" **המשפט** כ 73 (2014). כך, לדוגמה, מחקר זה מראה כי כ-80% מעורכי הדין בישראל מעריכים כי עקב הגידול הניכר במספר עורכי הדין מוגשים יותר הליכי סרק, ובדומה כ-90% מעריכים כי יש ירידה ניכרת ברמה המקצועית של עורכי הדין; שיעור דומה מעריכים כי הרמה האתית של עורכי הדין ירדה במידה ניכרת. נתונים אלה מחזקים את ההערכה כי יש השפעה לגידול במספר עורכי הדין על התנהגויות של שימוש לרעה בהליכים; ראו גם: לימור זר-גוטמן "השפעות העלייה הדרמטית במספר עורכי הדין" **המשפט** כ 51 (2014).

ולא מדויקת של המצב. לפיכך בדקנו כמה גורמים כאלה ואת הקשר שלהם לתפיסת התופעה.

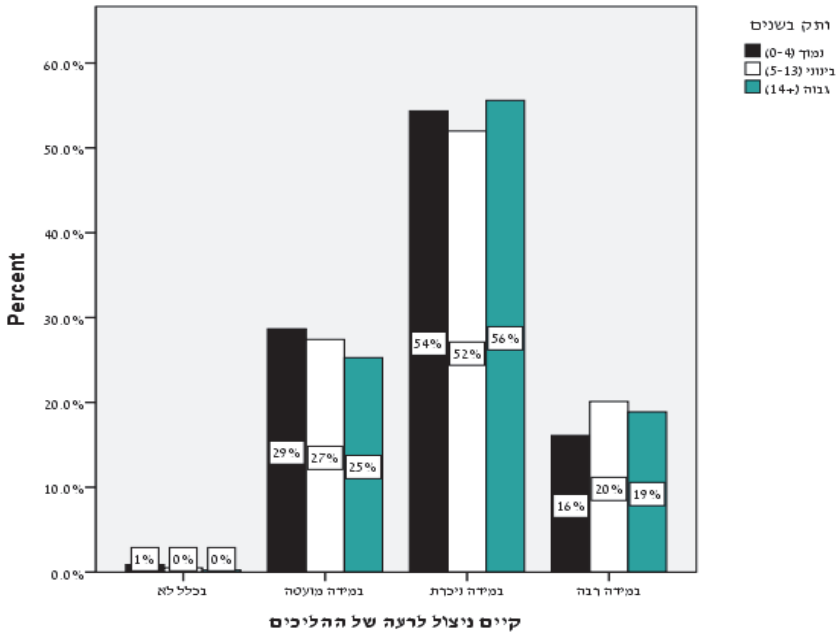
### 1. ותק עורכי הדין והערכתם את ניצול הליכי משפט לרעה

בדיון לעיל בשכיחותו הרבה של הניצול לרעה של הליכים, העלינו את האפשרות שהגידול הרב במספר עורכי הדין בשני העשורים האחרונים עורר תחרות חריפה בענף, וזו משפיעה על היקף תופעת ניצול הליכים לרעה. הממצא לעיל כי בעשור הראשון של המאה העשרים ואחד (1999–2010) חלה עלייה בהיקף הניצול לרעה, יכול לתמוך בסברה זו. לכן ביקשנו לבחון את גישת עורכי הדין לתופעה לפי רמת הוותק שלהם בעריכת דין.

לצורך בחינת קשר זה נתמקד בסקר עורכי הדין 2010/11, שכן כאמור בעשור שקדם לו חל גידול רב במספר עורכי הדין בישראל. סקר זה כולל עורכי דין ותיקים וחדשים כאחד. לשם בדיקת השפעת הוותק, חילקנו את עורכי הדין לפי דרגות הוותק לשלוש קבוצות<sup>39</sup> ובחנו את התפלגות הערכות עורכי הדין בעניין הניצול לרעה בכל קבוצת ותק (לוח 3 להלן).

<sup>39</sup> החלוקה נעשתה באופן שבכל קבוצת ותק יהיה מספר דומה של עורכי דין (כשליש).

לוח 3: הערכת מידת הניצול לרעה של הליכים לפי ותק עורכי הדין<sup>40</sup> (2010/11)



תוצאות הבדיקה מראות כי אין למעשה הבדל בהערכות עורכי הדין את מידת ניצול ההליכים לרעה בהשוואה על פי הוותק: תפיסת מידת הניצול לרעה דומה בכל דרגת וותק ואינה תלויה במשך הזמן (שנות הוותק) שבו הם חברים בפרופסיה המשפטית. במילים אחרות, עורכי דין ותיקים מאוד ובעלי ניסיון רב (+14 שנים) ועורכי דין חדשים (0-4 שנים), מעריכים את מידת הניצול לרעה בצורה דומה ביותר.<sup>41</sup> לפיכך נראה כי שנות החשיפה למקצוע אינן משפיעות על הערכתם את ניצול ההליכים לרעה על ידי הצדדים להליך המשפטי.

2. תחום התמחות עורכי הדין והערכתם את ניצול ההליכים לרעה

גורם רקע נוסף שיכול להשפיע על ההערכות באשר למידת הניצול לרעה של הליכים הוא תחום ההתמחות של עורך הדין. ייתכן שהתנסותם בניצול ההליכים לרעה של

<sup>40</sup> מספר המשיבים הוא 2,560.

<sup>41</sup> ההבדלים באחוזים אינם מובהקים מבחינה סטטיסטית:  $\chi^2_{(6)} = 10.32$ ;  $p = 0.11$ .

עורכי הדין המתמחים בפלילים, למשל, תהיה שונה מזו של המתמחים במשפט אזרחי או מזו של בעלי התמחויות אחרות (כגון משפחה או עבודה). תחום ההתמקדות המשפטית יכול להביא להבדלים בהערכות עורכי הדין את מידת השימוש לרעה בהליכים במשפט. לכן ביקשנו לבחון אם יש שוני של ממש בהערכת עורכי דין את מידת הניצול לרעה של הליכים המושפע מתחומי התמחות המרכזיים.

חילקנו את ההתמחויות של עורכי הדין לארבע קבוצות התמחות:<sup>42</sup> התמחות במשפט פלילי, התמחות במשפט באזרחי, התמחות אחרת (כגון מעמד אישי, דיני עבודה) והתמחות כללית (general practice) שכללה עורכי דין שאינם מתמחים אלא עוסקים במקצוע כעורכי דין כלליים. את התפלגות ההערכות בדבר ניצול הליכים לרעה בחנו אפוא לפי ההתמחויות האלה.

