



בבית המשפט העליון

רע"א 3749/12

לפני :
כבוד הנשיא א' גרוניס
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט נ' סולברג

המבקשים :
1. ששון בר-עוז
2. גלית בר-עוז

נ ג ד

המשיבים :
1. דניאל סטר
2. רות סטר
3. זאב הבר

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בחיפה
בה"פ 33372-02-12 מיום 22.4.2012 שניתנה על-ידי השופט
יצחק כהן

תאריך הישיבה : כ"ז בטבת התשע"ג (9.1.2013)

בשם המבקשים : עו"ד יוסף סגל

בשם המשיבים : עו"ד עפר אטיאס ; עו"ד מיטל דרזנר-מימון

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. מחלוקת משפטית עקרונית בשאלת סמכות השיפוט העניינית לדון בתביעות בדבר "שימוש במקרקעין": אם לבית משפט השלום, אם לבית המשפט המחוזי, תוך הבחנה בין תביעה שעניינה בשמירה על גוף הנכס, לבין תביעה שאין עמה שמירה על גוף הנכס.

ההליכים בבית המשפט המחוזי

2. המשיבים הגישו תביעה נגד המבקשים לבית המשפט המחוזי, על כך שהם מבצעים עבודות בנייה להרחבת דירתם, בניגוד לפסק דין שניתן על-ידי המפקחת על רישום המקרקעין, האוסר עליהם "לבצע כל בניה מכל סוג שהוא על גג דירתם בבית המשותף" (סעיף 18 לפסק הדין בתיק 189/06). בתביעתם עתרו המשיבים לצוות על המבקשים להרוס את הבניה שביצעו על הגג, ולהשיב את מצב הדברים לקדמותו. המבקשים הגישו מִצָּדָם בקשה לבית המשפט המחוזי לסילוק תביעת המשיבים על הסף מחמת חוסר סמכות עניינית, ולחלופין ביקשו להעבירה לדיון בבית משפט השלום. המבקשים טענו כי ההלכה הפסוקה, לפיה סמכות השיפוט של בית משפט השלום בתביעות שעניינן "שימוש במקרקעין" מוגבלת לֵאֱלוֹ שבהן נעשה השימוש תוך שמירה על שלמות הנכס, הייתה יפה לשעתה; אך לא עוד (ע"א 37/59 שמש נ' מפעל המים כפר סבא, פ"ד יג(1) 834 (1959)). המבקשים תמכו את יתדותיהם בהחלטת השופט עמית (ת"א (חי') 348/03 קעדאן נ' לחאם (23.3.2003)). מנגד טענו המשיבים כי הלכת שמש תקפה ומחייבת, בית המשפט העליון אישר אותה (רע"א 7166/02 אלגריה נ' אברמוב פ"ד נז(1) 337 (2002)), וכי מכל מקום, בהתייחס לעניין קעדאן הנזכר, "לבית משפט מחוזי אין סמכות להפוך הלכה מחייבת של בית המשפט העליון ולקבוע כי היא לא חלה" (סעיף 17 לתגובה).

3. בדחותו את הבקשה, קבע בית המשפט המחוזי בהחלטתו, כי גם אם עקרונית הוא מסכים "עם השקפת השופט י' עמית בהחלטתו הנ"ל, הרי שההלכה שיצאה מלפני בית המשפט העליון קובעת, כי במקרים בהם מבוקש צו הריסה, הסמכות העניינית מסורה לבית המשפט המחוזי... רק בית המשפט העליון רשאי לסטות מההלכות שנקבעו על ידו, וכל עוד לא שונתה ההלכה הנ"ל, כי אז היא מחייבת כל בית משפט" (עמודים 1 ו-2 להחלטה נשוא הבקשה). מכאן בקשת הרשות לערער.

עיקרי טענות הצדדים

4. ב"כ הצדדים חזרו על אשר טענו בבית המשפט המחוזי. לדברי המבקשים, בשורה ארוכה של פסקי דין שניתנו בבתי המשפט המחוזיים נקבע באופן מפורש, כי סעד של צו הריסה או סעד של החזרת המצב לקדמותו נופל לגדר המושג "שימוש במקרקעין", וסמכות השיפוט בתביעות לסעדים אלה נתונה לבית משפט השלום ולא לבית המשפט המחוזי. פסיקה זו מלמדת על כך שאין עוד מקום לנהוג על-פי הלכת שמש.

5. מנגד טוענים המשיבים, כי בתביעתם עתרו לסעד שעניינו שימוש במקרקעין שלא תוך שמירה על שלמות הנכס, קרי, תביעה למתן צו הריסה והשבת המצב לקדמותו. בהלכת שמש נקבע כי מקום בו מבוקש סעד שכזה, סמכות השיפוט נתונה לבית המשפט המחוזי. לטענתם, זו הלכה ותיקה, והיא שרירה וקיימת. מכל מקום, גם אם יוחלט על שינוי בהלכה, יש לעשותו באופן פרוספקטיבי, כך שלא יחול על תביעתם של המשיבים. לחלופין, ואם יוחלט להעביר את תביעתם לדיון בבית משפט השלום, יש להותיר על כנו את צו המניעה שניתן בבית המשפט המחוזי, האוסר על המבקשים להמשיך את עבודות הבנייה.

דיון ועיון

6. מאז פרשת שמש נשמעו בסוגיה הנדונה דעות לכאן ולכאן; ניתנו החלטות סותרות; קיימת מבוכה; משאבים של בעלי-דין יורדים לטמיון; זמן שיפוטי מבוזבז; נדרשת אפוא הכרעה על מנת שידעו תובעים לבזר את דרכם, ולהגיש תביעות שעניינן "שימוש במקרקעין" לבית המשפט המוסמך. מחמת חשיבות הנושא וריבוי המחלוקות החלטנו לדון בבקשת הרשות לערער בהתאם לתקנה 410 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, כאילו ניתנה הרשות והוגש ערעור על-פי הרשות שניתנה.

7. חלוקת הסמכויות בין בית המשפט המחוזי לבין בית משפט השלום מוסדרת בחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט). סמכותו העניינית של בית משפט השלום לדון בתובענות שעניינן שימוש במקרקעין, נקבעה לראשונה במסגרת החוק לתיקון פקודת שיפוט בתי משפט השלום (מס' 2), התשי"ד-1954; לאחר מכן, עוגנה הסמכות בסעיף 28(3) לחוק בתי המשפט התשי"ז-1957; כיום מוסדר נושא סמכות השיפוט העניינית של בית משפט השלום בסעיף 51 לחוק בתי המשפט, ולענייננו, נקבע בסעיף-קטן (א)3 כי בית משפט השלום ידון בית היתר ב"תביעות בדבר חזקה או שימוש במקרקעין או בדבר חלוקתם או חלוקת השימוש בהם, לרבות תביעות הכרוכות בהן שענינן חזקה או שימוש במיטלטלין, יהיה שוויו של נושא התביעה אשר יהיה; אך בית משפט שלום לא ידון בתביעות בדבר חכירה לדורות ובתביעות אחרות הנוגעות למקרקעין". לבית המשפט המחוזי נתונה כידוע הסמכות השיורית, והוא מוסמך לדון בין היתר ב"כל עניין אזרחי או פלילי שאיננו בסמכותו של בית משפט שלום" (סעיף 40(1) לחוק בתי המשפט).

8. סמוך לאחר חקיקת חוק בתי המשפט, התשי"ז-1957, התעוררה שאלת פרשנות המונח "שימוש במקרקעין" שנקבע בחוק. בפסקי דין משנות הששים, ובראשם בהלכת שמש, נקבע כי סמכותו של בית משפט השלום מוגבלת לתביעות שעניינן שימוש

במקרקעין "תוך שמירה על גוף הנכס" בלבד, ולכן סמכות השיפוט העניינית לדון בתביעות שבהן מתבקש סעד שאין בו שמירה על גוף הנכס נתונה לבית המשפט המחוזי.

9. מהי הלכת שמש? אפרים שמש פנה בשנת 1958 לבית המשפט המחוזי בעתירה למתן פסק דין הצהרתי על זכותו לקבלת מים מאת "מפעל המים" כפר סבא, אגודה חקלאית שיתופית בע"מ. שמש ביקש לקבוע כי האגודה אינה רשאית לגבות ממנו כסף עבור "זכות לקבלת מים", וכי מחלוקת בעניין התשלום אינה עילה להפסיק את הספקת המים. בית המשפט המחוזי קבע בהחלטתו כי הוא אינו מוסמך לדון בתביעה, והעבירה לבית המשפט השלום. בערעור על החלטה זו, קבע בית משפט זה (הנשיא אולשן והשופטים זוסמן ולנדוי) כי התביעה אינה בסמכותו של בית משפט השלום. בפסק הדין נקבע כי "תביעה בדבר 'שימוש במקרקעין', כאמור בסעיף 28(3) הנ"ל פירושה, תביעה לשימוש תוך שמירה על גוף הנכס" (שם, עמוד 836). נפסק כי המונח "שימוש במים" באותה תביעה, אינו מדויק, מכיוון שהתובע לא ביקש רק "להשתמש" במים על-מנת להחזירם לאגודה, "אלא הוא תובע זכות לצרוך את המים... מים שסופקו לצרכן עוברים לבעלותו של זה, והצרכן רשאי לעשות בהם ככל העולה על רוחו; אין זכותו מוגבלת לשימוש בלבד, ואין היא מסוייגת בהתחייבות להחזרת הגוף" (שם). לפיכך נקבע כי הסמכות לדון בתביעה נתונה לבית המשפט המחוזי. הלכת שמש עסקה כאמור בתביעה להספקת מים לבית, אך בשני פסקי דין מאוחרים לה, הורחבה מעבר למידותיה ויושמה גם על בנייה והריסה.

10. בע"א 524/63 גולדמן נ' אלגרבל, פ"ד יח(3) 74 (1964) נדון ערעור על פסק דין של בית המשפט המחוזי שעל-פיו נצטווה המערער לסלק מרצפות זכוכית שבמשטח מרפסת של בית קפה, ולסתום ולרצף את הפתחים שייוותרו לאחר סילוק המרצפות. המערער טען כי בית המשפט המחוזי לא היה מוסמך לדון בתביעה, מכיוון שמדובר בתביעה הנוגעת לשימוש במקרקעין. בית משפט זה (השופטים זוסמן, לנדוי והלוי) דחה את טענות המערער, וקבע כי על-פי הלכת שמש: "לא היה כאן שימוש במקרקעין תוך שמירה על גוף הנכס, אלא הריסת חלק מהמקרקעין ובנייתם מחדש בצורה אחרת. תביעה כזאת אינה נכנסת לגדר סמכותו של בית משפט השלום ולכן בית המשפט המחוזי מוסמך לדון בה" (שם, עמוד 79).

11. בע"א 294/65 כיכר הרצל נ' גולדברג, פ"ד יט(4) 107 (1965) נדון ערעור על פסק דין של בית המשפט המחוזי שעל-פיו נצטווה המערער לתקן סדקים שנגרמו לבניין שבו החזיקו המשיבים, עקב פעולות בניה שביצעה מעבר לרחוב. הערעור נדחה

על סמך כמה נימוקים, ובין היתר, במה שנוגע לטענת המערערת על חוסר סמכות עניינית של בית המשפט המחוזי, נפסק (השופטים לנדוי, הלוי וקיסטר) – בהסתמך על הלכות שמש וגולדמן הנ"ל – כך: "גם במקרה דנן לא היה שימוש במקרקעין תוך שמירה על גוף הנכס, אלא גרימת נזקים (בקיעים וסדקים) בגוף הבנין, וגרימת נזקים אלה היא היא עילת התביעה. לאור המבחן הנ"ל אין זו תביעה בדבר שימוש במקרקעין' במובן סעיף 28(3) (שם, עמוד 112).

