

סדר דין אזרחי



המקדמי, וזאת מאספקריה שמתכתבת עם בחירת מתקין התקנות במנגנון שאינו חסוי. אספקריה זו תעמוד במרכזו של מאמר זה, ואף תנחה את הסתכלותנו בחלקו השני של המאמר, שבו נבחן הליכים דומים במשפט האזרחי, נדון במגבלות של ההליך המקדמי, נציג מנגנונים שאומצו במשפט הפלילי וכן את המצב הנוהג במשפט המשווה.

לסיכום המאמר נציג בקצרה את היתרונות והחסרונות בהחלטתו של מתקין התקנות הישראלי באשר לאי חיסיון הדיון המקדמי בתקנות החדשות, ונציע מודל שמפצל את הדיון המקדמי לשניים, ומאפשר הענקת חיסיון באופן שהולם את תכליות הדיון המקדמי. לשיטתנו, וכפי שנציג בפירוט בהמשך, מודל זה עשוי ליצור איזון מדויק יותר בין הרצון לקדם יעילות מערכתית, לבין הצורך ליצור מערכת שלא מייצרת חסמים למתדיינים פוטנציאליים, ונותנת שהות לדיון מעמיק ולהכרעה צודקת.

חלק ראשון

1. מטרת הדיון המקדמי

הדיון המקדמי נולד במשפט הישראלי האזרחי במסגרת תקנות סדר הדין האזרחי שנכנסו לתוקף ב-1.1.2021.⁶ מטרתו הן מיקוד הפלוגתאות

לילך דיין ונטע דגן *



היעדר חסיון הדיון המקדמי: האם עול או כורח המציאות?

עליו. מצב זה מעורר את השאלה אם חדשנותו של הדיון המקדמי, שבאה לידי ביטוי גם בכך שהוא אינו חסוי (בניגוד להליך הגישור,² המהו"ת³ והליכי משא ומתן לפשרה),⁴ מתיישבת עם התכליות שלו והולמת את כוונת מתקין התקנות בפרט, והמשפט האזרחי בכלל.

מאמר זה יבקש לענות על שאלה זו ויבחן אם הליך הדיון המקדמי, שאינו חסוי ואף ניתן להקלטה,⁵ מאפשר דיון תכליתי ויעיל, כפי שנועד לאפשר, או שמא חששם של הצדדים "לחשוף את קלפיהם" בשלב כה מוקדם של ההליך, טרם היותם "בשלים" לכך, עלול להביא כל אחד מהצדדים לטמון את דעותיו "הכמוסות" באופן שיפגע ביכולת לממש את הפוטנציאל הטמון בכלי חדשני זה.

ראשית, נציג בהרחבה את מטרת הדיון

דיון מקדמי הוא הליך שנועד עם כניסתו לתוקף של תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, ק"ת 8085 (להלן: התקנות החדשות). תכליתן של התקנות החדשות היא לאזן בין האינטרס של בעלי הדין, לבין האינטרס הציבורי: "קיומו של דיון משפטי צודק, מהיר ויעיל, חיסכון במשאבי זמן ועלויות, מניעת הכרעות סותרות ומניעת שימוש לרעה בהליך השיפוטני".¹

הדיון המקדמי נועד במהותו למקד את המחלוקת בין הצדדים ולהפנות אותם במקרים המתאימים להליכים אלטרנטיביים (דוגמת גישור, מהו"ת ומשא ומתן לפשרה). בניגוד להליכים שהדיון המקדמי מפנה אליהם, ומבלי שיש קו הבחנה ברור ביניהם, הדיון המקדמי אינו חסוי אם הצדדים מגיעים לדיון בפני בית המשפט ואף במסגרת חובת הדיווח שלהם

* עורכת דין, המשנה לפרקליטת מחוז מרכז (אזרחי), פרקליטות המדינה. נטע דגן הוא מתמחה בלשכת המשנה לפרקליט המדינה (עניינים אזרחיים).

1 תקנה 5 לתקנות החדשות.

2 יצחק עמית, חסיונות ואינטרסים מוגנים - הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי (2021), עמ' 578-579. (להלן: עמית)

3 יששכר רוזן-צבי, הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים (2021), עמ' 219. (להלן: רוזן צבי)

4 גבריאל הלוי, תורת דיני הראיות, ד 451 (2013); עמית, לעיל ה"ש 2, עמ' 580.

5 בהקשר זה יודגש כי לכלל זה יש חריגים, וניתן להגדיר חלק מהדברים הנאמרים בדיון המקדמי, דוגמת משא ומתן שמתנהל בין הצדדים במסגרתו, כחסויים.

