



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8493/06

בפני: כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט א' רובינשטיין

המערער: עיזבון המנוח ציון כהן ז"ל

נגד

המשיב: הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ

ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בתל אביב-
יפו מיום 24/07/2006 בתיק א 171/05, שניתן על ידי כב'
השופט שמואל ברוך ז"ל

בשם המערער: עו"ד דודי גור

בשם המשיב: עו"ד דנה יגור ועו"ד עופר דרורי

פסק-דין

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. המערער הוא עזבון המנוח ציון כהן ז"ל (להלן: המערער), והמשיב הוא הבנק הבינלאומי הראשון לישראל (להלן: הבנק או המשיב). המערער נכנס בנעליו של הנתבע, ציון כהן ז"ל (להלן: המנוח) אשר הלך לעולמו לאחר שהוגשה נגדו תביעה בסדר דין מקוצר על ידי הבנק, ובטרם ניתן פסק הדין בבית משפט קמא, הדוחה את הבקשה לרשות להתגונן שהגיש. על פי פסק הדין, על המנוח, וכיום על עזבונו, העומד בנעליו, לשלם לבנק סך של 41,239,314 ₪ (בערך נומינלי), וכן הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין על פי התעריף המינימלי בגין התיק העיקרי בסך 1,654,824.96 ₪ (בערך נומינלי) בתוספת מע"מ. כן חוייב המנוח בשכר טרחה נפרד בגין הבקשה לרשות להתגונן.

עיקרו של ערעור העזבון נסב על בקשה לבטל את פסק הדין שניתן, וליתן למערער רשות להתגונן כנגד תביעת הבנק.

רקע עובדתי

2. הבנק הגיש נגד המנוח תביעה בסדר דין מקוצר לתשלום סך 41,239,314 ₪ בגין ערבותו להבטחת 50% מחובותיה של חב' נאות אואזיס מלונות בע"מ (להלן: החברה). התביעה התבססה על ערבות מתחדשת, ללא הגבלת סכום, שניתנה ביום 8.12.99, עליה חתם המנוח ביחד עם עוד שני ערבים (להלן: הערבים). במסגרת כתב הערבות, הוגבלה ערבות המנוח לשיעור של 50% מחובות החברה וערבות שני הערבים האחרים ל-25% מחובות החברה ביחס לכל אחד מהם.
3. כנטען על ידי הבנק, סך האשראי שהחברה קיבלה ממנו ואשר לא נפרע נכון ליום 31.1.05, עמד על סך של 82,478,628 ש"ח. מאחר שערבותו של המנוח הוגבלה לשיעור של 50% מכלל חובות החברה לבנק, הועמד סך התביעה בסדר דין מקוצר כנגד המנוח על מחצית הסכום האמור. בקשה למתן רשות להתגונן הוגשה מטעם המנוח רק בתאריך 4.12.05 בשל עיכובים שונים שחלו בשל מצבו הבריאותי, ולבקשתו צורף תצהיר קצר החתום על ידו.
4. בבקשה לרשות להתגונן טען המנוח, בין היתר, כי יש להפסיק את התובענה מאחר שטרם הסתיים בירור טענות הבנק כנגד החברה, בתביעה שהגיש נגדה הבנק. הוא טען כי הכרעה באותו ענין עשויה לייתר את התביעה כלפיו. כן הלין המנוח על אי הגשת תובענה כנגד שני הערבים האחרים; הוא טען עוד, כי מצבו הבריאותי אינו מאפשר לו להתגונן כראוי, ועקב כך אין באפשרותו לעיין במסמכים חשובים המצויים בלונדון, וביקש להשהות את הדיון בתובענה עד לשיפור במצב בריאותו; כן טען, כי תביעת הבנק נטולת יסוד מעיקרא, שכן הוא אינו ערב כלל לחובות החברה. לענין זה טען המנוח כי האשראי שניתן לחברה על ידי הבנק אמור היה להיות מובטח רק על ידי שעבודים על נכסי החברה, אולם מאחר שבמעמד העמדת האשראי על ידי הבנק לחברה טרם הושלם רישום המשכנתא על הנכס, הסכימו המנוח והערבים הנוספים ליתן ערבויות אישיות לחובות החברה לבנק שתוקפן יחול עד למועד השלמת רישום השעבודים על המקרקעין נשוא העסקה. לפיכך, טען המנוח, כי משהושלם מהלך רישום השעבודים, פקעה ערבותו, וכי הדבר נעשה בתיאום עם אחד, מר קורקידי, נציג הבנק. עוד טען, כי הבנק הפר את החובה האמורה בסעיף 26 לחוק הערבות, התשכ"ז-

1967, המחייב נושה, קודם הגשת תביעה, להודיע לחייב שלא קיים את חיובו תוך 90 יום מיום שהיה עליו לקיים את החיוב. לא הודיע כאמור, מופטר הערב מחיובו כדי הנזק שנגרם לו בשל כך.

5. בתצהיר שצורף לבקשה לרשות להגן, התייחס המנוח לטענת ההגנה הבאה:

"2. העסקה הקשורה בנאות אואזיס מלונות בע"מ (להלן: "החברה"), שנטען בתביעה זו שאני ערב לפרעונם, היתה אמורה להיות מובטחת אך ורק בשעבודים על נכסי החברה, ואולם משום שבמעמד העמדת האשראי טרם הושלם רישום המשכנתא על הנכס, הסכמתי (כמו גם הערבים הנוספים) ליתן ערבות עד מועד השלמת רישום השעבודים על המקרקעין, נשוא העסקה.

3. בהתאם להסכמות הללו, אשר סוכמו עם מר קורקידי נציג הבנק, משהושלם מהלך רישום השעבודים על המקרקעין – פקעה למעשה גם ערבותי, ועל הבנק היתה מוטלת החובה להודיע לי על פקיעת תוקף ערבותי, כמו גם לערבים הנוספים."

לכל יתר טענותיו בבקשה לרשות להגן, לא התייחס המנוח בתצהירו.

6. ביום 20.3.06 נפטר המנוח, בטרם הספיק להיחקר על תצהירו זה. ההליכים בתביעה המשיכו להתנהל באמצעות עזבון המנוח, שיוצג על ידי רעייתו, הגב' אילנה כהן. בדיון בבית המשפט קמא, שהתקיים לאחר פטירת המנוח, טען ב"כ הבנק כי נוכח העובדה שהמנוח הלך לעולמו, ומאחר שלא נחקר על תצהירו, ממילא אין לתצהיר כל משמעות ראייתית, ובהיעדר תצהיר חלופי של גורם מעורב בפרשה, העשוי להיחקר על התצהיר, יש לדחות על אתר את הבקשה למתן רשות להתגונן בהעדר ביסוס ראייתי כלשהו לאמור בה. כן נטען, כי גם לגופם של דברים, אין התצהיר מגלה כל הגנה הראויה לדיון. מנגד, טען ב"כ המערער כי יש לאפשר לעזבון להתגונן כנגד התובענה, אף שמדובר בטענות נגד מסמך בכתב, וכי יש מקום להתייחס לתצהיר המנוח, ולתת לו מעמד ראייתי, על אף שנבצר לחקור את המנוח על תוכנו בשל פטירתו, משהוא כולל טענות עובדתיות כבדות משקל המצריכות בירור.