12. בתמצית: בהלכות שמש, גולדמן וכיכר הרצל, נקבע חריג לסמכות השיפוט העניינית של בית משפט השלום, אשר תחם אותה לגבי תביעות שעניינן ב"שימוש במקרקעין" לכאלו שיש בהן שמירה על גוף הנכס. חריג זה הוביל להגשת תביעות רבות לבית המשפט המחוזי, גם כאלה שערכן הכספי מועט, גם כאלה שהדיון בהן איננו מורכב ומסובך. ברבות השנים, הלכה וגברה הקריאה לביטול חריג זה (ראו למשל: עדי אזור ז"ל "שימוש במקרקעין תוך שמירה על גוף הנכס – בית משפט מחוזי או שלום?" המשפט ג 119 (1996) (להלן: אזור); יצחק כהן "שימוש במקרקעין" – יישומו המוטעה של מבחן הסעד והשלכותיו" מחקרי משפט כד 533 (2008) (להלן: כהן, "שימוש במקרקעין"); ת"א (ק"ג) 418/97 מינהל מקרקעי ישראל נ' קריספיל (19.1.1998) (השופטת ברקאי); בש"א (י-ם) 8245/01 דוד נ' חדד (18.3.2002) (השופטת מזרחי); עניין קעדאן הנ"ל; ת"א (י-ם) 3036/01 נציגות הבית המשותף נ' רבלין (19.9.2003) (השופט דרורי); ע"א (נצ') 1312/04 בלום נ' בן נעים (8.12.2005) (השופטים ממו, ח'טיב, וארבל); ע"א (חי') 3405/06 צרפתי נ' אלבו (23.10.2007) (השופטים ברלינר, עמית וסוקול); ע"א (ת"א) 4339-09-07 מינהל מקרקעי ישראל נ' מסורי (29.1.2008) (השופטים שילה, שטמר ויפרח); ת"א (ת"א) 2523/07 כנען נ' ירושלמי (6.4.2010) (השופט גייפמן); ע"א (י-ם) 3651/09 סאמיה נ' פאיז (29.6.2010) (השופטים ענבר, שפירא ובן-אור); ת"א (ת"א) 4981-04-10 גרינשטיין נ' גולדברג (20.1.2011) (השופט זמיר)).

13. אבקש לבחון אפוא מה הבסיס להבחנה שנוצרה בהלכת שמש, מה הטעמים שהובילו לקביעתה, האם הם עדיין תקפים, האם ההלכה ישימה, והאם מן הראוי לשקול את שינויה.

14. סעיף 51(א)(3) לחוק בתי המשפט הנ"ל, כמו גם נוסחו הקודם בסעיף 28(3) לחוק בתי המשפט התשי"ז-1957 מורה כי תביעות בדבר "חזקה או שימוש במקרקעין" יהיו נתונות לסמכות השיפוט של בית משפט השלום. על-פי לשון הסעיף, נראה לכאורה כי אין מקום להבחין בתביעות על שימוש במקרקעין, בין כאלו שעניינן תוך שמירה על גוף הנכס, לבין כאלו שלא. בהלכת שמש לא ניתנה הנמקה לקביעה כי בית

משפט השלום אינו מוסמך לדון בתביעות על שימוש במקרקעין שלא תוך שמירה על גוף הנכס. הדעה הרווחת היא כי הלכת שמש נפסקה על רקע סמכויות בתי המשפט באותה תקופה (ראו אזר, עמוד 125; רע"א 4991/03 ג'מיל נ' לוי, פ"ד נז(5) 556 (2003), דברי השופט ריבלין בפסקה 6 (7.7.2003)). הלכת שמש באה לעולם בתקופה שלבית משפט השלום נתונה היתה סמכות לדון בתביעות קלות ערך, כאשר רק שנים אחדות קודם לכן, בשנת 1954, נוספו לסמכותו תביעות שעניינן שימוש במקרקעין. הדעת נותנת כי רקע זה עמד ביסוד ההבחנה שנעשתה בהלכת שמש, ולאור מורכבותן היחסית של אותן תביעות הנוגעות להריסת נכס, והרצון להפנות לבית המשפט המחוזי, אשר נתפס כמיומן יותר בכגון דא בעת ההיא.

15. דומני כי הלכה זו אינה הולמת עוד את סמכויותיו הנרחבות של בית משפט השלום לעת הזאת. משעה שניתנה הלכת שמש, חלו שינויים רבים במבנה ובסמכויות בתי המשפט. סמכות השיפוט העניינית של בית משפט השלום הורחבה עד מאד. למשל: בתיקון מס' 16 לחוק בתי המשפט משנת 1992 הוסמך בית משפט השלום לדון בעבירות שעונשן עד שבע שנות מאסר, בעוד שבתקופת פסיקת הלכת שמש היה מוסמך לדון בחטאים ובעוונות בלבד, עבירות שעונשן המירבי שלוש שנות מאסר; בצו בתי המשפט (הגדלת סכום התביעות האזרחיות בבית משפט השלום), התשס"א-2001, הוסמך בית משפט השלום לדון בתביעות אזרחיות ששוויין עד 2.5 מיליון ₪, בעוד שבתקופת פסיקת הלכת שמש הוגבל בית משפט השלום לדון בתביעות ששוויין עד 1,500 לירות בלבד, שיעור נמוך בעשרות מונים (בערכים ריאליים). משעה שבאה לעולם הלכת שמש ועד עתה, הורחבו סמכויות בית משפט השלום עוד כהנה וכהנה באופן עקבי ובמידה ניכרת. כוחו וסמכויותיו של בית משפט השלום משנת 1959, אינם דומים כלל לסמכויות בית משפט השלום של ימינו-אנו, לכוחו ולמיומנותו. אכן, קשה להלום כי לבית משפט השלום תינתן סמכות לדון בעניינים שברומו של עולם ובתביעות ששוויין הכספי עד 2.5 מיליון ₪, אך לא תהא לו סמכות לדון בתביעות שעניינן בשימוש במקרקעין שבהן מתבקש סעד של הריסה וששוויין הכספי, לעיתים רבות, נמוך לאין שיעור מ-2.5 מיליון ₪ (למשל הריסת חלון שהוגדל, או קטע של גדר שחרג מן התחום המותר, וכיוצא באלה דוגמאות לרוב, דבר יום-ביום). על-פי מיגוון הנושאים שבית משפט השלום דן בהם כיום, ברי כי לשופטיו יש ידע, כלים, כישורים, ניסיון ומיומנות לדון לעניין ולפסוק כהלכה, גם בתביעות על שימוש במקרקעין שלא תוך שמירה גוף על הנכס. להנמקה המשווערת שבבסיס הלכת שמש, אין עוד מקום לעת הזאת, ודומה כי הצדקה אחרת לתחולתה – אין.

16. עינינו הרואות את המגמה המסתמנת לאורך השנים בחקיקה, כך שעיון מחדש בהלכת שמש, ושקילת ביטולה, מתיישרים גם עם מדיניות המחוקק, להרחבה הדרגתית ועקבית של סמכויות בית משפט השלום, על מנת לעשותו לערכאה ראשונה כללית. עיון מחדש בהלכת שמש עולה בקנה אחד גם עם מסקנות ועדה בראשות השופט ברנר אשר דנה בעניין סמכויות בתי המשפט בתביעות הנוגעות למקרקעין (1985), ועם מסקנותיה של הוועדה בראשות השופט אור אשר בדקה את מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל (1997) (להלן: ועדת אור). הוועדות הללו המליצו על העברת כלל התובענות בענייני מקרקעין לסמכות השיפוט של בית משפט השלום. ועדת אור ביקרה את מערך הסמכויות הקיים – לפיו חלק מתביעות המקרקעין מתבררות בבית משפט השלום והיתר בבית המשפט המחוזי – בזו הלשון:

”מערך הסמכויות הקיים אינו יעיל. הוא מעורר שאלות סבוכות ומיותרות בנושא הסמכות. הוא הביא לגיבושן של הבחנות בעייתיות ושנויות במחלוקת, לעניין גבול סמכותו של בית משפט השלום. יישומן של הבחנות אלה מחייב לא אחת הקדשת זמן ומאמץ ניכרים. זאת ועוד, קשה למצוא עקביות פנימית בהסדר הקיים: אכן, מה ההיגיון בכך שבתי משפט השלום מוסמכים לדון בתביעות חלוקה או סילוק יד במקרקעין ללא הגבלת סכום, ובהן תביעות ששוויין עולה על תקרת הסמכות הכספית שלהם, בעוד שאין הם מוסמכים לדון בתביעות בעלות אשר שוויין, לעיתים, קטן בהרבה?” (עמודים 34-35 לדוח הוועדה).

17. ודוק: סעיף 72 (א) לחוק המקרקעין, התשכ”ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין) מסמיך את המפקח על המקרקעין להכריע בסכסוכים בין בעלי-דירות בבית משותף, גם כאלה הנוגעים לשוניים פיזיים (הריסה או בניה) בדירה, קרי, שלא תוך שמירה על גוף הנכס. כשירותו של מפקח על מקרקעין היא כשל שופט בית משפט השלום. אין סיבה נראית לעין שכוחו של הראשון יהיה יפה מכוחו של השני בהקשר הנדון. דומה כי הלכת שמש אינה מתיישבת גם עם גילוי דעת זה מצדו של המחוקק (כהן, ”שימוש במקרקעין”, עמודים 558-559).

18. עיון מחדש בהלכת שמש מתיישב גם עם ביקורת של בית משפט זה על חלוקת הסמכויות הדיכוטומית בין בית משפט השלום לבית המשפט המחוזי, בפרט בענייני מקרקעין. כך למשל, ניתן למצוא בפסיקת בית משפט זה (מ”מ הנשיא (כתארו אז) שמגר והשופטים גולדברג וכהן) ביקורת על צמצום סמכותו של בית משפט השלום לדון בתביעות מקרקעין מסוג חזקה או שימוש בלבד:

"מי שמבקש לעמוד על אחת מן הסיבות, בעטיין מתקשים בתי המשפט בטיפול יעיל בתיקים הנערמים לפנייהם, והמבקש להבין, מדוע כה רבים אצלנו, יחסית, המקרים, בהם אין מקיימים התחייבויות חוזיות בדבר מכר מקרקעין (בייחוד דירות), מן הראוי שייתן דעתו להשתלשלות הדיונים בתיק זה. דומה, כי המסקנה המתבקשת היא, כי קשה לגלות סיבה סבירה לכך, מדוע ממשיך להתקיים הפיצול בין סמכויותיו של בית משפט השלום לבין זה של בית המשפט המחוזי, העולה מן האמור בסעיף 28(א)(3) לחוק בתי המשפט, היינו מדוע בית משפט השלום אינו מוסמך לדון גם בתביעות בעלות במקרקעין בתחום סמכויותיו הכספיות כמוגדר לפי סעיף 28(א)(2) לחוק הנ"ל. התחימה, הקיימת בסמכויות, היא מיושנת, ואף מרבה כשלעצמה דיונים מיותרים במחלוקות סמכות. על-כן מן הראוי היה, שהמחוקק ייתן דעתו למכשלה, הנובעת מן ההפרדה הקיימת בסמכויות כדי לשקול הסרתה" (ע"א 510/82 חסן נ' פלדמן, פ"ד לז(3) 1, 13 (1983)).

19. על דבריו אלו חזר הנשיא שמגר בחלוף 8 שנים גם בע"א 476/88 אשתר נ' נפתלי, פ"ד מה(2) 749, 757-8 (1991) באומרו: "ההמלצה הנ"ל, אשר אליה הצטרפו לאחר מכן גם אחדים מעמיתי הנכבדים, טרם אומצה". בחלוף עוד תריסר שנים, חזר השופט ריבלין בעניין ג'מיל (שם) על הדברים הללו:

"כיום, כאשר בית משפט השלום מוסמך לדון בתובענות כספיות בהן נתבע סעד עד לגובה של שניים וחצי מיליון שקלים, אין לטעון כי חסרה לבית משפט השלום המיומנות הנדרשת על מנת לדון בתובענות במקרקעין שאינן נוגעות לשימוש והחזקה (ראו אזור, שם, בעמ' 120-128). לפיכך, כיום, כל פועלם של הכללים התוחמים את סמכות בית משפט השלום לדון בתובענות שעניינן מקרקעין, הוא בסרבול הדיון ובהכבדה על יכולת המערכת השיפוטית לפעול ביעילות... המחוקק טרם נענה לפנייה זו (אך ראו דין וחשבון ועדת אור...) אולם אין סיבה שבית המשפט יקשיח עוד את הכללים הקיימים. המקרה שבפנינו הוא ראייה לחוסר התוחלת שבהקשחה שכזו. אין לאמץ את שיטת המבקש על פיה, בית משפט השלום, שדן כמעשה יום ביומו בתובענות שנושאות סעדים בשווי מיליוני שקלים, אינו יכול לדון בהסרתה של ה'פרגולה' נושאה של בקשה זו".