6 תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, ק"ת 8085 (להלן: התקנות החדשות).

מילא אחר הוראות פרק זה במלואן או בחלקן ולא היתה סיבה מוצדקת להתנהלותו, יחייבו בהוצאות לאלתר לטובת בעל הדין שכנגד או לטובת אוצר המדינה, ולא יאוחר מתום ישיבת קדם-המשפט האחרונה, אף אם לאחר מכן מילא אחר ההוראות, זולת אם מצא טעמים מיוחדים שלא לעשות כן".

עינינו הרואות כי מתקין התקנות ראה חשיבות רבה בהיערכות הצדדים לקראת הסכסוך המשפטי, בירורו בייעילות ותוך צמצום המחלוקות בין בעלי הדין, ואף נתן בידי בית המשפט כלי אכיפה לקיומו של ההליך, במטרה להביא את הצדדים לקיים את הדין המקדמי כדן "זולת אם מצא בית המשפט טעמים מיוחדים שלא לעשות כן". האמור, כמו גם פרוטוקול הדיווח לבית המשפט, מראים כי מתקין התקנות ראה בהליך הדין המקדמי גם אמצעי חשוב לקידום הצדדים אל עבר מנגנונים חלופיים ליישוב הסכסוך.

2. על היעדר חסינו של הדין המקדמי וההמלצה להקליטו

בגילוי דעת מאת יו"ר ועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין¹¹ מובהר כי לנוכח החובות החלות על הצדדים סביב ניהול ההליך המקדמי, לא ניתן לסווגו כמשא ומתן לפשרה, ולפיכך "אין להעניק חסיון להליך זה"¹². בהתאם לכך, יו"ר הוועדה מדגיש כי "המסמכים והדברים אשר מוצגים בהליך המקדמי הם קבילים

כדי לוודא שמטרות אלה מקודמות קובעת תקנה 36 לתקנות החדשות, כי חלה על הצדדים לדין המקדמי חובה לדווח לבית המשפט על תוצאותיו. בטופס ייעודי שמופיע בתוספת הראשונה לתקנות¹³ מחויבים הצדדים להתייחס לאופן קיום הדין ולתוצריו, וזאת בדגש על הפלוגתאות שהצדדים הסכימו לצמצם ולמקד בהן את ההליך, וכן בהסכמות שהושגו. לאחר מכן נדרשים הצדדים לפרט בטופס את הצעדים שננקטו כדי להגיע להסכמות אלה, מה שמלמד על תפיסה לפיה בית המשפט לא רק יעודכן אם מטרת הדין המקדמי הושגה או לא, אלא גם יבחן אם הצדדים פעלו כראוי במטרה להשיגה¹⁰.

ככל שמצא בית המשפט כי הליך הדין המקדמי לא קיים, או לא קיים כראוי, הוא רשאי להטיל סנקציות על הצד/הצדדים, וזאת לפי תקנה 38 לתקנות החדשות. כך, מקום בו מצא בית המשפט כי לא קיים דיון מקדמי כלל, קובעת תקנה 38(א) כי "רשאי [בית המשפט] בקדם-המשפט להורות לבעל דין שהפר הוראות תקנות 35 עד 37 למלאן, זולת אם מצא טעמים מיוחדים שלא לעשות כן; הפר התובע הוראות אלה, רשאי בית המשפט, בלי לגרוע משאר סמכויותיו, להתלות את ההליך עד שהוא ימלא אותן כנדרש ואף למחוק את התובענה מטעמים מיוחדים". תקנה 38(ב) אף הולכת צעד נוסף קדימה כדי להביא לקיומו של דיון מקדמי, וקובעת כי "יסבר בית המשפט כי בעל דין לא

המשפטיות והפניה להליכים אלטרנטיביים במקרים הרלוונטיים, כאמור במבוא.

