למהותה של סמכות השיפוט העניינית בבתי המשפט האזרחיים בישראל: מתפיסה של כוח שיפוטי לפרדיגמה של גבולות

מאת

אסף טבקה*

"כזה דינו של זמן עבר:

על פני עֲבָדוֹת-ברזל נטוע הוא כגשר,

אך את בבואתן מרעיד הוא כנהר".[1]

המאמר עוסק באופן שבו נתפסת סמכות השיפוט העניינית בבתי המשפט האזרחיים בישראל, ובדרך שבה מתורגמת תפיסה זו לכלל הבניה מערכתית על אודות שיוכן של תביעות אזרחיות לערכאות בעלות הזכות להכריע בהן. לצורך כך הוא מנתח סמכות זו רעיונית ומושגית, מאפיין את המודלים המכוננים אותה, בוחן את נפקותה המעשית בניתוב הליכים מסוגים מובחנים לפתחן של ערכאות הדיון במערכת בתי המשפט הרגילה ובודק את ההצדקות המבססות את אופן קביעתה בטריבונלים אלה. הטענה המרכזית במאמר היא כי אפיון היסוד של סמכות שיפוט זו הוא מוטעה מעיקרא. הבנה לקויה זו מנביעה בתורה פרקטיקה בעייתית באשר לרכיב הדיוני שקובע את סמכות השיפוט העניינית בבתי המשפט האזרחיים ("מבחן הסעד"), וזו בתורה מנביעה קשיים מהותיים ודיוניים הן במישור התביעה הבודדת והן במישור המערכתי. מכאן גם הערך המוסף שמציע המאמר ותרומתו הפוטנציאלית המסתברת: הוא מאפשר מבט עומק על אודות אופני החשיבה שמנביעים את המשוכות ואבני הנגף שתחום זה משופע בו; הוא מסביר את אופני ההתייחסות המקובלים בפסיקת בית המשפט העליון לסוגיה זו; הוא בוחן, לרבות באופן ביקורתי, את ההצדקות הרעיוניות שעל בסיסן ממשיכה המערכת לנהוג בסמכות השיפוט העניינית בבתי המשפט האזרחיים; והוא מציג תשתית עומק לחשיבה מחודשת על אודות מהותה ועל אפיונה של סמכות שיפוט

* ד"ר אסף טבקה, הפקולטה למשפטים ע"ש שטריקס, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. בעבר שימש היועץ המקצועי-אקדמי של מנהל בתי המשפט בדימוס ושל צוות הרפורמה בסדר הדין האזרחי בהנהלת בתי המשפט, כמו גם חבר הצוות המנסח של טיוטת תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ה–2014. הדעות המובעות במאמר זה הן של המחבר בלבד.

1 נתן אלתרמן "כנרת כנרת" **מחזות** 5 (תשל"ג–1973) בעמ' 12.

זו, כמו גם על ״מבחן מהות הסכסוך״ שנדרש לאמץ כנגזרת שלה. בכך הוא מבקש להציע קריאה לשינוי שיש בה כדי להצביע על כיוון ההתקדמות הרצוי בזירת סמכות השיפוט העניינית, זה הטומן בחובו תיקון צופה פני עתיד.

מבוא. **א. סמכות השיפוט העניינית: דיון תאורטי ומושגי**; 1. סמכות שיפוט: מבוא; 2. סמכות השיפוט העניינית: אפיון מהותי; (א) מודל ראשון: תפיסת הכוח השיפוטי וחסרונותיה; (ב) מודל שני: פרדיגמת גבולות הרשות ויתרונותיה. **ב. סמכות השיפוט העניינית: דיון פוזיטיבי וביקורתי**; 1. מבחן הסעד במשפט הדיוני הישראלי: קווים לדמותו; (א) תמורות בחקיקה; (ב) תמורות בפסיקת בית המשפט העליון; 2. מבחן הסעד במשפט הדיוני הישראלי: בחינה מחודשת; (א) ההצדקות לקיומו של מבחן הסעד; (ב) ביקורת ההצדקות לקיומו של מבחן הסעד. **ג. סמכות השיפוט העניינית: לקראת חשיבה מחודשת**; 1. פרדיגמת הגבולות ומבחן מהות הסכסוך: אתגרים ופתרונות; 2. פרדיגמת הגבולות ומבחן מהות הסכסוך: יתרונות; **סוף דבר**.

מבוא

סמכות השיפוט העניינית (בלטינית: Ratione Materiae, באנגלית: Subject-Matter Jurisdiction) היא סוגיה המבקשת לתחום את השליטה המהותית של הטריבונלים השיפוטיים במדינה. ככזו היא עוסקת בנושאים, בשאלות, בפלוגתאות ובטיב הבעיות, הסוגיות והסעדים שבהן רשאי כל טריבונל במדינה זו לקיים דיון משפטי ולהכריע לגופם של דברים. כדי לעשות כן, מאפיינים כללי הסמכות העניינית את הסכסוכים המגיעים לפתחה של מערכת המשפט, מסווגים אותם באופן מנומק ומשייכים אותם לטריבונלים שנתפסים מתאימים לדון ולפסוק בהם. כללי סמכות אלה יוצרים אפוא מסגרת מוסדית שמסמנת הן את טיבם של הסכסוכים המובאים לדיון משפטי והן את זהות הטריבונלים האמונים על הכרעה בהם.[2]

מאמר זה מבקש לנתח את סמכות השיפוט העניינית בבתי המשפט האזרחיים בישראל תוך הבחנה בין שני מישורי דיון: מישור מהותי-עיוני ומישור יישומי-נורמטיבי. המישור הראשון מתמקד בטיבה המושגי של הסמכות העניינית: מה מכונן אותה כמנגנון מוסדי ייחודי, ומה מקנה לה את תפקידה כזירה לפיצול הפונקציונלי של מערך השיפוט האזרחי. המישור השני בוחן כיצד מהות זו מתגלמת בפועל: מהם המבחנים, הנסיבות וההצדקות הערכיות שעל יסודם נקבעת הסמכות העניינית בתיקים אזרחיים, וכיצד משתקפת בהם

2 בכך שונה סמכות השיפוט העניינית מסמכות השיפוט האישית (Personal Jurisdiction), המתקיימת במדינות המשפט המקובל, שקובעת אם נתבע נדרש לקיים הליך משפטי בטריבונל משפטי נתון שאליו הוגשה התביעה נגדו. להרחבה בעניין אחרון זה ראו: William M. Richman, "Understanding Personal Jurisdiction", 25 *Ariz. St. L.* J. (1993) 599.

התשתית הרעיונית שהמישור הראשון מבקש לברר. שני המישורים שזורים זה בזה ומשלימים זה את זה: הביטויים המעשיים של אופן קביעת הסמכות הם תוצר של תפיסה מובהקת אשר למהותה ולאופייה של סמכות זו, ולכן של האופן שבו היא נדרשת להתקיים בעולם המעשה.

הטענה המרכזית במאמר היא כי אפיון היסוד של סמכות שיפוט זו הוא מוטעה מעיקרא. אפיון זה נשען כיום על מבחן הסעד, שהוא ביטויו היישומי של רעיון שיכונה להלן ״תפיסת הכוח השיפוטי״. טעות זו אינה רק תאוריה מופשטת, אלא היא גם מביאה לתוצאה ממשית שבה הרכיב הדיוני שקובע את סמכות השיפוט יוצר קשיים מהותיים הן בתיקים פרטניים והן במערכת השיפוטית ככלל. לפיכך הניתוח המובא כאן אינו מסתפק בהצגת התשתית התאורטית והביטוי המעשי של סמכות זו. הוא מבקש בד בבד להניח יסודות לחשיבה אשר תתמקד באימוץ אפיון סמכות השיפוט באמצעות רעיון שיכונה להלן ״פרדיגמת גבולות הרשות״, ובביטויה המעשי — ״מבחן מהות הסכסוך״. המאמר מבקש אפוא להציע ניתוח המאפשר בחינה מחודשת, ביקורתית, של האופן שבו נתפסת ומופעלת סמכות השיפוט העניינית וחותר לעיגון חשיבה מחודשת על אודות מהותה ואפיונה של סמכות שיפוט זו במבט צופה פני תיקון עתידי. זו גם הסיבה שבגינה מאמר זה מורכב משלושה חלקים המבקשים לכונן מכלול רעיוני שלם, שתחילתו באפיון ובזיהוי ואחריתו בקריאה לשינוי בשל התשתית העיונית שהונחה בו.

חלקו הראשון של המאמר הוא אונטולוגי במהותו. הוא מבקש לאפיין את סמכות השיפוט העניינית מבחינה רעיונית ומושגית, וכך להבין את מהותה, כמו גם את מיקומה ואת חשיבותה בהליך האזרחי. מכיוון שכך, מתחיל חלק זה בדיון הנוגע להווייתה של סמכות שיפוט ככלל, ובסממנים העיקריים המכוננים את קיומה של סמכות שיפוט זו בשדה המשפט האזרחי. מייד לאחר מכן צולל חלק זה לאפיון מהותי של סמכות השיפוט העניינית. במסגרת זו הוא מבקש לעמת בין שתי תפיסות שונות של מושג זה. יסודו של העימות האמור בהצגת הקשיים המושגיים והרעיוניים שביסוד התפיסה שלפיה סמכות השיפוט העניינית היא בבחינת כוח שיפוטי או יכולת מוסדית הסבה סביב לגיטימיות ציבורית הנתונה לפתחו של בית המשפט. לאור הרעיון האמור מבקש חלק זה לאפיין את ההבנה שלפיה סמכות השיפוט העניינית היא מנגנון סימון ותיחום דיוני המבוסס על מפת גבולות הרָשות, שהיא בתורה מבוססת על זהותו ומהותו הייחודית של כל טריבונל וטריבונל, ולכן גם על גבולות פעילותו.

חלקו השני של המאמר הוא פוזיטיבי בעיקרו. הוא מנתח את אופני קביעתה של סמכות השיפוט העניינית בעניינים אזרחיים שנדונים במערכת בתי המשפט הרגילה. בעיקר הוא עומד על האופנים שבהם הצדיקו פסיקת בית המשפט העליון והספרות העוסקות בסוגיה את החלתו של מבחן הסעד. כפי שיובהר בהמשך, מבחן זה הוא גילום של התפיסה הרואה בסמכות השיפוט העניינית כוח שיפוטי או יכולת מוסדית המונחת לפתחו של בית המשפט. חלק זה ממפה באופן שיטתי את הדרך עד להחלתו של מבחן הסעד כרכיב הדיוני

הבלעדי בפסיקה שחותך את סמכות השיפוט העניינית; מאפיין את הרציונלים העיקריים שלאורם נקבע מבחן זה כאותו רכיב שעל בסיסו יש להכריע לאיזה טריבונל משפטי ינותב ההליך ומנתח, לרבות באופן ביקורתי, את ההצדקות להצבתו של מבחן הסעד כרכיב דיוני חשוב כל כך שיש בו כדי לקבוע היכן יתקיים הליך משפטי בבתי המשפט האזרחיים. בעשותו את כל אלה עומד חלק זה על המאבק הרעיוני שבין מבחן הסעד (שמבטא כאמור את תפיסת הכוח השיפוטי) ובין מבחן מהות הסכסוך או מבחן העילה (שמייצג את פרדיגמת גבולות הרָשות) הן מבחינה מהותית והן מבחינה היסטורית, במסגרת תיאור האופן שבו עומתו שתי תפיסות עולם אלה בפסיקתו ארוכת השנים של בית המשפט העליון שעסק בסוגיה.

חלקו השלישי של המאמר הוא נורמטיבי בטיבו. תכליתו להצביע על הדרך הרצויה באפיון ובקביעה העתידית של סמכות השיפוט העניינית בבתי המשפט האזרחיים, ואף להציע כמה קווי מתאר רעיוניים ומעשיים למימושה. לאפיונו של מצב דברים זה שני נדבכים: הראשון מהותי, ועיקרו אימוץ מבחן מהות הסכסוך (ובד בבד עם דחיית מבחן הסעד) כפקטור לקביעתה של סמכות השיפוט העניינית; השני מבני, ועיקרו המשגת תצורה מערכתית שתהווה תשתית תומכת בהיתכנות מימוש הדברים הלכה למעשה. שני אלה יחד יבקשו להציע ביטוי של תפיסה חדשה וכוללת בדבר עיגון פרדיגמת הגבולות בקביעת סמכות השיפוט העניינית בבתי המשפט האזרחיים. בחלקו האחרון יבקש המאמר לסיים את הדיון, לסכם אותו ולגזור ממנו כמה מסקנות נדרשות לעתיד לבוא.

א. סמכות השיפוט העניינית: דיון תאורטי ומושגי

1. סמכות שיפוט: מבוא

המונח ״סמכות שיפוט״ מתייחס לסוגיה של שליטה שיפוטית באפשרות, בזכות וביכולת להפעיל את הוראות הדין המהותי בסכסוך נתון. הבנה זו פועלת בשני מישורים: במישור הראשון היא מבקשת להגדיר את הרעיונות, הנושאים והסוגיות שבהם רשאי הטריבונל השיפוטי המוסמך לפעול. אלו הם הגבולות שהתווה הדין המהותי עבור טריבונל זה, והם מבטאים את העניינים שבהם הוא רשאי לפסוק. במישור השני עוסק המושג בשאלה מיהו הטריבונל השיפוטי הראוי לדון ולפסוק בסוגיה או בפלוגתה מסוימת. להבדיל מהשאלה הראשונה, שביקשה לבחון את מהות השאלות והסוגיות המצויות במסגרת סמכות השיפוט, שאלה זו אינה מבקשת להגדיר את גבולות הפעולה של הטריבונל המוסמך כי אם את זהותו. מישור דברים זה מאפיין אפוא את הגורם שלו תינתן יכולת השליטה השיפוטית האמורה ואת התחום או האזור המסוים שבמסגרתם היא תינתן. בידיו של גורם זה, או במסגרת תחום או אזור זה, יינתנו הזכות והאפשרות להורות על הדין הקיים, לברר את חבותם של מי מבעלי הדין, ובסופו של דבר ליישם דין זה ולפסוק לאורו.

המושג האנגלי Jurisdiction מבטא רעיון זה באופן מובהק. מקורו בחיבור של שתי מילים לטיניות: Juris (גלגול מאוחר של המילה ius, שמשמעותה ״דין״ או ״זכות משפטית״) ו־dictio (מילה שמבטאת את היכולת לדבר, להצביע על דבר מה או לבטא אותו). חיבור מילים זה אוצר בתוכו הן את המהות של סמכות השיפוט והן את המיהות של המפעיל אותה: הוא מבטא את יכולתו של גורם מוסדי מובחן ״לדבר את החוק״, להצביע עליו, לתת ביטוי מוחשי לדין או לזכות המשפטית שהקנה החוק, לעצבה וליישמה בעולם המציאות.[3]

שיטת המשפט המקובל תופסת כדרך מסורת את סמכות השיפוט כמושג מרכזי וחשוב בהליך האזרחי, וכך זה – כבעל שלושה מאפיינים עיקריים:

ראשית, מדובר בשאלה המובחנת במובהק מהסוגיות המשפטיות גופן, שסביבן סב ההליך המשפטי (Merits). מקורה של הבנה זו בהבחנה שבין יכולתו של המחוקק ליצור חוקים המבססים עילות תביעה בגין התנהגויות מסוימות (המכונה ״כוח מהותי״, Substantive Power) ובין בחירתו לקבוע חוקים המעניקים לטריבונלים השיפוטיים סד סמכות להכריע בסכסוכים אלה (יכולת המכונה ״כוח מבני״, Structural Power).[4] על אף הקרבה בין שני אלה ועל אף העובדה שהכוח המבני הוא שמנביע את יכולתו של בית המשפט להפעיל את הכוח המהותי, ברי כי מבחינה אנליטית יש להבחין ביניהם. שאלת הסמכות בוחנת אם לטריבונל שאליו הוגשה התביעה היכולת לבחון אם זכותו של התובע הופרה, ולכן אם לבדוק אפריורית את מהות התביעה שהגיש תובע זה. לעומת זאת הסוגיות המשפטיות גופן עוסקות בשאלה אם זכותו המהותית של התובע, שהביא את התביעה לפני בית המשפט, אכן הופרה הלכה למעשה.[5]

---

3 להרחבה כללית בעניין האטימולוגיה של המונח ״סמכות שיפוט״ באנגלית, כמו גם לאופן שבו נתפס המונח ומיושם בהקשרים משפטיים שונים, ראו: Hans Smit, "The Terms Jurisdiction and Competence in Comparative Law", 10 *Am. J. Comp. L.* (1961) 164, pp. 164–165; J.C. Wells, *A Treatise on the Jurisdiction of Courts*, Vol. 1 (1880) p. 1.

4 הבחנה זו בין ״כוח מהותי״ ל״כוח מבני״ מקובלת בכתיבה המחקרית העוסקת בשאלת סמכות השיפוט. להרחבה ראו: John Harrison, "Jurisdiction, Congressional Power and Constitutional Remedies", 86 *Geo. L. J.* (1998) 2513; Howard M. Wasserman, "Jurisdiction and Merits", 80 *Wash. L. Rev.* (2005) 643, pp. 673–678; Laura S. Fitzgerald, "Is Jurisdiction Jurisdictional?" 95 *Nw. U. L. Rev.* (2001) 1207, p. 1214.

5 הבנה זו אינה חפה מביקורת. ראו למשל: Evan Tsen Lee, "The Dubious Concept of Jurisdiction", 54 *Hastings L. J.* (2003) 1613. לי סבור כי אין הבדל הכרחי או טבעי בין שאלות של סמכות שיפוט ובין שאלות מהותיות לגופו של סכסוך. לדידו, התפקיד – הן של אלו והן של אלו – מסתכם ביצירת חזקה של לגיטימיות ההכרעה השיפוטית, דבר המסייע להבנתה של החלטה זו כמחייבת ציות. מכיוון ששאלת הסמכות אינה מכילה, לתפיסתו, איכות דיונית ייחודית ומסוימת, הרי שיש לאמץ גישה רציונלית של סמכות השיפוט, של תפקידה ושל נפקותה: מושג זה אינו צריך לשמש עוד להבחנה בינו ובין השאלות המשפטיות גופא, אלא צריך לעסוק בשאלות של מדיניות משפטית, ולסוב סביב היות ההליך הוגן והיות ההכרעה השיפוטית ראויה.

שנית, מדובר בשאלה שנדונה, או שאמורה להידון, בשלביו הראשונים של ההליך, ולמצער לפני הדיון בשאלות המהותיות לגופו של סכסוך.[6] הבנה זו נטועה בשני רציונלים: האחד, בהיות סמכות השיפוט סוגיה יסודית שדיון מוקדם בה מנביע, ולמעשה מאפשר, את ההכרעה השיפוטית גופא, כמו גם את בסיס היכולת לקבלה;[7] השני, הדיון המוקדם וההכרעה המהירה בשאלת סמכות השיפוט עשויים לייעל את ההליך המשפטי, להפוך אותו לענייני ומהיר, לחסוך זמן שיפוטי יקר ולמנוע, או למצער לצמצם, את בזבוז המשאבים הכרוך בביטול הליך שהתנהל בחוסר סמכות ובניהול הליך נוסף, בסמכות, במקומו.[8] בעשורים האחרונים מתווספת לקביעה זו אף ההצדקה הנוגעת לשיקולי יושר, הגינות דיונית ותום לב. בעיקר אמורים הדברים בניסיון לצמצם את יכולתו של נתבע לנהוג באופן אופורטוניסטי ולכפור בסמכותו של בית המשפט לאחר שההליך הסתיים בהפסדו.[9]

---

6 William F. Bailey, *The Law of Jurisdiction* (1899) p. 1 (“The question of jurisdiction must be considered and decided before any court can move one step further in the cause, as any movement is necessarily the exercise of jurisdiction”).

7 *Petters v. Petters*, 560 So. 2d. 722, 723 (Miss. 1990) (“Jurisdiction precedes adjudication. Before a court may say anything worth listening to regarding the (de)merits of a party's claim, that court must have authority to speak. That court has such authority only when the claim is one within the court's subject matter jurisdiction and *after* the court has acquired personal jurisdiction of the parties. If the court is without jurisdiction – subject matter or personal – no one is bound by anything the court may say regarding the (de)merits of the case“).

8 Scott Dodson, “A Critique of Jurisdictionality”, 39 *Rev. Litig.* (2020) 353, p. 354; Scott Dodson, “Mandatory Rules”, 61 *Stan. L. Rev.* (2008) 1, p. 2; Scott Dodson, “The Complexity of Jurisdictional Clarity”, 97 *Va. L. Rev.* (2011) 1, p. 9. בדומה למדינות המשפט המקובל, גם בישראל עמד בית המשפט העליון על הדברים כאשר קבע כי יהיה נכון לקבוע כלל שלפיו שאלת סמכות השיפוט תידון רק בשלבי ההליך הראשוניים, וכי לאחר מכן לא תוכל שאלה זו לעלות שוב לדיון. לפסיקות העוסקות בעניין מנקודת מבט הרואה לנגד עיניה את יעילות ההליך המשפטי, ראו: ע״א 4796/95 **אלעוברה נ׳ אלעוברה**, פ״ד נא(2) 669, בעמ׳ 675 (1997); ע״א 1049/94 **דור אנרגיה נ׳ חמדן**, פ״ד נ(5) 820, בעמ׳ 829 (1997).

9 לפסיקות העוסקות בעניין מנקודת מבט הרואה לנגד עיניה את חוסר תום ליבו של המתדיין המעלה סוגיה זו בשלבי הדיון המאוחרים, ראו: רע״א 11183/02 **כלפה נ׳ זהבי**, פ״ד נח(3) 49, בעמ׳ 51–52 (2004) (להלן: עניין **כלפה**); רע״א 9343/08 **פלוני נ׳ פלונית** פסקה 4 (פורסם בנבו, 2009); בג״ץ 7829/15 **ועד עדת הבבלים בירושלים נ׳ בית הדין הרבני הגדול בירושלים** פסקה 22 (פורסם בנבו, 2019). תקנות סדר הדין האזרחי, התשע״ט–2018 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי החדשות), להבדיל מאלו הוותיקות, אף קובעות מסמרות בעניין מועד העלאת טענת חוסר סמכות. ראו את נוסח תקנה 29 לתקנות אלה: ״בעל דין יעלה טענת חוסר סמכות, תניית שיפוט זר או פורום בלתי נאות בהזדמנות הראשונה לאחר הגשת כתב התביעה; לא העלה בעל דין טענות אלה במועד כאמור, רשאי בית המשפט לפסוק הוצאות לטובת בעל הדין שכנגד או לטובת אוצר המדינה״. לתיאור ההתפתחויות העדכניות בנוגע לסוגיה זו ראו אלון קלמנט, ״חריגה מסמכות עניינית בהליך האזרחי״, **משפט ועסקים** יח (תשע״ה) 467.

שלישית, מדובר בשאלה המכוננת את ההליך המשפטי כמו גם את תוקפה של ההכרעה השיפוטית. כשמדובר בסמכות השיפוט העניינית, המתדיינים אינם יכולים להתנות עליה, אינם רשאים לוותר עליה, ובית המשפט אף רשאי להעלות את העניין ולהכריע בו שלא ביוזמתם (sua sponte).[10] על פי תפיסה זו, הליך משפטי המתקיים ללא סמכות שיפוט הוא בבחינת ״שלא בפני שופט״ (coram non judice), ומכיוון שכך, הוא חסר נפקות משפטית.[11]

עד עתה נאמרו הדברים ברמת הפשטה גבוהה המתייחסת לסמכות השיפוט, על שלל סוגיה, באופן כללי. מהי אפוא משמעותם של הדברים האמורים בכל הנוגע לסמכות השיפוט העניינית? כיצד ראוי לאפיין ולהבין סמכות שיפוט מסוג זה, וכיצד נכון לבטא מהות מובחנת זו הלכה למעשה? שאלות אלה יידונו עתה.

2. סמכות השיפוט העניינית: אפיון מהותי

(א) מודל ראשון: תפיסת הכוח השיפוטי וחסרונותיה

זה שנים רבות שקיימת אסכולה המתייחסת לסמכות השיפוט העניינית ככוח שיפוטי (Judicial Power) שממנו נגזרות יכולותיו המהותיות של הטריבונל המשפטי.[12] ביסוד

10 Scott Dodson, "Jurisdiction and Its Effects", 105 *Geo. L. J.* (2017) 619, pp. 621–623. לדיון בעברית ראו אורי גורן, **סוגיות בסדר דין אזרחי** (כרך א, מהדורה שלוש־עשרה, 2020) בעמ׳ 52 (להלן: גורן).

11 *Perkins v. Proctor* [1768] 95 Eng. Rep. 874, 875 (K.B.) ("Where there is no jurisdiction at all, there is no judge; the proceeding is as nothing"); *Lange v. Benedict*, 73 N.Y. 12, 25 (1878) (same); *Rammage v. Kendall*, 181 S.W. 631, 634 (Ky. 1916) ("When the judge acts illegally without the limits of his jurisdiction, he becomes a trespasser…"); *Hope v. Klapperich*, 28 N.W.2d. 780, 788 (Minn. 1947) ("When a judge acts, he must be clothed with jurisdiction; and acting without this, he is but an individual falsely assuming an authority he does not possess"). חשוב לציין כי ככל שהדברים נוגעים לסכסוכים אזרחיים, הולכת דוקטרינה זו ונחלשת בעשורים האחרונים. תוצאתה הישירה של היחלשות זו באה לידי ביטוי בשיטת המשפט המקובל הן בקושי לכפור בסמכות השיפוט של בית המשפט בשלבי הדיון המאוחרים, כפי שצוין לעיל, והן בהיחלשות המגמה שלפיה פסק דינו של בית משפט מחוסר סמכות שיפוט בטל. להרחבה בכל הנוגע לדין האמריקני ראו Dan B. Dobbs, "Beyond Bootstrap: Foreclosing the Issue of Subject-Matter Jurisdiction Before Final Judgment", 51 *Minn. L. Rev.* (1967) 491. להרחבה בכל הנוגע לדין הישראלי ראו רע״א 8426/20 **הועדה המקומית לתכנון ובנייה אצבע הגליל נ׳ שטרית** פסקה 12 (פורסם בנבו, 2021). עם זאת בישראל ניתן לאפיין חריג למצב דברים זה: כשמדובר בהכרעות שיפוטיות שיש בהן משום הפקעת סמכות עניינית במערכת היחסים שבין מערכת בתי המשפט הרגילה ובין טריבונלים חיצוניים – להבדיל מהכרעות הנוגעות לסכסוכים אזרחיים במערכת בתי המשפט הרגילה – הרי שהכרעה שניתנה בחוסר סמכות עניינית – דינה להתבטל. ראו: עע״ם 349/21 **מדינת ישראל – משרד האוצר – משרד החשב הכללי נ׳ טי אנד אם סער ביטחון בע״מ** (פורסם בנבו, 2022); רע״א 6607/19 **מדינת ישראל – משטרת ישראל נ׳ יעקובוב** (פורסם בנבו, 2020).