20. הנה כי כן, רובא דרובא של מלומדי המשפט – אלה שמומחיותם בעיון, ואלה שבקיאותם בדיון – סבורים כי רצוי להעביר את סמכות השיפוט בכלל נושאי המקרקעין אל בית משפט השלום. ברי, עם זאת, כי מבלעדי חקיקה אין ניתן לעשות את הדבר הזה, משום שאינו מתיישב עם לשון הוראת סעיף 51(א)(3) סיפא לחוק בתי

המשפט הנ"ל. ברם, מה שלא-ידינו, כשופטים, לתקן – ולו בגיזרה המצומצמת נשוא דיוננו כאן – מדוע שלא נעשה? בשים לב לכך שלשון החוק ראתה להבחין בין "חזקה ושימוש במקרקעין" (שהם בסמכות בית משפט שלום) לבין "חכירה לדורות ותביעות אחרות הנוגעות למקרקעין" (שהם נושאים שבסמכות בית המשפט המחוזי); ולעומת כן, לא ראתה לשון החוק לעשות הבחנה כלשהי בין סוגי תביעות שעניינן שימוש במקרקעין; מדוע עלינו לדבוק בהבחנה הנדונה נשוא הלכת שמש, שעל פניה נראית אנכרוניסטית, שאין לה אחיזה בלשון החוק, ושנזקה עולה על תועלתה?

סטייה ממבחן הסעד

21. עיון בהלכות שמש, גולדמן וכיכר הרצל מעלה כי טמון בהן קושי בסיסי, אשר עליו הצביע המלומד יצחק כהן (להבדיל מהשופט קמא – יצחק כהן – גם הוא מלומד) שם, עמוד 534): "הלכות אלו הפעילו בצורה שגויה את המבחן הקובע בענייני סמכות – מבחן הסעד. חידוד קווי המתאר של ההליך השיפוטי מלמד כי הלכות אלו סטו בהיסח הדעת ממבחן הסעד, ואימצו למעשה את מבחן העילה, המתמקד במעשיו של הנתבע. כתוצאה מכך, מזה כיובל שנים סובלת מערכת המשפט מסתירות ובלבול בשאלת זהות הערכאה המוסמכת לדון. במהלך השנים יצר בית המשפט העליון אבחנות שונות כדי לסייג הלכות בעייתיות אלו. דא עקא – אבחנותיו אלו הוסיפו סרבול על סרבול והן בבחינת תיקון עוול אחד בעוול אחר".

22. הלכה מושרשת וידועה היא כי "סמכות בית-המשפט לדון בענין נקבעת על-פי הסעד שאותו מבקש התובע", תהא עילת התביעה כאשר תהא (ע"א 27/77 טובי נ' רפאלי, פ"ד לא(3) 561, 568 (1977)). מבחן הסעד נועד ליצור ודאות בשאלה המקדמית של סמכות השיפוט העניינית, זהו מבחן טכני בעיקרו, ועל כן ברור ויציב. יעילותו בפשטותו. לעומת זאת, מבחן העילה מורכב יותר, יכול להיות נתון לפרשנות ולשיקול דעת, לעורר שאלות ולבטים, ליצור חריגים. ישום בלתי אחיד של המבחן הקובע לעניין הסמכות העניינית, מכביד מאד מבחינה פרוצדוראלית, יכול גם להביא לפגיעה במראית פני הצדק. על אף שמבחן הסעד הוכר כאמת-המידה לקביעת הסמכות העניינית, דומה כי ישומו בתביעות שעניינן שימוש במקרקעין שלא תוך שמירה על גוף הנכס נעשה סבוך ומעורפל.

23. בעניין שמש, ביקש התובע כזכור סעד של אספקת מים לבית מגוריו; קרי, סעד שעניינו שימוש במקרקעין. ברם, בית המשפט ראה לנגד עיניו את צריכת המים, להבדיל מהספקתם, ולא את השפעתם על השימוש במקרקעין; קרי, לא את הסעד עצמו, אלא את תוצאתו. בצריכת מים הריהם מתפלגים, וכך נוצר החריג של שימוש שלא תוך שמירה על גוף הנכס. אך בכך סטה בית המשפט ממבחן הסעד ובחן למעשה את תוצאות הסעד;

בעניין גולדמן, עתרו התובעים לחייב את הנתבע להסיר את המרצפות ולהחזיר את המצב לקדמותו. הסעד שהתבקש היה אכן סעד של הריסה, אולם בית המשפט לא בחן את הסעד, גם לא את תוצאתו (כפי שנעשה בעניין שמש כנ"ל). לפי נימוקיו, שקל בית המשפט את מעשיו של הנתבע אשר גרמו לנזקים בגוף הנכס – לא את הסעדים – והלכה למעשה הפעיל את מבחן העילה. בעניין ככר הרצל, קבע בית המשפט כי לפי סכום הפיצויים שנתבע, נתונה סמכות השיפוט לבית המשפט המחוזי. ברם, נקבע כאמור כי גם על-פי הלכת שמש ניתן להגיע לאותה תוצאה, מכיוון שהמערערת גרמה לנזקים לנכס של המשיבים – "גרימת נזקים אלה היא עילת התביעה" (שם) – קרי, מבחן עילה – ועל כן מדובר בשימוש במקרקעין שאינו תוך שמירה על גוף הנכס.

24. מבחינה עיונית, וכפי שהראה המלומד יצחק כהן במאמרו (עמוד 564), לנוכח הלכת טובי נ' רפאלי הנ"ל יתכן כי ניתן לראות את הלכת שמש כבטלה, ולו מכיוון שהיא חותרת תחת מבחן הסעד. באופן דומה ניתן להשקיף על הלכות גולדמן וכיכר הרצל, שכן הן הולכות בעקבות הלכת שמש וסוטות גם הן ממבחן הסעד, שהוא כאמור המסגרת לקביעת סמכות העניינית של בית המשפט.

צמצום הלכת שמש בפסיקה

25. ישום הלכת שמש בפסיקת בית המשפט העליון הביא להבחנות ולסייגים במגמה לצמצם את פ'עלה, אך לא היה באלו כדי ליצור תמונה בהירה ואחידה בנושא חשוב זה של סמכות שיפוט עניינית.

26. ברע"א 4669/96 חברת מלונות דן בע"מ נ' שותפות מלון ספורט אילת (25.7.1996) נפסק בהתבסס על הלכת שמש, כי "אין די בכך שתוצאת ביצוע הצו המבוקש תשפיע על אופן השימוש של התובע במקרקעיו הוא, אלא דרוש גם שתוצאת הצו תשמור על גוף נכסו של הנתבע". לפיכך, כל עוד הפגיעה היא במקרקעין של התובע, אין להחיל את הלכת שמש, וסמכות השיפוט תהיה נתונה לבית משפט השלום. עוד נקבע בעניין מלונות דן כי "עצם מציאות המבנה של המבקשת הוא הפוגע בשימושן של המשיבות בנכסן ולא השימוש בנכס ולכן אין מדובר ב'שימוש במקרקעין' בלבד"; לפיכך סמכות השיפוט נתונה לבית המשפט המחוזי.

27. הפסיקה בעניין חברת מלונות דן מעלה מספר קשיים. ראשית, הלכת שמש אינה מצמצמת את עצמה לפגיעה בנכס הנתבע. אדרבה, על-פי עובדות עניין שמש, ההפרעה לשימוש הייתה דווקא בנכסו של התובע; שנית, ההבחנה שנעשתה בין נכס הנמצא בחלקת התובע לבין נכס הנמצא בחלקת הנתבע אינה מתיישבת עם הרציונאל המשווער

העומד בבסיס הלכת שמש, לפיו יש להפנות את התביעות שעניינן שימוש במקרקעין שלא תוך שמירה על גוף הנכס לבית המשפט המחוזי בשל מורכבותן. מה לי הריסה בחלקת התובע, מה לי הריסה בחלקת הנתבע; מורכבות התביעה דומה בשני המצבים. שלישית, גם בעניין מלונות דן, כמו בהלכות שמש, גולדמן וכיכר הרצל, ניכרת סטיה ממבחן הסעד. בעניין מלונות דן נקבע כי במידה ונתבע אינו עושה שימוש במקרקעין, אלא בונה מבנה אשר מפריע לשימוש התובע, כי אז אין מדובר בתביעה בדבר שימוש במקרקעין. על-פי קביעה זו, יש צורך לבחון את מעשיו של הנתבע לצורך סיווג התביעה, בחינה אשר מתמקדת בעילת התביעה, וסוטה ממבחן הסעד.

28. ברע"א 7166/02 אלגריה נ' אברמוב (10.10.2002) עתרה המבקשת לצו הריסה של מבנה שבנו המשיבים בשטחם. השופט דורנר הפנתה בהחלטתה להלכות ככר הרצל וגולדמן, חזרה על ההבחנה שנעשתה בעניין מלונות דן, וקבעה "כאשר עצם מציאות המבנה הלא-חוקי של המשיבים – ולא השימוש שעושים המשיבים במבנה – היא הפוגעת בשימושה של המבקשת בנכסה, הסמכות היא בידי בית המשפט המחוזי". על-פי קביעה זו, בתביעה בדבר שימוש במבנה לא חוקי, סמכות השיפוט נתונה לבית משפט השלום, ואילו תביעה הנוגעת לעצם קיומו של המבנה הבלתי חוקי תידון בבית המשפט המחוזי.

29. הפסיקה בעניין אלגריה הולכת בדרך שהותוותה בעניין מלונות דן, חורגת גם היא מהלכת שמש, ואף סוטה ממבחן הסעד ומתמקדת במבחן העילה. בית המשפט המחוזי (השופט יצחק כהן), בהחלטתו נשוא בקשה זו, ראה את הלכת אלגריה כאישור להלכת שמש, ולפיכך ראה עצמו מחוייב לדחות את בקשת המבקשים, ולקבוע כי סמכות השיפוט נתונה לבית המשפט המחוזי, למרות שלדידו הלכת שמש היא ארכאית. לדבריו: "כל עוד לא שונתה ההלכה הנ"ל, כי אז היא מחייבת כל בית משפט". אולם, על אף התוצאה הדומה, נראה כי נימוקי עניין אלגריה שונים מהלכת שמש. בעוד שעל-פי הלכת שמש נתונה סמכות השיפוט העניינית לבית המשפט המחוזי משום שמדובר בשימוש במקרקעין שאינו תוך שמירה על גוף הנכס, הרי שסמכות השיפוט העניינית בעניין אלגריה ניתנה לבית המשפט המחוזי מחמת עצם המבנה הלא-חוקי שפגע בשימושה של התובעת שם בנכס שלה, ולא מחמת שימוש שנעשה על-ידי הנתבע ואשר הפריע לשימושה של התובעת בנכסה. ספק אפוא אם ניתן לראות בפסיקה בעניין אלגריה כפסיקה אשר מאשרת את הלכת שמש.

30. בעניין ג'מיל הנ"ל, נקבע כי "הלכת שמש מתייחסת רק למקרה בו הפגיעה היא בנכס שבחלקת התובע, ולא כאשר הסעד המתבקש מתייחס לחלקה אחרת" (שם בפסקה 5).

