

הפחתה במעמד שאלת הסמכות בבתי-המשפט הכלליים

מאת

סטיבן גולדשטיין*, ערן טאוסירג**

א. מבוא. ב. סמכות עניינית; 1. דין וחשבון ועדת אור לבדיקת מבנה בתי-המשפט הרגילים; 2. הפסיקה. ג. סמכות מקומית. ד. סמכות בינלאומית. ה. במקום סיכום; 1. סמכות עניינית; 2. סמכות מקומית; 3. סמכות בינלאומית; 4. סופיות ההכרעה שקיימת סמכות ובעיית הערעור.

א. מבוא

במאמר זה נדון בהפחתה במעמדה של שאלת הסמכות במשפט הישראלי. נראה לנו כי בפסיקה שיצאה לאחרונה מבית מדרשו של בית-המשפט העליון, וכן בהמלצות הכלולות בדין וחשבון של הוועדה לבדיקת מבנה בתי-המשפט הרגילים בישראל (להלן "ועדת אור"¹), מסתמנת חשיבות פחותה מזו שיוחסה בעבר לשאלת הסמכות לסוגיה השונים מבחינה עניינית, מקומית ובינלאומית. המקורות הנ"ל נוטים להתייחס לכל סוג סמכות כשהיא לעצמה ללא שום קשר לסוגים האחרים, אי לכך הגישה הכללית להפחית בחשיבותו של מיקום ההתדיינות על כל היבטיו איננה נגלית על פני הדברים. מטרתנו העיקרית במאמר זה היא להראות שאכן קיימת גישה כללית בסוגיית הסמכות וכן לנתח ולהעריכה.

נדון עתה בכלל סוגי הסמכות החל בסמכות עניינית, המשך בסמכות מקומית וכלה בסמכות בינלאומית.

* סטיבן גולדשטיין הוא פרופסור מן המניין בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים ומרצה מן החוץ במכללה האקדמית למשפטים. המחברים מודים למכללה האקדמית למשפטים על תמיכתה בהכנת מאמר זה.

** ערן טאוסירג הוא עורך דין, סטודנט לתואר שני בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב וחבר בוועדת חקיקה סדר דין וראיות (אזרחי) של לשכת עורכי-הדין.

1 ירושלים, אב התשנ"ז-אוגוסט 1997.

ב. סמכות עניינית

הגם שטרם נתגבשו סופית, השינויים בנושא זה הם דרמטיים ביותר, בפרט לאור חשיבותה המסורתית של שאלת הסמכות העניינית יחסית לרעותה הסמכות המקומית. חשיבות מסורתית זו התבטאה, בין היתר, בכך שהיה ניתן להעלות שאלה זו בכל שלב ואף בערעור², בעוד שאת הטענות של חוסר סמכות מקומית ובינלאומית יש לטעון בהזדמנות הראשונה, שאם לא כן מאבדים את הזכות לטעון אותן³. כמו כן את שאלת הסמכות העניינית היה בית המשפט חייב להעלות מיוזמתו, וזה לא היה המצב כשמדובר בסמכות מקומית או סמכות בינלאומית.

בשנים האחרונות נוצרו סדקים בהלכות הנ"ל אם בשל המלצות ועדת אור, ואם בשל פסיקה של בית המשפט העליון. אנו נדון תחילה בהמלצות ועדת אור ואחר כך נבחן פסיקה שיצאה מבית מדרשו של בית המשפט העליון.

1. דין וחשבון ועדת אור לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים⁴

דוח ועדת אור הוא המשך של תהליכים קודמים שהחלו כבר לפני למעלה משני עשורים: בשנת 1980, בדוח ועדת השופט לנדוי (נשיא בית המשפט העליון בדימוס), נעשה ניסיון לארגון מחדש של חלוקת הסמכויות והערכאות במערכת בתי המשפט. הוועדה הציעה לבצע שינוי משמעותי בסמכות של בית המשפט העליון ככל שהדבר נוגע לערעורים המוגשים בזכות. לפי ההצעה, בשלב ראשון תוקם מחלקת ערעורים בבתי המשפט המחוזיים. מחלקה זו תהיה מעין ערכאת ביניים, ויגיעו אליה הערעורים הנ"ל מבתי המשפט השלום והן מבתי המשפט המחוזיים. ערעורים ממחלקת הערעורים הנ"ל לבית המשפט העליון יהיו ברשות בלבד. כך, בית המשפט העליון לא יאלץ לדון בערעורים שהוגשו בזכות.

בשלב השני, שבו ייקבע הסדר קבוע, תהיינה שלוש ערכאות: ערכאה ראשונה כללית שלה תהיה סמכות שיורית⁵, בית המשפט של ערעור שאליו יוגש ערעור בזכות ובית-

2 למשל בע"א 510/82 חסן נ' פלדמן, פ"ד לז(3) 1; בג"ץ 2117/99 מנסור נ' בית הדין השרעי, פ"ד נד(1) 211.

3 ע"א 487/64 רוט נ' פישר, פ"ד יט(2) 148; רע"א 481/89 מארק פקג'ינג ססיטמס אינק נ' מהדרין בע"מ, פ"ד מד(1) 113, בעמ' 115; תקנה 502 (ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד 1984.

4 אנו נתייחס כאן רק לחלק מצומצם מהדוח, שאם ייושם רובו ככולו, תשתנה כליל מערכת המשפט כפי שהיא כיום.

5 היינו, לערכאה זו יופנו כל העניינים שלגביהם לא נקבעה בחוק סמכות שיפוט מיוחדת.

המשפט העליון⁶. מסקנות דוח ועדת לנדוי לא מומשו הלכה למעשה ולו גם בנוסח חלקי, כפי שהוצע בשנת 1988, בעיקר בשל התנגדות שופטי בתי המשפט המחוזיים. בעקבות זאת, החלה "העברת סמכויות זוחלת" לבית-משפט השלום: במהלך השנים הועברו סמכויות מגוונות שהיו בסמכות בתי המשפט המחוזיים לסמכות בתי-משפט השלום. לשם הדוגמה, אם בשנת 1980 הייתה סמכותו של בית המשפט השלום מוגבלת לתובענות עד לסך של 120,000 ש"ח (משוערך להיום), הרי שכיום בית-משפט השלום מוסמך לדון בתביעות עד לסך של שני מיליון וחצי ש"ח⁷.

ההסבר שניתן להגדלת הסכום היה שלעיתים קרובות אין כל קשר בין גובה התובענה, כפי שנקבע על-ידי התובע, לבין מורכבות התובענה. בדומה, גם בתחום הפלילי ננקטה הרחבה של סמכויותיהם של בתי-משפט השלום: כיום מוסמך בית-משפט השלום לדון גם בעבירות פשע, כלומר עבירות שעונשן עד שבע שנות מאסר, בעוד שבעבר בבית-משפט השלום נדונו בעיקר עבירות מסוג "חטא" או "עוון". כמו כן, בשנת 1995 הוקמו בתוך ערכאת בתי-משפט השלום בתי-משפט לענייני משפחה⁸, שהוסמכו לדון בענייני המעמד האישי וגם בעניינים אזרחיים "שעילתם סכסוך בתוך המשפחה"⁹, ללא הגבלת סכום. יש לציין שלמרות היות בתי-משפט לענייני משפחה בדרגת בתי-משפט שלום, סמכותם כוללת סמכויות שהועברו מבתי המשפט המחוזיים. כלומר, בבתי המשפט לענייני משפחה נדונות כיום תובענות רבות שעד הקמתם היו מרביתן נדונות בבתי המשפט המחוזיים.

בשנת 1997 מונתה ועדת אור שהמליצה שוב על רפורמה בבתי המשפט הכלליים. ועדת אור המליצה על מבנה קלאסי של שלוש ערכאות: בית-משפט השלום יהפוך לערכאה דיונית כללית והסמכות השיוויונית תהיה לו במקום לבית המשפט המחוזי, כפי המצב היום, לפחות דה יורה¹⁰.

6 פרופ' גולדשטיין הביע את דעתו עובר לפרסום דוח ועדת לנדוי כי אין מקום ליצור במדינה קטנה כישראל ארבע ערכאות שונות, ויש להקים שלוש ערכאות: ערכאה ראשונה, ערכאה ערעור ביניים וערכאה עליונה. ראו לעניין זה: ס' גולדשטיין "הערות על הדוח של הוועדה לבדיקת המבנה והסמכויות של בתי המשפט ובעיית הפרדה בסמכות הערכאה הראשונה" **משפטים** יב (1982) 160 וראו גם: S. Goldstein "On Unifying the Israeli Trial Court Structure" 18 *Isr. L. Rev.* (1983) 76.

7 ק"ת 6105, תשס"א (21.5.2001), עמ' 796. הסכום הנ"ל נכנס לתוקף מיום 17.6.2001.

8 לפי חוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995.

9 מכתם זה והדרך לפרשו נדונו באריכות ברע"א 6558/99 **חבס נ' חבס**, פ"ד נד(4) 337.

10 דוח ועדת אור (**לעיל**, הערה 1), בעמ' 31. ראה גם בסעיף 140(1) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.

כמו כן תבוטל תקרת הסמכות לעניין סכום התביעה, כך שהסמכות לדון בתביעות כספיות תהיה לבית-משפט השלום, ללא הגבלת סכום. הומלץ גם לבטל את המגבלות הקיימות על סמכות בית-משפט השלום לדון בסכסוכים במקרקעין¹¹.

בידי בית-המשפט המחוזי בשבתו כערכאה ראשונה יוותרו מספר עניינים מצומצם ביותר: תובענות ייצוגיות (במרבית הנושאים), ענייני פירוקים ופשיטת רגל, ענייני תאגידיים, ענייני מסים, ענייני ניירות ערך, קניין רוחני ועניינים פליליים מסוימים¹².

לענייננו ישנה עוד המלצה חשובה ביותר והיא לשנות את הדין לעניין טענה בדבר היעדר סמכות עניינית באופן שתהיה חובה לעורר טענה זו בהזדמנות הראשונה, ולא יהיה ניתן לעורר אותה בשלב מאוחר יותר של ההליך או במסגרת הערעור. בית-המשפט יוכל¹³ לעורר טענה זו מיוזמתו, אך גם זאת רק בתחילת ההליך¹⁴.

על מסקנותיה העיקריות של ועדת אור בדבר שינוי המבנה של בתי-המשפט נחלקו הדעות מיד, מחלוקת המונעת עד היום את יישום מסקנות הדוח. עם זאת בהשפעת ההמלצות של ועדת אור הועלתה לאחורונה, כאמור, תקרת הסמכות של בתי-משפט השלום ממיליון ש"ח לשני מיליון וחצי ש"ח.

בלי להתייחס למחלוקת באשר ליישום מלא של המלצות ועדת אור ברור שאם הן אכן תיושמו, עצם הפיכתה של הערכאה הראשונה לערכאה כללית תפחית את חשיבותה של שאלת הסמכות העניינית בצורה דרסטית, מאחר שכמעט כל העניינים יידונו בערכאה אחת.