פסק הדין של בית המשפט המחוזי

7. בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופט ש' ברוך ז"ל) התייחס בפסק דינו לכלל בדבר אמרות נפטרים ולאי-קבילותן כראיה מפאת היותן עדות שמיעה. הוא קבע, כי לא הונחה במקרה זה כל תשתית עובדתית לקיומו של חריג לכלל הפוסל קבילות אמרת נפטר בשל היותה עדות מפי השמועה. משלא התאפשרה חקירתו הנגדית של המצהיר, ממילא תצהירו לא יצא מגדר עדות שמיעה ולפיכך הוא פסול כראיה. משכך, הבקשה לרשות להגן אינה נתמכת בתצהיר קביל, ודי בטעם זה כדי לדחות את הבקשה לרשות להתגונן.

מעבר לנדרש, נזקק בית המשפט קמא גם לתוכן התצהיר, וקבע כי, אפילו החליט כי הוא קביל כראיה, לא היה מתיר רשות להתגונן על פיו. לעמדתו, התצהיר לאקוני ביותר, והטענה כנגד מסמך בכתב, שאמנם ניתן להעלותה בגידרה של בקשה לרשות להגן, הועלתה בסתמיות רבה, שאינה יכולה לשמש תשתית מספקת למתן רשות להתגונן. בהיות טענת ההגנה סותרת מסמך בכתב, היה על המנוח לפרט במדויק את הנסיבות שבהן הושגה הסכמה עם הבנק לפטור אותו מערבותו לכשהשעבודים על רכוש החברה יירשמו. מכאן, כי אפילו התקבל התצהיר כראיה, אין בתוכנו כדי להקים טענת הגנה הראויה להישמע. לאור זאת, הבקשה לרשות להגן נדחתה, וניתנה פסיקתא המקבלת את תביעת הבנק כנגד עזבון המנוח במלואה.

על פסק דין זה נסב הערעור בפנינו.

טענות המערער

8. ראשית, טען המערער, כי טעה בית המשפט קמא בקובעו כי על תצהיר שניתן בתמיכה לבקשה לרשות להתגונן חל הדין הכללי בדבר אמרות נפטרים, ולא התייחס לכך שמדובר בהליך דיוני מיוחד שבמסגרתו יש לתצהיר מעמד מיוחד, שעל פיו קמה ונופלת זכותו של נתבע להתגונן כנגד תביעה המוגשת נגדו. בנסיבות אלה, יש מקום להיזקק לתצהיר גם אם לא ניתן לחקור את עורכו. לחלופין נטען, כי התצהיר במקרה זה ממלא אחר שלושת התנאים הנדרשים לקיום החריג הרלבנטי בדבר קבילות אמרת נפטר, וגם מטעם זה היה מקום לראות בו ראיה קבילה במקרה זה. לגוף הענין, המערער טוען, כי הגישה לפיה לתצהיר בבקשה לרשות להגן אין כל ערך ראייתי מאחר שעורכו נפטר בטרם נחקר בחקירה נגדית אינה מתיישבת עם הוראת תקנה 205(ג) לתקנות סדר

הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי), הנותנת שיקול דעת לבית המשפט בנסיבות מתאימות לתת רשות להתגונן גם בלא חקירת המצהיר. לחיזוק טענה זו מפנה המערער לשורה של פסקי דין שקיבלו את תצהיריהם של תושב חוץ או מצהיר שנעדר מן הארץ בלא שאלה התייצבו להיחקר על תצהיריהם אף שנדרשו לכך, ועל פי התצהירים בלבד הוענקה רשות להתגונן. לטענת המערער, במקרה זה היה על בית המשפט להניח כי עובדות התצהיר נכונות הן, ליתן רשות להתגונן, ולהשאיר את הוכחת העובדות להליך העיקרי באמצעות עדים שיוזמנו להעיד. עובדות התצהיר מקימות, על פי הטענה, טענת הגנה טובה, המצדיקה ניהול משפט ובירור העובדות.

כן טען המערער, כי שכר הטרחה שנפסק לחובתו בגין התיק העיקרי אינו שכר טרחה מינימלי, ואינו עולה בקנה אחד עם תנאי סעיף 1.א(4) לתוספת לכללי לשכת עורכי הדין (התעריף המינימלי המומלץ), התש"ס-2000. מכל מקום, לדבריו, היה על בית המשפט לשקול את סבירות הסכום שנדרש כשכר טרחה, בשים לב לאופן ניהול ההליך, ולהיקף ההתדיינות שנדרש, שהיה מינימלי ביותר.

עוד נטען, כי בית המשפט לא התייחס למכלול הטענות המשפטיות האחרות שהמנוח העלה בבקשתו לרשות להתגונן, ובכלל זה לטענה, כי תביעת הבנק הוגשה בטרם הסתיימה תביעתו כנגד החברה, וכי הבנק נהג איפה ואיפה בכך שהגיש תביעה רק נגד המנוח ולא כנגד שני הערבים הנוספים, שערכו לחובות החברה ביחד עמו.

טענות המשיב

9. המשיב סומך ידיו על פסק הדין קמא. לטענתו, התיקון לתקנה 205 לתקנות סדר הדין האזרחי מאפשר לבית המשפט לדחות בקשת רשות להגן גם בלא חקירת המצהיר, ובקיום טעמים מיוחדים, כאשר הבקשה מלמדת על פניה כי אין בה ממש. על פי הטענה, המצהיר לא נחקר, והעובד נמנע מלהעמיד מצהיר חלופי במקומו, ובנסיבות אלה, לא עמדה בפני הערכאה הדיונית גרסה עובדתית בעלת משקל שהצדיקה מתן רשות להתגונן. כך, למשל, המערער יכול היה להגיש תצהירים מטעם הערבים הנוספים שחתמו על ערבויות ביחד עם המערער, אותם ניתן היה לחקור על תצהיריהם, אך לא נעשה כל נסיון בכיוון זה. בהעדר חקירה על התצהיר, ובהעדר בקשה להגשת תצהירים חלופיים כאמור, לא ניתן ביסוס ראיתי כלשהו לבקשה לרשות להגן, ודינה היה להידחות. על פי הטענה, הכלל לפיו תצהיר בלא חקירה נגדית אינו יוצא מגדר עדות שמיעה חל, מקל וחומר, כתביעה בסדר דין מקוצר, שבה זכות הנתבע הינה זכות דיונית מוחלטת. התצהיר בענייננו אינו עונה לאף אחד מהחריגים המוכרים לכלל הפוסל עדות

שמיעה, המאפשרים קבלת אמרות נפטרים. לגוף התצהיר, נטען כי צדק בית המשפט קמא בפוסקו כי לא היה בו כדי להעלות טענות הגנה של ממש; כן לא היה צורך לדון בטענות הנוספות בבקשה שלא נכללו בתצהיר. עוד נטען, כי שכר הטרחה שנפסק עולה בקנה אחד עם הכללים המקובלים. הבנק טוען בענין זה כי בפסיקתא שהגיש לבית המשפט קמא נקט בדרך חישוב שמרנית, בהעמידו את שכר הטרחה על החלופה הנוכחת בסעיף 1(א)(3) לתוספת לכללי לשכת עורכי הדין; מכל מקום נטען, כי המערער לא הצביע על טעם המצדיק התערבות בשכר הטרחה שנפסק.