כך צומצמה הלכת שמש, מבלי שנמצא עיגון לצמצום זה במילותיה, ולא ברציונל המשווער הנ"ל שבבסיסה. קשה גם ליישב צמצום זה עם מה שנקבע בעניין חברת מלונות דן ובעניין אלגריה כנ"ל. ההבחנות שנעשו בעניין ג'מיל, חברת מלונות דן ואלגריה גרמו לקשיים נוספים בכל הנוגע לסמכות השיפוט העניינית בעולת המטרד, כשזו באה בכתב תביעה אחד בד בבד עם סעד של הריסה שלא תוך שמירה על גוף הנכס. האם תגבר הלכת שמש או הלכת מילוא (ע"א 34/56 מילוא, מועדון לסופרים ואמנים נ' סיני, פ"ד י(2) 1538 (1956)) לפיה סמכות השיפוט בעולת המטרד מסורה לבית משפט השלום? הצמצום הפסיקתי של הלכת שמש גרם לעירפול סוגיית הסמכות העניינית בתביעה שבה נכרכו השניים הנ"ל יחדיו. מעתה, על בית המשפט לבחון תחילה אם מדובר בעילת המטרד או בעילה אחרת. אם מדובר בעילה אחרת, יחול מבחן הסעד. אם בעילת המטרד עסקינן, כי אז, על-פי הלכת מילוא הנ"ל נתונה סמכות השיפוט לבית משפט השלום. אלא שעדיין צריך לבדוק אם המטרד נגרם כתוצאה משימוש של הנתבע במקרקעין (כגון רעש, ריח או אבק), כי אז אכן מקומה של התביעה להתברר בבית משפט השלום; אך אם נגרם המטרד מ"עצם מציאות המבנה הלא-חוקי" כי אז, מורה הלכת חברת מלונות דן כי התביעה מסורה לסמכות השיפוט של בית המשפט המחוזי. אין לכתחילה: צמצום הלכת שמש הביא לסרבול ולסיבוך (ראו בהרחבה: יצחק כהן "עד מתי יימשך המטרד בסמכותה העניינית של עולת המטרד?" עלי משפט ח (תש"ע) 365).

31. הצעה נוספת לצמצום פ'עלה של הלכת שמש באה ברע"א 3189/06 וולפינגר נ' ראובני (20.8.2006). נדונה שם תביעה לפיצויים, למתן צו מניעה ולמתן צו הריסה בשל חריגות בנייה בחלקה שכנה. בהסתמך על הלכת קלקודה (ע"א 145/58 קלקודה נ' אגד (א.ש.ת.) אגודה שיתופית לתחבורה בע"מ, פ"ד יג 260 (1959)) הוחלט (השופט רובינשטיין) כי ניתן לראות את הטפל (סעד ההריסה) כהולך אחרי העיקר (צו המניעה והפיצויים), וכפועל יוצא מכך, קניית סמכותו של בית משפט השלום לדון גם בסעד ההריסה.

32. עינינו הרואות את מגמת פסיקת בית משפט זה לצמצם את תחום התפרשותה של הלכת שמש ולקצץ בכנפיה. ברם, עצם הצמצום והעדר הנמקה משכנעת מדוע תחול הלכת שמש במצב דברים מסוים דווקא ובאחר לא, יוצרים מבוכה ומבולקה אצל הערכאות הדיוניות, כר נרחב למחלוקות, לפרשנויות ולהתנצחויות בשאלת הסמכות העניינית. (כך למשל, ניתן לראות את הבלבול הרב ואת הגישות השונות בבחינת החלטותיו של בית משפט השלום בירושלים בסוגיה: חלק משופטי בית המשפט "עקפו" את הלכת שמש באמצעות הדרך שננקטה בעניין וולפינגר, וקבעו כי סעד

ההריסה טפל לסעדים האחרים שהתבקשו בתביעה (בש"א (י-ם) 3692/01 סלקום ישראל בע"מ נ' עמותת הרי יהודה (1.9.2003) (השופט זיסקינד); ת"א (י-ם) 14595/04 נג'אר נ' ג'עברי (23.2.2009) (השופט מילנוב); ת"א (י-ם) 13543-03-12 מינהל מקרקעי ישראל נ' קיבוץ צרעה אגודה שיתופית חקלאית בע"מ (27.6.2012) (השופט רובין)). חלק משופטי בית משפט השלום סטו מהלכת שמש באמצעות הדרך שהותוותה בעניין ג'מיל, וקבעו כי הסמכות העניינית מסורה לבית משפט השלום מכיוון שעסקינן בעוולת מטרד (ת"א (י-ם) 9424/06 אבו להוואה נ' החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ (21.3.2007) (השופט דותן); בש"א (י-ם) 7075/08 גבאי נ' פרקש (30.3.2008) (השופט רנר)). ישנן גם החלטות הסוטות מהלכת שמש לאור הביקורת שנמתחה עליה במהלך השנים (ת"א (י-ם) אלתמימי נ' מוקבל (19.6.2006) (השופט ברקלי); החלטות השופט שטראוס בת"א (י-ם) 4079/97 מינהל מקרקעי ישראל נ' שקולניק (21.12.2003) ובש"א (י-ם) 2425/05 קמחי נ' אמיגה (15.5.2005). מנגד, חלק משופטי בית משפט השלום בירושלים המשיכו לפסוק על פי הלכת שמש (החלטות השופט שמעוני בת"א (י-ם) 4232/03 עווידה נ' טזיז (13.6.2007); ת"א (י-ם) 18356/00 מרדכי נ' וייס (6.8.2007); ת"א (י-ם) סאמיה נ' פאיז (18.11.2009)). בהחלטה אחרונה זו נקבע כי בית משפט השלום אינו מוסמך לדון בסעד ההריסה, החלטה שנהפכה על-ידי בית המשפט המחוזי בעניין סאמיה הנ"ל; ת"א (י-ם) 2645/09 גורבט נ' שאול (19.9.2010) (השופט מוסק). סקירה קצרה זו מדגימה את ריבוי הגישות, העדר האחידות והבלבול הרב שיצרו הלכת שמש וההבחנות שבעקבותיה, בערכאה אחת מני רבות).

סוף דבר

33. הלכת שמש טובה ונכוחה היתה לשעתה, לפי שיעור קומתו ומיעוט סמכויותיו של בית משפט השלום בעת ההיא. 50 שנה ויותר חלפו מאז, בית משפט השלום זקף את קומתו, סמכויותיו הלכו ורבו, וביחד עימן התמקצעו שופטיו והריהם מומחים ומיומנים בכל ענפי המשפט. אין כל קושי להפקיד בידי שופט של בית משפט שלום את מלאכת הדיון וההכרעה בתביעות על שימוש במקרקעין, גם שלא תוך שמירה על גוף הנכס. הרציונל שבבסיס הלכת שמש אינו תקף עוד. לשון החוק אינו מחייבה. אדרבה, על-פי פשטות לשון החוק אין מקום להבחנה שיצרה הלכת שמש. ממילא אין הצדקה להמתין לתיקון חקיקתי בסוגיה הנדונה. שופטים ומלומדים קראו לביטול הלכת שמש, מחמת קשייה ובשים לב למגמה הכללית של העברת סמכויות לבית משפט השלום. ניסיונות פסיקתיים לצמצם את הלכת שמש יצרו הבחנות מלאכותיות, דקות, מסובכות. בסמכות עניינית עסקינן, נושא שצריך להיות נהיר, פשוט וברור, באשר זהו שער הכניסה לבית המשפט. בתמצית: דומני כי שקע שְמשה של הלכת שמש.

34. אציע אפוא לחברי לקבל את הערעור, לבטל את החלטת בית המשפט המחוזי, לקבוע כי הלכת שמש אינה תקפה עוד, וכי סמכות השיפוט העניינית לדון בתביעות בדבר "שימוש במקרקעין" נתונה כל-כולה לבית משפט השלום; בין אם מדובר בתביעה שעניינה בשמירה על גוף הנכס, בין אם לאו.

35. תביעת המשיבים תועבר אפוא לדיון בבית משפט השלום. צו המניעה האוסר על המבקשים להמשיך את עבודות הבניה יעמוד בתוקפו. מפאת שינוי ההלכה הפסוקה, לא יעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט

הנשיא א' גרוניס:

1. אני מצטרף בהסכמה למסקנה אליה הגיע חברי, השופט סולברג. משמע, עלינו לסטות מן ההלכה שנפסקה בע"א 37/59 שמש נ' מפעל המים כפר סבא, פ"ד יג 834 (1959) (להלן – עניין שמש או הלכת שמש), ולקבוע כי לבית משפט השלום נתונה סמכות עניינית לדון בהליכים בהם מתבקשים סעדים הנוגעים לשימוש ולחזקה במקרקעין, גם כאשר הסעדים אינם כרוכים בשמירה על גוף הנכס. עם זאת, הטעמים והדגשים שהובילוני לתוצאה זו, עליהם אעמוד בהמשך, שונים במקצת מאלו של חברי.

2. לפני למעלה מיובל שנים ניתן פסק הדין בעניין שמש. בפסק הדין נדרש בית משפט זה לפרשנותו של סעיף 28(3) לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957, בו נקבע כי סמכותו העניינית של בית משפט השלום משתרעת, בין היתר, על "תביעות בדבר חזקה או שימוש במקרקעין" (יצוין, כי לימים נחקק חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן – חוק בתי המשפט) הקובע, באופן זהה, כי בית משפט השלום יהא מוסמך לדון, בין היתר, ב"תביעות בדבר חזקה או שימוש במקרקעין" (סעיף 51(א)(3) לחוק האמור)). בעניין שמש קבע בית משפט זה, כי בית משפט השלום מוסמך לדון בתביעה בדבר שימוש במקרקעין, רק כאשר מדובר בתביעה לשימוש "תוך שמירה על גוף הנכס" (שם, בעמ' 836). כפי שציין חברי בפיסקה 9 לחוות דעתו, ה"נכס" שלגביו הוגשה התביעה בעניין שמש היה מים; המערער באותו עניין דרש מהמשיבה שזו לא תפסיק את אספקת המים לביתו. בית משפט זה קבע, כי בין אם יש לראות מים כ"מקרקעין" ובין אם לאו, ממילא אין עסקינן בתביעת "שימוש", משום שלא מדובר

בתביעה לשימוש תוך שמירה על גוף הנכס. לפיכך נקבע בעניין שמש, כי הסמכות העניינית לדון בהליך נתונה לבית המשפט המחוזי ולא לבית משפט השלום.

3. בחלוף השנים, האמירה העקרונית שבעניין שמש, לפיה בית משפט השלום אינו מוסמך לדון בתביעה לשימוש שאינה כרוכה בשמירה על גוף הנכס, נשנתה על ידי בית משפט זה בשורה של פסקי דין, בהם הנכס מושא ההליך היה מבנה או חלק ממנו (ראו הסקירה המוצגת בפיסקאות 10-12 לחוות דעתו של חברי השופט סולברג). ההלכה יושמה באופן הבא (במיוחד לאחר אימוצו של "מבחן הסעד" בדין הישראלי, עליו אעמוד בהמשך): תובענה בה הסעד המבוקש הינו צו מניעה ותו לא, למשל צו המבקש למנוע המשך של בנייה או שימוש מסוים במקרקעין, נתונה לסמכותו העניינית של בית משפט השלום. לעומת זאת, אם הסעד המבוקש היחיד שנתבקש היה צו הריסה, הוקנתה הסמכות העניינית לבית המשפט המחוזי, משום שאין מדובר בסעד הכרוך ב"שמירה על גוף הנכס". מקרים מורכבים יותר התעוררו כאשר תביעה בה נתבקשו שני סעדים שונים מתחום דיני המקרקעין, כגון צו מניעה לצד צו הריסה (לדוגמה, צו המונע את המשך הבנייה, וצו המורה להרוס את הבנייה שכבר בוצעה). לפי הלכת שמש, הסמכות לדון בסעד הראשון הינה של בית משפט השלום, ואילו הסמכות לדון בסעד השני נתונה לבית המשפט המחוזי. בתי המשפט מצאו פתרונות מסוגים שונים למנוע את פיצול הדיון, אליהם אידרש בהמשך.