12 John D. Works, *Courts and Their Jurisdiction* (1894) p.16; Joseph H. Vance, *Jurisdiction* (1890) pp. 1–2; Horace Hawes, *Jurisdiction of Courts* (1886) pp. 3–4; *Rhode Island v. Massachusetts*, 37 U.S. 657, 718 (1838). בהקשר זה ראוי להעיר כי

תפיסה זו עומדות יכולותיו של המוסד המשפטי. יכולות אלה סבות סביב הכוח של הטריבונל הרלוונטי לא רק לשמוע טענות מסוג מסוים של מתדיינים אלא אף להכריע בשאלות של מדיניות חברתית המשפיעות על החיים, על החירות ועל הרכוש של בני אדם, של חברות ושל רשויות מדינה, וליישבן.[13] כך, אליבא דגישה זו, הגדלת סמכותו של בית המשפט תאפשר לו לקבל כוח נוסף וחדש, תפתח את דלתותיו בפני צדדים נוספים וחדשים ותאפשר לו להטיל את מרותו על מי שעד עתה לא היו נתונים לקביעותיו.[14]

השימוש במונח ״כוח״ כדי לאפיין את סמכות השיפוט העניינית הוא בעייתי. הסיבה לכך פשוטה: מדובר במונח רב משמעויות, שניתן להבינו באופנים שונים, ושיכולתו לאפיין נכונה את מושג הסמכות היא חלקית וחסרה במובהק. **ראשית**, ניתן להבין את המונח ככזה הנשען על כוח פיזי.[15] על פי הבנה זו, סמכות השיפוט היא ביטוי לכוחו הממשי של בית המשפט להוביל לאכיפת החלטותיו על המתדיינים, אם בעזרת פקידי בית המשפט ואם באמצעות גורמים חיצוניים האמונים על אכיפת פסקי דין (מערכת ההוצאה לפועל, שוטרים, סוהרים וכו׳); **שנית**, ניתן להבינו כיכולת או כאפשרות (ability או capacity) לבצע פעולות, לשלוט, לנווט, להשפיע ואף לכפות התנהגויות ותוצאות מסוימות על גורמים הכפופים לסמכות השיפוט.[16] על פי משמעות זו, טיב ההחלטה המהותית הוא תוצר מסתבר של היות הכוח השיפוטי מופעל באופן נכון או ראוי, היינו כזה שמבטא החלטה שיפוטית חוקית, ולכן נכונה ומוצדקת. הכוח השיפוטי – קרי המסוגלות של בית המשפט לפעול, להשית את כוחו ולהטיל את מרותו על המתדיינים לפניו – נתפס כמי שמנביע פעילות ראויה, כזו שניתן למדוד בערכים של אמת ושל

תפיסת סמכות השיפוט ככוח, בשילוב עמידה על הגינות כלפי הנתבע, היא רעיון יסוד אף של עקרון סמכות השיפוט הבין־לאומית בשיטת המשפט המקובל. לעניין זה ראו: Arthur Taylor von Mehren, "Adjudicatory Jurisdiction: General Theories Compared and Evaluated", 63 *B.U. L. Rev*. (1983) 279; Ralf Michaels, "Two Paradigms of Jurisdiction", 27 *Mich. J. Int'l. L.* (2006) 1003.

13 Lightfoot v. Cendant Mortgage Corp., 137 S. Ct. 553, 562 (2017); United States v. Cotton, 535 U.S. 625, 630 (2002); Steel Co. v. Citizens for Better Environment, 523 U.S. 83, 89, 94 (1998); Davis v. Passman, 442 U.S. 228, 239 n. 18 (1979); State v. Pounds, 525 S.W.2d 547, 550 (Tex. Civ. App. 1975); Binderup v. Pathe Exchange, Inc., 263 U.S. 291, 305 (1923); United States v. Arredondo, 31 U.S. 691, 709 (1832).

14 William M. Wiecek, "The Reconstruction of Federal Judicial Power, 1863-1875", 13 *Am. J. Legal Hist*. (1969) 333, p. 333 ("To a Court, jurisdiction is power: power to decide certain types of cases, power to hear the pleas and defenses of different groups of litigants, power to settle policy questions which affect the lives, liberty, or purses of men, corporations, and governments. An increase in a court's jurisdiction allows that court to take on new powers, open its doors to new parties, and command the obedience of men formerly strangers to its writ").

15 *McDonald v. Mabee*, 243 U.S. 90, 91 (1917) ("The foundation of jurisdiction is physical power").

16 ראו שלל ההגדרות המופיעות אצל Lee (לעיל, הערה 5) בעמ׳ 1616.

נאותות; **שלישית,** ניתן להבין את המונח כתנאי אפשרות, הווה אומר כגורם או כאמצעי המנביע את פעולת השפיטה העתידית, ושבלעדיו בית המשפט פועל ללא כוח.[17] על פי הבנה זו, כוחו של בית המשפט ועצם היכולת לפעול בהליך האזרחי תלויים תלות גמורה בשאלת הסמכות, ולכן ללא סמכות שיפוט, דומה בית המשפט למכשיר חשמלי שאינו מחובר לחשמל, או למכונית ללא דלק: הוא נעדר כוח וחסר יכולת לפעול.

הגדרות אלה, על שלל משמעויותיהן, מבהירות את חולשת התאוריה שלפיה סמכות השיפוט העניינית היא כוח. אם נביט במשמעות הראשונה, הרי שסמכות השיפוט אינה נמדדת או נשפטת באמצעות היכולת לכפות פיזית את אכיפת ההחלטה השיפוטית. גם בתי משפט בעלי סמכות שיפוט בלתי מסויגת מתקשים לא אחת לאכוף את החלטותיהם, והדבר אינו אומר שהם חסרי סמכות שיפוט.

דוגמה מובהקת לכך ניתן למצוא בסיפור שאפף את החלטתו הידועה של בית המשפט העליון האמריקאי בעניין Brown v. Board of Education:[18] כידוע, בית המשפט הורה בפסק הדין על ביטול ההפרדה הגזעית בבתי הספר ועל אינטגרציה בחינוך הציבורי האמריקאי. מושל מדינת ארקנסו, שההחלטה לא נשאה חן בעיניו, לא ציית לה, ואף הורה לחיילי המשמר הלאומי לחסום בגופם את כניסת הילדים השחורים לבתי הספר. לבית המשפט לא היה כוח פיזי לאכוף את החלטתו, וזו נאכפה הלכה למעשה רק עם התערבותו של הנשיא אייזנהאור, ששלח לארקנסו חיילים מיחידה צבאית מובחרת כדי לאכוף את החלטת בית המשפט ולאפשר את כניסת התלמידים לבית הספר.

ודוק, בית המשפט לא רכש סמכות שיפוט ברגע אכיפת פסק הדין, ואף לא עם עצם החלטת הנשיא האמריקאי לשלוח חיילים שיגנו בגופם על תלמידי בית הספר. סמכות השיפוט של בית המשפט נקנתה כדין זמן רב לפני כן, כאשר הובא הסכסוך לפניו, והוחלט כי על פי הוראות החוקה האמריקאית, רשאי בית המשפט לדון ולפסוק בו.[19] יוצא אפוא כי כוח פיזי לאכיפת ההחלטה השיפוטית הוא אולי דבר יעיל ורצוי בעולם המעשה, אך בשום אופן הוא אינו מבסס את קיומה של סמכות שיפוט או את היעדרה.[20]

גם המשמעות או ההגדרה השנייה למושג זה היא בעייתית, שהרי סמכות השיפוט אף אינה צריכה להימדד כיכולת או כאפשרות (ability או capacity) לבצע פעולות, להשפיע או לכפות תוצאות מחייבות על מתדיינים. הסיבה לכך פשוטה: יכולת ואפשרות הן מונחים תיאוריים המצביעים על מצב עובדתי של כוח פעולה, אך אין בהם כדי לאפיין את מהותה

17 שם.

18 Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).

19 Lee (לעיל, הערה 5) בעמ׳ 1616–1617.

20 תאוריית סמכות השיפוט ככוח פיזי היא אף חסרת ביסוס בהיסטוריה של המשפט המקובל. הספרות מראה כי גם בעת ביסוסה של סמכות השיפוט בימי הביניים, מעולם לא נדרשה שליטה פיזית על בעלי הדין או אכיפה בפועל של פסק הדין. ראו Albert A. Ehrenzweig, "The Transient Rule of Personal Jurisdiction: The 'Power' Myth and Forum Conveniens", 65 *Yale L. J.* (1956) 289, p. 297.

הייחודית של סמכות שיפוט דווקא. עצם היכולת להטיל תוצאה מחייבת אינה ייחודית לבית המשפט, והיא מאפיינת גופים ורשויות אחרים ואף גורמים שאינם נושאים סמכות שיפוטית כלל, ואשר כוחם לפעול ולהשפיע אינו הופך אותם לבעלי סמכות שיפוט בשל כך בלבד. יתר על כן, היכולת לכפות התנהגות או להשיג תוצאה אינה תנאי הכרחי לקיומה של סמכות שיפוט עניינית, כשם שאי־קיומה בפועל אינו שולל בהכרח את דבר קיומה של סמכות זו במישור המשפטי. יכולת ואפשרות לפעול עשויות להיות תוצאה של קיום סמכות, אך הן אינן מגדירות אותה ואינן מבדילות בינה לבין מופעים אחרים של שליטה, השפעה או כפייה. יוצא כי אין בכוחה של היכולת לכפות הכרעה מחייבת כשלעצמה כדי לשמש מדד אמין ונכון להבנת סמכות השיפוט או לאפיון ייחודה במערכת המשפט.

לבסוף, ואשר למשמעות השלישית המוקנית למושג זה, סמכות השיפוט אף אינה צריכה להיות מובנת כתנאי אפשרות שבלעדיו בית המשפט פועל ללא כוח, משל היה מכשיר חשמלי שלא חובר לרשת החשמל או מכונית ללא דלק. בית המשפט יכול להמשיך ולקיים הליך משפטי ואף לקבל במסגרתו החלטות מחייבות, כשהוא מחוסר סמכות שיפוט. להבדיל מהמכשיר שאינו מחובר לחשמל או מהמכונית חסרת הדלק, שאינם יכולים לפעול בעולם המציאות, הרי שופט ללא סמכות שיפוט לובש את גלימתו, מכה בפטישו, מנהל את הדיון בסכסוך שהונח לפניו, מורה למתדיינים כיצד לפעול ומה לעשות, ובסופו של דבר אף מפרסם החלטה שיפוטית שאינה מחוסרת תוקף מחייב.[21]

יוצא כי התאוריה המבקשת להקביל את סמכות השיפוט העניינית לכוח, על שלל משמעויותיו, אינה מדויקת, ואין בה די כדי להסביר את סמכות שיפוט זו, את מהותה, את ייחודה ואת תפקידה החשוב בהליך האזרחי.

לעיתים ניכר ניסיון לאמץ את תפיסת הכוח תוך כדי הטמעה של נקודת מבט הצופה פני ציות עתידי לפסיקתו של בית המשפט בעל סמכות השיפוט העניינית. אליבא דניסיון זה, היות הסמכות בבחינת כוח שיפוטי מנביעה את היווצרותם של דינים המבקשים לבטא חזקה של לגיטימיות חברתית ותרבותית להחלטות המהותיות שמקבל בית המשפט. הציבור בכלל, והמתדיינים לפני בית המשפט בפרט, ייטו לציית, או לפחות יחשבו שיש לציית, להחלטת בית המשפט, אם זה נתן אותה במסגרת הסמכות שניתנה לו על פי חוק. דיני הסמכות, על פי הבנה זו, הם רכיב חיוני של מה שהופך את בית המשפט למקום שבו מתקבלות הכרעות מחייבות נורמטיבית. הם מכוננים את תפיסת הציבור לעניין פעולתו של בית המשפט, לעניין הלגיטימיות והתקניות של החלטותיו, ולפיכך לעניין הצורך לציית להן.[22] הם המבחינים בין בית המשפט, הרשאי להטיל את מרותו על הציבור, ובין

21 Alex Lees, "The Jurisdictional Label: Use and Misuse", 58 *Stan. L. Rev.* (2006) 1457, p. 1471. בעניין זה ראו לעיל את ה״ש 9 ו־11 המצביעות על מגמה חשובה בפסיקה האמריקאית והישראלית, ובמסגרתה גם פסקי דין שניתנו בחוסר סמכות, מקבלים תוקף משפטי מחייב.

22 Paul Schiff Berman, "The Globalization of Jurisdiction", 151 *U. Pa. L. Rev.* (2002) 311, p. 502 ("Even at the moment that a community daringly invents its own legal

קבוצה של אנשים המורים באופן סתמי לציבור כיצד לפעול. בלעדיהם, הכרעתם של השופטים היושבים בדין אינה לגיטימית ואינה ראויה לציות.[23]

גם הבנה זו של סמכות השיפוט העניינית אינה מדויקת, ולמצער חלקית וחסרה. אומנם בית משפט בעל סמכות שיפוט יוצר הנחה אשר ללגיטימיות ההכרעה השיפוטית (ולכן אף אשר להיותה מחייבת ואשר לצורך החברתי לציית לה) בדיוק כשם שהיעדרה של סמכות שיפוט יוצרת חזקה אשר להיעדר לגיטימיות ההכרעה העתידית (ולכן אף אשר להיותה לא מחייבת ואשר להיעדר הצורך החברתי לציית לה). עם זאת יש לא מעט גורמים, מניעים וסיבות ההופכים את ההחלטה השיפוטית ללגיטימית. סמכות שיפוט עניינית היא רק אחת מהם. ההנחה בדבר לגיטימיות ההכרעה השיפוטית נוכח קיומה של סמכות שיפוט זו יכולה להיסתר או להתברר כשגויה אם פסק הדין מוטעה או מקומם באופן יסודי, אם ההליך המשפטי התנהל בחוסר הגינות, או אם בית המשפט התברר כמוטה או כנגוע בניגוד עניינים. גם היפוכם של הדברים נכון: בית משפט מחוסר סמכות יכול להוציא מתחת ידו החלטה שיפוטית המקבלת לגיטימיות נורמטיבית מובהקת. כך למשל אם אין כל מחלוקת על פסק הדין ועל תוצאתו, אם ההליך נוהל באופן הוגן וראוי, או אם מתברר שהטריבונל השיפוטי היה לא מוטה ופעל באופן מקצועי וללא דופי.[24] יוצא אפוא כי אף שלגיטימיות היא רכיב בפעולתה של סמכות השיפוט, היא אינה האלמנט המאפיין אותה או המגדיר אותה, לפחות לא באופן שלם ומלא.

ניתוח דברים זה מצביע על ממד רעיוני נוסף, סמוי, בתפיסת הכוח. מבין השיטין, ומלבד המשמעויות התיאוריות והמעשיות של מושג הכוח, מבקשת תאוריה זו לשמש גם תשתית נורמטיבית המסבירה את בסיס ההצדקה להפעלת סמכות שיפוטית. לפי תפיסה זו, כוחו של בית המשפט אינו רק אמצעי לאכיפת החלטותיו אלא גם ביטוי למעמדה

---

jurisdiction, it is immediately forced to acknowledge that its invention is limited by the willingness of others to accept the judgment as normatively legitimate").

23 Perry Dane, "Jurisdictionality, Time, and the Legal Imagination", 23 *Hofstra L. Rev.* (1994) 1, pp. 23–24; Lawrence Gene Sager, "Foreword: Constitutional Limitations on Congress' Authority to Regulate the Jurisdiction of the Federal Courts", 95 *Harv. L. Rev.* (1981) 17, p. 22.

24 "Consider Nuremberg. It is 1624–1623 בעמ׳ 5) הערה ,לעיל) Lee והשוו לדיון שמקיים: at best questionable whether the tribunal at Nuremberg had 'jurisdiction' to render the judgments that it rendered. But the need for an international tribunal in that situation, the undoubted justness of the results, and the meticulously fair procedures by which they were rendered, has led virtually everyone to regard Nuremberg as legitimate. Closer to home, suppose that some enterprising young historian were to discover that the Supreme Court in *Brown v. Board of Education* ("*Brown I*") never had jurisdiction because of an improperly filed paper. Neither the Court nor the legal community generally would question the soundness of Brown I as a precedent; it has become too entrenched. The jurisdictional defect would somehow be rationalized away, and rightly so".

הריבוני של המדינה וליכולותיה לכונן יציבות חברתית באמצעות מוסדותיה. הכוח נתפס כמקור שבאמצעותו ניתן להסביר את עליונותה של הסמכות השיפוטית, את יכולתה לחייב מתדיינים ואת מעמדה כנושאת סמכות ציבורית מחייבת. לפיכך התאוריה אינה מבקשת לתאר את אופן פעולת בתי המשפט בלבד, אלא להעמיד טענה ערכית שלפיה עצם הכוח – היכולת לכפות תוצאה או להשליט הכרעה – הוא המנבא והמכונן של הלגיטימיות השיפוטית ושל תוקף מרותם של בתי המשפט בחיי החברה.

אלא שהצדקה נורמטיבית זו אינה עומדת במבחן הביקורת. גם אם הכוח מעניק לבית המשפט יכולת לאכוף הכרעות, אין בו כדי להסביר מדוע הכרעות אלה מחייבות מבחינה נורמטיבית או מדוע יש לציית להן. כוח עשוי לתאר את המציאות המוסדית, אך אינו יכול לשמש בסיס ערכי המבדיל בין סמכות ראויה לבין שליטה כוחנית גרידא. הלגיטימיות השיפוטית נסמכת על שיקולים מהותיים – כדוגמת תקינות ההליך, אי־תלות השופט, מקצועיות, הוגנות ותום לב – ולא על עצם היכולת לכפות תוצאה. בהיעדר קשר הכרחי בין כוח לבין תקינותה או צדקתה של ההכרעה נשללת האפשרות לבסס את סמכות השיפוט על תאוריה המזהה כוח כמקור ללגיטימציה. יוצא כי גם מבחינה נורמטיבית תאוריית הכוח אינה מספקת. אין בכוח לבדו כדי להעמיד את סמכות השיפוט העניינית על אדניה, ולפיכך אין הוא יכול לשמש בסיס הולם להבנת מהותה וייחודה של סמכות שיפוט זו.

מהו אפוא הרכיב או הסממן המובהק שבאמצעותו יהיה אפשר להגדיר ולאפיין את סמכות השיפוט העניינית, את תפקידה ואת משמעותה בהליך האזרחי? באיזה אופן ובאמצעות אילו כלים ניתן להצביע על בסיס מהותה של סמכות שיפוט זו, כמו גם על ייחודה בתפקוד מערכת המשפט? ומהו המנגנון שבעזרתו ניתן לתחום את משמעותם של דיני הסמכות העניינית, כמו גם את תוקפם המשפטי והחברתי?

(ב) מודל שני: פרדיגמת גבולות הרשות ויתרונותיה

הפרדיגמה השנייה, ולתפיסתי הנכונה, להבנת סמכות השיפוט העניינית כמושג נורמטיבי היא הגדרתה במונחים של גבולות הָרשות (Boundaries of Authority). עיקרה של הבנה זו הוא ביצירת תבנית חשיבה המבקשת לסמן את התחום שבו כל טריבונל רשאי לפעול תוך ייחוד ההתנהלות לאותו טריבונל, ולו בלבד, ביחס ובהשוואה לתחום המוקצה לפעולתם של כלל הטריבונלים, המוסדות והרשויות האחרות באותה טריטוריה.

אכן, סמכות שיפוט עניינית אינה יכולה להיות מוגדרת אך באמצעות שורת הפעולות שאותן רשאי או לא רשאי טריבונל נתון לבצע. הגדרה זו לא תהיה שלמה אף באמצעות רשימת הסעדים שאותו טריבונל רשאי או לא רשאי להעניק. סמכות שיפוט, מעצם טבעה, מסרטטת את מרחב הפעלתו של שיקול הדעת של טריבונל שיפוטי נתון אל מול טווח

הפעולות, הנושאים או השטח המוגדר המכוננים את שאר התחומים שעליהם אמונים הטריבונלים האחרים במערכת זו.[25]

ייחוד ובידול זה, המשולב ביצירתם המובהקת של מרחבים מוגדרים ודיכוטומיים של פעולות, הרשאות ואיסורים, הוא המעצב את אופיו של הגוף המשפטי הנתון. הוא משייך את טווח הפעולות, הנושאים וההרשאות הקיימות לאופי זה, וכך מקטלג באופן בינארי, מוצדק ומנומק את זהותו של הרשאי ״לדבר את החוק״. מנגנון זה של בידול והרשאה מבטא את מהותה המובהקת של סמכות השיפוט העניינית: הצורך החברתי והרצון המעשי ליצור גבול שכוחו הרב טמון גם ביכולתו לעצור את הדורש עצירה, אך גם, ואולי בעיקר, ״להיות הדבר שממנו משהו מתחיל את התגלמותו״.[26]

זהותה של סמכות השיפוט העניינית נמדדת אפוא בקביעת פורום במערכת משפט מרובת פורומים. תכליתה לא להצביע על כוחו של טריבונל באופן מבודד או מנותק הקשר, אלא לקבוע שייכות (או אי־שייכות) דיונית-מוסדית במובנה הכללי והרוחבי. היא מבקשת לענות לשאלה לאן יש לייחס כל סכסוך, היינו היכן יש להגיש אותו והיכן עליו להתברר ולהיות מוכרע. למעשה, זהו עיקרון מארגן, כזה שמבקש לייצר כללי שייכות מוסדיים העוסקים במערכת היחסים שמתקיימת, ושאמורה להתקיים, בין הטריבונלים השונים במערכת המשפט.[27]

ככזו סמכות השיפוט העניינית פועלת למעשה בשני מישורי מחשבה ופעולה: באחד היא מקימה את הגדרות שמפרידות בין הפורומים השונים במערכת המשפט המדינתית, ובשני היא מגדירה את מהות השער או השערים שדרכם רשאי כל תיק ותיק במערכת זו להיכנס. תפקידה הוא גם לשייך וגם להבחין, גם לשמש גשר שמאפשר כניסה לטריבונל השיפוטי הנכון וגם להיות גורם מוסדי שתפקידו מתיחת קווי גבול בין טריבונלים שונים אלה. תכליתה לעצב את מערכת היחסים בין הטריבונלים המשפטיים, לארגן את הקטגוריזציה המבנית של הגבולות השיפוטיים, ובכך לסרטט מפה שלמה, קוהרנטית, של שיוך מוסדי עבור כל מקרה ומקרה שמגיע לפתחה של מערכת המשפט.[28]

---

25 זו הסיבה שבגינה המונח Competence מתאר מדויק יותר את תכליתו ואת טיבו של מושג סמכות השיפוט העניינית: הוא מבטא שיוך בין סוגי סכסוך מסוימים ובין סוגים מסוימים של טריבונלים שיפוטיים. ראו: Smit (לעיל, הערה 3) בעמ׳ 167.

26 Martin Heidegger, "Building, Dwelling, Thinking", *Basic Writings: from Being and Time (1927) to The Task of Thinking (1964)* (revised and expanded edition, edited, with general introduction and introduction to each selection, by David Farrell Krell, 1993) 343, p. 356 ("A boundary is not that at which something stops but, as the Greeks recognized, the boundary is that from which something begins its essential unfolding").

27 והשוו: Dodson (לעיל, הערה 10) בעמ׳ 621, 634; Scott Dodson, "Defending Jurisdiction", 59 *Wm. & Mary L. Rev. Online* (2017-2018) 85, pp. 89, 96–97.

28 הגדרת זהות מוסדית ייחודית במונחים אלה אפיינה את סמכות השיפוט העניינית עוד מראשיתה של שיטת המשפט המקובל, ולמעשה עמדה ביסוד כינונה והתפתחותה בשיטת משפט זו. להרחבה ראו: Works (לעיל, הערה 12) בעמ׳ 23–26, 32; Wells (לעיל, הערה

זו אפוא המהות המגדירה את שאלת סמכות השיפוט העניינית כרשת של גבולות: היא מציינת סימון ותיחום של אופני פעולתו של הטריבונל המשפטי הנתון, מבחינה אותו משאר הטריבונלים הקיימים, ובכך מגדירה את זהותו, את מהותו, את ייחודו ואת גבולות פעולתו, כמו גם את אלו של הטריבונלים האחרים שפועלים לצידו.[29]

גבולות ברורים של פעילות הרשות יוצרים שליטה שיפוטית בלעדית של הטריבונל המוסמך. שליטה זו מאפשרת לטריבונל הנתון, ורק לו, את יכולת הפעלת שיקול הדעת הנוגעת לניהול ולהכרעה של המקרה שהונח לפניו. יצירת הגבולות באופן זה היא תוצר של מדיניות חברתית, משפטית ותרבותית. היא מבססת עצמה על הבנה שלפיה טוב לו לאותו טריבונל לעסוק באופן בלעדי בתחום שהוקצה לו, משתי סיבות: ראשית, מפני הצורך ליצור קווי מתאר ברורים שיקטלגו את פעולות הטריבונלים השיפוטיים השונים, יבחינו ביניהם ויאפשרו פעילות שיפוטית סדירה ושוטפת; שנית, מפני ההבנה שלפיה העיסוק הבלעדי בתחום הנתון נכון ומתאים לטריבונל המסוים בשל מקצועיות השופטים המרכיבים אותו, מידת כישוריהם, טיב מומחיותם או בשל מבנה המדינה, זרועותיה וקווי המתאר הפוליטיים המאפיינים אותה.[30] שילוב זה – של תחימת מרחבי שיפוט מוגדרים מצד אחד ושל שליטה שיפוטית מקצועית ומתאימה מהצד האחר – מובילה ליצירת מנגנון שיפוטי שלם, שבו החשיבה על סמכות השיפוט היא מערכתית ולא נקודתית, ולפיכך מקיפה, חכמה ומדויקת יותר.

זהו בסיס ההבדל בין סמכות שיפוט עניינית המבוססת על תבנית חשיבה של כוח או לגיטימציה לבין חשיבה על הדברים במונחים של גבולות. הבנת הסמכות העניינית כתוצר של כוח או כמדד ללגיטימציה של ההכרעה השיפוטית היא בהכרח נקודתית. היא בוחנת אם הטריבונל המסוים שבו עסקינן הוא בעל היכולת להניע את ההליך האזרחי קדימה, או

---

3) בעמ׳ 2–3, 7–9; Vance (לעיל, הערה 12) בעמ׳ 1–6, 13; Bailey (לעיל, הערה 6) בעמ׳ 1–3; Scott Dodson, "Hybridizing Jurisdiction", 99 *Calif. L. Rev.* (2011) 1439, p. 1452 note, "Filling the Void: Judicial Power and Jurisdictional Attacks on Judgments", 87 *Yale L. J.* (1977–1978) 164, pp. 165–171; H. W. Arthurs, "'Without the Law': Courts of Local and Special Jurisdiction in Nineteenth Century England", 3 *J. Leg. Hist.* (1984) 130; Richard T. Ford, "Law's Territory (A History of Jurisdiction)", 97 *Mich. L. Rev.* (1998-1999) 843. לדיון קצר בעברית ראו בג״ץ 8638/03 **אמיר נ׳ בית הדין הרבני הגדול בירושלים**, פ״ד סא(1) 259, בעמ׳ 285–286 (2006).

29 והשוו דוד גורביץ׳ ודן ערב, **אנציקלופדיה של הרעיונות** (2012) בעמ׳ 219: ״המילה גבול מציינת סימון ותיחום של המושא שאליו היא מתייחסת. הגבול מבחין את הגבול האורגני, הפונקציונלי או הטריטוריאלי מסביבתו הקרובה. ההבדל, או החלוקה בין שני גופים, מוגדרים על ידי קו הגבול. גבול הוא קו החוסם ומכיל בתוכו דבר מה, ובה בעת מגדיר את הדבר האחר שמחוץ לו״.

30 דוגמה מובהקת לכך ניתן למצוא במבנה מערכת בתי המשפט בארצות הברית, המבחינה בין בתי המשפט המדינתיים ובין בתי המשפט הפדרליים. חלוקה זו היא תוצר של מבנה המדינה הפדרלית, של ההיסטוריה שבמסגרתה היא התהוותה ושל שיטת המשפט האמריקאית ותבנית החיים הייחודית שהיא יוצרת.