דיון והכרעה

10. המערער מעלה את השאלות הבאות המצריכות הכרעה:

(א) מה מעמדו הראייתי של תצהיר הניתן בהליך שיפוטי רגיל, שעורכו נפטר לפני שהספיק להחקר עליו;

(ב) האם יש שוני לענייננו בין תצהיר המוגש כאמור במסגרת הליך דיוני רגיל, לבין תצהיר הניתן בתמיכה לבקשה לרשות להתגונן, מבחינת קבילותו ומשקלו הראייתי?

(ג) מן הכלל אל הפרט בענייננו – מה מעמדו של תצהיר המנוח בהליך שלפנינו, בהינתן העובדה כי לא נחקר עליו קודם לפטירתו;

(ד) ככל שיתברר כי התצהיר קביל ויש להתייחס אל תוכנו – האם הוא מקים עילה טובה למתן רשות להתגונן?

(ה) מה דינן של יתר טענות המנוח בבקשה לרשות להתגונן, הנילוות לתצהיר, ומה דינה של טענת הערעור בענין גובה שכר טרחת עורך הדין שנפסק לחובת המערער בענין זה.

מעמדו של תצהיר כראיה בהליכים מסוגים שונים

11. סעיף 15(א) לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות) קובע:

“תצהיר שבכתב כראיה בדין

(א) מקום שמותר לאדם על-פי דין, או שנדרש אדם, להוכיח דבר על-ידי תצהיר בכתב, ... יהיה תצהירו בכתב ראייה כשרה, אם הוזהר המצהיר כי עליו להצהיר את האמת וכי יהא צפוי לענשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן”.

סעיף 17 לפקודה קובע :

“חקירה בעל פה

(א) הוראות סעיף 15 אינן גורעות מכוחו של בית המשפט לצוות כי המצהיר יחקר בבית המשפט, ובית המשפט ייעתר לבקשתו של בעל דין לצוות על כך; לא התייצב המצהיר, רשאי בית המשפט לפסול תצהירו מלשמש ראייה” (הדגשה לא במקור).

12. תצהיר המוגש לבית המשפט בהליך שיפוטי מוחזק בדרך כלל כעדות שמיעה כל עוד לא נחקר עליו המצהיר במקום שנדרש לכך על ידי הדין או בעל הדין שכנגד. חקירת המצהיר מוציאה את התצהיר מגדר עדות שמיעה, והופכת אותו לראיה קבילה. עם זאת, סעיף 17(א) לפקודה איננו מחייב את בית המשפט לפסול את תצהירו של מי שלא התייצב להחקר, אלא מורה כי הוא רשאי לפסול תצהיר כזה, משמע, נתון לו שיקול דעת לענין זה, על פי נסיבות הענין.

13. על פי תקנה 522 לתקנות סדר הדין האזרחי, מצהיר בהליך עיקרי או מצהיר שהוא בעל דין בהליך ביניים, חייבים להעמיד עצמם לחקירת הצד שכנגד, ובאין התייצבות המצהיר לחקירה, התצהיר לא ישמש ראייה במשפט (ע”א 52/87 הראל נ’ הראל, פ”ד מג(4) 201 (1989); אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 758 (מהדורה עשירית, 2009) (להלן: גורן)).

14. דין שונה חל בהליכי ביניים, כאשר המצהיר אינו בעל דין. מקום שבעל דין שכנגד מבקש לחקור מצהיר כזה, והודיע לו על כך והוא לא התייצב, לא ישמש תצהירו כראיה “אלא ברשות מיוחדת מאת בית המשפט או הרשם” (תקנה 522(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי).

15. ראוי בהקשר זה להתייחס גם לתקנה 241, העוסקת ב”בקשות בכתב” וקובעת, בין היתר, כי כאשר נדרש תצהיר לאימות העובדות הנטענות בבקשה, רשאי בית המשפט

או הרשם להחליט על יסוד הבקשה גם בלא חקירת המצהירים על תצהיריהם (תקנה 241(ד) לתקנות סדר הדין האזרחי; גורן, בעמ' 759).

16. הוראות אלה של פקודת הראיות ותקנות סדר הדין האזרחי מתייחסות למעמדו של התצהיר – בלא חקירת המצהיר – בהליכים דיוניים רגילים. הסדר שונה קיים בהליך המיוחד של סדר דין מקוצר.

17. בבקשה לרשות להגן המוגשת במסגרת תביעה בסדר דין מקוצר ניתן לתצהיר הנילוה לבקשה מעמד שונה מאשר בהליך דיוני רגיל.

זו לשונה של תקנה 205 לתקנות סדר הדין האזרחי הנוגעת לענייננו:

”הגשת בקשת רשות להתגונן והחלטה בה

(א) בקשת רשות להתגונן תכלול את טיעוניו של המבקש ואת האסמכתאות לעניינם, והיא תהא נתמכת בתצהיר המבקש, שיפורש בו אם מתכוון המבקש לטעון נגד תביעת התובע כולה או חלקה בלבד, ואם נגד חלקה – איזה חלק; ...;

(ב) ...

(ג) בית המשפט או הרשם יחליט בבקשת הרשות להתגונן על יסוד הבקשה וחקירת המצהיר, ואולם רשאי הוא ליתן רשות להתגונן על יסוד הבקשה בלבד, ורשאי הוא, מטעמים מיוחדים שיירשמו, לדחות בקשת רשות להתגונן על יסוד הבקשה בלבד” (הדגשה לא במקור).

משמעות הוראה זו הינה, כי, בדרך כלל, יחליט בית המשפט בבקשת רשות להתגונן על יסוד הבקשה, התצהיר הנילוה לה, וחקירת המצהיר על תצהירו. עם זאת, על פי הוראת תקנה 205(ג), חקירת המצהיר אינה נדרשת כתנאי בל-יעבור לצורך מתן החלטה בבקשה לרשות להגן, ורשאי בית המשפט בנסיבות מתאימות ליתן רשות להתגונן על יסוד הבקשה גם בלא חקירת המצהיר, ואף בלא טעמים מיוחדים לכך. כן מוסמך בית המשפט לדחות בקשה לרשות להגן גם בלא חקירת המצהיר, אך זאת, רק מטעמים מיוחדים שיירשמו. הטעם לאבחנה בין מצב של מתן רשות להתגונן למצב של דחיית הבקשה לרשות להגן מבחינת טיב ועוצמת הטעמים המונחים ביסוד ההחלטה נעוץ בכך שבמקרה הראשון – ניתנת זכות להגן, ונגישותו של הנתבע לערכאות להוכיח את הגנתו לתביעה אינה נפגעת; במקרה השני, בו נשללת הזכות להגן, ונמנעת מהנתבע

הגישה לערכאות, מחייב הדין קיומם של טעמים מיוחדים לשלילה זו, כשזו נעשית ללא חקירתו של המצהיר.

יוצא, אפוא, על פי הוראות אלה, כי זמינותו של המצהיר להיחקר על תצהירו אינה מהווה תנאי בל-יעבור בהליך בקשה לרשות להגן; ניתן להחליט בבקשה, בין לקבלתה, ובין לדחייתה, גם בלא שהמצהיר זמין לחקירה, ובכפוף לעוצמה שונה של טעמים, המבחינים בין קבלת הבקשה לבין דחייתה: "בעוד שיש בחקירה על התצהיר כדי להוסיף או להבהיר פרטים לטובתו של צד זה או אחר, הרי באין חקירה כזו, עומד לפני בית המשפט אך האמור בתצהיר, ובית המשפט בוחן אם יש בדברים אלה כדי לבסס הגנה, ולו בדוחק, נגד התביעה" (ע"א 248/89 החברה הכללית למוסיקה (1973) בע"מ נ' Warner Home Video (U.K.) LTD, פ"ד מו(2) 273, 277-278 (1992); ע"א 277/64 לוי נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל, פ"ד יט(1) 220, 224 (1965); דוד בר אופיר סדר דין מקוצר בהלכה הפסוקה 227 (מהדורה תשיעית, 2008)).