מטרותיו של הדין המקדמי מוכרזות בתקנה 34 לתקנות החדשות, לפיה "מטרת הדין המקדמי להביא לידי כך שהצדדים ייערכו היטב לקראת הדין בתביעה, ויבנו את יריעת המחלוקת תוך גילוי הדי וסקיפות מלאה ביניהם, באופן שיאפשר להם להיות מוכנים כראוי לדין, וכן לבחון את האפשרות לפתור את המחלוקת באמצעות מנגנון חלופי ליישוב הסכסוך" (ההדגשות אינן במקור).⁷

עקרונות אלה הודגשו גם במסמך שהפיצה הנהלת בתי המשפט לאחר שנחתמו התקנות החדשות, ובו נכתב:

"אחת הבעיות הקיימות כיום היא שהכנת התיקים לקראת הדין בבית המשפט אינה תמיד מלאה ולא אחת נתקל השופט בקדם המשפט בעובדה שעד לאותו שלב הצדדים טרם מצאו לנכון לשוחח ביניהם אודות המחלוקת. בתקנות החדשות נקבע, כי בעלי הדין יחויבו לנהל דיון מקדמי ללא מעורבות השופט, כדי שהם ייערכו היטב לקראת הדין בתביעה וילבנו את יריעת המחלוקת תוך גילוי הדי וסקיפות מלאה ביניהם, באופן שיאפשר להם להיות מוכנים כראוי לדין. כמו כן, במהלך הדין המקדמי עליהם לבחון את האפשרות לפתור את המחלוקת באמצעות מנגנון חלופי ליישוב הסכסוך" (ההדגשות אינן במקור).⁸

7 מנוסח תקנות 34 ו-35 עולה גם שהדין המקדמי מיועד בעיקר לייעל ולקדם את ההליך המשפטי, בעוד בכל הנוגע לאפשרות לסיים את הסכסוך מוחץ לכותלי ביהמ"ש מצוין רק "לבחון את האפשרות לפתור את המחלוקת באמצעות מנגנון ליישוב סכסוך [לפנות למגשר, למשל. ל.ד.]. מכך, כמו גם מהעובדה שהתקנות אינן נוקטות בלשון "ינהלו הצדדים מו"מ", ניתן ללמוד כי מתקין התקנות ברר את מילותיו באופן שמחזק את העמדה לפיה ההליך המקדמי גלוי ולא חסוי.

8 משרד המשפטים "הרפורמה בסד"א של שקד: הליך הוגן, קיצור זמנים, התייעלות, שקיפות, מענה בלתי מיוצגים"; רוזן-צבי, לעיל ה"ש 3. התקנות החדשות, טופס 4 (לפי תקנה 36 לתקנות החדשות).

10 וראה לעניין זה את ת"א (ת"א) 14263-04-21 נציגות גולדה מאיר 8 נ' שרביב בע"מ (נבו) (31/12/2021), "רמת הפירוט של הדיווח הנדרש מבעל דין היא שאלה שטרם התבררה וטרם הוכרעה, אך אין ספק כי דיווח לקוני וסתמי כדי 'לצאת ידי חובה' אינו עולה בקנה אחד עם המצופה מבעל דין בהליך האזרחי".

11 גילוי דעת את/88/21 של יו"ר ועדת האתיקה הארצית של לשכת עורכי הדין "חסיון דיון מקדמי והקלטתו" (4.5.2022). (להלן: גילוי הדעת) 12 שם.



משכך, מסכם יו"ר הוועדה, "צילום מיוזע של הדיון המקדמי יעלה בקנה אחד עם המטרה המרכזית שראה מתקין התקנות לנגד עיניו – הכנת הצדדים לקראת ההליך הדיוני. שהרי, תיעוד ההליך המקדמי יתמרץ את הצדדים להתכונן באופן מעמיק וקפדני ביותר לקראת הדיון המקדמי ולעשותו שלא כלאחר יד".¹³ זאת, בשים לב לצורך בשמירה על כללי האתיקה הנוגעים לידיעת הצד השני, כפי שעוגנו בתקנה 22 לכללי לשכת עורכי הדין ופורשו בפסיקה. בהתאם לכך, ככל שיש חלקים בדיון המקדמי שהצדדים לו מעוניינים להשאיר

אלא שניתן להקליטו בכפוף לידיעת הצד השני, יכול לשרת את עורכי הדין נאמנה, כאשר מתעוררת בין הצדדים מחלוקת באשר לאופן והיקף הדיווח לפי תקנה 36 לתקנות החדשות (טופס 4).¹⁴ בנוסף, יש לכך חשיבות מוגברת בהינתן הסנקציה שבית המשפט יכול להטיל על בעל דין שלא מקיים את ההליך המקדמי כראוי, מכוחה של תקנה 38 לתקנות החדשות. אשר על כן, ההקלטה, שמהווה תחליף ל"פרוטוקול", אמורה לסייע לבית המשפט, ככל שתגלע מחלוקת בין הצדדים לגבי ממצאי הדיון המקדמי והדיווח שלו.¹⁵

כראייה והצגתם בפני ביהמ"ש, ע"י עורך דין, לא תהווה עבירה על כללי האתיקה המקצועית".¹³ יו"ר הוועדה אף מוסיף ומרחיב, כי קיימת זכות להקליט את הדיון,¹⁴ כל עוד נעשה הדבר בידיעת עורכי הדין של הצד שכנגד.¹⁵ לפי יו"ר הוועדה, ניתן ללמוד זאת באמצעות היקש מהוראת סעיף 68ב(א) לחוק בתי המשפט,¹⁶ שנקודת המוצא שמוצגת בה מאפשרת הקלטה של דיון בבית משפט, כל עוד הוא אינו חסוי.