אם ההכרעה השיפוטית בטריבונל זה תיצור חזקה של תקניות התוצאה, ולכן תוביל לסבירות גבוהה יותר של הציות לה. גישה זו בוחנת את כשרותו של הטריבונל השיפוטי המסוים, את ניסיונם המקצועי של השופטים המאכלסים אותו ואת מסוגלותם להתמודד עם הסוגיות המובאות לפתחם. היא אינה בוחנת את זהותה של הערכאה השיפוטית ביחס לשאר הערכאות הקיימות, ואינה מבינה את סמכות השיפוט של הערכאה השיפוטית הנתונה בהקשר של מערכת בתי המשפט כולה.

בשונה מזה, הבנה של סמכות השיפוט העניינית במונחים של גבולות הרשות היא כוללת, תבניתית ושלמה יותר. גבולות מטבעם הם מונח מערכתי. הם מניחים קיום עצמאי ושלם מעברו האחד של הגבול, כמו גם מעברו השני. זו הסיבה שבגינה הבנת סמכות השיפוט העניינית במונחים אלה תחתור הן ליצירת נסיבות ברורות שבהן יוכל הטריבונל השיפוטי להפעיל את שיקול דעתו, והן ליצירת חלוקה מנומקת של הנושאים וסוגי הפלוגתאות שיידונו בערכאות השונות. חלוקה זו מבהירה באילו נסיבות בית המשפט המסוים ראוי יותר ״לדבר את החוק״. אך חשוב לא פחות מכך, היא מעניקה לבתי המשפט השונים זהות ייחודית ועצמאית, מעצבת מערכת יחסי גומלין ביניהם, וכמובן מבהירה את תחום הפעולה של כל אחד ואחד מהם באופן מהותי, מוצדק ומנומק.

משמעותם של הדברים אינה מתועלת אך לצורך הגדרה תאורטית שלמה ומדויקת של יסודות דיני הסמכות העניינית. חשיבותם נובעת מזהותה של סמכות שיפוט זו כמנגנון דיוני האמון על מיון נכון של הפלוגתאות המשפטיות כפלטפורמה להכרעה משפטית ראויה בשאלות גופא. מכיוון שכך, ברי כי באמצעות החשיבה על סמכות השיפוט העניינית במונחים של גבולות הרשות מושגות כמה מטרות: ראשית, גוברים הסיכויים לקטגוריזציה נאותה של התיקים המוגשים לבתי המשפט. סיווג זה לא יהא שרירותי ולא יהיה תלוי בגחמות ובאינטרסים של בעלי הדין, אלא ינבע, באופן מנומק ומוצדק, מנושא התובענה וממהותה; שנית, ובהמשך לכך, גוברים הסיכויים לניהול דיון משפטי נכון ולהגעה להכרעה שיפוטית נכונה יותר מהותית. גם אלו יהיו תוצאה ישירה של הבנת דיני הסמכות באופן מערכתי, כמו גם של התאמת התיקים המגיעים למערכת לכישורי השופטים היושבים בדין ולמידת מומחיותם בנושאים שבהם יפסקו; שלישית, ובעקבות כל אלה, גוברים הסיכויים לייעול פעולתה של מערכת המשפט, לחיסכון בזמן שיפוטי ובכספי המתדיינים וליצירת דיונים משפטיים מהירים, תכליתיים ומדויקים.

יתרה מכך, באמצעות הבנה זו של סמכות השיפוט ניתן להסביר את כללי הבסיס המכוננים את סוגיית סמכות השיפוט, כללים שעל אף היותם יסודות רעיוניים לשאלת דיני הסמכות במשפט המקובל, אינם מקבלים הצדקה מנומקת דייה נוכח הבנת הנושא כנגזרת של כוח או כשאלה של לגיטימיות שיפוטית. עתה, באמצעות הבנת סוגיית הסמכות כנגזרת של גבולות הרשות השיפוטית, ורק באמצעות הבנה זו, ניתן להסביר מדוע היא נתפסת כשאלה מקדמית המכוננת את ההליך המשפטי; מדוע נהוג במשפט המקובל כי לצדדים המתדיינים לא תהא השפעה על קביעת הטריבונל (ומפני מה אינם יכולים להתנות

על סמכותו); ומדוע הכרעה שיפוטית נעדרת סמכות אמורה להוביל, מסורתית, לביטולו של פסק הדין.

עתה, בשל הבנה זו, אף מובהרת חשיבותם של כללים אלה, ובעיקר ברור הצורך לשמור עליהם ולהקפיד על קיומם כמי שמבטאים את רוחה ואת מהותה של סמכות השיפוט: דיני הסמכות העניינית מגינים על אינטרסים מדינתיים ועל עקרונות פוליטיים מן המעלה הראשונה. בראשם עומדים עקרון המשילות והצורך הנובע ממנו שהרשות השיפוטית (״דוברת החוק״) תחולק מוסדית, תופרד ותתפקד באופן יציב ועקיב.

הבנת כזאת של סמכות השיפוט מקציבה ומייעדת מרחב שיפוטי מוגדר שבו רשאי הטריבונל הנתון לקבל את האפשרות להכריע באופן בלעדי. במובן זה משרתת סמכות השיפוט את הפונקציה של עיצובה ושימורה של זהותו המוסדית המובחנת של כל טריבונל וטריבונל במערכת המשפט. מכיוון שכך, ונוכח הדברים, ברי כי יישום קשיח של דיני הסמכות הוא חשוב ומוצדק. כך, ובמסגרתו בלבד, יהיה אפשר להגדיר ולתחום את זהותם ואת גבולותיהם של מוסדות השיפוט השונים, ומכאן אף את שיטת המשפט הנוהגת בכללותה.[31]

מהם הביטויים המעשיים לתפיסות תאורטיות אלה של סמכות השיפוט העניינית? כיצד מקבלת סמכות שיפוט זו ביטוי ממשי בבתי המשפט האזרחיים בישראל? והאם אופן קביעתה עולה בקנה אחד עם האפיון המהותי שהוצג לעיל? בשאלות אלה נעסוק עתה.

ב. סמכות השיפוט העניינית: דיון פוזיטיבי וביקורתי

בשל תצורתה המוסדית מבחינה מערכת המשפט הישראלית כדרך מסורת בין שני סוגים של הליכים אזרחיים. סוג הליך אחד מתנהל במערכת בתי המשפט הרגילה, היינו בבית משפט השלום ובבית המשפט המחוזי, וסוג הליך שני מתנהל במערכת הטריבונלים החיצוניים או המתמחים. לפי המסורת, נבדקת שייכותו של כל סכסוך אזרחי לאחד משני הליכים אלה על פי סדר מובנה. תחילה נבדקת השאלה אם קיימת סמכות שיפוט עניינית לאחד הטריבונלים החיצוניים או המתמחים. רק אם התשובה שלילית, מוקנית סמכות

31 והשוו לדיון שמקיים Lees (לעיל, הערה 21) בעמ׳ 1487–1491. בעניין זה חשוב להבחין בין ההצדקה ליישם את דיני הסמכות הענינית באופן נוקשה ובין היעדר ההצדקה לעשות כן כאשר אין מדובר בדיניה של סמכות שיפוט זו. כאמור, סמכות השיפוט העניינית מבקשת לעצב ולשמר את זהותה המוסדית הייחודית של רשות שיפוטית נתונה ביחס לשאר הרשויות הקיימות. מכיוון שעל כל טריבונל שיפוטי לפעול במסגרת הגבולות שהוקצו לו, ברי כי לא ראוי לפרש וליישם כללים מסוג זה באופן גמיש. לעומת זאת חוקים והוראות שאינם עוסקים בשאלת סמכות השיפוט העניינית מטרתם קידום ושמירה על הגינות, כמו גם סיוע לבעלי הדין המתדיינים לממש את זכותם המהותית. מכיוון שכך, ברי כי כאשר עסקינן בהוראות כאלה, ניתן גם ניתן לאפשר לצדדים את הפעלתם באופן גמיש, ודאי כאשר יש צורך בהתאמת הכללים האמורים למצב העובדתי המשתנה. ראו שם, בעמ׳ 1491–1494.

שיפוט זו לאחד מבתי המשפט האזרחיים שבמערכת הרגילה. מפתיע הדבר שהשייכות המוסדית נקבעת בכל אחד מהמקרים לפי מבחן משלה: במקרה הראשון נבחן ניתוב הסכסוך לטריבונל במערכת החיצונית על פי מהותו של סכסוך זה. במסגרת זו נבחנים עילתה של התביעה המוגשת, זהותם של הצדדים להליך וסוג העניין שבו עוסקת התובענה המיועדת (להלן: ״מבחן מהות הסכסוך״ או ״מבחן העילה״). לעומת זאת במקרה השני אופן קביעת הסמכות הוא הפוך. כאן הוכרע, לאחר עימות פסיקתי ארוך שנים, כי ניתוב הסכסוך האזרחי למערכת בתי המשפט הרגילה יתקיים לפי הסעד שאותו מבקש התובע ביום הגשת התובענה, אך לא לפי מהותה של תביעה זו (להלן: ״מבחן הסעד״).[32]

העימות בין מבחן הסעד ובין מבחן מהות הסכסוך הוא קודם כול רעיוני. מבחן הסעד הוא גילומה המובהק של התפיסה שלפיה סמכות השיפוט העניינית היא ביטוי של כוח שיפוטי: הוא עוסק, מתחילתו ועד סופו, ביכולתו של בית המשפט לפסוק בתביעה העתידית, כלומר במסוגלות שלו להעניק סעד שמובן מלכתחילה כפשוט או כמורכב לדיון ולהכרעה. מבחן זה אינו עוסק, וממילא אינו בודק, את הנושא או את הרעיון המהותי שסביבו סבה התביעה לצורך ההכרעה בשאלת סמכות השיפוט העניינית. תחת זאת הוא מתרכז בשאלת כשרותו של בית המשפט לפסוק בסעדים מסוג מסוים בשל ההנחה שלפיה מסוגלות זו עשויה להעניק להליך ולתוצאתו לגיטימציה אפריורית. יש כאן אפוא מודל חשיבתי שהוא ביטוי מובהק של הבנת סמכות השיפוט העניינית כתוצר או כנגזרת של תפיסת הכוח: הוא בודק מה הטריבונל יכול לבצע, מהן הפעולות שהוא רשאי לנקוט, מה הוא יכול להחליט, ולכן מהי מסגרת הכוח שלו כפי שזו באה לידי ביטוי בסעד שאותו ביקש התובע ביום הגשת התובענה.

בשונה מזה, מבחן מהות הסכסוך (או מבחן העילה) הוא ביטוי מובהק של הרעיון שלפיו סמכות השיפוט העניינית היא ייצוג מערכתי הנובע מפרדיגמת גבולות הרָשות: הוא בוחן את ההתאמה של הטריבונל לדון ולפסוק בסוגיה מסוימת נוכח טיבה הרעיוני של סוגיה זו, ובכך הוא קושר בין אופייה של הערכאה השיפוטית ובין זהותה של התביעה שדורשת ליבון והכרעה. בעשותו כן, מסמן מבחן זה תחומים מהותיים מובחנים המשויכים לסמכותם העניינית של טריבונלים מוגדרים שלא רק מותאמים לדון ולפסוק בעניינים אלה, אלא גם נבדלים מהותית מאותם הטריבונלים שאינם מתאימים לעשות כן.

32 הנחת המוצא שביסוד הבחנה זו היא כי תובענות שמיועדות לדיון במערכת הטריבונלים החיצוניים דורשות מומחיות או כישורים מובחנים לסוג העניינים שסביבן הן סבות (ענייני עבודה או משפחה, למשל). לעומת זאת, כך הנחת המוצא, סכסוכים אזרחיים שאינם כאלה אינם דורשים ידע שיפוטי מובחן ומוקדם כאמור. לפיכך אך הגיוני לכאורה כי סמכות השיפוט העניינית של הטריבונלים החיצוניים תיבחן לפי עילת התובענה, ואילו סמכותם של בתי המשפט במערכת הרגילה תיבדק לפי הסעד המבוקש בתובענה זו. להרחבה בעניין הבחנה זו בין שתי מערכות הטריבונלים, ככל שהדברים נוגעים לשאלת סמכות השיפוט העניינית, ראו ישכר רוזן־צבי, **ההליך האזרחי** (2015) בעמ׳ 295–296 (להלן: רוזן־צבי).

כך מאפשר מבחן זה את מימוש החזון של סמכות השיפוט העניינית: יצירת מרחב שיפוטי שלם שמאופיין בייעוד מוגדר של כל טריבונל לפעול במרחב זה על פי זהותו ואופיו.

כפי שנראה בהמשכם של הדברים, זה עשורים שמבחן הסעד שולט שליטה ללא מצרים בבתי המשפט האזרחיים. לאור האמור וכדי לכונן הבנת עומק של סמכות השיפוט העניינית בבתי משפט אלה, יש להידרש לניתוח שיטתי של מבחן זה. הניתוח יתקיים להלן בכמה מישורים: הוא יחל במקורות הנורמטיביים שהובילו לכינונו של מבחן הסעד; הוא ימשיך בעמידה על מהותו של מבחן זה, קודם כול כרכיב הדיוני שקובע את סמכות השיפוט העניינית בבתי המשפט האזרחיים בישראל ובהמשך לכך כרעיון עקרוני; והוא יסתיים בבחינה מחודשת, ביקורתית, של הרציונלים המכוננים אותו מהותית כרכיב שעל בסיסו מוקמת סמכות שיפוט זו. בדרך האמורה יהיה אפשר לעמוד על טיבו, להכיר את הבעיות הגלומות בו, ואף להתחיל ולחשוב עליו ועל החלופות לו באופן אחר, כזה שיטייב את דרך קביעתה של סמכות השיפוט העניינית בבתי המשפט האזרחיים.

1. מבחן הסעד במשפט הדיוני הישראלי: קווים לדמותו

(א) תמורות בחקיקה

סמכות שיפוט עניינית נקבעת, ככלל, בחקיקה ראשית.[33] עיקרון זה מוחל הן כשעסקינן בהליכים אזרחיים המתנהלים במערכת בתי המשפט הרגילה והן כשמדובר בהליכים אזרחיים המתקיימים במערכת הטריבונלים החיצוניים או המתמחים.[34] כשמדובר בבתי המשפט המרכיבים את המערכת הרגילה, בתי משפט השלום ובתי המשפט המחוזיים, קבועה סמכות השיפוט העניינית בחוק בתי המשפט.[35]

קריאה בחוק בתי המשפט אינה מעלה קביעה או כוונה מובהקת הנוגעת לאופן שבו ביקש המחוקק לתחום את סמכות השיפוט העניינית בין בתי משפט השלום ובתי המשפט המחוזיים. החוק קובע כי בית משפט השלום מוסמך לדון ולפסוק ב״תביעות״ כספיות

33 להרחבה על סיבת הדברים ראו את בג״ץ 7067/07 **חיים נתנאל בע״מ נ׳ שר המשפטים**, פסקה 25 (פורסם בנבו, 2007) (״הסמכות הענינית יורדת לשורש פעולתם של בתי־המשפט. השפעתה על תפקוד המערכת, על תוצריה ועל השירות שבכוחה לספק לאזרח היא מכרעת. על התווית גבולותיה להיעשות אפוא בכובד ראש. יש לבחון מבעוד מועד את השלכותיה האפשריות במגוון היבטים. חייב להקדימה דיון וברור מקיף של כלל האינטרסים המעורבים. אין היא ענין להותירו לחקיקת משנה. רצוי, כי כלליה ייקבעו למצער בחקיקה ראשית של הכנסת, שמטבעה מלווה בעיון ובחינה מקיפים״) (להלן: עניין **נתנאל**).

34 כך, כדוגמאות מייצגות, סמכותו העניינית של בית המשפט לענייני משפחה קבועה בחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ״ה–1995, ס״ח 393; סמכותו העניינית של בית הדין לעבודה קבועה בחוק בית הדין לעבודה, התשכ״ט–1969, ס״ח 70; סמכותו של בית הדין הרבני קבועה בחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי״ג–1953, ס״ח 165.

35 סמכותו העניינית של בית משפט השלום קבועה בסעיף 51 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ״ד–1984, ס״ח 198 (להלן: חוק בתי המשפט), וסמכותו העניינית של בית המשפט המחוזי קבועה בסעיף 40 לחוק זה.

שסכומן או ששוויין אינו עולה על 2.5 מיליון ₪ ביום הגשת התביעה,[36] כמו גם ב״תביעות בדבר חזקה או שימוש במקרקעין או בדבר חלוקתם או חלוקת השימוש בהם״,[37] אבל בשום דרך הוא אינו מסביר אם ״תביעות״ אלה יוגשו לפתחו של בית המשפט המוסמך לפי מהות הסכסוך שביסוד העילה המכוננת אותם (ולכן באופן שעולה בקנה אחד עם פרדיגמת הגבולות) או לפי הסעד שנדרש בגינן (היינו באופן שמגלם את תפיסת הכוח). בדומה לזה נותרים הדברים עמומים ופתוחים לפרשנות כשמדובר בסמכותו העניינית של בית המשפט המחוזי. בית משפט זה, קובע החוק, מוסמך לדון ולפסוק בכל ״עניין״ אזרחי שאיננו בסמכותו של בית משפט השלום.[38] מהו בדיוק המבחן לקביעתו של ״עניין״ זה, וכיצד יש לתחום את סמכותם העניינית של בתי משפט השלום והמחוזי לאורו? את זה לא פירש המחוקק.

גם עיון בגלגוליו הקודמים של חוק בתי המשפט אינו מעניק תשובה חד־משמעית לקושי האמור אף שיש בו כדי להצביע על נטייה קלה שייתכן שמנשבת לה מבין דפי ההיסטוריה. חוק בתי המשפט הישן, גלגולו הקודם של חוק בתי המשפט הנוכחי, נוקט לשון זהה לזו של החוק החל כיום.[39] עם זאת פקודת שיפוט בתי משפט השלום – גלגולו הקודם של חוק בתי המשפט הישן – נוקטת לשון שניתן אולי להבין ככזו שיש בצידה כוונה ברורה יחסית.[40] לפי פקודה זו, בתי משפט השלום מוסמכים לדון ולפסוק ב״תביעות משפטיות הנוגעות בנכסי דלא ניידי״[41] ובתביעות ״שבהן אין שויו של נושא התביעה או סכום הפיצויים הנתבעים עולים על מאתיים וחמישים פונט״.[42] היות התביעות ״נוגעות״ בנכסי מקרקעין עשוי להישמע כמו נוסח שמבקש לעסוק במהות התביעה, היינו בנושא או בליבת הפלוגתה שסביבה היא סבה. לכן ניתן לסבור כי ניסוח זה נוטה מעט יותר לכיוון מבחן העילה ופחות לכיוון מבחן הסעד. לעומת זאת תביעות ש״סכום הפיצויים הנתבעים״ בהן אינו עולה על שווי מסוים נשמע כמו ניסוח שנוטה יותר לכיוון מבחן הסעד, היינו כזה שמתרכז בדבר שאותו מבקש התובע מבית המשפט ולא בעובדות המקרה או בנסיבותיו. עם זאת ועל אף ניחוח הדברים העולה מן הכתוב, נראה כי אין באמור כאן יותר מאותו הד עמום שהוא בבחינת פרשנות בלבד, ומכל מקום אין כאן אמירה מפורשת של דבר החקיקה בהווה או בעבר.

---

36 סעיף 51(א)(2) לחוק בתי המשפט.
37 סעיף 51(א)(3) לחוק בתי המשפט.
38 סעיף 40(1) לחוק בתי המשפט.
39 סעיף 18(1) לחוק בתי המשפט, התשי״ז–1957, ס״ח 148 (להלן: חוק בתי המשפט הישן) נוקט לשון ״עניין״ כשמדובר בסמכותו העניינית של בית המשפט המחוזי, וסעיף 28(2)-(3) לחוק זה נוקט לשון ״תביעות״ כשמדובר בסמכותו העניינית של בית משפט השלום. גם עיון בהצעת חוק בתי המשפט הישן אינו מגלה כל כוונה ברורה לחידה זו. ראו הצעת חוק בתי המשפט, התשט״ו–1955, ה״ח 64.
40 פקודת שיפוט בתי משפט השלום, ע״ר תוס׳ 1, 224 (להלן: פקודת השיפוט).
41 סעיף 3(1)(ב) לפקודת השיפוט.
42 סעיף 3(1)(ה) לפקודת השיפוט.

אף נבירה בדברי הכנסת לפני ההצבעה בשלוש הקריאות על נוסחו של חוק בתי המשפט הישן אינה מעלה אמירה מפורשת או משתמעת כזו.[43] חברי וחברות הכנסת ליבנו בדיוניהם עשרות נושאים שונים הנוגעים למבנהו של החוק, לתוכנו ולהשפעתו העתידית המסתברת על בעלי הדין ועל מערכת בתי המשפט. עם זאת גם קריאה מעמיקה בכל הפרוטוקולים של כל הדיונים שקיימה הכנסת בסוגיה זו לא העלתה ולו אמירה אחת הנוגעת לרצון, לצורך או לכוונה לבכר מבחן דיוני אחד לקביעת סמכות השיפוט העניינית על משנהו.[44]

גם פנייה לחקיקת המשנה אינה מעלה אמירה ברורה הנוגעת להכרעה בענייננו, אף אם, שוב, נראית נטייה קלה לכיוון העדפה אפשרית של אופן קביעת סמכות השיפוט העניינית. תקנות סדר הדין האזרחי, הן הוותיקות והן החדשות, קובעות כי תובע נדרש לפרט בכתב תביעתו את עובדות המקרה שסביבו סבה התביעה. נוסח התקנה הרלוונטית מקיים קשר הדוק בין עובדות אלה ובין סמכות השיפוט העניינית של בית המשפט שאליו הוגשה תביעה זו. כך, תקנות סדר הדין האזרחי הוותיקות הורו לתובע לציין את ״העובדות המראות שבית המשפט מוסמך לדון בתובענה״.[45] ה״עובדות״, קובעת התקנה מפורשות, שמעידות על סמכות השיפוט. נוסח זה מעלה אפשרות סבירה שלפיה הכוונה שביסוד הדברים היא כי סמכות שיפוט זו נגזרת, או צריכה להיגזר, ממהות הסכסוך שבין הצדדים ולא מהאופן שבו ניסח התובע את בקשתו לסעד. הסיבה לכך פשוטה: עילת התביעה היא מכלול נסיבתי של עובדות שאירעו בעבר, בשונה מהסעד, שהוא רכיב דיוני נורמטיבי

43 חוק בתי המשפט הנוכחי הוא נוסח משולב שאיגד את חוק בתי המשפט הישן, חוק השופטים, התשי״ג–1953, ס״ח 149; חוק שיפוט בתביעות קטנות, התשל״ו–1976, ס״ח 247 ופקודת הרשמים [נוסח חדש], התשל״א–1971. ככזה אין בנמצא פרוטוקולים מדיוני הכנסת הנוגעים לחקיקתו אלא אך החלטה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בדבר הנוסח המשולב. ראו הודעה בדבר נוסח משולב, ס״ח 1123, עמ׳ 195 (31.8.1984). בשונה מזה, חוק בתי המשפט הישן חוקק על פי המסורת כחוק לכל דבר ועניין, וככזה לא רק עבר את כל הליכי החקיקה המקובלים אלא נדון בישיבות הכנסת באופן מעמיק ומתמשך.

44 דיוני הכנסת עובר לקריאה הראשונה על החוק התקיימו בישיבות העשרים וארבע, העשרים וחמש והעשרים ושבע של הכנסת השלישית. ראו: ד״כ 15.11.1955, 316–323, 326–335; ד״כ 22.11.1955, 354–359. דיוני הכנסת עובר לקריאות השנייה והשלישית של החוק התקיימו בישיבות השלוש מאות ושלוש, השלוש מאות עשרים ותשע, השלוש מאות שלושים ושתיים והשלוש מאות שלושים ושלוש של הכנסת השלישית. ראו: ד״כ 10.6.1957, 2099–2106; ד״כ 17.7.1957, 2436–2445; ד״כ 23.7.1957, 2488–2508. התיעוד היחיד הנוגע לסוגיה שבה עסקינן מצוי בהסתייגות לנוסח החוק שהעלה חבר הכנסת יצחק הררי מהמפלגה הפרוגרסיבית עובר לקריאה השנייה על החוק. ח״כ הררי טען בדבריו כי ראוי להעמיד את סמכותו העניינית של בית המשפט לפי ״סכום נושא התביעה״ בכל המקרים, ולאיין את ההבחנה הנוגעת למקרקעין. הסתייגות זו נדחתה ולא עוגנה בנוסחו המקורי של החוק (והלכה למעשה לא עוגנה באופן שהוצע על ידו עד היום). ראו ד״כ 23.7.1953, 2488–2489.

45 תקנה 9(6) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ״ד–1984, ק״ת 422 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי הוותיקות).

הנוגע לדרישה משפטית שאינה עובדתית והיא צופת פני עתיד.[46] נוסח זה מבכר אפוא קשר סיבתי ישיר בין המסכת הנסיבתית שהובילה ליצירת הפלוגתה ובין קטלוגה המשפטי במונחים של סמכות השיפוט, במובן זה שעובדות המקרה מנביעות סמכות זו ולא רכיב דיוני אחר כדוגמת הסעד.[47] נוסחה של התקנה החדשה הנוגעת לעניין זה מטה את הכף לכיוון זה במידה רבה מאוד. על פי הוראה זו, על התובע לפרט בכתב תביעתו את ״העובדות המקנות סמכות לבית המשפט״.[48] ודוק, על פי נוסחם של הדברים, העובדות, היינו עילת התביעה ונסיבותיה, הן לדעת מחוקק המשנה הרכיב שמקנה לבית המשפט את הסמכות לדון ולפסוק בתביעה. לא הסעד שנתבקש בסופו של דבר כי אם העובדות שמכוננות את תחילתה של הדרך. פרשנות זו מקבלת משנה תוקף נוכח מילותיה המפורשות של תקנת ההגדרות בתקנות הדיון החדשות, לאמור כי יש להבין את המונח ״עילה״ כ״מסכת העובדות הנדרשות כדי לזכות את התובע בקבלת הסעד שהוא מבקש״.[49]

אלא שגם דברים אלה הם בבחינת פרשנות ותו לא. בשל היותן חקיקה משנית, תקנות סדר הדין האזרחי, הוותיקות והחדשות, אינן עוסקות בעיגון סוגיית סמכות השיפוט העניינית, וממילא אינן קובעות מסמרות בנוגע למבחן הנוגע לקביעת סמכות שיפוט זו בבית משפט השלום או בבית המשפט המחוזי. גם לגופו של עניין, ובשל היעדר המאפיין החד־משמעי שבניסוח הדברים, ניתנים נוסחים אלה לפירוש סביר שלאורו העובדות המצביעות על סמכותו העניינית של בית המשפט הן הסעדים שאותם מבקש התובע בתביעתו, ולא העובדות שמכוננות את הגעתו לבית המשפט.