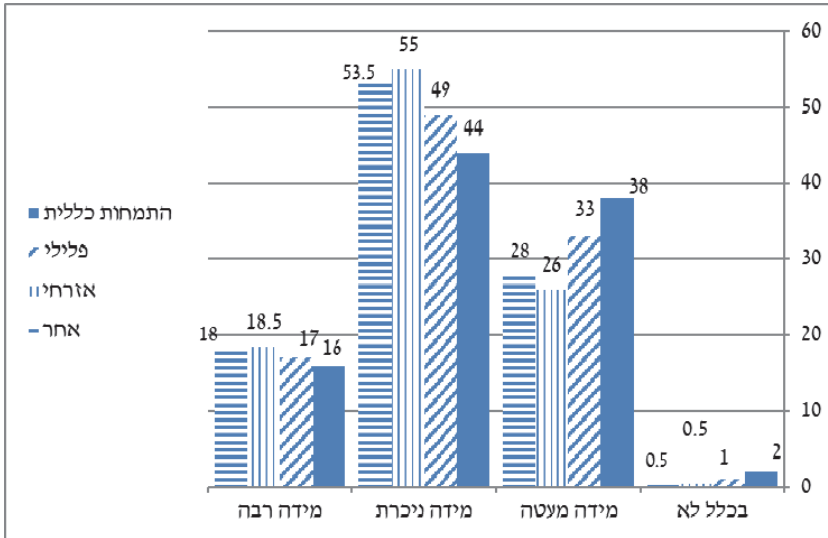
כפי שניתן להיווכח מניתוח הממצאים (לוח 4 להלן), באופן כללי התפלגויות ההערכות על פי ההתמחות דומות זו לזו. בלי קשר להתמחותם, רוב עורכי הדין מעריכים כי יש מידה ניכרת או רבה של ניצול הליכים לרעה. עם זאת, ניתן לראות מעט שוני בהתפלגויות בתחומי התמחות מסוימים. למשל, מידת השימוש לרעה בקרב המתמחים במשפט אזרחי ובקרב מי שציינו בסקר את תחום התמחותם כ"אחר", מתפלגת באופן שונה מהתפלגותה אצל בעלי ההתמחות במשפט פלילי, וכן שונה מזו שבקרב בעלי ההתמחות הכללית: 74% מהמתמחים במשפט אזרחי ו-72% מהמתמחים בהתמחות 'אחרת' סברו כי יש מידה ניכרת ורבה של ניצול הליכים לרעה, לעומת 66% ו-60% שהעריכו כך בקרב המתמחים במשפט פלילי ובהתמחות כללית.<sup>43</sup> ניתן לראות כי הבדלים אלה בהתפלגות מתבטאים בעיקר בהערכות לגבי ניצול לרעה "במידה ניכרת" ו"במידה מועטה", ואילו ההערכות של "מידה רבה" של ניצול לרעה ומנגד "בכלל לא", הן כמעט זהות. למשל, בקרב המתמחים במשפט אזרחי ובהתמחות 'אחרת' 26% ו-28% מעורכי הדין, בהתאמה, העריכו כי השימוש לרעה הוא "במידה מועטה", לעומת 34% ו-38%, בהתאמה, שסברו כך בקרב בעלי ההתמחות במשפט פלילי וההתמחות הכללית (בהתאמה).

לסיכום, ניתן לראות (בלוח 4 להלן) בבירור כי באופן כללי ההערכות של עורכי הדין אינן מושפעות מתחום התמחותם. עם זאת, אפשר גם להיווכח כי הערכות בעלי ההתמחות האזרחית ועורכי הדין ה'כלליים' דומות זו לזו יותר מאשר הערכות בעלי ההתמחות במשפט פלילי וההתמחות ה'אחרת'. כאמור, הבדלים אלה ניכרים בעיקר בכל הנוגע להערכות באשר לניצול הליכים לרעה "במידה ניכרת" ו"במידה המועטה". ההערכות בנוגע לניצול הליכים לרעה "במידה רבה" ו"בכלל לא", דומות זו לזו בקרב ארבע הקבוצות.

<sup>42</sup> שאלוני הסקר ב-2010/11 (כמו גם הסקר שקדם לכן) כללו שאלה בדבר תחום ההתמחות של עורכי הדין.

<sup>43</sup> ההבדלים מובהקים סטטיסטית:  $\chi^2_{(9)} = 23.1$ ;  $df=9$ ;  $p=0.006$ .

לוח 4: הערכת מידת הניצול לרעה על פי התמחות (%)<sup>44</sup>



<sup>44</sup> משיבים: 2,606 עורכי דין.

עניין מיוחד מעוררים ההבדלים בהתפלגות ההערכות בין המתמחים במשפט האזרחי למתמחים במשפט פלילי. ניתן לשער כי ההבדלים ביניהם משקפים את ההבדלים במהות ההליך השיפוטי בכל אחד מהתחומים ואת השוני בעוצמת השימוש לרעה בהליכים בכל אחד מהתחומים המשפטיים.

הסבר אפשרי אחד להבדלים שהתגלו כאן הוא כי אף שבמשפט האזרחי ובמשפט הפלילי הגישה המשפטית היא אדוורסרית, בהליכים פליליים, העוסקים בחירות האדם, כללי הזהירות ואמצעי הבקרה שבידי בית המשפט רבים יותר. ההכרעה בהליך הפלילי דורשת רמה גבוהה יותר של הוכחה (מעבר לספק סביר), ולכן הטיות הדין הנובעות מתכסיסים לא ראויים תהיינה מעטות יותר. מאידך גיסא, אולי בגלל שבהליך הפלילי הנאשם עלול לאבד את חירותו, ייתכן שההגנה תיטה לשימוש רב לרעה בהליכים יותר מאשר הצדדים להליך אזרחי. ניתן גם לצפות כי התביעה – המדינה ורשויותיה – תנהג בעניין זה שלא כמו הנאשמים. הפרקליטים המייצגים את המדינה אמורים לנהוג בהגינות לפי אמות מידה מחמירות יותר, ואף יש בקרה על אופן פעולתם. יתרה מזו, טקטיקות דיוניות המגדילות את רווחת הצד הנוקט אותן, בתחום המשפט האזרחי, לא בהכרח יועילו בתחום הפלילי. כך, לדוגמה, טקטיקות הגורמות להתמשכות הליכים, שנתבעים בהליך אזרחי נוטים לנקוט, לא בהכרח מיטיבות עם נאשם במשפט הפלילי. זאת ועוד, בשל טיב הדיון הפלילי, הרציפות בו גבוהה יותר, ובתי המשפט מקפידים יותר להבטיחה כדי שלא לגרום עיני דין.

בשל הבדלים אלה במבנה התמריצים בהליכים אזרחיים ופליליים, מפתיע הפער, הקטן יחסית, שנמצא בהתפלגות ההערכות בדבר ניצול ההליכים לרעה, בין המתמחים במשפט האזרחי לבין המתמחים במשפט פלילי (לוח 4 לעיל). זאת ועוד, המדינה, שהיא צד לדיון במשפט הפלילי, בדרך כלל אינה נוטה להתנהגות אופורטוניסטית, העלולה לאפיין את הצד הנתבע. לפיכך היה אפשר לצפות שהערכת ניצול ההליכים לרעה על ידי צדדים למשפט הפלילי תהיה מתונה יותר ויגדל הפער בין הערכותיהם להערכות עורכי הדין המתמחים במשפט אזרחי. יש מקום לשוב ולהידרש לנקודה זו בהשוואת הערכות של עורכי דין פליליים המשמשים סנגורים להערכותיהם של אלה המשמשים תובעים. זאת נעשה בהמשך.

מכל מקום, הממצא שיש מידה גבוהה כל כך של ניצול לרעה של הליכים פליליים, כפי שמעריכים המתמחים במשפט פלילי (66% מהם העריכו שכיחות "במידה רבה" או "במידה ניכרת"), צריכה להדאיג במיוחד את מנהלי מערכות המשפט (בתי המשפט והפרקליטות). כשהשימוש לרעה בהליכים פליליים נפוץ כל כך, ההסתברות שהענישה אינה ראויה עולה. אם עיקר השימוש לרעה הוא מצד הנאשמים, רמת הענישה בפועל תהיה נמוכה מהראוי.<sup>45</sup> עקרונות הענישה ומטרותיה אינם מוגשמים

<sup>45</sup> משה בר ניב ורן לחמן "רמת הענישה בישראל בעיני עורכי-דין: אספקלריה של שלושה עשורים, נייר עבודה" (לא פורסם) המראה כי רמת הענישה אכן נתפסת כנמוכה מהראוי.