זאת ועוד, גם בטרם יישום המסקנות העיקריות של ועדת אור הרי המלצתה לגבי דרך הטיפול בטיעון של חוסר סמכות עניינית כבר השפיעה על הפסיקה בנדון כפי שיובהר להלן.

2. הפסיקה

בפרשת **שור נ' בן יקר גת**¹⁵ העביר בית-משפט השלום ברחובות את התובענה לבית-משפט השלום בתל-אביב-יפו מחמת חוסר סמכות מקומית. בבית-משפט השלום בתל-

11 סעיפים 51(א) ו-40(1) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.

12 דוח ועדת אור (**לעיל**, הערה 1), עמ' 137-138.

13 זה הנוסח בדוח ועדת אור. למחברים לא ברורה משמעותה של המילה "יכול" בהקשר זה – האם הכוונה ל"רשאי" או ל"חייב" וכיו"ב.

14 דוח ועדת אור (**לעיל**, הערה 1), עמ' 142.

15 רע"א 3319/00 **שור נ' בן יקר גת חברה להנדסה ובניין בע"מ ומינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נה(2) 817. ניתן ביום 21.1.2001 על-ידי המשנה לנשיא ש' לוי, השופט אנגלרד והשופטת פרוקצ'יה (להלן – הילכת **שור**). על החלטה זו הוגשה בקשה לדיון נוסף שנדחתה על ידי השופט מצא – דנ"א 1271/01 **יאיר שור נ' בן יקר גת חברה להנדסה ובניין בע"מ** (לא פורסם).

אביב יפו הועלתה לראשונה טענה של היעדר סמכות עניינית. הבקשה נדחתה על-ידי בית המשפט וכך גם הערעור ברשות בבית המשפט המחוזי אף שמלכתחילה הייתה אמורה התובענה להיות מוגשת לבית המשפט המחוזי, מאחר שנושאה היה "חכירה לדורות"¹⁶. בבית המשפט העליון ניתנה רשות לערער.

השאלה העיקרית שעמדה לדיון הייתה אם הדיבור "לא יעבירנו עוד" בסעיף 79 (ב) לחוק בתי המשפט¹⁷ משתרע גם על מקרה שבו התובענה הועברה לבית משפט אחר מחמת העדר סמכות מקומית, ונטען לפני בית המשפט הנעבר שהוא חסר סמכות עניינית. שאלה זאת לא הוכרעה בפסיקה עד לפסק דין זה.

בע"א 145/58 קלקודה נ' "אגד" בע"מ ואח'¹⁸ קבע השופט זוסמן שהדיבור "לא יעבירנו עוד" פירושו שהעברת "עניין"¹⁹ מחוסר סמכות מונעת העברה נוספת, ובעצם מעניקה סמכות לבית המשפט הנעבר. אולם במקרה שהיה לפני בית המשפט דובר בניסיון להעברה בשנית לגבי אותו סוג סמכות (סמכות עניינית דווקא) שלגביה הייתה ההעברה הראשונה. לא היה אפוא טעם לדון במקרה של העברות מסוגי סמכות שונים, ולכן השופט זוסמן לא עשה כן. כמו כן לא הזדמן לבית המשפט העליון לדון בשאלה זאת עד להילכת שור שבה המשנה לנשיא, השופט ש' לוי, קבע עבור ההרכב²⁰ כי סעיף 79 (ב) לחוק בתי המשפט כפוף לסעיף 79 (א) לחוק, שעניינו הן סמכות עניינית והן סמכות מקומית, והדיבור "לא יעבירנו עוד" משתרע גם על מקרה שבו הועבר העניין מבית משפט אחד לבית משפט אחר על יסוד טענת סמכות מסוג אחד, ונטענה בבית המשפט הנעבר טענת חוסר סמכות מסוג אחר. לפיכך נקבע כי אין להעביר את התובענה שוב אף על-פי שהסמכות העניינית הייתה צריכה להיות מלכתחילה לבית המשפט המחוזי. עצם ההחלטה הזאת מדגימה היטב את ההפחתה בחשיבותה של שאלת הסמכות העניינית והקבלתה לסמכות מקומית.

גם בטרם הילכת שור, כאשר לא היה ברור אם הדיבור "לא יעבירנו עוד" מונע העברה שנייה מחמת חוסר סמכות מסוג אחר מההעברה הראשונה, ברי כי לא הייתה שום בעיה כאשר ההעברה השנייה מתבקשת בשל היעדר סמכות מקומית, כאשר הדיון הועבר לראשונה בשל היעדר סמכות עניינית. במקרה כזה הנתבע איבד את זכותו לטעון טענת חוסר סמכות מקומית כשלא עשה זאת בהזדמנות הראשונה, היינו בזמן הדיון על ההעברה הראשונה, לכל המאוחר.

16 ראו לעניין זה בסעיף 40(1) וסעיף 51(א)(3) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.

17 חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.

18 פ"ד יג 260.

19 זהו הביטוי שבסעיף 79 (ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.

20 השופטים אנגלרד ופרוקצ'יה הסכימו בלי לכתוב חוות דעת משלהם.

אלא מאי, שכאן מדובר במקרה ההפוך, ולפי הגישה המסורתית יכול נתבע לטעון, לכאורה, כי יש להעביר את הדיון בשנית מפאת היעדר סמכות עניינית, טענה שלא נס לחה בכל שלבי הדיון (ודאי ככל שמדובר בערכאה הראשונה).
אולם אין צורך להפליג בפרשנות לגבי ההקבלה בין סמכות מקומית ובין סמכות עניינית הנובעת מהילכת שור, כי הרי הקבלה זאת נעשית בפירוש בפסק-הדין כדלקמן:

"צא וראה: נניח ש'עניין' הועבר לפי סעיף 79 (ב) לחוק מבית משפט אחד לבית משפט אחר על יסוד טענה של העדר סמכות עניינית; האם יעלה זה על הדעת שבית המשפט הנעבר יתור לבקשה להעביר את העניין שוב לבית המשפט אחר בטענה של העדר סמכות מקומית? נראה לנו שזה הדין גם במקרה ההפוך, נשוא הערעור שלפנינו"²¹.

הקבלה זאת בין סמכות מקומית ובין סמכות עניינית לא נעשתה בהיסח הדעת, אלא בהתחשב בחשיבותה הפחותה נכון להיום של חלוקת הסמכות העניינית בין בתי-משפט השלום ובין בתי-המשפט המחוזיים. וכך הוא ממשיך וכותב:

"האבחנות לעניין סוגי הסמכות הנתונים לבית המשפט המחוזי ולבית משפט השלום אינן חדות, ויש אשר 'עניין' המצוי בסמכות בית משפט השלום עולה בשוויון עשרות מונים על 'עניין' המצוי בסמכות בית המשפט המחוזי; לפיכך הכלל שנקבע בע"א 145/58 הנ"ל לעניין טענת הסמכות העניינית בשתי ערכאות כוחו יפה באותה מידה גם לנסיבות הערעור לפנינו"²².

זאת ועוד, בית-המשפט חיזק את דעתו לגבי מעמדה של סמכות עניינית על-ידי הפניה מפורשת לדוח ועדת אור:

"לאחרונה הובעה הדעה שיש להגביל את האפשרות להעלאת טענות של חוסר סמכות עניינית – בדומה לסמכות המקומית – רק למקרים שבהם נטענו טענות כאלה על ידי בעל הדין בהזדמנות הראשונה: ראה דין וחשבון לבדיקת בתי המשפט הרגילים בישראל בראשותו של השופט אור, בעמ' 122, שם נאמרו הדברים הבאים לגבי התוצאות הקשות של דיון בערכאה שיפוטית בהעדר סמכות עניינית היכולות להביא לביטולו בדיעבד של פסק דין:

21 הילכת שור (לעיל, הערה 15), פסקה 4 (ב) לפסק-הדין.

22 שם, פסקה 4(א).

'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 שלום. אין לשכוח כי כבר עתה דן בית משפט השלום במגוון רחב של עניינים, ובכלל זה תביעות כספיות עד מיליון ש"ח (כיום הסכום הוא שני מיליון ש"ח וחצי – ס.ג., ע.ט.), בענייני מקרקעין ללא הגבלה של סכום. האם במצב זה יש הצדקה לומר כי אין כל תוקף לדיון שנערך בבית משפט השלום, בעניין המצוי בסמכותו העניינית של בית המשפט המחוזי, וכי דין זה ראוי להתבטל?'

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; והשווה: ע"א 4796/95 פ"ד נא (2) 23669. אכן, הצעות ועדת אור טרם התקבלו; אך מקום שהוראות דין ניתנות לפרשנויות שונות מותר לשאוב מהן השראה²⁴.

נשאלת השאלה אם, כפי שאומר השופט ש' לוי, לאור העובדה שהצעות ועדת אור טרם התקבלו, אכן יש מקום לשאוב מהן השראה. לדעתנו, מבחינת הצעות ועדת אור המתייחסות למעמדה של סמכות עניינית, לא רק שניתן לשאוב השראה מהצעות ועדת אור, אלא ניתן אף ליישמן בפסיקה. על מנת להבין נכונה במה מדובר, עלינו לדייק בדבר האמרה לעיל שהצעות ועדת אור טרם התקבלו. כנראה הכוונה היא להצעות העיקריות של הוועדה בדבר שינוי מבנה מערכת השפיטה הכללית, שהן אכן שנויות במחלוקת ומחייבות חקיקה ראשית על מנת ליישמן.

אולם לעומת הצעות אלה הצעות ועדת אור הנוגעות למעמדה של סמכות עניינית אינן, לעניות ידיעתנו, שנויות במחלוקת, וחשוב מזה, הן אינן מחייבות חקיקה כלשהי על מנת ליישמן. המעמד המיוחד של סמכות עניינית, לעומת סמכויות בינלאומית ומקומית, מעולם לא עוגן בשום דבר חקוק והוא תוצרת ההלכה הפסוקה גרידא. אי לכך אין שום מניעה שהוא גם ישונה על ידי הלכה פסוקה.

אמנם לגבי היבט אחד של הצעות ועדת אור בדבר שינוי המעמד של סמכות עניינית, היינו שעל בעל דין להעלות את עניין חוסר סמכות עניינית בהזדמנות ראשונה, יש תקדים מה של עיגון דרישה כזאת בחקיקה ראשית, וכוונתנו לסעיף 3 לחוק ההתיישנות,

23 האזכור הוא לפרשת אלחזברה חבין איברהים נ' אלעזברה עלי איברהים שתידון להלן.

24 הילכת שור (לעיל, הערה 15), פסקה 4 (ג).