4. חברי השופט סולברג, מציע היום כי נבטל את הלכת שמש. טעמיו בתמצית הם אלה: ראשית, לגישתו, הכלל המונע מבית משפט השלום לדון בהליכים בהם מבוקש סעד של הריסה או סעד אחר שאינו כרוך בשמירה על גוף הנכס, אינו הולם את היקף סמכויותיו הרחב של בית משפט השלום בעת הנוכחית, בהשוואה למצב בשנת 1959, עת נפסקה הלכת שמש; שנית, ביטול ההלכה מוצדק לטעמו, על רקע השאיפה הפרשנית להסמיך את בית משפט השלום לדון בכלל הנושאים הנוגעים לזכויות במקרקעין; שלישית, הלכת שמש אינה מתיישבת, כך סבור חברי, עם מבחן הסעד, הוא המבחן המרכזי לצורך קביעת הסמכות העניינית; רביעית, מגמתו של בית משפט זה, לאורך השנים, הייתה לצמצם את תחום התפרשותה של הלכת שמש. לבסוף מציין חברי, כי הלכת שמש גררה אחריה ריבוי גישות, היעדר אחידות ו"בלבול".

לאחר בחינה של הסוגיה, החלטתי כאמור להצטרף אל התוצאה אליה הגיע חברי, השופט סולברג. להשקפתי, חלק מהשיקולים שמנה חברי אינם מצדיקים כשלעצמם, את ביטול הלכת שמש. אולם, רואה אני ליתן משקל משמעותי לשיקול מסוים המטה את הכף לטובת התוצאה אליה הגיע חברי. עניינו של שיקול זה הינו

בשאיפה לצמצם, ככל הניתן, את ההתדיינות המקדמית הנדרשת, לעתים, לצורך קביעת הסמכות העניינית שעה שמבוקש בהליך מסוים יותר מסעד אחד. על כל אלה אעמוד עתה.

5. אחת הסיבות המרכזיות לעיכובים בכירורם של תיקים אזרחיים נעוצה בחובתם של בתי המשפט להידרש לפעמים לסוגיות מקדמיות שונות, אשר אינן נוגעות במישרין לגופו של הסכסוך שנתגלע בין בעלי הדין במקרה המסוים. כך, למשל, כאשר מתעוררת מחלוקת ביחס לסמכותו העניינית של בית המשפט לדון בהליך שהובא לפניו. ברור, כי ראוי שסוגיה זו תוכרע בתחילתו של ההליך. על מנת להקל על בחינת הסמכות העניינית, פותח בדין הישראלי "מבחן הסעד". מבחן זה מנחה אותנו בעיקר ביחס לסמכותן העניינית של ערכאות השיפוט שחוק בתי המשפט עוסק בהן (בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי). למבחן הסעד יתרונות לא מבוטלים. מדובר במבחן פשוט ליישום, אשר חוסך, לעתים קרובות, התדיינות מקדמית מורכבת בקשר עם קביעת הסמכות העניינית. עמדתי בעבר על טיבו ומהותו של מבחן זה, בדברים הבאים:

"מבחן הסעד הינו מבחן פשוט יחסית. על-פיו נדרשים אנו לבחון את כתב-הטענות שהגיש התובע (או המבקש) עם פתיחתו של ההליך. הא ותו לא. על-פי הסעד הנקוב שם נדע אם ההליך הוגש לבית-המשפט המוסמך, או שמא הייתה חובה להגישו לבית-משפט אחר. אין צורך כלל להידרש לטענותיו של הנתבע (או של המשיב) בכתב-הטענות שהגיש הוא בתגובה. במילים אחרות, קביעת הסמכות נעשית על-פי האמור בכתב-התביעה, ואין בטענותיו של הנתבע כדי לשנות במקרה רגיל..." (ע"א 2846/03 אלדרמן, עו"ד נ' ארליך, פ"ד נט(3) 529, 534 (2004) (להלן – עניין אלדרמן)).

יצוין, כי את אימוצו הסופי של מבחן הסעד בדין הישראלי נהוג לייחס לפסק הדין בע"א 27/77 טובי נ' רפאלי, פ"ד לא(3) 561 (1977) (להלן – עניין רפאלי). באותו מקרה נדחה מבחן אחר שהוצע, העוסק במהות הסכסוך או העילה (ראו דעת המיעוט של השופט עציוני). בשורה של פסקי דין חזר בית משפט זה על מבחן הסעד ויישם אותו (ראו, למשל, ע"א 8130/01 מחאג'נה נ' אגבאריה, פסקה 6 (4.5.2003) (להלן – עניין מחאג'נה); עניין אלדרמן, בעמ' 534-535; רע"א 3879/05 עיריית חדרה נ' חג'ג' אמריקה ישראל בע"מ, פסקה ד(4) (12.7.2005)). יוער, כי בהוראות דין שונות מוצאים אנו הסדרים פרטניים הסוטים ממבחן הסעד. זהו הדין, ככלל, כאשר מדובר בסמכותו העניינית של בית המשפט לעניינים מינהליים (ראו, עע"ם 3309/11 קוטלרסקי נ' המועצה המקומית תל מונד, פסקה 15 לחוות-דעתו של השופט י' עמית (6.1.2013));

בזו של בית המשפט לענייני משפחה (ראו, רע"א 6558/99 חבס נ' חבס, פ"ד נד(4) 337, 343-345 (2000)); ובזו של בית הדין לעבודה (ראו רע"א 363/08 פרפרה נ' קופת חולים מאוחדת, פסקה 7 (23.11.2009)). מכל מקום, אין ספק כי כאשר עוסקים בנו בהליכים "רגילים" המוגשים לערכאות השיפוט האזרחיות (בית משפט השלום או בית המשפט המחוזי), יש לבחון, ככלל, את הסמכות העניינית על פי מבחן הסעד.

6. לצד יתרונותיו הרבים של מבחן הסעד, טמון בו חיסרון בולט הנוגע למקרים בהם יוזם ההליך מעוניין במספר סעדים, שכל אחד מהם נמצא בסמכותו של בית משפט אחר. תובענות העוסקות בענייני מקרקעין מעוררות, בהקשר זה, בעייתיות מיוחדת. זאת, נוכח הפיצול בין סמכויותיהן של ערכאות השיפוט האזרחיות בהליכים מן הסוג האמור. ההסדר שקבע המחוקק בחוק בתי המשפט, לגבי חלוקת הסמכויות בין בית משפט השלום לבין המשפט המחוזי, הינו כדלקמן: על פי סעיף 51(א)(3) לחוק בתי המשפט, מוסמך בית משפט השלום לדון בתובענות "בדבר חזקה או שימוש במקרקעין או בדבר חלוקתם או חלוקת השימוש בהם, לרבות תביעות הכרוכות בהן שענינן חזקה או שימוש במיטלטלין...". אולם, אין הוא מוסמך לדון, על פי הסיפה של אותו סעיף, "בתביעות בדבר חכירה לדורות ובתביעות אחרות הנוגעות למקרקעין". הסמכות לדון בהליכים אחרונים אלה (למשל, בתביעת בעלות), מוקנית לבית המשפט המחוזי, מכוח סמכותו השיורית (סעיף 40(1) לחוק בתי המשפט). משמעותן המעשית של הוראות הדין הנזכרות, בעקבות אימוצו של מבחן הסעד, הינה כדלקמן: כאשר מדובר בתובענה בה מבוקשים סעדים בעניין חזקה ושימוש במקרקעין, הסמכות לדון בה מוקנית לבית משפט השלום. זאת, בכפוף לכלל שנקבע בעניין שמש, ביחס לתביעות שאינן כרוכות ב"שמירה על גוף הנכס". בית משפט השלום מוסמך, בנוסף, על פי סעיף 51(א)(3) לחוק בתי המשפט, לדון בתביעות שהסעדים המבוקשים בהן נוגעים לחלוקת הזכויות במקרקעין, וחלוקת השימוש בהם. יובהר, כי סמכותו של בית משפט השלום לדון בנושאים הנ"ל משתרעת אף על מקרים בהם שוויו של נושא התובענה עולה על השווי של נושא תובענה בו מוסמך בית משפט השלום לדון במקרה "הרגיל" (2,500,000 ש"ח, כאמור בסעיף 51(א)(2) לחוק בתי המשפט). כך, לדוגמה, אם מוגשת תביעה לפירוק שיתוף במקרקעין, יהא בית משפט השלום מוסמך לדון בהליך, אפילו כאשר שוויין של הזכויות בנכס עולה על 2.5 מיליון ש"ח. הוא הדין לעניין סמכותו השיורית של בית המשפט המחוזי: זה מוסמך לדון בתביעות אחרות הנוגעות למקרקעין (שאינן בסמכותו של בית משפט השלום), בין אם "שוויו" של נושא התביעה נכנס לגדר סמכותו העניינית הרגילה (מעל 2.5 מיליון ש"ח), ובין אם לאו.

7. אין צורך להכביר מילים אודות הבעייתיות הרבה הנובעת מחלוקת הסמכויות המתוארת לעיל. כבר לפני כשלושים שנים, קרא מ"מ הנשיא מ' שמגר למחוקק לתקן את הפיצול בסמכויות ערכאות השיפוט בתביעות העוסקות במקרקעין באומרו, בין היתר, את הדברים המצוטטים בפסקה 18 לחוות דעתו של חברי (ע"א 510/82 חסן נ' פלדמן, פ"ד לז(3) 1, 13 (1983); וראו גם, ע"א 476/88 אשתר נ' נפתלי, פ"ד מה(2) 749, 758-757 (הנשיא מ' שמגר) (1991) (להלן – עניין אשתר); ראו גם, רע"א 4991/03 ג'מיל נ' לוי, פ"ד נז(5) 556, 560 (2003) (להלן – עניין ג'מיל)). למרבה הצער, המחוקק טרם שעה לקריאה זו ונותרנו אף היום במצב בו מתקיים פיצול בחלוקת הסמכויות, הגורר אחריו, מטבע הדברים, ניצול לא יעיל של משאבים שיפוטניים יקרי ערך. ניטיב להבין בעייתיות זו אם נידרש, בקיצור, לאופן בו מתמודדים בתי המשפט עם ההכרעה בסוגיית הסמכות העניינית, שעה שמונח לפניו הליך הכולל סעדים שחלקם בסמכותו של בית משפט השלום, וחלקם האחר בסמכותו של בית המשפט המחוזי.