18. מהו הטעם לאבחנה שערך מתקין התקנות בין מעמדו של התצהיר בהליך דיוני רגיל (תקנה 522(א)) לבין מעמדו של התצהיר בהליך ביניים כשהמצהיר אינו בעל דין (תקנה 522(ג)), ובבקשות בכתב (תקנה 241(ד)) וכן בבקשות לרשות להתגונן (תקנה 205(ג))? במילים אחרות, מה הטעם המסתבר שבשלו בהליך דיוני רגיל נדרשת זמינותו של המצהיר להיחקר, ובהעדרה – התצהיר נפסל כראיה, ולעומתו – בהליכי ביניים, בבקשות בכתב, ובבקשה לרשות להגן זמינות זו של המצהיר אינה מתחייבת כתנאי בל-יעבור לקבילות התצהיר, ולמתן משקל יחסי לתוכנו? נראה, כי המכנה המשותף המאחד את כל ההליכים הללו משתקף בהתייחסות מרוככת לתצהיר כראיה גם בלא חקירת עורכו וזאת מאחר שמדובר בהליכי ביניים, שאינם גימנים על ההליך העיקרי, וככאלה אינם חורצים באופן סופי את גורלו של המשפט, ואת גורלה של התשתית הראייתית שעל פיה נקבעת באופן סופי מערכת הזכויות והחובות של בעלי הדין. בהליכי ביניים שאינם חורצים את גורל המשפט, עשוי, אפוא, התצהיר לשמש נדבך ראייתי גם בלא זמינות עורכו לחקירה וזאת – בהתקיים נסיבות המצדיקות ויתור על חקירה כאמור. במיוחד עשויה להימצא הצדקה לכך במקום שבו זכותו של נתבע להתגונן כנגד תביעה המוגשת נגדו עלולה להיפגע במצב שזמינותו להיחקר על תצהירו אינה אפשרית, ונבצרותו מלהיחקר היא תולדה של גורמים אובייקטיביים שאינם תלויים ברצונו, ובמידת שיתוף הפעולה מצדו עם צורכי ההליך הדיוני.

19. פועל יוצא מהדברים האמורים הוא, כי בהליכי ביניים, ובבקשה לרשות להגן בכלל זה, מעמדו של התצהיר הנילווה לבקשה אינו זהה למעמדו של תצהיר המוגש

כראיה, בבחינת תחליף לעדות בחקירה ראשית במשפט. תצהיר הנלווה להליך ביניים מסוג זה או אחר, נועד בעיקרו לתמוך את עילות הבקשה וטעמיה בהצהרת המצהיר, ולתת משקל של אמינות לעיקריה, ולהצביע בכך שטענותיו בבקשה אינן טענות סרק. אין מטרת תצהיר כזה לשמש ראיה עצמאית במשפט, בבחינת תחליף לעדות ראשית המובאת כאחת מראיות המשפט, אלא להוות חיזוק לטענות הנטענות בבקשת ביניים. הדבר שונה בתצהיר המהווה תחליף לעדות ראשית במשפט, אשר נועד להוכיח עובדות מטריאליות לתביעה או להגנה, ואשר בלא העמדת המצהיר למבחן החקירה הנגרית, יתקשה בית המשפט בקביעת ממצאי עובדה.

תכליתו של תצהיר המלווה בקשה בהליך ביניים מקרינה, אפוא, על דרך הפעלת סמכותו של בית המשפט להיזקק לבקשה ולהכריע בה לכאן או לכאן, גם בלא זמינות המצהיר לחקירה, או כאשר הוא סבור כי אין צורך בחקירת המצהיר, בהתקיים נסיבות מתאימות לכך.

תצהיר נלווה לבקשה לרשות להגן שעורכו נפטר בטרם נחקר

אמרות נפטר – רקע כללי

20. ככלל, תצהיר מוגש במהלך המשפט כתחליף לעדות ראשית, כראיה לכאורה לאמיתות תוכנו, אך זאת בכפוף לזכות החקירה הנגרית של המצהיר בידי הצד שכנגד. בלא חקירה על התצהיר, נחשב תוכנו של התצהיר לעדות שמיעה, ככל שהוא מובא להוכחת אמיתות תוכנו. לפיכך, תצהיר שניתן מפי עד שנפטר בטרם נחקר נחשב עדות שמיעה (רע"א 7953/99 פילבר נ' המדוכה הרפואי שערי צדק, פ"ד נד(2) 529, 533 (2000) (להלן: ענין פילבר); יעקב קדמי על הראיות חלק שני 921 (2009) (להלן: קדמי)). עם זאת, תצהיר המובא כראיה שעורכו לא נחקר עליו מחמת זה שנפטר, עשוי להתקבל כראיה אם יענה על אחד התריגים המוכרים לכלל הפוסל עדות שמיעה (ענין פילבר, בעמ' 533).

אחד התריגים לכלל הפוסל עדות שמיעה בהקשר לאמרות נפטרים הינו התריג המורה כי אמרת נפטר עשויה להיחשב קבילה ככל שקיימת הסתברות גבוהה כי העובדות הנכללות בה הן אמיתיות. ההצדקה לקיום חריג זה טמונה בתודעה כי מניעת אפשרות להוכיח עובדה שהיתה בידעתו הישירה של המנוח, כשיש רגליים לסברה כי מצויים בה סימני אמת, עלולה למנוע מבעל דין כל אפשרות אחרת להוכחתה. לפיכך, אחד המקרים בהם ניתן להגיש הודעת נפטר כראיה קבילה הינו כאשר הדברים נאמרו

או נרשמו על ידי הנפטר לפחות בחלקם בניגוד לאינטרס הכספי-רכושי שלו, ומתלווה להם, עקב כך, סימן של אמת (ע"א 601/68 ביידיד נ' לוי, פ"ד כג(1) 597, 598-597 (1969) (להלן: ענין ביידיד); ע"א 642/87 הסתדרות אגודת ישראל העולמית הועד הפועל, עמותת רשומה נ' חברת חזקיהו בע"מ, פ"ד מד(1) 686, 694 (1990); ע"א 2576/03 וינברג נ' אפוטרופוס לנכסי נפקדים (לא פורסם, 21.2.2007) (להלן: ענין וינברג)). כן נדרש, כי בשעת מתן אמרת הנפטר, על המנוח היה לדעת שההודעה עלולה לפגוע באינטרס ממוני שלו, כאמור. כן נדרש לצורך הקמת החריג כי למנוח היתה ידיעה אישית על העובדות הנכללות בהודעתו (ענין ביידיד, בעמ' 598-597; ע"א 6/51 קירשבאום נ' קרויניר, פ"ד ח(1), 562, 565 (1954) (להלן: ענין קירשבאום); אליהו הרנון, דיני ראיות חלק ב' 157-159 (1985) (להלן: הרנון)).