כראוי, והעונש עלול שלא להיות הולם. מבחינה חברתית, תיתכן אף פגיעה חמורה יותר, שהרי אם העברייני יודע מראש כי יוכל לשבש את ההליך המשפטי בטקטיקות של ניצול לרעה שייטיבו עמו, אם יועמד לדין, תרד רמת ההרתעה של ההליך הפלילי. אם הניצול לרעה מקורו בפרקליטות, התוצאות תהיינה הפוכות וחמורות יותר. אין מקום לפרקטיקה אופורטוניסטית בהליכי ענישה מצד המדינה, לא רק מחמת אי-התקינות הפרוצדורלית, אלא בעיקר משום פגיעתה בנאשם, שאין להענישו (או להחמיר בענישתו), אלא לפי הדין.

כדי לבדוק לעומקה סוגיה זו בחנו את עמדות עורכי הדין הפליליים לפי תפקידם בהליך הפלילי.

### 2.1 הערכות בדבר הניצול לרעה של הליכים – סנגורים לעומת קטגורים

אף כי לא נמצאו הבדלים מהותיים בין עורכי הדין לפי התמחות פלילית ואזרחית, ראוי למקד את המבט ולבחון אם ישנם הבדלים בהערכות בדבר היקף השימוש לרעה בהליכים בין עורכי הדין המשמשים סנגורים בהליך הפלילי, לבין מי שמשמשים תובעים. אפשר להניח כי יש הבדל מסוים ביניהם במידת החשיפה לטקטיקות פעולה מסוימות, ובמידת הכרת אופן השימוש בהליכים משפטיים.<sup>46</sup>

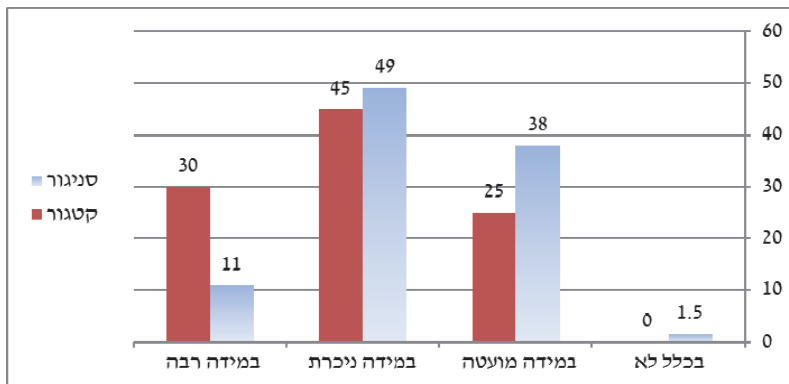
בחרנו להתמקד בהליך הפלילי מאחר שבתחום זה, יותר מאשר בתחום האזרחי, שניתן להבחין בנקל בין עורכי דין המתמחים בייצוג הגוף המאשים לבין מי שמתמחים בייצוג נאשמים. עורך דין מהמגזר הפרטי המתמחה בפלילים, ישמש כמעט תמיד סנגור, ואילו עורכי דין המתמחים בפלילים והמועסקים בפרקליטות, לרוב משמשים תובעים. כך, למשל, הסנגורים שואפים להביא לזיכוי או להקלה בענישה. לכן ייתכן שהטקטיקות שיבחרו לנקוט, יושפעו מכך. זאת ועוד, במקרים רבים במהלך תפקידם להגן במשפט על עבריינים, מגיע לאוזני הסנגורים גם מידע חסוי, שאינו נחשף בבית המשפט, באשר לאשמת העברייני ולפרטי העברה. מידע כזה ישפיע על דרכי התנהגותם המשפטית ועל ההליכים שינקטו, בשונה, למשל, מהקטגורים. מכיוון שכך, מודעותם לניצול לרעה של הליכי המשפט עשויה להיות שונה מזו של התובעים. באשר לקטגורים, תפקידם בהליך הפלילי להביא להרשעה ולענישה הולמת של הנאשם אך תוך הימנעות מהרשעה שאינה במקומה. לכן יש מקום לבחון אם הערכותיהם של עורכי הדין (המתמחים בפלילים) מושפעות מתפקידם במשפט הפלילי. מאחר שלא הייתה בשאלון הסקר שאלה ישירה בעניין

<sup>46</sup> אמנם סברנו שהשימוש לרעה בהליכים ייתפס כשכיח בהליך האזרחי יותר מאשר בהליך הפלילי, אולם לנוכח הממצאים לעיל (בלוח 4) שלפיהם ההבדלים בין עורכי דין המתמחים במשפט אזרחי לבין מי שמתמחים במשפט פלילי אינם גדולים, אפשר להניח כי יש שימוש לרעה בהליכים גם במשפט הפלילי.

תפקיד עורך הדין (סנגור או קטגור), בחרנו לסווגם על פי קריטריון חיצוני: מקום עבודתם. לשם כך הצלבנו את ההתמחות בפלילים עם מקום התעסוקה שאותו ציינו עורכי הדין בשאלון, ויצרנו שתי קבוצות של מתמחים בפלילים: עורכי דין פליליים מן המגזר הפרטי העובדים במשרדי עורכי דין, ושסווגו כאן כסנגורים; ועורכי דין שהועסקו במשרד המשפטים (בפרקליטות), וסווגו כתובעים או כקטגורים. כך נוצרו שתי קבוצות: קבוצה של 123 עורכי דין הפועלים ככל הנראה כסנגורים לעומת קבוצה של 51 עורכי דין הפועלים ככל הנראה כקטגורים. על בסיס חלוקה זו, השאלה שאנו מבקשים לבחון עתה היא אם לעורכי הדין הפליליים שסווגו כאן כסנגורים יש הערכות שונות של מידת השימוש לרעה בהליכים לעומת אלה של עורכי הדין שסווגו כתובעים.

השוואת התפלגות התשובות מראה כי בשתי הקבוצות רוב הנשאלים העריכו כי ניצול ההליכים לרעה הוא נפוץ במידה ניכרת ויותר מכך. עם זאת, נמצאו הבדלים מובהקים<sup>47</sup> בהתפלגות בהערכות בין הסנגורים לקטגורים בעניין מידת הניצול לרעה. במפתיע, הממצאים מראים כי בקרב הקטגורים שיעור המעריכים כי יש ניצול לרעה של ההליכים "במידה רבה" (30%) גבוה הרבה יותר משיעור הסנגורים (11%) המעריכים כך (לוח 5 להלן). מנגד, רק רבע (25%) מהקטגורים העריכו שהשימוש לרעה הוא "במידה מועטה", לעומת 38% מהסנגורים שהעריכו כך.

#### לוח 5: הערכת מידת הניצול לרעה של הליכים – סנגורים לעומת קטגורים (כ)



כללית אפשר אפוא לציין כי שלושה רבעים (75%) מהקטגורים סוברים כי יש ניצול לרעה לפחות "במידה ניכרת", לעומת 60% מהסנגורים החושבים כך; מנגד, באשר

<sup>47</sup> ההבדלים מובהקים סטטיסטית:  $\chi^2 = 9.7$ , d.f.=3  $p=0.02$ .

לניצול הליכים לרעה "במידה מועטה" או "בכלל לא" 40% מהסנגורים, לעומת 25% מהקטגורים, סוברים כך. מעניין להיווכח כי אין סנגורים או קטגורים (להוציא שיעור זניח של 1.5% מהם) שלדעתם התופעה אינה מקיימת כלל. גם הסנגורים וגם הקטגורים חושבים שאין למעשה הליכים משפטיים 'נקיים' לגמרי מתופעת ניצול ההליכים לרעה, והתופעה נפוצה – במידה זו או אחרת – בכל ההליכים.