תשי"ח 1958- המחייב העלאת ההגנה בהזדמנות הראשונה, אולם הכלל המקובל לגבי סמכות עניינית הוא תוצאה של הפסיקה גרידא ללא שום רמז בדבר חיקוק כלשהו²⁵. בדומה, אף החובה להעלות את עניין הסמכות הבינלאומית בהזדמנות הראשונה מעוגנת חלקית בלבד בדבר חיקוק – תקנה 502 (ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד 1984-. תקנה זו מתייחסת לביטול היתר המצאה לחו"ל, כאשר לחובה להעלות טיעונים אחרים בדבר סמכות בינלאומית בהזדמנות הראשונה, כגון אי-התאמת המקרה לתקנות המאפשרות המצאת כתבי בי-דין בתחום המדינה, כגון לעורך-דינו של הנתבע (תקנה 477) או למנהל עסקיו של הנתבע (תקנה 482), אין שום עוגן אף לא בתקנות.

לבסוף, בנקודה זאת יש לציין שלמרות הקשר האפשרי בין שני הדברים עולה בבירור מדוח ועדת אור שהוועדה לא התנתה את המלצותיה בדבר שינוי מעמדה של סמכות עניינית ביישום המלצותיה לגבי שינוי המבנה של בתי המשפט. אדרבה, היא סברה שאף היום אין הצדק להמשיך הגישה המסורתית לגבי קדושת הסמכות העניינית²⁶.

אי לכך, לדעתנו, לא רק שניתן לפסיקה לשאוב השראה מהצעות ועדת אור לגבי שינוי מעמדה של סמכות עניינית, אלא ניתן לה, לפסיקה, ליישם את ההצעות הללו.

זאת ועוד, ייתכן שהקשר בין הצעות ועדות אור בנדון ובין הפסיקה איננו קשר משפיע מושפע גרידא אלא קשר מורכב יותר המבוסס על מקור משותף הן להצעות ועדת אור והן לפסיקה, מקור משותף המבוסס על חוסר שביעות רצון מהמעמד המסורתי של סמכות עניינית, ורמז על כך השופט ש' לוי' בהתייחסו לעיל ל"המגמה הקיימת" בפסיקה.

מגמה זאת באה לידי ביטוי כבר בדבריו של השופט אור, דווקא, בפרשת דור אנרגיה (1988) בע"מ²⁷, פסק-דין שניתן כחמישה חודשים²⁸ לפני פרסום דוח ועדת אור ואף זכה לאזכור בדוח. בפסק-דינו, לאחר שהוא התייחס לגופה של הטענה שהיה חוסר סמכות עניינית, טענה שנדחתה על-ידי בית-המשפט המחוזי קמא, הגיע השופט אור למסקנה "שאינן להתערב בהחלטת בית-המשפט המחוזי בקובעו שהוא מוסמך לדון בתובענה"²⁹.

השופט אור העיר כהאי לישנא:

"בעניין חוסר הסמכות מתבקשת הערה. הדיון בבית המשפט המחוזי היה דיון מלא וענייני, וניתנה במהלכו לכל אחד מהצדדים אפשרות

25 ראו את פסקי-הדין המובאים לעיל, הערה 3.

26 דוח ועדת אור (לעיל, הערה 1), עמ' 122-123.

27 ע"א 1049/94 דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' חמדן ואח', פ"ד נ(5) 820 (להלן – הילכת דור אנרגיה).

השופט אור כתב את פסק-הדין עבור ההרכב, כאשר השופטות שטרסברג-כהן ובייניש מסכימות בלי להוסיף דבר.

28 ביום 26.3.1997.

29 הילכת דור אנרגיה (לעיל, הערה 27), עמ' 829.

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 שנכריעה 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 כזאת, 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 בית-משפט דן בעניין ונתן פסקו, שוב לא תוכל לצוף ולעלות שאלת הסמכות העניינית בכל שלב נוסף של הדיון"³⁰.

עלינו לציין שגם במסגרת המגמה המשותפת הן לדוח ועדת אור והן לפסיקה להפחית את מעמדה של הסמכות העניינית על-ידי השוואתו למעמדה של סמכות מקומית, הקטע הנ"ל, וגם המקביל לו בדוח ועדת אור³¹, שהוא אף מפורש יותר, מרחיקים לכת, מאחר שאין מדובר בצורך להעלות את העניין בהזדמנות הראשונה או במניעות מלהעלותו פעם ראשונה בערעור, אלא מדובר בטיעון של חוסר סמכות, שכן הועלה בהזדמנות הראשונה בערכאה הראשונה ונדחתה. אחר דחייתו את הטיעון של חוסר הסמכות דן בית המשפט והכריע לגופה של המחלוקת. השאלה היא אפוא אם ניתן להעלות שוב את עניין הסמכות במסגרת הערעור על פסק-הדין. לגבי השאלה הזאת לבנו לבנו עם השופט אור האומר לא. עם זה ספק בעינינו אם כך המצב היום אפילו לגבי

30 שם

31 "בעל דין... שטען טענת חוסר סמכות וכשנדחתה טענתו לא ביקש רשות ערעור על ההחלטה, או שבקשתו לרשות ערעור נדחתה, יהיה מנוע, בשלב מאוחר יותר בהליך או בערעור, לעורר טענה בדבר היעדר סמכות. דברים אלה נכונים הן לדיון שנערך בבית משפט השלום ומקומו בבית המשפט המחוזי, והן למצב ההפוך. בשני המצבים, אין מדובר בפגם אשר חומרתו היא כה קשה עד כי מוצדקת תוצאה של בטלות מוחלטת" (דוח ועדת אור (לעיל, הערה 1), בעמ' 123).

סמכות בינלאומית וסמכות מקומית³². נחזור לנקודה זאת במסגרת הדיון על פרשת נחום חבס נ' דין חבס³³ ואף נרחיב את הדיבור בה בפרק הסיכום של מאמר זה. בפרשת אלחוברה נ' אלעוברה³⁴, שגם בה פסק הדין ניתן בטרם פרסום דוח ועדת אור³⁵, הועלתה לראשונה בערכאת הערעור (בפני בית המשפט העליון) טענת חוסר סמכות עניינית של בית המשפט המחוזי. תמצית הטענה הייתה כי משקבע בית המשפט שזכויות הצדדים הינן זכויות חוזיות בלבד, ושאינן לצדדים זכויות קנייניות, הרי שהסמכות העניינית צריכה להיקבע על-פי שווי הזכויות. מאחר ששווי הזכויות מתאים לסמכותו העניינית של בית המשפט השלום, לבית המשפט המחוזי לא הייתה סמכות לדון בעניין.

השופטת בייניש דחתה את טענת היעדר הסמכות, באמרה:

"טענת הסמכות לא הועלתה בבית המשפט המחוזי, ונוכח אופייה של התביעה לא עלתה בבית המשפט כל שאלה הנוגעת לסכום כספי ולשוויין של הזכויות. ממילא לא הוכח כי שווי נושא התביעה נמוך מהסך הנתון לסמכותו של בית המשפט המחוזי. בנסיבות אלו, כאשר המשיב חולק על טענתו של המערער באשר לשווי הזכויות במחלוקת – הרי שבהיעדר ראיות להוכחת טענת המערער, דין טענתו להידחות"³⁶.

היה מקובל גם על השופטת שטרסברג-כהן "כי במקרה כבענייננו, שבו נמנע המערער מלהעמיד במחלוקת את 'שווי הנושא', אין לעורר שאלה זאת בערכאת ערעור"³⁷.

בחוות דעתו בנדון דגל המשנה לנשיא ש' לויין בגישה המסורתית לגבי העלאת הטיעון של חוסר סמכות עניינית והסכים שאין לעלות את הטיעון כאן אך ורק משום שמדובר ב"עובדה סמכותית". לדעתו:

32 ראו: ע"א 205/87 ס.מ.ל. סוכנות מרכזית לביטוח בע"מ נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מג(4) 680: מ' קרייני "תקנה 411 לתקנות סדר הדין האזרחי: גבולות כבישתה של אופציית הערעור על החלטות ביניים" משפטים כט (1998) 139.

33 להלן הערת שוליים 42, שם.

34 ע"א 4796/95 אלחוברה חבין איברהים נ' אלעוברה עלי איברהים, פ"ד נא(2) 669 (להלן – הילכת אלחוברה).

35 ביום 8.4.1997.

36 הילכת אלחוברה (לעיל, הערה 34), בעמ' 674-675.

37 שם, בעמ' 679.

"...שומה על בית משפט לעורר טענה של סמכות עניינית מיוזמתו

הוא,

אף כי לא נטענה בערכאה הראשונה, ודין זה חל אף על ערכאת הערעור;
אך במקרה דנן אין המדובר בהיעדר סמכות עניינית שהדין האמור חל
עליה אלא ב'עובדה סמכותית' שקביעתה מסורה לערכאה הראשונה
על

יסוד כתבי-הטענות (או על יסוד העדר טיעון), ועל יסודה נקבעת
התשתית העובדתית שבגדרה נקבעת סמכותו העניינית של בית המשפט;
בכגון דא אין בית משפט מעורר מיוזמתו הוא את הנתונים שעליהם
מבוססת הסמכות...³⁸

לעומת גישתו המסורתית הנ"ל של השופט ש' לויין ראתה לנכון השופטת ביניש
להצטרף במפורש למגמה החדשה, ואלה דבריה:

"לעניין טענת הסמכות אוסיף עוד. המערער לא העלה טענת הסמכות
בבית משפט קמא, וראה לעשות כן רק בערעור, כאשר לא השלים עם
תוצאות פסק הדין. לו קבלנו את טענתו, היה הדבר מחייב בירור עובדות
מחדש של הסכסוך, ללא כל הצדקה עניינית. לפנינו, אפוא, דוגמה
נוספת לכך שאין להשאיר פתח להעלאת טענת חוסר סמכות כאשר
ההליך התברר במלואו בפני בית משפט הנמנה עם בתי המשפט של
המערכת השיפוטית הרגילה.³⁹ שאלת הסמכות מתעוררת בדרך כלל

38 שם, בעמ' 678-679.