לפי יו"ר הוועדה, מצב דברים שבו לא רק שהדיון המקדמי אינו חסוי,

13 גילוי הדעת, לעיל ה"ש 11.

14 שם.

15 כלל 22 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו – 1986. (להלן: כללי לשכת עורכי הדין)

16 סעיף 68ב(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד – 1984.

17 גילוי הדעת, לעיל ה"ש 11.

18 שם.

19 שם.

מעטות, שהצדדים נדרשים להן עוד לפני הגעתם לישיבת קדם המשפט הראשונה בבית משפט, מה שנותן ביטוי חזק יותר לתפקידם של עורכי הדין, באופן שעשוי לחזק את "החזקים" ולהחליש את "החלשים".²⁷

2. הדיון המקדמי – הליך באזור דמדומים

בשונה מהליכי ADR אחרים, דוגמת משא ומתן, פישור וגיבור, הליך הדיון המקדמי אינו וולונטרי.²⁸ ככזה, יש היגיון רב בכך שעל הצדדים מוטלת חובת דיווח לבית המשפט, שכן זו מאפשרת לבית המשפט לשמש גורם מפקח. ואולם, מאחר שמדובר בהליך שמנוהל על ידי הצדדים מחוץ לאולם בית המשפט וללא נוכחות שופט, משקלם של עורכי הדין המייצגים בו גדול במיוחד, ומכאן שיש ליתן את הדעת לכמה היבטים. ראשית, מדובר בהליך שמחייב את הצדדים להבין את שונותו ביחס להליכים וולונטריים אחרים, דבר שמחייב מומחיות ובכך מקנה יתרון לשחקנים חוזרים. שנית, הליך זה אינו חסוי ונועד לקדם שיח אלטרנטיבי, כך שיתכן כי הצדדים ינהלו במסגרתו משא ומתן - מצב שמחייב פיתוח מיומנות ייחודית כדי שהדברים שנאמרו בו לא יביאו לפגיעה בניהול ההליך העיקרי.

העובדה שעורכי הדין הם הגורם הדומיננטי בדיון המקדמי, בהעדר

לצורך פתרון הסכסוך במקרים המתאימים.²¹ שתי תכליות אלה הן נגזרות של תכלית העל שמטרתה לקדם יעילות מערכתית. כלומר, להביא לצמצום מספר התיקים המתנהלים בבית המשפט, לקצר את משך זמן הטיפול בהם, ולצמצם את עלות הבירור הממוצעת של כל תיק. תכלית זו היא התכלית שעומדת בבסיסם של כל הליכי ה-ADR (Alternative Dispute Resolution) שאומצו בתקנות.²²

ברם, תכלית זו אינה חפה מביקורת. אחת הטענות המרכזיות כלפיה היא כי כל עוד הרצון לקדם יעילות מערכתית הוא השיקול המרכזי שמנחה את דפוס המיסוד של הליכי ADR, הם צפויים לפעול באופן שאינו שובר את המתכונת האדוורסרית מבוססת הזכויות,²³ שמוכרת מבתי המשפט.²⁴ התוצאה של שימור מתכונת זו היא שהתקווה להצמחת שיח אלטרנטיבי (מבוסס אינטרסים וצרכים), שיכול לשמר מערכת יחסים, לייצר שביעות רצון אצל צדדים לסכסוך ולהצמיח פתרונות יצירתיים - איננה מתממשת.²⁵ זאת ועוד, ניתן לראות בתכלית הקיימת של יעילות מערכתית חסם למתדיינים פוטנציאליים, ואי מתן הזדמנות נאותה לדיון מעמיק והכרעה צודקת יותר מצד בתי המשפט.²⁶

הטעם לכך הוא שההליך המקדמי כולל דרישות פרוצדורליות לא

חסויים, עליהם לציין זאת מפורשות בתיעוד המוקלט, למשל באמצעות אמירה לפיה הצדדים יפסיקו את ההקלטה לטובת ניהול דיון "מחוץ לפרוטוקול".²⁰