כאמור לעיל, סברנו שהסנגורים יעריכו כי מידת השימוש לרעה בהליכים רבה יותר מכפי שיעריכו הקטגורים. התוצאה שהתקבלה הפוכה. הסבר אפשרי אחד לתוצאה הוא שדווקא התובעים בהליכים הפליליים (נציגי הפרקליטות), הממעיטים בעצמם לנצל הליכים לרעה, חשים כי הסנגורים בהליך מרבים לנקוט טקטיקה זו כדי להפיק את מרב היתרונות לנאשם שהם מייצגים. כלומר הערכת התובעים שהדבר נעשה "במידה רבה" נגזרת מהתבוננות בהתנהגות הצד שכנגד למשפט, הנוקט תכסיסים אלה יותר משהם עצמם עושים (או מנועים מלעשות). לעומתם הסנגורים, שמחד גיסא אינם חווים מידה כה רבה של שימוש בהליכים לרעה מהצד שכנגד (התובעים), ומאידך גיסא מפגינים 'צניעות' (אם לא היתממות) באשר להתנהגותם שלהם, נוטים להעריך כי יש מידה פחותה של שימוש בהליכים לרעה.

יש אפוא יסוד לשער שטקטיקות של שימוש לרעה ננקטות על ידי הנאשם יותר מאשר על ידי התביעה. אם אכן זה המצב, ייתכן שנחוצה בקרה רבה יותר של בתי המשפט על התנהגות של שימוש לרעה מצד הנאשמים. זאת ועוד, אם הנאשמים משתמשים יותר בטקטיקות כאלה, נראה שיש בהן כדי להועיל להם. תועלת כזו יכולה להתבטא במישור עצם ההרשעה או במישור העונש המוטל בעקבותיה. שומה על בתי המשפט להקפיד אפוא שטקטיקות של שימוש לרעה בהליכים לא תינקטנה ושלא תשגנה את מטרתיהן ולא תבאנה כל תועלת למנסה לנקוט בהן.

הסבר נוסף להערכות השונות הוא השקפה נבדלת על הסוגיה המושפעת מהתפקיד של עורכי הדין בהליך השיפוטי הפלילי. ייתכן שהאינטרסים השונים זה מזה, ואולי אף מנוגדים, שהסנגורים והקטגורים מגנים עליהם, מביאים לנקודת מבט אחרת על ההליך המשפטי. התהליך שבו ממלאי תפקידים מפתחים או מאמצים אינטרסים הנגזרים מהתפקיד שבו הם משמשים הוא תופעה פסיכולוגית-חברתית מוכרת המכונה "אינטרס מוקנה" (vested interests). הערכתם השונה של הסנגורים והתובעים את הניצול לרעה של הליכים יכולה לשקף תופעה זו.<sup>48</sup>

<sup>48</sup> התופעה ידועה, ונמצאה משפיעה בתחומים מגוונים, אך למיטב ידיעתנו עד כה לא נבדקה בנוגע לתפקיד הסנגור או הקטגור. ראו, למשל: William F. Foster, *Some Comments In Favour of the Abolition of Fault Law* 8 AKRON L. REV. 57 (1975); James Colin, Saadia Mahmud, *Promoting Academic Integrity in Legal Education: 'Unanswered Questions' on Disclosure* 10 I.J.E.I 3 (2014); Eyal Katvan, *The 'Overcrowding the Profession' Argument and the Professional Melting Pot* 19 I.J.L.P. 301 (2012).

### 3. תדירות ההופעה בבית המשפט והערכת ניצול הליכים לרעה

סביר להניח כי הערכת עורכי הדין את מידת הניצול לרעה של הליכי משפט מושפעת גם מתדירות הופעתם בבית המשפט. עורך דין המופיע לעתים קרובות מאוד בבית המשפט ייחשף לטקטיקות ניצול לרעה הננקטות בבית המשפט יותר מאשר עורך דין המופיע בבית המשפט לעתים רחוקות, או שאינו מופיע כלל. זאת ועוד, אפשר גם לשער כי עורך דין המופיע בבית המשפט בתדירות גבוהה, הוא ליטיגטור בעיסוקו, ומתוך כך היחשפותו לבעיית הניצול לרעה מוגברת.

כדי לבחון קשר זה בין הערכת השימוש בהליכים לרעה לבין מידת החשיפה לנעשה בבית המשפט, חילקנו את עורכי הדין לשש קבוצות על פי דיווחיהם שלהם על תדירות הופעתם בבתי המשפט, ובחנו את התפלגות הערכותיהם בכל קבוצה. להפתעתנו לא נמצא קשר כזה. התוצאות מראות כי אין קשר בין תדירות ההופעה של עורכי דין בבתי המשפט לבין הערכתם את מידת הניצול לרעה של הליכים (לוח 1 להלן). התפלגות התשובות בכל רמת תדירות של חשיפה דומה: גם אצל עורכי הדין שאינם מופיעים כלל וגם אצל מי שמופיעים הרבה (כמה פעמים בשבוע). בכל רמת תדירות הופעה בבית המשפט, יותר ממחצית עורכי הדין מעריכים כי ניצול ההליכים לרעה הוא ניכר. גם אם התפלגויות ההערכה אינן זהות, אין נראית בהן סדירות המשקפת קשר, וההבדלים אינם מובהקים מבחינה סטטיסטית.<sup>49</sup>

טבלה 1: הערכת מידת ניצול הליכים לרעה על פי תדירות ההופעה בבית המשפט (%)

מידת הניצול:	בכלל לא מופיע	לעתים רחוקות	פעם בחודשיים	פעם בחודש	פעם בשבוע	כמה פעמים בשבוע
בכלל לא	–	–	0.7	0.7	1.3	0.7
מועטה	27.9	27.6	29.4	25.3	26.4	29.7
ניכרת	54.5	52.6	52.9	53.8	57.9	50.6
רבה	17.6	19.8	16.9	20.2	14.4	18.9
ס"ה	N=165	N=359	N=136	N=277	N=390	N=165

ממצא זה מפתיע למדי, שכן היה ניתן לצפות שתדירות ההופעה בבית המשפט תשפיע על שיעור ההערכה של מידת השימוש לרעה בהליכי משפט. אולם השיעורים המתקבלים דומים מאוד זה לזה ואין מסתמן בהם דפוס כלשהו. התפיסה הכללית שיש היקף רב של שימוש לרעה בהליכי משפט, משותפת לכולם.

<sup>49</sup>  $\chi^2_{(18)} = 19.27, p=0.375$

ממצא זה מתיישב עם הממצאים האחרים שהתקבלו עד כה, ומתברר מהם להפתעתנו שהחשיפה לנעשה בבתי המשפט, בין בזכות הוותק, ההתמחות או תדירות ההופעה בבתי משפט, אינה משפיעה על הערכות עורכי הדין באשר למידת הניצול לרעה של הליכים. הערכה זו גורפת ואינה משתנה בהקשר זה. הסבר אפשרי לכך הוא כי עוצמת השימוש לרעה כה חזקה, קבועה וממושכת, עד כי היא נתפסת על ידי עורכי הדין כמאפיינת את המערכת השיפוטית. נראה כי תפיסה זו מושרשת מאוד, ודי בהתנסות מועטה בנעשה במערכת בתי המשפט כדי לעמוד על התופעה ולגבש עמדה באשר להיקפה.

#### 4. הערכת מידת ניצול ההליכים לרעה על-פי מחוז העיסוק

אפשר להעלות את הסברה כי מחוז השיפוט שעורך הדין פועל בתחומו יכול להשפיע על התנסותו ועל הערכותיו בעניין מידת ניצול לרעה של הליכים. על פי מבנה לשכת עורכי הדין בישראל, עורכי הדין משתייכים למחוזות גיאוגרפיים החופפים את מחוזות השיפוט. עד שנת 1997 היו חמישה מחוזות, ובשנה זו נוסף מחוז שיפוט חדש – מחוז המרכז. סביר להניח שהחלוקה למחוזות תואמת בדרך כלל את מרכז עיסוקם של עורכי הדין, במיוחד בכל הנוגע למחוזות המרוחקים מהמרכז. סביר שעורכי הדין ממחוזות כגון באר שבע, הצפון או חיפה, ימעטו להופיע בבתי המשפט בתל אביב ולהפך. מכאן צמחה סברתנו כי ייתכן שהשתייכות למחוז פלוני תשקף תפיסות ודרכי פעולה שונות מאלו המאפיינות מחוזות אחרים, ותושפע מהנהוג במחוז זה.