נותרנו אפוא ללא תשובה ברורה אשר לכוונתו של המחוקק, הראשי והמשני, בנוגע לזהות הרכיב הדיוני שיקבע את גורל סמכות השיפוט העניינית, וממילא בנוגע לתפיסה הרעיונית שמנביעה רכיב דיוני זה. מטבע הדברים הונחה השאלה שביסוד חסר זה לפתחו של בית המשפט העליון. בית משפט זה עסק בה לאורך עשורים, למן שנות פעילותו הראשונות. כפי שנראה מייד, הוא אף הכריע בה באופן חד־משמעי, בבכרו את תפיסת הכוח המגולמת במבחן הסעד, לא לפני שנתקיים בו עימות בן כמה עשורים בין שני מחנות

---

46 הבסיס הרעיוני של הדברים נוגע לעובדה שלפיה הפסיקה הישראלית, עוד מראשיתה, הגדירה את עילת התביעה בהקשר הנוכחי כמכלול העובדות שבהתקיימותן הן מקנות לתובע את הסעד שאותו ביקש בכתב תביעתו. ראו לעניין זה את פסק הדין הקלאסי בע״א 109/49 **חברה להנדסה ותעשייה בע״מ נ׳ מזרח שירות לביטוח**, פ״ד ה 1585, בעמ׳ 1591 (1951). להרחבה ראו: ע״א 2113/10 **בן דוד נ׳ בנק דיסקונט לישראל בע״מ**, פסקה 7 (פורסם בנבו, 2012) (״עילת התביעה היא כלל העובדות אשר בהתקיימן זכאי התובע לסעד״); ע״א 2462/97 **הפועלים ליסינג בע״מ נ׳ טיפול שורש, ניהול ושירותים למרפאות שיניים (ישראל מספר 1) בע״מ**, פ״ד נד(1) 529, בעמ׳ 541 (2000) (״עילת התביעה׳ היא מסכת העובדות המהותיות המזכות את התובע בקיום החיוב של הנתבע״).

47 לגישה התומכת בעמדה זו ראו ע״א (מחוזי ת״א) 729/79 **עזבון המנוח יעקב לאלו נ׳ גלמונד**, פ״מ תשמ״א(1) 441, בעמ׳ 454 (1979).

48 תקנה 11(4) לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות.

49 תקנה 6 לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות.

– אחד שביקש לבכר את מבחן מהות הסכסוך ולהבדיל בין בתי משפט השלום והמחוזי לפי עילת התביעה; ושני שהצליח לכונן את שאלת סמכות השיפוט העניינית כנגזרת מובהקת של הסעד שאותו מבקש התובע בתביעתו.

(ב) תמורות בפסיקתו של בית המשפט העליון

מעיון בפסיקה ובספרות העוסקות בסמכות השיפוט העניינית בבתי המשפט האזרחיים בעשורים האחרונים ניתן לשער כי הכרעה בסוגיה זו לפי הסעד שאותו מבקש התובע היא בבחינת רעיון יסוד, עיקרון שבית המשפט העליון הנחיל ועיגן מימים ימימה. אלא שלאמיתו של דבר, לא תמיד הוחל בבתי המשפט האזרחיים בישראל מבחן הסעד. למעשה, עד שנת 1977 הורה בית המשפט העליון על החלה לסירוגין של מבחן הסעד ושל מבחן העילה, ללא דפוס הגיוני סדור, שיטתי ונראה לעין. להבדיל מהנטען בעבר, יישום תנודתי זה לא נעשה בהיסח הדעת או כטעות חד־פעמית, דו־פעמית או תלת־פעמית, אלא באופן מכוון ומודע, כחלק מאי־הסכמה עקרונית על דמותה של סמכות השיפוט העניינית.[50] מחלוקת זו יצרה מגמה שיפוטית שנמשכה שלושה עשורים, ושאופיינה בדיבור בשני קולות סותרים. הלכה למעשה דובר בתחרות רעיונית שבבסיסה שני קווים מקבילים אשר לעיצובו וליישומו של אופן קביעת סמכות השיפוט העניינית. כפי שנראה מייד, מאבק זה הוכרע בשלהי שנות השבעים ובתחילת שנות השמונים של המאה הקודמת, שאז התקבע מבחן הסעד כגורם הדיוני הבלעדי לקביעת סמכות השיפוט העניינית בצלמה ובדמותה של תפיסת הכוח השיפוטי.

תחילת הדברים בעשור הראשון לקיום המדינה, הוא שנות החמישים של המאה הקודמת. שבעה פסקי דין נתן בית המשפט העליון בתקופה זו בעניין אופן קביעתה של סמכות השיפוט העניינית. כל אחד מהם נטוע בתפיסה רעיונית מובחנת אשר לדרך קביעתה של סמכות שיפוט זו. שלוש החלטות מתוך שבע אלה מבקשות לעצב את סמכות השיפוט העניינית כנגזרת של הסעד המבוקש בתביעה האזרחית המונחת לפני בית המשפט,[51] ואילו ארבע החלטות מתוך השבע מבקשות לכונן סמכות זו כמי שנובעת ממהות הסכסוך שסביבו סב ההליך, היינו מעילת התביעה שהוגשה לפתח הכרעתו של בית המשפט.[52] עיון בהחלטות אלה מצביע אפוא על היעדרה של הסכמה עקרונית בין שתי

50 להרחבה על הטיעון בדבר החלת מבחן הסעד כטעות שבוצעה בהיסח הדעת במסגרת מספר מצומצם ומקרי של פסקי דין ראו יצחק כהן, ״שימוש במקרקעין׳ – יישומו המוטעה של מבחן הסעד והשלכותיו״, **מחקרי משפט** כד (תשס״ח-תשס״ט) 533 (להלן: כהן, מבחן הסעד).

51 מדובר בע״א 18/55 **אטור נ׳ גולדנברג**, פ״ד ט 946 (1955) (להלן: עניין **אטור**); בע״א 29/58 **לוי נ׳ עקריש**, פ״ד יב 1457 (1958) (להלן: עניין **לוי**); ובע״א 145/58 **קלקודה נ׳ ״אגד״ (א.ש.ד.) אגודה שיתופית לתחבורה בע״מ**, פ״ד יג 260 (1959) (להלן: עניין **קלקודה**).

52 מדובר בע״א 34/56 **מילוא, מועדון סופרים ואמנים נ׳ סיני**, פ״ד י 1538 (1956); בע״א 49/58 **היועץ המשפטי לממשלה נ׳ גורנשטיין**, פ״ד יג 198 (1959); בע״א 37/59 **שמש נ׳ מפעל המים כפר סבא**, פ״ד יג 834 (1959) (להלן: עניין **שמש**); ובבג״צ 63/59 **אלידין נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד יג 1165 (1959) (להלן: עניין **אלידין**).

אסכולות חשיבה: האחת מבכרת את תפיסת הכוח כרכיב הרעיוני המרכזי שחותך את סמכות השיפוט העניינית,[53] והשנייה מעדיפה את פרדיגמת הגבולות כחזון המסדר את שאלת הסמכות הזו.[54]

דפוס דברים דומה המשיך להתקיים בפסיקתו של בית המשפט העליון גם בעשור שלאחר מכן, אף אם בהיקף מצומצם יותר. בשנות השישים של המאה הקודמת נתן בית המשפט העליון שני פסקי דין עקרוניים בעניין דרך קביעתה של סמכות השיפוט העניינית. כל אחד מפסקי דין אלה מבטא, באופן סימבולי כמעט, את שני האופנים המתנגשים לקביעתה של סמכות זו. לצורך בחינת הסמכות בפסק הדין הראשון שעסק בסוגיה[55] החיל בית המשפט את מבחן העילה, כשהוא מתמקד במהות הסכסוך כגורם המכונן את סמכות בית המשפט. לעומת זאת בפסק הדין השני[56] פעל בית המשפט בדרך הפוכה, ולצורך קביעת סמכות השיפוט העניינית בדק את הסעד שנתבקש בכתב התביעה כרכיב היחיד לקביעת סמכות זו, תהא העילה המנביעה אותו אשר תהא.[57]

הרי לנו שוב תמציתה של השאלה העקרונית שעלתה עשור לפני כן: מה יהיה הרכיב הדיוני שיש בו כדי לקבוע את סמכותו העניינית של בית המשפט – הסעד המבוקש או עילת התביעה? ובעיקר מהו היסוד הרעיוני שעל בסיסו מתאפשר דיון זה – האם שאלת הסמכות נובעת מכוחו השיפוטי ומיכולתו של הטריבונל שעתיד להכריע בסכסוך, או שהוא נגזרת של שייכות מוסדית מובחנת שמנביעה פרדיגמת גבולות הרָשות? דיון זה יימשך, ביתר שאת, ואף יגיע אל קיצו, בעשור שלאחר מכן.

בעשור זה, שנות השבעים של המאה הקודמת, יכריע בית המשפט העליון עקרונית בסוגיה וישים קץ ליישום הפסיקתי התנודתי שתואר לעיל. עד לנקודת זמן זו הוא עסק בעניין במסגרת חמישה פסקי דין: בשלושה ביכר את מבחן הסעד ואת תפיסת הכוח

---

53 מכיוון שכך, כל שלושת פסקי הדין הללו עוסקים למעשה ביכולתו של בית המשפט לפסוק את שנתבקש, היינו באפיון מסגרת הכוח שמעניקה לו את כשירותו ואת מסוגלותו באמצעות הסעד שבו נדרש להכריע. ראו את עניין **אטור** (לעיל, הערה 51) בעמ׳ 951–952; עניין **לוי** (לעיל, הערה 51) בעמ׳ 1458; עניין **קלקודה** (לעיל, הערה 51) בעמ׳ 268–269.

54 וראו, כדוגמה מייצגת, את דברי בית המשפט בעניין **אלידין** (לעיל, הערה 52) בעמ׳ 1167: ״שאלת טיב הסעד אשר על בית המשפט להושיט באה תמיד לאחר השאלה מהו הסכסוך. בית המשפט, כאשר מתבקש להושיט סעד, עליו קודם כל לתת את דעתו על השאלה אם עצם הסכסוך הוא בסמכותו, מפני שאין זה מתקבל על הדעת, בדרך כלל, שבית המשפט יהיה מוסמך להושיט סעד כשעצם הסכסוך איננו בסמכותו״.

55 ע״א 524/63 **גולדמן נ׳ אלגרבלי**, פ״ד יח(3) 74 (1964).

56 ע״א 294/65 **ככר הרצל בע״מ נ׳ גולדברג**, פ״ד יט(4) 107 (1965).

57 שם, בעמ׳ 110. בהערת אגב ציין בית המשפט כי לתוצאה דומה ניתן להגיע אף לפי בחינת פעולותיו של הנתבע עובר להגשת התביעה, כמו גם לפי בחינת הנסיבות שהובילו להגשת התביעה המקורית. שם, בעמ׳ 112. מבחן זה בודק את מהותו העקרונית של הסכסוך, ולכן זהה למבחן העילה. עם זאת, וכאמור, דברים אלה עלו לאחר שבית המשפט כבר הכריע בסוגיה לאור מבחן הסעד, כאמירה צדדית שאין בה כדי להורות על דרך קביעתה של סמכות השיפוט העניינית ככלל.

שממנה הוא נגזר,[58] ובשניים קבע כי סמכות השיפוט העניינית היא נגזרת בלעדית של מהות הסכסוך שביסוד עילת התביעה, היינו של הרעיון הנובע מפרדיגמת הגבולות.[59]

באופן סמלי, כך גם נראה הוויכוח בין דעת הרוב לדעת המיעוט בהחלטה העקרונית שקיבל בית המשפט העליון מייד לאחר מכן בעניין **טובי**,[60] אותה החלטה שחרצה את גורלה של סמכות השיפוט העניינית עד היום: דעת המיעוט, שביקשה לבכר את פרדיגמת הגבולות, מוקדשת לאפיון קדימות מהות הסכסוך על פני הסעד שאותו ביקש התובע,[61] ואילו דעת הרוב, שעוסקת הלכה למעשה ביישומה של תפיסת הכוח השיפוטי, מתמקדת בעדיפות הסעד על פני העילה.[62]

קביעה זו שינתה את פני הפסיקה הנוגעת לאופן קביעתה של סמכות השיפוט העניינית בבתי המשפט האזרחיים. עד לאותה נקודה דיבר בית המשפט העליון בשני קולות מנוגדים, שמבטאים מחלוקת עקרונית בדבר התשובה לשאלה זו. תוצאתה של מחלוקת זו ביצירתה של שרשרת פסיקתית המאופיינת בהיותה תנודתית במידה רבה ולא אחידה במהותה. לעומת

58 מדובר בע״א 322/70 **עירית תל אביב-יפו נ׳ סוכנות לאמנים**, פ״ד כד(2) 588 (1970); בע״א 575/73 **סאלח נ׳ סאלח**, פ״ד כח(2) 473 (1974); ובע״א 635/76 **טייבר נ׳ טייבר**, פ״ד לא(2) 737 (1977).

59 מדובר בע״א 351/71 **סבאג׳ נ׳ קסיס**, פ״ד כו(1) 155 (1971); ובע״א 707/75 **אגבריה נ׳ אגבריה**, פ״ד ל(2) 714 (1976).

60 ע״א 27/77 **טובי נ׳ רפאלי**, פ״ד לא(3) 561 (1977) (להלן: עניין **טובי**).

61 שם, בעמ׳ 564: ״הלכה היא מלפני בית־המשפט זה, כי שאלת סמכותו של בית־המשפט לדון בסוגיה פלונית נבחנת ומוכרעת על־ידי זיהויה ואיתורה של השאלה האמיתית המצויה במחלוקת בין הצדדים... וכי מקומה של השאלה בדבר טיב הסעד המבוקש מבית־המשפט, כאינדיקטור לקביעת סמכותו הענינית של בית־המשפט יפקדנה רק לאחר השאלה מהו הסכסוך... משמעות הדברים היא, בראש ובראשונה, שענין הסעד המבוקש מבית־המשפט איננו יכול לשמש גורם בלעדי ומכריע בשאלת סמכותו הענינית של בית־המשפט לדון בסכסוך זה או אחר״. ואף שם, בעמ׳ 566: ״לא הצורה בה הלבישו הצדדים את העיסקה, אלא מהות העיסקה היא הקובעת, ולכן רשאי גם בית־המשפט לשם כך, ׳להרים את המסך׳, ולא להסתפק בצורה הפורמלית שלפיה ביקש התובע לקבוע את סמכותו של בית־המשפט... שאלת הסמכות נבחנת ומוכרעת על־ידי זיהויה של השאלה האמיתית השנויה במחלוקת בין הצדדים, ולא על־ידי הסעד המבוקש בלבד״.

62 שם, בעמ׳ 567: ״אין אני מוכן לקבל את הדעה ששאלת סמכותו של בית המשפט מוכרעת על פי בדיקת מהותו של הסכסוך ולא על פי הסעד שאותו מבקש התובע... הסמכות נקבעת על פי התביעה של התובע ולא על פי מהותו של הסכסוך... משבחר התובע להביא את תביעתו בפני בית־משפט השלום והסעד שאותו הוא מבקש הוא תביעה בענין שימוש במקרקעין, אין נפקא מינה מה הוא הסכסוך האמיתי שבין בעלי־הדין וגם אם ברור וגלוי שהסכסוך האמיתי הוא בענין בעלות במקרקעין, ענין שאינו בסמכותו של בית־משפט השלום, צריכה התביעה להתברר בפני בית־משפט השלום״.

זאת מאז מתן הכרעה אחרונה זו, ופרט לחריגים מעטים בלבד,[63] מדבר בית המשפט העליון עד היום בקול אחיד וברור אשר לדרך קביעתה של סמכות שיפוט זו.[64]

63 ראו, כדוגמה, את ע״א 613/77 **אדלר נ׳ שומרי אמונים בע״מ**, פ״ד לב(1) 788, בעמ׳ 792 (1978) (״בית־המשפט עצמו חייב בבדיקת העובדות אשר מקנות לו את הסמכות... לא הצורה שבה הלבישו הצדדים את העסקה, אלא מהות העסקה היא הקובעת... הלכה היא, כי שאלת סמכותו של בית־המשפט לדון בסוגיה פלונית נבחנת ומוכרעת על־ידי זיהויה ואיתורה של השאלה האמיתית המצויה במחלוקת בין הצדדים... וכי השאלה שנשאלה תמיד היא, אם המחלוקת האמיתית בין הצדדים היא לענין החזקה ושימוש בנכס או שמא היא לענין זכות הבעלות בנכס״). בהקשר זה לא נמנו פסקי דין החומקים מהסוגיה מבלי להכריע בה באופן מהותי. כך נהג למשל בית המשפט העליון בבר״ע 16/79 **מדינת ישראל נ׳ גל**, פ״ד לד(3) 494 (1980), שם בחר לקבוע כי ״בעניין שלנו נוטה אני לומר כי על פי שני המבחנים, הן על פי מבחן המהות והן על פי מבחן הסעד, מצוי העניין בסמכותו של בית המשפט המחוזי״. שם, בעמ׳ 497.

64 ראו: ע״א 510/82 **חסן ה׳ פלדמן**, פ״ד לז(3) 1, בעמ׳ 12 (1983) (״סמכותו של בית המשפט מוכרעת לא על־פי בדיקת מהותו של הסכסוך אלא על־פי הסעד, שאותו מבקש התובע... המבחן הנכון על־כן, כשדנים בשאלת סמכותו של בית־משפט השלום... הוא, אם הסעד, שאותו תובע התובע, הוא בסמכותו של בית המשפט״) (להלן: עניין **חסן**); ע״א 472/83 **אריאלי נ׳ אריאלי**, פ״ד מא(3) 200, בעמ׳ 208 (1987) (״קביעת הסמכות העניינית [נעשית] על־פי הסעד שמבקש התובע בכתב התביעה״); רע״א 483/88 **מפעלים פטרוכימיים בע״מ נ׳ מדינת ישראל – אגף המכס והבלו**, פ״ד מד(3) 812, בעמ׳ 815 (1990) (״כאשר מוגשת תובענה כספית, נקבעת הסמכות לפי הסכום, תהא אשר תהא העילה, ואין נפקא מינא, אם נושא הסכסוך נוגע לעניין שהיה מצוי בסמכותו הייחודית של בית־משפט אחר, אילו נתבע בגינו סעד המתייחס במישרין לאותו עניין: ע״א 294/65; וכידוע, לא קיבל בית־משפט זה, לענין הסמכות העניינית, את מבחן זהות השאלה שבמחלוקת וקבע, שהמבחן היחיד, הקובע לעניין זה, הוא מבחן הסעד: ע״א 510/82. זהו הדין, מקום שבו נתבע סכום כסף בעילה של שימוש או חזקה במקרקעין״); רע״א 4669/96 **חברת מלונות דן נ׳ שותפות מלון ספורט אילת** (פורסם בנבו, 1996); ע״א 4796/95 **אלעוברה נ אלעוברה**, פ״ד נא(2) 669, בעמ׳ 679 (1997) (״הסמכות נקבעת על־פי הסעד המבוקש בכתב־התביעה״); רע״א 4991/03 **ג׳מיל נ׳ לוי**, פ״ד פ״ד נז(5) 556, בעמ׳ 559 (2003) (להלן: עניין **ג׳מיל**); ע״א 8130/01 **מחאג׳נה נ׳ אגבריה**, פסקה 6 (פורסם בנבו, 2003) (״המבחן הנקוט בכל הנוגע לשאלת הסמכות העניינית הינו מבחן הסעד, ולפיו נקבעת הסמכות על פי הסעד שעותר לו התובע בכתב התביעה״) (להלן: עניין **מחאג׳נה**); ע״א 2846/03 **אלדרמן נ׳ ארליך**, פ״ד נט(3) 529, בעמ׳ 533–534 (2004) (״המבחן המקובל לעניין קביעת הסמכות העניינית בתחום האזרחי בכל הנוגע לבתי־המשפט שחוק בתי המשפט עוסק בהם, הינו מבחן הסעד... משאומץ מבחן הסעד לעניין הסמכות העניינית, נדחה בעת ובעונה אחת מבחן אחר שהוצע והוא מהות הסכסוך״) (להלן: עניין **אלדרמן**); רע״א 3189/06 **וולפינגר נ׳ ראובני**, פסקה ו (פורסם בנבו, 2006); רע״א 10889/07 **קנאזע נ׳ הנזירות הפרנסיסקניות של הלב הטהור של מריה**, פסקה 10–11 (פורסם בנבו, 2008); רע״א 6681/17 **רשות המיסים – מכס מרכז נ׳ Three D Investments Ltd.**, פסקה 5 (פורסם בנבו, 2017); רע״א 4962/19 **לוקי בניה ופיתוח בע״מ נ׳ דנקנר**, פסקה 25 (פורסם בנבו, 2019) (״המבחן על־פיו נחלקות סמכויותיהן של ערכאות השיפוט האזרחיות הוא מבחן הסעד, בגדרו יש לבחון מהו שווי הסעד המבוקש בתובענה, וזאת מבלי להידרש למהותה ולטיבה״) (להלן: **לוקי בניה ופיתוח**); רע״א 6500/19 **גבריאל נ׳ אשד**, פסקה 17 (פורסם בנבו, 2020) (״המבחן הקובע לעניין חלוקת הסמכות העניינית בין בתי המשפט האזרחיים הוא מבחן הסעד – היינו, זהות הערכאה המוסמכת לדון בתובענה תיקבע ככלל

עיון בהחלטות בית המשפט העליון בעניין זה מעלה הצדקות שונות להעדפת מבחן הסעד על פני מבחן מהות הסכסוך. למעשה, בכך מבקש בית המשפט להצביע על מאפייניה המעשיים של תפיסת הכוח השיפוטי, היינו על הסממנים שיש בהם כדי להצדיק את העדפתה במונחים דיוניים ומהותיים על פני פרדיגמת הגבולות. דיון זה דורש בדיקה, וכפי שנראה מייד, גם חשיבה מחדש, נוכח הניתוח הרעיוני והמושגי שהוצע לעיל.

2. מבחן הסעד במשפט הדיוני הישראלי: בחינה מחודשת

(א) ההצדקות לקיומו של מבחן הסעד

הפסיקה העוסקת בסמכות השיפוט העניינית בעשורים האחרונים מאמצת באופן גורף את תפיסת הכוח השיפוטי כרעיון מארגן. מכיוון שכך, היא סבה מושגית סביב שאלות של יכולת ומסוגלות שיפוטית שמקבלות ביטוי מעשי באמצעות מבחן הסעד. פסיקה זו מבקשת למעשה להצביע על סגולותיו של מבחן הסעד כרכיב המוצדק לכינון סמכות השיפוט העניינית. לצורך כך מצביעה הפסיקה על ארבע הצדקות עקרוניות להחלתו של מבחן זה כמדד הבלעדי לקביעתה של סמכות שיפוט זו, ובד בבד לאי־החלתו של מבחן מהות הסכסוך כרכיב המכונן בה. הצדקות אלה, אף שהן נראות במבט ראשון דומות זו לזו, אינן חופפות מהותית אלא ממשיכות זו את זו בהיותן נסמכות האחת על גבה של הקודמת לה.

ההצדקה הראשונה היא מעשית. מבחן הסעד נתפס כמדד שדורש ביצוע פעולה טכנית פשוטה לצורך קביעתה של סמכות השיפוט העניינית, ולא העמקה בתוכן המסמכים שמוגשים לבית המשפט בשלב כתבי הטענות. מצדדי המבחן טוענים כי לו היה נבחר מבחן העילה, הרי שלשם קביעתה של סמכות השיפוט היה בית המשפט נדרש להעמיק חקר בכתב התביעה, כמו גם בכתב ההגנה, לצורך זיהויה ואפיונה של ליבת הפלוגתה בין הצדדים. לעומת זאת מבחן הסעד אינו דורש את אותה כניסה בעובי הקורה. לצורך קביעתה של סמכות השיפוט העניינית לפיו אין נדרש אלא להביט בפרק המוקדש לסעדים בכתב התביעה, שאז ניתן לזהות בקלות מה בדיוק מבקש התובע לקבל במסגרת ההליך שאותו הגיש לבירור בית המשפט, ומכאן לשייך באופן פשוט בתכלית את זהות בית המשפט שמוסמך להעניק לו סעד זה.[65]

על פי הסעד המבוקש בכתב התביעה ולא על פי עילת התביעה״) (להלן: עניין **גבריאל**); רע״א 7497/20 **עיריית באר שבע נ׳ ביג מרכזי קניות בע״מ**, פסקה 9 (פורסם בנבו, 2021); רע״א 6161/20 **אילה פלסט בע״מ נ׳ פוטקס תבניות בע״מ**, פסקה 4 (פורסם בנבו, 2021) (להלן: עניין **אילה פלסט**); רע״א 791/21 **דלג׳ו נ׳ ארגון פועלים להתיישבות שיתופית נווה ימין בע״מ**, פסקה 16 (פורסם בנבו, 2021).

65 רע״א 7257/20 **עמר נ׳ אריאלי**, פסקה 9 (פורסם בנבו, 2021) (״מקורו של מבחן הסעד הוא בטעמים פרקטיים, שכן יישומו מצריך אך עיון פשוט בכתב התביעה״) (להלן: עניין **עמר**); עניין **אלדרמן** (לעיל, הערה 64) בעמ׳ 534 (״מבחן הסעד הינו מבחן פשוט יחסית. על־פיו נדרשים אנו לבחון את כתב־הטענות שהגיש התובע (או המבקש) עם פתיחתו של ההליך.

ההצדקה השנייה היא מוסדית. בשל פשטות הביצוע הלכאורית האמורה, בדיקת הסעד כרכיב המכונן לקביעת סמכות השיפוט העניינית היא פעולה שיש בה גם כדי לייצר צפיות ובהירות, ולכן אף יכולת הסתמכות גבוהה הן של בעלי הדין והן של מערכת השיפוט. להבדיל ממבחן העילה, שמטבעו נתון לפרשנות ולשיקול דעת סובייקטיבי ודינמי, הטיעון המקובל מניח כי מבחן הסעד הוא מבחן ברור במהותו, אחיד וקבוע. בשל תכונות אלה יש בו כדי לייצר ודאות בשאלת קביעתה של סמכות השיפוט, שהיא שאלה שמטבע הדברים נדרש להכריע בה לא רק בשלב מקדמי של ההליך האזרחי אלא גם באופן יציב ככל האפשר, צפוי מראש ולא משתנה.[66]

ההצדקה השלישית היא כלכלית. מכיוון שזיהוי סמכות השיפוט העניינית לאור מבחן הסעד הוא לכאורה פשוט, ולכן אף ודאי וקבוע, הרי שהוא אף מהיר, חסכני וזול ביחס למבחן שדורש התעמקות מהותית בתוכן נתון. בכך יהיה אפשר לחסוך בזמן, בכסף ובשאר משאבים פרטיים וציבוריים מוגבלים מטבעם. בכך יש כדי לחתור לתפקוד יעיל יותר של מערכת השיפוט, ובכלל זאת אף לייעולו של ההליך המשפטי האזרחי.[67]

ההצדקה הרביעית היא מהותית. מצדדי מבחן הסעד סבורים כי הסעד הוא רכיב דיוני שיש בו כדי לייצג את מידת הקושי, המורכבות והחשיבות של התביעה שסביבה סב ההליך האזרחי. סעד זה מבטא, כך הטיעון, את משמעות התביעה, מצביע על מאפייניה

הא ותו לא. על־פי הסעד הנקוב שם נדע אם ההליך הוגש לבית־המשפט המוסמך, או שמא הייתה חובה להגישו לבית־משפט אחר״); רוזן־צבי (לעיל, הערה 32) בעמ׳ 297; כהן, מבחן הסעד (לעיל, הערה 50) בעמ׳ 540. בית המשפט העליון אף קישר בין פשטות ביצוע טכנית זו ובין יעילות דיונית שיש בה כדי להפחית את עלויות השקעת המשאבים במהלך בירור נושא סמכות השיפוט. ראו: רע״א 2299/23 **זילברברג נ׳ פרו**, פסקה 26 לפסק דינה של השופטת כנפי־שטיניץ (פורסם בנבו, 2023) (״המבחן שעל פיו נקבעת חלוקת ההליכים בין הערכאות האזרחיות השונות הוא מבחן הסעד. מבחן זה הוא מבחן טכני בעיקרו, בגדרו נבחן הסעד המבוקש בכתב התביעה, במובחן ממבחן מהות הסכסוך או עילת התביעה. הוסבר לא אחת כי ההחלטה לאמץ את מבחן הסעד, על אף שזה חוטא לכאורה לתכלית המסורתית של חלוקת ההליכים בין הערכאות האזרחיות על פי מורכבותם, נעוצה ביעילותו ובפשטותו, משיש בו כדי למנוע את הצורך בהתדיינות משפטית מקדמית בנושא הסמכות, העלולה לסרבל ולעכב את בירור ההליכים״) (להלן: עניין **זילברברג**).