עשוי להיות, כי אמירת נפטר תהיה בחלקה ל"רעתו" ובחלקה ל"טובתו". במקרה כזה הכלל הוא, כי דבריו של נפטר שיש בהם יסודות מעורבים כאמור, מתקבלים כראיה קבילה כמקשה אחת, ואין מפרידים ביניהם; זאת, "הגם שהערובה למהימנותו של אותו אדם מצויה באותו חלק העלול לגרום לו נזק" (ענין קירשבאום, בעמ' 565; ע"א 373/54 אהרונסט נ' נוימן, פ"ד י(2), 1121, 1141-1142 (1954) (להלן: ענין אהרונסט); ענין וינברג, פסקה 27; ע"א 124/06 לאואר נ' רובנה, פ"ד טו(2) 1108, 1113-1111 (1960) (להלן: ענין לאואר)). אותו חלק באמירה הפועל לרעת הנפטר, הוא הגורר אחריו גם את יתר חלקי האמירה, ובזכותו ישנו "סימן אמת" לדברים, המצדיק את קבילותם כמכלול (ענין אהרונסט, בעמ' 1141; ענין לאואר, שם). משלב שבו הודעת הנפטר צלחה את 'סף הכניסה' של הקבילות, כל שאר הדברים שנאמרו או נכתבו על ידי הנפטר, הקשורים והשלובים באותו חלק הפועל נגד האינטרס שלו, כשרים אף הם לשמש כראיה.

21. בהלכה הפסוקה ובספרות המשפטית ניכרת מגמה להרחיב את תחולתו של החריג (הרנון, בעמ' 156; ענין וינברג, פסקה 28 (השופט ארבל)). מגמת ההרחבה מתיישבת עם מגמת ההתפתחות הכללית של דיני הראיות בישראל, המבקשים לעבור בהדרגה מכללים פורמליים של קבילות, לכללים גמישים של משקל (רע"א 432/83 מדינת ישראל נ' עזבון סילוורמן, פ"ד לז(4) 281, 286-287, 295 (1983) (להלן: ענין סילוורמן)). בהתייחס לכלל הפוסל עדות שמיעה, הנטייה היא לרכז את מגבלות הכלל במקום שבו, על פני הדברים, יש נקודת אחיזה למהימנות העדות (ענין וינברג, פסקה 28); במקום לחסום את דרכה של הראיה לבית המשפט מלכתחילה, ניתן לבחון את מהימנותה ומשקלה לגופה (ע"א 703/86 ברנשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 529, 533 (1989)).

ישנם חריגים נוספים המאפשרים קבלת אמרות נפטרים, ובכלל זה, כאשר הנפטר מסר את האמרה תוך מילוי תפקידו או תוך מהלך העסקים הרגיל; כאשר האמרה עסקה בזכויות הציבור או בזכויות הכלל; כשהאמרה התייחסה לייחוס משפחה; וכאשר נגעה לתוכן צוואה (הרנון, בעמ' 153-167; ענין בייזר, בעמ' 597-600; קדמי, בעמ' 573-587).

אמרת נפטר בתצהיר בבקשה לרשות להגן

22. תצהיר שהוגש בתמיכה לבקשה לרשות להגן, ועורכו נפטר בטרם נחקר, עשוי לקיים את אחד החריגים לכלל הפוסל עדות שמיעה. במקרה כזה, לא עולה כל שאלה ביחס לקבילות. מה הדין כאשר לא מתקיים לגבי התצהיר חריג מוכר כאמור, והוא נותר כמסמך המלווה את הבקשה, כאשר נבצר לחקור את עורכו? נסיבות אלה עשויות להצדיק את התייחסות בית המשפט לבקשה ולתצהיר הנלווה לה גם בלא חקירת המצהיר שנפטר, במסגרת שיקול הדעת הנתון לבית המשפט על פי תקנה 205(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי, וזאת על שום הטעמים הבאים:

23. ראשית, כפי שצויין לעיל, מתרחבת והולכת הנטייה במשפט לצמצם את המגבלות החלות על קבילותן של ראיות, ולהותיר לבית המשפט סמכות להחליט על משקלן:

"המגמה אשר באה לידי ביטוי בהתפתחותו של המשפט בהשתקפותה בחקיקה ובפסיקה בישראל כמו גם בארצות אחרות שבהן נוהגת תפיסת המשפט האנגלי-אמריקני, היא של צמצום הסייגים החלים על קבילותן של ראיות כדי להותיר בידי בית המשפט את הסמכות להחליט על משקלה של הראיה" (דג"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חאג' יחיא, פ"ד מז(3) 671 (1993); ע"א 2515/94 לוי נ' עיריית חיפה, פ"ד נ(1) 723 (1996); ענין וינברג).

דיני הראיות מצויים בתהליך מתפתח של העברת הדגש משאלות של קבילות פורמלית וממבחני קבילות נוקשים לשאלות של מהימנות ומשקל הראיות (ע"א 6205/98 אונגר נ' עופר, פ"ד נה(5) 71, 86-88 (2001); ע"א 3038/05 זידאן נ' המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון פסקה 5 (לא פורסם, 9.8.2006); ענין טילורמן, בעמ' 286-287). כאשר נפטר אדם שמסר תצהיר לבית המשפט, ואין אפשרות עוד לחקרו, נוטה הכף לאפשר לבית המשפט להתייחס לתצהיר על פי תוכנו ומשקלו, ולהימנע מסילוקו

על הסף מחמת אי-קבילות – צעד העלול לפגוע פגיעה מהותית וקשה בבעל הדין הנשען על תצהיר כזה.

24. שנית, ההצדקה להתייחס לתצהיר במישור תוכנו ומשקלו ולא במישור קבילותו בולטת במיוחד בהליך של סדר דין מקוצר. הבקשה לרשות להגן ותצהיר הנפטר הנילוה לה הם שערי-הסף שבאמצעותם נפתח השער בפני עזבון הנפטר להתגונן כנגד תביעה שהוגשה נגדו. פסילתו של תצהיר נפטר אשר ביקש רשות להתגונן מטעמי אי-קבילות עלולה לקפח את סיכוייו של העזבון להתגונן – זכות דיונית טבעית לנתבע בהליך דיוני רגיל, וזכות דיונית, שאפשר שהיתה מוקנית למבקש רשות להגן אילו נותר בחיים, ונחקר על תצהירו. ההגנה על זכותו של עזבון נפטר למצות את יומו בבקשה לרשות להגן גם כאשר הנתבע הלך לעולמו, מצדיקה הגמשה של הכלל הקובע אי-קבילות תצהיר באין זמינות המצהיר להיחקר על תצהירו מחמת פטירתו.

25. הזכות להתגונן בהליך דיוני רגיל מוכרת כיום כאינטרס דיוני בסיסי של הנתבע, הדומה בטיבה לזכות הגישה לערכאות הנחונה לתובע, הנחשבת זכות חוקתית רמת מעלה (דודי שוורץ סדר הדין האזרחי: חידושים, תהליכים ומגמות 105 (2007)).

"זכות זו [להתגונן – א.פ.], ביסודה, שקולה כזכות דיונית בעלת מימד חוקתי, בדומה, וכפועל נגזר, מזכות הפנייה לערכאות של התובע, אשר הוכרה במשפטנו כזכות בעלת אופי חוקתי. זכותו של התובע לפנות לערכאות בתביעה, וזכותו של הנתבע להתגונן כנגד תביעה כזו, הם שני צדדים של אותה מטבע, המכירה בזכותם החוקתית של בעלי דין ליומם בבית המשפט בבירור המחלוקות ביניהם" (ע"א 10189/07 ששון נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ (לא פורסם, 15.6.2009) (פסק דיני) (להלן: ענין ששון)).