39 גישת הפסיקה היא שונה בתכלית כאשר מדובר בסמכות המוקנית לבתי-דין דתיים לסוגיהם, או אז
הופכת שאלת הסמכות העניינית קרדינלית בעיני בית-המשפט, ואם ניתנה החלטה שלא בסמכות,
היא תבוטל. למשל: בג"ץ 2117/99 חסן מנסור נ' בית הדין השרעי לאיזור התיכון – טייבה,
פ"ד נד(1) 211. שם דובר על מנוח שנפטר, ואחת מבנותיו פנתה לבית-הדין השרעי לצורך קבלת
צו ירושה. בית-הדין הורה על הוצאת הצו בלי לקבל את הסכמת כל היורשים כנדרש לפי חוק
הירושה, תשכ"ה-1965 (המנוח נפטר בטרם כניסת החוק לתוקף). השופטת ט' שטרסברג כהן
קבעה עת ביטלה את צו הירושה, כדלקמן: "כלל הוא כי על כל ערכאה שיפוטית להקפיד הקפדה
יתרה שלא לחרוג מגדרי סמכויותיה ובית המשפט יידרש לשאלת סמכותו לדון בעניין מסוים
מיוזמתו ואף ללא העלאת טענת חוסר סמכות על ידי מי מבעלי הדין. בשתיקת בעלי הדין, אין כדי
להקנות לבית משפט סמכות שאינה מוקנית לו בדין. בית המשפט יזקק לטענת חוסר סמכות גם
כאשר זו הועלתה לראשונה בפני ערכאת הערעור...".
בדומה קבע גם השופט מ' חשין בבג"ץ 6103/93 לוי ואח' נ' בית הדין הרבני הגדול ואח' פ"ד
מח(4) 591, מעמ' 615:

במקרים המצויים בתחום האפור והמטושטש שבו שוררת אי בהירות בהגדרתה, וקבלת הטענה בערעור גוררת אחריה התדיינות ממושכת ומיותרת נוספת הברור הענייני והיעיל של הסכסוך. אשר על כן, רואה אני לצרף קולי לקולו של חברי השופט אור, אשר הביע דעתו בע"א 1049/94 דור אנרגיה... בזו הלשון:

'... ככל שמדובר במערכת בתי המשפט הרגילים, רצוי לקבוע כלל, שלאחר שבית משפט דן בעניין ונתן פסקו, שוב לא תוכל לצוף ולעלות שאלת הסמכות העניינית בכל שלב נוסף של הדיון'.⁴⁰

לדעתו זו הצטרפתי גם בע"א 1049/94 הנ"ל⁴¹.

לבסוף, בדבר הפסיקה לגבי סמכות עניינית יש לציין את דברי הנשיא ברק בפרשת **נחום חבס נ' דין חבס**⁴². מדובר היה בשאלת הסמכות העניינית של בית המשפט לענייני משפחה, אולם נוסף על קביעה חשובה לגבי עצם הסמכות של בתי המשפט לענייני משפחה, התייחס כבוד הנשיא ל"מסגרת הדיונית" לדיון בשאלות הסמכות העניינית בכלל, ואלה הם דבריו:

"עניין לנו בשאלה של סמכות, והיא חייבת להיקבע בטרם יחל בית המשפט בדיונים לגופו של עניין. כך הדבר אם שאלת הסמכות מתעוררת בפני בית המשפט לענייני משפחה, שאם לא כן, אין הוא בר-סמכות לדון בתובענה האזרחית. כך גם הדבר אם שאלת הסמכות מתעוררת בפני בית משפט אזרחי (כגון בית המשפט המחוזי) שאם

לא

כן, אין הוא רשאי להשתחרר מחובת השיפוט.

"שיטת המשפט רואה בחומרה פעילותו של גוף שיפוט אל-מעבר לגדרים שהדין הציב לו; מכאן אף הלכה שטענת חוסר סמכות עניינית זועקת כמו מעצמה, ובית משפט יידרש לה בכל שלב של ההתדיינות, ולו במקום שבעל-דין מעלה אותה לראשונה בערכאה של ערעור...יתירה מזאת: גם אם בעל-דין אינו מעלה מיוזמתו טענת חוסר-סמכות, עומדים ומצווים בתי-משפט ובתי דין לבדוק מעצמם – בכל עניין ועניין – אם קנו סמכות להידרש לעניין שהובא לפניהם להכרעה... (כאן כמובן, ההחלטה הייתה בהקשר של בית-הדין הרבני ולא השרעי – ס' ג', ע' ט').

ראו לעיל, הציטטה ליד הערה 30.

41 הילכת **אלעזר (לעיל, הערה 34)**, עמ' 675. גישתם זאת של השופטים אור ובייניש יושמה הלכה למעשה לאחרונה בבית-משפט מחוזי. ראה ע"א 1748/01, בש"א 1748/01 (ת"א) **מנחים גרינברג נ' מלכה צרמושנר** (לא פורסם; ניתן ביום 11.6.2001).

42 רע"א 6558/99 **נחום חבס ואח' נ' דין חבס**, פ"ד נד(4) 337 (להלן – הילכת **חבס**).

בעניין זה יתערב בית משפט לערעור אך במקרים של חריגה קיצונית מאמת המידה הראויה (ראו ע"א 1049/94 דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' חמדן, פ"ד נ(5) 820, 829⁴³) (ההדגשה שלנו – ס' ג', ע' ט').

הדגש של הנשיא ברק על קביעת עניין הסמכות בהתחלת ההליך תואם את המגמה ההולכת ומתחזקת להשוות את מעמדה של סמכות עניינית לזה של סמכות מקומית וסמכות בינלאומית. בעצם, ההכרעה בשאלת הסמכות בתחילת ההליך היא הצד האחר של אותו הכלל המחייב העלאת הטיעון בהזדמנות הראשונה⁴⁴.

זאת ועוד, לגבי הערעור מצטרף גם הנשיא ברק לדברי השופט אור בפרשת דור אנרגיה (1988) בע"מ המוזכרים לעיל⁴⁵, אולם הוא מוסיף להם את פרשנותו שלו. לפי השורה התחתונה של דברי השופט אור – "נראה לי, שככל שמדובר במערכת בתי המשפט הרגילים, רצוי לקבוע כלל, שלאחר שבית משפט דן בעניין ונתן פסקו, לא תוכל לצוף ולעלות שאלת הסמכות העניינית בכל שלב נוסף של הדיון"⁴⁶ – מדובר בכלל מוחלט המעניק חסינות מערעור להכרעת הסמכות של בית-משפט בערכאה ראשונה אחר שהוא דן לגופו של הסכסוך. וזה אף ברור יותר בהמלצת ועדת אור בנדון⁴⁷. אולם הנשיא ברק מייחס לשופט אור כלל בלתי מוחלט האומר שבית-משפט לערעורים יתערב בהכרעות בית-משפט קמא בענייני סמכות עניינית רק "במקרים של חריגה קיצונית מאמת המידה הרצויה".

כיצד ניתן ליישב סתירה זאת? הנשיא ברק אינו אומר לנו. ייתכן שהנשיא ברק מעדיף להבין את דברי השופט אור לפי הקשרם הכולל, היינו לקשר את המשפט המסיים את הקטע הנ"ל למשפט קודם לו שבו מתייחס השופט אור לתוצאה הלא רצויה של הפיכת החלטתו לגופו של עניין של בית-משפט קמא "רק בשל כך שצד מן הצדדים לסכסוך טעה, במקרה גבול, בדבר הערכאה המוסמכת לדון בעניין"⁴⁸ (הדגשה שלנו – ס' ג', ע' ט'). גם השופטת בייניש, אשר הצטרפה לדברי השופט אור הנ"ל, הקדימה ואמרה כי "שאלת הסמכות מתעוררת בדרך כלל במקרים המצויים בתחום האפור והמטושטש שבו שוררת אי בהירות בהגדרתה"⁴⁹.

43 הילכת חבס, שם, עמ' 766.

44 ראו גם בחוות דעתו של השופט ש' לויין בע"א 74/83 חיים סארפסאדה ראד נ' יעקב חי, פ"ד מ(2) 141, בעמ' 155.

45 ראו הציטטה ליד הערה 30.

46 שם.

47 ראו לעיל, הערה 31, שם.

48 ראו לעיל, הציטטה ליד הערה 30.

49 ראו לעיל, הציטטה ליד הערה 41.

האם טעות בקביעת הסמכות שאיננה "במקרה גבול" או אינה "בתחום האפור והמטושטש שבו שוררת אי בהירות בהגדרתה" היא "חריגה קיצונית מאמת המידה הרצויה" המצדיקה התערבותו של בית המשפט לערעורים גם בעיני השופטים אור ובייניש? כמובן, לא נוכל אנחנו לקבוע מסמרות בנדון, אולם פירוש כזה היה מיישב את דעותיהם של כל שלושת השופטים זו עם זו וגם היה פותר את בעיית התאמת הכלל של השופט אור עם המצב היום לגבי ערעורים על החלטות בדבר סמכות על כל שלושת סוגיה, כפי שהזכרנו כבר לעיל⁵⁰ ושנסה להבהיר בחלק הסיכום של מאמר זה. מן המקובץ לעיל נובע, ללא ספק, כי קיימת הפחתה ברורה בחשיבותה של הסמכות העניינית, והדבר בא לידי ביטוי הן בהמלצות ועדת אור והן בפסיקה כפי שהוזכרה לעיל^{50א}.

ג. סמכות מקומית

כללי הסמכות המקומית קבועים בתקנה 3 לתקנות סדר הדין האזרחי⁵¹, ככל שמדובר בתובענה שאינה כולה במקרקעין, ובתקנה 4, ככל שמדובר בתובענה שכולה במקרקעין. תקנה 3(א) קובעת כי תובע העומד להגיש תובענה זכאי להגיש את התובענה לאחד מבתי המשפט שבאזור שיפוטו מצוי אחד מאלה: מקום מגוריו או מקום עסקו של הנתבע; מקום יצירת ההתחייבות; המקום שנועד, או שהיה מכוון, לקיום ההתחייבות; מקום המסירה של הנכס; מקום המעשה או המחדל שבשלו תובעים. עינינו הרואות: מדובר או במקומו של הנתבע או במקום הקשור לעילה, והכול לעומת מקומו של התובע. כאשר קיימת סמכות מקומית במקומות אחדים לפי הכללים הנ"ל ניתן לתובע לבחור ביניהם בהגישו את תביעתו. בפרשת לוי נ' פולג⁵² דובר בסכסוך בין בעלי דירות בבית משותף בגבעתיים, כאשר שניים מהם הגישו תביעה בירושלים נגד השלישי. התובעים ביקשו לחייב את הנתבע להרוס מבנה ומחסן שבנה בחצר הצמודה לבית, לשלם לתובעים את ירידת ערכה של

50 ראו את הדין לעיל אחר הערה 31-32.

50א לאחר סיום כתיבת מאמר זה, ניתן פסק הדין בע"א 1662/99 חזקיהו חיים נ' אליהו חיים ואח', פ"ד נו(6) 295. נא ראו את פסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה. ראו גם רע"א 6630/00 ועד הנאמנים ת"א יפו נ' סילקו, פ"ד נו(6) 913.

51 תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד 1984 - (להלן - "התקנות").

52 רע"א 6920/94 יאיר לוי נ' צבי פולג ועליוהו סיון, פ"ד מט(2) 731 (להלן - הילכת פולג). פסק-דין זה אוזכר פעמים רבות בפסקי-דין בערכאות נמוכות. למשל: ת"א (פ"ת) 5359/99 הסופר שלי ד.ד. בע"מ ואח' נ' שופרסל בע"מ ואח' (לא פורסם); ת"א (י-ם) 4922/98 אילוז נ' ש' אגמי סוכניות יבוא בע"מ (לא פורסם).

דירתם וכן לפצות בגין השימוש שהמבקש עשה ברכוש המשותף ופיצוי בגין "עוגמת נפש". אמנם תובעת אחת גרה בירושלים, אולם הן התובע האחר והן הנתבע גרו בגבעתיים, שהיא הייתה גם מקום נכס "המריבה", שכל החובות וההתחייבויות כלפיו היו צריכות להתקיים בגבעתיים.