66 רע״א 3749/12 **בר־עוז נ׳ סטר**, פסקה 22 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 2013) (״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״) (להלן: עניין **בר־עוז**); כהן, מבחן הסעד (לעיל, הערה 50) בעמ׳ 540.

67 עניין **אלדרמן** (לעיל, הערה 64) בעמ׳ 534 (״ככל שיוקדם השלב שבו מוכרעת שאלת הסמכות, על היבטיה השונים, יתרום הדבר לתפקוד יעיל יותר של מערכת השיפוט ולחיסכון במשאבים של כל הגורמים המעורבים, כולל בעלי־הדין״); עניין **עמר** (לעיל, הערה 65) בפסקה 9; עניין **לוקי בניה ופיתוח** (לעיל, הערה 64) בפסקה 25; רוזן־צבי (לעיל, הערה 32) בעמ׳ 297.

החשובים, ולכן מאפשר הן לבעלי הדין והן למערכת השפיטה להבין איזהו בית המשפט המתאים ביותר לקבל את הסמכות לפסוק בסכסוך זה, ובכך להיות הגורם השיפוטי בעל היכולת או המסוגלות להפעיל בה את כוחו.[68]

על אף אופיין השונה של ארבע ההצדקות האמורות, נראה כי הן מבססות את עצמן על תשתית רעיונית או על היגיון מארגן בעלי מכנה משותף: כל אחת מהן מבקשת לאפיין את ערכאת השיפוט המתאימה להכרעה בסכסוך מבלי לעסוק, וממילא מבלי להעמיק, בפרטיו המהותיים של הסכסוך עצמו. אכן, הצדקות אלה, כולן יחד וכל אחת מהן לחוד, מעצבות תפיסה שלפיה יש להכריע באשר לסמכות השיפוט העניינית באופן שמנותק מתוכנו של הסכסוך בין הצדדים להליך, מטיבו של סכסוך זה ומהתשובה לשאלה סביב אילו עניינים בדיוק הוא סב. לכן מניחות הצדקות אלה כי ניתן, ואף נדרש, להתרחק מעיקר התוכן של הפלוגתה, מושא ההליך. אדרבה, הרחקה זו היא שתנתב את ההליך באופן מיטיבי מבחינה תוצאתית לערכאה המתאימה לדון ולהכריע בו מהותית, דיונית ומבנית. הנחה מכוננת זו וההצדקות הרעיוניות הנובעות ממנה דורשות חשיבה מן היסוד.

(ב) ביקורת ההצדקות לקיומו של מבחן הסעד

זר לו יקרא את הפסיקה העוסקת בהצדקות להצבתו של מבחן הסעד כרכיב הדיוני שקובע את סמכות השיפוט העניינית בבתי המשפט האזרחיים עלול לסבור כי אין, וכי לא אמורה להיות, כל אפשרות סבירה או הגיונית אחרת לקביעתה של סמכות שיפוט זו אלא

68 עניין **גבריאל** (לעיל, הערה 64) בפסקה 18 (״מבחן הסעד מבוסס על ההנחה כי שוויה הכספי של התביעה – ׳סכום התביעה או שווי הנושא׳ בלשון המחוקק – מהווה קירוב (׳פרוקסי׳) טוב ופשוט ליישום למידת הקושי, המורכבות והחשיבות של התביעה. כך, שואף כלל זה להגשים את התכלית שבבסיס חלוקת הסמכויות... של מערכת בתי המשפט״). והשוו: עניין **נתנאל** (לעיל, הערה 33) בפסקה 24 (״הדין מתייחס בכובד ראש לסוגיית הסמכות הענינית. הרציונאל שבבסיסה נקשר, בראש ובראשונה, ברעיון הבידול (דיפרנציאציה) שבין ערכאות, ומקורו במידת ההתמקצעות או בהיקפו של הניסיון השיפוטי אשר נצבר בידי המכהנים בהן... ענינים מורכבים, שאלות הדורשות מומחיות שיפוטית מיוחדת, או סוגיות שבהן הסיכון שבטעות שיפוטית הוא ניכר, מן הראוי הוא, ככלל, שיונחו לפתחה של ערכאה אשר לזכות שופטיה נזקף ניסיון משפטי רב יותר. זהו טבעה של ההיראַרכיה השיפוטית״); רע״א 7551/00 **פוקס נ׳ קצנלבוגן**, פ״ד נו(1) 253, בעמ׳ 256 (2002) (״הרעיון המונח בבסיסם של כללים אלה [כללי סמכות השיפוט העניינית – א.ט.] הוא שבנסיבות שבהן נתבע סעד כספי בסכומים ניכרים, העניין ידון בפני הערכאה הדיונית הגבוהה ביותר״); רע״א 60/03 **רובין נ׳ אפלבוים**, פ״ד נז(3) 475, בעמ׳ 479 (2003) (״בבסיס כללי הסמכות הענינית מצויה הנחה בדבר קיומו של קשר בין כהונת השופטים בערכאה מסוימת והכשרתם לבין סמכותה הענינית של אותה ערכאה... ביסוד קביעת התקרה לתביעות כספיות שהוכפפו לסמכות בית משפט השלום ניצבת התפישה שלפיה תביעות בגין סכומים גבוהים יותר ראוי שתידונה בבית המשפט המחוזי״); רע״א 188/02 **מפעל הפיס נ׳ כהן**, פ״ד נז(4) 473, בעמ׳ 477 (2003) (״הסמכות הענינית נתפסת כסמכות מרכזית בשל הנחת קיומו של קשר בין מיומנות השופטים בערכאה מסוימת והכשרתם לבין סמכותה הענינית של אותה ערכאה״); עניין **ג׳מיל** (לעיל, הערה 64) בעמ׳ 560 ([קיים] ״קשר בין מיומנות השופטים בערכאה מסוימת והכשרתם לבין סמכותה הענינית של אותה ערכאה״).

באמצעות אימוץ תפיסת הכוח. פסיקה זו מציגה את מבחן הסעד – שמבטא מובהקות את תפיסת הכוח השיפוטי – כפרמטר טבעי, כמעט מובן מאליו, לכינונם של הדברים, משל המבחן המקביל לו – מבחן מהות הסכסוך, שמבטא את פרדיגמת הגבולות – רווי כשלים אין־ספור בביצוע המשימה (ולכן אינו כשיר או רלוונטי כלל לביצועה), ומשל מבחן הסעד מגלם את האפשרות להתגבר על כשלים אלה ממש, לחמוק מהתוצאות הקשות שאליהן מובילים כשלים אלה ולכונן פרוזדור דיוני אידיאלי בדרך לבירורה המהותי של הפלוגתה.

אלא שהעמקת המבט בטיעונים המצדיקים את יישומו של מבחן הסעד וניתוח בסיס ההסברים שמציע כל אחד ואחד מהם מגלים מורכבות שאינה עולה בקנה אחד עם אידיליה לכאורית זו. לאחר שקיעתן של המליצות נגלה מבחן מורכב, לא אמין בטיבו, הרחוק מלייצג את מהותה של התביעה האזרחית, שקורס שוב ושוב כל אימת שהוא נתקל באירוע שאינו פשוט עובדתית במובהק, שאין בו צל צילו של אובייקטיביות (ולכן שנתון למניפולציה בכל מקרה ומקרה המובא לפני בית המשפט), ושבעיקר לא ברור כלל אם ובאילו אופנים הוא מקיים עדיפות רעיונית או מעשית כלשהי על מבחן העילה העוסק במהותו של הסכסוך שעתיד להידון בבית המשפט. הינה הם פני הדברים.

ההצדקה המעשית: הצדקה זו אינה מדויקת. מבחן הסעד פשוט להפעלה רק כשעסקינן בתביעה המכילה סעד אחד ברור ומובחן או כשמדובר בתביעה שמכילה יותר מסעד אחד, וכל אחד מהסעדים תואם את סמכות השיפוט העניינית של משנהו. במצב דברים זה אכן מדובר במבחן שמאופיין בפשטות הפעלתו. עם זאת קביעת הסמכות לפי מבחן הסעד אינה פשוטה כלל ועיקר בכל פעם שבה מדובר בתביעה שמכילה יותר מסעד אחד, וכל אחד מסעדי התביעה מצוי בסמכות שיפוט של ערכאה אחרת. מצב דברים זה יכול להתקיים כאשר התובע דורש כמה סעדים כספיים (למשל בגין כמה עילות תביעה נגד אותו נתבע), חלקם גבוהים מ־2.5 מיליון ₪ וחלקם נמוכים ממנו; או כשהתובע מבקש כמה סעדים במקרקעין (למשל אכיפת חוזה מכר מקרקעין או הצהרת בעלות על מקרקעין יחד עם סילוק ידו של שוכר מקרקעין אלה); או כשהתובע מעוניין בכמה סעדים שחלקם כספיים וחלקם במקרקעין (למשל סילוק ידו של שוכר ממקרקעין ופיצוי כספי הגדול מ־2.5 מיליון ₪, או אכיפת חוזה מכר מקרקעין ופיצוי כספי הקטן מ־2.5 מיליון ₪, או סילוק יד יחד עם אכיפת חוזה מכר מקרקעין יחד עם פיצוי כספי, והיד עוד נטויה). בכל אחד מהמקרים הללו קביעתה של סמכות השיפוט העניינית אינה קלה כלל ועיקר. סיבוכם של הדברים נובע ישירות ממבחן הסעד, והשאלות שעלו לאורך השנים נוכח הדברים הן רבות ומורכבות: כיצד תיקבע הסמכות – האם לפי הסעד שמצוי בסמכות בית המשפט המחוזי או לפי זה שמצוי בסמכות בית משפט השלום? מה יהיה אופן קביעת הסמכות – האם לפי חשיבותו המהותית של כל סעד או לפי סדר הדברים שהביא התובע בכתב תביעתו? ומי יקבע את עצם העניין באופן עקרוני – האם התובע או בית המשפט?

הלכה למעשה, כל אימת שמבחן הסעד נתקל באירועים עובדתיים מורכבים מהסוג המתואר, הוא לא העניק (והלכה למעשה אינו מעניק עקרונית) מענה ברור וקל להפעלה,

ולכן נזקק להתערבות פעילה שתהיה בה משום התרת הסבך. פעמים זהו מחוקק המשנה. כך הם פני הדברים כשמדובר בכמה סעדים כספיים.[69] פעמים זהו בית המשפט העליון. כך היה כאשר עלו הקשיים המתוארים בנוגע לכמה סעדים במקרקעין ובנוגע לסעדים שחלקם כספיים וחלקם במקרקעין.

ואכן, כאשר נתבקשו כמה סעדים במקרקעין שכל אחד מהם מצוי בסמכות עניינית של ערכאה אחרת, וכדי להתיר את הסבך האינהרנטי שיוצר מבחן הסעד, קבע בית המשפט העליון בעניין **קלקודה**, יש מאין, את המבחן שלפיו הסעד הטפל הולך אחר הסעד העיקרי.[70] מאוחר יותר נאלץ בית המשפט לקבוע אף בעניין **טובי** מהו בדיוק אותו טפל וכיצד יש לקבוע את מהותו של אותו העיקר, כמו גם מיהו הגורם שאמון על קביעה זו, ובאיזו נקודת זמן בדיוק.[71] אך בכך לא סגי. החלת מבחן הסעד ועימו מבחן הטפל והעיקר והלכה שקבע בית המשפט העליון בפרשת **שמש**,[72] יצרה מצב שעמעם והקשה את ביצועם בפועל של הדברים. כך כל אימת שנתבקשו בתביעה אחת כמה סעדים במקרקעין, האחד תוך כדי שמירה על גוף הנכס, והשני תוך כדי פגיעה בגוף הנכס, הוקנתה הסמכות העניינית במקרה הראשון לבית משפט השלום ובמקרה השני לבית המשפט המחוזי. סיבוך זה ועימו האנדרלמוסיה ששררה בפסיקת בתי המשפט הדיוניים שעסקו בעניינים אלה הם שהובילו את בית המשפט העליון בעניין **בר־עוז** להתערב שוב ואף לבטל הלכה בת חמישה עשורים, זו שמבחינה בין שמירה ובין פגיעה בגוף הנכס, ולכן מעניקה לבית משפט השלום סמכות עניינית לדון בכל תביעה לשימוש וחזקה במקרקעין.[73] לו היה מבחן הסעד פשוט כל כך ליישום, פשיטא כי לא נדרש היה לפעול כאמור. אדרבה, בית המשפט העליון נדרש לפסיקות אלה אך בשל הקשיים שמחייבת הפעלתו של מבחן הסעד, והוא עשה כן לצורך צמצום המורכבות שיצר מבחן זה מעצם טיבו.

---

69 בתקנות סדר הדין האזרחי הוותיקות הייתה זו תקנה 46(ג) שקבעה כי מקום שבו אוחדו עילות תביעה, ״יהא שיפוטו של בית המשפט באותה תובענה תלוי בסכום או בשווי של כלל נושאי התובענה ביום שהוגשה״. זהו הדין גם כשצורפו עילות התביעה בשל צירוף כמה בעלי דין. ראו רע״א 9572/06 **שירותי בריאות כללית נ׳ קורלנד**, פסקה 7 (פורסם בנבו, 2007) בתקנות סדר הדין האזרחי החדשות משתמעת הוראה זו מנוסחה של תקנה 24 שקובעת כי ״תובע יאחד בכתב תביעה אחד את כל עילות התביעה כלפי נתבע בשל אותה מסכת עובדתית, ורשאי הוא לאחד בכתב תביעה אחד גם עילות תביעה אחרות כלפי אותו נתבע, והכול בכפוף לסמכותו העניינית של בית המשפט״.

70 עניין **קלקודה** (לעיל, הערה 51).

71 עניין **טובי** (לעיל, הערה 60).

72 עניין **שמש** (לעיל, הערה 52).

73 עניין **בר־עוז** (לעיל, הערה 66) ביטל את ההלכה שקבע בית המשפט העליון בעניין **שמש** (לעיל, הערה 53) חמישים שנים קודם לכן, בדיוק כתיאור הדברים שלעיל. לתיאור האנדרלמוסיה ששררה בערכאות הדיון עובר לביטול ההלכה ראו אסף טבקה ״סמכות עניינית בתביעות שימוש במקרקעין: המשפט בפעולה והמשפט בספרים״, **משפט ועסקים** יג (2010) 323.

הדינמיקה אינה שונה מקום שבו נתבקשו בתביעה אחת סעדים שחלקם כספיים וחלקם במקרקעין, וכל אחד מהם מצוי בסמכות עניינית של ערכאה שונה. שוב יצר מבחן הסעד קושי אינהרנטי, ושוב נאלץ בית המשפט העליון להיחלץ לעזרה. במקרה זה קבע בית המשפט בעניין **לוי**, שוב יש מאין, כי יש לפצל את הדיון בהליכים השונים ולנהל בו־זמנית כמה דיונים משפטיים, כל אחד לפי הסמכות העניינית הנובעת מהסעד הרלוונטי (להלן: ״הלכת פיצול הסעדים״).[74] קביעה זו יצרה מורכבות דיונית בשני מישורים מקבילים: האחד, בתביעות בתחום הקניין הרוחני, שם תובעים הטוענים להפרה של קניינם האמור פונים על פי רוב בבקשה לקבלת צו מניעה קבוע שימנע את המשך ההפרה (סעד המצוי בסמכות בית המשפט המחוזי) יחד עם פיצוי כספי (שפעמים רבות מצוי בסמכות בית משפט השלום). מצב דברים זה יצר התדיינויות שיפוטיות מסובכות ויקרות שהובילו בסופו של דבר להתערבותו של המחוקק ולשינוי חקיקתי;[75] השני, פיצול ההליכים, שבגינו כל אחד מהסעדים אמור להידון לפני ערכאה אחרת, מחייב התדיינות כפולה של בעלי הדין. מצב דברים זה מוביל לא רק להגדלת העלויות הפרטיות והציבוריות, הוא אף מאפשר, ולמעשה מגדיל את הסיכון, להיווצרותן של הכרעות סותרות באותו עניין, מצב דברים שמונע את יישומו של הדין בפשטות.[76]

ואם בכך לא די, הרי שבתביעה שבה מתבקשים סעדים שחלקם כספיים וחלקם במקרקעין הוסיף וקבע בית המשפט העליון בעניין **זילברברג** כי יש להבחין בין מצב דברים שבו הסעד במקרקעין מצוי בסמכות בית המשפט המחוזי והסעד הכספי מצוי בסמכות בית משפט השלום, לבין מצב דברים שבו הסעד במקרקעין מצוי בסמכות בית משפט השלום והסעד הכספי מצוי בסמכות בית המשפט המחוזי. במקרה הראשון קיימת לשיטת בית המשפט הצדקה לסטות מהלכת פיצול הסעדים ולהסמיך את בית המשפט המחוזי לדון ולפסוק גם בסעדים שאינם בסמכותו. במקרה השני אין לשיטת בית המשפט הצדקה כזו, ולכן הלכת פיצול הסעדים תוסיף לחול ולחייב.[77]

---

74 עניין **לוי** (לעיל, הערה 51).

75 ראו את הוראת סעיף 40(4) לחוק בתי המשפט.

76 ראו בעניין זה את עניין **גבריאל** (לעיל, הערה 64) בפסקה 20; עניין **אילה פלסט** (לעיל, הערה 64) בפסקה 5; יצחק כהן ״הלכת פיצול הסעדים בין בתי משפט שונים והלכת העיקר והטפל — בין המצוי על תקלותיו לרצוי על תקוותיו״, **הפרקליט נ** (תשס״ח) 229, בעמ׳ 235 (להלן: כהן, הלכת פיצול הסעדים).

77 עניין **זילברברג** (לעיל, הערה65) בפסקה 34 לפסק דינה של השופטת כנפי־שטייניץ. בית המשפט אף מגדיל וקובע כי תובע שלא ינהג כאמור ולא יאחד את מלוא הסעדים שנובעים מאותה עילה בהגשת תביעתו בבית המשפט המחוזי יהיה מושתק בהשתק עילה מלתבוע את הסעדים שלא ביקש בהליך נפרד, אלא אם ביקש וקיבל מבית המשפט היתר לפיצול סעדים. ראו שם, בפסקה 39 לפסק דינה של השופטת כנפי־שטייניץ. להרחבה על ההצדקות להותרת הלכת פיצול הסעדים על כנה במקרה מובחן זה ראו ע״א 4245/20 **מדינת ישראל נ׳ חברת יצחקי יעקב יעקב נכסים בע״מ** (פורסם בנבו, 2024).

מה בין שלל הקביעות הללו – על פרטי הפרטים הגלומים בהן, על ההסתעפויות שהן מייצרות, על הידע המקצועי המוקדם שהן מחייבות, על פוטנציאל הטעויות שהן מקימות ועל ההכרעות השיפוטיות העתידיות שיידרשו לתיקון טעויות אלה – ובין פשטות? כיצד ניתן כלל לדבר על קלות ונוחות במצב דברים משפטי כגון זה? פשיטא כי בסיבוך הביצוע עסקינן ולא בפשטותו; בסרבולו של הדין הנוגע לקביעת סמכות השיפוט העניינית, בהפיכתו למורכב, ליקר, לרעוע; וביצירת כר נרחב לחילוקי דעות ולקביעות פסיקתיות לא אחידות. הוא שאמרנו אפוא: הטיעון המעשי, זה שמציג את מבחן הסעד כמדד המבטא פשטות הפעלה דיונית, אינו מדויק כלל ועיקר.

ההצדקה המוסדית: גם הצדקה זו כוללת קשיים ניכרים. גם עתה הוודאות, הבהירות ומידת ההסתמכות הגבוהה הן יתרונות פוטנציאליים של מבחן הסעד רק כשמדובר בתביעה המכילה סעד אחד בלבד או כשמדובר בתביעה שמכילה יותר מסעד אחד, וכל הסעדים מצויים בסמכות שיפוט עניינית של אותה הערכאה. בכל מקרה אחר – שבו עסקינן בתביעות שמכילות כמה סעדים שכל אחד מהם מצוי בסמכות שיפוט של ערכאה שונה – לא ניתן כלל לקשר מושגים כדוגמת ודאות או בהירות למבחן הסעד, לא בעבור בעלי הדין ולא בנוגע לפעולתו של בית המשפט. במה הדברים אמורים?

כאשר עסקינן בתביעות שבהן מתבקשים כמה סעדים במקרקעין, באה ודאות לכאורית זו לידי ביטוי במבחן הטפל והעיקר, היינו בהלכה שלפיה בית המשפט שמוסמך לפסוק בסעד העיקרי מוסמך מכללא לפסוק אף בסעד הטפל.[78] אלא, וזה עיקר, שכלל לא ברור, ולכן גם לא ודאי, כיצד יש לקבוע מהו העיקר ומהו הטפל, ומיהו בדיוק הגורם האמון על קביעה זו. פעם אחת קבע בית המשפט העליון בעניין **טובי** כי התובע הוא שאמון על הגדרת הדברים באמצעות סדר הצבת הסעדים בכתב התביעה, כך שהסעד הראשון הוא הסעד העיקרי, ושאר הסעדים הם בבחינת טפל.[79] פעם אחרת קבע בית המשפט העליון, בעניין **יוסף**, כי לעניין קביעתה של סמכות זו ״הסדר הכרונולוגי שבו נתבקשו הסעדים בכתב התביעה אינו מעלה ואינו מוריד״.[80] היכן היא אפוא אותה בהירות? ומהו הלכה

78 עניין **קלקודה** (לעיל, הערה 51).

79 עניין **טובי** (לעיל, הערה 60). בעיקר ראו את עמ׳ 567, שם מודגש הסדר הכרונולוגי של סעדי התביעה כפי שהוא מופיע בכתב התביעה, ואת עמ׳ 572, שם אומר בית המשפט במילים ברורות: ״המערערים בחרו מטעמים שלהם לא לבקש ביטל החוזה או הצהרה על בטלותו ואין ספק שלו היו מבקשים זאת, אזי הסעד הנוסף של סילוק־יד היה נחשב כסעד טפל הנובע מהסעד העיקרי ולבית־המשפט המחוזי סמכות לתתו. אבל המערערים תבעו את מה שתבעו כנ״ל ובזה הם קבעו לעצמם את מסגרת תביעתם״.

80 ע״א 707/78 **יוסף נ׳ קניאל**, פ״ד לה(4) 769, בעמ׳ 799 (1981). זאת ועוד, מסתבר אף שישנם מקרים שבהם ״דומה שאין מחלוקת בשאלה מהו הסעד העיקרי ומהו הסעד הטפל״, קובע בית המשפט העליון בעניין **בר־עוז** (לעיל, הערה 66) בפסקה 11 לפסק דינו של הנשיא גרוניס. כך היא ״תובענה בה מבוקש לאכוף חוזה מכר מקרקעין, תוך קביעה כי התובע הינו הבעלים, יחד עם סעד של מסירת החזקה בנכס לידי התובע... במקרה זה ברור כי סעד האכיפה הינו העיקרי, ואילו הסעד של מסירת החזקה הינו הטפל״. שם. יתמה הקורא: כיצד מובן לו לבית המשפט כי הדבר ״ברור״? הרי בקביעתו בעניין **טובי** (לעיל, הערה 60) קבע

למעשה המבחן להגדרתם של הדברים בעולם המציאות? לא בכדי אפוא ציין בית המשפט העליון עצמו כי ״המבחן הבוחן איזה מבין שני הסעדים הוא העיקרי, ואיזהו הטפל, מעורר קושי משמעותי, הנובע מן העמימות הרבה המאפיינת את יישומו״.[81] עוד לא ייפלא כי מצב דברים זה יצר חוסר בהירות והיעדר ודאות אף בפעולת בתי המשפט הדיוניים.[82]

גם כאשר מדובר בתביעות שבהן מתבקשים סעדים שחלקם כספיים וחלקם במקרקעין לא בא זכרה של אותה בהירות כלל ועיקר, ואף הוודאות הדיונית הולכת ומתרחקת בעקיבות. וגם כאן מאופיינים הדברים בפער מובהק בין האופן שבו מוצגים הדברים להלכה ובין הדרך שבה הם מיושמים למעשה. לכאורה, כאשר כתב התביעה מכיל סעדים מהסוגים האמורים, וכל אחד מהם מצוי בסמכותה העניינית של ערכאה אחרת, הרי שיש לפצל את הדיון להליכים שכל אחד מהם יידון לפי הסמכות הנובעת מסעד זה.[83] במציאות העניינים מורכבים יותר, ולכן ודאיים פחות. פעם אחת קבע בית המשפט העליון בעניין **מחאג׳נה** כי יש להרחיב הלכה זו כדי שתחול לא רק כשנתבעים סעדים כאמור בפועל, אלא אף כאשר הסעד הכספי מתבקש אך לחלופין.[84] פעם אחרת קבע אותו בית משפט בעניין **אדיר** כי במקרה זה אין ליישם כלל את הלכת פיצול הסעדים, וכי הסמכות לדון בשני הסעדים נתונה לבית המשפט המחוזי.[85]

הוא עצמו כי התובע הוא שקובע מהו טפל ומהו עיקר עבורו, וזאת על פי סדר הבאת הסעדים בכתב התביעה. עתה ״ברור״ הוא הדבר נוכח מהותם של הסעדים? נראה כי קביעות אלה אך מעמיקות את אי־הוודאות: עתה לא ברור כלל מיהו הגורם הקובע מה ״ברור״ באופן קביעת הסמכות, כיצד אותו גורם עושה כן, ועל סמך אילו פרמטרים בדיוק.

81 עניין **בר־עוז** (לעיל, הערה 66) בפסקה 11 לפסק דינו של הנשיא גרוניס. מעט מאוחר יותר קבע בית המשפט כי העיקרון שלפיו הסעד הטפל הולך אחרי הסעד העיקרי, שהוא כאמור נגזרת ישירה של מבחן הסעד, הוא ״מבחן בעייתי, עמום ושרירותי, המצריך לעיתים התדיינות מקדמית מורכבת״. שם, בפסקה 13 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

82 ראו הדוגמאות שמביא רוזן־צבי (לעיל, הערה 32) בעמ׳ 330–331.

83 עניין **לוי** (לעיל, הערה 51).

84 עניין **מחאג׳נה** (לעיל, הערה 64). להעמקת הדיון בהרחבה פסיקתית זו, לרבות בכל הנוגע להיעדר ההיגיון הדיוני הטמון בבסיסה, ראו כהן, הלכת פיצול הסעדים (לעיל, הערה 76) בעמ׳ 244–246.