8. הטיפול הראשון של המקרים, הוא מקום בו עותר התובע לסעד כספי בנוסף לסעד במקרקעין שאינו כספי, כאשר כל אחד מהסעדים נמצא בסמכותו העניינית של בית משפט אחר. כך, לדוגמה, כאשר בכתב התביעה עותר התובע לסעד בענייני מקרקעין הנמצא בסמכותו של בית המשפט המחוזי (למשל, אכיפת חוזה מכר מקרקעין), וכן לסעד כספי בסכום שנופל תחת סמכותו העניינית של בית משפט השלום (פיצוי הנמוך מ-2.5 מיליון ש"ח). ברי, כי אין מדובר בדוגמה דמיונית, שכן בהחלט ניתן להעלות על הדעת מקרים בהם יטען התובע, בגדר אותו הליך, כי יש לאכוף הסכם מכר שנכרת עמו כרוכש המקרקעין, וכי יש לפצותו, כמו כן, על הנזקים שנגרמו לו בשל הפרת ההסכם. במקרים המתוארים, ובכאלה נוספים דוגמתם, אין מנוס מפיצול הדיון, היינו "אין לתובע ברירה אלא לפצל את תביעתו ולהגיש מקצתה בבית-משפט אחד ומקצתה בבית-משפט אחר" (ע"א 29/58 לוי נ' עקריש, פ"ד יב 1457, 1458 (1958) (להלן – עניין עקריש); וראו עוד, ע"א 466/90 צברי נ' מטוארי, פ"ד מה(1) 177, 184 (השופט ש' לוי) (1990); רע"א 7278/96 כהן נ' סבג (18.5.1998); עניין מחאג'נה, פסקה 9). יוער, כי בעבר יושמה הלכה זו אף בדיני הקניין הרוחני (רע"א 7589/98 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' שורק, פ"ד נג(1) 670 (1999) (להלן – עניין הפדרציה הישראלית)). באותו מקרה מדובר היה בהליך בו נתבקש צו מניעה קבוע בענייני קניין רוחני, שנמצא בסמכותו של בית המשפט המחוזי, וסעד כספי שבסמכותו של בית משפט השלום. בית משפט זה קבע, כי אין מנוס מפיצול הדיון. אלא, שבעקבות פסק הדין בעניין הפדרציה הישראלית, עשה המחוקק מעשה ותיקן את חוק בתי המשפט בכל הנוגע לתביעות בענייני קניין רוחני בלבד. כיום קובע סעיף 40(4) לחוק בתי המשפט, כי בית המשפט המחוזי מוסמך לדון בתביעה בענייני קניין רוחני (כהגדרתה בסעיף

הנזכר), אף אם סכום התביעה בה אינו עולה על הסכום הנמצא בסמכותו של בית משפט השלום (2.5 מיליון ש"ח), ובלבד שהיא כרוכה בתביעה בענייני קניין רוחני המצויה בסמכותו של בית המשפט המחוזי. בכך נתן המחוקק מענה לקשיים המתעוררים בתביעות בעניינים של קניין רוחני בהן נתבע סעד כספי יחד עם סעד שאינו כספי. ברור הוא, כי אין בתיקון האמור כדי לפתור את ההכרח בפיצול הדיון, שעה שמדובר בתביעות שאינן בענייני קניין רוחני (לדיון אודות משמעות התיקון לחוק, ראו יצחק כהן "הלכת פיצול הסעדים בין בתי משפט שונים והלכת העיקר והטפל – בין המצוי על תקלותיו לרצוי על תקותיו", הפרקליט נ 229, 250-252 (התשס"ח) (להלן – כהן)).

9. כלל "פיצול הסעדים", המחייב לפצל הליך בו עותר התובע לסעד כספי ולסעד במקרקעין שאינו כספי, כאשר שני הסעדים אינם נמצאים תחת סמכותה של אותה ערכאה, עשוי לגרור אחריו, מטבע הדברים, התדיינות כפולה בשתי ערכאות שונות. זאת, למרות שהרקע לשני ההליכים עשוי לנבוע מאותה מסכת עובדתית. נתאר לעצמנו מקרה בו מבקש התובע לקבל סעד המצהיר על בעלותו במקרקעין, ובנוסף, פיצוי שאינו עולה על גבול סמכותו העניינית של בית משפט השלום (2.5 מיליון ש"ח). במקרה זה ייאלץ התובע, כאמור, להגיש שני הליכים, הראשון לבית המשפט המחוזי והשני לבית משפט השלום. יצוין, כי תקנה 7 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, מאפשרת לנשיא בית המשפט העליון להורות על איחוד הדיון בתובענות העוסקות "בנושא אחד". אלא שהתקנה אינה מאפשרת את איחוד הדיון בהליכים שהוגשו לערכאות בעלות סמכות עניינית שונה, למשל, כאשר אחד ההליכים נתון לסמכותו של בית המשפט המחוזי ואילו ההליך האחר לבית משפט השלום (ראו, בש"א 6456/06 עמידר, החברה הלאומית לשיכון בישראל בע"מ נ' ישיבת סוכת עובדיה (8.8.2006)). יוער עוד, כי הכלל המורה על פיצול סעדים, לא רק שעלול להוביל לכפל התדיינות אלא הוא מעורר, מטבע הדברים, חשש להכרעות סותרות. אומנם, בדוגמה המתוארת לעיל רשאי יהיה בית משפט השלום, הדין בתביעת הפיצוי, להכריע בסוגיית הבעלות מכוח סמכותו האגבית (או הנגררת), הקבועה בסעיף 76 לחוק בתי המשפט. אלא שההכרעה בסוגיה זו תהא בעלת נפקות רק "לצורך אותו ענין" הנדון בבית משפט השלום (תביעת הפיצוי), ואין היא מהווה מעשה בית דין לעניין תביעת הבעלות המתבררת בבית המשפט המחוזי (ראו למשל, עניין אשתר, בעמ' 756). בהקשר זה יוער, כי אין לשלול את האפשרות שבית המשפט המחוזי, הדין בתביעת הבעלות, יגיע להכרעה שונה בעניין הבעלות מזו של בית משפט השלום (הרשאי כאמור לדון בסוגיה מכוח סמכותו האגבית). ברור, אם כן, הקושי הנגרם כתוצאה מפיצול הדיון (לביקורת על הלכת פיצול הסעדים ראו גם, כהן, בעמ' 233).

10. סוג נוסף של קושי מתעורר במקרים בהם עותר התובע למספר טעמים הנוגעים כולם לעניינים שבמקרקעין. זאת, כאשר אחד הסעדים (או יותר) נמצא בסמכותו של בית משפט אחר. זהו, למשל, המקרה בו עותר התובע לצו מניעה (האוסר המשך של שימוש מסוים במקרקעין), לצד אכיפת הסכם מכר (הכרוכה, מטבע הדברים, בהצהרה בעניין הבעלות במקרקעין). בעוד שהסעד הראשון הוא בסמכותו של בית משפט השלום, הרי הסעד השני הוא בסמכות בית המשפט המחוזי. הוא הדין לעניין סעד הצהרתי בדבר בעלות במקרקעין, אליו נלווה סעד של חזקה באותם מקרקעין. דוגמה נוספת נוגעת למקרים בהם מבוקש סילוק יד ממקרקעין (סעד שבסמכות בית משפט השלום) ולצד זאת צו הריסה (הנמצא בסמכות בית המשפט המחוזי, בהתאם לכלל שנקבע בעניין שמש). בתי המשפט התגברו לעיתים על הפיצול המתואר שבסמכויות ערכאות השיפוט, באמצעות מבחן אשר זכה לכינוי "הטפל הולך אחר העיקר". משמעותו של מבחן זה הינה, כי כאשר ניתן להגדיר את אחד הסעדים כסעד "טפל", הרי ניתן לבקשו בבית המשפט המוסמך ליתן את ה"סעד העיקרי" (ראו, ע"א 145/58 קלקודה נ' "אגד" (א.ש.ת.) בע"מ, פ"ד יג 260, 267-268 (1959); ע"א 635/76 טייבר נ' טייבר, פ"ד לא (2) 737, 742 (1977); ע"א 4796/95 אלעזר נ' אלעזר, פ"ד נא (2) 669, 674 (השופטת ד' ביניש) (1997)).

11. גם המבחן הבוחן איזה מבין שני הסעדים הוא העיקרי, ואיזהו הטפל, מעורר קושי משמעותי, הנובע מן העמימות הרבה המאפיינת את יישומו (ראו גם כהן, בעמ' 235). ניתן לתאר מקרים רבים המדגימים את הקושי האמור. במסגרת דיוננו הנוכחי אסתפק בהצגת דוגמה אחת: נניח כי בעל מקרקעין סבור שבית מגורים רב קומות, ההולך ונבנה במקרקעין הגובלים עמו, מוקם בלא היתר בניה. יש להניח, כי אותו אדם יהא מעוניין להגיש הליך בו יתבקשו שני סעדים: צו מניעה האוסר את המשך הבנייה, וצו המורה על ההריסה של הבנייה שהושלמה. ברם, הסעד הראשון הוא בסמכותו של בית משפט השלום, בעוד שהסעד השני, לפי הלכת שמש, הוא בסמכות בית המשפט המחוזי. במקרה המתואר, ההכרעה בשאלה מהו הסעד העיקרי ומהו הטפל אינה ברורה מאליה. ייתכן שצו ההריסה ייחשב כסעד הטפל לצו המניעה, אם כל מה שנבנה, עד הגשת התביעה, הם יסודות הבניין. בהינתן מסקנה זו, יוכל לכאורה בית משפט השלום לדון בשני הסעדים. לעומת זאת, ייתכן שסעד ההריסה ייחשב העיקרי, אם הבנייה כמעט והושלמה. או אז, רק בית המשפט המחוזי יוכל לדון בשני הסעדים. דוגמה זו ממחישה את העמימות (ולעתים השרירותיות) הכרוכה ביישום המבחן של "הטפל הולך אחר העיקר". עם זאת נציין, כי קיימת סיטואציה אחת בה דומה שאין מחלוקת בשאלה מהו הסעד העיקרי ומהו הסעד הטפל; כוונתנו לתובענה בה מבוקש לאכוף חוזה מכר במקרקעין, תוך קביעה כי התובע הינו הבעלים, יחד עם סעד של מסירת החזקה בנכס

לידי התובע (ראו, למשל, ר"ע 236/84 אשתר נ' נפתלי, פ"ד לח(2) 665, 670 (1984); עניין קלקודה, בעמ' 267-268). במקרה זה ברור כי סעד האכיפה הינו העיקרי, ואילו הסעד של מסירת החזקה הינו הטפל.

12. לאחר שאמרנו דברים אלה נידרש שוב לשאלה המרכזית, שהיא האם ראוי לבטל את הלכת שמח. שני טעמים מוליכים, לגישתי, למסקנה כי אומנם אין מנוס מביטולה של הלכת שמח. הטעם הראשון הוא כי פסיקה של בתי משפט מחוזיים וכן של בתי משפט שלום יצרה תוהו ובוהו בתחום האמור. היו בתי משפט שפעלו בנושא זה של הלכת שמח בניגוד לחובתם לפעול לפי הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון (כאמור בסעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה, המובא בפיסקה 18 להלן). חלקם עשו כן במפורש, תוך שהתיימרו לבטל את הלכת שמח, והיו אחרים שעשו כן במובלע, תוך שימוש בטכניקות שונות. לעומתם, היו בתי משפט שפעלו כמתחייב על פי הדין ופסקו על פי הלכת שמח (וחלק מאלה עשו כן תוך הבעת ביקורת על הלכת שמח). התוצאה הייתה חוסר ודאות בסוגיית הסמכות העניינית, תחום שכאמור ראוי שהכללים הנוהגים בו יהיו פשוטים וברורים. הטעם השני המצדיק את ביטולה של הלכת שמח נעוץ בשאיפה לצמצם את קשת המקרים בהם מבקשים (או נאלצים) בתי המשפט לעשות שימוש במבחן של טפל ועיקר. אתייחס תחילה לטעם השני, ולאחר מכן אבחן את הטעם הראשון.