מודל זה עשוי ליצור איזון מדויק יותר בין הרצון לקדם יעילות מערכתית, לבין הצורך ליצור מערכת שלא מייצרת חסמים למתדיינים פוטנציאליים, ונותנת שהות לדיון מעמיק ולהכרעה צודקת

חלק שני

1. על הליכים מקדמיים וגישה לצדק בראי הרפורמה הטמונה בתקסד"א

כפי שהוצג לעיל, תכליתו הדומיננטית של הדיון המקדמי היא להכין את הצדדים טוב יותר להליך המשפטי, תוך חידוד הפלוגתאות והכוונת הצדדים להליכים חלופיים

20 גילוי הדעת, לעיל ה"ש 11.
21 ת"א (ת"א) 14263-04-21 נציגות גולדה מאיר 8 נ' שרביב בע"מ (נבו) 31.12.2021.

22 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 3, עמ' 28-29.

23 כלומר, הצדדים מנהלים את המשא ומתן "בצל המשפט, בדמות המשפט ומתוך צפי לקיומו של המשפט", כל שבפועל הוא מתנהל באופן דומה להליך המשפטי שצפוי להיפתח. ראה ארנה רבינוביץ-עיני "הליכים מקדמיים, גישור וגישה לצדק בראי הרפורמה בסדרי הדין האזרחיים" משפטים על אתר ט 33 (2015), עמ' 48. (להלן: רבינוביץ-עיני)

24 רבינוביץ-עיני, לעיל ה"ש 23, עמ' 34.

25 עמ' 48.

26 שם.

27 שם.

28 זאת, למעט החרגה של צדדים שאינם מיוצגים, שעליהם לא חלה החובה לקיים דיון מקדמי. וראה לעניין זה את דברי ההסבר לתקנות: "החרגת בעלי דין שאינם מיוצגים מהכלל בדבר קיום דיון מקדמי, כאמור, נעוצה בחשש מפני ניהול דיון במתכונת שנקבעה ללא נוכחות שופט או עורך דין מטעמים ובהשלכות שעלויות להיות לכך על זכויותיהם הדיניות והמהותיות".

נוכחות של שופט, יכולה ליצור קושי במאזן "הכוחות" במקרים של היעדר שוויון "בייצוג". כמו כן, הדבר עשוי להביא לכך שהצדדים לא ישקפו את מלוא הפרטים, כדי למנוע פגיעה בסיכוייהם בהליך המשפטי הצפוי, מה שיכביד גם על קידום מגעים להסדר.²⁹

ב3. על ההתנגשות בין מטרות התקנות לחסיון

דומה שקיימת התנגשות לעניין זה בין מטרותיו אלה של הדיון המקדמי.³⁰ כלומר, בין הרצון למקד את הפלוגתאות המשפטיות, שבמסגרתן מתבקשים הצדדים לחשוף את קלפיהם המשפטיים, לבין הרצון לקדם לעבר הליכים אלטרנטיביים.³¹ הסיבה להתנגשות זו היא שבעוד צמצום הפלוגתאות מחייב חשיפת קלפים, הרי שדומה כי באותם הליכים אלטרנטיביים יעדיפו הצדדים לשמור את הקלפים קרוב לחזה. ודוק, קיים היגיון רב בתפיסה לפיה לא נכון שיחול על הליך זה חסיון, וזאת כדי שהצדדים ייערכו טוב יותר לקראת ניהול יעיל וממוקד של ההליך המשפטי. משכך, טוב עשה מתקין התקנות כאשר נתן בידי בית המשפט כלים לפיקוח על קיום הדיון המקדמי. לעומת זאת, היגיון זה אינו מתיישב כלל עם מטרתו השנייה של הדיון המקדמי, שכן

משא ומתן בין הצדדים חסוי מעצם מהותו, וזאת גם אם התרחש במהלך דיון מקדמי. נציין כבר כעת כי אחד הפתרונות האפשריים לעניין סתירה זו הוא יצירת הבחנה ברורה בין חלקי הדיון המקדמי, באופן שמפריד בין החסוי והלא חסוי. ואולם, מאחר שהבחנה כזו טרם נוצרה, ראוי לקיים דיון בחסיונו של הדיון המקדמי ובגבולותיו. כמו כן, וככל שלא תקודם הבחנה כאמור, ייתכן שנכון לשקול החלת חסיון מלא על הדיון המקדמי (בהתאם לדיון שיוצג להלן).³²