85 רע״א 5781/15 **אדיר נ׳ דאבוש** (פורסם בנבו, 2015). גם עובר לקביעה זו נרשמו מקרים שבהם בחר בית המשפט העליון שלא להחיל את הלכת פיצול הסעדים. ראו את עניין **כלפה** (לעיל, הערה 9), שם דובר בתביעה שבה נתבקשו שני סעדים במקרקעין, אחד בסמכות בית המשפט המחוזי ואחד בסמכות בית משפט השלום, יחד עם סעד כספי המצוי בסמכות בית משפט השלום. לו יושמה הלכת פיצול הסעדים, פשיטא כי היה נדרש להפריד בין הסעדים בהתאם לסמכות שמכונן כל אחד מהם. דא עקא שבית המשפט אינו עושה כן, ואך מציין כי לסוגיה זו ״יש פנים לכאן ולכאן״. שם בעמ׳ 52. דוגמה נוספת לדברים ניתן למצוא ברע״א 3189/06 **וולפינגר נ׳ ראובני** (פורסם בנבו, 2006). גם שם דובר בתביעה שהכילה סעד במקרקעין וסעד כספי, כשכל אחד מהם מצוי בסמכות עניינית של ערכאה אחרת. ושוב, בית המשפט בוחר שלא לפצל את ההליכים, ותחת זאת מיישם, באופן שאינו ניתן להסבר, את הלכת הטפל והעיקר, שכזכור רלוונטית אך אם כל הסעדים הם במקרקעין, ולא במקרה כגון זה.

אנו עדים אפוא שוב לא רק להיעדרה של פשטות ביצוע ברמה המעשית, אלא אף לחוסר אחידות פסיקתית, להיעדר צפיות ובהירות, לאי־ודאות ולמידה מועטה יחסית של יכולת הסתמכות הן של בעלי הדין והן של מערכת השיפוט. כל אלה הם תוצר מובהק של מבחן הסעד, ולכן גם עתה הטיעון המבקש לבכר אותו, בשל הנימוק המוסדי, הוא לוקה במופגן ועל כן תמוה במובהק.

ההצדקה הכלכלית: זוהי ככל הנראה הצדקה שגויה מן היסוד. אין כל ראיה להיותו של מבחן הסעד מסייע בהוזלת עלויות הדיונים המשפטיים, ולפיכך שיש בו לכאורה כדי לייצר חיסכון בזמן, בכסף ובמשאבים פרטיים וציבוריים. ולא בכדי הוא הדבר. מעצם טיבו מייצר מבחן הסעד הצדקה רעיונית ומעשית לריבוי התדיינויות, לכפל הליכים באותו העניין ולפיצול עניינים שניתן, ואולי נדרש, לדון בהם יחד. מצב דברים זה לא רק שאינו מוזיל או חוסך או מייעל את התנהלותה של המערכת השיפוטית, אלא שההפך הוא ככל הנראה הדבר. יש בו כדי לסרבל את ההתנהלות הדיונית; להאריך את ההליכים המשפטיים; לייקר אותם; להקשות על זיהוי הערכאה המתאימה לפסוק בסכסוך המהותי; ולהגדיל את הסיכוי להיווצרותן של פסיקות שיפוטיות סותרות. בכך מובילה הפרקטיקה מושא עניינו לגידול מיותר במספר ההתדיינויות המשפטיות, ולכן גם לגידול העלויות הכרוכות בהתדיינויות אלה. זו אינה בחירה שמובילה ליעילות דיונית אלא להיעדרה של יעילות זו.[86] לא מפתיע אפוא שבית המשפט העליון עצמו כבר הגדיר את הלכת פיצול הסעדים, שהיא תוצר ישיר של מבחן הסעד, כמצב ש״אינו ראוי״,[87] שדעתו ״אינה נוחה״ ממנו,[88] שמעצם טיבו הוא ״מקשה הן על בעלי הדין והן על בתי המשפט [ו]כתוצאה מכך נגרם בזבוז משאבים״,[89] ש״מן הראוי למנוע פיצול זה העשוי לגרור החלטות סותרות וסיבוכים מיותרים״,[90] ושהלכה למעשה פיצול זה ״מכביד על הצדדים ועל מערכת המשפט כולה. עלויות ניהול ההליכים מאמירות, בירורם מתעכב, והדבר מטיל עומס מיותר על המערכת השיפוטית ופוגע בציבור המתדיינים כולו״.[91] יוצא אפוא כי לשיטת בית המשפט העליון עצמו, כפי שהדברים באים לידי ביטוי במילותיו הוא, גם הטיעון

86 במונחי הניתוח הכלכלי של המשפט מדובר בהגדלה של עלות הטעות (error cost) ושל עלות ההליך (process cost, ולעיתים גם direct cost), עלויות שהליך יעיל אמור לצמצם לכדי מינימום. ראו Richard A Posner, "An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration", 2 *J. Legal Studies* (1973) 399, pp. 400–402.

87 ע״א 5639/13 **סגל נ׳ ורמז**, פסקה 9 (פורסם בנבו, 2014). ראו גם ע״א 3017/21 **התעשיה האווירית לישראל בע״מ נ׳ דקל**, פסקה 15 (פורסם בנבו, 2021), שם מציין בית המשפט כי פיצול זה ״אינו רצוי״, וכי הוא אינו ״עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי״.

88 רע״א 5391/19 **בן שלמה נ׳ גלעד**, פסקה 11 (פורסם בנבו, 2019).

89 רע״א 11122/08 **אסולין נ׳ דרוקר**, פסקה 3 (פורסם בנבו, 2009).

90 ע״א 360/77 **חמאתי נ׳ חמאתי**, פ״ד לג(2) 197, בעמ׳ 202 (1979). זו הסיבה שבגינה מיום היוולדה של ההלכה פיתח בית המשפט העליון דוקטרינות פסיקתיות שתכליתן לעקוף, ולמעשה למנוע, את התוצאות הקשות שמוליד פיצול ההליכים. ראו ע״א 3347/16 **פלונית נ׳ פלוני**, פסקה 14 (פורסם בנבו, 2018).

91 עניין **זילברברג** (לעיל, הערה 65) בפסקה 17 לפסק דינה של השופטת כנפי־שטייניץ.

הכלכלי אינו איתן דיו על מנת להיוותר על מכונו. גם הוא, כמו קודמיו, מציג סגולה אידיאית של מבחן הסעד, ובמבט עומק גם הוא מתגלה כקליפה ריקה מתוכן, מליצה שמאחוריה אין דבר.

ההצדקה המהותית: מבחינה רעיונית ומעשית, גם הצדקה זו נשענת על יסודות שאינם איתנים. הסיבה לכך פשוטה: הסעד המבוקש בתביעה אינו מהווה בהכרח מדד אמין למורכבותה של התביעה, לקושי המהותי או הדיוני שהיא מעירה על מערכת השיפוט ולחשיבות המשפטית או החברתית שהיא נושאת עימה. מורכבות, קושי וחשיבות אלה הם תוצר של העובדות המהותיות שסביבן סב הסכסוך, נסיבות המקרה שהובילו את הצדדים לבית המשפט, טענותיהם של בעלי הדין, היקפן ועומקן של הראיות שכל אחד מהם מחזיק והאתגרים שמקים ההליך נוכח ההלכות המשפטיות שסובבות את עילת התביעה. מכיוון שכך, נראה כי מבחן הסעד מוביל לאפשרות שעניינים חשובים ומורכבים יגיעו לפתחו של בית משפט השלום או לשולחנו של בית המשפט המחוזי במידה דומה. ואכן, ״ככלל, תביעות בסכומים גדולים יותר אינן מעוררות בהכרח שאלות משפטיות או עובדתיות מורכבות יותר מאלה המתעוררות בתביעות אחרות״.[92]

---

92 **דין וחשבון הועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל** (1997) בעמ׳ 26 (להלן: דוח ועדת אור). תקרת סמכות מבוססת סעד, ובעיקר סעד כספי, היא לדעת חברי הוועדה מדד ״מלאכותי. אין בו כדי לאפשר הבחנה, ולו גסה ובלתי שלמה, בין עניינים מורכבים וקשים במיוחד, לבין עניינים שגרתיים״. שם, בעמ׳ 32. ההבדל בין תביעות בסכום עד תקרת הסמכות לבין תביעות הגדולות מסכום זה, קובע הדוח, ״אינו טמון בקושי העניין, או במורכבותו המשפטית. ההבדל טמון בסכום התביעה בלבד״. שם; אהרן ברק ״על הרפורמה הדרושה במערכת בתי המשפט״, **מבחר כתבים כרך ד – על בית המשפט ושופטיו** (2017) 105, בעמ׳ 110 (״במצב של היום, יש חוסר סימטריה והיגיון, כאשר סכום התביעה קובע את הערכאה הדיונית מבלי שסכום התביעה קובע את משקל הבעיה״) (להלן: ברק); סטיבן גולדשטיין ״הערות על הדו״ח של הוועדה לבדיקת המבנה והסמכויות של בתי המשפט ובעיית ההפרדה בסמכות בערכאה הראשונה״, **משפטים** יב (תשמ״ב) 160, בעמ׳ 166 (״ברור שאין קשר הכרחי בין שווי עניין ובין סיבוכו או מידת הקושי המשפטי או העובדתי שבו והרבה תיקים המוגשים לבתי משפט השלום מעמידים לפני שופטי שלום שאלות משפטיות או עובדתיות קשות ומסובכות מאוד״) (להלן: גולדשטיין); שחר גולדמן **הרפורמה המוצעת במערכת בתי המשפט: יתרונות מול סכנות** (1999) בעמ׳ 27 (״אין קשר ממשי בין סכום התביעה ומורכבות הסוגיות הנידונות במסגרתה. תביעות אזרחיות בסכומים גבוהים במיוחד אינן גוררות עמן בהכרח צורך להכריע בשאלות משפטיות סבוכות ומורכבות״) (להלן: גולדמן). בספרות התאורטית האמריקאית והקנדית עלתה ביקורת זו כמה פעמים, בעיקר בכל הנוגע להנחה המארגנת את כינונם של בתי המשפט לתביעות קטנות. שוב ושוב צוין והוסבר כי סכום התביעה או שווייה אינם מגדירים את מהותה של התובענה, ולכן אף לא את מידת מורכבותה ואת התאמתה, או את אי־התאמתה, לבירור במסגרת הליך או טריבונל מובחן. תביעות בסכומי כסף קטנים יכולות להיות מורכבות או פשוטות עובדתית, ראייתית או משפטית, משום שמורכבות או פשטות זו הן פועל יוצא של הפרמטרים שהוצגו לעיל, ולא של נקודת הקצה המגולמת ברכיב הסעד המבוקש. הנחת המוצא שלפיה תביעות הסבות סביב סכומי כסף נמוכים הם ערובה לסכסוך המתאים לבירור במסגרת הליך או טריבונל ייחודי, היא אפוא בראש ובראשונה פשטנית ולא מדויקת. להרחבה ראו: John C. Ruhnka

כדי שהסעד המבוקש בתביעה יבטא ממד אמיתי של מורכבות התביעה, נדרשת לא רק התמקדות בכל אותם גורמים שצוינו לעיל, אלא גם שהתובע – שהוא הגורם שקובע את הסעד במסגרת כתב התביעה – יפנים את מורכבותה של תביעה זו בשל אותם פרמטרים אמורים ויהיה כן דיו לפנות לבית המשפט בבקשת סעד שיש בו כדי לבטא את אותה המורכבות. דרישה זו אינה עולה בקנה אחד עם הציפיות הסבירות של מערכת המשפט עצמה מנמעניה. זו הסיבה שבגינה סכום האגרה שמשלם התובע עם הגשת התביעה נגזר באופן יחסי מסכום התביעה שאותו הוא ביקש בפועל.[93] לו נותק הקשר שבין קביעת סכום האגרה לקביעת סכום התביעה, כך קבע בית המשפט העליון עצמו, היה התובע יכול לעשות בסכום זה כרצונו, ואז להגיש תביעה מופרכת, מנופחת או לא ריאלית במהותה.[94] זו גם הסיבה שבגינה בית המשפט העליון עצמו כבר קבע כי ״לא יהיה נכון להותיר את גורל הסמכות תמיד בידי מנסח כתב התביעה״:[95] אם אכן לא ניתן לסמוך על דבריו של תובע זה בעת הגשת התביעה ככאלה שמבטאים את מהות תביעתו באשר לאופן תשלום האגרה, פשיטא כי באותה המידה לא ניתן לסמוך על דבריו של אותו אדם באותה נקודת זמן בנוגע לקביעת סמכות השיפוט העניינית. מבחן הסעד, כמו גם הקונצנזוס שלו הוא זוכה בפסיקה, אינו מציע מענה לאנומליה זו. בכך אך מתחזקת לה ההבנה עד כמה רופפים ולא יציבים הם יסודות הטיעון המהותי כבסיס לקביעת סמכות השיפוט העניינית נוכח מבחן זה.

נוסף על הבעייתיות המובנית של ארבע ההצדקות להצבתו של מבחן הסעד כרכיב שחותך את סמכות השיפוט העניינית, הרי שמבחן זה מאופיין בשני קשיים נוספים שיש בהם כדי להאיר את אי־התאמתו לחרוץ את גורלה של סמכות זו. הקושי הראשון הוא

---

and Steven Weller, *Small Claims Court: A National Examination* (1978) p. 31; Neil Vidmar, "The Small Claims Court: A Reconceptualization of Disputes and an Empirical Investigation", 18 *Law & Soc'y Rev.* (1984) 515, pp. 515–516; Barbara Yngvesson & Patricia Hennessey, "Small Claims, Complex Disputes: A Review of the Small Claims Literature", 9 *Law & Soc'y Rev.* (1975) 219, pp. 225–226, 258–259; Shelley McGill, "Small Claims Court Identity Crisis: A Review of Recent Reform Measures", 49 *Can. Bus. L.J.* (2010) 213, p. 228.

93 וראו את הוראת פריט 1 לתוספת לתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס״ז–2007, ק״ת 720. פריט זה קובע כי בתביעה כספית על התובע לשלם כאגרה 2.5% מהסכום שהוא תובע כערכו בעת הגשת התובענה.

94 ע״א 10537/03 **מדינת ישראל נ׳ יש-גד תעשיות לתשתיות (1993) בע״מ**, פ״ד נט(1) 642, בעמ׳ 648 (2004) (״האגרה אשר התובע חייב לשלם מחושבת לפי סכום התביעה ביום הגשתה אף אם בהמשך התובע מקטין את סכום תביעתו... הטעם המרכזי העומד מאחורי גישה זו הוא מתן תמריץ לתובע לקבוע את תביעתו מלכתחילה על סכום ריאלי. הגשתה של תביעה בסכום מופרז יכולה לנבוע משיקול קר ומניפולטיבי של התובע. אפשר שהתובע מעריך כי תביעה בסכום גדול תטיל אימה על הנתבע... ותביא ללחץ פסיכולוגי עליו. ייתכן שהתובע מקווה כי סכום התביעה, אף שמופרז הוא וחסר בסיס, ישמש כנקודת מוצא למשא ומתן לפשרה או אף להצעת פשרה מצדו של בית־המשפט״).

95 רע״א 4890/15 **אלוש נ׳ עיריית טבריה**, פסקה 5 (פורסם בנבו, 2015).

המשכו הישיר של קריסת הטיעון המהותי. אף שמבחן הסעד נחזה להיות מקצועי, אובייקטיבי ונקי משיקולים זרים, הרי שמדובר במבחן שכל כולו סב סביב בחירה מכוונת ומודעת של צד להליך, הוא התובע. מכיוון שכך, נתון מבחן זה למניפולציה כל אימת שהוא מופעל: ברצותו, יקבע התובע סעד העולה כדי סמכותו העניינית של בית משפט השלום, והתביעה תתברר בערכאה זו; בחפצו, יוסיף מידת מה לסעד זה, ובאורח פלא אותה התביעה – הסבה סביב אותן עובדות, נסיבות, ראיות ומסגרת נורמטיבית – כבר מופקעת מסמכותו של בית משפט השלום, ועתה מצויה בסמכותו הבלעדית של בית המשפט המחוזי.[96] מי שהידע, התחכום והממון מצויים בכיסם מוזמנים על פי מבחן זה לבחור את הפורום המתאים להם לבירור התביעה, הכול לפי האינטרס האישי שלהם עצמם, ובמנותק משאלת ההתאמה או אי־ההתאמה של ההליך המשפטי לערכאה שאליה הוא הוגש לבירור. והנתבע, אם הוא סבור כי התובע נקט תחבולה לא הוגנת, רשאי לנסות ולאתגר את סמכות השיפוט שקבע התובע ולהביא את השגותיו לפני בית המשפט שאליו הוגש ההליך לבירור. למותר לציין כי דיונים אלה בשאלה אם לבית המשפט שאליו הוגש ההליך מוקנית הסמכות אם לאו, אינם מייעלים את פעולתה של מערכת השפיטה ואינם חוסכים במשאביה של מערכת זו. ההפך הוא הנכון, הם מעכבים את בירור הדיון המהותי, הם מחייבים השקעת זמן לצורך שמיעת הטענות וההכרעה בהן, והם מצריכים השקעה של משאבים כלכליים, הן של הצדדים להליך והן של בית המשפט.[97]

גם הקושי השני הוא תוצר של חולשת הטיעון המהותי. קושי זה מבטא את הבעייתיות הגלומה בהנחת היסוד המארגנת של מבחן הסעד והיא שניתן לבצע בידול מובהק בין תביעות מורכבות (אלו שהסעד המבוקש בהן מצביע לכאורה על מורכבות מהותית או דיונית) שמופנות לבית המשפט המחוזי, ובין תביעות שאינן מורכבות (אלו שהסעד המבוקש בהן מצביע לכאורה על היעדר מורכבות מהותית או דיונית) שמופנות לבית משפט השלום. בעולם המציאות בידול זה נזנח פעמים רבות בשם ערכים כדוגמת יעילות, תפקוד מערכתי תקין והחשש מפסיקות סותרות, שהלכה למעשה עולים לאור מבחן הסעד עצמו. משמעות הדבר היא כי מבחן הסעד מבקש למנוע באופן לכאורי מצב דברים שמתקיים במציאות במשך שנים רבות, במידה רבה בשל פרדיגמת החשיבה שהוא עצמו מציע ושהוא עצמו מבקש לקדם. במקרים רבים, רבים מדי, מבחן הסעד פועל בשני מישורים סותרים: מהצד האחד הוא מבקש לכונן הפרדה בין הערכאות, שנחזית להיות

96 על פי פסיקתו של בית המשפט העליון, מצב דברים זה יתקיים לא רק אם בחר התובע, מסיבותיו שלו, מלכתחילה בסעד שמצוי בסמכותו של בית המשפט המחוזי, אלא גם אם ציין בכתב תביעתו סעד שהעניק סמכות כאמור לבית משפט השלום, ולאחר קניית הסמכות בדרך זו תיקן את כתב תביעתו באמצעות הוספה או שינוי של הסעד לכזה שמצוי בסמכות בית המשפט המחוזי. במצב דברים אחרון זה, כך בית המשפט, יועבר הדיון לבית המשפט המחוזי. ראו רע״א 2992/98 **ספקטור נ׳ מגדל חברה לביטוח**, פ״ד נב(3) 673 (1998).

97 עוד על הענקת כוח רב לתובע על פני הנתבע, שהוא רעיון יסוד בכינונו של מבחן הסעד, כמו גם על משמעותו של אפיון זה על ההליך האזרחי, ראו עניין **גבריאל** (לעיל, הערה 64) בפסקה 19.

מקצועית, כזו שנובעת מהותית מהתביעה, ולכן מחויבת המציאות, ומן הצד האחר, ובשל הקשיים המעשיים שמייצרת הפרדה זו, בוקע קולם של שיקולים מערכתיים מתנגשים שמסיגים את מבחן הסעד במקרים מסוימים, ובכך מייצרים מערך קביעת סמכות לא אחיד, שרירותי, שאך נחזה להעניק מענה כולל לאופן קביעתה של סמכות זו.

דוגמה אחת שממחישה דברים אלה ניתן למצוא בטשטוש התחומים הקיים בשאלת הסמכות לדון בתביעות מן המניין ובתביעות שכנגד. הדין קובע כי מקום שבו מוגשת בבית משפט השלום תביעה שכנגד שאינה מצויה בסמכותו של בית משפט זה, והיא נובעת מאותו נושא או סבה סביב אותן הנסיבות שמכוננות את התביעה שהוגשה לפתחו של בית משפט זה, הרי שבית משפט השלום מוסמך לדון גם בה ״יהיה שוויו של נושא התביעה שכנגד אשר יהיה״.[98] הרי לנו הבעיה במלוא עוזה: בית משפט השלום, שמבחן הסעד מבקש לבדל את סמכותו מזו של בית המשפט המחוזי, ושלכן ברגיל סמכותו מוגבלת ותחומה לסכומי תביעה מובחנים, מוסמך באורח פלא לדון בתביעה שאינה מצויה בתחום סמכותו אך ורק משום שהיא מוגשת במסגרת הליך שכנגד. הרציונל שביסוד הדברים ברור וחשוב: המחוקק ביקש למנוע את פיצול התביעה היסודית מזו שכנגד, ובכך לייעל את הליך הבירור בין הצדדים, לחסוך במשאבים ולמנוע פסיקות סותרות. אלא שפיצול פוטנציאלי זה הוא תוצר מסתבר של מבחן הסעד עצמו, ותחת התרת הסבך באמצעות תיקון התקלה גופא נמצא פתרון אד הוק באמצעות איון נקודתי של מבחן הסעד. פתרון רעוע זה אינו מסביר – לא לבעלי הדין, לא לבית המשפט ולא למתבונן מן הצד המבקש להבין כלל זה – כיצד זה נתקבלה אותה סמכות לבית משפט השלום להכריע בתובענה שהוא אינו מוסמך לדון בה, ומה בדיוק מכשיר את שופט השלום, שעד לאותו רגע לא יכול היה לכאורה להתמודד עם תביעה יסודית בעלת סעד המצוי בבית המשפט המחוזי, לדון ולפסוק בתביעה זו אך משום שהגיעה לפתחו במסגרת הליך שכנגד.

מצב דברים דומה מציע הדין מקום שבו נדרש בית משפט השלום תוך כדי הדיון המצוי בסמכותו לדון בשאלה אגבית שאינה מצויה בסמכותו. גם במקרה זה מוסמך בית המשפט להכריע בשאלה האגבית שאינה מצויה בסמכותו לצורך המענה על השאלה שמצויה בסמכותו,[99] בשל אותם רציונלים שצוינו לעיל. ושוב, גם במקרה זה לא ברור כלל כיצד ניתן מהצד האחד לבכר את ההפרדה בין הערכאות בשם מבחן הסעד, נוכח היותה נכונה לכאורה מהותית, ובאותה הנשימה להסיג מבחן זה בהיותו לא מתאים נוכח התוצאות הלא

98 סעיף 51(א)(4) לחוק בתי המשפט. וראו אף את ע״א 289/65 **רובינשטיין נ׳ רון**, פ״ד כ(1) 505 (1966), שם קבע בית המשפט העליון כי בתביעה שכנגד מוסמך בית משפט השלום לפסוק לא רק בתביעות כספיות המצויות בסמכותו של בית המשפט המחוזי אלא אף בתביעות מקרקעין המצויות בסמכות זו, כל עוד תביעת היסוד והתביעה שכנגד עוסקות בנושא אחד או נובעות מאותן הנסיבות.

99 סעיף 76 לחוק בתי המשפט.

רצויות שאותן הוא עצמו מנביע.[100] דינמיקה דומה ניתן למצוא מקום שבו סמכותה העניינית של הודעה לצד שלישי אינה תואמת את סמכותה העניינית של תביעת היסוד,[101] וגם מקום שבו כמה תביעות שהוגשו לבית משפט השלום אוחדו לאחר קניית הסמכות העניינית, כך שאיחודן מעלה את הסכום הכולל של התביעה המאוחדת לכדי סמכותו של בית המשפט המחוזי.[102] גם בהם ניכר אותו טשטוש תחומים, אותו דיבור בשני קולות סותרים: הניסיון שאותו מקדם מבחן הסעד למנוע מצב שבו שופטי בית משפט השלום פוסקים בעניינים המצויים בסמכות בית המשפט המחוזי היא בעולם המציאות דרישה לא ריאלית שקורסת על בסיס קבוע משך שנים רבות, בעיקר נוכח הבעיות המעשיות שאותן יצר מבחן הסעד עצמו.

קשיים אלה כולם סבים סביב ביטויים מעשיים של תפיסת הכוח עם הכשלים המצויים ביסוד ההצדקות למיקומו של מבחן הסעד כרכיב שמכריע את סמכות השיפוט העניינית, הם תסמינים או תוצרים של בעיית עומק: מבחן הסעד קורס כל אימת שהוא נדרש להכריע בסמכותה העניינית של תביעה שיש בה מורכבות רעיונית. למורכבות זו פנים רבות: מקום שבו התובע מבקש כמה סעדים שכל אחד מהם נתון לסמכותו העניינית של בית משפט אחר; מקום שבו התובע מעוניין לתקן את תביעתו שהוגשה כדין לבית משפט השלום בשל הסעד הכספי הנמוך הנדרש בה, לכדי תביעה שהסעד הכספי הנתבע בה מצוי בסמכותו השיורית של בית המשפט המחוזי; מצב שבו ההליך כולל הודעה לצד שלישי או תביעה שכנגד שאינן מצויות בסמכותו של בית המשפט שאליו הוגשה תביעת היסוד, ועוד כהנה

---

100 תהייה זו בנוגע לשתי דוגמאות אלה קיבלה ביטוי עוד לפני שחוקק חוק בתי המשפט הישן. בדיון שהתקיים בכנסת לפני הקריאה הראשונה על חוק זה, ביום 15.11.1955, מתועד חבר הכנסת נחום ניר־רפאלקס (ממפלגת ״אחדות העבודה – פועלי ציון״) כשהוא מפנה לשר המשפטים שהציג את החוק, פנחס רוזן, ולמליאה כולה את הדברים האלה: ״אם במשפט הוגשה על ידי התובע [הכוונה היא לנתבע – א.ט.] תביעה נגדית, שבעצם צריכה להיות נידונה במשפט יותר גבוה, לשופט יש רשות לברר גם תביעה נגדית זו; זאת אומרת אם בבית משפט שלום שסמכותו ביחס לתביעות מגיעה עד לסכום של 1,500 לירות, הנתבע מגיש תביעה שכנגד, למשל על 100,000 לירות, אותו שופט שלום מוסמך לדון בתביעה זו. נשאלת השאלה: אם שופט שלום יכול לדון בתביעה כזו בתור תביעה נגדית, מדוע אינו מסוגל לדון בה כאשר תביעה זו תהיה לא נגדית אלא יסודית? הוא הדין לגבי סעיף 31 האומר שאם הובא עניין לפני בית המשפט ונתעוררה בו שאלה שבדרך כלל ההכרעה בה צריכה להיות בבית משפט אחר, אותו בית משפט רשאי ומוסמך להכריע בשאלה; זאת אומרת שאם בבית משפט שלום מתעוררת איזו שאלה שבעצם צריכה להיות נידונה בבית משפט מחוזי, בכל זאת בית משפט השלום מוסמך לדון בשאלה זו״. ראו ד״כ 15.11.1955, 326–327.

101 שאז בית המשפט שקנה סמכות עניינית בתביעת היסוד קונה גם סמכות בהודעה לצד שלישי, אף שזו אינה מצויה ברגיל בסמכותו. ראו: בג״ץ 336/99 **דלתא להשקעות ולמסחר (קרני שומרון) בע״מ נ׳ בית המשפט לעניינים מקומיים באריאל**, פ״ד נה(3) 246, בעמ׳ 256–257 (2001); גורן (לעיל, הערה 10) בעמ׳ 188.