למשל, ניתן לשער שבמחוזות שיפוט שבהם מספר עורכי הדין קטן יותר, הכרות אישית ומקצועית רבה יותר בין עורכי הדין תביא לידי קולגיאליזם רבה יותר מאשר במחוזות גדולים. בדומה, במחוזות קטנים אף השופטים מכירים את עורכי הדין טוב יותר ולכן ביכולתם לזהות את הנוקטים בטקטיקות הבלתי הוגנות, על סמך ניסיון העבר עמם. לכן אפשר לצפות שבמחוזות שיפוט קטנים ימתנו עורכי הדין את צעדיהם ויירתעו מלנקוט טקטיקות ניצול הליכים לרעה כלפי עמיתים-מכרים, או יחששו שייפגע המוניטין שלהם בעיני חבריהם ובעיני השופטים המכירים אותם היטב. במחוזות גדולים הסיכוי להיכרות אישית בין הצדדים, או להיכרות אישית עם השופטים קטן יותר ולפיכך "חסם הבושה" נחלש מאוד. מכיוון שכך, אפשר לשער שיהיו הבדלים בין המחוזות במידת השימוש לרעה בהליכי משפט.

מאחר שבסקר התבקשו עורכי הדין לציין את מחוז עיסוקם, מתאפשרת כאן בחינה של הבדלים בהערכות של רמת השימוש לרעה, לפי המחוזות. חילקנו את עורכי הדין על פי ששת המחוזות שנקבעו בחוק, והשווינו את התפלגות התשובות של עורכי הדין לפי המחוזות. התוצאות מראות כי אין הבדל ממשי בהערכת מידת השימוש בהליכים לרעה בין עורכי דין מהמחוזות השונים.

טבלה 2: הערכת מידת ניצול ההליכים לרעה על פי המחוזות (%)<sup>50</sup>

מדידת השימוש:	מחוז מרכז	מחוז צפון	באר שבע	חיפה	ירושלים	תל אביב
בכלל לא	1.1	–	0.6	1.2	1	0.3
מידה מועטה	24.2	34.4	27.2	26.9	30.4	26.9
מידה ניכרת	52.8	48.2	54.9	54.9	51.4	49.2
מידה רבה	21.9	17.2	17.3	17.1	17.1	16.8

עיון בהתפלגויות מלמד כי אין הבדל של ממש בהתפלגות ההערכות בין המחוזות השונים (טבלה 2 לעיל).<sup>51</sup> בפועל, הערכות עורכי הדין את היקף ניצול ההליכים לרעה דומות זו לזו בכל המחוזות. בכל המחוזות מחצית ויותר מעורכי הדין במחוז העריכו כי יש שימוש בהליכים לרעה במידה ניכרת, וחלקם (קצת פחות מחמישית) אף העריכו כי הוא נפוץ במידה רבה. אם נחבר יחד את ההערכות של מידה ניכרת ומידה רבה, נראה כי בכל המחוזות כשלושה רבעים מעורכי הדין חושבים שיש ניצול הליכים לרעה במידה ניכרת ויותר מכך (75% במרכז, 65% בצפון, 72% בבאר שבע ובחיפה, 69% בירושלים ו-66% בתל אביב). מאידך גיסא, רק שיעור אפסי של עורכי דין במחוזות השונים העריכו כי אין שימוש לרעה כלל, ובין רבע לשליש מהם העריכו כי התופעה מתרחשת במידה מועטה. לפיכך הסברה בנוגע להבדל בין המחוזות אינה מקבלת תמיכה מן הממצאים: עולה מהם כי בכל המחוזות, גדולים כקטנים, במרכז או בפריפריה, יש ניצול שכיח בהליכים לרעה.

## 5. מגדר עורכי הדין והערכת ניצול הליכים לרעה

אף שאינו שייך לרקע המקצועי של עורכי הדין, בדקנו כאן אפיון נוסף, אישי, שאולי קשור להבדלים בהערכות של עורכי הדין את נושא מחקרנו: המגדר. מאחר שיש סברה כי גישת נשים לצדק ולפתרון בעיות בהתדיינות משפטית שונה מזו של גברים,<sup>52</sup> ביקשנו לבחון אם ההשתייכות המגדרית משפיעה על תפיסת מידת הניצול לרעה של הליכים. לשם כך השווינו את התפלגות ההערכות בנושא זה אצל עורכי דין

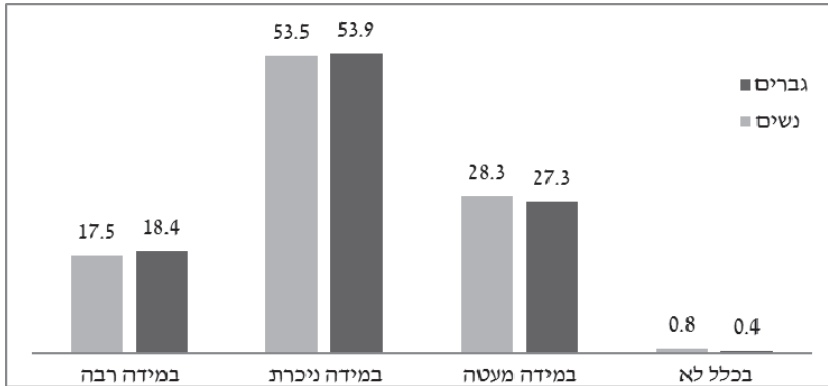
<sup>50</sup> בסך הכול 2,850 עורכי דין ציינו את השתייכותם למחוזות והשיבו על שאלות בדבר ניצול לרעה של הליכים.

<sup>51</sup> ההבדלים אינם מובהקים מבחינה סטטיסטית.

<sup>52</sup> קרני פרלמן "פרספקטיבה מגדרית ותרומתה לבחינת סגנונות ניהול של הליכי שפיטה" המשפט טז 525, 532 (2001).

נשים וגברים. התוצאות מראות (לוח 6 להלן) כי אין שום הבדל ויש זהות מלאה בהערכות של נשים וגברים בנוגע למידת הניצול לרעה בהליכים.

לוח 6: מגדר והערכת הניצול לרעה בהליכים (%)<sup>53</sup>



הזהות בין עמדות עורכות הדין לעמדות עורכי הדין בולטת וברורה. בתוצאות מחקרנו לא נמצאה אפוא תמיכה בטיעון בדבר הבדלי גישה ותפיסה בין עורכי דין בהשפעת השייכות המגדרית, ונראה כי אין המגדר משפיע על סגנונות ניהול הליכים ככל שהם באים לידי ביטוי בהערכת נשים וגברים את מידת ניצול הליכים לרעה.

## ה. סיכום

תמונת המצב המצטיירת ממחקרנו היא חד-משמעית: השימוש לרעה בהליכים משפטיים במערכת בתי המשפט בישראל רווח ביותר. למעשה, כמעט לא נמצאו עורכי דין המעריכים כי המערכת נקייה מטקטיקות של ניצול ההליכים לרעה. יתרה מזו, הרוב המכריע של עורכי הדין בישראל (יותר מ-70%) סבורים שהתופעה נפוצה ביותר. כמעט בכל חתך שהנושא נבדק לפיו, נמצא כי ללא תלות במאפייני עורכי הדין, תפיסה זו אחידה ועקיבה. עניין אחד נמצא משפיע על הערכת מידת שכיחות התופעה: תחום ההתמחות, ובמיוחד בלט השוני בתפיסה בין קטגוריות לסנגורים.