ב4. דיון מקדמי במשפט הפלילי

הדיון המקדמי במשפט הפלילי מעוגן בסעיף 143א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982. מטרתו של ההליך לפי סעיף 143א דומה למטרתו של הדיון המקדמי בתקנות החדשות, והיא לצמצם מחלוקות בין הצדדים ולהביא אותם להסכמות, שבסופו של דבר יביאו לסיום ההליך בהסדר טיעון.³³

דיון מקדמי במשפט הפלילי אינו חובה,³⁴ וקיומו נתון לשיקול דעתו של בית המשפט.³⁵ בדומה לדיון המקדמי שאומץ בהליך האזרחי, "רשאי בית המשפט [בדיון מקדמי לפי סעיף 143א], בהסכמת בעלי הדין, לעיין בחומר החקירה וברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי

הרשות החוקרת והנוגע לאישום, וכן בחומר וברשימה כאמור שנאספו או שנרשמו בידי ההגנה; אין בהוראה זו כדי לגרוע מכללי חסיונות עדים או כללי ראיות חסיונות". כלומר, החומר שהצדדים מביאים לדיון המקדמי אינו חסוי.

קיימת התנגשות בין מטרותיו של הדיון המקדמי. כלומר, בין הרצון למקד את הפלוגתאות המשפטיות, שבמסגרתן מתבקשים הצדדים לחשוף את קלפיהם המשפטיים, לבין הרצון לקדם לעבר הליכים אלטרנטיביים

במטרה להגן על הצדדים ולקדם הליך דיון מקדמי יעיל, הולך המשפט הפלילי צעד נוסף קדימה וקובע כי במקרים שבהם הדיון המקדמי לא הסתיים בהכרעת דין הוא יועבר

29 על פניו, ניתן לטעון שהתכלית של הדיון המקדמי, לפחות בפועל, היא בעיקר לדבר על דברים שאין לצדדים בעיה לדבר עליהם בקדם משפט בפני שופט, והרעיון הוא פשוט לחסוך דיון בבימ"ש. מעבר לכך, ניתן להוסיף ולטעון כי הצדדים יכולים להסכים להשהות את ההליך המשפטי ולנהל מו"מ לפשרה/גישור, שם כן ישנו חסיון.

30 ברם, גם בהינתן אפשרויות אלה, הבעיה הפוטנציאלית עדיין קיימת, ואף מקבלת משנה תוקף לנוכח פערי המומחיות האפשריים. נבקש להודות לעו"ד איתן לדרר, פרקליט מחוז צפון (אזרחי), על הערה חשובה זאת כמו גם על הפתרון שיוצג בפרק זה.
31 ודוק, ניתן לטעון שגם חידוד וחזרה על טענות בפני הצד האחר, במסגרת הליך גישור למשל, יכולים לעזור לכל צד להבין את חולשותיו ולמקד את הפלוגתאות לקראת ההליך המשפטי, מה שעשוי לתמרץ צדדים לפנות להליך גישור. ברם, יודגש כי הליכה לגישור לשם תכלית זו בלבד סותרת את מהותו של הגישור ודומה כי אינה מתיישבת עם כללי תום הלב.

32 בהקשר זה חשוב לציין שהבחנה כאמור יכולה להיווצר גם בפרקטיקה, ומתיישבת עם הפתרון שנציג להלן.
33 עמית, לעיל ה"ש 2, עמ' 597.

34 מעבר לכך, סעיף 143א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 אף אוסר על קיומו בהליכים בעבירות מסוימות.
35 בהקשר זה יצוין כי ההליך אמנם אינו חובה ולא ניתן לחייב את הצדדים להידברות, אולם פעמים רבות הצדדים מעוניינים בקיומו, שכן הוא משמש לרוב גם כפלטפורמה לטענות שונות טרם מינוי מותב לשמיעת התיק - בין היתר, טענות מקדמיות, לרבות כאלו שעניינן פגם או פסול בכתב האישום, כאשר במקרה שעלו טענות מהסוג הזה בית המשפט לרוב יקבע הוראות ויחליט על כך.



היבטים הנוגעים לו אגב הסתכלות (מוגבלת) על הדיון המקדים לגילוי המסמכים (Deposition) במשפט האמריקאי.⁴⁰ הסיבה להסתכלות המוגבלת הזו היא שבדיון האמריקאי מתקיים הליך זה בראשיתו של הליך גילוי המסמכים.⁴¹ מטרת ההליך היא גידור המחלוקת ובחינת דרכים חלופיות לסיום הסכסוך ביניהם,⁴² כאשר התוצר הרצוי הוא יצירת תוכנית סדורה לאופן שבו מתכוונים הצדדים לקיים את הליך גילוי

עליו חיסיון. כלומר, המשפט הפלילי יוצר מנגנון שמתמרץ את הצדדים לשתף פעולה עם הדיון המקדמי, וזאת מבלי שיחששו מהשפעתו של הדיון המקדמי על ההליך גופו, במקרה שמטרת הדיון המקדמי לא יושגו.