102 שאז הן עדיין נדונות בבית משפט השלום, אף שעל פי מבחן הסעד בית משפט זה אינו מוסמך לדון בתביעות שהסכום הנדרש בהן מצוי בסמכותו השיורית של בית המשפט המחוזי. ראו רוזן־צבי (לעיל, הערה 32) בעמ׳ 309.

וכהנה. לכל אחד ואחד ממקרים אלו נתן בית המשפט העליון מענה נקודתי שיש בו כדי להתיר את הסבך באופן מובחן. בכל פעם מחדש נתקל בית המשפט בבעיה שהיא תוצר ישיר של מבחן הסעד, ובכל אחת מהפעמים הללו הוא קובע עיקרון או מעצב סייג שמתיר את הסבך הנקודתי שיצר מבחן זה.

דא עקא שבאמצעות כך הוא אינו מטפל בבעיית השורש הנמצאת ביסוד כל מקרה ומקרה נקודתי שכזה, הבעיה שמנביעה כל קושי שתואר לעיל ושמהווה את הסיבה להיווצרותן של אותן בעיות עומק בקביעת סמכות השיפוט העניינית – יישומה של תפיסת הכוח ובעקבות זאת החלתו המעשית של מבחן הסעד כרכיב הבלעדי לכינונה של סמכות זו. עד עתה לא עלה בידי בית המשפט להביט בכל אותם מקרים שתוארו לעיל בפרספקטיבת רוחב שיש בה כדי לזהות את עומק הכשל העקרוני שעליו מצביע כל מקרה ומקרה שכזה על אודות הרעיון שביסוד תפיסת הכוח ובבסיס זרועה הארוכה, הוא מבחן הסעד. תחת זיהויו כזרע הפורענות, כמקור ליצירת הבעיות הדורשות מוצא, ממצב בית המשפט את מבחן הסעד כפתרון דיוני ראוי, ולכן בוחר שוב ושוב בתפיסת הכוח כעיקרון המארגן את סמכות השיפוט העניינית. עתה, משראינו כי מבחן זה אינו המשתנה המיטבי לקביעת סמכות השיפוט העניינית, יש לאפיין אפוא, במבט צופה פני עתיד, כיצד יהיה נכון להחליפו. בכך יעסקו הדברים הבאים.

ג. סמכות השיפוט העניינית: לקראת חשיבה מחודשת

הדיון שהתקיים עד כה הראה כי אופן קביעתה של סמכות השיפוט העניינית, לאמור שיוכה של תביעה למרחב השיפוט הייחודי של טריבונל נתון, על בסיס הסעד המבוקש בתובענה זו אינו אומר דבר על מהותו של הטריבונל הנדרש להכריע בפלוגתה. פגמיה הרבים של תפיסת הכוח מראים כי הדברים נכונים בעיקר כשהסעד הוא כספי: טריבונלים שונים, ובכללם גם בתי המשפט האזרחיים, רשאים לפסוק סעדים כספיים שונים, והדבר אינו מצביע על אפיון מהותי שלהם, לא כל שכן על זהותה של התביעה שבה נדרש סעד זה. ואף על פי כן, סמכות השיפוט העניינית בבתי המשפט האזרחיים דבקה במבנה רעיוני זה במשך שנים רבות, ואף ממשיכה וגוזרת ממנו את פיצול סמכויותיהם של בתי משפט אלה, ובמקרים מסוימים, שנדונו לעיל, אף את פיצולה של אותה התביעה לשני הליכים נפרדים שבכל אחד מהם מתבקש סעד שונה. יש אפוא לבחון כיצד ניתן לחשוב מחדש על סוגיה זו, הפעם באמצעות התובנות שמעניקה לנו פרדיגמת הגבולות.

כזכור, אחד המאפיינים המכוננים של פרדיגמה זו היא השאיפה להביט בשאלת הסמכות העניינית, הן של כל טריבונל והן של המערכת השיפוטית כולה, שלא באופן נקודתי אלא כולל. מבט זה מבקש לעצב שייכות מוסדית שמגדירה את הערכאה הספציפית ששאלה זו נדרשת בעניינה, ובו בזמן את שאר הערכאות שמצויות מחוץ לה. יישומה של תבנית חשיבה זו דורש שינוי בשלושה מישורים רעיוניים ומעשיים שמשלימים זה את זה:

הראשון הוא הפקעת האפשרות שמוענקת לתובע לבחור את ערכאת השיפוט לפי ניסוח הסעד בכתב תביעתו; השני הוא איון פיצול ההליכים, ולמעשה ריכוז בירורן של כלל התביעות האזרחיות במקום אחד באופן שיטתי. השלישי, שהוא אף הנפקות המבנית של השינוי הנדרש, הוא ביטול תיחום הסמכויות בין בית משפט השלום ובין בית המשפט המחוזי כערכאת דיון ראשונה.

לא רק ששלושת אלה הם תוצר ישיר של תפיסת הכוח שהולידה את מבחן הסעד, ולא רק שכאמור לעיל הם מרבים דיונים מיותרים ולכן מנביעים בזבוז משאבים והיעדר יעילות, אלא שכל אחד מהם מחזק את הכשל המהותי המאפיין את מבחן הסעד כזרוע הביצועית של תפיסת הכוח: העיקרון המארגן שבבסיסם אינו אומר דבר ממשי על הסכסוך מושא ההליך ועל בית המשפט שנדרש לדון בסכסוך זה. תביעות אזרחיות צריכות להתברר במקום התואם את מהותן ולא בערכאה שהתובע בוחר באופן שמזמן מורכבות וקשיים מהסוגים שתוארו לעיל. חיתוך סמכות השיפוט העניינית נדרש להיות מהיר, פשוט, ודאי והגיוני מהותית, כלומר כזה שמקיים מתאם בין גלעין התביעה ובין בית המשפט שמברר אותה. מצב הדברים הקיים בהליך האזרחי אינו עומד בכל אלה.

בית המשפט העליון מתאונן זה עשורים על תיחום הסמכויות בערכאת הדיון, כמו גם על שימורה לאורך שנים כה רבות של הלכת פיצול הסעדים הנובעת ממבחן הסעד.[103] עיקר הקובלנה סב סביב התוחלת השלילית וההכבדה המעשית שעקרונות אלה מייצרים, ופחות סביב העובדה הפשוטה שאין בעקרונות אלה כדי לקדם את ייחוד זהותם של בתי המשפט האזרחיים. אפיון כולל של סמכות השיפוט העניינית בטריבונלים אלה אפוא דורש את הסרת המכשולים האמורים כחלק ממהלך כולל שיש בו כדי להגדיר את גבולות מערכת השיפוט ואת היחסים בין כל טריבונל וטריבונל במערכת זו.

---

103 עניין **חסן** (לעיל, הערה 64) בעמ׳ 13 (״קשה לגלות סיבה סבירה לכך, מדוע ממשיך להתקיים הפיצול בין סמכויותיו של בית משפט השלום לבין זה של בית המשפט המחוזי... היינו מדוע בית משפט השלום אינו מוסמך לדון גם בתביעות בעלות במקרקעין בתחום סמכויותיו... 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״); ר״ע 535/83 **אשתר נ׳ נפתלי**, פ״ד לח(2) 167, בעמ׳ 168 (1984) (״יש לשוב ולהתריע על ריבוי ההתדיינויות ופיצול ההליכים המיותר״); ע״א 476/88 **אשתר נ׳ נפתלי**, פ״ד מה(2) 749, בעמ׳ 758 (1991); עניין **ג׳מיל** (לעיל, הערה 64) בעמ׳ 560 (״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... 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״); רע״א 5071/03 **הוך נ׳ גבע**, פ״ד נח(2) 49, בעמ׳ 52 (2003); עניין **בר־עוז** (לעיל, הערה 66) בפסקה 7 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (״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 שיפוטיים יקרי ערך״).

הניסיון המערכתי החשוב ביותר עד כה שביקש לפסוע בדרך האמורה בא לידי ביטוי בדוח ועדת אור.[104] ועדה זו, שבראשה עמד שופט בית המשפט העליון תיאודור אור, הוקמה כדי לבחון את מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל ואת חלוקת הסמכויות הנהוגה בהם. בדוח שהוציאה מתחת ידה קבעה הוועדה כי ״אין הסבר ענייני משכנע באשר לחלוקת הסמכויות בין בית המשפט המחוזי ובין בית משפט השלום בשיבתם לדון כערכאה ראשונה״.[105] חלוקה זו, לדברי הוועדה, ״מביאה לא אחת למחלוקות ולהתדיינויות מיותרות בענייני סמכות״,[106] והותרתה על כנה אינה יעילה, מסובכת, מיותרת, שגויה מהותית ודורשת השקעת זמן, כסף ומאמץ חסרי תוחלת.[107] לפיכך ביקשה הוועדה לאמץ רפורמה מבנית במערכת בתי המשפט תוך כדי קידום רעיון ייחוד זהותם של בתי המשפט האזרחיים. כדי לעשות כן הוצע לאמץ מודל מערכתי שבמסגרתו כל ערכאה במערכת בתי המשפט הרגילה תובחן מרעותה לפי הווייתה ולאור מהותה: בית המשפט העליון יפסוק בערעורים ברשות על פסקי דין של בית המשפט המחוזי ובעניינים בעלי חשיבות חוקתית וציבורית המצריכים דיון והכרעה בערכאת השיפוט העליונה או האחדה ופיתוח הדין; בית המשפט המחוזי יעסוק בערעורים בזכות על פסקי דין של בית

104 דוח ועדת אור (לעיל, הערה 92). עובר לוועדה זו עלתה הסוגיה לדיון כמה פעמים, בעיקר במסגרת הצעות לביצוע רפורמה מבנית ומהותית במערכת בתי המשפט. החשובה שבהן באה לידי ביטוי ב**דין וחשבון הועדה לבדיקת המבנה והסמכויות של בתי המשפט** (1980) (להלן: דוח ועדת לנדוי). ועדה זו דנה בהצעה לאחד את בתי משפט השלום והמחוזי לכדי ערכאת שיפוט ראשונה כוללת. בסופו של עניין החליטה הוועדה לדחות הצעה זו, בעיקר בשל הרצון לשמר הפרדה קשיחה שתבטא היררכיה בין טריבונל עממי ונגיש שפוסק בעניינים קלים ובין ערכאה שעוסקת בעניינים מורכבים, ושהשופטים שמרכיבים אותה מאופיינים בניסיון ובידע ניכרים. ראו שם, בעמ׳ 30–31. תחת זאת הציעה הוועדה לעצב שינוי מבני שבמסגרתו תחולק מערכת בתי המשפט לארבע ערכאות. הערכאה הנוספת הייתה עתידה להיות ערכאת ערעור, שתמוקם בין בית המשפט המחוזי לבית המשפט העליון ותדון בערעורים על פסקי דין של בית משפט השלום ועל הכרעות של בית המשפט המחוזי שניתנו בדן יחיד. לביקורת על דוח ועדת לנדוי ראו Stephen Goldstein, "On Unifying the Israeli Trial Court Structure", 18 *Isr. L. Rev.* (1983) 76. רוח דברים דומה נשבה מהצעת רפורמה נוספת שעלתה כמעט עשור לאחר מכן בידי שר המשפטים דאז אברהם שריר במסגרת הצעת חוק לתיקון חוק־יסוד: השפיטה (תיקון) וחוק השפיטה (הוראות מעבר), התשמ״ח–1988, ה״ח 206. גם הצעה זו ביקשה לחצוץ בין בית המשפט המחוזי לבית המשפט העליון, והפעם בהותרת מבנה שלוש הערכאות ובהוספת מנגנון ערעור שיחסום את הגשת הערעור בין הערכאות הדיוניות לבית המשפט העליון. גם הצעה זו לא יושמה בסופו של דבר, וגם היא זכתה לביקורת, בעיקר מצד שופטים ועורכי דין. להרחבה ראו משה בורונובסקי ורן לחמן ״סקר עמדות עורכי דין ושופטים בסוגיית הרפורמה בבתי המשפט״, **מחקרי משפט** ח (תש״ן) 139. להצעה מוקדמת יותר, לריכוז סמכויות השיפוט במסגרת מבנית שונה במעט, גם היא כזו שלא יושמה הלכה למעשה, ראו ש׳ גנוסר ״עיכוב הדיון״, **הפרקליט** לא (תשל״ז–תשל״ח) 29.

105 דוח ועדת אור (לעיל, הערה 92) בעמ׳ 16.

106 שם.

107 שם, בעמ׳ 34–35.

משפט השלום ובעניינים נקודתיים, בעיקר מִנהליים, שלהם הוסמך במפורש; ולבסוף בית משפט השלום יהפוך לערכאת הדיון הכללית שלה סמכות השיפוט השיורית לפסוק בכל העניינים האזרחיים.

ההתמקדות בצורך לפשט, לייעל ולהחיש את פעולת בתי המשפט האזרחיים סייעה לוועדה להגיע למסקנה נשזרת, כמעט סמויה מן העין, שלפיה שיוך תביעות בערכאות אלה צריך להיעשות לפי זהות מובחנת של כל טריבונל במערכת זו. מתוך שלא לשמה,[108] כמו מבלי משים, וממילא ללא אמירה מפורשת, אימצה בכך הוועדה את מימושה בפועל של פרדיגמת הגבולות.

מסקנות הוועדה בנוגע למבנה חלוקת הסמכות העניינית בבתי המשפט הרגילים לא אומצו ברובן, אך כיוון החשיבה שהציע הדוח נכון במובהק, ויש להעמיקו. במבנה דיוני מבוסס מהות אין עוד מקום למבחן הסעד, אין משמעות לתפיסת הכוח המכוננת אותו, וממילא אין עוד תוחלת בכל הלכות הפיצול, האיחוד, הטפל והעיקר שנגזרו מהם. כל התביעות צריכות להידון בערכאה אחת לפי חלוקה מקצועית קבועה הנוגעת לטיבן. חלוקה זו לאגפים מובחנים תוביל למצב דברים שבו כל אחד ממדורים אלה יהיה אמון על התחום המשפטי המהותי שאליו הוא משויך, יעסוק בו שיטתית ויפתח בו מומחיות. כך יאומץ מבחן מהות הסכסוך כרכיב הדיוני שחותך את סמכות השיפוט העניינית גם בבתי המשפט האזרחיים, והפעם במסגרת שינוי רעיוני ומבני כולל שיש בו כאמור משום ביטוי לזהותה המובחנת של כל ערכאה במערכת זו, כמו גם לאפיונו המהותי של כל סכסוך שאמור להתברר בה.

1. פרדיגמת הגבולות ומבחן מהות הסכסוך: אתגרים ופתרונות

ליישומם המעשי של דברים אלה, המבטאים אימוץ של פרדיגמת הגבולות, מיוחסים כמה חסרונות עקרוניים. ראוי לעמוד בקצרה על טיבם ולהבין כי במבט עומק אין בהם כדי לאיין את הצורך ליישם את אימוץ השינוי הנדרש.

חיסרון לכאורי ראשון עולה מן הטענה שלפיה התמקדות במהות הסכסוך בשלב קביעת הסמכות יהפוך שלב מקדמי זה, שאמור להיות קצר פשוט ובהיר, לארוך מורכב ולא ודאי.[109] הצורך באפיון תוכני עובר לניתוב המערכתי, כך הטענה, מנביע קושי באבחון נכון ומהיר של העילה הן בעת הגשת התביעה (למשל בשל ניסוח מעורפל או תביעה

108 ״מתוך שלא לשמה בא לשמה״: בבלי סנהדרין דף קה, עמוד ב׳.

109 עניין **אלדרמן** (לעיל, הערה 64) בעמ׳ 534 (״המבחן של מהות הסכסוך, אילו אומץ, היה דורש, לפחות בחלק מהמקרים, לבחון ולבדוק את כתב־הטענות הנגדי שהוגש. כך עלול להיפתח פתח למחלוקת נוספת בין בעלי־הדין מעבר לזו שלגופם של דברים. 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״); כהן, מבחן הסעד (לעיל, הערה 50) בעמ׳ 540.

המבוססת על כמה עילות) והן בעת בירורה (למשל בשל הוספה, השמטה או צירוף של עילות תביעה).

בטענה זו יש ממש רק מקום שבו קיימת יותר מזירה אחת שבה תביעות אזרחיות יכולות להתברר, היינו רק כאשר תביעה יכולה למצוא עצמה בבית משפט השלום או המחוזי נוכח פעולה או בחירה של מי מבעלי הדין. אלא, וזה עיקר, שאימוץ פרדיגמת הגבולות מבקש לעצב בד בבד עם טיוב אופן חיתוך הסמכות גם שינוי מבני שיש בו כדי לרכז את כלל התביעות האזרחיות בערכאה אחת, ערכאה דיונית שבה יתבררו כלל ההליכים על פי חלוקה מקצועית. בזירה דיונית כזו קטן הסיכוי לסרבול או לשגיאה בניתוב ובשיוך הסכסוך ליעדו: תביעה אזרחית תוגש רק לערכאה אחת, היא תנותב למדור המתאים ולמותב שידון בה, ובדומה לזה גם תטופל באופן דומה דיונית ומהותית כמו שאר התביעות שנותבו לאגף זה. בדרך זו תגבר האחידות בטיפול המשפטי בתביעות ותתחזק הוודאות הדיונית בקרב המתדיינים בהליך. נראה כי המענה לטענה זו אף מעיד על חשיבות הקשר, שאינו בר הפרדה, בין אופן קביעתה של סמכות השיפוט העניינית ובין מבנה ערכאות השיפוט בהליכים האזרחיים. אימוץ פרדיגמת הגבולות מחייב שינוי עומק מבני, המתבטא בביטול תיחום הסמכויות בין בית משפט השלום ובין בית המשפט המחוזי כערכאת דיון ראשונה באופן ששזור עם שינויים רעיוניים ומשפטיים לכדי תבנית חשיבה כוללת.

חיסרון שני, גם הוא לכאורי ברובו, נובע מן החשש שמזמנת הבניית מערכת המשפט באופן המתואר לעיל בנוגע לבית המשפט העליון. אם תיושם רפורמה זו, הרי שעניינים אזרחיים יגיעו לפתחו של בית המשפט העליון רק במסגרת קבלת בקשת רשות ערעור (בר״ע), להבדיל מהמצב הנוהג היום שבמסגרתו תיקים שהוכרעו בבית המשפט המחוזי כערכאת דיון ראשונה נדונים בבית המשפט העליון כערעור בזכות. שינוי זה, כך הטענה, עלול להרחיק את בית המשפט העליון מהתערבות בהכרעות אזרחיות, וממילא לייצר מעורבות מוגבלת שלו בפתרון סכסוכים אזרחיים ובקביעת הלכות מהותיות ודיוניות מחייבות בתחום זה.[110]

טענה זו היא, ככל הנראה, נכונה בהיבטה המהותי: אימוץ פרדיגמת הגבולות יפחית את מצבת התיקים האזרחיים שבהם יהיה בית המשפט העליון מעורב. גם הנגזרת הישירה של הדברים היא ככל הנראה נכונה: מכיוון שמצבת התיקים שלו תקטן, פשיטא כי בית המשפט העליון יקבע מסמרות במספר קטן יותר של תיקים אזרחיים ביחס למצב דהיום. אלא שטענה זו מבוססת על ההנחה שלפיה כמות ההחלטות שמנפק בית המשפט העליון מגלמת את עיקר המהות של המשפט הנוהג, ולכן שהפחתה במספר החלטותיו עלולה לפגוע בעיצובה של מסגרת נורמטיבית זו.

110 גולדמן (לעיל, הערה 92) בעמ׳ 49.

הנחה זו היא בעייתית. כבר היום בית המשפט העליון אינו פוסק ברוב השאלות המשפטיות שמעסיקות את מערכת המשפט, אף לא ברוב החשובות שבהן.[111] כמות ההחלטות שמקבל טריבונל זה אינה נקשרת ישירות לאיכותן או למידת השפעתן של החלטות אלה. במובן זה, מצב הדברים העתידי הגלום באימוץ פרדיגמת הגבולות טומן בחובו הזדמנות רבת ערך: בית המשפט העליון לא ייאלץ עוד לכלות את זמנו בהשגות רבות על כל החלטה שקיבל בית המשפט המחוזי בהליך ראשון רק בשל היותו ערכאת הערעור הדנה בהחלטות אלה. תחת זאת הוא יוכל לבחור את אותם המקרים שהם בעיניו בעלי החשיבות המשפטית והציבורית הגבוהה ביותר ולקבוע בהם הלכות מחייבות שיתרמו להאחדת הדין ולפיתוחו. כך תינתן לבית המשפט העליון האפשרות לעצב קורפוס משפטי שיאיר את דרכן של הערכאות דלמטה לא כמקור חובה גרידא אלא קודם כול כמקור השראה וחזון.

החיסרון השלישי מציג את המשכו הישיר של החיסרון הקודם: ניתוב כלל הסכסוכים האזרחיים לפתחו של בית משפט השלום עתיד להגביר את עומס ניהול התיקים הקיים ממילא בערכאה זו, ולכן להכביד על שופטי השלום ולהקשות עליהם את ביצוע תפקידם השיפוטי. יתרה מזאת, תיקון מהסוג שמוצע כאן יחייב פעולות נשזרות נוספות, שעיקרן שינוי תחיקתי, שינוי בהקצאת משאבים בערכאות הדיון, הקמת אגפים מובחנים והוספת תקני שיפוט בבית משפט השלום.

סיפת הטיעון באשר לצורך בביצוע תיקוני חקיקה ובהפניית משאבי שיפוט היא נכונה בהחלט, וככזו אף אינה חדשה. כבר בדוח ועדת אור הוצע לעשות כן כחלק ממהלך משולב לשינוי מערכתי כולל.[112] יתרה מזאת, נראה כי אף אין מדובר בחיסרון של ממש. תיקון חוק בתי המשפט באופן שיהפוך את שאלת סמכות השיפוט העניינית למדויקת יותר הוא פעולה חיובית שביצועה יאפשר לבתי המשפט לפעול באופן פשוט, מהיר ויעיל יותר. כך אף בכל הנוגע להפניית משאבים לבתי המשפט העמוסים יותר בשל ההצעה האמורה: מספר התקנים בבית משפט השלום ודאי יגדל, אך מיצוב בית המשפט המחוזי כטריבונל שעיסוקו העיקרי הוא טיפול בערעורים יקטין את נפח התיקים שבהם הוא נדרש לעסוק. מכיוון שכך, הוא אף עתיד להקטין את מספר השופטים בבית משפט זה, ובכך לסייע בקיזוז ההוספה בבית משפט השלום עם פיחות מינוי השופטים בבית המשפט המחוזי.[113] גם הפניית משאבים זו אפוא עשויה בטווח הארוך להיטיב עם מערכת המשפט ולטייב את פעילותה השוטפת.

---

111 אורי אהרונסון ״המשפט מערכאות הדיון״, **מעשי משפט** טו(1) (2017) 135, בעמ׳ 137–138. אהרונסון מציג שתי סיבות עיקריות לכך: האחת בדמות חסמים מוסדיים וחברתיים והשנייה בדמות מניעים אנוכיים של הצד המפסיד בהליך הראשון, שפעמים רבות אינם עולים בקנה אחד עם תועלות חברתיות כדוגמת פיתוח הדין. להרחבה ראו: שם.

112 דוח ועדת אור (לעיל, הערה 92) בעמ׳ 125–126.

113 שם, בעמ׳ 83–84.

רישת הטיעון באשר להכבדה על שופטי בית משפט השלום דורשת התייחסות נקודתית. בשל אופיו העובדתי של חלקו האמור של הטיעון, הרי שהוא בר בדיקה אמפירית, למצער בכל הנוגע לנתונים הקיימים על מצבת התיקים בבתי משפט השלום והמחוזי בשנים האחרונות. עיון בנתונים הרשמיים שפרסמה הנהלת בתי המשפט באשר לשנים 2017–2022 מראה כי אימוץ השינוי המבני המוצע כאן היה מוסיף לבית משפט השלום כ־4% מסך העבודה שממילא קיימת בטריבונל זה. הרי לנו הנתונים:[114]

שנה	תיקים שנפתחו בבית משפט השלום	תיקים שנפתחו בבית המשפט המחוזי
2022	180,390	7,658
2021	157,366	6,654
2020	194,509	8,428
2019	186,612	7,506
2018	185,218	8,188
2017	183,997	8,995

הוספת 4% לעומס העבודה הקיים היא ללא ספק פעולה שמחייבת התמודדות אפריורית. התמודדות זו יכולה להתבטא באופנים כלכליים (באמצעות הגדלת תקציבים ותקני שיפוט) ובכלים מערכתיים (באמצעות הרחבת מנעד האפשרויות לסיים סכסוכים שהוגשו לפתחו של בית המשפט העמוס יותר שלא באמצעות בירור משפטי המחייב דיון והכרעה על ידי שופטים).[115] עם זאת, ואף שמדובר בהעמקה מסוימת של העומס הקיים

114 כל הנתונים שלהלן לקוחים מהמקורות הבאים: הנהלת בתי המשפט **דו״ח שנתי 2022** (2023) בעמ׳ 25, 37; הנהלת בתי המשפט **דו״ח שנתי 2021** (2022) בעמ׳ 25, 37; הנהלת בתי המשפט **דו״ח שנתי 2020** (2021) בעמ׳ 25, 37; הנהלת בתי המשפט **דו״ח שנתי 2019** (2020) בעמ׳ 25, 37; הנהלת בתי המשפט **דו״ח שנתי 2018** (2019) בעמ׳ 17, 25; הנהלת בתי המשפט **דו״ח שנתי 2017** (2018) בעמ׳ 17, 25.

115 צעד ממשי בכיוון זה ניתן למצוא כבר היום בהוראות פרק ד׳ לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות. להבדיל מהוראות הדיון שנהגו לפי תקנות סדר הדין האזרחי הוותיקות, פרק זה מחייב את הצדדים להליך להיפגש זה עם זה בתוך שלושים ימים ממועד המצאתו של כתב הטענות האחרון לצורך ליבון יריעת המחלוקת וקידום הגילוי והשקיפות ביניהם, ראו תקנה 35(א) לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות. נוסף על זה, פרק זה מרחיב את הליך המהו״ת ואת השימוש בו בידי המתדיינים בהליך, בשלושה היבטים שונים: ראשית, בנוגע למספר בתי המשפט, וממילא למספר ההליכים האזרחיים, שבהם יוחל הליך זה. סדר הדין הוותיק החיל את הליך המהו״ת על מספר נתון ומובחן בלבד של בתי משפט שלום. לעומת זאת

היום, יש לומר כי לא בנתון דרמטי עסקינן, בוודאי לא בכזה שעלול להוביל להפקעת יכולתו של בית משפט השלום לפעול כשם שהוא פועל בימים כתיקונם. אדרבה, אימוץ פרדיגמת הגבולות כמכלול אמורה, כזכור, להוביל אף לניתוב התיקים האזרחיים למדורים ייעודיים. פעולה זו עתידה לפתח מומחיות שיפוטית בנושאי הדיון.[116] מכאן שתוצאה מסתברת זו עשויה לקצר את משך זמן הטיפול בתיקים דומים ביחס לזה שמושקע היום, להגדיל את היעילות המערכתית הנוגעת לטיפול זה, לחסוך במשאבים, וככל הנראה אף להוביל לפסיקות מדויקות יותר בהיבט המהותי.