בנסיבות שבהן זכותו של התובע על פי התביעה, לכאורה, אינה מוטלת בספק, פועלים כנגד הזכות להתגונן אינטרס רב משקל של התובע, וכן אינטרס ציבורי כללי המבקש להגביר את יעילותה של המערכת השיפוטית. אינטרסים אלה הביאו באותם מצבים, ובהם – מצבים המאפשרים הגשת תביעה בסדר דין מקוצר – לאי-הכרה בזכות מוקנית של הנתבע להתגונן, ובהטלת הנטל על שכמו לשכנע בדבר זכותו לכך. הצורך באיזון בין הזכות להתגונן כזכות יסוד מצד אחד, לבין האינטרס הדיוני של התובע בסדר דין מקוצר, והאינטרס המערכתי הכללי למנוע הכבדה על בתי המשפט בדיון בתביעות שהצלחתן מובטחת, הביאו לכך שרשות להתגונן בסדר דין מקוצר ניתנת כל אימת שקיים, ולו "קצה-חוט" המצדיק בירור שיפוטי (ע"א 5480/98 מנורה חברה

לביטוח בע"מ נ' אבו, פ"ד נב(2) 476, 479 (1998)). לפיכך, די בכך שהתצהיר, על פניו, מגלה טענה, שאם תוכח, תהווה הגנה מפני התביעה. אין אף צורך להוכיח שלנתבע סיכוי טוב בהגנתו. "מספיקה המסקנה שאם תתקבל גרסת הנתבע כמהימנה – אז יש לו סיכוי כלשהו להצלחה" (ע"א 518/87 פטלד'אן נ' בנק איגוד לישראל בע"מ (לא פורסם, 25.4.1993)). הכף נוטה, אפוא, למתן רשות להגן, כדי לממש את זכותו הבסיסית של בעל הדין להתגונן; רק כאשר אין בפי הנתבע כל טענת הגנה הראויה להתברר, כי אז דין בקשתו להידחות. נטל ההוכחה המוטל על שכמו של הנתבע מצומצם ביותר בשלב הבקשה לרשות להגן, ואין הוא חייב להראות כיצד יוכיח את הגנתו, וכיצד יבסס את הגרסה העובדתית הנטענת בבקשתו. גם בית המשפט אינו אמור בשלב זה לשקול את מהימנות המבקש או לקבוע ממצאים בענין הגנתו הנטענת (גורן, בעמ' 385). רק הגנת בדים תצדיק דחיית הבקשה (ע"א 9654/02 חב' האחים אלפי נ' בנק לאומי, פ"ד נט(3) 41, 46 (2004)).

מערכת איזונים זו, העומדת ביסוד מוסד התובענה בסדר דין מקוצר, והבקשה לרשות להתגונן המוגשת במסגרתה, מקרינה על מעמדו של תצהיר המבקש בבקשה לרשות להתגונן, אשר נפטר ולא הספיק להיחקר על תצהירו. דחייתו של תצהיר הנפטר, הנלווה לבקשה, משל היה כלא היה, עקב אי-זמינות המצהיר להיחקר על תצהירו בשל פטירתו, עלולה להוביל לדחיית בקשתו לרשות להגן, משל היתה כלא היתה, ולשלילת יומו בבית המשפט של מי שבא בנעלי הנפטר לנסות ולבסס את ההגנה הנטענת בדרכי הוכחה קיימות שנותרו גם לאחר פטירת המנוח. תוצאה זו עלולה להוביל לעיוות דין דיוני, ולפגוע בזכות דיונית בסיסית של בעל דין למצות את יומו בביסוס זכותו להתגונן.

הוראות סעיפים 15 ו-17 לפקודת הראיות, והוראות תקנה 205(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי מעניקות, אפוא, לבית המשפט שיקול דעת רחב להכיר בקבילותו של תצהיר גם כאשר נבצר מעורכו להיחקר עליו, והוא – כאשר כלל הנסיבות מצדיקות זאת. הפעלת שיקול דעת שיפוטי בכיוון זה מתיישבת עם המגמה השיפוטית ההולכת ומשתרשת לשים דגש בבחינת ראיות על מהימנות ומשקל, ולהניח ככל האפשר את דבר קבילותן. הפעלת שיקול דעת בכיוון זה עשויה לשרת את הצדק הדיוני, תוך מתן משקל ראוי לציפיותיהם הלגיטימיות של בעלי הדין ביחסיהם ההדדיים.

26. שלישית, יש לזכור כי ההסתמכות על התצהיר בלא חקירת המצהיר מוגבלת בענייננו להליך מקרמי למשפט העיקרי, והתצהיר התומך בבקשה לא נועד לשמש, הוא עצמו, ראיה במשפט העיקרי לצורך הוכחת העובדות שהמצהיר בבקשה טוען להן.

במשפט, על בעל הדין להציג את ראיותיו בנפרד, ולצורך קביעת התשתית העובדתית נדרשות עדויות שניתן לחקור את נותניהן. מעמדו של התצהיר בתמיכה לבקשה לרשות להגן – השונה מתצהיר המשמש עדות בהליך העיקרי, מחזק את הנטייה לאפשר להתייחס לתוכנו גם בלא חקירת המצהיר, כאשר נבצר להזמינו לחקירה מטעמים אובייקטיביים.

27. תקנה 205(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי מקנה, כאמור, לבית המשפט שיקול דעת לקבל החלטה בבקשה לרשות להתגונן ללא דיון, ובגדרי הבקשה בלבד, תוך התייחסות לתצהיר בלא חקירת עורכו (גורן, בעמ' 407). על שיקול דעת בית המשפט כאשר נבצר ממצהיר להתייבץ לחקירה ראו: ע"א 600/71 מ"נ נ' כהן, פ"ד כו(2) 578 (1972); ע"א 169/82 כ"נ נ' מלינה בע"מ (בפירוק), פ"ד לט(1) 511, 521 (1985); ע"א 705/83 רשות שדות התעופה לישראל נ' מקורות בינוי בע"מ, פ"ד מ(3) 426, 429 (1986); ע"א 410/88 "רותם" חברה לביטוח בע"מ נ' כוכב בע"מ, פ"ד מג(4) 761 (1989).

מן הכלל אל הפרט

28. נראה לי כי טעה בית משפט קמא כאשר פסק כי יש לראות את תצהיר המנוח שהוגש בתמיכה לבקשתו לרשות להתגונן כמסמך בלתי קביל, המפיל יחד עמו את הבקשה לרשות להגן כולה. שני טעמים עיקריים למסקנה זו:

29. ראשית, תצהיר המנוח, שנבצר ממנו להיתקף עליו בשל מותו, עונה לחריג המוכר לכלל הפוסל אמרת נפטר בשל עדות שמיעה, בכך שתוכנו פועל, בין היתר, בניגוד לאינטרס הרכושי שלו. ראינו, כי כדי לקיים חריג זה, די שחלק מן האמרה פועל בניגוד לאינטרס הרכושי של המצהיר, ולא נדרש לצורך החריג כי האמרה כולה תקיים תנאי זה. המצהיר במקרה זה הודה בכך שחתם על מסמכי הערבות ובהם התחייב לערוב ל-50% מחובות החברה לבנק. בהצהרה זו, הצהיר המנוח על אינטרס הסותר את עניינו הרכושי במובהק. באותה הצהרה, סייג המצהיר את תוקף ערבותו לתקופה שעד לרישום השעבודים על נכסי החברה להבטחת חובותיה לבנק, וחלק זה של ההצהרה פועל לטובתו. אולם אין חלק זה של ההצהרה מאיין את חלקה הראשון, הפועל כנגד האינטרס הממוני של המצהיר. לפיכך, נכנס תצהיר זה על כל חלקיו לגדר החריג לכלל הפוסל עדות שמיעה.