גם בבחינה לאורך זמן נמצאה התופעה עקיבה. בפרק הזמן שנבדק במחקרנו, רוב עורכי הדין סברו כי הניצול לרעה של הליכים הוא תופעה רווחת. בהשוואה לתוצאות הסקר הקודם (משנת 1999) אף נמצאה עלייה במידת ניצול ההליכים לרעה. כלומר

<sup>53</sup> השיבו: נשים ו-1,793 גברים.

לפנינו מגמה של החמרה. בסקר משנת 1999 העריכו 60% מעורכי הדין את התופעה כנפוצה "במידה ניכרת", ואילו בסקר האחרון (מ-2010/11) עומד השיעור המקביל על 72%. בשני הסקרים רק כ-1% מקרב עורכי הדין, ואף פחות מכך, העריכו כי מערכת בתי המשפט נקייה משימוש לרעה בהליכה.

על פי ממצאים אלה מדובר בתופעה מתמשכת, ההולכת ומחמירה במרוצת השנים. ברור אפוא כי המחוקקים, גורמי הבקרה החיצוניים ומערכת בתי המשפט אינם מצליחים להתמודד עם הבעיה. עקרונית, ניצול ההליכים לרעה כפוף לבקרה של בית המשפט, ובית המשפט יכול לנקוט סנקציות כלפי המנצל, ולעתים אף להיעזר בכללי האתיקה המקצועית של עורכי הדין. אך לנוכח השכיחות הרבה של ניצול ההליכים לרעה, העולה מן הממצאים, נראה כי מידת השימוש במנגנוני הבקרה ועוצמת הפעלתם אינן מביאות לתוצאות של ממש.

זאת ועוד, בעשור שקדם לסקר האחרון הוכפל מספר עורכי הדין בישראל. גידול רב זה, בפרק זמן קצר יחסית, עלול לתת אותותיו גם באופן ניהול ההליך המשפטי. ייתכן שהתחרות החריפה בענף מגדילה מאוד את המוטיבציה של עורך הדין להשיג ללקוחו תוצאה מיטבית אף אם הדבר כרוך בשימוש בטקטיקות של ניצול לרעה של הליכים. הלקוחות מעוניינים בתוצאה מיטבית, ועורכי דין שלא יצליחו בכך יתקשו לגייס לקוחות. לכן נוצר מעין "תמריץ" להשתמש בהליכים לרעה כדי לקדם את ענייני הלקוחות.

לשם התמודדות עם בעיית השימוש האופורטוניסטי במערכת בתי המשפט, יש לאבחן תחילה את התופעה ולזהותה ולברר את היקפיה, ומאמר זה הוא צעד ראשון בכך. יש מקום למחקר נוסף בתחום שיזהה ויאבחן לא רק את היקפי התופעה, אלא גם את המתכונות העיקריות ואת הטקטיקות השכיחות והפוגעניות יותר של שימוש לרעה בהליכים משפטיים. הבנה זו תאפשר לפתח כלים שיפטיים ופרוצדורליים אשר יפחיתו את הניצול לרעה בהליכי משפט.

שכיחותה הגבוהה של התופעה, והפגיעה הקשה הנובעת ממנה הן במתדיינים, הן במערכת בתי המשפט הן בחברה בכללותה, מחייבות התערבות וטיפול יסודיים. מתברר כי למרות החלת כללי תום הלב גם על סדרי הדין, בתי המשפט אינם מצליחים למנוע או להפחית את התופעה בכלים הקיימים. כפי שהראינו, התופעה התגברה במרוצת הזמן, אף שסמכות בתי המשפט לבקר שימוש לרעה הורחבה לכלול גם את כללי נורמת תום הלב הרחבה ולא רק את התשתית הצרה יחסית של כללי הסמכות הטבועה.

המצב הנוכחי במערכת בתי המשפט בעייתי ביותר: המערכת לוקה בעומסי יתר, בניהול שאינו יעיל מספיק, בניצול לרעה על ידי הצדדים. תולדה של מצב זה היא פגיעה באיכות ניהול המשפט, בזבוז משאביה המוגבלים של המערכת, ואף סטייה מהתוצאה הנכונה של המשפט. בהינתן מצב כזה במערכת בתי המשפט, יש חשיבות



לאיתור גורמי יסוד ל"חולייה של המערכת השיפוטית"<sup>54</sup>. תופעת הניצול לרעה מחמירה חוליים אלה.

ניצול לרעה של הליכי משפט נמנה עם הפגיעות במערכת בתי המשפט שניתן להפחית במידה ניכרת את היקפן, במהירות יחסית וללא עלויות גבוהות למערכת המשפט. מכיוון שהוברר כי לניצול לרעה של הליכים השפעות שליליות רבות, והואיל ואין בו כל תועלת חברתית אלא הוא ניצול של התנהגות אופורטוניסטית, אף ללא תלות במצב המערכת, ראוי שתודגש יצירת הרתעה אפקטיבית מפני פעילות כזאת. מכיוון שהתחוויר שהתופעה רחבת היקף, יש לצפות לשינוי מדיניות של ממש מצד הרגולטור ומערכת בתי המשפט, ואף מצד גופי האתיקה בלשכת עורכי הדין, כדי לפעול למיגורה או למצער להפחתת היקף התופעה של שימוש לרעה בהליכי משפט.<sup>55</sup> אם לא תועצם ההגנה על אינטרסים חברתיים, כגון האינטרס של מערכת בתי המשפט להגן על מתדיינים הוגנים ולשמור על כללי האתיקה, ניתן לצפות שתופעת הניצול לרעה של ההליכים עוד תלך ותחמיר.

אין לשכוח כי עורכי הדין משמשים גם "קציני בית המשפט"<sup>56</sup> וכללי האתיקה מחייבים אותם למלא תפקידם כראוי. חומרת היקף התופעה, כפי שנתחוויר בשני הסקרים שערכנו, מלמדת כי יש בעיה במידת הציות לכללי האתיקה של עורכי הדין. עם זאת בשיטה האדוורסרית, חובתו הראשונית של עורך הדין היא כלפי הלקוח, ועליו לפעול למיצוי מלוא זכויותיו שבדין. השאלה אם נקייטת פרקטיקה של ניצול לרעה פוגעת בחובת עורך הדין כלפי בית המשפט, אינה פשוטה כלל. תמימות הדעים בקרב עורכי הדין בדבר שכיחות תופעת הניצול לרעה בהליכים, מרמזת כי שיקולים הנוגעים לטובת התנהלותה התקינה של מערכת בתי המשפט אינם ממלאים תפקיד של ממש בהקשר זה.

ניצול לרעה של הליכים מצד עורכי הדין, בין בשיתוף פעולה עם הלקוח ובין מיוזמת עורך הדין הרואה עצמו מחויב כלפי הלקוח, מעורר דילמה הנובעת מהמודל הבסיסי של יחסי לקוח-עורך דין. מחד גיסא, יש לעורך הדין חובת נאמנות מוגברת ללקוח, ומאידך גיסא, יש לו חובה גם כלפי בית המשפט; חובתו כלפי הלקוח היא

<sup>54</sup> היטיב לסכם את המצב מי שכיחן כמשנה לנשיא בית המשפט העליון, ד"ר שלמה לוי, בכותבו: "חולייה של המערכת השיפוטית גלויים לעין: עומס של תיקים, לפעמים במספר שלא יאמן, המוטל על כל שופט, פיגורים בכתיבת פסקי דין, חוסר סובלנות וסבלנות כלפי ציבור המתדיינים [...] לחץ לעתים בלתי נאות על בעלי הדין להתפשר ועמידה ב'מכסות' [...] יהיה המחיר אשר יהיה". שלמה לוי, "תורת ניהול המשפט" **ספר גבריאל בן** 693 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בן עורכים, 2011).