אכן, אף שמבחן מהות הסכסוך מבוסס על תשתית רעיונית איתנה, יש להכיר בכך שגם הוא מעורר קשיים פרקטיים מסוימים. כשלעצמו, המבחן נשען על הנחת יסוד שלפיה ניתן לזהות את מהותה המובחנת של כל תובענה ולגזור ממנה את זהותה של הערכאה המוסמכת לדון בה. הנחה זו מבקשת לתרגם מבנה מושגי של שייכות מוסדית לכלל פעולה יישומי. עם זאת במקרים מסוימים מתגלה כי תרגום זה איננו פשוט, וכי הוא עלול לעורר שאלות באשר לגבולותיה של כל ערכאה ולדרך הסיווג של תובענות מורכבות.

נראה כי בשלושה מקרים עיקריים עולה קושי זה: **ראשית**, במקרים שבהם התובענה כוללת כמה עילות תביעה שכל אחת מהן משייכת את הסכסוך למסגרת מוסדית אחרת. כך יקרה מקום שבו, למשל התובענה נשענת בעת ובעונה אחת על עילה חוזית שעניינה הפרת התחייבות הנובעת מהסכמה בין הצדדים ועל עילה נזיקית שעניינה הפרת חובה כללית שמקורה בדין כלפי הציבור בכללותו; שתי העילות יונקות מתפיסות הסדר שונות, האחת פרטית-הסכמית והאחרת כללית-עוולתית. לפיכך הן עשויות להצביע על זיקות מוסדיות שונות; **שנית**, הקושי האמור עלול להתעורר אם עילת התביעה אחת היא, אולם הסעד המבוקש נוגע לתחומים מוסדיים שונים, ולכן הכרעה באחד מהם משליכה בהכרח על האחר. כך יקרה אם עילת התביעה היא חוזית גרידא, למשל הפרת התחייבות שניתנה בין הצדדים, אך מימושה מחייב תוצאה בעלת אופי קנייני, כגון שינוי ברישום הזכויות

תקנות סדר הדין האזרחי החדשות מחילות את ההליך על כלל בתי משפט השלום; שנית, בנוגע לסוג התביעות שבהן יוחל הליך זה. סדר הדין הוותיק קבע כי הליך המהו״ת יוחל על תביעות שסכומן או שווי נושאן גדול מ־75,000 ₪. לעומת זאת התקנות החדשות קובעות כי הליך זה יוחל על תביעות שסכומן או שוויין גדול מ־40,000 ₪; שלישית, בנוגע לסמכותו של המגשר בהליך זה. התקנות הוותיקות קבעו כי סמכותו של המגשר מצומצמת להליך הגישור בלבד. במסגרת זו הוא נדרש להסביר לבעלי הדין את יתרונותיו של הליך הגישור ולבחון איתם את האפשרות ליישב את התובענה בגישור. לעומת זאת התקנות החדשות משמיטות את סיפת הדברים, ובכך מרחיבות את היריעה בקובען כי נוסף על ההסברים על העקרונות ועל היתרונות הגלומים בהליך זה, מגשר המהו״ת יבחן עם הצדדים להליך ״את האפשרות ליישב את הסכסוך״ (תקנה 37(ה) לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות), היינו לבחון את מכלול הדרכים הקיימות לצורך סיום הסכסוך שלא באמצעות הכרעה שיפוטית (לרבות בוררות, פשרה, הסכמה וכו׳). להרחבה ראו אסף טבקה ״פרדיגמת מערך ההליכים המקדמיים בסדר הדין האזרחי החדש: מאפיינים דיוניים ומהותיים״, **קריית המשפט** יב (תשפ״ד-2024) 5.

116 ברק (לעיל, הערה 92) בעמ׳ 109.

במקרקעין או העברתן. במצב זה, אף שהסכסוך נשען על מהות אחת, ההכרעה בו נושאת עימה השלכה מוסדית החוצה את גבולות תחומו הטבעי של המשפט החוזי; **שלישית**, הקושי האמור עלול להתעורר אם מהות הסכסוך ניתנת לפירושים שונים, או כאשר קיימת חפיפה רעיונית בין תחומי עיסוקם של בתי משפט שונים באופן שמעמעם את הגבול שבין הערכאות. כך יקרה למשל אם הסכסוך נסב על ניתוק חד־צדדי של משא ומתן מתקדם, וניתן לתחום את מהותו הן במסגרת דיני החוזים (כהפרה של חובת תום לב במשא ומתן) והן במסגרת דיני עשיית עושר (כהתעשרות שלא כדין על חשבון הזולת). במצב דברים זה אין קיימת ״נקודת אחיזה״ מובהקת במערכת נורמטיבית מובחנת אחת, והחפיפה המושגית בין שתי ההסדרות מערפלת את הגבול המוסדי הטבעי שממנו אמורה להיגזר סמכות השיפוט העניינית. מצבים אלה מחדדים את הצורך לקבוע מנגנון יישומי שיבטיח ודאות מוסדית מחד גיסא, וישמר את הרציונל המהותי של מבחן זה מאידך גיסא.

פתרון אחד לקשיים אלה עשוי להימצא בקביעת מבחן עזר שעיקרו איתור ליבת הסכסוך. מבחן זה יתמקד בזיהוי הגרעין המהותי של התובענה, אותה סוגיה מרכזית שסביבה מתארגנים יתר רכיביה של המחלוקת. במקרים שבהם קיימות עילות תביעה שונות או סעדים מגוונים, יבחן בית המשפט איזו מן הסוגיות היא בעלת המשקל הנורמטיבי והמעשי הרב ביותר, לפי תוכן הטענות, טיב ההכרעה המבוקשת והשלכתה על מכלול היחסים שבין הצדדים. בדרך זו ניתן לשמר את אופיו המהותי של המבחן תוך כדי צמצום הסיכון לפיצול מלאכותי של ההליך ולפגיעה בעקרון הוודאות השיפוטית.

פתרון נוסף הוא עיצובם של כללי סיווג היירכיים אשר ינחו את הערכאות בבואן לקבוע את זהותה של הערכאה המוסמכת. בכלל זה ניתן לשקול קביעת סדר עדיפויות נורמטיבי בין סוגי עילות, שלפיו עילות בעלות משקל ציבורי או מערכתי רב, דוגמת סוגיות קנייניות או סטטוטוריות, יכריעו את הכף לעניין הסמכות. צעד זה יאפשר למערכת המשפט ליישם את המבחן, מושא ענייננו, באופן אחיד ועקיב. נוסף על זה, צעדים אלה עשויים להבטיח כי יישומו של מבחן מהות הסכסוך יוסיף לשקף שייכות מוסדית מהותית מבלי שיתרונותיו הרעיוניים ייפגעו בגלל הקשיים המובנים שביישומו בפועל.

יישומם של כללים אלה דורש, מטבע הדברים, עיצוב פרשני זהיר והנחיה מוסדית ברורה. עקרון ההיירכייה בין עילות התביעה מחייב קביעה שיטתית של סדרי עדיפות מהותיים המבוססים על התכלית הנורמטיבית של כל סוג עילה ועל טיבה של הערכאה שנועדה לדון בה. כך, סוגיות בעלות השלכה רוחבית על מדיניות ציבורית או על עקרונות יסוד של המשפט האזרחי תובעות, מטבע הדברים, הכרעה בערכאה שמעמדה המוסדי הבכיר משקף את משקלן הנורמטיבי. מנגד, תובענות שמטבען מצריכות הכרעה עובדתית אינטנסיבית או טיפול פרטני, נכון שיובאו לפתחן של הערכאות הדיוניות. כך נוצר מבנה מוסדי תואם פרדיגמה, שבו כל ערכאה מופעלת בתחום מומחיותה תוך כדי שמירה על עקיבות מערכתית והקפדה על גבולות הרשות השיפוטית.

הנה כי כן, המכנה המשותף לכל המקרים המעלים קושי יישומי בהטמעת מבחן מהות הסכסוך הוא קיומן של כמה נקודות זיקה מוסדיות מקבילות העשויות להטות את הסכסוך לכיוונים שונים בשלב קביעת הסמכות. במצבים אלה ניתן אפוא להיעזר במבחן הזיקה המהותית הדומיננטית: מבחן המבקש לזהות באיזו מן הזיקות מצוי מוקד ההכרעה הנורמטיבי של ההליך, כלומר באיזה תחום מהותי יידרש עיקר שיקול הדעת השיפוטי בפועל. מבחן זה שונה ממבחן ״הטפל הולך אחר העיקר״, שנדון ובוקר לעיל, שכן הוא אינו גוזר את הסיווג ממבנה התביעה או מאופן ניסוחה אלא מן הזיקה המוסדית המהותית של ההכרעה הצפויה. בדרך זו נשמרת אחידותה הרעיונית של פרדיגמת הגבולות גם במקרים מורכבים. לפי אמת מידה זו ניתן עתה לבחון את יתרונותיו המערכתיים של מבחן מהות הסכסוך.

2. פרדיגמת הגבולות ומבחן מהות הסכסוך: יתרונות

לבד מהאמור לעיל, נראה כי לאימוץ פרדיגמת הגבולות באופן שתואר לעיל ארבעה יתרונות מובהקים נוספים בהקשר הדיון, מושא עניינינו:

ראשית, המבנה המערכתי הנובע מאימוץ פרדיגמה זו עתיד לאיין את הדיונים המשפטיים המבקשים לברר את שאלת סמכות השיפוט העניינית. כאמור, תצורת דברים זו תחסוך במשאבי המערכת (ובכלל זאת זמן, כסף ומאמץ); תחיש את הדיון השיפוטי בליבת הפלוגתה המהותית שסביבה ניצים הצדדים להליך; ותנכש את כל אותם עשבים שוטים בדמות הלכות הפיצול, האיחוד, הטפל והעיקר. כל אלה לא יתקיימו עוד כסמל לבגרותה של שיטה משפטית שעתה אינה עסוקה עוד במריבות סמכות חסרות תוחלת אלא ביצירת קורפוס נורמטיבי נדרש, דיונית ומהותית.[117]

שנית, מבנה זה עתיד לבטל את האנומליה שלפיה שופטי בית משפט השלום אינם מוסמכים לעסוק בעניינים אזרחיים נתונים במסגרת הליכים שמוגשים להכרעתם, אך בד בבד מוסמכים זה שנים רבות לפסוק באותם העניינים ממש במסגרת תביעות שכנגד, לפי סעדים עיקריים וטפלים, או בעקבות הגעת עניינים אלה להכרעתם כחלק מסמכותם הנגררת.[118]

---

117 והשוו אריאל רוזן־צבי ״׳קלקולים׳ במערכת המשפט״, **מחקרי משפט** ח (תש״ן) 55, בעמ׳ 56 (״עסקי הסמכויות האלה הם סימן לחוסר בגרות של השיטה. כמות כזאת של אנרגיה שיפוטית המתבזבזת על סמכויות, היא בעיה עקרונית של שיטה ואותה יש לפתור״).

118 ראו: דוח ועדת אור (לעיל, הערה 92) בעמ׳ 26 (״השופטים שמונו לבית משפט השלום הם בעלי יכולת מקצועית לדון בכל סוגי העניינים המובאים בפני הערכאה הראשונה... כבר היום הם יושבים לדון בעניינים חשובים ומורכבים במסגרת סמכויותיו הנרחבות של בית משפט השלום... קשה מאוד לקבל טענה לפיה ישנם עניינים אשר שופטי בית משפט השלום אינם יכולים להתמודד עמם״); רע״א 8341/13 **חאלד נ׳ אחים בעראר בע״מ**, פסקה 20 (פורסם בנבו, 2014) (״ההנחה בדבר קיומו של קשר בין כהונת השופטים בערכאה מסוימת והכשרתם לבין סמכותה העניינית של אותה ערכאה אינה מתיישבת לכאורה עם המגמה

שלישית, מבנה זה עתיד לאיין מניפולציות אפשריות של תובעים פוטנציאליים לניתוב מכוון של ההליך לטריבונל נדרש בניסוח מתוחכם של כתב התביעה (בבחינת Forum Shopping) ולייצר הלכה למעשה מצב דברים שבמסגרתו סמכות השיפוט העניינית היא תוצר אפריורי קבוע של מהות התביעה ושל מדיניות הרשות השופטת כזרועה הארוכה של המדינה.[119]

רביעית, תצורת הדברים המוצעת עשויה לצמצם פערי כוחות בין מתדיינים איתנים חברתית-כלכלית למתדיינים חלשים, לחזק את ערך השוויון ולהעצים את זכות הגישה לערכאות. הסיבה לכך פשוטה: יש בה כדי למנוע מנתבע חזק לגרור את התובע לדיון ארוך ויקר בשאלת הסמכות, כזה שעלול במקרים מסוימים לאלץ את התובע לוותר על תביעתו או להרכין ראשו בפני פשרה לא איכותית שאינה מגלמת את ערכה האמיתי של תביעתו.[120]

עינינו הרואות: סגולותיו של השינוי המוצע עולות לאין שיעור על החששות הקיימים לגביו ועל הדאגות בנוגע לקשיים שעלולים להיווצר כתוצאה מיישומו הלכה למעשה. שינוי זה הוא לא רק נכון מעשית, בבחינת הפיכת סמכות השיפוט העניינית בבתי המשפט האזרחיים לסוגיה שאין נדרשים בה עוד אותו סרבול, אותה מורכבות, אותם משאבים ואותן תעצומות שאפיינו את העיסוק הפסיקתי המרובה בה; הוא אף נדרש רעיונית בשל היעדר היכולת של הדין הקיים להצדיק את אופן קביעתה של סמכות זו ולאור הבשורה שעתיד יישום פרדיגמת הגבולות לחולל במילויו של חסר זה. הגיעה השעה אפוא לצעוד אל עבר מרחב דיוני שבמסגרתו סמכות שיפוט זו תהא אך עניין פשוט, בהיר, ודאי, נטול מהמורות, זול ויעיל.

ודוק, אימוץ פרדיגמת הגבולות והחלת מבחן מהות הסכסוך כעיקרון מסווג אינם צעד עיוני גרידא. שינוי הפרדיגמה הנורמטיבית מחייב הכרה בהיותה של השלמתו כרוכה בהיערכות מוסדית תואמת. המעבר ממערך מסווג-סעד למערך מסווג-מהות אינו מתמצה בהחלפת נוסחה דיונית אלא מגלם שינוי באוריינטציה של המערכת כולה: מעבר מתפיסה

להרחיב את סמכויותיו של בית משפט השלום ועם התפיסה הרווחת בדבר כשירותם של שופטי השלום״); גולדשטיין (לעיל, הערה 92) בעמ׳ 166.

119 להרחבה ראו: שם, בעמ׳ 169 ([מהפסיקה המבכרת את מבחן הסעד עולה – א.ט.] ש״סיווג התובענה לצורך קביעת הסמכות תתבסס על ניסוחו של כתב התביעה, היינו אם עורך דינו של התובע הוא בעל כישרון מספיק או תחכום מספיק, הוא הוא שיקבע את הסמכות לפי צורת כתב התביעה שיגיש. הסדר כזה אינו תקין כלל. הוא מנוגד לכלל הגדול החל לגבי סמכות עניינית הקובע, שלעומת סמכות בינלאומית וסמכות מקומית, סמכות עניינית היא תוצאה של מדיניות משפטית של המדינה ואין בידי בעלי הדין שום זכות להכריע בה. מן המפורסמות הוא שאין בעלי דין זכאים להסכים ביניהם להעניק סמכות עניינית לבית משפט שאין לו סמכות לפי החוק. אין חוסר סמכות עניינית הגנה אישית של הנתבע, ולכן אין הוא מוסמך לוותר עליה... לכן מצב, שבו סמכות עניינית מתבססת הלכה למעשה על צורת ניסוח כתב התביעה, אינו תקין ויתרה מזו, הוא עלול לעורר תחושת ביטול וזילזול כלפי התהליך כולו״).

120 להרחבה ראו רוזן־צבי (לעיל, הערה 32) בעמ׳ 280, 282.

המאורגנת סביב ״יכולת הערכאה״ לתפיסה המאורגנת סביב ״מיקומה העניני של המחלוקת״ במפת הפונקציות השיפוטיות. שינוי זה אינו ניטרלי מבנית, והוא מחייב אפוא ליווי ברובד היישומי.

המעבר לסיווג כאמור מחייב שלוש התאמות עיקריות: **הראשונה**, הכרה מבנית בכך שמערכת שיפוטית שאמורה לסווג את התובענות האזרחיות המוגשות לפתחה לפי מהות אינה יכולה להישאר מאורגנת סביב היגיון דיוני זר, ועל כן עליה להציב מסגרת מוסדית שתוכל לשאת בסיווג מסוג זה. מסגרת זו, שתקבל ביטוי מעשי בצורת מחלקות או מסלולי דיון מובחנים, תבטיח כי כל ערכאה תוכל לשקף באופן ממשי את תחומי המהות שבתחום סמכותה, ובכך יוכל המבחן המהותי להתממש למעשה ולא רק להלכה; **השנייה**, הקצאה מושכלת של משאבים לשלב המעבר, המיועדת להבטיח את רציפות פעילותה של המערכת ולמנוע עומסים הנובעים משינוי שיטת הסיווג. הכרה זו במשאבים הנדרשים היא ייעודית אך לשלב המעבר האמור, ומטרתה מניעת חיכוך בין שני המשטרים; **השלישית**, הכרה תפעולית בכך שיישום המבחן מחייב יכולת הבחנה מהותית בכניסה להליך. לכן נדרשת הכשרה מתאימה של הגורמים המיישמים (הן השופטים והן מערך התמיכה המנהלתית) לזיהוי מהות הסכסוך וליישומו האפקטיבי והעקיב, כדי שהמבחן האמור לא ייוותר תאוריה גרידא.

אכן, ארוכה היא הדרך לשינוי הנדרש. אך הזמן הנכון להוציא חזון זה מן הכוח אל הפועל הוא עתה. מן הראוי לראות בהתאמות המבניות הנדרשות לא מכשול אלא תנאי הבשלה, שלב מעבר המאפשר לסדר נורמטיבי חדש להכות שורש ולהיעשות פרקטיקה יציבה. עיגונו של מבחן מהות הסכסוך בזירת סמכות השיפוט העניינית עשוי להוליך את המערכת ממבנה דיוני שמגיב לרצונו הסובייקטיבי של התובע לסיווג מהותי-מערכתי ההולם טוב יותר את תפקידה של הרשות השיפוטית בחלוקת העבודה המדינתית. בכך מצויה קריאה לא רק לתיקון של סדר דיוני אלא גם לפתיחתה של דרך מושגית-מוסדית חדשה, כזו שטומנת בחובה פוטנציאל אמיתי ליצירת מערכת שיפוטית מדויקת יותר, יעילה יותר ומכוונת תכלית בהגדרת גבולות פעילותה.

סוף דבר

במחזהו ״כנרת כנרת״ עוסק נתן אלתרמן בקו התפר הדק שבין האחיזה בעבר ובין הצורך הבלתי נמנע לשחרר לפיתה זו, להיחלץ מתבניות מחשבה ופעולה מקובעות, ותחת זאת לכונן הוויה שיש בה משום בריאה של מציאות חדשה, טובה יותר. המתח שבין הישן, הבטוח והאיתן ובין החדש המפוכח והלא נודע שנשזר לכל אורך הטקסט, מוצג לקורא המחזה ולצופה בו כבר בתחילת העלילה, בין השאר באמצעות המילים שהובאו בפתיחתו של מאמר זה: העבר, עם כל חשיבותו, לא יוכל לחמוק מהתמודדות עם עצם הווייתו, כמו גם עם המשמעויות שהוא מעצב מעצם היותו בר חלוף, שהרי ״על פני עֲבָדוֹת-ברזל נטוע

הוא כגשר, אך את בבואתן מרעיד הוא כנהר״.[121] תבניות המחשבה שבהן הורגלנו, בבחינת רגליים נטועות עמוק בקרקע, אומר המשורר, אינן יכולות להיות תחליף למציאות המשתנה, בבחינת עיניים נשואות קדימה, וסופן להשתנות, או למצער למצוא עצמן במרכז הליך שקיעה איטי, כמעט בלתי נראה, אך מחויב המציאות, כזה שאין ממנו מנוס, כזה שהעבר, על אף הפאר שבו, לא יוכל למנוע.[122]

כפי שהראה מאמר זה לכל אורכו, כאלה הם בדיוק פני הדברים אף כשעסקינן בסמכות השיפוט העניינית בבתי המשפט האזרחיים. תפיסת הכוח הארכאית, שגוזרת בתורה את מבחן הסעד כרכיב שלאורו נקבעת הסמכות העניינית בערכאות אלה, איננה יכולה עוד לחמוק מניתוח עומק שיש בו כדי לעמת אותה עם כל כשליה. גם מערכת בתי המשפט, על קברניטיה ושחקניה השונים, אינה יכולה עוד להסכין לקשיים הרבים שמגלמת ומייצרת תפיסה זו לא בשם נוהג או הרגל שהכה שורש, בבחינת מצוות אנשים מלומדה, ולא בשל ההנחה המארגנת שלפיה יש בתפיסה זו כדי לאפיין נכונה את המציאות שבה היא אמורה לפעול ושאותה היא נדרשת להסדיר. לא עוד. נחוצה אפוא תמורה, תחילה מחשבתית ולאחר מכן מעשית, כזו שתציף אל מעל פני השטח את הדופי רב הממדים הכרוך באחיזה בעבר, ובד בבד תישא עיניה לעבר תיקון צופה פני עתיד.

כדי לחולל תנועה בכיוון זה פעל המאמר בשלושה מישורי פעולה משלימים: תחילה הוא ביסס תשתית עומק תאורטית שיש בה כדי להסביר רעיונית ומושגית את סמכות השיפוט העניינית בהליך האזרחי; לאחר מכן מיפה את אופני הפעולה של סמכות זו ודן באפיונים המעשיים שלה, על הערכים והעקרונות המכוננים אותם; לבסוף ביקש להציע חלופה רעיונית ומעשית לכשלים שאותם אפיין, בעיקר באמצעות חזרה לנקודת ההתחלה שבמסגרתה נותחו המהות, התוכן והתכלית של סמכות השיפוט העניינית.

---

121 ראו הערה 1 לעיל.

122 וכך כותב המשורר במילותיו שלו על מחזהו: ״אחת מכוונות המחזה הזה היתה, איפוא, לחשוף פרק־זמן מסוים זה כעיגול של אור גדול, ולספר סיפור מסוים בתוך העיגול הזה. התחום המואר הזה אינו המצאה דראמאטורגית. הוא עובדה היסטורית. אותה תקופה יש בה אור ותום ופכחון של מסירות־נפש במידה של מיצוי ועֲצמה שאינם שכיחים. חישופו של עיגול־אור מוחלט כזה, במחזה בן זמננו, יש בו אולי שרירות־לב לא יותר מחישופם של מעגלי חושך טוטאלי במחזות מסוג אחר. מידת אמת שבו אינה פחותה ממידת אמת שבהם. על־כל־פנים, במה שנוגע ליסוד השיגרה והקונפורמיזם כביכול, דומה כי המחזה השחור בימינו דרכו סלולה וקונפורמיסטית יותר. פעמים השיגרה והמקוריות, או הישן והחדש, או המוסכם והממרה, מתחלפים באין־רואים בתוכן שלהם ובמשמעות שלהם, אף כי הם שומרים על לבושם כלפי חוץ״. ראו נתן אלתרמן ״במקום הקדמה ל׳כנרת כנרת׳״, **במעגל: מאמרים ורשימות תרצ״ב-תשכ״ח** (תשל״א) 68, בעמ׳ 70. להרחבה נוספת ראו: בן־עמי פיינגולד **מ״כלניות״ ל״פונדק הרוחות״: אלתרמן המחזאי** (2009) בעמ׳ 29 (״כנרת כנרת, כמחזה היסטורי, אינו מתמקד אפוא באירוע מסוים, בדמות, בתא משפחתי או קהילתי, בניגוד למחזות קודמים שהעלו פרשיות וארועים מתולדות היישוב... אלא חותר לחשיפה ולהארה של אותה שחרית פלאית. *כנרת כנרת* אינו מחזה דוקומנטרי או תעמולתי. אין הוא מבקש להקנות ׳ערכים׳ או לתעד תקופה, אלא למצות את מהותה והווייתה כפנומן שאין לו תקדים ואולי גם לא יהיה לו המשך״).

לא ייפלא אפוא כי באופן מתודי חולק המאמר לשלושה חלקים: חלקו הראשון זיהה את הסממנים העיקריים המקיימים את מושג סמכות השיפוט באופן כללי, ואת אלה המכוננים את סמכות השיפוט העניינית באופן נקודתי. בתוך כך הוצגה ההשקפה הארכאית הנוגעת לסמכות שיפוט זו, היא תפיסת הכוח השיפוטי, וזוהו הקשיים הרעיוניים והמעשיים הנלווים אליה. מייד אחר כך אופיינה גישה מתחרה ורווחת שיש בה כדי להסביר סמכות זו, היא פרדיגמת גבולות הרָשות, ונותחה נפקותה המהותית והמבנית שיש בה כדי להשפיע על הבנתה של סמכות זו ועל הדרך שבה יש להנכיחה מוסדית במערכת בתי המשפט.

חלקו השני של המאמר המשיך מהמקום שבו הסתיים קודמו. הוא נטל את תובנות היסוד התאורטיות בדבר מהותה של סמכות השיפוט העניינית, כמו גם את נפקותם המוסדית של תפיסות אלה, ותרגם אותם לכלל ביטויים מעשיים אשר לאופן קביעתה של סמכות שיפוט זו. באופן זה הוא זיהה השקה רעיונית בין אופני ההבנה השונים של סמכות זו לדרכי הפעולה המערכתיות בדבר המשתנה המיטבי לקביעתה (ובאופן נקודתי, בין תפיסת הכוח השיפוטי למבחן הסעד, ובין פרדיגמת גבולות הרָשות למבחן מהות הסכסוך). בהמשך לכך הוא בחן את אופן קביעתה של סמכות השיפוט העניינית בבתי המשפט האזרחיים, עמד על התמורות הפסיקתיות שהובילו למצב הדברים דהיום, ואף ניתח, לרבות באופן ביקורתי, את ההצדקות הרעיוניות והמעשיות שלאורן הוחלט להפוך את רכיב הסעד המבוקש בתובענה לגורם שחותך את אופן קביעתה של סמכות זו במערכת בתי המשפט הרגילה.

אם חלקו השני של המאמר הסתיים באפיונם של כשלי המערכת במבט ביקורתי המופנה לאחור, הרי שחלקו השלישי והאחרון הביט בתקווה קדימה. הוא ביקש לרתום את הקשיים שזוהו בחלקיו הקודמים, וכדי לחתור למפנה במסגרת המנביעה אותם הציע לאמץ את פרדיגמת הגבולות (ואת מבחן מהות הסכסוך כביטויו המעשי). הדרך הנכונה לעשות כן היא במסגרת שינוי מבני שיש בו כדי לתחום מהותית את גבולות בתי המשפט השונים במערכת הרגילה ולבטא את זהותה המובחנת של כל ערכאה וערכאה בו. כך נסגר המעגל שנפתח בתחילתו של המאמר, ובא לכלל תום המסע שהחל באפיון קורות העבר והסתיים בקריאה לתיקון שצופה פני עתיד.

לא נותר אלא לקוות כי ההיאחזות האיתנה בעבר לא תחסום את בואה של רוח השינוי והחידוש. אחרי הכול, על פני עֲבָדוֹת-ברזל אולי נטוע עבר זה כגשר איתן, יציב ובלתי מתפשר; אך באופן בלתי נמנע את בבואתן אך מרעיד הוא כנהר.