13. המבחן של "הטפל הולך אחרי העיקר" הינו, כאמור, מבחן בעייתי, עמום ושרירותי, המצריך לעתים התדיינות מקדמית מורכבת. ביטולה של הלכת שמח ימנע את הצורך ליישם מבחן זה בהליכים בהם עותר התובע לצו מניעה (שעניינו שימוש או חזקה במקרקעין), לצד צו הריסה (שעניינו שימוש במקרקעין שאינו כרוך ב"שמירה על גוף הנכס"). ביטול ההלכה ייתר, אם כן, את הצורך להכריע, במקרים כגון אלו, ובמקרים נוספים דוגמתם, איזה מבין הסעדים הינו טפל לסעד האחר. אכן, ביטול ההלכה לא ימנע את ההידרשות להלכת העיקר והטפל כאשר בין הסעדים המבוקשים נכלל גם סעד הנמצא במובהק, מכוח הוראת המחוקק, בסמכותו של בית המשפט המחוזי (כגון סעד המצהיר על הבעלות בנכס). ער אני לכך, שעד היום תביעה הכוללת סעד של צו הריסה וסעד הצהרתי בעניין הבעלות בנכס, נתונה הייתה לסמכותו של בית המשפט המחוזי. עתה, בעקבות ביטול הלכת שמח, ייתכן שבתי המשפט יידרשו להפעיל את הלכת "הטפל הולך אחרי העיקר" באותם מקרים (אף שלטעמי, כנראה המקרה היחיד המצדיק שימוש במבחן זה הינו המקרה שהזכרתי בסיפא של פסקה 11 לעיל). כלומר, דווקא ביטול הלכת שמח עלול לגרור התדיינות מקדמית, בסוג מסוים של מקרים, שלא היינו צריכים להידרש אליה לפני ביטול ההלכה. בנוסף, ביטולה של

ההלכה לא ימנע את פיצול הדיון בהתאם להלכה שנפסקה בעניין עקריש. כך יקרה אם יתבקש צו הריסה, אשר יהיה, בעקבות ביטול ההלכה, בסמכות בית משפט השלום, לצד סעד כספי שאינו בגדר סמכותו העניינית של בית משפט השלום. אף שביטול הלכת שמש לא יפתור את שלל הבעיות הדיוניות המתוארות לעיל, הרי דומה כי ביטול ההלכה יצמצם, בסופו של דבר, את היקף המקרים בהם ייאלצו בתי המשפט ליישם את מבחן "הטפל הולך אחר העיקר". זאת, מאחר שחלק ניכר מן הסעדים הנוגעים לענייני המקרקעין נתונים כיום לסמכותו של בית משפט השלום. להשקפתי, מגמה פרשנית השואפת לצמצם את קשת המצבים בהם מיושמת הלכה עמומה זו היא מגמה ראויה. גישה פרשנית זו היא המטה לטעמי את הכף לטובת ביטול הלכת שמש. אוסיף, כי טעם נוסף המצדיק את ביטול ההלכה הוא שיהיה בכך כדי להימנע מיישום הבחנות מורכבות שנקבעו בפסיקה לצורך יישום הלכת שמש (למשל, ההבחנה שאומצה, לעניין הליכים שהוגשו בעילה של מטרד ליחיד, בעניין ג'מיל).

14. עוד אציין, כי במקרה שלפנינו לא התעוררה בעייתיות כלשהי מן הסוג המתואר לעיל בכל הנוגע לקביעת הסמכות העניינית. הטעם הפשוט לכך הוא שבהליך שהגישו המשיבים לבית המשפט המחוזי נתבקש למעשה רק סעד אחד: צו עשה קבוע המורה למערערים להרוס עבודות בנייה שביצעו בגג של הבניין בו מתגוררים בעלי הדין. במילים אחרות, קביעת הסמכות העניינית במקרה שלפנינו אינה נושא מורכב כלל ועיקר. לפי הלכת שמש, הסמכות היא של בית המשפט המחוזי. למן ביטול הלכת שמש, הסמכות תהיה של בית משפט השלום. לפיכך, ניתן לטעון כי ההנמקה שהובאה לעיל, המצדיקה את ביטול הלכת שמש, אינה מספקת לכאורה הסבר משכנע לביטול ההלכה ביחס למצבים בהם מתבקש סעד אחד. תשובתי לטיעון זה הינה, כי משמצאנו שיש לבטל את הלכת שמש מתוך מגמה לצמצם את היקף המקרים בהם מופעלת הלכת "הטפל הולך אחר העיקר", הרי אין מנוס מביטולה הגורף של ההלכה, אפילו בהתייחס למקרים בהם מבוקש רק סעד אחד.

15. אבקש להידרש עתה לנימוקים הנוספים שמנה חברי, המצדיקים לגישתו את ביטול הלכת שמש. ראשית, מסכים אני עם חברי, כי את הלכת שמש יש לקרוא על רקע התקופה בה היא נפסקה (בשנת 1959), שעה שסמכויותיו של בית משפט השלום היו מצומצמות, בניגוד למצב דהיום (עמדה זו הוצגה על ידי עדי אזור ז"ל, במאמרו "שימוש במקרקעין תוך שמירה על גוף הנכס – בית-משפט מחוזי או שלום?" המשפט ג 119 (1996)). עם זאת, איני מסכים עם העמדה שהזכיר חברי לפיה הלכת שמש, מהווה משום "סטייה ממבחן הסעד". בעוד שפסק הדין בעניין שמש ניתן, כאמור, בשנת 1959, פסקי הדין השונים שמזכיר חברי, ככאלה המיישמים את הלכת שמש תוך סטייה ממבחן

הסעד, ניתנו בשנים 1964 ו-1965 (ע"א 524/63 גולדמן נ' אלגרובלי, פ"ד יח(3) 74 (1964); ע"א 294/65 כיכר הרצל נ' גולדברג, פ"ד יט(4) 107 (1965)). אולם, כפי שצוין, מבחן הסעד חודר ואומץ באופן סופי על ידי בית משפט זה בשנת 1977, בפסק הדין בעניין רפאלי. משכך, מתקשה אני לראות כיצד ניתן לומר שפסקי דין שניתנו בשנים 1959-1965, סוטים ממבחן שאומץ סופית על ידי בית משפט זה, מאוחר יותר, בשנת 1977. אוסיף, כי האמירה של חברי, בפסקה 24 לחוות דעתו, לפיה הלכת רפאלי הובילה, מבחינה עיונית, לביטול הלכת שמש, נראית לי מוקשית (גישה דומה לזו של חברי הוצגה בספרות: ראו, יצחק כהן "שימוש במקרקעין" – יישומו המוטעה של מבחן הסעד והשלכותיו" מחקרי משפט כד 533 (2008)). בפסק הדין שניתן בעניין רפאלי לא ניתן למצוא כל אמירה, מפורשת או משתמעת, ממנה ניתן ללמוד על ביטול הלכת שמש (לעמדה דומה ראו, אסף טבקה "סמכות עניינית בתביעות שימוש במקרקעין: המשפט בספרים והמשפט בפעולה" משפט ועסקים יג 323, 351 (2010) (להלן – טבקה)). ודוקו, ביטול הלכות של בית משפט זה אינו מעשה של מה בכך. על מנת שנדע כי בית המשפט העליון בחר לבטל הלכה שנפסקה על ידו בעבר, אמור הדבר לקבל ביטוי ברור, מפורש וחד משמעי בפסק הדין שבגדרו נטען כי בוטלה ההלכה (השוו, דנ"א 4804/02 רביזה נ' גולדמן (19.8.2002)).

16. ועתה לטעם הנוסף המצדיק את ביטולה של הלכת שמש. מבקש אני להדגיש כי אין מדובר בנימוק אחרון מבחינת סדר החשיבות. כוונתי לכך שיש לבטל את הלכת שמש נוכח ריבוי הגישות, היעדר האחידות והבלבול שנוצר עקב פסיקה בלתי אחידה של בתי המשפט המחוזיים ושל בתי משפט השלום. אכן, כיום מצויים בעלי-דין, עורכי דין ואף שופטים, במצב של אי בהירות בנוגע לאופן בו אמורים בתי המשפט ליישם את ההלכה שנקבעה בעניין שמש. יש לקוות כי פסק דיננו ישים לכך קץ. מכל מקום, להשקפתי, חוסר הוודאות אליו מתייחס חברי, אינו תולדה של מה שנקבע בהלכת שמש עצמה. הכלל שנקבע בהלכת שמש הינו כלל פשוט יחסית בכל הנוגע לחלוקת הסמכויות בין ערכאות השיפוט, במיוחד בעקבות אימוצו של מבחן הסעד. במשך תקופה ארוכת שנים, למן קביעת ההלכה, לא התעוררו בפסיקה בעיות מיוחדות ביישומה. ממה נובע, אם כן, המצב של ריבוי הגישות, היעדר האחידות והבלבול אליהם מתייחס חברי בחוות-דעתו?

17. תשובה לשאלה זו ניתן למצוא במאמרו המקיף של טבקה, העוסק, בין היתר, באופן בו התייחסו הערכאות הדיוניות להלכת שמש לאורך השנים. רשימתו של טבקה מתמקדת בהחלטות ובפסקי דין שניתנו בבתי המשפט המחוזיים ובבתי משפט השלום, אשר בחלקם נקבע כי אין ליישם את הלכת שמש. המאמר מתייחס, בנוסף, להחלטה

שנתקבלה בבית המשפט המחוזי בחיפה, בשנת 2003, בה הכריז בית המשפט המחוזי על בטלותה של הלכת שמש (ת"א 348/03 (מחוזי – חיפה) קנדאן נ' לחאם (23.3.2003); וכן ע"א 3405/06 (מחוזי – חיפה) צרפתי נ' אלבו (23.10.2007) (ראו הדעות השונות שם)). עיון במאמר הנזכר מציג לקורא תמונה מטרידה ביותר, בלשון המעטה, בכל הנוגע לאופן בו בחרו חלק משופטי בתי משפט השלום ובתי המשפט המחוזיים לסטות מהלכה שנקבעה על ידי בית המשפט העליון. המאמר מלמד, כמו כן, כי יישום הלכת שמש במקרה נתון הפך לעניין שרירותי. כך, מתואר במאמר מקרה בו החליט בית משפט השלום בתל-אביב-יפו שלא לפעול לפי הלכת שמש, כאשר למחרת היום החליט בית משפט השלום באילת, במקרה אחר, לפעול לפי אותה הלכה (טבקה, בעמ' 342-343). דומה, כי את המקור לתוהו ובוהו הקיים כיום בכל הנוגע ליישומה של הלכת שמש, נוכל למצוא בהחלטות של ערכאות שונות לסטות מהלכת שמש ולא ליישם אותה, וביתר שאת, בהחלטות של בתי משפט שלום ובתי משפט מחוזיים, אשר הכריזו על "ביטול" הלכה מחייבת של בית המשפט העליון.

18. המקרה המיוחד של התעלמות מופגנת מהלכת שמש, ובעיקר פסיקה בניגוד בוטה לה, חייב להוות עבורנו, כשופטים, תמרור אזהרה מפני הסכנות הרבות הטמונות בסטייה של ערכאות אחרות מתקדים מחייב של בית המשפט העליון. סעיף 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה מורה אותנו כי:

"הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון."

כלל התקדים המחייב, הקבוע בסעיף 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה, הוא אחד מעקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית (ראו שמעון שטרית על השפיטה 242 (2004)). הוא נחשב כזה עוד בתקופה שלפני חקיקת חוק-יסוד: השפיטה (ראו והשוו, על"ע 3/73 מאירי נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, תל-אביב-יפו, פ"ד כח(1) 828, 831 (1974); ע"פ 392/80 מדינת ישראל נ' הלוי, פ"ד לה(2) 698, 699 (1981)). בוודאי שהוא נחשב עקרון מחייב למן חקיקת חוק-יסוד: השפיטה. עקרון זה אף הוביל את בית משפט זה לקבוע פעם אחר פעם כי לא בנקל יסטה בית המשפט העליון עצמו מתקדימיו הוא. דומה, כי עלינו לנקוט ריסון רב במיוחד, שעה ששוקלים אנו לבטל הלכה אשר תוחמת ומגדירה את חלוקת הסמכויות בין ערכאות השיפוט השונות. בבסיס גישה זו עומדים, בראש ובראשונה, שיקולים של ודאות ויציבות הדין. כפי שצינתי באחת הפרשות, הרי "בעת ההגדרה של תיחום סמכויותיהם של בתי-משפט יש לשאוף לכללים פשוטים וברורים ככל האפשר על-מנת לצמצם את ההתדיינות בסוגיות של פרוזדור בדרך לטרקלין, היינו הסכסוך גופו" (עניין אלדרמן, בעמ' 534-535; והשוו,

רע"א 3783/13 אי די בי חברה לפתוח בע"מ נ' שמיע, פסקה 12 (5.6.2013)). אכן, כאשר נשקלת האפשרות להפוך תקדים ותיק, מוכר ומושרש, העוסק בכללי הסמכות העניינית, ודומה כי הלכת שמש נמנית עם הלכות כאלה, חובה לבחון האם היתרון שיצמח מכך יהא רב, באופן מובהק, בהשוואה ליתרונות בהותרת המצב הקיים (ראו והשוו, ע"א 5/84 יחזקאל נ' אליהו חברה לבטוח בע"מ, פ"ד מה(3) 374, 384 (1991); ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4), 199, 226 (1999); וראו, אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 247 (2004) (להלן – ברק, שופט בחברה דמוקרטית)).