5.2 דיון מקדמי במשפט המשווה

הדיון המקדמי שאומץ בתקנות החדשות ייחודי ואין לו מקבילות בעולם.³⁹ עם זאת, ניתן לבחון כמה

למותב אחר.³⁶ לעומת זאת, אם הדיון המקדמי מסתיים בהסדר הנוגע להכרה באחריות הפלילית מבלי הסכמה לעונש, יישאר הדיון בפני אותו מותב,³⁷ וזאת מבלי שאותו שופט יוכל לעיין בפרוטוקול הדיון המקדמי, שלא יוכל לשמש ראיה בכל הליך אחר.³⁸

כאשר מטרת המשנה של הבאת ההליך לסיום בהסדר טיעון אינה מושגת, עובר ההליך למותב אחר וחל

36 בהתאם לתפיסה זו, במקרים רבים גם הליך הגישור (ולעיתים אף הליכים לפי סעיף 74 לפקודת סדר הדין הפלילי) יתנהל בפני השופט בדיון המוקד. מכאן, שבהליך הפלילי שופט המוקד משמש לעיתים כסוג של "כולבוניק" שמטפל במה שצריך במטרה לנסות ולהביא לסיום התיק עוד לפני הגעתו להליך העיקרי. בהקשר זה חשוב גם להתייחס לכך שהשופט בדיון המוקד הוא שופט קבוע שלרוב יעסוק בדיונים אלה לתקופה יחסית ארוכה (לרוב יותר משנת משפט אחת). כפועל יוצא, להתביעה ולסנגורים, שהם שחקנים חוזרים באולמו, חשוב לצדדים לשמור על יחסי אמון ושם טוב מול אותו שופט, מה שתורם לקידום הסדרי טיעון וצמצום מחלוקות.

37 ע"פ 8360/19 זיסמן נ' מדינה ישראל (נבו 18.3.2020).

38 סעיפים 143-ה-1 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב-1982.

39 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 3, עמ' 192.

40 מאירי, וימיסברג, כהן-שור ואלקיים, Case Law, גיליון מס' 19, 2021. ויודגש, המדובר בשלב שבו הצדדים יכולים לגבות עדויות, כחלק מהליך הגילוי, מה שמעצים את השוני מהדיון המקדמי.

41 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 3, עמ' 192. ההתייחסות היא לכלל 26(f) לכללי הפרוצדורה הפדרליים (Federal Rules of Civil Procedure): "See Fed. R. Civ. P. 26 42 the parties must consider the nature and basis of their claims and defenses and the possibilities for promptly settling or resolving the case."

המסמכים.⁴³ נקודת דמיון נוספת בין הדין הישראלי להליך המקדים, לבין ה-Deposition האמריקאי, היא בסמכותו של בית המשפט להשית סנקציות בגין סירוב לקיום ההליך.⁴⁴

מעניין לציין כי ההליך האמריקאי אינו כולל סוג אחד של חיסיון, אלא ערב רב של כללים, המשתנים בהתאם לסוג ההליך ומוגדרים לרוב במפגש המקדים להליך הגילוי.⁴⁵ כללים אלה מחייבים פעולה אקטיבית של עורכי הדין לפני ואחרי ההליך, וכחלק מכך הביאו ליצירת כללי התנגדות במהלך ההליך, וכן Protective orders, מעין הסכמי חיסיון שעורכי הדין יוצרים בהתאם לטיב הגילוי שבו הוא מתקיים (בהקשר זה קיימת הבחנה, למשל, בין Deposition לרופא ל-Deposition למעסיק בתביעה נגד פיטורים).⁴⁶ למעשה מדובר במערכת כללים שמחזקת עוד יותר את עורכי הדין, שכן עבור צדדים שאינם מומחים קיימת אי בהירות באשר לטיב החיסיון והיקפו, ולפיכך ניתן לראותה ככזו שעשויה ליצור פער לחובת צדדים מוחלשים.