בית-משפט השלום בירושלים קבע שהוא נעדר סמכות מקומית לדון בתובענה והעביר את העניין לבית-משפט השלום בתל-אביב יפו.

בהחלטה בבקשת רשות ערעור שהוגשה לבית-המשפט המחוזי⁵³ הפכה השופטת א' פרוקצ'יה את ההחלטה וקבעה כי סמכות מקומית לדון בעניין אכן נתונה לבית-משפט השלום בירושלים.

על החלטה זו הוגשה בקשת רשות ערעור, ובה דנו המשנה לנשיא ש' לוי, השופט ת' אור והשופטת ט' שטרסברג-כהן. השאלה שנדונה הייתה אם חלה על המקרה תקנה 3(א) לתקנות סדר הדין האזרחי. היינו, אם ניתן לראות במקום מגוריה של תובעת אחת בירושלים "... מקום שנועד, או שהיה מכוון, לקיום ההתחייבות". זאת, אף-על-פי שהיה ברור שהחובות וההתחייבויות כלפי הדירות והרכוש המשותף שהפרתן היוותה בסיס העילה היו צריכות להתקיים בגבעתיים.

הבסיס לטיעון שבכל זאת גם ירושלים הייתה מקום שנועד לקיום התחייבות היה שעקב ההפרות הנ"ל נוצר חיוב חדש הנובע מן הדין, והוא חיוב לשלם פיצויים ושכר ראוי לניזוק, ולפי סעיפים 44 ו-61 (ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג 1973, היה על הנתבע "לקיים" חיוב משני זה, היינו לשלם את הפיצויים והשכר הראוי לתובעת הירושלמית בירושלים, מקום מגוריה⁵⁴.

לדעת כל שלוש הערכאות שדנו בפרשה זאת, השאלה שבמחלוקת הייתה אם המקום שנועד לקיום ההתחייבות, כמשמעו בתקנה 3(א) לתקנות, טומן בחובו אף את המקום שנועד לקיומו של חיוב הנובע מהדין, או שמא אך ורק את המקום שנועד לקיומו של חיוב הקשור לחוזה או הנובע ממנו. על השאלה הזאת נחלקו בית-משפט השלום ובית-המשפט המחוזי.

בבית-המשפט העליון קבע המשנה לנשיא ש' לוי כי הדיבור "התחייבות" בתקנה 3(א) לתקנות הינו דיבור עמום המחייב פרשנות, ויש ליתן לו פרשנות הכוללת חיובים הנובעים מן הדין. אנחנו מסכימים בהחלט עם פרשנות זאת, שמזמן מקובלת בפסיקת בית-המשפט העליון, למשל במקרה כגון חובת הבעל-האב לזון את אשתו וילדו, כפי

53 בר"ע 602/93 צבי פולג ואח' נ' יאיר לוי (לא פורסם).

54 סעיף 44 (א) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג 1973 - קובע: "חיוב שלא הוסכם על מקום קיומו, יש לקיים במקום עסקו של הנושה, ואם אין לנושה מקום עסק - במקום מגוריו הקבוע". סעיף 61 (ב) לחוק זה קובע: "הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחויבים גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה".

שמציין, בצדק רב, המשנה לנשיא⁵⁵. כמו כן אנו מסכימים עם המשנה לנשיא, שסדרי הדין כאן הם כפופים לדין המהותי במובן שהדין המהותי הוא הוא הקובע מהו המקום שנועד לקיום ההתחייבות, וקביעה זאת מחייבת עבור יישום תקנה 3(א) לתקנות⁵⁶. אולם עם כל הכבוד לכל השופטים שדנו בפרשה, אלו אינן השאלות החשובות בה. גם אם החיוב מן הדין של בעל – אב לזון את אשתו ואת ילדו במקום מגוריהם אומר שבמקום זה ישנה סמכות מקומית כיוון שמבחינת תקנה 3(א) הוא מקום שנועד לקיום ה"התחייבות", אין זה אומר שכאשר תובעים על הפרת חוזה שהיה צריך לקיימו במקום פלוני, ישנה סמכות מקומית גם במקום אלמוני, כיוון שבמקום השני גר התובע, ושם היה על המפר לשלם לו פיצויים בשל הפרת החוזה.

במקרה של מזונות מדובר בחיוב ראשי, והשאלה היא פשוטה: האם "התחייבות" סובלת פרשנות מרחיבה הכוללת חיוב מן הדין? כאמור, אנו מסכימים שהתשובה לשאלה הפשוטה הזאת היא בחיוב.

לעומת זאת השאלה האמיתית שהייתה צריכה להידון בפרשת פולג היא אחרת וקשה בהרבה והיא באיזו "התחייבות" מדובר בין ש"ההתחייבות" נובעת מן הדין ובין שהיא נובעת מהסכמת הצדדים:

נראה כי על-פי תקנה 3(א) הפירוש המתבקש הוא שהמקום הנועד לקיום ההתחייבות מתייחס למקום שנועד לקיום החוזה שהופר, ולא למקום שנועד לקיום החיוב המשני הנובע מהפרת החוזה לשלם פיצויים לניזוק, כפי שפורשה תקנה 3(א). בכל הכבוד, הקביעה שגם המקום שנועד לקיום החיוב המשני הנגזר מהפרת החוזה הוא מקום שנועד לקיום ההתחייבות נראית לנו מוטעית, מה גם שהלכה למעשה, התוצאה היא הוספה דה פקטו של חלופה נוספת לתקנה 3(א), ככל שהדבר נוגע לתביעות כספיות, והיא מקום עסקו של התובע, ואם אין לו מקום עסק – מקום מגוריו הקבוע, בניגוד לתכלית התקנה להגביל את הסמכות המקומית למקומות הקשורים או לנתבע או לאירוע שהוא בסיס העילה.

צא ודוק, לפי ההיגיון שבהילכת פולג, אין מדובר רק בתשלום פיצויים בגין הפרת חוזה או מעין חוזה אלא גם בתשלום פיצויים עבור עוולת נזיקין, שגם אותם צריך המזיק לשלם לניזוק במקומו של האחרון⁵⁷, בניגוד לתכליתה של תקנה 3 להגביל סמכות מקומית לגבי תביעות נזקיות או למקומו של הנתבע או ל"מקום המעשה או המחדל שבשלו תובעים" (חלופה 5).

55 ראה הילכת פולג (לעיל, הערה 52), קטע מס' 3, פסקה אחת, לרבות פסקי הדין המאוזכרים בפסקה זאת.

56 שם

57 שם

אכן, המשנה לנשיא ש' לויין ער לתוצאה זאת וכותב כדלקמן⁵⁸:

"ער אני לעובדה שפסק דיננו יכול ויצמצם במידה ניכרת את היקף התפרשותה של תקנה 3 ככל שהמדובר בתובענות לתשלום סכום כסף;
אך זוהי תוצאה בלתי נמנעת מהתאמתם הרצויה של סדרי הדין להוראות הדין המהותי. במדינה קטנה כמדינתנו ממילא אין לייחס משמעות מופרזת לשאלה אם תובענה פלונית מוגשת בתחום סמכותו המקומית של בית משפט זה או אחר; ואין עניין זה ראוי, בנסיבות רגילות, לשמש נשוא להעלאת טענות טרומיות; אכן המקרה שלפנינו יוכיח; כבר שנתיים בעלי הדין מתדיינים לגבי מקום הסמכות המקומית ועדיין לא נכנסו לטרקלינו של המשפט שיכריע בסכסוך שביניהם לעיצומו. בדין כתב פרקליט המשיבים בסכומו כי במקרה שטעמי נוחות מחייבים את הדבר, עדיין קיימת אפשרות של רגולציה של מקום השיפוט על ידי פנייה לנשיא בית המשפט העליון לפי סעיף 78 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984" (ההדגשה שלנו – ס' ג', ע' ט').

עינינו הרואות: לדידו של המשנה לנשיא, במדינה קטנה כמו מדינת ישראל סמכות מקומית היא כה חסרת חשיבות, שאין הטיעון של חוסר סמכות מקומית ראוי להישמע אף בהזדמנות הראשונה בתחילת ההליך. מובן שכל עוד קיימים כללי הסמכות המקומית, אין למנוע מהנתבע לטעון שסמכות מקומית אינה קיימת במקרה הנדון, אולם הן התוצאה והן ההנמקה בפרשת לוי נ' פולג אומרות לשופט לא להתייחס ברצינות יתרה לטיעון של חוסר סמכות מקומית ולהשתדל להכריע בדבר לטובת קיום המשפט במקום שבו הגיש התובע את תביעתו.

זאת ועוד, בהנמקה הנ"ל מרמז המשנה לנשיא אף שרצוי הוא לבטל כליל את העניין של סמכות מקומית, רעיון שבא לידי ביטוי מפורש בספר פרי עטו⁵⁹, ושעליו נרחיב את הדיבור בחלק הסיכום של מאמר זה.

ומה בדבר האפשרות המוזכרת בציטטה לעיל "כי במקרה שטעמי נוחות מחייבים את הדבר, עדיין קיימת אפשרות של רגולציה של מקום השיפוט על ידי פנייה לנשיא בית המשפט העליון לפי סעיף 78 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984"?

58 הילכת פולג (לעיל, הערה 52), שם.

59 ש' לויין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד (תשנ"ט), בעמ' 99.

האזכור הוא לסעיף המסמיך את נשיא בית המשפט העליון או את המשנה לנשיא להורות שעניין שהובא בבית משפט שלום או בבית משפט מחוזי במקום אחד יידון בבית משפט מאותה דרגה במקום אחר.

אולם אם בדבר חסר חשיבות עסקינה, האם יש לצפות שהנשיא או משנהו, בכבודם ובעצמם, ישישו לטפל בפניות אלו, ואף להיעתר להן, דבר שיעודד את הגשתן? התשובה נראית מובנת מאליה, ואף באה לידי ביטוי כבר בפרשת שריקי⁶⁰, שבה ביקשה "אריה" חברה לביטוח להעביר הדיון בתובענה לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים⁶¹ מחיפה לתל-אביב-יפו לפי סעיף 78 לחוק בתי המשפט⁶², ובה נטען כי כל הזיקות קשורות למחוז תל-אביב-יפו, בעוד שלבית המשפט המחוזי בחיפה ישנה סמכות פורמלית גרידא.