יוצא, אפוא, כי מעצם עמידתו של התצהיר בחריג לכלל הפוסל ערות שמיעה יש לקבוע את דבר קבילותו.

30. שנית, בנסיבות הענין, אפילו לא היה התצהיר עומד בתנאי החריג לכלל הפוסל קבילות אמרות נפטר, גם אז היה מקום להתיר, במסגרת שיקול הדעת השיפוטי, את קבלת התצהיר גם בלא חקירה נגדית, לצורך דיון והכרעה בבקשה לרשות להגן.

מקרה זה נימנה על אותם מצבים בהם ראוי להפעיל את שיקול הדעת השיפוטי הנתון לבית המשפט על פי תקנה 205(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי לצורך דיון בבקשה לרשות להתגונן גם בלא חקירת המצהיר, ולהעריך על פי האמור בתצהיר, ונוכח כלל הנסיבות, אם ליתן למבקש רשות להתגונן או לדחותה.

המצהיר, אכן, לא נחקר על תצהירו, אך לא מכיוון שסירב להתייבב לחקירה אף שנדרש לכך, אלא מאחר ששוב לא היה בין החיים; מדובר בתביעה בסדר דין מקוצר בהיקף כספי ניכר ביותר בשיעור של למעלה מ-41 מליון ₪ ושכר טרחה העולה על 1.5 מליון ₪; תביעה כזו כנגד אדם פרטי – או כנגד עובדו – עלולה להביאם לכדי מפולת כלכלית, ומחייבת מתן משקל ראוי לגופן של הטענות המועלות בתצהיר הנילוה לבקשה לרשות להגן, גם אם בכורח הנסיבות לא התאפשר לחקור את המצהיר.

בתנאים אלה, היה, אפוא, מקום להיוקק לבקשה לרשות להגן לגופה, ולתצהיר התומך בה, גם בלא חקירת המצהיר.

בקשת הרשות להתגונן לגופה

31. תוכנה של הבקשה לרשות להגן והתצהיר הנילוה לה מצדיקים בנסיבות הענין, מתן רשות להתגונן.

נקודת המוצא בענין זה היא כדלקמן:

"שיקולי היעילות המערכתית, ואינטרס עשיית צדק עם תובע שתביעתו מקיימת את תנאי סדר הדין המקוצר, ואינה מעלה כנגדה טיעוני הגנה שיש בהם ממש, עשויים לגבור על זכותו של הנתבע להתגונן. עם זאת, בשל מעמדה הרם של הזכות הדיונית להתגונן, יש צורך במידת וודאות גבוהה בדבר חוסר רצינותו והעדד ממשותן של טענות ההגנה, כדי להצדיק דחיית בקשה לרשות

להתגונן. לפיכך, די אם הנתבע הראה, ולו קצה חוט של טענת הגנה, כדי להצדיק, בהתמודדות בין האינטרסים השונים, את ההכרה בזכותו להתגונן. המימד החוקתי הנלווה לזכות להתגונן מוסיף חיזוק-יתר לכלל הנקוט בהלכה הפסוקה מזה שנים רבות, לפיו בקשת רשות להגן תידחה רק כאשר אין, ולו בדל סיכוי אפשרי, כי טענה מטענות ההגנה המועלית תתקבל במשפט גופו" (ענין ששון, פסק דיני) (ההדגשה אינה במקור).

32. הבקשה לרשות להגן כוללת טענות שונות, אולם די לצורך הענין להתמקד בטענה העובדתית המפורטת בתצהיר. תצהירו של המנוח הוא, אכן, קצר, אך הוא אינו לאקוני. שורותיו הספורות הן בבחינת "מעט הכולל את המרובה". המנוח טוען להגנתו בתצהיר כי אכן חתם על מסמכי הערבות לחובות החברה, והוא אינו חולק גם על שיעור ההתחייבות שלקח על עצמו, אשר עמד על 50% מחובות החברה. עם זאת, לטענתו בתצהיר, בצד מסמכי הערבות, נקשר הסכם בעל פה, שלא נאמר מתי נקשר, בינו ושני ערבים נוספים לבין פקיד הבנק, לפיו, כאשר השעבודים יירשמו על נכסי החברה להבטחת התחייבויותיה לבנק, כי אז הערבויות תפקענה. המצהיר נוקב בשם נציג הבנק שעמו הושג ההסכם בעל פה האמור, וטוען כי היה על הבנק להודיע לו על מועד פקיעת הערבויות האישיות שנתן, עם רישום השעבודים. טענות אלה הן טענות הגנה שיש בהן תיזה עובדתית המצדיקה מתן הזדמנות להוכיחה. טענות הגנה אלה אינן עומדות בשלב זה למבחן אמינות ומשקל. כל שיש לקבוע הוא, כי קיים קצה-חוט של טענת הגנה שראוי לבררה. ההתייחסות לנציג בנק מסוים שהיה, על פי הנטען, שותף להסכם זה, והעובדה הנטענת כי שני הערבים הנוספים גם הם שותפים לו, מצדיקה לתת לעזובן את יומו בבית המשפט להוכיח את טענת הגנתו. הגנה זו ניתן להוכיח גם לאחר פטירת המצהיר באמצעות עדים שונים, ובהם שני הערבים הנוספים, ונציג הבנק ששמו צויין בתצהיר. אפשר, שאילו היה המצהיר בין החיים וניתן היה לחוקרו על התצהיר, עובדות נוספות בקשר לטענת ההגנה שהעלה היו עשויות להתברר ולשפוך אור על מידת רצינותה. אולם משנבצר, מכורח המציאות, לבצע חקירה זו, די באמור בתצהיר כדי להצדיק את בירורה של הטענה, והיא מספקת את אותו קצה-חוט נדרש לצורך מימוש זכות הנתבע להתגונן.

בנסיבות המתוארות, שלילת רשות להגן מעזבון הנפטר עלולה לפגוע בזכויות דינויות ומהותיות של בעל הדין, בלא טעמים מוצדקים. מטעמים אלה, יש מקום ליתן רשות להתגונן לעזבון המנוח.

33. על יסוד הנימוקים האמורים, אציע לחב"י לקבל את הערעור, לבטל את פסק דינו של בית המשפט קמא, וליתן למערער רשות להתגונן כנגד תביעת הבנק.

התיק יוחזר, אפוא, לבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, וכתב הגנה יוגש בתוך 45 יום.

34. הבנק ישלם למערער שכ"ט עו"ד בשיעור 20,000 ₪.

ש ו פ ט ת

השופטת ע' ארבל:

מצטרפת אני לחוות דעתה הבהירה והמנומקת של חברתי השופטת א' פרוקצ'יה כי יש הצדקה לתת לעיזבון הזרמנות להוכיח את התזה העובדתית העולה מטענות ההגנה ולתת לו רשות להתגונן. תוכנה של הבקשה לרשות להתגונן והתצהיר הנלווה אליה, גם בהעדר חקירה נגדית, מאששים מסקנה זו. משמדובר בתביעה נגד אדם פרטי בהיקף כספי כה גדול מקבלים הרברים משנה תוקף עד כי זוהי התוצאה המתבקשת.