עם זאת, יש להסתייג ולומר שמציאות ללא אמות מידה וכללים ברורים לא בהכרח טובה יותר לצדדים מוחלשים, שכן גם בה הצד שמחזיק במומחיות עשוי להטעות את הצד השני ולנצל את פערי המידע ביניהם. בנוסף, במצב זה גם נוצרים חוסר ודאות, אמורפיות ואי אחידות, ואלה מאפשרים לגורמים החזקים יותר להשתמש בכלי של הדין המקדמי לטובתם. בנסיבות אלה נראה כי

חשוב לפתח את הוראות הדין בהליך הדין המקדמי, ולקבוע איזונים מתאימים שימנעו פגיעה בצדדים חלשים. ואולם נושא זה, באופן כללי ולהבדיל מהדין בחיסיון, גולש מעבר ליריעתו של מאמר זה ומצריך דיון נרחב.

סיכום

הדין המקדמי נועד להגביר את מוכנותם של הצדדים לדין המשפטי, ולשמש פלטפורמה שתקדם מנגנון לפתרון הסכסוך לפני הדין, או לחלופין פנייה להליכי ADR מתאימים, באופן שהולם את תכליתם לאזן בין האינטרס של בעלי הדין, לבין האינטרס הציבורי.⁴⁷ מאחר שהדין אינו חסוי ותפקידם של עורכי הדין בו דומיננטי במיוחד, עלול להיווצר מצב שבו העלות תגבר על התועלת. כדי לקדם תכליות אלה נראה כי אין מנוס מקביעת מנגנונים שיהוו "הוראות הפעלה" לצדדים, ויקלו על ניהול אפקטיבי של הדין המקדמי.

בכל הנוגע לחיסיון הדין המקדמי מבוססת הדרך להשגת מטרה זו על יצירת מנגנון, שמבחינו באופן ברור בין דיון מקדמי שלא צלח לכוז שצלח, וזאת באמצעות שני שלבים: ראשית, נכון להגדיר באופן חד וברור מתי עוברים הצדדים מדיון מקדמי להליכי ADR אחרים, שבהם חל חיסיון, ומתי לא. יש לקוות כי הגדרה זו תפחית את השימוש באמירות "שלא לפרוטוקול" ותמקד את הדין המקדמי באופן יעיל ושיקוף לבית המשפט.

שנית, לנוכח חשיבותם של עורכי הדין בהליכי דיון מקדמי, נכון לאמץ מודל דיון מקדמי שמבוסס על גישה הדומה לדין המקדמי הפלילי, וליצור אמת מידה שיפוטית לבחינת הסכמות שהושגו בדין מקדמי, כך שכאשר מסכימים הצדדים והסכמתם דורשת אישור שיפוטי, יבחן בית המשפט את הדברים ללא חיסיון. מהלך זה יאפשר לבית המשפט לעמוד על המשמר ולוודא כי הדין המקדמי נוהל באופן שקוף והגון. לעומת זאת, כאשר השיח בדין המקדמי לא הביא להסכמות, יהיה על בית המשפט לראות בדין המקדמי הליך ADR שלא צלח, ולהטיל חיסיון הן על חומרים שהועברו בו, והן על אמירות שנאמרו בו.

מודל מוצע זה אף מתיישב עם עמדתו של כבוד השופט יצחק עמית, שמדגיש הן את עוצמתו של יסוד האמון בין הצדדים לקיומם והצלחתם של הליכי ADR, והן את ההכרח בסודיות וחיסיון במסגרת ניהולם במטרה לעודד את השימוש בהם.⁴⁸

לחלופין, ניתן לחשוב על מודל ולפיו בהיעדר הסכמות בדין המקדמי, יחול החיסיון באופן חלקי, וזאת בהתאם לסט כללים שנועד לשמור על קו הגבול בין הדין המקדמי, לבין הליכי ADR אחרים, להפחית את מספר האמירות "שלא לפרוטוקול", וכן למזער ככל הניתן את פוטנציאל הפגיעה בשל פער בין הצדדים. ■

Fed. R. Civ. P. 26 43
 44 ראו לדוגמה 2 (2022 ed) § 12:54 (Tex. Prac. Guide Disc.).
 45 (5th ed) § 87:9 (Bus. & Com. Litig. Fed. Cts.).

46 61, 61 The Advoc. (Texas) 28, 28 Comparing and Contrasting Depositions in State and Federal Court Proceedings, Scot Pierce, (2004);
 47 283 (1999) Notre (Dame L. Rev.).

במסגרת הבחנה זו החיסיון של על Deposition לרופא רחב יותר מזה שחל על מעסיק.
 48 ראו פירוט לעיל במבוא.

48 עמית, לעיל הי"ש 2, עמ' 578.