<sup>55</sup> סימנים ראשונים וחלקיים לכך ניתן למצוא בהצעה לרפורמה בסדרי הדין האזרחיים. ראו: לעיל ה"ש 2.

<sup>56</sup> על חובותיהם של עורכי הדין כלפי בית המשפט כחובות חוקיות ואתיות ראו: מאיר שמגר "על האתיקה של המשפטן" **עיוני משפט** יא 171, 179 (1986).

להביא תועלת מרבית בהליך המשפטי, ואילו כלפי מערכת בתי המשפט מוטלת עליו חובת הוגנות. עורך הדין מבקש גם להפיק תועלת אישית מרבית, בין ביצירת מוניטין כמצליחן, ובין בהגדלת שכרו בתיקים שבהם הוא מקבל שכר על פי התוצאות. במקרים שכאלה עורך הדין עלול לנקוט טקטיקות של שימוש לרעה, להשגת רווח ישיר או עקיף. כאשר "עלות" השימוש לרעה בהליכים (הסנקציה, או בקרת בית המשפט) היא נמוכה מהתועלת המושגת מאותו ניצול הליכים לרעה, הניצול לרעה הופך למושך, ועורכי דין רבים שולחים ידם בכך.

זאת ועוד, תופעה זו המשפיעה לרעה על תפקוד המערכת השיפוטית, פוגעת בשל כך בהערכת הציבור ובאמונו בבתי המשפט ובעורכי הדין בכלל. לפגיעה האמורה במערכת בתי המשפט השפעות חברתיות שליליות רחבות היקף. רמת האמון בבתי המשפט בישראל נמצאת בתהליך מתמשך של שחיקה, ושכיחותו הרבה של השימוש לרעה בהליכים בוודאי תורם לכך.

המצב הקיים הוא בגדר אנומליה: כל הגורמים המעורבים מודעים לקיום התופעה, אך בפועל כמעט אינם עושים דבר כדי למנעה. הדבר מעמיד את הצדדים עצמם במצב של "חוסר ברירה". מכיוון שהתופעה שכיחה מאוד, צד יכול לצפות כי יינקטו נגדו הליכי שימוש לרעה מבלי שהמערכת השיפוטית תגן עליו. לפיכך, וכדי להקדים תרופה למכה, יהיו מקרים רבים שבהם ייאלץ להשתמש שימוש נגדי לרעה בהליכים. כך עלול להיווצר "מעגל שוטה" המאיץ עוד יותר את השימוש לרעה בהליכים.

למעשה, אין כל הצדקה חברתית לשכיחות רבה כל כך של שימוש לרעה בהליכי משפט. שום אינטרס חברתי אינו מקודם על ידי שימוש לרעה בהליכים, ההפך הוא הנכון. התרחבות התופעה מחייבת אפוא תגובה מיידית ותקיפה מצד המחוקק ומצד בתי המשפט. מומלצת הגברת הבקרה גם מצד מנגנון האתיקה המופקד בידי לשכת עורכי הדין, וראוי כי מנגנון השיפוט המשמעותי יעורב בסוגיה כמכשיר הרתעה. על בתי המשפט להגן על עצמם ועל הציבור מפני שימוש לרעה בהליכים שיפוטיים, ולנקוט צעדים חריפים לריסון התופעה.

## נספח א:

### שיטת המחקר

הגישה המחקרית שנקטנו היא "מחקר אורך" (Longitudinal Study). המחקר כולל אפוא שני סקרים מקיפים שהפצנו בקרב עורכי דין, באותה מתכונת, בהפרש של עשור: בשנים 1999 ו-2010/11. הסקרים נועדו לבחון את העמדות והתפיסות של עורכי הדין בישראל בנוגע לכמה היבטים של הפרופסיה המשפטית והתנהלותה, ובנוגע לבתי המשפט. כדי לאפשר השוואה ביניהם, בשני הסקרים נעשה שימוש באותם כלי מחקר ובאותן שאלות עצמן. כך מתאפשרת השוואה, בדיקת מגמות והתפתחויות שחלו לאורך העשור בתופעות שנבדקו ונותחו כאן. בשני הסקרים נלקחו המדגמים מאותה אוכלוסייה: עורכי דין הרשומים בפנקס עורכי הדין בישראל.

### אוכלוסיית המחקר

אוכלוסיית המחקר הייתה כלל המשפטנים שהיו רשומים כעורכי דין בלשכת עורכי הדין בישראל (פנקס עורכי הדין) בעת עריכת הסקרים (דהיינו: בשנים 1999, 2010/11). בסקר הראשון (מ-1999) הוצא מפנקס עורכי הדין מדגם סטטיסטי המייצג את אוכלוסיית עורכי הדין בישראל. בשנת 2010/11 נעשה שימוש בשאלון אינטרנטי שנשלח לכל החברים (לא למדגם מהם, כמו ב-1999) בלשכת עורכי הדין שברשימת התפוצה של הלשכה. בשנת 1999, מתוך רשימות עורכי הדין שבפנקס נדגמו 1,500 שמות באופן סטטיסטי. כדי להבטיח ייצוג הולם לעורכי דין מכל מחוזות השיפוט בישראל, נערכה דגימת שכבות פרופורציונית לגודל: מתוך רשימת עורכי הדין בכל מחוז (כפי שהופיעה בפנקס עורכי הדין בכל אחת מהשנים לעיל) נדגמו עורכי דין במספר יחסי למספרם במחוז. על כן המדגם הכללי מייצג עורכי דין מכל מחוז בשיעור דומה לשיעורם באוכלוסיית עורכי הדין כולה. הדבר מבטיח שלכל עורך דין המופיע בפנקס תהיה הסתברות שווה להופיע במדגם.

אל עורכי הדין שעלו במדגם 1999 נשלחו שאלוני דואר למילוי עצמי, בצירוף מעטפות מבוללות וממוענות לדואר חוזר. המשיבים התבקשו לענות על השאלון בעילום שם כדי להבטיח את כנות תשובותיהם. 340 שאלונים הגיעו חזרה מלאים ובני שימוש (שיעור של 23%). אף כי שיעור היענות זה אינו גבוה, הוא מקובל בשאלונים הנשלחים באמצעות הדואר, בייחוד לקבוצות מקצועיות, שחבריהן יודעים כעמוסים וקצובים בזמנם.

לשם בחינה בפועל של מידת הייצוג, פנינו לכמה משרדי עורכי דין לקיום ראיונות ישירים, פנים-אל-פנים, עם עורכי דין בזמן עבודתם במשרד. בצורה זו נאספו כ-30 שאלונים מעורכי דין קבוצת ביקורת. לא נמצאו הבדלים של ממש בין ממוצעי

תשובות עורכי הדין שהשיבו בריאיון אישי, לבין ממוצעי תשובות עורכי הדין מהמדגם, שענו והשיבו את השאלון בדואר. מכאן שאין מקום לחשוש כי עמדות המשיבים במדגמים מוטות או שונות, בממוצע, מאלו של עורכי הדין שהחזירו את השאלונים בדואר.

נוסף על השוואה זו נעשתה השוואה בין מספר המשיבים לפי המחוזות במדגם, לבין שיעורם היחסי של עורכי הדין במחוזות. לא נמצאו הבדלים מובהקים סטטיסטית בין שיעורי המשיבים לשאלון מכל מחוז, לבין שיעור עורכי הדין במחוז מתוך כלל עורכי הדין. מבחינה זו ניתן לראות בקבוצת 340 המשיבים מדגם מייצג של אוכלוסיית עורכי הדין בישראל.