המשנה לנשיא ש' לוי קבע⁶³, כי:

"...המרחק בין תל אביב לחיפה אינו רב ובנסיבות רגילות אין שיקולי

נוחיות כלליים יפים להוציא עניין מגדר הסמכות המקומית שיוחדה לו לפי אחת מהחלופות המנויות בתקנה 3 לתקנות..."⁶³

בשולי הילכת פולג יש לציין שני היבטים של המקרה שלא זכו להתייחסותן של אף אחת משלוש הערכאות שטיפלו בתיק: ריבוי התובעים וריבוי הסעדים. אין ספק שהרציונל של הילכת פולג הוא שיש סמכות מקומית בירושלים לגבי הסעד הכספי שתבע התובע תושב ירושלים. אולם במקרה הנדון היה עוד תובע, תושב גבעתיים, וכן התובעים לא ביקשו רק סעד כספי אלא גם הריסת מבנה ומחסן שבנה הנתבע על המקרקעין בגבעתיים. אין בין התובע מגבעתיים ובין ירושלים ולא כלום; זה הדיון גם לגבי הריסת המבנים בגבעתיים. למרות זאת ממבט ראשון פסק דינו בית המשפט

60 בש"א 1307/00 "אריה" חברה ישראלית לביטוח נ' שריקי מיכאל (לא פורסם). ראה גם בת"א (י-ם) 1187/99, בש"א 3327/99 משה ממרוד נ' רוני סנהי (לא פורסם).

61 חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975.

62 חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.

63 הילכת שריקי (לעיל, הערה 60), שם.

64 עם זאת, יש לציין כי לאחרונה ניתנה החלטה על ידי השופט אור (בש"א 4666/02 ד"ר איגור גוכלר ואח' נ' עיזבון המנוח אזאוליס ז'ק ז'ל ואח', פ"ד נו(6) 817), שם הוא הורה על העברת הדיון בתיק לפי סעיף 78 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, כאשר בית משפט השלום שדן בתביעה קבע כי אין להעביר את הדיון בתיק לפי סעיף 79, לפחות באותו שלב של הדיון. דהיינו, אף על-פי שהערכאה הדיונית קבעה שיש לאותה הערכאה סמכות דיונית, השופט אור הורה על העברת התיק לבית משפט אחר, וזאת על-פי סעיף 78, הואיל ובנסיבות המקרה היה ברור שהזיקות לאזור הצפון היו בעוצמה מכרעת.

העליון עבר על הסיבוכים הללו לסדר היום ואישר את קיום התובענה כולה, על כל מרכיביה בירושלים, וזאת בשתיקה.

כיצד עלינו להבין את הדבר? מחד גיסא, המשנה לנשיא אמר מפורשות שבמסגרת הדיון לפניו בבקשת רשות הערעור הוא דן אך ורק בפירושה של תקנה 3(א)(3) והוסיף: "לא נראה לי שיש מקום לדון בשאלות אחרות (כגון אם הסעד הראשון שבכתב התביעה מצוי בסמכותו העניינית של בית המשפט השלום); ואתעלם לעניין פסק דין זה מהוראת סעיף 9 לכתב תביעה, שמהאמור בו יוצא שהמבקש התחייב להרוס מה שבנה ולפצות את המשיבים על נזקיהם בגבול – 10,000 ש"ח, משום שבעלי הדין לא טענו בענין זה בערכאות שקדמו לי"⁶⁴.

אך מאידך גיסא, האם גם העניינים של התובע הלא ירושלמי והסעד הלא כספי הם בגדר שאלות שהשופט ש' לויין בחר במכוון לא לדון בהן? קשה להאמין שכך קרה. עובדה היא שהוא אפילו לא רמז להן בציטטה הנ"ל, מה גם שהן חלק מהשאלה שבה הוא כן דן, היינו שאלת סמכות מקומית. אם כבר סביר יותר להניח שהשאלות הללו לא עלו כלל על דעתם של השופטים שטיפלו בתיק, אולם גם זה איננו ממש סביר.

האמור מוביל אותנו אפוא לאפשרות שאולי כן נקבעו בפסק הדין תשובות לשאלות הללו, תשובות במשתמע ותשובות שבשתיקה, ואם כך הדבר, הרי שמדובר בקביעת הלכות חדשות בדרך יוצאת דופן, בלשון המעטה.

אין זה מובן מאליו שאם ישנה סמכות מקומית לגבי הסעד הכספי, ישנה בהכרח סמכות מקומית לגבי הסעד הלא כספי, מה גם שבדבר התובע מגבעתיים קיימת פסיקה שממנה נובע, שאם הסמכות המקומית מבוססת על תכונות התובעים, כגון מקום מגוריהם כמקום שנועד לקיום ההתחייבות, הרי על הסמכות המקומית להיות נכונה לגבי כל תובע לחוד ובאופן עצמאי.⁶⁵

עם כל זה יש לציין שאם כאן משתמעת הלכה חדשה לגבי הסעד הלא כספי והתובע הלא ירושלמי, הרי הלכה זאת תואמת את המגמות של הילכת פולג השואפות להפחית מחשיבותה של סמכות מקומית ולהגמיש את הכללים לטובת בחירה מרבית בידי התובע. זאת ועוד, הענקת סמכות לבית משפט לגבי דבר שכשלעצמו איננו בסמכותו של בית המשפט על ידי כריכתו בדבר אחר שכן נמצא בסמכותו של בית המשפט, אינה זרה למשפט הישראלי.⁶⁶

בשנת 1998 הגיב מחוקק המשנה להילכת פולג והוסיף לתקנה 3 את תקנת משנה (א1) המורה:

64 הילכת פולג (לעיל, הערה 52), פסקה 2, קטע 1.

65 ראה ע"א 572/76 יוסיפון ואח' נ' יוסיפון, פ"ד לא (1) 729.

66 ראה, לדוגמה: ע"א 27/77 טובי נ' רפאלי, פ"ד לא (3) 561; ע"א צרקלביץ נ' אלגבוסלי, פ"ד

ל(3) 102; תקנה 3 (ב) לתקנות סדר הדין האזרחי.

"על אף האמור בתקנת משנה (א), היו לעסקו של התובע מספר סניפים, והיה אחד מהם בתחום השיפוט שבו מצוי מקום מגוריו או מקום עסקו של הנתבע, תוגש התובענה לבית משפט באותו תחום שיפוט".

למרות הניסוח הלקוי אין לנו ספק שתכלית התיקון היא להגביל את התובע אך ורק במקרה שבו התובע מבסס את הסמכות המקומית על מקום עסקו שלו, התובע, לפי הילכת פולג, כי הרי רק במקרה זה יש משמעות כלשהי למקום עסקו של התובע. ומתי לתובע כמה סניפי עסק? כאשר מדובר בתובע מסחרי שלו סניפים במקומות שיפוט אחדים. במקרה כזה היה אפשר לטעון שלפי הילכת פולג, בטרם הוספת תקנה 3(א1) ניתן לתובע להגיש את תביעתו בכל מקום שבו יש לו סניף. זאת, בהסתמכו על הפירוש המקובל לתקנה 3(א1), המדברת על מקום עסקו של הנתבע, הגורס שמקום עסקו של נתבע – כל מקום שיש לנתבע סניף⁶⁷. לגבי נתבעים התוצאה היא שניתן לתובע גופים כלל-ארציים, כגון בנקים וחברות ביטוח, בכל מקום ומקום. האם יש מקום ליישם את הילכת פולג כך שניתן לגופים כאלה לנצל אותה גם על מנת לתבוע בכל מקום ומקום? בא מחוקק המשנה ואמר לא. במקרה של "תובע מסחרי" בעל סניפים אחדים, והיה אחד מהם במקום השיפוט שבו מצוי מקום מגוריו או מקום עסקו של הנתבע, דבר שיתקיים בכל מקרה של תובע שהוא גוף כלל-ארצי, הוא יכול לתבוע במקום עסקו על סמך היות המקום עסקו עסקו רק במקומו של הנתבע, מקום שהוא יכול לתבוע בו ממילא. תוצאת התיקון היא אפוא שלגבי תובעים שהם גופים כלל-ארציים ברוב רובם של המקרים אין עוד משמעות להילכת פולג^{67א}. אם כן, משהוספה תקנה 3(א1) אמנם הגביל מחוקק המשנה את ההרחבה אליבא דהילכת פולג, ככל שמדובר בתובע שהוא תאגיד כלל-ארצי, להבדיל מתובע שהוא יחיד. עם זאת איננו רואים בתיקון זה דחייה של הילכת פולג על ידי מחוקק המשנה. נהפוך הוא, התיקון מבוסס על הכרה בקיום הילכת פולג והוא מעין גושפנקה לה. זאת ועוד, התיקון בא למנוע ניצול הילכת פולג על ידי תאגידי גדולים כנגד צרכנים ויחידים אחרים. כל עוד סמכות מקומית קיימת הרי זאת מטרה מבורכת. בפרשת דרעד⁶⁸ הוגשה לבית המשפט השלום באשדוד תביעת פיצויים בגין ליקויי בנייה. החברה הנתבעת טענה כי יש להעביר את התובענה לבית משפט השלום בתל-אביב יפו בהתאם לתניית שיפוט בהסכם בין הצדדים. התובעים מצדם טענו כי התניה הקובעת כי הסמכות המקומית לדון בתביעות ו/או מחלוקות לפי ההסכם תהיה לבית-המשפט בתל-אביב יפו היא תנאי מקפח בהסכם אחיד, ולכן יש לבטלה. זאת, מאחר

67 ראה לעניין זה למשל בע"א 231/69 ג' בארין נ' קרן קיימת לישראל, פ"ד כג(2) 145. 67א להילכת פולג (לעיל, הערה 52), נותרת עדיין משמעות מקום שלתובע יש מספר סניפים ואף אחד מהם אינו נמצא במקום מגוריו או במקום עסקו של הנתבע.

68 בר"ע (ב"ש) 16/90 דרעד בע"מ נ' שחר שמואל ויהודית, פ"מ תש"ן (ג) 133.

שמדובר במקרקעין שהיו מצויים באשדוד, ההסכם נערך ונחתם באשדוד, ההתחייבות נוצרה באשדוד, ההפרה נגרמה באשדוד, לנתבעת משרד באשדוד והתובעים ועדיהם מתגוררים באשדוד.

השופט פיינשטיין קיבל את עמדת התובעים וקבע כי ההסכם הוא בגדר חוזה אחיד⁶⁹ וכי תניית השיפוט קובעת מקום שיפוט בלתי סביר ובכך היא מקפחת ודינה להתבטל, לפי סעיף 4(9) לחוק החוזים האחידים, הקובע ש"תנאי הקובע מקום שיפוט בלתי סביר" הוא בחזקת תנאי מקפח⁷⁰. לפיכך השופט קבע כי אין להעביר את הדין לבית-משפט השלום בתל-אביב-יפו.

החברה הקבלנית ערערה לבית המשפט המחוזי. השופט טירקל קיבל את הערעור וקבע כי במקרה דנן הקביעה כי הסמכות המקומית תהיה לבית המשפט בתל-אביב-יפו אינה בלתי סבירה במונח של סעיף 4(9) הנ"ל. השופט מציין את המרחק הקטן יחסית (40 ק"מ) בין תל-אביב-יפו לאשדוד וקובע כי מרחק כזה לא ירתיע תובע סביר מלממש את זכותו בנסיבות העניין.

לפיכך ביטל השופט טירקל את החלטת בית משפט קמא והורה על העברת הדין בתובענה לבית משפט השלום בתל-אביב-יפו, כאמור בהסכם בין הצדדים.