19. במקרה הנוכחי, כאמור, הגעתי למסקנה כי היתרון הטמון בביטול הלכת שמש, עולה במובהק על היתרון הטמון בשמירה על יציבות הדין הקיים. עם זאת, עדיין נשאלת השאלה האם ערכאה שאינה בית המשפט העליון, רשאית לפעול כאילו הייתה היא בית המשפט העליון, היינו לבטל הלכה שקבע בית המשפט העליון או להתעלם ממנה. התשובה לשאלה זו הינה, כמובן, שלילית. אם נשלים עם מצב בו ערכאות נמוכות מחליטות, ביום בהיר, לבטל הלכה של הערכאה העליונה, תהפוך מערכת המשפט שלנו ל"מערכת שופטים", בה כל שופט עושה כרצונו בלא לראות עצמו מחויב לפעול על פי תקדימים מחייבים (ראו והשוו, ד"נ 23/60 בלן נ' המוציאים לפועל של צוואת ר. ליטווינסקי, פ"ד ט"ו 71, 75-76 (1961)). שופט הסבור כי הלכה של בית המשפט העליון מעוררת בעייתיות, רשאי, כמובן, ליתן לעמדתו ביטוי בפסק הדין או בהחלטה היוצאים תחת ידו. הוא רשאי, ואף מחויב, להסביר ולנמק את עמדתו. עליו לעשות כן בדחילו ורחימו, תוך התחשבות במבנה ההיררכי של מערכת המשפט, ובאופן מכובד ומכבד. ניתן להניח, כי אם קיימת בעיה בהלכה כלשהי שפסק בית המשפט העליון, ייתן בית המשפט העליון את דעתו לכך בעקבות פסיקה של הערכאות האחרות. וזה בדיוק מה שקורה בערעור דנא היום. אך כל עוד לא נעשה כן, על ידי בית המשפט העליון, ברור הוא כי שופטי הערכאות האחרות אינם אמורים לסטות מהלכותיו של בית המשפט העליון (אלא אם נחקק חוק המבטל את אותה הלכה). בוודאי שהם אינם רשאים להכריז על בטלותה של הלכה מחייבת. יפים לעניין זה דבריו של פרופ' אהרן ברק:

"עיגונו של התקדים המחייב בחוק יסוד הוא בעל חשיבות מכרעת. שופט בישראל – למעט שופט של בית המשפט העליון – אינו יכול לומר: 'עליי הוטל התפקיד לפרש את המשפט הישראלי ולפתחו. נאמנתי היא לחוקי היסוד ולערכים שלהם. על כן איני מחויב במה שבית המשפט העליון פסק בעניין זה'. התשובה לשופט זה הנה, בין השאר, כי מחויבותו לחוקי היסוד היא גם מחויבותו לחוק-יסוד: השפיטה, הקובע את חובתו לנהוג על פי הלכות בית המשפט העליון..."

... כל שופט בישראל חייב לנהוג על פי הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון. השופט עשוי לסבור שההלכה מוטעית ובלתי חוקית, שיש לבטלה, שראוי לסטות ממנה. הוא גם עשוי להיות צודק בגישתו זו. אך קצרה ידו מלהושיע. הביטול של ההלכה – אם אינו נעשה בחוק יסוד או בחוק רגיל – יכול להיעשות רק על ידי בית המשפט העליון עצמו" (ברק, שופט בחברה דמוקרטית, בעמ' 240).

20. שופטים רבים שנדרשו לאורך השנים להלכת שמש הטיחו ביקורת בהלכה, אך בצדק לא ראו עצמם חופשיים לסטות ממנה או להכריז על בטלותה (לסקירה ראו טבקה, בעמ' 347-348; כך גם פעל בית המשפט המחוזי בחיפה (כבוד השופט י' כהן) בהחלטה עליה הוגשה בקשת רשות הערעור שלפנינו). שופטים אחרים, כאמור לעיל, בחרו לסטות מהלכת שמש. היו כאלה שאף הכריזו על ביטולה. זאת, הגם שמדובר בהפרה ברורה של ההוראה שבסעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה. הכרעות שיפוטיות כגון אלה, אשר אינן עולות בקנה אחד עם עקרון התקדים המחייב, עלולות לגרור אחריהן תקלות חריפות הצפויות לפגוע, בראש ובראשונה, בציבור המתדיינים. דומה, כי זה מה שארע בכל הנוגע להלכת שמש. הדברים נכונים ביתר שאת, שעה שמדובר בביטול של הלכה דיונית, העוסקת בסמכויותיהן של ערכאות השיפוט. אל לנו להגיע למצב בו ציבור המתדיינים המתדפק על דלתות בתי המשפט, יהיה נתון במצב של חוסר ודאות, בכל הנוגע לזהותה של הדלת אשר דרכה ניתן להיכנס, בשל כך שבית משפט שאינו בית המשפט העליון מתיימר לבטל החלטה שנפסקה בערכאה העליונה. על החשיבות הרבה שיש לייחס ליציבות בתחום סדרי הדין האזרחיים עמד בית משפט זה פעמים רבות. כך, ציין השופט ח' כהן כי "...[בעניינים הנוגעים לסדרי הדין ולסמכויות השיפוט, חייבת ההלכה להיות ולהישאר יציבה ככל האפשר – ובפרט כאשר על פי הפסיקה נוצר נוהג הנהוג הלכה למעשה" (ע"א 527/72 דוידסון נ' אלן, פ"ד כז(2) 20, 23 (1973)). והנשיאה ד' ביניש הוסיפה והדגישה באחד המקרים, כי "לנושא חלוקת הסמכויות בין בתי המשפט נתונה חשיבות רבה בחיי המעשה של הציבור הנזקק לשירותי המערכת השיפוטית, ומן הראוי שישורו בו בהירות וודאות רבות ככל האפשר" (בג"ץ 1375/06 גדרה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 6 (24.10.2006)). ברי, כי אין לייחס כוונה רעה לשופטים אשר הכריזו על הלכת שמש כבטלה, או לשופטים אשר בחרו להתעלם ממנה. מבחינה מהותית רואים אנו, בדיעבד, כי אכן היה מקום לסטות מהלכת שמש. אולם, עוד אנו רואים, כי כאשר ביטול ההלכה, או הסטייה ממנה, נעשים שלא על ידי בית המשפט העליון, עלול להיווצר מצב המוביל להכרעות שרירותיות, תוך יצירת אי ודאות קשה בסוגיה דיונית בסיסית. מי שנפגע מכך, בראש

ובראשונה, הינו ציבור המתדיינים הנזקק לשירותיה של מערכת המשפט, ועל כך יש להצר.

21. אחר דברים אלה ולפני סיום נדרשת הערה בכל הנוגע לאותם מקרים שבהם מתבקשים שני סעדים, אשר על פי טיבם מעוררים צורך, על פי הדין כיום, בפיצול הדיון (אלא אם מחילים את מבחן ה"טפל הולך אחרי העיקר"). ייתכן שפתרון מיטבי למקרים אלה ימצא בהסדרת הסוגיה בחקיקה, על דרך של קביעת ערכאה אחת אשר תהיה מוסמכת לדון בשני הסעדים המבוקשים. באופן זה יצומצמו, או אולי אף ייעלמו כליל, המקרים בהם יידרש בית המשפט להורות על פיצול הדיון, וייחסכו דיונים מסובכים בשאלות של סמכות עניינית. כזכור, מהלך דומה עשה המחוקק לגבי הסמכות העניינית בתביעות בעניין קניין רוחני, עת הסמיך את בית המשפט המחוזי לדון בתביעות בענייני קניין רוחני, אף אם שווי נושאן נמוך מ-2.5 מיליון ש"ח (אשר, במקרים "רגילים", היו מופנות לבית משפט השלום), ובלבד שהתביעה כרוכה בתביעה נוספת בענייני קניין רוחני, המצויה מלכתחילה בסמכותו של בית המשפט המחוזי. קרי, במצב בו מתבקשים שני סעדים בענייני קניין רוחני, האחד בסמכותו של בית המשפט המחוזי (למשל, צו מניעה קבוע כאשר אין שווי לנושא) והאחר בסמכותו של בית משפט השלום (למשל, פיצוי כספי בסכום הנמוך מ-2.5 מיליון ש"ח), מוסמך בית המשפט המחוזי לדון בשני הסעדים. ראוי לשקול החלה של כללים דומים אף על תביעות שאינן בענייני קניין רוחני. עם זאת, יש להיזהר מפני קביעת כללים שיפתחו פתח לניהול הליכים מקדמיים סבוכים בשאלת הסמכות העניינית. במלים אחרות, יש לוודא שחקיקה בנושא לא תיצור אי ודאות מסוג חדש, שתאלץ את בתי המשפט להקדיש משאבים רבים לבירורה של השאלה המקדמית – מיהו בית המשפט בעל הסמכות העניינית.

22. סיכומו של דבר: אכן יש טעם בעמדת חברי כי ביטולה של הלכת שמש מוצדק בהתחשב בחוסר הוודאות והבלבול השוררים כיום, בעת שנבחנת שאלת הסמכות העניינית לדון בתובענות בדבר חזקה או שימוש במקרקעין. אלא שהקשיים שמנה חברי בהקשר זה אינם פועל יוצא של הלכת שמש עצמה, כי אם תוצאה של האופן בו בחרו ערכאות שונות לסטות מהלכה מחייבת של בית המשפט העליון. בצד זאת, וכפי שצינתי לעיל, טעם נוסף המצדיק לטעמי את ביטולה של הלכת שמש הוא השאיפה לצמצם, ככל הניתן, את היקף המקרים בהם ייאלצו בתי המשפט להידרש לדיונים מורכבים וממושכים בסוגיית הסמכות העניינית, תוך יישום המבחן העמום של "הטפל הולך אחרי העיקר". כל זאת, כאשר קביעת הסמכות העניינית אמורה להיות פשוטה, ברורה ונהירה.

אשר על כן, נוכח הטעמים שהובאו לעיל, הנני מצטרף למסקנת חברי, השופט נ' סולברג, כאמור בפסקאות 34 ו-35 לחוות דעתו.

ה נ ש י א

השופט ע' פוגלמן:

אני מצטרף בהסכמה לעמדת חבריי, השופט נ' סולברג והנשיא א' גרוניס, כי בשלה העת לביטול ההלכה שנפסקה בע"א 37/59 שמש נ' מפעל המים כפר סבא, פ"ד יג 834 (1969) (להלן: הלכת שמש). כחבריי, אף אני סבור כי הרציונל שעמד בבסיס חלוקת הסמכויות שנקבעה בהלכת שמש התאים לעת שבה היא נפסקה. מאז הורחבה סמכות השיפוט העניינית של בית משפט השלום, וניכרת – בהיבטים שונים – מגמת המחוקק להגדיל את מסגרת סמכויותיו (כמפורט בפסקאות 15-17 לחוות דעתו של חברי השופט סולברג; וראו בנוסף את הצעת חוק בתי משפט לעניינים מינהליים (תיקון מס' 75) (בתי משפט שלום לעניינים מינהליים, התשע"ב-2011, ה"ח הממשלה 1243 שמציעה להסמיך את בתי משפט השלום לדון בעניינים מינהליים מסוימים). מכאן שהטעמים העומדים בבסיס ההבחנה שאותה עיגנה הלכת שמש אינם תקפים היום. כמו כן, וכפי שמציינים חבריי, הלכת שמש גררה אחריה ריבוי גישות וחוסר אחדות רב, שהפועל היוצא מהם היה אי-ודאות בסוגיה דיונית בסיסית. מאזן השיקולים הכולל מצביע אפוא על כך שאין עוד הצדקה להשאיר הלכה זו על כנה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסקאות 34 ו-35 לפסק דינו של השופט נעם סולברג.

ניתן היום, כ"ה באב התשע"ג (1.8.2013).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א