בסקר משנת 2010/11 נעשה כאמור שימוש בשאלון אינטרנטי. לשכת עורכי הדין אישרה את הפצתו של השאלון באמצעות כתובות הדוא"ל שברשימת התפוצה של הלשכה. כך הופץ בתפוצה זו דוא"ל ובו קישורית לשאלון אינטרנטי למילוי עצמי, שנמצא באתר מיוחד ונפרד (לא באתר הלשכה). סך כל התפוצה הייתה ל-44,756 עורכי דין (כל האוכלוסייה). מהם השיבו 2,897 עורכי דין בשאלונים מלאים ותקפים לשימוש במחקר. כלומר מדגם 2010/11 כלל 2,897 עורכי דין. גם כאן בדקנו עד כמה אותם עורכי הדין שענו על השאלון מייצגים את אוכלוסיית עורכי הדין בישראל. לשם כך השוונו כמה אפיונים של המשיבים עם אותם אפיונים באוכלוסייה בכלל (שהיו נתונים בעניינם). למשל, בחלוקה מגדרית, השיבו 1,793 גברים ו-1,037 נשים (שאר הנבדקים לא ציינו את מגדרם); הוותק המקצועי שלהם נע בין פחות משנה לבין 56 שנים; התפלגות השייכות למחוז הייתה דומה להתפלגות זו באוכלוסיית עורכי הדין. לא נמצא שוני מובהק מבחינה סטטיסטית בין אפיונים אלה של המשיבים לבין אפיוני עורכי הדין ברשימה המלאה של עורכי הדין הנמצאת בלשכה. לפיכך ניתן לראות ב-2,897 המשיבים מדגם המייצג את אוכלוסיית עורכי הדין בישראל בשנת 2010.

מאחר שהמחקר משווה את עמדות עורכי הדין בשני מועדים נבדלים בהפרש של עשור, נעשתה השוואה בין המדגמים כדי לבחון אם יש הבדלים בהרכב שתי קבוצות עורכי הדין שהשיבו על השאלונים. נערכו מבחני טיב התאמה בין המדגמים לפי אפיוני עורכי הדין וגורמי הרקע שלהם (כגון ותק במקצוע, חלוקה למחוזות). לא נמצאו הבדלים מובהקים בין המדגמים בגורמי הרקע שנבחנו. למשל, ממוצע הוותק במקצוע במדגם 1999 ובמדגם 2010/11 היה 10.8 ו-11.8 שנים, בהתאמה. הבדל זה נמצא לא מובהק מבחינה סטטיסטית. כלומר אפשר לומר כי אין הבדל ממשי בין קבוצות המשיבים בשני המועדים. את ההבדלים בעמדות בין הסקרים, ככל שנמצאו, אין לייחס אפוא להבדלים בין המדגמים.

## הליך המחקר

בתחילה נערך מחקר גישוש (exploratory study). בשלב זה נערכו ראיונות עומק עם עורכי דין כדי לקבל מידע מגוון ורחב על נושאי המחקר מנקודת הראות שלהם. בראיונות העומק המקיפים שנערכו נאסף מידע ראשוני על התופעות הנבדקות כדי לבסס את כיווני המחקר. כ"מוסרי מידע" (informants) נבחרו עורכי דין בכירים, ממלאי תפקידים בלשכת עורכי הדין (לרבות יושבי ראש לשעבר) ובמשרד המשפטים. התקיימו אחד עשר ראיונות כאלה שארכו בממוצע כשעה כל אחד. בכל הראיונות נכחו שני מראיינים כדי לנסות ולמזער ככל האפשר את הטיית המראיין.

מלבד חומר שנאסף בראיונות נסקרה ספרות מהארץ ומחו"ל, ונלקח חומר רלוונטי נוסף ממנה. על בסיס כל החומר הזה נבנתה טיוטת שאלון למילוי עצמי. טיוטת שאלון זה הועברה למילוי לקבוצה של עורכי דין כמחקר טרומי (pre-test) שנועד לבדוק את השאלון, את מידת בהירות השאלות וכן את הרלוונטיות שלהן ואת מהימנותן. השאלון תוקן ונקבע נוסח סופי שלו רק לאחר שני סבבים של מחקר טרומי. גם לקראת הכנת השאלונים לסקר השני (2010/11) נעשתה בדיקה טרומית של השאלונים, אף כי עיקר השאלון נשאר בלא שינוי, כאמור כדי לאפשר השוואה לאורך זמן. חלק מהשאלות, שנגעו לכמה נושאים אקטואליים בעת עריכת הסקר, שונו בהתאם.

בשלב הבא נערכו הסקרים עצמם. שאלוני הסקר היו כאמור שאלונים אנונימיים לדיווח עצמי, והשאלות היו שאלות "סגורות" ששימשו מדדים למשתני המחקר ועסקו כאמור בדיווח על התנהלות, תפיסות, עמדות והערכות של עורכי הדין באשר למערכת המשפט בישראל והפרופסיה המשפטית. כמו כן כלל השאלון משתני רקע אישיים, מקצועיים וארגוניים הנוגעים למשפטנים כגון ותק במקצוע, סוג התמחות, מחוז שיוך, תדירות הופעה בבתי משפט ומין המשיב.

כאמור, בסקר משנת 1999 נשלחו שאלוני דואר למילוי עצמי, בצירוף מעטפות מבוללות וממוענות לדואר חוזר. כשבועיים לאחר המשלוח הראשון נשלחה תזכורת כדי לעודד את עורכי הדין למלא את השאלונים ולהחזירם. נוסף על כך נערך מעקב טלפוני והתקשרו טלפונית לרבים מעורכי הדין שבמדגם, שמספר הטלפון שלהם היה רשום. מי שאמרו כי עדיין לא ענו על השאלון, התבקשו לענות. רק במקרים ספורים ביותר היה סירוב לענות על השאלון. ברוב המקרים טעמי עומס עבודה וחוסר זמן הם שעיקבו את המענה. 340 שאלונים הוחזרו מלאים ובני שימוש (שיעור של 23%), שהיוו מדגם המייצג את אוכלוסיית עורכי הדין שהיו רשומים בפנקס עורכי הדין.

הסקר משנת 2010 היה שונה בצורת העברתו – שאלון אינטרנטי. לשכת עורכי הדין אישרה את הפצתו של השאלון באמצעות כתובות הדוא"ל שברשימת התפוצה של הלשכה. בתפוצת דוא"ל זו הופץ דוא"ל ובו קישורית לאתר במרשתת שבו היה שאלון אינטרנטי למילוי עצמי. השאלון היה באתר מיוחד ונפרד מזה של לשכת עורכי

הדין ושאינו קשור אליו כלל. כאמור, התפוצה הייתה ל-44,756 עורכי דין (כל האוכלוסייה שכתובות הדוא"ל שלה היו ברשימת התפוצה של הלשכה). הדואר האלקטרוני שהופץ כלל פנייה והסבר קצר על המחקר, וכאמור, קישורית לאתר אינטרנט שבו היה השאלון. התשובות על השאלון באתר נרשמו הישר בקובץ נתונים ייעודי, מבלי לזהות את המשיב או את כתובת האינטרנט שלו. כך נשמרה אנונימיות התשובות. לעורכי דין שלא היו מעוניינים למלא את השאלון בדוא"ל, הייתה אפשרות להדפיס לעצמם את השאלון ולשלחו חזרה בדואר. בדרך זו התקבל רק מספר מועט של שאלונים, שהועברו למערכת הממוחשבת. מאחר שלא היה ניתן לדעת מי השיב ומי לא, גם כאן שבועיים לאחר המשלוח הראשון נשלח הדוא"ל פעם נוספת, ובו התבקש מי שכבר השיב שלא לענות שוב. התשובות באתר כללו 2,897 שאלונים מלאים ותקפים לשימוש במחקר.