אליבא דשופט טירקל:

"מקום שיפוט הוא בלתי סביר כאשר יש בו כדי להרתיע בעל דין מלממש את זכותו בנסיבות העניין. לדוגמה, קביעת בית המשפט השלום באילת כמקום שיפוט יחודי, לגבי מתדיינים מצפון הארץ ואף ממרכזה, לצורך הכרעה במחלוקות ששווין פעוט, עלולה להרתיע בעל דין, בשל הוצאות הנסיעה הכרוכות בהתדיינות"⁷¹.

בעקבות פרשת דרעד ניתנו החלטות דומות על ידי בתי-משפט מחוזיים במקרים נוספים⁷².

שוב, רואים כאן הפחתה במעמד של סמכות מקומית המורידה אותה לשאלת הוצאות נסיעה, אולם הפעם הקביעה איננה מרחיבה את הבחירה בידי התובע אלא להפך, מצמצמת אותה, וזאת לרעת התובע הצרכן ולטובת הנתבע הקבלן שבחר בחוזה אחיד את בית המשפט בתל-אביב-יפו כמקום ייחודי להתדיינות.

69 כמשמעותו בחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982.

70 שם

71 ראה לעיל, הערה 68, בעמ' 136.

72 ראה: בר"ע 3223/01 (י-ם) רחמים נ' ליגד השקעות ובניו בע"מ (לא פורסם, פסק-הדין ניתן ביום 23.9.2001); בר"ע 769/00 (ב"ש) יהונתן ודניאל השקעות בניה בע"מ נ' גרשון (לא פורסם, פסק-הדין ניתן ביום 29.4.2001).

אנחנו מסכימים בהחלט שקביעת מקום שיפוט כה לא נוח לתובע מבחינת המרחק מבית מגוריו, העלולה להרתיעו מלתבוע, מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד, אולם עם כל הכבוד, איננו מסכימים שזה המקרה הבלעדי של מקום בלתי סביר המהווה אפוא תנאי מקפח בחוזה אחיד. לדעתנו, מקום שאין לו זיקה כלשהי לא לבעלי-הדין ולא לאירוע שהוא בסיס עילתו של התובע, מהווה אף הוא מקום בלתי סביר, ולכן קביעה כזאת בחוזה אחיד מהווה תנאי מקפח שאין לאוכפו, אף על-פי שהמקום רחוק 40 קילומטר בלבד ממקום מגוריו של התובע – הצרכן.

יש להניח שבפרשת דרעד קבע הקבלן בחוזה האחיד את תל-אביב-יפו כמקום ההתדיינות, מקום ללא שום זיקה כאמור, במקרה הטוב בגלל נוחיותו של עורך-דינו ובמקרה הפחות טוב על מנת להכביד על התובע מחמת העומס הרב השורר בבית-המשפט התל-אביבי. בין כך ובין כך קשה למצוא את הצדק שבכיבוד תניית שיפוט זאת, ויש לראותו כתנאי מקפח בחוזה אחיד.

ד. סמכות בינלאומית

סמכות בינלאומית היא הסמכות של מדינת ישראל בכללותה לחייב נתבע זר להתדיין לגבי תובענה שהוגשה בבית-משפט ישראלי. כדי לעמוד על ההתפתחויות החדשות בדבר סמכות בינלאומית עלינו להקדים ולהסביר את העקרונות הנוגעים להענקת סמכות בינלאומית לבית-משפט ישראלי לפי הדין הישראלי. עקרונית ישנן שלוש דרכים להעניק סמכות בינלאומית לבית-משפט ישראלי: הסכמת הנתבע⁷³; המצאת כתבי-בי-דין (להלן – "המצאה") לנתבע או לאדם אחר שהדין הישראלי רואה בו כמחליפו של הנתבע לצורך זה, כאשר ההמצאה מבוצעת בתחום המדינה⁷⁴ וכן המצאה לנתבע הנמצא בחוץ-לארץ לפי היתר מיוחד הניתן לכך על ידי בית-המשפט הישראלי (להלן – "היתר המצאה לחו"ל")⁷⁵.

בשתי הדרכים הראשונות, היינו הסכמת הנתבע והמצאה בתחום המדינה, אין צורך באישור של בית-המשפט, ומטבע הדברים אין בעצם הענקת הסמכות שום שיקול דעת שיפוטי בדבר השאלה אם רצוי וראוי הוא שהתדיינות פלונית תתקיים בארץ. לעומתן, בדרך השלישית, היינו היתר המצאה לחו"ל, על בית-המשפט להתיר את הפעולה

73 ראה, לדוגמה, ר"ע 30/82 מולטילוק בע"מ נ' רב בריח בע"מ, פ"ד לו(3) 272.

74 לפי תקנות 475-499 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד 1984-.

75 לפי תקנות 500-502 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד 1984-.

שמעניקה לו סמכות בינלאומית, ולכן הוא יכול להפעיל, וכן בפועל מפעיל, שיקול דעת בדבר השאלה אם ראוי הוא שההתדיינות הנדונה תתקיים בארץ.⁷⁶

על פני הדברים נראה שמדובר בהבדל חד בין הדרך השלישית ובין שתי הדרכים האחרות, אולם בפועל ההבדל אינו כה חד בזכות הכלל של פורום לא נאות, כלל הקובע שאף על פי שיש סמכות בינלאומית לבית-משפט ישראלי, הוא לא ייזקק לתובענה אם הוא משוכנע שמדינת ישראל איננה מקום נאות לקיום ההתדיינות.⁷⁷ כלל זה חשוב במיוחד במקרים שבהם ההמצאה הייתה לנתבע בהיותו בארץ באופן מזדמן וזמני.⁷⁸ כמו כן שימוש רב נעשה בו במקרים של התדיינות בין שני תושבי השטחים המוחזקים על ידי צה"ל, שאינם אזרחי מדינת ישראל, וכשהאירוע שעליו מבוססת התובענה גם הוא התרחש בשטחים.⁷⁹

בעניין פורום לא נאות על הנתבע לשכנע את בית-המשפט שלמרות קיומה של סמכות בינלאומית מדינת ישראל היא פורום לא נאות לקיום המשפט הספציפי.⁸⁰ לפי הפסיקה, המרכיב הראשי בקביעה זאת הוא מבחן "מרב הזיקות", הכולל את תושבות בעלי הדין, מקום הימצאותם של העדים, הדין שיחול לגופו של הסכסוך ועוד. על הנתבע לשכנע את בית המשפט שמרב הזיקות הללו נוטות בכירור לטובת קיום המשפט במדינה אחרת.⁸¹

- 76 שיקול דעת זה הוא אחד משלושת המרכיבים של מתן היתר המצאה לחו"ל. שני המרכיבים האחרים הם התאמת המקרה לאחת החלופות של תקנה 500 לתקנות ובדיקת טיב העילה על מנת לבדוק אם לתובע סיכוי סביר, לכל הפחות, לזכות בתביעתו. ראה, לדוגמה: ע"א 98/67 הנס ליבהר נ' "גזית ושחם" חברה לבניין בע"מ ואח', פ"ד כא(2) 243; ע"א 565/77 אפרים מזרחי נ' Nobles Explosives Co. Ltd, פ"ד לב(2) 115; ע"א 481/84 אטלנטיק, חברה לדייג וספנות, בע"מ נ' Astilleros Y. Talleres Del Noroeste S. A. ואח', פ"ד מב(3) 102; S. Goldstein "Jurisdiction over Foreign Manufacturers Concerning Damage that Occurs in Israel" 14 *Isr. L. Rev.* 504 (1979).
- 77 ראה: ס' גולדשטיין "סמכות בינלאומית מבוססת על תפיסת הנתבע: הלכה למעשה כיום" משפטים י (1980) 409; ע"א 2705/91 אבו ג'חלה נ' חברת החשמל מזרח ירושלים בע"מ, פ"ד מה(1) 544.
- 78 ראה, לדוגמה: רע"א 2903/96 אליהו מסיקה נ' וינקו דולנס, פ"ד נב(1) 817; ת"א (ת"א) 11/79 אפרים פולק ב' ביזיו דה אטואל ואח', פ"מ תש"ם(א) 353.
- 79 ראה, לדוגמה: ע"א 300/84 א' ע' אבו עטייה נ' ערבטיסי ואח', פ"ד לט(1) 365; אבו ג'חלה נ' חברת החשמל מזרח ירושלים (לעיל, הערה 77).
- 80 שם
- 81 שם

כאמור, כאשר בית-משפט מתבקש ליתן היתר המצאה לחו"ל, הוא שוקל, בין היתר, אם מדינת ישראל היא פורום נאות, היינו פורום ראוי לקיום ההתדיינות הנדונה. בשיקוליו אלה גם הוא מתייחס לבדיקת מרב הזיקות הנ"ל.

עינינו הרואות: הן בבקשה למתן היתר המצאה לחו"ל והן בבקשה בעניין פורום לא נאות על בית-המשפט לשקול את אותם השיקולים, אולם לפי הגישה המסורתית, עדיין ישנו הבדל חד ביניהם. כאשר בית המשפט דן בכלל של פורום לא נאות כבר קיימת אצלו סמכות בינלאומית, ולכן נטל כבד מוטל על הנתבע לשכנע את בית-המשפט שלמרות זאת אל לא לבית-המשפט להיזקק לתובענה, כיוון שמדינת ישראל היא פורום לא נאות כלל ועיקר להתדיינות הנדונה.

לעומת זאת כאשר מדובר במתן היתר המצאה לחו"ל, על התובע לשכנע את בית-המשפט, כחלק מנטל השכנוע הרובץ עליו לגבי כל תנאי מתן ההיתר, שמדינת ישראל היא פורום נאות, היינו מקום ראוי ורצוי לקיום ההתדיינות⁸².

השאלה על מי רובץ נטל השכנוע היא עקרונית כאן, והתשובה לה עשויה להכריע את הכף במקרים לא מעטים⁸³, אולם בשנים האחרונות ישנם כמה פסקי-דין שאינם מכירים בהבדל זה, ובמסגרת מתן היתר לחו"ל מתייחסים לכללי פורום לא נאות, לרבות הטלת נטל השכנוע על הנתבע. נוסף על כך, בשני סוגי המקרים קיימת מגמה להפחית מחשיבותו של מיקום המשפט, לפחות בכל הקשור לקשיי הנתבע להביא עדים למדינה רחוקה.

דוגמה טובה למקרה הראשון היא פרשת דב מילמן נ' עזבון דוד שרגה ז'ל ואח⁸⁴. מדובר בתביעה שהגיש עורך-דין ישראלי בבית-משפט ישראלי עבור שכר טרחה נגד עיזבון אמריקני. ההסכם בין התובע ובין העיזבון שעליו הוא ביסס את תביעתו לשכר טרחה נערך בארצות-הברית. כמו כן השירותים המקצועיים ניתנו בארצות-הברית, כאשר לפי טיעוני התובע הוא היה אמור לקבל את שכר טרחתו במניות של חברה ישראלית.