את דעתי כי יש ליתן את הבכורה לעניינים שבמהות על פני כללים פרוצדורליים וצורניים נוקשים הבעתי בעבר לא אחת (ראו: דנ"א 7818/00 אהרן נ' אהרונ'י, פ"ד נט(6) 653 (2005); ע"א 2576/03 וינברג נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים בפסקה 28 (לא פורסם, 21.2.07). התוצאה אליה הגיעה חברתי משקפת עקרונות אלה.

ש ו פ ט ת

השופט א' רובינשטיין:

א. לא בלי היסוס מסכים אני לתוצאה שאליה הגיעה חברתי השופטת פרוקצ'יה. תצהירו של המנות שצורף לבקשת הרשות להתגונן, כפי שכתב השופט ברוך עליו השלום, אכן לאקוני, וככלל מי שטוען שלל טענות הגנה עליו לתמוך אותן בתצהיר בעת בקשת הרשות להתגונן באורח מלא ככל האפשר. זאת, מה גם שככלל הופך התצהיר בכגון דא לכתב הגנה, אם ניתנת הרשות, אלא אם הורה בית המשפט אחרת (תקנה 211 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984). דבר זה אבקש להטעים; מי שכספו מונח על כפות המאזניים ואולי על קרן הצבי, ייכבד ויכבד, ייכבד ליתן תצהיר מלא ויכבד את צו מתקין התקנות שבתקנה 205(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, ובודאי את רוחו. כשלעצמי לא ראיתי מקום להירדש למעמדו של תצהיר נפטר בחור שכוה, אף

כי גם לדעת, כמדיניות שיפוטית, יש מקום להרחבת המעבר התפיסתי בתחום הראיות מקבילות למשקל.

ב. לטעמי הנימוק המרכזי לקבלת הערעור הוא תכליתה של תקנה 205(ג). פרשנותה של תקנה זו הועמדה על מכונה בפסק הדין ברע"א 1264/08 מונדר נ' הראל חברה לביטוח (לא פורסם). בין היתר נאמר שם:

"כי עצם ההבחנה בתקנה בין הסמכות למתן רשות להתגונן על יסוד בקשה בלבד ובין הצורך ב'טעמים מיוחדים שיירשמו' לשם דחיית הבקשה, שעליו עמד גם גורן... מדבר בעדו ומצביע על כך שלשם ייעול הדברים, חסכון זמן שיפוט והתדיינות, שעה שמשוכנע בית המשפט או הרשם כי יש מקום למתן רשות להתגונן, יכול הוא ליתנה בלא דיון. כל כך, והרי לכל היותר יהא צורך במקרה כזה בבירור ממצא, אך לא נפגעו זכויות התובע 'בשורה תחתונה' המהותית של התיק. מה שאין כן כשמבקש בית המשפט לדחות את הבקשה, קרי, להעמיד את הנתבע בפני 'שורה תחתונה' הסוגרת את התיק; אזי יש צורך בטעמים מיוחדים. וכידוע, גם אם כלל היסוד לענייני תצהירים הוא אפשרות לחקירה עליהם (תקנה 522), לא אחת אין תקנות סדרי דין מאפשרות חקירה על תצהיר באופן 'אוטומטי' אלא נדרשת רשות בית המשפט. דוגמה לכך היא תקנה 18 לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, תשמ"ד-1984, המאפשרת לבית המשפט להתיר חקירה על תצהיר 'לשם עשיית צדק', אך הדבר נתון לשיקול דעת, ובפועל אינו מיושם ברגיל. דוגמה אחרת היא תקנה 15 (א) לתקנות בית משפט לעניינים מנהליים (סדרי דין), תשס"א – 2000, הקובעת כי 'בית המשפט ידון בעתירה על פי ראיות שיוכחו בתצהירים, ואולם רשאי הוא, לבקשת בעל הדין, להתיר חקירת מצהיר של בעל הדין שכנגד, אם ראה כי הדבר דרוש לשם הכרעה בעתירה'. מכל מקום, פשיטא שמתקין התקנות ביקש לפשט את הליכי ההכרעה בבקשות רשות להתגונן...".

ג. משהלך המצהיר לבית עולמו, לאחר שבכל זאת טען טענה משמעותית, שגם כללה "בשר" במובן של ייחוס הסכמות לנציג הבנק ששמו ניקב מפורשות, יש מקום לילך ברוחה של תקנה 205(ג); דברי ההסבר לתקנה זו הם כי "הכוונה במיוחד למקרים שבהם אין למעשה צורך בתקירת המצהיר, משום שברור מתוך התומר המצוי בתיק שהנתבע יצלה את הסף הנמוך כדי להדוף את טענות התובע (היינו 'שאין מדובר בהגנת בדים')". במקרה דנא, גם אם הלשון "ברור" אולי חזקה מדי לנסיבות, מצטרף לטענה שבתצהיר גם רכיב אנושי, שיש לו מקום במשפטנו, נוכח פטירת המצהיר; זאת – בצד היחס השיפוטי לזכות הגישה לערכאות (ראו ש' לוי תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא

ועקרונות יסוד (מה' 2, תשס"ח-2008) עמ' 30 ואילך וכן עמ' 50, המצביע על תקפותו של רעיון סדר הדין המקוצר, "ובלבד שבנסיבות הקונקרטיות לא תועמד לפני הנתבע משוכה גבוהה מדי"; ראו גם שוורץ סדר דין אזרחי, חידושים תהליכים ומגמות (תשס"ז) 308). אוסיף לכך, שעל פי פסיקתו של בית משפט זה, בתביעה נגד עיזבון "נטל ההוכחה שעל התובע הוא כבר במיוחד, מכיון שבמהותה מכוונת התביעה נגד נכסיו של אדם שנפטר, שאין ביכולתו לסתור את טענות התובע" (דברי השופט (כתארו אז) יצחק כהן בע"א 575/78 ברנהיים נ' פרנקל, פ"ד לג(3) 137, 139). בנידון דיון עובדתית ניתן התצהיר ביום 1.12.05, בתקופה שבה כבר היה המנוח בעיצומו של סבל מחלתו (מכתב רופאו פרופ' ר' אור מ-30.10.05 מעיד על כך ואוסר עליו להעיד מחצית שנה; הוא הלך למרבה הצער לבית עולמו ב-20.3.06). גם בהנחה שתצהיר נערך על-ידי עורך דין אף כשהלקוח חולה, ועל כן היה מקום לחשוב על תצהיר מפורט יותר, מכלול הנסיבות מצדיק אותה התחשבות שמציעה חברתי לגלות, ובסופו של יום מצטרף אני איפוא לעמדתה בדבר מתן הרשות להתגונן. אילו נשמעה דעתי – אך הכף נטתה אחרת – היה התצהיר משמש כתב הגנה, כדרך המלך בתקנות (תקנה 211 כאמור, וראו גורן, סוגיות בסדר דין אזרחי, מה' 10 (תשס"ט-2009); שוורץ שם, 306), מה גם שחברתי רואה בו "מועט המחזיק את המרובה" (פסקה 32).

ש ו פ ט

לפיכך, הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

ניתן היום, ט' בחשוון התשע"א (17.10.10).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת