

הלכת פיצול הסעדים בין בתי משפט שונים והלכת העיקר והטפל – בין המצוי על תקלותיו לרצוי על תקוותיו

יצחק כהן*

- א. מבוא
- ב. הלכת פיצול הסעדים לבתי משפט שונים – עניין עקריש
- ג. הלכת הטפל הולך אחר העיקר – עניין קלקודה
- ד. קריאה נוספת למחוקק – עניין חסן
- ה. הלכת דור אנרגיה המפורסמת – הלא טעות היא?
- ו. הרחבה שקטה של הלכת פיצול הסעדים – עניין הפדרציה
- ז. הרחבה שקטה נוספת של הלכת פיצול הסעדים – עניין מחאגינה
- ח. היתר פיצול הסעדים ועניין עקריש
- ט. המחוקק "מרים את הכפפה" – קניין רוחני
- י. הצעת חוק – הטפל נגרר אחרי העיקר
- יא. קריאה אחרת למחוקק
- יב. סוף דבר – קריאה עיקרית לבית המשפט העליון

א. מבוא

ברשימה הנוכחית אבקש לדון במסך הערפל השורר בסוגיית הסמכות העניינית ובדיסהרמוניה בהלכותיה, המביאים לבלבול מושגים, והמפירים את הוודאות המשפטית האמורה לשרור בתחום סדר הדין האזרחי, עד שלעתים מתקבלת התחושה כי לא "סדר" יש כאן, כי אם "אי-סדר". ודוק, בדין המהותי ישנם תחומים הנתונים בערפל משפטי תחת דוקטרינות שונות ועקרונות שונים כמו תום לב, האדם הסביר, זהירות ראויה ועוד, ובית המשפט יוצק להם תוכן רק עת הגיעה שעת המשבר והסכסוך המשפטי.¹

* חבר סגל בפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית-אונו.
תודתי נתונה לד"ר דודי שוורץ, לד"ר ריבי שלינגר, לעו"ד אהרון שפרבר ולחברי מערכת "הפרקליט" על הערותיהם המועילות לרשימה זו.

¹ ראו דברי זילברג בהתייחסו למשפט הישראלי: "המשפט החילוני יכול להרשות לעצמו קביעת קני מידה מופשטים, אווריריים מעורפלים – כגון 'זהירות סבירה', 'התנהגות סבירה', 'סיבה קרובה', 'תקופה הגיונית' או 'זמן המתקבל על הדעת' – שהשופט במקרה של סכסוך קונקרטי מוריד לקרקע המציאות, ופורט אותם ל'מטבעות' של ממש". משה זילברג "באין כאחד" כתבי משה זילברג 158 (התשמ"ב). כך גם בתחום המשפט הציבורי שבו מעורבים שיקולים פוליטיים

לעומת זאת, בסדר הדין האזרחי בכלל, ובהוראות החקיקה הקובעות היכן תוגש התביעה בפרט – בהן תעסוק רשימתי הנוכחית – לא ראוי להותיר את הדברים לערפל הקיים כיום, ויש מקום לפזרו.² אף אם שיטת משפט יכולה להכיל, ובחברה דינמית רצוי שתכיל, שיקול דעת רחב לבתי המשפט בסוגיות הדין המהותי, הרי קשה להכילו ולקבלו בכללים הפורמליים של זהות הערכאה המוסמכת לדון בענין.³ ההחלטה היכן להגיש את התביעה היא שלב ההקשה על הדלת, טרם הכניסה לטרקלין וטרם נשמעו טענות הגנה. כל כולה אמורה להיות תלויה בנוסח כתב התביעה, ובו בלבד. שיטת משפט אינה רשאית להסכין לכך ששלב ראשוני וקמאי זה לוט יהיה בערפל ויהיה תלוי דיון ותלוי המותב היושב לדין.⁴ מן הראוי היה כי בשאלת הסמכות העניינית תשרור ודאות משפטית ידועה מראש,⁵ כדי שבעלי הדין "יכנסו מוקדם ככל האפשר לעובי הקורה של טענותיהם, לגופו של הענין",⁶ ולא יכלו זמנם ומרצם בהקשה על הדלת.

ושיקולים ערכיים. שאותם ראוי להשאיר למחוקק, ראו בג"ץ 448/81 **רסלר נ' שר הבטחון**, פ"ד לו(1) 81, 88–89 (1981).

2 ראו דבריו הנוקבים של רוזן-צבי בעניין הסמכות העניינית: "אין הצדקה ואין צורך לחכות לרפורמה שיפוטית כוללת כדי לתקן את מערכת הסמכויות שלנו. חשבתם פעם כמה אנרגיה שיפוטית ומשפטית מושקעת ב'מרוצים' ובמריבות סמכויות בין בתי המשפט שלום ומחוזי? [...] יש לפעמים הרגשה שאין השופטים אלא יושבים כל היום, ועוסקים בעסקי סמכויות! עסקי הסמכויות האלה הם סימן לחוסר בגרות של שיטה. כמות כזאת של אנרגיה שיפוטית המתבזבזת על סמכויות, היא בעיה עקרונית של שיטה ואותה יש לפתור. יש לנו אמנם בעיה פוליטית מסוימת בין בתי הדין לבין בתי המשפט, ואותה קשה יותר לפתור, אבל לא שמעתי שיש בעיה פוליטית בין בית משפט השלום לבין בית המשפט המחוזי. מה הקושי לקצוב מחדש את הסמכויות שם? מכל מקום, באנרגיה שיפוטית כזאת צריך לחסוך, וצריך לחסוך גם באנרגיה השיפוטית שמתבזבזת עדיין על סכסוכים בענייני פרוצדורה. יש לפשט גם את סדרי הדין: צריך למנוע את העמדתם של סדרי הדין במרכז הדיון, כי מתבזבזים אנרגיה וזמן יקר. עוד בשנת 1966 השמיע זאת פרופ' זאב צלטנר המנוח, שאמר שסכסוכים כה רבים בענייני פרוצדורה הם מותרות, ששום שיטת משפט לא יכולה לאפשר לעצמה; על אחת כמה וכמה שיטה כשלנו". אריאל רוזן-צבי "קלקולים" במערכת המשפט **מחקרי משפט** ח 55, 56 (1990).

3 וראו גם מאמרו של רוטנברג, הכותב: "שהרי עוסקים אנו בסדרי-דין האמורים לספק מכשיר ברור ויעיל לניהול תובענה בבית המשפט ולכן עליהם להיות מאופיינים בהגדרה חדה וברורה – כמעט טכנית – של תכונות המנוגדות לרעיון של מכשיר משפטי המופעל בשיקול-דעת". בנימין רוטנברג "פיצול סעדים (תקנה 45 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד–1984)" **משפטים** טז 390, 419 (1987).

4 ראו רע"א 6920/94 **לוי נ' פולג**, פ"ד מט(2) 731, 734 (1995). דברי המשנה לנשיא (כתוארו אז) לזין, שנאמרו אמנם בנוגע לסמכות מקומית אך רלוונטיים באותה מידה לענייננו: "ואין עניין זה ראוי, בנסיבות רגילות, לשמש נושא להעלאת טענות טרומיות. אכן המקרה שלפנינו יוכיח; כבר שנתיים שבעלי הדין מתדיינים לגבי מקום הסמכות המקומית ועדיין לא נכנסו לטרקלינו של המשפט שיכריע בסכסוך שביניהם לעיצומו".

5 ראו עדי אזור "שימוש במקרקעין תוך שמירה על גוף הנכס – מחוזי או שלום?" **המשפט** ג 119, 121 (1996).

6 רע"א 3319/00 **שור נ' בן יקר גת חברה להנדסה ובניין בע"מ**, פ"ד נה(2) 817, 820 (2001). עיקרון חשוב זה המריץ למשל את בית המשפט לקבוע כי הכלל הסדאי: "לא יעבידנו עוד", הקבוע בס' 79(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984 (להלן: "חוק בתי המשפט"),

וראו, למשל, מה רב הנזק הנגרם בדיני המשפחה בשיטת המשפט הישראלית כששאלת הסמכות היא כה לוטה בערפל.⁷ ברשימה זו אעסוק בהלכות בית המשפט העליון העוסקות בתביעות שבהן עתר התובע למספר סעדים המסורים לסמכותם העניינית של בתי משפט שונים. בעקבות אי-רציונותן של ההלכות שפיתח בעל כורחו, לכאורה, קרא בית המשפט העליון למחוקק להרים את הכפפה ולהסדיר את העניין בחקיקה. משהזמנתו זו לא נענתה, ומשנראה כי אין מדובר במניעה עקרונית מצד המחוקק כי אם באזלת יד גרידא, חובה לדעתי על בית המשפט לפעול בכלים הדיוניים שהמחוקק העניק לו, או בכלים שהוא עיצב לעצמו עם השנים במסגרת "החקיקה השיפוטית", כדי להגיע לפתרון המשפטי הראוי, עליו גם אצביע בסופה של הרשימה.

ב. הלכת פיצול הסעדים לבתי משפט שונים – עניין עקריש

לפני כיובל נקבעה הלכה בעייתית, המכבידה על מגישי התביעות עד לימינו אנו. קובע ההלכה עצמו, השופט זוסמן, מציין בד בבד עם קביעתה את אי-רציונותה, ומביע צער על הורתה ולידתה. בעניין עקריש⁸ נדון ערעורו של לוי אשר נתבע בבית משפט מחוזי לשני סעדים: הראשון, סעד חזקה ושימוש במקרקעין המסור לסמכותו העניינית של בית משפט השלום.⁹ השני, סעד כספי בגובה סמכותו העניינית של בית המשפט המחוזי.¹⁰ במסגרת תביעה זו ניתן צו עשה זמני המחייב את הנתבע להסיר רשת הנמצאת בחצר והחוסמת את מעבר התובע לקצה המזרחי של החצר – סעד של "שימוש וחזקה" לכל הדעות. במסגרת הדיון בצו זמני זה העלה הנתבע טענת חוסר סמכות עניינית. כידוע, מבחן הסמכות העניינית, קרי לאיזו דרגת ערכאה תוגש

חל גם כאשר נטענה בראשונה טענת סמכות מקומית, ובבית המשפט הנעבר הועלתה טענת סמכות עניינית. בית המשפט קבע, לאור העיקרון האמור, שאין להעביר את ההליך פעם נוספת. ראו לשונו הפיזית של השופט חשין בנוגע לשאלת חינוכו של ילד: "ובשיטת המשפט הנוהגת בישראל, מי שמבקש כך או כך מתחיל ב'מירוץ סמכויות' – אם רק נפתחת אפשרות לפניו – מי לבית המשפט האזרחי מי לבית דין רבני. בעלי דין מכאן ומכאן, הם ופמליותיהם עמהם, מדשדשים להם בפרוזדור ומקישים על דלת של טרקלין: זה על טרקלין של ימין זה על טרקלין של שמאל. ותחת אשר יעסקו בתוך, מעסיקים עצמם הכול בהקשה על דלת. והזמן חולף והנער כבר אינו נער". בג"ץ 5507/95 אמיר נ' בית הדין האזורי בחיפה, פ"ד נ(3) 321, 324 (1996).

8 ע"א 29/58 לוי נ' עקריש, פ"ד יב(2) 1457 (1958).

9 בזמן מתן פסק הדין הוסדרה הסמכות בס' 28(3) לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957, ס"ח 233 שקבע: "בית משפט שלום ידון באלה: (3) תביעות בדבר חזקה או שימוש במקרקעין או בדבר חלוקתם או חלוקת השימוש בהם, לרבות תביעות הכרוכות בהן שענינן חזקה או שימוש במטלטלין, יהיה שוויו של נושא התביעה אשר יהיה; אך בית משפט שלום לא ידון בתביעות אחרות הנוגעות במקרקעין". קביעה זו מעוגנת כיום בחליפו הכמעט זהה, ס' 51(א)(3) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. העניין היחיד השונה בין הסעיפים הוא הסייג שנוסף בסעיף הדיון והוא: "אך בימ"ש שלום לא ידון בתביעות בדבר חכירה לדורות". וראו יואל זוסמן **סדרי הדין האזרחי** 47 (מהדורה שביעית, שלמה לויין עורך, 1995) בדונו בסייג זה.

10 כלומר מעל לסכום שהיה קבוע אז בס' 28(2) לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957, ועמד על 1,500 ל"י. כיום קבוע הסכום בס' 51(א)(2) לחוק בתי המשפט, והוא עומד על שני מיליון וחצי ש"ח.

התביעה, הוא מבחן הסעד. הסעד שהתובע עתר לו בכתב תביעתו הוא אשר יקבע את זהות הערכאה המוסמכת לדון בעניין, תהא עילת התביעה אשר תהא.¹¹ על אף הלכה ידועה זו דחה שופט בית משפט המחוזי את טענת חוסר הסמכות בהניחו כי צירוף סעד השימוש במקרקעין, שאכן אמור להיות בסמכות בית משפט השלום, לסעד הכספי הנמצא ממילא בסמכות בית משפט המחוזי, מביא את סעד השימוש אף הוא לסמכות בית משפט המחוזי. סעד החזקה הולך ומתווסף, כך סבר הוא, על הסעד הקודם, וצירופו של סעד זה לסעד שכבר נמצא במחוזי ודאי צריך להכניסו אף הוא בשערי בית המשפט המחוזי, ואין מקום לפצל את התביעה.¹²

דא עקא, הגיונו זה של שופט בית המשפט המחוזי לא התקבל על דעתו של בית המשפט העליון. בפסק דין בן עמוד אחד שניתן מפי השופט זוסמן, נקבעה הלכה היסטורית שלפיה יש לפצל את הסעדים לבתי משפט שונים! וכך כתב:

"תביעות הנוגעות לחזקת מקרקעים והשימוש בהן, מסורות לשיפוטו הייחודי של בית-משפט השלום [...] ושוי נושא הסכסוך אינו קובע כלל לענין הסמכות. [אף אם צרפת תביעה כזאת לתביעה כספית אי אתה יכול לקבוע באיזה סכום עלה שווי התביעה הכספית עקב הצירוף. היוצא מכאן ש]יש להגביל את תחולתה של תקנה 53(3) [...] לאותם העניינים, בהם סמכותו של בית-המשפט תלויה בסכום התביעה, ובעניינים אחרים אין לתובע ברירה אלא לפצל את תביעתו ולהגישה מקצתה בבית-משפט אחד ומקצתה בבית-משפט אחר" (ההדגשה שלי

— י.כ.).¹³

¹¹ ראו ע"א 27/77 טובי נ' רפאלי, פ"ד לא(3) 561 (1977), וכפי שחזר ונשנה בע"א 510/82 חסן נ' פלדמן, פ"ד לז(3) 1, 12 (1983), וכן שלמה לוין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 90 (1999), וכן ראו דברי השופט גרוניס בע"א 2846/03 אלרמן נ' ארליך, פ"ד נט(3) 529, 534 (2004): "מדוע הוחלט להעדיף את מבחן הסעד על פני מבחן מהות הסכסוך (או העילה)? מבחן הסעד הינו מבחן פשוט יחסית. על-פיו נדרשים אנו לבחון את כתב-הטענות שהגיש התובע (או המבקש) עם פתיחתו של ההליך. הא ותו לא. על-פי הסעד הנקוב שם נדע אם ההליך הוגש לבית-המשפט המוסמך, או שמא הייתה חובה להגישו לבית-משפט אחר. אין צורך כלל להידרש לטענותיו של הנתבע (או של המשיב) בכתב-הטענות שהגיש הוא בתגובה. במילים אחרות, קביעת הסמכות נעשית על-פי האמור בכתב-התביעה, ואין בטענותיו של הנתבע כדי לשנות במקרה רגיל". זאת בשונה מסוגי תובענות בנושאים ייחודיים, כמו למשל דיני המשפחה, שבהם הסמכות נקבעת על פי מבחן אופי הנושא, מהות העניין או טיב הסכסוך (שמות נרדפים לאותה "גברת"), ולא על פי מבחן הסעד, ראו ס' 1 לחוק בית המשפט לעניני משפחה, התשנ"ה-1995 ("יהא [...] שוויה אשר יהא"), וכן רע"א 6558/99 חבס נ' חבס, פ"ד נד(4) 337, 346 (2000).

¹² עקרון צירוף הסעדים לשם קביעת הסמכות העניינית עוגן בזמן מתן פסק הדין בתק' 53(3) לתקנות הדיון האזרחי, 1938. כיום מעוגן העניין בחליפתה הזוהה, תק' 46(ג) לתקנות סדר הדיון האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: "התקנות").

¹³ עניין עקריש, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1458. בעקבות החלטתו זו בוטל הצו הזמני, הואיל ובית המשפט המחוזי לא היה מוסמך לתתו.

הלכה זו ידועה מאז בתור הלכת פיצול הסעדים לבתי משפט שונים (להלן: "הלכת פיצול הסעדים").¹⁴ הלכה זו מסורבלת עד מאוד, והיא מביאה להתרוצצות מיותרת של אותם צדדים על עדיהם לערכאות שונות באותה פרשה עובדתית, וחמור מכך – אף באותה עילה משפטית, וזאת רק בשל הסעדים השונים להם עתר התובע.¹⁵ מטבע הדברים עלולה הלכה זו להביא להחלטות סותרות של הערכאות השונות, ובעקבות כך לפגיעה באמון הציבור במערכת בתי המשפט. בנוסף, הלכה זו יוצרת בעיות מעשה בית דין (Res Judicata) מסוג השתק הפלוגתא (Collateral Estoppel),¹⁶ השחתת זמן שיפוטי, ועוד. יש להניח כי בקבעו הלכה זו קיווה השופט זוסמן, כי היא לא תאריך ימים. וכך כתב בסופו של תקדימו המשפטי: "ייתכן, שזוהי אמנם תוצאה שאינה רצויה, אך אם כך הדבר, יש להצטער על כך, שהמחוקק לא מצא שעת כושר לתקן את הדבר כאשר חקק את חוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957".¹⁷ ובכן, עד לעת כתיבת שורות אלו, כחמישים שנה לאחר מכן, לא מצא המחוקק שעת כושר לתקן הלכה זו. אולם, ומפתיע לא פחות, גם בית המשפט העליון לא מצא לנכון לעשות כן.¹⁸ דומני כי אילו ידע השופט זוסמן כי הלכתו זו תיוותר על מכונה אף כעבור יובל, ספק רב אם היה יוצרה ומחוללה. לא זו אף זו, כמה חודשים לאחר מכן, כפי שאפרט בפרק הבא, ביסס הלכה אחרת,¹⁹ רצויה יותר מהלכת פיצול הסעדים וראויה הימנה, כשעל ידיו מונחות אותן מוסרות לשון המחוקק.

14 וראו גם אורי גורן **סוגיות בסדר דין אזרחי** 17 (מהדורה תשיעית, 2007).

15 להבחנה בין משמעותם השונה של מושגים אלו ראו, למשל, ע"א 436/74 **קירשבאום נ' אריאל**, פ"ד כט(1) 326, 322 (1974).

16 ראו אליהו הרנון "הפלוגתא הפסוקה (collateral estoppel) כמעשה-בית-דין" **הפרקליט כג 344**, 348 (1967); Eliahu Harnon, *Res Judicata and Identity of Action Law and Rationale*, 1; (1966) 539, 542-550 (ISR. L. REV.); נינה זלצמן **מעשה בית-דין בהליך האזרחי** (1991); ע"א 529/74 **שטומר נ' שטומר**, פ"ד כט(1) 572 (1974); בג"ץ 578/82 **נעים נ' בית-הדין הרבני האזרחי ירושלים**, פ"ד לז(2) 701 (1983).

17 לעיל ה"ש 8, בעמ' 1458. לקריאה זו הצטרף לאחר כעשור שנים השופט ברנזון בע"א 107/70 **המועצה המקומית באר יעקב נ' פרמן**, פ"ד כד(2) 596, 593 (1970), וכך כתב: "אך המצב הזה, שיש בו משום פיצול תביעה הנובעת מאותו מעשה של הנתבע לשתי תביעות נפרדות בפני בתי-משפט שונים הוא רע ומכביד ללא צורך. זה איננו טוב לא לצדדים ולא לבתי-המשפט, ויש לקוות שהמחוקק יתן דעתו על כך וימצא בהקדם שעת-כושר מתאימה לתקנו".

18 בבש"א (מחוזי י-ם) 8245/01 **דוד נ' חרדי**, פ"מ (6) 238 (2002), בפס' 9 להחלטה נטען על ידי המשיבים כי הלכת **עקריש** בוטלה. בית המשפט המחוזי דוחה טענה זו.

19 פסק הדין בעניין **עקריש** ניתן ביום 20.10.1958, ואילו פסק הדין בעניין **קלקודה**, שבו אדון להלן, ניתן ביום 3.2.1959.

ג. הלכת הטפל הולך אחר העיקר – עניין קלקודה

בעניין קלקודה²⁰ נדון ערעורו של זה בשאלת זהות הערכאה המוסמכת לדון בתביעתו. בבית משפט שלום עתר קלקודה לחיובה של אגד בשני סעדים: "א. למסור לתובע את החזקה ואת זכות השכירות ביחס לחנות [...] ב. להצהיר על זכויותיו של התובע ביחס לזכות השכירות על החנות הנ"ל".²¹ בד בבד עם הגשת התביעה עתר קלקודה לצו זמני למניעת מסירת הנכס לאחר. שופט בית משפט השלום סבר כי התביעה אינה בגדר סמכותו העניינית של בית משפט השלום ולכן הורה על העברת התביעה לבית משפט המחוזי. לעומתו, בית המשפט המחוזי סבר כי התביעה אינה בסמכותו העניינית של בית משפט מחוזי והורה על החזרת התביעה לבית המשפט השלום.²² על החלטה זו הוגש ערעור שני ברשות לבית המשפט העליון. לאחר דין ודברים בעניין אפשרות ההעברה מבית המשפט הנעבר חזרה לבית המשפט המעביר, ניגש השופט זוסמן לדון בעניין סמכותה העניינית של התביעה ושאל, באמרת אגב למעשה, איזו ערכאה מוסמכת לדון בתביעה לביצוע בעין של חוזה מכר מקרקעין שבה מתבקשים למעשה שני סעדים:²³ האחד, העברת הקניין שבדין במשרדי המקרקעין לטובת הקונה והאחר מסירת החזקה. והוא ממשיך ועונה:

"שמא חייב התובע לפצל את תביעתו לשני חלקים, ולתבוע את העברת הקניין בבית-המשפט המחוזי ואת העברת החזקה בבית-משפט השלום? ואמנם נתברר [...], כי גם בעניינים 'מורכבים' כאלה, אשר מן הראוי היה לדון בהם יחדיו, פעמים אין מנוס מחלוקת התביעה לשני חלקים אשר כל אחד מהם יתברר בבית-המשפט שלו: [עניין עקריש]. אך לצורך התביעה לביצוע בעין, מנענו קושי זה על-ידי שהחלטנו, ב-ע"א 24156/51 [...], כי התובע צו העברת קניין בבית-המשפט המחוזי יוכל

²⁰ ע"א 145/58 קלקודה נ' "אגד" (א.ש.ד.) אגודה שיתופית לתחבורה בע"מ, פ"ד יג 260 (1959).

²¹ שם, בעמ' 262.

²² זו כמובן טעות של בית המשפט המחוזי, שכן ס' 37 לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957, ס"ח 148, קבע: "(א) מצא בית משפט שאין הוא יכול לדון בעניין שלפניו מחמת שאינו בסמכותו המקומית או העניינית, והוא בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר, רשאי הוא להעבירו לבית המשפט או לבית הדין האחר, והלה ידון בו, כאילו הובא לפניו מלכתחילה, ורשאי הוא לדון בו מן השלב שאליו הגיע בית המשפט הקודם. (ב) בית המשפט או בית הדין שאליו הועבר ענין כאמור, לא יעביירו עוד". וראו חליפו הזהה, ס' 79 לחוק בתי המשפט. פסק הדין של השופט זוסמן מתעכב גם על עניין זה, ובו אף נחלקו בדעותיהם שופטי הרוב והמיעוט, אולם זהו אינו נושאה של רשימה זו. אף אם דה-יורה יעתור התובע לסעד האכיפה בלבד, הרי דה-פקטו עותר הוא לשני סעדים.

²⁴ ע"א 156/51 פרינקל נ' נאמן, פ"ד ח(2) 1447 (1954), זוסמן עצמו כתב את פסק הדין והמושגים "עיקר" ו"טפל" עדיין לא הומשגו בו. הנתבע טען כי המחוזי לא היה רשאי למסור את החזקה לתובע, בהיותו סעד שאינו בתחום סמכותו העניינית. בית המשפט העליון דחה טענה זו בקבעו: "התביעה לא היתה תביעה להחזרת החזקה, אלא לביצועו של חוזה מכר, וחייב הנתבע השני

לקבל באותו בית-משפט אף צו-חזקה, שאם זכה בעיקר, הבעלות, **יהא הטפל נגרר אחריו**" (ההדגשות שלי – י.כ.).²⁵

פרשנות זו של בית המשפט העליון, הפוסחת על לשונו המפורשת של המחוקק ומנוגדת לו, ידועה בתור הלכת "הטפל הולך אחר העיקר". משמעותה הפשוטה היא שבעתירה לשני סעדים במקרקעין המסורים לסמכותן העניינית של ערכאות שונות, ייגרר הסעד הטפל אחרי הסעד העיקרי וידון אף הוא בערכאה לה מסור הסעד העיקרי. כלומר שני הסעדים יידונו בבית משפט אחד. זו כמובן הלכה ראויה שבאה לחסוך בהליכים משפטיים מיותרים בערכאות השונות, ויש בה גם למנוע קבלת החלטות סותרות.²⁶ אמת, אין היא חפה מתקלות. אמת, היא אף עלולה ליצור אי-ודאות אצל פרקליטי התובע, שהרי בית המשפט הוא הקובע בסופו של יום מהו הסעד העיקרי ומהו הטפל.²⁷ אולם ללא ספק מדובר בהלכה ראויה יותר מהלכת פיצול הסעדים על תקלותיה הרבות. אלא שאליה וקוץ בה: **משום מה**²⁸ מוגבלת ההלכה רק למצב שבו שני הסעדים הם במקרקעין! כך בעניין **קלקודה**, שבו נתבעו שני סעדים במקרקעין: האחד חזקה והאחר רישום הזכות הקניינית. כלום לא ניתן להחיל הלכה זו גם כאשר מדובר בסעד כספי וסעד מקרקעין, ולקבוע כי האחד טפל לשני כך שיידון אף הוא בערכאה לה מסורה הסמכות בסעד העיקרי? מדוע בנסיבות העובדתיות של ענין **עקריש** נקט השופט זוסמן גישה פורמליסטית ונצמד למילותיו הפשוטות של המחוקק שלפיהן חזקה ושימוש במקרקעין יידונו רק בבית משפט שלום, ואילו בנסיבות העובדתיות של קלקודה החליט לדלג מעליהן בדרך הפרשנות ואיפשר לבית המשפט המחוזי לדון גם בסעד החזקה והשימוש, המסור לסמכותו הייחודית של בית המשפט השלום?

ניתן, כמובן, להבחין בין עניין **עקריש** לבין עניין **קלקודה** ולומר כי בעניין האחרון כרוכים הסעדים יותר האחד בשני, כך שרישום הזכויות ללא החזקה עצמה, ולהיפך, אינם סעד מלא במובנם המהותי של הדברים; ואילו בעניין **עקריש** כרוכים הסעדים פחות האחד בשני, כך שכל אחד בנפרד עדיין מהווה פיצוי בפני עצמו, ולכן לכאורה קל

במסירת החזקה הנהו רק תוצאה של מסקנת בית-המשפט כי חוזה המכר נמצא כשר וראוי לביצוע בעין". שם, בעמ' 1457.

²⁵ עניין **קלקודה**, לעיל ה"ש 20, עמ' 267–268, וראו זוסמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 45, ה"ש 108.

²⁶ וראו גם ע"א 635/76 **טייבר נ' טייבר**, פ"ד לא (2) 737, 742 (1977).

²⁷ ולא יאה הדבר קל בעיניכם, שהרי בעניין **קלקודה**, לעיל ה"ש 20, נחלקו בכך הדעות: דעת הרוב קבעה כי הסעד העיקרי הוא החזקה עצמה, ולעומת זאת רישום זכות השכירות בטאבו, בהיותה מעל לשלוש שנים, בהתאם למצב המשפטי דאז על פי ס' 2 לפקודת העברת הקרקעות, הוא הסעד הטפל ועל כן התביעה צריכה להידון בבית משפט השלום. לעומתם, השופט ויתקון בדעת מיעוט, בעמ' 271 לפסק הדין, סבר כי דווקא סעד רישום הזכויות הוא הסעד העיקרי, וסעד החזקה הוא הסעד הטפל. לפיכך, סבר, כי על התביעה להתנהל בבית המשפט המחוזי. וכמו כן ראו בעניין **טובי**, לעיל ה"ש 11, עמ' 567, שבו נקבע כי יכול שעתירה לביטול ייפוי כוח (סעד מחוזי) תהיה טפלה לעתירה לסילוק ידו של נתבע ממקרקעין (סעד שלום), וכן ראו זוסמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 45, ה"ש 108.

²⁸ ובפסקי הדין לא ניתן נימוק מה ראה בית המשפט להבחין בין המקרים.

יותר להפרידם. על כך אשיב ואומר: **ראשית**, פסקי הדין עצמם לא רואים לנכון להבחין בין המקרים. **שנית**, בעקבות תוצאתה הלא רצויה של הלכת פיצול הסעדים, יש לשאול אם לא היה מקום בדרך הפרשנות לגזור גזירה שווה ולהחיל את הלכת הטפל והעיקר גם על מקרה של סעד חזקה במקרקעין וסעד כספי? האין מדובר אלא בדברים של אומדן ומידה? שאלה זו מתחזקת על רקע נימוקו של השופט לנדוי, כחלק מדעת הרוב בעניין **קלקודה**, להצדקת הלכת העיקר והטפל. את הצדקתה הוא מוצא בכוחה, מאז כן עתה,²⁹ של ערכאה אחת לדון ולהכריע בעניינים המסורים לסמכותה הייחודית של הערכאה האחרת במסגרת סמכותה הנגזרת, וכך כתב:

"אינני רואה הבדל עקרוני של ממש בין סוגים שונים אלה, במה שנוגע לשאלת הסמכות. מכיון ששופט-שלום מוסמך עתה להכריע בשאלת הבעלות כבשאלה נגזרת אחרי תביעה למסירת החזקה, מדוע יהיה הוא משולל סמכות להכריע באותו האופן בדבר זכותו החוזית של התובע לקבלת החזקה?"³⁰

ד. קריאה נוספת למחוקק – עניין חסן

הלכת פיצול הסעדים המשיכה לנהוג וגרמה לא מעט תקלות.³¹ וכשאלו נגרמו, ראה בית המשפט העליון לשוב ולקרוא למחוקק לתקן את המצב! כך, למשל, בעניין **חסן**,³² בעקבות עסקת מכר מקרקעין שלא הושלמה, הגישו הרוכשים בבית משפט השלום תביעה לסילוק יד של המוכרת מהנכס. התובעים במכוון לא עתרו לאכיפת חוזה מכר

²⁹ אז לאור ס' 35 לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957, ס"ח 148, ועתה לאור חליפו הזהה, ס' 76 לחוק בתי המשפט.

³⁰ עניין **קלקודה**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 271. להבהרת יתר של העניין: ס' 76 לחוק בתי המשפט קובע כי במקרה שבו אדם תובע סעד חזקה בבית משפט שלום והנתבע מתגונן בטענה כי הוא בעל המקרקעין, יצטרך בית המשפט השלום להכריע בשאלת הבעלות כדי לפסוק בעניין הסעד שנתבקש ממנו, סעד החזקה. הכרעתו בעניין הבעלות טובה אמנם רק לצורך אותו עניין, אולם היא עדיין הכרעה בשאלת הבעלות. וראו גם זוסמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 62. אם כך, ניתן להקשות מדוע שלא יוכל בית משפט השלום לדון בסעד כספי בגובה סמכותו של בית משפט מחוזי, אף כאשר סעד זה נדרש בכתב התביעה יחד עם סעד החזקה, כטפל לו? שאלה זו קשה יותר בעניין **עקריש**: מדוע בית המשפט **מחוזי** לא יוכל לדון בעניינים שהם בסמכותה הייחודית של ערכאה **נמוכה ממנו**, אם הוא יכול לפעול כך כשהשאלה עולה בדרך אגב?

³¹ זוסמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 91, מוסיף בעיה טכנית בהלכת הפיצול ושואל, כיצד יגיע חלק התיק שאמור להיות מועבר לבית המשפט הנעבר בשל בעיית הסמכות, בעוד חלק אחר של התיק עודנו דרוש לבית משפט המעביר, כדי להשלים את הדיון שלפניו? הוא מפנה לפסק דין מחוזי שם החליט בית המשפט כי אחד התובעים, שהיה חלק מהתביעה שבה נדרש פיצול הסעדים, יצטרך להגיש כתב תביעה נפרד.

³² עניין **חסן**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 13.

המקרקעין בבית משפט מחוזי על רקע סברתם³³ כי יש בידי המוכרת-הנתבעת טענות טובות נגד סעד האכיפה, ואילו לסעד הסילוק יד יקשה עליה להתנגד משפטית. בלית ברירה הורה בית המשפט השלום על פינויה של המוכרת מהנכס אף שנתברר לו כי עסקת המקרקעין טרם הושלמה ברישום וכי המוכרת היא עדיין הבעלים מבחינת דיני הקניין. אולם, משנושא הקניין לא נדון בפניו, וכלל לא היה בסמכותו העניינית, הוא ראה עצמו, ובצדק, מוגבל לכתבי הטענות, ולהם בלבד. בית המשפט המחוזי, ביושבו כערכאת ערעור על החלטה זו, סבר כי לא הייתה לבית משפט השלום סמכות עניינית לדון בעניין, ואף שהעלה בית המשפט המחוזי את טענת הסמכות ביוזמתו, החליט להפוך את פסק דינו של בית המשפט השלום ולהורות על אי-פינויה של המוכרת. על פסק דינו זה של בית המשפט המחוזי הוגשה בקשת רשות ערעור לעליון. בית המשפט העליון, בנותנו רשות לערער,³⁴ ביטל את פסק דינו של המחוזי, והותיר על כנו את פסק דינו של השלום. בשולי הדברים כתב המשנה לנשיא (כתוארו אז) שמגר:

"מי שמבקש לעמוד על אחת מן הסיבות, בעטיין מתקשים בתי המשפט בטיפול יעיל בתיקים הנערמים לפניהם, והמבקש להבין, מדוע כה רבים אצלנו, יחסית, המקרים, בהם אין מקיימים התחייבויות חוזיות בדבר מכר מקרקעין (בייחוד דירות), מן הראוי שייתן דעתו להשתלשלות הדיונים בתיק זה. דומה, כי המסקנה המתבקשת היא, כי קשה לגלות סיבה סבירה לכך, מדוע ממשיך להתקיים הפיצול בין סמכויותיו של בית-משפט השלום לבין זה של בית המשפט המחוזי, העולה מן האמור בסעיף 28(א)(3) לחוק בתי המשפט, היינו מדוע בית-משפט השלום אינו מוסמך לדון גם בתביעות בעלות במקרקעין בתחום סמכויותיו הכספיות כמוגדר לפי סעיף 28(א)(2) לחוק הנ"ל. התחימה, הקיימת בסמכויות, היא מיושנת, ואף מרבה כשלעצמה דיונים מיותרים במחלוקות סמכות. על-כן מן הראוי היה, שהמחוקק ייתן דעתו למכשלה, הנובעת מן הפרדה הקיימת בסמכויות כדי לשקול הסרתה"³⁵ (ההדגשות שלי – י.כ.).

ודוק, אף שבעניין זה התעוררה בעיית פיצול הסעדים ה"רכה" יותר – שני סעדים במקרקעין – שבה יש להחיל את הלכת העיקר והטפל, שמגר זועק על עצם החלוקה המלאכותית בסמכויות בתי משפט שלום ובתי משפט מחוזיים. לדעתו, על המחוקק

³³ כך הניח בית המשפט המחוזי בערעור, ראו ציטוט מדבריו של שופט בית המשפט המחוזי, השופט בן דרור, בעניין חסן, שם, בעמ' 7.

³⁴ זאת על אף ההלכה הידועה, שניתנה אף היא על ידי השופט שמגר מספר חודשים לפני כן, הקובעת כי רק במקרים נדירים תינתן רשות ערעור בערעור שני, ראו בר"ע 103/82 חנין חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982).

³⁵ עניין חסן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 13.

היה להכפיף את מבחן הסעד למבחן הכספי, ולקבוע את הסמכות העניינית לפי שווי התביעה אף בענייני מקרקעין. הווה אומר, בניגוד למצב המשפטי כיום ובעבר, שמגר מציע כי אף במקרים שבהם הסעד יהיה סעד מקרקעין, בין מסוג בעלות ובין מסוג חזקה ושימוש, יש לבחון אם הוא עומד בתחום סמכויותיו הכספיות של השלום, ואז יימסר הוא לסמכות השלום. אחרת, יימסר למחוזי.

לדעתי, הצעה זו אינה רצויה, שכן אף היא עלולה לסרב ולהאריך את שלב ההקשה על הדלת בטרם הכניסה לטרקלין. ודעת למבין, כל אימת שתוגש תביעה שסעדיה מקרקעין, יהיה צורך בהערכת שמאי מקרקעין מטעם התובע לשם הערכת שווי הנכס. אך סביר הוא שהנתבע יעמוד על זכותו לחלוק על הערכת השמאי מטעם התובע ויבקש להגיש חוות דעת מטעמו, בין לשם הגדלת האגרה המושתתת על התובע³⁶ ובין לשם עיכוב ניהולו של ההליך, כדרכם של לא מעט נתבעים, במאמצם להתיש את התובע. נמצאו אפוא בעלי הדין מתכתשים בשאלת שווי התביעה, ונמצאת מטרנתנו – לקצר את שלב הכניסה לטרקלין – מסוכלת. הצעתו זו של שמגר מעבירה את מוקד קביעת הסמכות מהתובע לנתבע, ובמחלוקת הבלתי נמנעת ביניהם, תיִדרש הכרעה משפטית, אשר ודאי תכביד על התקדמות הדין.³⁷ מה גם שהצעתו זו שוב "זורקת את הכדור" למחוקק, אחר שקריאות קודמות שבו ריקם.

ה. הלכת דור אנרגיה המפורסמת – הלא טעות היא?

קושי נוסף שנובע מהלכות אלו, עולה בעניין דור אנרגיה.³⁸ שופטים בכל הערכאות מרכיבים לאזכר את אמרת האגב שנאמרה בו, אם כי לדעתי, יסודה בטעות.³⁹ חברת "דור אנרגיה" עתרה בבית המשפט המחוזי לשני סעדים: פסק דין הצהרתי בדבר תקפותו של חוזה אשר נקשר בינה ובין הנתבע, וצו לאכיפתו. בחוזה בין הצדדים היו שלובות זכויות לשיווק דלק בתחנה שבבעלות הנתבע וכן שכירות מקרקעי התחנה מאת הנתבע. זכויות שיווק הדלק הן סעד כספי ושוויין במקרה דנן היה בגובה סמכות בית המשפט המחוזי. שכירות התחנה הוא סעד חזקה ושימוש במקרקעין המסור לסמכות העניינית של בית משפט השלום. הנתבע עתר בהמרצה נפרדת לדחיית התובענה על הסף מחמת היעדר סמכות עניינית, שכן לטענתו זו תביעה לחזקה ושימוש במקרקעין המצויה

³⁶ שהרי משתביעות המקרקעין ייבחנו במבחן השווי הכספי, אין סיבה שלא ישלם התובע אגרה הנגזרת משוויה של התביעה, ראו תק' 2 ו-6 ופרטים 1 ו-8, לתוספת בתקנות בית המשפט (אגרות), התשס"ז-2007.

³⁷ בהעברת מוקד קביעת הסמכות לידי שיקול דעתו של בית המשפט יש לדעתי גם הפרה סמויה ובלתי מורגשת של היתרונות שבמבחן הסעד, וראו הרחבה על כך במאמרי "שימוש במקרקעין – יישומו המוטעה של מבחן הסעד והשלכותיו", מחקרי משפט כד(2).

³⁸ ע"א 1049/94 דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' חמדן, פ"ד נ(5) 820 (1997).

³⁹ בגרסת אוקטובר 2007 של הפדאור, עולה כי פסק דין זה צוטט בלא פחות מתשעים ושלושה פסקי דין בכל הערכאות. פסקי דין הבולטים בבית המשפט העליון והעוסקים בעיקר בשאלת הסמכות הם עניין חבס, לעיל ה"ש 11, וע"א 4796/95 אלעזרה נ' אלעזרה, פ"ד נא(2) 669 (1997).

בסמכות בית המשפט השלום.⁴⁰ בדחותו טענה זו, קבע בית המשפט המחוזי כי החוזה אמור היה להסדיר את שני הנושאים – שכירות המקרקעין ושיווק בלעדי של הדלקים, ומכיוון שנושא השיווק הוא הנושא המרכזי, הרי שלבית המשפט המחוזי סמכות לדון בעניין!

לדעתי, קביעתו זו של בית המשפט המחוזי בטעות יסודה, שהרי מדובר באותם סעדים שנתבקשו בעניין **עקריש** – סעד כספי וסעד החזקה ושימוש במקרקעין. היה מקום אפוא לפצל את התביעה לשני בתי משפט שונים. אמנם נכון כי לא כל התביעה אמורה להתנהל בשלום, כפי שטען הנתבע, אולם חלקה-ודאי. כידוע, בית המשפט המחוזי אינו רשאי לסטות מהלכותיו הפסוקות של בית המשפט העליון, ולמרבית הפלא הוא אף לא מנסה להבחין בין המקרים.⁴¹ ההליך נמשך, ובסופו של דבר קבע בית המשפט המחוזי לגופו של עניין כי לא נכרת הסכם מחייב בין הצדדים. על פסק דין זה ערערה חברת "דור אנרגיה". המשיב-הנתבע העלה **שוב** את טענת חוסר הסמכות העניינית במסגרת תשובתו לערעור. בית המשפט העליון "מאשרר" את פסיקתו המוטעית, לדעתי, של בית המשפט המחוזי, וכך קבע:

"העניין **המרכזי** בחוזה אשר את אכיפתו ביקשה המערערת הוא שיווק הדלק. מטרת המערערת בחוזה היא שישווקו דלקיה, על טובת ההנאה שיש לה בכך, ומטרת המשיב היא להפיק רווחים משיווק זה. השכרת מקרקעי התחנה למערערת, תוך מתן זכויות ההפעלה של התחנה למשיב, **לא באה אלא, כתנאי לוואי**, להבטיח ולהסדיר את תנאי שיווק הדלק. אשר-על-כן, דעתי היא שאין להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי בקובעו שהוא מוסמך לדון בתובענה" (ההדגשות שלי – י.כ.).⁴²

תוהו אני, היכן נאמר כי יש רלוונטיות לסעד הטפל במקרה של סעד חזקה ושימוש במקרקעין הנתבע יחד עם סעד כספי? הלא בעניין **עקריש** נתבעו סעדים זהים לסעדים בענין דור אנרגיה ונקבעה שם הלכה אחרת, הלכת הפיצול. יקשה לומר כי בית המשפט העליון הופך כאן את הלכתו ההיסטורית: **ראשית**, הוא לא אומר זאת וכלל לא מתמודד עם המסורת הקיימת. **שנית**, כעבור שנתיים השופט אור בעצמו, כפי שאבחן בפרק הבא, חוזר להלכת פיצול הסעדים. **שלישית**, לא בכדי, לדעתי, לא נאמר כאן במפורש כי הטפל הולך אחר העיקר, וגם לא נאמר כאן כי מדובר בסעד טפל. משום מה משתמש

⁴⁰ ולכן, כל ההפניות, ויש לא מעט כאלו, לעניין **דור אנרגיה** בטענה כי בו הועלתה טענת היעדר הסמכות העניינית רק בערכאת הערעור אין להן על מה לעמוד, וכך למשל נכתב באחד מפסקי הדין בבית המשפט העליון: "בפרשת **דור אנרגיה** [...] נמתחה ביקורת על העלאה לראשונה של טענת חוסר סמכות עניינית **בערכאת ערעור** מקום שקדם לכך דיון שלם ומפורט בערכאה הדיונית, ולא נטענה במסגרתו טענת חוסר סמכות עניינית **כלשהי**!" (ההדגשות שלי – י.כ.), רע"א 00/6630 ועד הנאמנים ת"א-יפו נ' **סילקו**, פ"ד נו(6) 913, 916 (2001).

⁴¹ ס' 20 (א) לחוק-יסוד: השפיטה.

⁴² עניין **דור אנרגיה**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 829.

השופט אור במונח שלא הכרנו בהקשרים אלו: "תנאי לוואי". מה משמעותו של מונח זה? האם "תנאי לוואי" נגרר אחרי העיקרי? האם "תנאי לוואי" הוא סעד חסר ערך, שאפשר להתעלם ממנו כשדנים בעניין הסמכות? האם מדובר בהלכה שלישית היוצאת מבית המשפט העליון? ייתכן, ואומר זאת בזהירות, כי השופט אור היה מודע לכך כי מדובר בטעות של בית המשפט המחוזי, אך הוא חשש מהתוצאה הקשה של קבלת טענת המשיב-הנתבע. ייתכן כי הדבר הכביד עליו עד שראה לנכון להוסיף, אמרת אגב לדידו,⁴³ אמרת רציו לדידי, את הדברים הבאים:

"בעניין טענת חוסר הסמכות מתבקשת הערה. הדיון בבית המשפט המחוזי היה דיון מלא וענייני, וניתנה במהלכו לכל אחד מהצדדים אפשרות מלאה להביא את ראיותיו וטענותיו. הכרעתו של בית המשפט המחוזי הייתה לגופו של עניין. גם לפנינו הובא טיעון מלא של באי-כוח הצדדים – בכתב ובעל-פה. אין כל מניעה שנכריע

⁴³ השופט אור יכול היה לקבוע כי הלכת המחוזי ניתנה בטעות, ואף על פי כן אין הוא מאפשר לנתבע להעלות את טענת העדר הסמכות העניינית בשלב זה. או אז הייתה האמרה המצוטטת להלן בגוף הטקסט הופכת להיות אמרת הרציו של פסק הדין, והיא הייתה ההלכה הפסוקה. הקושי שעלול לעלות בהצעתו זו הוא שאין מקום למנוע מהנתבע מלהעלות את טענת העדר הסמכות העניינית בשלב הערעור, זאת הואיל והוא העלה טענה זו בערכאה הדיונית, והיא נדחתה. ומה יכל עוד לעשות? אמנם נכון כי הנתבע יכול היה לערער ברשות על החלטת הביניים בו במקום, אולם האם יש לתלות בו את הקולר על אשר בחר להמתין ולראות מה תהיה תוצאתו הסופית של פסק הדין? ייתכן כי די בקולר זה (שלא ערער מיד על החלטת הביניים) כדי לחסום אותו מלהעלות את טענת היעדר הסמכות בשלב הערעור. אולם הצעתי זו קשה משתי סיבות שהן אחת: ראשית, הנתבע כלל לא ערער. הוא זכה בפסק הדין והעלה את העניין רק בתשובה לערעור, ומה לנו לטעון כלפיו מדוע לא ערער בזמן החלטת הביניים? הרי הוא המתין לראות שמא יזכה בתיק ואכן זכה וכלל לא ערער. שנית, תק' 411 לתקנות מאפשרת לו, ואף מעודדת בעלי דין כעניין שבמדיניות, שלא למהר ולערער על החלטות הביניים שנדחו. לשם כך שומרת להם התקנה את זכותם לעשות כן בשלב הערעור, ובשלב זה ערעורם הוא אף בזכות. מדוע אפוא נדרוש מהנתבע להגיש ערעור כבר בשלב החלטת הביניים? ואכן אף בתי המשפט נטו שלא לעודד ערעורים באמצעו של ההליך, ראו, למשל, ע"א 169/70 יזרעאל נ' נאור, פ"ד כד(2) 680, 681 (1970). אמנם נכון כי במאמרו של מיכאיל קרייני "תקנה 411 לתקנות סדר הדין האזרחי – גבולות כבישתה של אופציית הערעור על החלטות-ביניים" משפטים כט 139 (1998), מציע המחבר להרחיב את סייגיה של תק' 411 לתקנות כך שאפשר יהיה להגביל את השימוש בתקנה זו לא רק בקשר להחלטת ביניים של עיכוב הליכים לפי ס' 5 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968, אלא גם לטענות נוספות, שאם תעלינה בשלב הערעור הסופי עלולות הן ליתר ולאין את כל פסק הדין מעיקרו. אך זהו עדיין לא המצב המשפטי כיום. ומה גם שהמחבר עצמו מוציא את טענת היעדר הסמכות העניינית מגדר אותן טענות המוצעות על ידו. כלומר לדידו, ניתן יהיה להעלות טענת היעדר סמכות עניינית בשלב הערעור, אף אם לא ערער הנתבע בזמן מתן ההחלטה ואף אם יאויין כל ההליך שהתקיים, שכן לטענת המחבר, בעמ' 152 למאמרו, מוכן הדין להקריב את אינטרס החיסכון במשאבים לטובת אינטרס שמירת הסמכות העניינית של בתי המשפט. וראו התייחסותם של סטיבן גולדשטיין וערן טאוביג "הפחתה במעמד שאלת הסמכות בבתי-המשפט הכלליים" עלי משפט ג 279, 314 (2003).

במחלוקת לגופה. קבלת טענת המשיבים בשאלת הסמכות הייתה מחייבת החזרת הדיון לבית-משפט השלום על-מנת שיתחיל בדיון מבראשית לאחר חלוף שנים מיום הגשת התביעה לבית המשפט המחוזי. במקרה כזה הייתה שמורה לצדדים גם הזכות לערער לבית המשפט המחוזי, וכן לערער, לאחר נטילת רשות, לבית המשפט העליון. תוצאה כזו, כפי שאירעה לא אחת בעבר, אינה מניחה את הדעת. היא מתעלמת מאובדן זמן שיפוטי יקר. היא מהווה מקור להתמשכות דיונים רק בשל כך שצד מן הצדדים לסכסוך טעה, במקרה גבול, בדבר הערכאה המוסמכת לדון בעניין. נראה לי, שככל שמדובר במערכת בתי המשפט הרגילים, רצוי לקבוע כלל, שלאחר שנית-משפט דן בעניין ונתן פסקו, שוב לא תוכל לצוף ולעלות שאלת הסמכות העניינית בכל שלב נוסף של הדיון.⁴⁴

לדעתי, מדברים הדברים בעד עצמם. אמרתו זו של השופט אור באה למעשה להסיר ניד שבלב ולומר כי גם אם טעה בית המשפט המחוזי הרי בכל מקרה לא היה מקום לקבל את טענת חוסר הסמכות העניינית. אדגיש, אינני בא לטעון כי תוצאת בית המשפט העליון, שלפיה אין להעלות טענת היעדר סמכות בערכאת הערעור, אינה רצויה. טענתי נוגעת להצדקותיה המשפטיות ולנסיבות שבהן ניתנה.⁴⁵

ו. הרחבה שקטה של הלכת פיצול הסעדים – עניין הפדרציה

הלכת פיצול הסעדים הוסיפה לגרום תקלות, אולם לא די שלא בוטלה או צומצמה עם השנים, לא על ידי המחוקק ואף לא על ידי בית המשפט העליון, אלא אדרבה, תחולתה הלכה והתרחבה! כזכור, הלכת **עקריש** נקבעה בנסיבות מאוד קונקרטיות, שבהן התובע עתר לסעד חזקה ושימוש במקרקעין יחד עם סעד כספי בגובה סמכות המחוזי. כשנתבקשו סעדים אחרים המסורים לסמכויות שונות, כבעניין **קלקודה**, נקבעה הלכה אחרת, שונה מהלכת **עקריש**, הלכת הטפל והעיקר. כעבור כארבעים שנה, בשנת 1999, הגיע לבית המשפט העליון מקרה שבו היו הנסיבות העובדתיות שונות במידת מה מנסיבותיהן העובדתיות של שתי הלכות היסטוריות אלו. להלן נראה לאיזו הלכה ניתב בית המשפט העליון את המקרה שהתגלגל לפתחו.

הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות⁴⁶ הגישה תביעה לבית המשפט המחוזי

⁴⁴ עניין **דור אנרגיה**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 829. כיום צועדים לא מעט פסקי דין ברוח אמרת אגב זו ודוחים טענת היעדר סמכות עניינית כאשר היא מועלית בערכאת הערעור, ראו ע"א 99/1662 **חיים נ' חיים**, פ"ד נו(6) 295, 309 (2002) וכן אף בשלב הערכאה הדיונית, ראו ב"ש"א (מחוזי חי') 9859/03 **משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ נ' קקון**, פדאור (7) 05 (2005), וכן מאמרם של גולדשטיין וטאוס, לעיל ה"ש 43, בפרק ב, הסוקר בהרחבה עניין זה.

⁴⁵ כך, למשל, יכול היה השופט אור להיעזר בדרך של בית המשפט בע"א 74/83 **ראד נ' חי**, פ"ד מ(2) 141, 151 (1986).

⁴⁶ רע"א 7589/98 **הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' שורץ**, פ"ד נג(1) 670 (1999)

שנושאה הוא הפרת זכויות יוצרים במוסיקה מוקלטת. בתביעתה עתרה לשני סעדים: האחד, צו מניעה קבוע שיאסור על השמעת מוסיקה במסעדה מסוימת. האחר, פיצוי כספי בגובה 50,000 ₪ מבעלת המסעדה. בית המשפט המחוזי בדונו בבקשת צו מניעה זמני קבע כי הסמכות העניינית לדון בצו המניעה הזמני, בצו המניעה הקבוע ובפיצוי הכספי מסורה לבית המשפט השלום. משנתברר לו אפוא כי הוא חסר סמכות, הורה על העברת התביעה לבית המשפט השלום.⁴⁷ על החלטה זו הוגשה בקשת רשות ערעור. השופט אור שדן בה כדן יחיד⁴⁸ החליט לבטל את פסק דינו של המחוזי וכך קבע:

"על-פי ע"א 29/58 לוי נ' עקריש, שם נקבע, כי כאשר נתבעים סעדים כספיים וסעדים שאינם כספיים, והסעדים הנתבעים הם בסמכותם של בתי-משפט שונים, יש להפריד את התביעות. אכן, כטענת המבקשת, צו-המניעה שעתרה לו אינו ניתן להערכה כספית ועל-כן הסמכות לתתו מסורה לבית-המשפט המחוזי, מכוח סמכותו השירותית [...] ברם, הסמכות לדון בתביעה לסעד הכספי בסך 50,000 ש"ח, אשר נתבקש על-ידי המבקשת, נתונה לבית-משפט השלום מכוח סעיף 51(א)(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984. זאת, חרף העובדה שהסעד הכספי נתבע כסעד משני".⁴⁹

ודוק, מבלי משים, ומבלי הפניה לתקדים מרחיב כלשהו, מתרחבת לה, בשקט בשקט, הלכת עקריש ומוחלת על כל "הסעדים הכספיים והסעדים שאינם כספיים". הרחבה זו בעייתית לטעמי ממספר סיבות: ראשית, הלכת עקריש המקורית נקבעה בנסיבות של סעד חזקה במקרקעין יחד עם סעד כספי!⁵⁰ ובמקרה דנן שונות הנסיבות. שנית, הלכת

(להלן: עניין הפרדציה).

47 ראו ס' 79 לחוק בתי המשפט, ולעיל ה"ש 22.

48 החלטת בית המשפט המחוזי להעביר את התיק לבית המשפט השלום איננה פסק דין אלא החלטה אחרת, ולכן הערעור עליה הוא ברשות (ס' 41(ב) לחוק בתי המשפט, בפני דן יחיד ס' 26(4) לחוק בתי המשפט). שונה היה המצב אילו החלטת ההעברה הייתה לערכאה שאינה בית משפט השלום או המחוזי, למשל, לבית דין לעבודה או לבית דין רבני, או כי אז היינו רואים זאת כסוף פסוק מבחינת מערכת בתי המשפט הרגילה, כלומר כפסק דין סופי, ראו ע"א 328/67 שרפסקי נ' שרפסקי, פ"ד כב(1) 277, 279 (1968), וכן זוסמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 763. וכן ישראל לשם "הערעור – אימתי בזכות ואימתי ברשות?" הפרקליט לג 232, 244 (1980). הערעור על החלטה כזו יהיה בזכות (ס' 41(א) לחוק בתי המשפט), בפני הרכב של שלושה שופטים (ס' 26 לחוק בתי המשפט). שאלת ההרכב חשובה, כפי שנראה להלן.

49 עניין הפרדציה, לעיל ה"ש 46, בעמ' 672.

50 ודוק, כשזוסמן בספרו דן בפיצול התביעה הוא מפנה לכמה פסקי דין בעליון ובמחוזי. מעיון בהם מתברר כי כולם כולם נוגעים לסעד השימוש במקרקעין הנתבע יחד עם סעד כספי בגובה סמכות בית המשפט המחוזי בלבד ולא כל סעד אחר, זוסמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 55. ראו עניין המועצה המקומית באר-יעקב, לעיל ה"ש 17; ע"א 130/68 הכטמן נ' בן ארצי, פ"ד כב(2) 608 (1968); ה"פ 279/82 ת"א (מחוזי ב"ש 220/82) נדב נ' איתני – שטיחי כרמל ושו"ת, פ"מ תשמ"ב(2) 435 (1982).

עקריש נפסקה בתקופה שבה נזהרו בתי המשפט עד מאוד בפרשנות סמכות בית משפט שלום, ומה לנו להסיק מאז לכאן ועכשיו?⁵¹ ואם ילחשך אדם, הרי אין כל מקום להבחין בין נסיבות עניין **הפרדציה** לבין נסיבות עניין **עקריש**? אף אתה אמור לו, כי באותה מידה אין מקום להבחין בין נסיבות עניין **הפרדציה** לנסיבות עניין **קלקודה**! זאת, בפרט על רקע קביעת השופט אור, קביעה שאינה קיימת בעניין **עקריש**, כי הסעד הכספי שנתבע בעניין **הפרדציה** נתבע כסעד משני בלבד, ובפרט על רקע מדיניות משפטית מתבקשת שלא ליצור מצב שתביעה בת עילה אחת מתנהלת בשתי ערכאות שונות רק בשל סעדיה השונים. משראה בית המשפט העליון כי זה למעלה מארבעים שנה אין המחוקק מוצא שעת כושר לבטל את הלכת **עקריש**, לא היה לו להרחיבה ל"כל הסעדים הכספיים ושאינם כספיים". ואם לא ראה לנכון לבטלה, אזי למצער היה עליו להותירה בגבולות נסיבותיה הספציפיות. קושייתי מקבלת משנה תוקף על רקע סקירתם של גולדשטיין וטאוסג ולפיה ישנה הפחתה ברורה בחשיבותה של הסמכות העניינית בשנים האחרונות.⁵² שאלה חשובה היא, וכלל לא פשוטה, אם החלטה זו של בית המשפט העליון, שניתנה בדין יחיד, נחשבת כהלכה פסוקה. לא אזדקק לשאלה זו ברשימה הנוכחית אך אומר כי מכל מקום עדיין היא הלכה מנחה ואינה נטולת תקדימיות.⁵³

בעקבות ההרחבה ה"שקטה" של תחולת הלכת **עקריש** "ל[כל] הסעדים הכספיים וסעדים שאינם כספיים", ביטל השופט אור את החלטת בית המשפט המחוזי, המורה להעביר את ההליך לבית משפט השלום, והורה על החזרת הדיון לבית המשפט המחוזי תוך קביעה כי:

"חלק זה של התביעה [הפיצוי הכספי] נדחה מחוסר סמכות, תוך שמירה על זכותה של המבקשת להגיש תביעה לסעד כספי לבית-המשפט שיהיה מוסמך לדון בו, בהתחשב בסכום שייבתע" (ההדגשה שלי – י.כ.).⁵⁴

דומני כי קביעתו זו האחרונה של השופט אור אינה פשוטה כלל ועיקר, שכן אם הסעד "נדחה מחוסר סמכות" (תקנה 101 לתקנות), בשונה מ"נמחק" (תקנה 100 ותקנה 527

⁵¹ וכך כתב אזר, בהתייחס להלכה שנפסקה באותה שנה, בה נפסקה הלכת **עקריש**: "לא ניתן להבין את ההלכה שנפסקה בענין **שמש** אלא על רקע התקופה בה נפסקה, שנתיים לאחר חקיקת חוק בתי-המשפט, כאשר בית-משפט-השלום היה כפי שהיה אז, כמתואר לעיל, ופרשנות סמכותו נעשתה בצמצום ובאופן זהיר", ראו אזר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 127.

⁵² גולדשטיין וטאוסג, לעיל ה"ש 43, פרק ב, וטענתם המסכמת בעמ' 309.

⁵³ בשאלה זו התחבט לאחרונה השופט רובינשטיין, וכך כתב: "החלטות דן יחיד הדוחות בקשה לרשות ערעור אינן דרך המלך של קביעת הלכה בבית משפט זה, המחייבת כל בית משפט אחר לפי סעיף 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה – שהיא על פי המקובל בשלושה שופטים [...] כך במישור העיוני. ואולם, במציאות היומיומית של בתי המשפט לדרגותיהם, ההתייחסות להחלטות בית משפט זה בדין יחיד אינה נטולת 'תקדימיות'". רע"א 2996/06 **שלום נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ**, (טרם פורסם, 18.10.2006).

⁵⁴ עניין **הפרדציה**, לעיל ה"ש 46, בעמ' 672.

לתקנות), הרי שנוצר מעשה בית דין, ולא ברור כיצד תשמר למבקשת זכותה להגיש תביעה בעתיד?⁵⁵ יתרה מכך, אכן תקנה 101 לתקנות קובעת כי במקרים של חוסר סמכות תיבחה התביעה, אולם תקנה 101(ב) לתקנות קובעת כי לא ייעתר בית משפט לבקשת דחייה מחוסר סמכות, אם נראה לו שיש להעביר את התביעה לבית משפט מוסמך.⁵⁶ משכך, לא היה מקום לדחות חלק זה של התביעה, אלא היה על בית המשפט העליון להותיר את הסעד הכספי בבית משפט השלום, ולהחזיר למחוזי רק את סעד צו המניעה הקבוע.⁵⁷

ז. הרחבה שקטה נוספת של הלכת פיצול הסעדים – עניין מחאג'נה

בהלכה מאוחרת יותר של בית המשפט העליון, שניתנה אך לפני מספר שנים, חזר אמנם בית המשפט העליון בתחילת דבריו לגבולותיהן הברורים של נסיבות עניין עקריש, אולם הרחיב, במוטב תלתא, תחולת ההלכה מצד אחר. בעניין מחאג'נה⁵⁸ עתר התובע בבית המשפט המחוזי לסעד אכיפת חוזה מכר מקרקעין, ולחלופין לסעד כספי בגובה של 170,000 ש"ח. בית המשפט המחוזי קבע כי לא ניתן לאכוף את החוזה לנוכח הערת אזהרה הקיימת על הנכס לטובת צד ג', ולכן חייב את הנתבעים רק בסעד החלופי, הסעד הכספי. הנתבעים הגישו ערעור לבית המשפט העליון וטענו כי בית המשפט המחוזי היה מחוסר סמכות לדון בעניין.⁵⁹ בית המשפט העליון קיבל את הטענה, ובבטלו את פסק דינו של בית המשפט המחוזי קבע:

"אכן, מקום בו נתבעים מספר סעדים, אשר כולם נוגעים לעניינים שבמקרקעין, חלה ההלכה לפיה הטפל הולך אחר העיקר ובית המשפט המוסמך לדון בסעד העיקרי מוסמך לדון גם בסעד הטפל [...]. כך למשל, כאשר נלווית לתביעת בעלות במקרקעין תביעה לחזקה בהם, או עניין אחר הנוגע לשימוש בהם [...]. לעומת זה, כאשר הסעד הנוסף או החלופי הנתבע, בצד הסעד הנוגע לעניינים שבמקרקעין, הוא סעד כספי, קובעת ההלכה הפסוקה כי הסמכות העניינית לדון בסעד נוסף זה, נקבעת על פי שווי הסעד הכספי (ראו ע"א 29/58 לוי נ' עקריש, פ"ד יב 1457, 1458, ע"א 588/87 כהן נ' שמש, פ"ד מה (5) 297, 313; י' זוסמן, סדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית, 1995), בעמ' 165

55 הדבר גם שונה מהפסקת תובענה המוסדרת בתק' 154 לתקסד"א, והמתירה לבית משפט להפסיק תובענה בתנאים שייראו לו, ראו תק' 154(ב) לתקסד"א וכן ע"א 88/746 בוזגלו נ' אוחנה, פ"ד מה(3) 690 (1991).

56 וראו זוסמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 89.

57 קביעת תק' 101(ב) לתקנות אכן מצמצמת כמעט לחלוטין את תק' 101(א)(2) לתקנות ומותירה אותה בעיקר למקרים של חוסר סמכות בינלאומית שבה יש מקום לדחות את התביעה.

58 ע"א 8130/01 מחאג'נה נ' אנבאריה, פדאור 03(3) 559 (2003).

59 בהתאם לגובה הסעד החלופי, הנמוך מהסכום הקבוע בס' 51(א)(2) לחוק בתי המשפט.

הערת שוליים 251; וכן השוו עם הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' רחל שוורץ, פ"ד נג (1) 670, 672 (ההדגשות שלי – י.כ.).⁶⁰

שוב תוהה אני, לאיזו "הלכה פסוקה" בדיוק, המתייחסת לסעד חלופי, מתכוון בית המשפט העליון? זו ודאי לא ההלכה הפסוקה בעניין עקריש המאוזכר בציטטה זו. זו גם לא ההלכה בעניין שמש המאוזכר, שבו נתבעו במקביל, ולא לחלופין, ארבעה סעדים. גם עיון בהערת השוליים המאוזכרת מספרו של זוסמן (הערה 251) לא מביא למסקנה האמורה: ראשית, זוסמן דן באפשרות שונה, שבה בית המשפט מעניק סעד מבלי שנתבקש לו כלל, ולו לחלופין! ובסעד שכלל לא נתבקש לא ניתן לומר מהו הטפל ומהו העיקר, ולכן אין הנדון דומה לראיה. שנית, זוסמן מציין רק כי הדבר "כרוך בקשיים" – אך מכאן ועד הלכה פסוקה – ארוכה הדרך!⁶¹ אף לא ברור מה ניתן ההשוואה לעניין הפדרציה המאוזכר שנדון לעיל בהרחבה. ושוב, מבלי משים, בשקט בשקט, מתרחבת לה הלכת הפיצול וחלה גם במקרה שהסעד הכספי הוא סעד חלופי בלבד. אין מדובר בעניין של מה בכך, שהרי בפני בית המשפט העליון עומדות שתי הלכות מקוטבות: מחד גיסא הלכת פיצול סעדים ומאידך גיסא הלכת הטפל והעיקר. כשבא לפניו דיון בנסיבות עובדתיות שונות משתי הלכות אלו, יכול הוא לקבוע בדרך הפרשנות או האנלוגיה כי יש להחיל את הלכת הטפל והעיקר על הסעדים שבפניו, ויכול הוא לקבוע כי יש להחיל עליהם את הלכת פיצול הסעדים. ואכן בית המשפט המחוזי, למשל, התעלם מהסעד החלופי לעניין הסמכות וקבע לאור הסעד העיקרי, והיחיד למעשה, כי יש להחיל את הלכת העיקר והטפל, והסמכות מסורה לבית המשפט המחוזי. בית המשפט העליון סבר אחרת וכך קבע:

⁶⁰ עניין מחאג'נה, לעיל ה"ש 58, בעמ' 5.

⁶¹ להלן הציטוט מהערת השוליים האמורה: "בע"א 4/62, 5 (פס"ד טז 2460) הורה בימ"ש שתחת צו עשה שנתבקש רשאי בימ"ש לפסוק דמי נזק, אפ' לא נתבקשו בכתב התביעה, אך הדבר כרוך בקשיים, לפחות כאשר שיעור הנזק אינו בגדר סמכותו של בית המשפט הדין בעניין". עוד מפנה זוסמן לה"פ (י"ם) 36/67 מויאל נ' אהרוני, פ"מ נט 238 (1967). עיון בהמרצה זו מלמד כי היא כלל לא נוגעת לעניין. בפני בית המשפט השלום הוגשה תביעת נזיקין בתחום סמכותו. תוך כדי ההליך נתברר שהנזק עולה על סכום סמכותו של בית משפט השלום. ולכן ביקשה התובעת להעביר את הדיון למחוזי ובינתיים היא תתקן את כתב התביעה. שופט השלום דחה את הבקשה משום שכעת התביעה היא בתחום סמכותו. בא כוח המבקשת טען בערעורו בבית המשפט המחוזי כי אין הוא יכול לבקש תיקון מבית המשפט השלום שהרי התיקון הוא מעבר לתחום סמכותו. טענתו זו נדחתה במחוזי תוך שנקבע כי אכן לפי כתב התביעה הנוכחי אין מקום להיעתר לבקשה, ולכן עליו להגיש תביעה חדשה לבית המשפט המחוזי תוך ביטולה של זו. ברור כי אין הנדון דומה לראיה. מה לכך ולסעד חלופי? מה גם שלדעתי הלכה זו אינה נכונה זה מכבר לאור רע"א 2992/98 ספקטור נ' מגדל, חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נב(3) 673 (1998) וכן ראו גורן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 13, וכיום לא יידרש התובע לבטל תביעתו ולהגישה מחדש. זוסמן מפנה לפסק דין נוסף העוסק בתחום הפלילי, ואף שם מדובר על אישום שלא נכלל בכתב התביעה, ע"פ 76/69 יצחק נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 569 (1969).

"על כן, אפילו היה בית המשפט המחוזי מוסמך לדון בתביעה לצו עשה, לא הייתה לו סמכות עניינית לדון בסעד הכספי החלופי, אשר על פי סכומו בא בגדר סמכותו העניינית של בית משפט השלום".⁶²

לדעתי, מטעמים של מדיניות משפטית ראויה ורצויה, היה מקום ללכת בדרכו של בית המשפט המחוזי ולקבוע כי התביעה מסורה לסמכותו העניינית של בית המשפט המחוזי. לא זו אף זו, לא די שאין כל "הלכה פסוקה" בעניין סעד חלופי, אלא שהרציונל המשפטי מורה על הבחנה ברורה בינו לבין הלכת פיצול הסעדים. ואבהיר דבריי: בהלכת עקריש נתבעו שני סעדים במקביל, ואכן היה מקום (אף שאני סובר אחרת) שלא להחשיב את האחד טפל ואת האחר עיקר אלא לראותם כשווי ערך, כפי שאכן התייחס אליהם בית המשפט והורה על פיצול התביעה. אולם בעניין מחאג'נה מדובר בסעד אחד שנתבקש – הוא הסעד העיקרי. הסעד הנוסף נתבע רק לחלופין. הסעד החלופי ודאי אינו שווה ערך, מבחינת קביעת הסמכות, לסעד העיקרי, וברור שהוא צריך להיגרר אחריו, אף יותר מאשר כל סעד טפל אחר.

יתרה מכך, קביעה זו של בית המשפט העליון תביא בדרך עקיפה ובדלת האחורית לכך שתביעות המקרקעין יוגשו על פי המבחן הכספי! ודעת למבין, על פי רוב הסעד החלופי בתביעות המקרקעין הוא הסעד הכספי (היה ולא תצליח התביעה לאכיפת חוזה המכר או לפינוי הנתבע וכיוצא בזה, אזי לחלופין מתבקש בית המשפט לחייבו בסכום כספי). סכום כספי זה קובע כעת, בהתאם להלכה החדשה בעניין מחאג'נה, לעניין הסמכות! כלום ניתן להעלות זאת על הדעת? הרי הסעד החלופי למעשה כלל לא נתבע בפועל?⁶³ מה ההיגיון אפוא לשלוח את התובע לפתוח הליך נוסף בערכאה אחרת, בדרגה גבוהה או נמוכה, לשלם אגרה בגינו, כאשר הסעד כל כולו מתבקש על תנאי בלבד? האין אנו מאיינים בכך את חילופיותו של הסעד? חוששני כי הלכה זו תביא, לעתים בצדק ולעתים לא, לויתור מצד התובע על הסעד החלופי, או מנגד לבקשו כסעד ממשי ולקבוע את ערכו בהתאם לסעד העיקרי כדי שלא תפוצל תביעתו. זו אינה תוצאה רצויה. ייתכן כי המקרה הפרטי שעמד בפני בית המשפט העליון בעניין מחאג'נה הצדיק את ביטול פסק דינו של המחוזי, אולם, כפי שנאמר לא אחת, מקרים קשים יוצרים חוק רע.⁶⁴ אין דוגמה טובה מזו. שוב, הרחבה שקטה שאינה נצרכת, ודאי אינה מחויבת, להלכת עקריש.

דומה כי האחריות המועברת לכתפי המחוקק שוב ושוב מביאה את בית המשפט להותיר על כנה את הלכתו ההיסטורית ולא לסטות הימנה. "מנוחה" רבת-שנים זו בהמתנה למחוקק יצרה, כדלעיל, ואף עלולה ליצור, כדלהלן, הלכות נוספות בעייתיות. כך, למשל, מה יורה בית המשפט כשיעתור התובע לשני סעדים שאמנם שניהם

⁶² עניין מחאג'נה, לעיל ה"ש 58, בעמ' 6.

⁶³ שהרי אם התובע יזכה בסעד העיקרי, הוא למעשה הסעד היחיד שלו.

⁶⁴ "מקרים קשים מולידים הלכה גרועה, אך הלכה גרועה מולידה מקרים קשים. יש לשאוף לשינוי בהלכה באופן שהלכה ראויה תוליד מקרים שפתרונם ראוי", אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית

66 (2004).

במקרקעין אולם אינם נוגעים לאותם מקרקעין – תביעת בעלות על נכס מקרקעין אחד ותביעת שימוש או חזקה בנכס אחר באותו כתב תביעה?⁶⁵ האם גם כאן ייגרר הטפל אחר העיקר? אוסיף ואקשה: ומה אם מדובר בבעלי דין שונים בכל אחת מהעילות?⁶⁶ האם עדיין יורה בית המשפט כי הטפל הולך אחר העיקר, לנוכח העובדה שמדובר בשני סעדים במקרקעין? או שמא יורה לפצל את התביעה לשתי ערכאות שונות? ומה יפסוק בית המשפט אם יהיה מדובר באותם בעלי דין בשתי העילות הנפרדות באותו כתב תביעה? ובמישורים נוספים: מה יורה בית המשפט כשיתבקש לסעד זמני השונה בסמכותו העניינית מסמכותם העניינית של הסעדים שלהם עתר התובע בכתב התביעה?⁶⁷ ומה יורה בית המשפט כשיתבקש לדון בשני סעדים בעין, שאינם מקרקעין,

65 המותרים לצירוף בכתב תביעה אחד מכוח תק' 46(א) לתקנות.

66 ובלבד שיעמוד התובע בכללי תק' 22 לתקנות המתירה צירוף נתבעים בתנאים מסוימים.

67 זוסמן דן בכך בספרו וכותב: "ואילו לגבי בקשות למתן סעד ארעי, **נאצלת הסמכות** לדון בהמרצה [כיום – בקשה], מן הסמכות לדון בתביעה גופה, והשאלה תהא אפוא רק, אם מוסמך בימ"ש לדון **בתביעה**. בדיון בהמרצה יכול הנתבע להתנגד למתן סעד- ביניים בטענה, כי לבית משפט אין סמכות לדון **בתביעה**, ואם יתברר לשופט שאין לו סמכות לדון בתביעה, נבצר ממנו ליתן סעד- ביניים", זוסמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 84. דברים אלו ודאי מתיישבים עם טענתי לאורך רשימה זו, אולם לא ברור על מה מבסס זוסמן את דבריו, שלפיהם הסמכות בסעד הזמני נאצלת מן הסעד העיקרי? טענתו ודאי אינה נתמכת בלשון החוק. יתרה מכך, אף פסקי הדין שאליהם הוא מפנה בהערת השוליים אינם מתיישבים עם טענתו בגוף הטקסט ואף סותרים אותה! פסק הדין הראשון שאליה מפנה זוסמן הוא עניין **עקריש**, לעיל ה"ש 8, והרי שם דובר על מצב שבו הסעד הזמני הוא בעל אותה סמכות של אחד הסעדים בתביעה, ולכן לא היה מקום לפצל התביעה בגינו. הנדון אינו דומה לראיה, שכן אנו מבקשים לדעת למי מסורה הסמכות אם הסעד הזמני שונה מהסעדים שבכתב התביעה בשאלת סמכותו העניינית. ההפניה השנייה של זוסמן לע"א 55/66 **ראש המועצה ו- חברי המועצה המקומית אשדוד נ' אורן**, פ"ד כ(4) 841, 847 (1966), סותרת למעשה את טענתו בדבר הסמכות הנאצלת: וכך כותב קיסטר כחלק מדעת הרוב: "מדובר כאן על צו- מניעה זמני שניתן נגד רשות מקומית וחבריה, כאשר התביעה עצמה כללה גם סעדים אחרים. ער אני לכך שעם מתן פסק- דין על- ידינו, ייחרץ אמנם גם גורלה של התביעה עצמה, או של חלק ממנה, אבל במידה והענין עליו עומדים אנו להחליט הינו ברור, אין כל פגם בכך שנחליט באותו ענין". הדין שם נסב רק על הצו נגד הרשות, ובית המשפט העליון הכריע בדעת רוב כי בית המשפט המחוזי אינו ראוי ליתן צו מניעה זמני נגד הרשות, כך שלא נאצלה כל סמכות משאר הסעדים בתביעה לסעד הזמני! אף פסק הדין השלישי אינו מושיע את זוסמן, אלא אדרבה, שוב סותר את דבריו – בעניין **המועצה המקומית באר יעקב**, לעיל ה"ש 17, נדון ערעורו של משיב אשר הגיש תביעה בבית משפט מחוזי ובה עתר לסעד כספי בגין בורות ביוב שחפרה המועצה (כידוע, אם התביעה היא כספית – אין זה משנה מה מקורה – ראו ע"א 294/65 **ככר הרצל בע"מ נ' גולדברג**, פ"ד יט(4) 107, 110 (1965)). לאחר שישה חודשים הגיש התובע בקשה לצו מניעה זמני האוסר על המועצה להזרים מי שופכין בסמוך לפרדסו. המועצה טענה כי המחוזי אינו מוסמך לדון, שהרי מדובר בשימוש וחזקה במקרקעין. המחוזי דחה את טענת המועצה והעניק את הסעד שכן לטענתו הסעד הזמני אינו חלק מהתביעה אלא רק "עתירה שבגורא". בית המשפט העליון קיבל את הערעור וקבע כי הגם שהסעד הכספי הוא בסמכות בית משפט מחוזי אין בעובדה זו כדי להקנות סמכות גם בסעד הזמני שנתבקש, שהוא בסמכות שלום!! השופט מני כתב את פסק הדין. השופט זוסמן הסכים בלא להוסיף דבר.

ומסורים לסמכות עניינית שונה? האם הפתרון ימצא בדבריו הבאים של בית המשפט העליון:

"החיסרון העיקרי של מבחן הסעד מתגלה כאשר בכתב-הטענות הפותח את ההליך מתבקש בית-המשפט ליתן יותר מסעד אחד, וכאשר אין הסעדים כולם מצויים בסמכותו של בית-משפט אחד. במקרה כזה אין מנוס מניהול כמה הליכים בהתאם לסמכויות שלפי הסעדים (ע"א 29/58 לוי נ' עקריש [8]). לעתים התגברו בתי-המשפט על המגרעת האמורה על-ידי הגדרתם את אחד הסעדים כסעד טפל, ועל-כן נקבע כי ניתן לבקשו בבית-המשפט המוסמך ליתן את הסעד העיקרי" (ההדגשה שלי – י.כ.).⁶⁸

האם תיוותר הכרעת ניתוב התיק, להלכת הפיצול או להלכת העיקר והטפל, ל"התגברותם" של בתי המשפט ולשיקול דעתם בהתאם לכל תיק ותיק שבא בפניהם ללא אחידות נורמטיבית ברורה? האם ניתן דברינו לשיעורין ותינתן תורת כל בית משפט ובית משפט בידו?⁶⁹ וזאת בשאלה של סדרי דין אלמנטריים, כשפרקליטי התובע מתלבטים היכן להגיש תביעתם? ולעתים הם נאלצים לוותר על סעדים שהתובע זכאי להם ובלבד שלא תפוצל התביעה לשתי ערכאות שונות? לא ברור מדוע הנשיא ברק, שהיה חלק מהמותב בפסק דין זה, לא שינס מותננו ונכנס לעובי הקורה, כפי שעשה במקרים אחרים, ועיצב את ההלכה מחדש. אמנם נכון כי במקרה דנן לא היה דיון הרציו,⁷⁰ אולם ראינו מקומות שבהם עניין זה לא היווה מחסום בפניו.⁷¹ בשולי הדברים

68 עניין ארליך, לעיל ה"ש 11, בעמ' 535.

69 ביטוי מושאל, ראו בבלי, שבת לה, ע"ב, שלפיו אין מקום לקבוע הלכות או כללים המשתנים בין אדם לאדם, וכך נאמר שם: "בר חנינא: שמעתי שאם בא להדליק אחר שש תקיעות – מדליק, שהרי נתנו חכמים שיעור לחזן הכנסת להוליך שופרו לביתו. אמר לו: אם כן, נתת דבריך לשיעורין! אלא: מקום צנוע יש לו לחזן הכנסת בראש גגו, ששם מניח שופרו, לפי שאין מטלטלין לא את השופר ולא את החצוצרות". וכן ראו למשל שו"ת חוות יאיר, סימן טו, שלפיו יש להימנע ממצב שבו ההלכות משתנות בהתאם לאדם העוסק בהם: "שהולך לכפרי' לצרכו שג"כ שוהה שם בין רב בין מעט דמותר דאין לתת דברים כאלה לשיעורי' שיהיה תורת כל אחד בידו".

70 ראו עניין ארליך, לעיל ה"ש 11, בעמ' 538.

71 כך, למשל, בבג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994), קבע השופט (כתוארו אז) ברק את הלכתו המפורסמת, שלפיה על בית הדין הרבני להחיל בסוגיית חלוקת הרכוש בין בני הזוג את הלכת השיתוף, פרי הפסיקה הישראלית, ולא להחיל את הדין העברי, כפי שנהג לעשות עד אז. לאחר למעלה מעשרים עמודים שבהם ביסס הלכתו זו, המשיך ברק לעסוק בנושאים שכלל לא נדונו בפניו, והם שאר הסוגיות האזרחיות הנדונות בדרך כלל בבית הדין הרבני. וכך כתב בעמ' 243 לפסק הדין: "יכולתי לסיים בכך את פסק-דיני זה. עם זאת, פתרון זה הוא חלקי בלבד. סומך הוא אך על חוק שיווי זכויות האשה. מניח הוא, שבכל העניינים האזרחיים האחרים רשאי בית הדין הרבני לפסוק על-פי המשפט העברי. פיצול "הקניין" ימשיך לעמוד בעינו [...] נראה לי, כי תוצאה זו אינה הכרחית כלל, וכי הקונסטרוקציה המשפטית שעל פיה פועל בית הדין הרבני כיום, ולפיה בית-דין רבני מפעיל בכל עניין ועניין – למעט בעניינים שבהם מכוונת

אעיר, כי השופט גרוניס בסוף ציטטה זו מפנה להלכת מחאג'נה כהלכה שבאה לשקף ולגלם את הלכת העיקר והטפל, ולא היא! הלכת מחאג'נה הולכת בדרך הלכת הפיצול – ולא טעות מקרית היא בעיניי.

ח. היתר פיצול הסעדים ועניין עקריש

הלכת עקריש מְפַרֵה איזון נוסף הקיים בין התובע לבין הנתבע, המגולם בתקנה 45 לתקנות. תקנה זו מחייבת את התובע להגיש בקשה בכתב להיתר פיצול סעדים, אם ברצונו לתבוע בעתיד סעד נוסף הנובע מאותה עילה. התקנה מאזנת כראוי בין אינטרס התובע, שלא לאבד את הזכות לתבוע בעתיד סעד שעדיין לא התגבש כל צרכו, לבין אינטרס הנתבע שלא להיות מוטרד שוב ושוב באותה עילה רק מחמת סעדיה השונים. זהו כמובן גם אינטרס מובהק של כל שיטה משפטית שלא להרבות בדיונים באותן נסיבות עובדתיות, לא כל שכן באותה עילה. בקשת ההיתר מראש לפיצול סעדים עוד בשלב העתירה לסעד הראשון, מאזנת ומשקללת אינטרסים אלו כראוי.⁷² אולם ההלכה הפסוקה הוסיפה וקבעה כי כאשר שני הסעדים מסורים לסמכותן העניינית של שתי ערכאות שונות, הרי אין צורך להקדים ולהגיש בקשה להיתר פיצול הסעדים וניתן לפתוח הליך נוסף בגין הסעד השני. וראו, למשל, דברי השופטת נתניהו בעניין צברי:

"שנית, פסק הדין נושא הערעור שלפנינו ניתן בבית המשפט המחוזי. המערערים אינם חולקים על כך, שתביעתם הכספית של המשיבים הוגשה (לאחר פסק הדין) לבית-משפט השלום. מי שמבקש לתבוע סעדים המצויים בסמכות בתי-משפט שונים, שומה עליו לפצל את סעדיו בין תובענות שונות המוגשות לבתי-משפט אלה: ע"א 29/58 [7] ועצם השוני בסמכויות הוא שמצדיק את הפיצול ללא היתר מפורש" (ההדגשה שלי – י.כ.).⁷³

הלכה זו יצרה מצב לפיו רשאי התובע לפתוח בעתיד הליך נוסף באותה עילה בערכאה בדרגה שונה ובעתירה לסעד אחר, מבלי שהנתבע כלל יידע על כך במסגרת ההליך הראשון, ומבלי שתינתן לו כל הזדמנות להתנגד לכך, פֶּהֶזְדִּמְנוֹת הניתנת לו בכל בקשת היתר לפיצול סעדים. יתר על כן, ייתכן כי הנתבע יסכים לפשרה מוצעת בהליך הראשון מבלי לשטוח את כל טענותיו, ובלבד שיסתיים העניין במעשה בית דין, אולם הוא יופתע בעתיד מהליך נוסף שהתובע מתכנן לפתוח. אילו ידע הנתבע על הליך עתידי

כלפיו הוראת חוק מפורשת – את המשפט העברי, אינה מבוססת כלל ועיקר. אעבור עתה לבחינתה של עמדה זו" (ההדגשות שלי – י.כ.).

⁷² וראו דיון רחב בתקנה זו ובעניין שלב הגשת בקשת ההיתר במאמרו של רוטנברג, לעיל ה"ש 3.

⁷³ ע"א 466/89 צברי נ' מסוארי, פ"ד מה(1) 177, 184 (1990), להרחבת סוגיית היתר פיצול הסעדים ראו: ע"א 571/88 בניני איפל בע"מ נ' סתוי, פ"ד מד(3) 636 (1990); ע"א 140/88 בנק דיסקונט ישראל בע"מ, תאגיד בנקאי נ' אביצדק, פ"ד מד(1) 206 (1989).

זה, ספק אם היה מוכן להתפשר בהליך הראשון. על הלכת עקריש הולכים ונערמים אפוא תקדימים משפטיים כלל לא פשוטים, המפרים את האיזון הראוי בין טובע לנתבע, ומביאים להכבדה מיותרת על המערכת, ובעיקר לחוסר ודאות משפטית.

ט. המחוקק "מרים את הכפפה" – קניין רוחני

באופן מפתיע ולאחר שנים כה רבות, הרים המחוקק את הכפפה וביטל לכאורה את הלכת פיצול הסעדים. בחוק בתי המשפט (תיקון מס' 36), התשס"ד-2003 (להלן: "תיקון 36"),⁷⁴ תוקן חוק בתי המשפט בסעיף 40, הסעיף בו מוסדרת סמכות בית המשפט המחוזי, וכך נקבע:

1. בחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, בסעיף 40, אחרי פסקה (3) יבוא:

"(4) תביעה בענייני קניין רוחני, הכרוכה בתביעה בענייני קניין רוחני שהיא בסמכות בית המשפט המחוזי לפי פסקה (1), אף אם סכום התביעה או שווי נושא התביעה אינו עולה על הסכום כאמור בס' 51(א)(2); בפסקה זו, 'תביעה בענייני קניין רוחני' – תביעה אזרחית לפי אחד או יותר מהחוקים המפורטים להלן".

פרקליט מן היישוב הקורא תיקון זה, ללא הניתוח דלעיל, מתקשה להבין מה ביקש התיקון לתקן. לשונו כה מסורבלת וזורעת ספקות: האם הוא מסדיר את הסמכות בכל תביעה שנושאה הוא קניין רוחני ללא שום קשר לשאלת הסעד? האם הוא מייתר למעשה את מבחן הסעד, המקובל מקדמת דנא, ומתייחס לתביעה עצמה ולאופי הנושא? ומה עם שאר ענפי המשפט? הנה כי כן עיון בדברי ההסבר להצעת החוק שופך מעט אור על ניסוח זה:

"תביעות בתחום הקניין הרוחני מתאפיינות, בדרך כלל, בכך שהן כוללות סעד כספי בצד צו מניעה נגד המשך הפרת הזכויות. כללי הסמכות העניינית הקיימים, כפי שפורשו לאחרונה בפסיקת בית המשפט העליון (רע"א 7589/98 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' שוורץ, פ"ד נג(1) בעמ' 670), מובילים פעמים רבות לפיצול של תביעות בענייני קניין רוחני בין בימ"ש המחוזי לבין בימ"ש השלום... למעשה הצעת החוק מעגנת פרקטיקה שנהגה בבית משפט משך שנים רבות ולפיה בתביעות בענייני קניין רוחני היו כורכים את הסעד הכספי

⁷⁴ ס"ח 1907.

בתביעת צו המניעה.⁷⁵

לנוכח דברי הסבר אלו אבקש ללבן תיקון זה במספר נקודות, מהן לחסד ומהן לשבט. **ראשית**, המחוקק לא מסדיר את בעיית הסעדים בכל תביעה בקניין רוחני, אלא רק בתביעה אחת בענייני קניין רוחני הכרוכה בתביעה אחרת בענייני קניין רוחני. הצעת החוק אינה באה לזנוח את מבחן הסעד, אולם אנו מבינים זאת רק בסופה של הפיסקה המתוקנת. לדעתי, היה מקום לעסוק בתיקון בסעדים הכרוכים ולא בתביעות הכרוכות – מושג אחרון זה מרמז על טיב הסכסוך ולא על טיב הסעד. אולם אניח זאת לפי שעה, ואסתפק להלן בתוצאה, שאם באת לדקדק עם המחוקק, ימצאו לא מעט מתיקוניו מקולקלים ונמצאת מרפהו ממלאכתו. **שנית**, לא ברור לאיזו פרקטיקה נוהגת שלפיה "בתביעות בענייני קניין רוחני היו כורכים את הסעד הכספי בתביעת צו המניעה" מתייחסים דברי ההסבר. למרבה הצער, אין בדברי ההסבר כל הפניה לביסוס טענה זו. נראה כי אף השופט אור בהלכת **הפדרציה**, העוסקת בקניין רוחני, לא הכיר פרקטיקה נוהגת זו משלא ראה לציינה. אדרבה, לדידו הלכת **הפדרציה** היא המשכה הישיר של הלכת **עקריש**, וניכר כי לא סטו ממנה עם השנים.

שלישית, והיא עיקר, והיא לחסד: לא סוף דבר שתיקון 36 פותר את חסרונות הלכת פיצול הסעדים, אלא שהוא פותר גם את חסרונות הלכת הטפל והעיקר ובכך תורם לוודאות משפטית גבוהה. כיום, לאחר התיקון, תובע העותר ל**סעד** בעניין קניין רוחני המסור לסמכות בית משפט שלום, **רשאי** לכורכו ל**סעד** המסור לבית המשפט המחוזי ולעתור לשניהם בבית המשפט המחוזי, מבלי לחשוש לפיצול הסעדים לשתי ערכאות שונות, ואף מבלי לחשוש שמא יורה בית המשפט המחוזי כי דווקא הסעד המסור לסמכות בית המשפט השלום הוא הסעד העיקרי ויורה להעביר תביעתו לשם. אולם, וככל שידי מגעת טרם נבחן הדבר בפסיקה, לא ברור האם התיקון **מחייב** את התובע לכרוך סעדיו או שמא נתון הדבר לבחירתו, והוא רשאי, אם יחפוץ בכך, לפצלם לערכאות שונות? ומפרספקטיבה נורמטיבית יותר, האם התיקון משנה את ההלכה הנוהגת ומחייב את התובע להגיש בקשה להיתר פיצול סעדים גם אם יבחר לפצל את תביעתו לשתי ערכאות שונות?

בנסותי לדלות תשובה מדברי ההסבר בהצעת החוק נתקלתי בדברים הבאים: "הצעת חוק זו באה למנוע את הצורך בפיצול סעדים במקרים האמורים, **על ידי מתן אפשרות** לכרוך סעדים כספיים בתביעות לצו מניעה קבוע ולצו עשה" (ההדגשה שלי – י.כ.)⁷⁶ מלשון זו משתמע לכאורה שהתובע אינו חייב לכרוך סעדיו, אלא זו אפשרות השמורה לו אם ירצה בכך, וממילא גם לא יהיה חייב בהיתר פיצול סעדים. אמנם בתי המשפט אינם מחויבים לדברי ההסבר של הצעת החוק,⁷⁷ אך אלו ודאי משמשים "תחנת

⁷⁵ דברי ההסבר להצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 34) (כריכת סעדים בתביעות בענייני קניין רוחני), התשס"ג–2003, ה"ח הממשלה 30.

⁷⁶ שם.

⁷⁷ וידועה אמרתו של אהרן ברק בהקשר זה: "אכן החיפוש אחר מטרת החקיקה עניינו האנאליזה של החוק לאור מטרתו ולא הפסיכואנליזה של המחוקק לאור כוונתו", אהרן ברק **שיקול דעת שיפוטי**

יציאה" לפרשנותם של בתי המשפט, גם אם לא תחנתה הסופית.⁷⁸ אם זו תהיה הפרשנות שתתקבל בבתי המשפט, קרי מדובר ב"אפשרות" בלבד, הרי שהערפל אכן פוזר, אולם הוא נתון כל כולו בידי של התובע: יחפוז – יכרוך סעדיו, לא יחפוז – יפצל סעדיו לערכאות השונות ללא שום צורך בבקשת היתר. ספק בלבי אם זהו ההסדר הרצוי. אמנם נכון כי לא ניתן לחייב תובע לתבוע את כל הסעדים שהוא זכאי להם, אך משבחר לעשות כן, מדוע שלא נחייבו לעתור להם כולם בערכאה אחת? ומדוע שנאפשר לו לפצל סעדיו ללא בקשת היתר ונקפח את זכותו של הנתבע? **רביעית**, העיקר חסר מן הספר. מדוע לא ראה המחוקק בהזדמנות זו לתקן את כל נושא הסעדים הכספיים והסעדים שאינם כספיים, ולא רק את ענייני הקניין רוחני המהווים נתח קטן מכלל התביעות?⁷⁹

י. הצעת חוק – הטפל נגרר אחרי העיקר

ביום 14.6.2004, הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק בתי המשפט [נוסח משולב] (תיקון – סמכות הטפל נגרר אחר העיקר), התשס"ד-2004, שבאה לכאורה ליתן פתרון לכל ענפי המשפט, ואלו דבריה:

"בחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, לאחר סעיף 76 יבוא:

76א. הובא ענין לפני בימ"ש ונתבקשו בו סעדים שונים המצויים בסמכותן העניינית של ערכאות שונות, תהא הסמכות העניינית לדון בסעדים המבוקשים נתונה לערכאה לה הסמכות העניינית לדון בסעד

94 (1987), וכן ראו "הטקסט הכתוב הוא שלענייננו – הוא, ולא פסיכואנליזה של חברי-הכנסת, של נסחי החוק ושל מי שעשו בעבודות ההכנה. ראו עוד והשוו בג"ץ 246/81 **אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור** [20], בעמ' 17 (מפי השופט ברק)", בג"ץ 2257/04 **סיעת חד"ש – תע"ל נ' יושבת-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17, כבוד השופט דליה דרוגה**, פ"ד נח(6) 685, 716 (2004).

78 ראו התייחסות דומה של השופט (כתוארו אז) ברק בע"א 165/82 **קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות**, פ"ד לט(70) 74, "לעולם יש לפתוח בלשון החוק, אך לעולם אין לסיים בה. מבין האפשרויות השונות שהלשון פותחת יש לבחור באחת ויחידה כאפשרות 'נכונה'. בחירה זו נעשית על-פי מטרת ההוראה ועל-פי תכליתה". וכן ראו דברי השופט נתניהו בעל"ע 11/86 **בן-חיים נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו**, פ"ד מא(4) 99, 103 (1987).

79 שאלה מעניינת היא, ויש בה צדדים לכאן ולכאן, האם המחוקק התכוון לבטל למעשה את הלכת פיצול הסעדים, עת ביטל את הלכת **הפדרציה**, שהרי הלכת **הפדרציה** היא ההלכה שהראתה כי עדיין הלכת פיצול הסעדים עומדת בעינה, ושמה עם ביטולה של הלכת **הפדרציה** הקיץ הקץ גם על הלכת **עקריש**? ראו לעניין זה דברי השופט מזרחי בעניין **דוד**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 4: "ב"כ המשיבים הוסיף וטען בכתב, כי הלכת לוי נ' עקריש בוטלה בפסיקה מאוחרת יותר, ואולם ב"כ המבקשים הודיע מאוחר יותר, כי אין הדבר כך והפנה לרע"א 7589/98 **הפדרציה הישראלית לתקליטים נ' שוורץ** [...], שבו נשען כב' השופט אור על הלכת לוי נ' עקריש".

העיקרי המבוקש, אף אם הסעדים האחרים הם בסמכותם הייחודית של בתי משפט אחרים או של בתי דין אחרים; לענין זה, "הסעד העיקרי" – כפי שיקבע בית המשפט בפניו הובא הענין".

הצעה זו עדיין מונחת על שולחן הכנסת ומצפה לגואל, ולא ברור מתי תעבור את התהליך הארוך והמזקק של החקיקה. אולם כבר בשלב טרומי זה, תרתי משמע, אבקש להעיר דברים מספר. ראשית, בדברי ההסבר מציין המציע, חבר הכנסת מגלי והבה, כי סוגיית הסמכות העניינית עברה שינויי גישה רבים. בתוך כך הוא מציין את עניין קלקודה ואת עניין עקריש, אך לאחר מכן מוסיף כי "פסיקה מאוחרת יותר שינתה הלכה זו וקבעה כי גם בסעדים מסוגים שונים תופעל הלכת הטפל אחר העיקר (ע"א 1049/94 דור אנרגיה נ' חמדן)".

כפי שניתחתי לעיל את הלכת דור אנרגיה, זו ודאי לא שינתה את ההלכה הנוהגת. לו הייתה מְשֻׁנָּה הייתה מציינת זאת מפורשות. כעבור שנתיים, בעניין הפדרציה, חזר השופט אור, שכתב את פסק דין בעניין דור אנרגיה, להלכת עקריש והורה על פיצול התביעה לנוכח סעדיה השונים. יתר על כן, כל פסקי הדין המאוחרים שבהם עסקתי לעיל, אינם מְפַנְּים, ולו פעם אחת, לעניין דור אנרגיה. ללא ספק היו עושים זאת אילו הייתה הלכת דור אנרגיה משנה את ההלכה ההיסטורית הבעייתית של פיצול הסעדים. לכן צריך לומר בפשטות ובזהירות כי אין כאן שינוי הלכה וכי מדובר בפסק דין שבטעות יסודו.

שנית, בדברי ההסבר מוצע להחיל את הלכת "הטפל נגרר אחר העיקר" בחקיקה בכל התחומים. לדעתי, הצעה זו אינה מְסַפֶּקת. משבחרת במסלול המפרך של המחוקק לתיקון המצב המשפטי הקיים, אינני רואה טעם מדוע להנציח את הלכת העיקר והטפל ולקבוע בחקיקה כי בית המשפט יקבע מהו הסעד העיקרי. קביעה זו תביא בהכרח לדיונים מקדמיים בשאלה מהו הסעד העיקרי, שוב ערעור לערכאה גבוהה וכיוצא בזה. גם אם נקבל את מבחן העיקר והטפל, ולא את מבחן הכריכה כְּמוֹצֵעַ בסעיף 40(4) לחוק בתי המשפט, היה נכון יותר לקבוע את הסמכות אך ורק על פי רצון התובע, הבא לידי ביטוי בניסוח כתב התביעה. היה והתובע יגדיר, והוא יידרש לעשות זאת במפורש, את הסעד המסור למחוזי כסעד עיקרי ייִגְרְרו אחריו שאר הסעדים. היה והתובע יגדיר את סעד בית משפט השלום כסעד העיקרי – ייִגְרְרו שאר הסעדים לבית משפט השלום. גישה זו תמנע למעשה כל דיון בשאלה מהו הסעד העיקרי, לנוכח היותו נתון להגדרתו של התובע. לעומת זאת, הצעת החוק הנוכחית מותירה את ההחלטה בדבר הסעד העיקרי והסעד הטפל לשיקול דעתו של בית המשפט. הדבר מאריך שלא לצורך את שלב ההקשה על הדלת, ואף יכול להביא לכך כי יהיה צורך בהעברת התביעה לבית משפט אחר, אף שהתובע יטען כי הסעד העיקרי הוא הסעד המסור לבית המשפט הנוכחי. ושוב נמצאת מטרטנו מסוכלת. למותר לציין כי כל ניסוח של המחוקק, כל מחוקק, ייתקל בקשיים ביום המחרת, עת ישתנו התנאים והנסיבות, אולם למצער ליום שבו נחקק החוק אמור הוא לתת את המענה ההולם ביותר.

מנגד, הותרת קביעת הסמכות לרצונו הבלעדי של התובע עלולה לגרור עיוותים,

ולעתים אף קנוניות, במסגרת ה"פורום שופינג", שבו בוחר התובע לפתוח ההליך בערכאה מסוימת לא משיקולים עניינים אלא משיקולים זרים. כך, למשל, פרקליטי תובע הסבורים כי יש בידם יתרון בבית משפט שלום מסוים לאור הקרבה הגיאוגרפית אליו על פני המרחק לבית משפט המחוזי, או לאור הופעות יומיומיות באותו בית משפט, הנוסכות בהם תחושה של "משחק במגרש בית", ינסחו את תביעתם באופן כזה שבו הסעד המסור לבית משפט השלום ייחשב כסעד העיקרי גם במקרים שאין לכך כל בסיס.⁸⁰ אף שיקולי האגרה עלולים להשפיע על ניסוח כתב התביעה. אמת, כל עוד מדובר בתביעה כספית נגזרת האגרה מהסכום הנתבע באותו שיעור של אחוזים בין אם זו תביעה בשלום ובין אם זו תביעה במחוזי. אולם לו יתבקשו סעדים שאינם ניתנים להערכה כספית הרי ישנו תעריף קבוע המשתנה בין ערכאת השלום לערכאת המחוזי, והדבר עלול להשפיע על ניסוח כתב התביעה.⁸¹ עולה מהאמור כי הותרת קביעת הסמכות לשליטתו הבלעדית של התובע מבלי יכולת פיקוח של בית המשפט עלולה לפתוח פתח לבעיות אחרות, ועל כן יש למצוא את שביל הזהב בין השיטות השונות.

יא. קריאה אחרת למחוקק

ברוח הפסקאות האחרונות הייתי קורא למחוקק בקריאה אחרת. כמובן, הייתי מחיל את התיקון, בדומה להצעה הנ"ל, על כל התחומים, למעט על עניינים שיוצאו במפורש, אולם לא הייתי משאיר פתח לדיון מהו הסעד העיקרי ומהו הטפל. ודעת למבין, הרי לא ניתן להשוות בין סעדים מסוגים שונים, הם אינם מדידים ואינם נשקלים לפי מערכת מושגים זהה. כיצד ניתן להשוות סעד מניעה קבוע לסעד כספי לצורך הקביעה מהו העיקר ומהו הטפל? מהו גובה הסעד הכספי שעד אליו הוא ייחשב כסעד הטפל לצו המניעה הקבוע, וממנו והלאה ייחשב לסעד העיקרי? לנוכח האמור לעיל נראה כי אף אין מקום להותיר את קביעת הסמכות לשיקול דעתו הבלעדי של התובע ולתחושותיו הסובייקטיביות.⁸² לדעתי, כל הפונה לדרכו הארוכה של המחוקק, עליו להציע הצעה

⁸⁰ כך, למשל, בתביעה לביצוע בעין של חוזה מכר מקרקעין של נכס בשווי מיליון שקלים ופיצוי כספי בגובה של 100,000 ש"ח. יכול התובע לטעון כי הפיצוי הכספי הוא הסעד העיקרי בשלב זה וכי אכיפת החוזה פחות חיונית לו כיום.

⁸¹ כך, למשל, בע"א 27/77 טובי נ' רפאלי, פ"ד לא(3) 561, 571 (1977) עלתה סברה על ידי בית המשפט שמה בחרו התובעים לנסח את סעדם העיקרי כסעד סילוק היד כדי לזכות ביתרון בקביעת גובה האגרה.

⁸² ראו ניצנים לגישה זו בדברי השופטת פרוקצ'יה לעניין שקלול ההתייחסות הסובייקטיבית של הצדדים כגורם בשאלת הסמכות העניינית: "עובדות אלה, הן עצמן, מצביעות על התייחסותם הסובייקטיבית של הצדדים לאופי המחלוקת ביניהם: מחלוקת שטיבה העיקרי אזרחי, [...] ברור על פניו כי בהתקיים מחלוקת זו בין האחים נלווה ליסוד האזרחי גם סכסוך משפחתי, אולם המשקל שהצדדים עצמם נתנו לפן זה של היריבות ביניהם הוא שולי ביחס לפן האזרחי הכללי של המחלוקת. התייחסות סובייקטיבית זו של הצדדים משתקפת גם בכתבי-הטענות שהגישו." ע"א

בעלת ודאות משפטית מקסימלית. הנצחת הלכת העיקר והטפל אינה הולמת ודאות זו. ולכן, וברוח התיקון המוצע, הייתי מציע כי החוק יתוקן כדלקמן:

"הובא עניין לפני בית משפט ונתבקשו בו סעדים שונים המצויים בסמכותן העניינית של ערכאות שונות, שאחד מהם מצוי בסמכותו העניינית של בית משפט השלום, תהא הסמכות העניינית לדון בסעדים המבוקשים נתונה לבית המשפט השלום. זאת, אף אם הסעדים האחרים הם בסמכותם הייחודית של בתי משפט אחרים או של בתי דין אחרים".

על כך אוסיף ואומר כי מדובר בחובה ולא בזכות, כלומר כריכת הסעדים לא תהא נתונה לשיקול דעתו של התובע. מעת **שיבחר** לתבוע מספר סעדים והאחד מהם מסור לסמכותו העניינית של בית המשפט השלום, כל יתר הסעדים ייגררו וייפרכו בסעד זה. לתיקון המוצע תהיה השלכה, וזו יכולה להיקבע אף בפסיקה, על בקשת היתר פיצול הסעדים – אם יחפוץ התובע לפצל סעדיו, הנובעים מאותה עילה והמסורים במקורם לסמכותן העניינית של הערכאות השונות, הוא ידרש, בניגוד להלכה הפסוקה כיום, לבקש מראש היתר לפיצול הסעדים.

תיקון 36 והצעת החוק של חבר הכנסת והבה יביאו למעשה לעומס כבד בבית המשפט המחוזי. הצעתי עשויה לפתור קושי זה. תיקון 36 קובע קטגורית כי בענייני קניין רוחני תהיה הכריכה לסעד המסור לסמכות המחוזי. הצעת החוק של חבר הכנסת והבה מציעה כי הטפל יגרר אחרי העיקר, אך מן הסתם נטיית בתי המשפט תהיה להגדיר את הסעד המסור לבית המשפט המחוזי כסעד העיקרי. הפניית התביעות לבית משפט מחוזי הינה תהליך הפוך למגמה המרכזית בשנים האחרונות, החותרת להרחיב את סמכויותיו של בית המשפט השלום. מגמה זו באה לידי ביטוי נרחב בהמלצות הוועדה לבדיקת מבנה בתי משפט הרגילים בישראל.⁸³ כך, למשל, ממליצה הוועדה להעביר מבית משפט מחוזי לבית משפט שלום תובענות מקרקעין שכבר הוגשו, ולהותיר בבית המשפט המחוזי כערכאה ראשונה רק עניינים מסוימים.⁸⁴ הוועדה חוזרת ומציינת כי לאור המהלך המוצע, שעל פיו תגדל משמעותית כמות העניינים של שמיעה ראשונה שינתבו לבית משפט השלום, עד כדי הפיכתו לערכאה הדיונית המרכזית, יש לערוך התאמות במבנה בית משפט השלום, ביניהן חלוקה למדורים, שינוי שמו של בית משפט השלום, חיוב עורכי דין להופיע בגלימותיהם ועוד.⁸⁵ הדבר יהפוך את בית

1662/99 **חיים נ' חיים**, פ"ד נו(6) 295, 309 (2002). וכן ראו ע"א 115/64 **האז נ' מני**, פ"ד יח(3) 441, 435 (1964).

⁸³ ועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל **דין וחשבון** (1997) (להלן: "ועדת אור" או "דו"ח הוועדה").

⁸⁴ ראו עמ' 53 לדו"ח הוועדה הממליצה להותיר במחוזי רק את ענייני פשיטת הרגל ופירוק חברות, שותפויות ואכיפת שעבודים, וכן תובענות ייצוגיות, תובענות בניירות ערך, קניין רוחני ותאגידים. וכן ראו: בש"א (מחוזי חיפה) 4209/03 **קעדאן נ' לחאם** פדאור 03(4) 569, פס' 11 (2003).

⁸⁵ דו"ח הוועדה, לעיל ה"ש 83, בעמ' 57. החלוקה למדורים תאפשר לנתב תיקים בנושאים מורכבים

המשפט המחוזי לערכאת ערעור⁸⁶ ויפנה את בית המשפט העליון לעסוק בעניינים של חוקה ומדיניות. כמו כן, ממליצה הוועדה לדחות את האפשרות להעלות טענת העדר סמכות עניינית בכל שלב של הדיון בפרט על רקע "המגמה הנמשכת להרחיב את סמכותו של בית משפט השלום".⁸⁷

הנה כי כן, הצעתי, לעומת תיקון 36 ולעומת הצעת חבר הכנסת והבה, מפנה את רוב התביעות המעורבות בסעדיהם לבית משפט השלום, ובכך מתיישבת עם המגמה הכללית במערכת בתי המשפט.⁸⁸ על כך אוסיף את דבריו של השופט לוין בעניין שור בצטטו את דברי ועדת אור:

"ייתכן, כי לתוצאה הקשה המוכתבת על ידי הדין הקיים היה מקום, בתקופה בה היה בית משפט השלום ערכאה נמוכה, אשר טיב העניינים הנדונים בפניו היה מוגבל ביותר. ואולם, קשה להצדיק תוצאה זו על רקע המגמה הנמשכת להרחיב את סמכותו של בית משפט השלום. אין לשכוח, כי כבר עתה דן בית משפט השלום במגוון רחב של עניינים, ובכלל זה תביעות כספיות עד מיליון ש"ח, בענייני מקרקעין ללא הגבלה של סכום. האם במצב זה יש הצדקה לומר כי אין כל תוקף לדיון שנערך בבית משפט השלום, בענין המצוי בסמכותו העניינית של בית

לשופטים בעלי ותק וניסיון (שם, בעמ' 61). הוועדה דוחה את ההמלצה להקים טריבונלים מיוחדים ואף סוברת כי יש מקום להפוך את בתי המשפט למשפחה למדורים בבית משפט השלום (שם, בעמ' 65).

86 המלצה זו דוחה את ההצעה להקים ערכאה נוספת כערכאת ערעור מעל ערכאת המחוזי וליצור מבנה של ארבע ערכאות, ראו לעיל ה"ש 83, בעמ' 20. עוד ראו דברי השופט דורי בת"א (מחוזי י"ם) 3036/01 נציגות הבית המשותף נ' ריבלין, תק"מ 3(03) 12179, 12183 (2003): "אנו מצויים עתה ב'תחילת מהפכה בשיפוט בתי המשפט שבה החלה הכנסת. תכליתה – להפוך בהדרגה את בית המשפט המחוזי לערכאת ערעור בעיקרה. רוב סמכויות בתי המשפט המחוזיים בשבתם כערכאה ראשונה אמורות לעבור לבית המשפט השלום". וכן ראו אזר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 123.

87 להרחבה נוספת ראו הצעת חוק בתי המשפט [נוסח משולב] (תיקון מס' 23) (מבנה מערכת בתי המשפט), התשנ"ט–1999, ה"ח 460, המציעה להסמיך את בתי משפט השלום לדון בכל תביעות המקרקעין. וכן ראו גולדשטיין וטאזסיג, לעיל ה"ש 43, בעמ' 310, וכן דורון מנשה "סדר דין אזרחי: מגמות מרכזיות לקראת כינונה של פרספקטיבה חוקתית" עיוני משפט כב 205, 224, ה"ש 88 (1999).

88 בדברי ההסבר להצעת החוק בענייני הקניין הרוחני, לעיל ה"ש 75, ניסו המציעים להתמודד עם טענה זו באומרים: "הצעת החוק אף אינה סותרת את המלצות ועדת אור בדבר הפיכת בית משפט שלום לבית משפט מרכזי, שכן מדובר בתחום ספיציפי ובהיקף מצומצם יחסית של תביעות, שעניינם היה נידון ממילא גם לפני בית המשפט המחוזי" (ההדגשה שלי – י.כ.). ראשית, למה לנו להציע משהו ש"אינו סותר" את ההמלצות אם ניתן להציע משהו ה"מתיישב" ואף "מקדם" את ההמלצות? כמו כן, הצעתי תביא לכך כי ענייני הקניין הרוחני לא "יידונו ממילא בבימ"ש המחוזי" (אף לא הסעד המסור מלכתחילה לסמכות בית המשפט המחוזי), ואין לטענתם אפוא על מה לעמוד.

המשפט המחוזי, וכי דיון זה ראוי להתבטל?"

ועל כך הוסיף:

"דברים אלה נאמרו בעקבות המגמה הקיימת לפרש ככל שהדבר ניתן – לפי הדין הקיים – את הוראות הדין בעניין הסמכות באופן שלא יוצבו מכשולים בלתי ראויים לפני פעולתה של הרשות השופטת [...] אכן, הצעות ועדת אור טרם נתקבלו אך מקום שהוראות דין ניתנות לפרשנויות שונות מותר לשאוב מהן השראה"⁸⁹.

לפיכך, אם יש בידי להציע "הוראות דין", מן הראוי לשאוב השראה מההמלצות האמורות ולכוון את ההליכים לבית משפט שלום.

הצעתי אף מתיישבת עם גישתו של המחוקק, המשתקפת בסעיף 76 לחוק בתי המשפט, ולפיה גם בית משפט השלום יכול לדון בעניינים המסורים לסמכות בית המשפט המחוזי במקרה שהנושא התעורר אגב עניין אחר שהוא בסמכותו של בית משפט השלום. אדגיש ואחדד כי הכרעתו של בית משפט לפי סעיף 76 לחוק בתי המשפט בעניין הנגרר טובה רק לצורך אותו עניין, אף שלפי הצעתי – ויש להניח כי כך התכוונו גם תיקון 36 וגם הצעת חבר כנסת והבה – החלטתו של בית משפט בסעדים הכרוכים תהא טובה לכל עניין, ויחול עליה מעשה בית דין לכל דבר, אף אם הוא נתון לסמכותו הייחודית של בית משפט אחר. למען האמת, יש מקום להבחין בין עניינים "נגררים" לבין עניינים "כרוכים", ולחלק בין המונחים. לולא היה זוסמן משתמש במונח "נגרר" בעניין קלקודה, הייתי מציע להדיר המונח לחלוטין מנושא הסעדים הכרוכים ולהותירו לנושא המטופל בסעיף 76 לחוק בתי המשפט – "סמכות נגררת".

דא עקא, חוששני כי הישועה לא תצא מהמחוקק בזמן הקרוב. ואף אם כן, שיקוליו הרי מושפעים משיקולים שונים.⁹⁰ קריאת "העיקר" שלי היא לבית המשפט העליון, שאצלו תהליך הסטייה מתקדים משפטי, הגם כי הושרש, הוא פשוט יותר.⁹¹

⁸⁹ עניין שור, לעיל ה"ש 6, בעמ' 821–822.

⁹⁰ וכך כתב זמיר: "ברור שהתשובה של המחוקק עשויה להיות שונה מן התשובה של בית-המשפט. התשובה של המחוקק תבטא את ההשקפות והאינטרסים של חברי-הכנסת, את יחסי הסיעות בבית ואת הלחצים הפוליטיים מחוץ לבית, את סדר-היום של הכנסת ואת סדר העדיפות הלאומי." יצחק זמיר "אקטיביזם שיפוטי: החלטה להחליט תשנ"ג" עיוני משפט יז 647, 651 (1993).

⁹¹ שהרי למעשה בית המשפט העליון כלל לא מחויב להלכות הפסקות שנפסקו אצלו, ראו ס' 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה.

יב. סוף דבר – קריאה עיקרית לבית המשפט העליון

בטרם אגדיר ואבהיר את קריאתי לבית המשפט העליון, אסכם בקצירת האומר את דבריי עד כה. הלכת פיצול הסעדים שנוצרה לפני כיובל הוכתרה כלא רצויה מיום הורתה וגרמה לאי-בהירות וללא מעט תקלות בנושא שאמור להיות אחד הנושאים היותר ודאיים בהליך המשפטי – שאלת הסמכות העניינית. בפרשנות פורמליסטית-דוקטרינרית⁹² קבע בית המשפט העליון כי במקרה שבו עתר התובע לסעד חזקה ושימוש במקרקעין ולסעד כספי בגובה סמכות בית המשפט המחוזי, אין מנוס מלפצל את התביעה לערכאות שונות. באותה עת, בפרשנות מהותית, תוך שהוא פוסח על מילותיו המפורשות של החוק, קבע בית המשפט העליון מפי אותו שופט כי במקרה ששני הסעדים המסורים לסמכות עניינית שונה הם במקרקעין, הרי הסעד הטפל ילך אחרי העיקרי, והדיון כולו יתקיים בערכאה שלה מסורה הסמכות העניינית של הסעד העיקרי. העליתי תהיות והרהורים בצדקת ההבחנה בין המקרים, והצבעתי על טעויות חוזרות ונשנות של בתי המשפט ביישומן של הלכות אלו. בתי המשפט המשיכו לקרוא למחוקק להצילם מן הסכך, וקריאותיהם לא נענו, למעט עניין אחד בלבד, שתוקן בתקופה האחרונה, עניין הקניין הרוחני. הציפייה הסבירה הייתה כי עת נוסדה הלכה לא רצויה, יעשה בית משפט כל שלא ידו כדי לבטלה – או פשוט יותר, לא יצעד בנתיביה – ולא היא. הופתעתי לגלות כי לא סוף דבר שבית המשפט ביטל או צמצם את הלכת פיצול הסעדים, אלא שהוא הרחיבה והחילה על כל סעד כספי וסעד שאינו כספי, ואף על סעד עיקרי וסעד חלופי. למרבה הצער, ההלכה הרצויה יותר, הלכת הטפל הולך אחר העיקר, צומצמה רק לנסיבות שבהן נקבעה בראשיתה: כששני הסעדים במקרקעין.

לפיכך, משנתברר כי המחוקק לא נענה לקריאת בתי המשפט ולא מוצא את שעת הכושר, ומשנתבררו בפנינו התקלות העולות מהלכת פיצול הסעדים, קורא אני, בענווה הנדרשת, לבית המשפט העליון לפעול, בדרך המותרת לו בחוק,⁹³ ולבטל את הלכת פיצול הסעדים או לסטות ממנה ובכך ליטול את תוקפה המחייב. היה ובית המשפט יראה לנכון שלא לסטות מהלכתו הקודמת אזי לפחות יש לצמצמה לנסיבותיה בלבד, כלומר רק במקרה שבו יעתור התובע לסעד חזקה ושימוש במקרקעין יחד עם סעד כספי, ולא להרחיב תחולתה מעבר לגבולותיה אלו. בכל שאר המקרים שהעליתי ברשימה זו – סעדים כספיים וסעדים שאינם כספיים; סעדים חלופיים; שני סעדים בעין המסורים לסמכות עניינית שונה; סעד זמני השונה בסמכותו העניינית מהסעד הנתבע בכתב התביעה וכיוצא בזה, אשר בנוגע לחלקם הורחבה תחולת הלכת פיצול הסעדים ובנוגע לחלקם אין הלכה חד-משמעית – טוב יעשה בית משפט העליון אם ירחיב בדרך

⁹² וזו אכן הייתה דרך הפרשנות המקובלת בשנות החמישים, ראו מנחם מאוטנר **ידידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (1993).

⁹³ ס' 20(ב) לחוק-יסוד: השיטה.

הפרשנות את הלכת הטפל הולך אחר העיקר.⁹⁴ בכך למעשה תתבטלנה הרחבות ההלכה שנקבעו בעניין הפרדציה ובעניין מחאג'נה. הצעתי זו משתלבת היטב גם על רקע הסקירה של מאוטר בעניין המעבר בשיטת המשפט הישראלית לגישה מהותית – ערכית המאפיינת את פסיקת שנות השמונים.⁹⁵

כמובן, גם הלכת העיקר והטפל אינה חפה מקשיים, וזאת לנוכח הסמכות שעדיין נותרה בידי בית המשפט להכריע מה העיקר ומה הטפל. אולם מאחר שאנו עוסקים בשינוי הנעשה על ידי בית המשפט העליון בדרך הפסיקה, בשונה משינוי המתבצע על ידי המחוקק, הרי שזהו הפתרון הטוב יותר, הגם כי איננו מושלם. מובן שניתן להגיע גם דרך הפסיקה לוודאות משפטית מקסימלית על ידי קביעה כי הגדרתו של התובע את אחד מסעדיו כסעד עיקרי בכתב התביעה היא שתכריע בשאלה זו. לדעתי, המצב המשפטי הקיים תומך בכך, שהרי התובע הוא בעל השליטה היחיד על סעדיו, הוא הבוחר בגין אלו לעתור, על אלו לוותר, ואת אלו מהם לתבוע כחלופיים – מדוע אפוא שלא נקנה לו את הזכות לקבוע בכתב תביעתו מהו העיקר ומהו הטפל? ומדוע שלא נאפשר זאת בדרך התקדים הפסיקטי?⁹⁶

יפים לקריאתי זו לבית המשפט ובכלל דבריו הבאים של השופט (כתוארו אז) זמיר:

"השופט האקטיביסט מבקש לשים עצמו רפורמטור של המשפט. הוא אינו מוכן להסתפק בשינוי הדין אם ובמידה שהדבר נדרש לצורך הכרעה בעניין הנדון על-ידו, אלא הוא מנצל את ההזדמנות שנקרתה לפניו ומשתמש בעניין הנדון על-ידו כדי ליצור דין חדש וטוב יותר. הוא היה יכול לפסוק על-פי הדין הקיים ולהניח את יצירת הדין החדש למחוקק, או להמתין עד שהדין החדש יתפתח בהדרגה מעניין לעניין, באופן טבעי, במשך תקופה ממושכת. אולם השופט האקטיביסט חש באופן

⁹⁴ ושמה תאמר מדוע שבית משפט לא יפעיל את מבחן הכריכה, בלי קשר לשאלת העיקר והטפל, וזאת כמוצע בס' 40(4) לחוק בתי המשפט בעניין הקניין הרוחני? דומני כי זו דרך ארוכה מידי לפרשנות: הלכת העיקר והטפל שנולדה בהלכת קלקודה, לעיל ה"ש 20, התבססה על כך שמדובר בסעד נלווה לסעד העיקרי, ולפיכך הניחה כי אפשר למסור את הסעד הטפל לסמכותו של בית משפט בעל הסמכות בסעד העיקרי. כך, למשל, מציין זוסמן בעניין קלקודה, כי משהורית על ביצוע בעין של חוזה מכר מקרקעין, מן הראוי שבית משפט ידון גם בפניו של הנכס אף שהוא מסור לבית משפט השלום. אולם הצעת הכריכה כלל לא שוקלת את הנלוות או את הקשר בין הסעדים, ולפיכך לדעתי אי-אפשר להגיע אליה בדרך הפרשנות כי אם בדרך החקיקה בלבד.

⁹⁵ מאוטר, לעיל ה"ש 92. וכך כתב בעמ' 52: "גישה לא-פורמליסטית תעדיף במקרים כאלה את השיקול של השגת התוצאה הראויה על דבקות בנורמה הקיימת; היינו, גישה כזו תצפה מבית המשפט ליטול על עצמו אחריות להשגת תוצאות המגשימות את שיקולי המדיניות בסיסוד קיומה של הפרוצדורה, אף אם הדבר כרוך ביצירתם של כללים הסוטים מכללי הפרוצדורה הקיימים".

⁹⁶ זאת בשים לב להערותיי לעיל בדבר "פורום שופינג" וקנוניות העלולות להתפתח בעקבות מסירת קביעת הסעד העיקרי לידי התובע בלבד. מידת התערבות מעטה של בית המשפט המוגבלת למקרים חריגים וקיצוניים עשויה להביא לאיזון הראוי.

ברור את הצורך בתיקון הדין; הוא משוכנע, כי הדרך הנכונה לתיקון הדין ידועה לו; הוא חסר סבלנות ואינו מוכן להמתין עד שהדין יתוקן, אם יתוקן, על-ידי אחרים; והוא מוכן ליטול על עצמו את האחריות הכרוכה בתיקון מודע ומפורש של הדין באמצעות הפסיקה (ההדגשה שלי – י.כ.)⁹⁷.

ואם ילחשך אדם שמא לכוחו היוצר של בית המשפט יש מקום רק כאשר עסקינן בדין מהותי ולא כאשר עסקינן בסדרי דין, אף אתה אמור לו כדבריו הבאים של השופט לוין:

"סדרי-הדין נקבעו בדרך קודיפיקטיבית פחות או יותר, בין בהיבט הפילי [...]. ובין בהיבט האזרחי (תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984). יהיה מי שיראה בהם כללי נוהל, בדומה לכללי נוהל המקובלים בכל מערכת ארגונית אחרת; אך בפועל, נושאות בחובן רבות מהוראות הדין הדיוניות (למעט הוראות טכניות מובהקות) מטענים מצטברים של ניסיון והבנה למתרחש בבית-המשפט [...] לפיכך, אין לראות ברבים מן הכללים הדיוניים שבדין ביטוי פורמליסטי דווקא, המחייב התייחסות של 'כזה ראה וקדש', אלא מדובר במעין נורמות "עם נשמה". פרשנותם של כללי הדין חייבת להיות מושפעת מקיומם של המטענים המצטברים האמורים, ובכגון דא יש מקום רב לשימוש בכוחו היוצר של בית-המשפט"⁹⁸.

ואידך, זיל גמור.

⁹⁷ זמיר, לעיל ה"ש 90, בעמ' 649.

⁹⁸ שלמה לוין "אקטיביזם שיפוטי בדיני ראיות ובדין האזרחי" **עיוני משפט** יז 863, 865 (1992).