82 עם זאת מטבע הדברים היתר המצאה לחו"ל ניתן פעמים רבות לפי בקשת התובע על-פי צד אחד (ex parte). אי לכך, הדיון הממשי על צדקת מתן ההיתר מתקיים במסגרת בקשתו של הנתבע לבטלו לפי תקנה 502 (ב) לתקנות. כיוון שההיתר ניתן תחילה על-פי צד אחד בלי שהנתבע הוזמן כדין, הרי שבדיון על בקשת הנתבע לבטל את ההיתר מלוא נטל השכנוע, על כל מרכיבי מתן ההיתר, לרבות היות מדינת ישראל פורום נאות לקיום ההתדיינות, רובץ על התובע.

83 ייתכן שישנו הבדל גם לגבי השאלה הנשאלת, היינו ייתכן שהיות מדינת ישראל פורום לא נאות והיותה פורום נאות אינם סתם שני הצדדים של אותו המטבע. ייתכן מקרה, ולו נדיר, בתחום הדמדומים שבו מדינת ישראל איננה פורום לא נאות, ולכן אל לו לבית-המשפט למחוק את תביעתו של התובע מחמת כלל זה, אולם היא גם איננה פורום נאות המצדיק מתן היתר לחו"ל, אולם לשאלה מופשטת זאת מעולם לא הייתה התייחסות בפסיקה.

84 ע"א 83/87, פ"ד מד (2) 45.

במצב זה סירב בית המשפט המחוזי לאשר מתן היתר המצאה לחו"ל נגד העיזבון, ואלה היו נימוקיו:

"...מנהלת העזבון אשה זקנה וכשל כוחה. יתר היורשים כנראה גם הם אינם יכולים להטורד עד לכאן לצורך ההתדיינות. מתוך פרטי ההסכם המובאים על ידי בא כוח התובעים עולה, כי הרכוש בארה"ב חולק וענין החוב הפתיע את היורשים. נותרו המניות בישראל... נהיר שבנסיבות המקרה כאשר ההסכם לו טוענים בענין שכר מוסכם נערך בארה"ב, הנתבע מנוהל בארה"ב, היורשים מצויים בארה"ב – בית המשפט יזקק לחוק האמריקאי לצורך העניין"⁸⁵.

ברם החלטה זאת נהפכה בבית המשפט העליון בפסק-דין שניתן על-ידי השופט גולדברג:

"סבורני, כי מבין כל הנימוקים שמנה בית המשפט קמא ישנו נימוק מוכח אחד, והוא, כי הדין המהותי שיחול על התביעה יהיה הדין האמריקאי. אולם שיקול זה הוא אחד השיקולים עליו נותן בית המשפט דעתו בשקלו אם להפסיק או למחוק תביעה שהוגשה כאן... (ע"א 300/84 הנ"ל עמ' 378-379⁸⁶; ההדגשה לא במקור). בנוסף לשיקול האמור לא הניח בא כוח המשיב 1 כל תשתית עובדתית לטענתו, כי בית המשפט בארץ אינו 'הזירה הנאותה' לבירור התובענה.

...

הייתי, על כן מקבל את הערעור, מבטל את החלטת של בית משפט קמא ומחזיר אליו את התיק להמשך הדיון בו"⁸⁷.

מדברים אלה עולה בבירור כי בית המשפט מטיל על הנתבע את נטל השכנוע להוכיח שבית-משפט בארץ אינו "זירה נאותה", דבר המתאים יותר למקרה של פורום לא נאות מאשר למתן היתר המצאה לחו"ל. הדעה שבית-המשפט הפעיל כאן כללי פורום לא נאות מתחזקת על-ידי כך שפסק-הדין שאוזכר בציטטה הנ"ל (הילכת אבו

85 שם, עמ' 50.

86 האזכור הוא פסק-הדין א' ע' אבו עטיה ואח' נ' ערבטיסי ואח', פ"ד לט (1) 365.

87 ע"א 83/87 דב מילמן ואח' נ' עיזבון דוד שרגה ז"ל ואח' (לעיל, הערה 84), בעמ' 50-51.

עטיה) היה אז פסק הדין המנחה לגבי פורום לא נאות. לנו אין ספק שאם בית המשפט העליון היה מפעיל את כללי מתן היתר המצאה לחו"ל לעומת כללי פורום לא נאות, והיה מטיל על התובע את נטל השכנוע שבית משפט ישראלי הוא "זירה נאותה" לקיום התדיינות זאת, הוא היה מתקשה ביותר להפוך את החלטתו של בית משפט קמא, וזאת בלשון המעטה.

פסק דין זה איננו פסק הדין היחיד שחל בו בלבול בין פורום לא נאות ובין מתן היתר המצאה לחו"ל. כך קרה גם בפסק דינה של השופטת בן-פורת בפרשת **ראד נ' חי**⁸⁸, אולם שם הדבר לא השפיע על התוצאה הסופית. כך היה גם בפרשות **הגבס נ' Lockformer**⁸⁹ ו**ירון מרכס**⁹⁰, שעליהן נרחיב את הדיבור בהמשך, ושבבהן אין זה ברור לנו אם השימוש במבחן של פורום לא נאות לעומת זה של היתר המצאה לחו"ל אכן השפיע על התוצאה.

כיצד עלינו להסביר את התופעה הזאת?

מחד גיסא, ייתכן שמדובר בטעויות, בשגיאות של שופטים שהתבלבלו בין פורום לא נאות ובין היתר המצאה לחו"ל. ואם כן, יש מקום להצטער על כך ולקוות שטעויות כאלו לא תישנינה. מאידך גיסא, ייתכן שאין מדובר בסתם טעויות אלא במדיניות שיפוטית שנועדה להקל על תובעים במקרים של מתן היתר המצאה לחו"ל. דעה זאת מקבלת משנה תוקף מכך שבכל המקרים הנ"ל ה"טעות" הייתה חד צדדית, היינו הטלת הכללים המכבידים הרובצים על נתבעים כאשר הם טוענים פורום לא נאות במקרים של היתר המצאה לחו"ל, ולא להפך. היינו, בכל המקרים מדובר בהטבה עם תובעים לגבי קיום ההתדיינות בארץ. אם אכן מדובר במדיניות שיפוטית כאמור, הרי מדובר בעוד דוגמה של הפחתת החשיבות של סמכות בינלאומית כאשר התוצאה היא להיטיב עם תובע הרוצה לתבוע בארץ.

זאת ועוד, לאחרונה נאמר בפרשת **ירון מרכס** במפורש על ידי השופטת דורנר:

"כידוע, בית המשפט קונה סמכות שיפוט בינלאומית על נתבעים זרים בדרך של המצא כתבי בי-דין אל הנתבעים הזרים אל מחוץ לתחום המדינה. ההמצאה טעונה היתר, שבית המשפט רשאי לתיתו בהתמלא תנאי אחת החלופות הקבועות בתקנה 500 לתקנות. ברם, בהתקיים עילה המאפשרת רכישת סמכות שיפוט בינלאומית, עדיין רשאי בית המשפט

88 ע"א 74/83 **ראד נ' חי**, פ"ד מ (2) 539.

89 רע"א 2705/97 **הגבס א' סיני** (1989) **בע"מ נ' The Lockformer Co.** ורוזנטל **בע"מ**, פ"ד נב(1) 109.

90 רע"א 9141/00 **Franz Lang ואח' נ' ירון מרכס ואח'**, פ"ד נו(1) 118.

להימנע מהפעלת סמכותו אם שוכנע על ידי בעל הדין הזר כי בית משפט בישראל הינו 'פורום לא נאות'⁹¹.

עינינו הרואות: בקטע זה לא רק שמדובר בשימוש בביטוי "פורום לא נאות" במסגרת מתן היתר המצאה לחו"ל, אלא לפיו רכישת הסמכות הבינלאומית כלפי זר מושגת על-ידי החלת אחת החלופות של תקנה 500 גרידא, ושאלת נאותות הפורום כבר איננה חלק מרכישת הסמכות, אלא הופכת להיות עניין של הימנעות מהפעלת הסמכות שכבר קיימת, מצב זהה לזה של טיעון פורום לא נאות לגבי סמכות בינלאומית הנרכשת על-ידי המצאה לנתבע בתחום המדינה⁹².

אמנם אין בקטע הנ"ל שום הנמקה לקביעה זאת, אולם לאור קיומה של הקביעה המפורשת, שמתווספת הן לפסקי-דין קודמים שפעלו לפי אותו העיקרון והן לתוצאתם להטות את הכף לטובת התובע, הרי אין מנוס מלהסיק שמדובר כאן ביצירת הלכה פסוקה חדשה, הלכה פסוקה התואמת הלכות אחרות שיצאו לאחרונה מבית מדרשו של בית המשפט העליון, שגם בהן ניתן לראות בנקל מגמה של פיחות במעמדה של שאלת הסמכות הבינלאומית.

בהילכת הגבס נ' Lockformer⁹³, למשל, דובר ביצרנית מכוונות ממדינת אילינוי שבארצות הברית שהתקשרה עם חברה ישראלית בהסכם לרכישת מכוונה לייצור פרופילים ממתכת. כל ניסיון לתקן את המכוונה, שלא פעלה כראוי, נכשל. בית המשפט המחוזי⁹⁴ ביטל את היתר ההמצאה לחו"ל בהסתמכו, בין השאר, על השיקולים האלה: מידת חוסר הנוחות של העדים האמורים להעיד במשפט היא שווה, מאחר שעדי התובעת נמצאים בישראל ועדי הנתבעת נמצאים בארצות הברית.

צוינו שיקולים נוספים, כגון שהחווה בין הצדדים נכתב באנגלית, התשלום נעשה בדולרים, החווה נערך בארצות הברית, והדין המוסכם בהסכם הוא הדין החל במדינת אילינוי בארצות הברית.

91 שם, בעמ' 122-123.

92 חשיבותו של הקטע מחוזקת מהעובדה שהשופט דורנר כתבה לא כדן יחיד אלא עבור הרכב שכלל את השופטים ריבלין ובייניש שהסכימו עמה בלי לכתוב חוות דעת נפרדות. יש לציין גם שבקטע זה מתעלם בית המשפט ממרכיב נוסף במתן היתר המצאה לחו"ל, הרי הוא בדיקת טיב העילה; ראה לעיל, הערה 76, אולם קשה להעלות על הדעת שנטל השכנוע לגבי מרכיב זה לא יישאר על התובע גם בהתחשב במגמות החדות המתוארות במאמר זה.

93 ראה לעיל, הערה 89, שם.

94 החלטת השופטת ה' גרסטל בהמ' (ת"א) 693/95, ת"א 1235/94 The Lockformer Co. ורוזנטל בע"מ נ' הגבס א' סיני (1989) בע"מ (לא פורסם).

בבית המשפט העליון התהפכה התוצאה. השופט אור קבע כי יש ליתן היתר המצאה לחו"ל. נימוקו העיקרי היה כי חלו שינויים בעולם המודרני, וכי כיום העולם כולו הפך ל"כפר גלובאלי".

והוא כותב כהאי לישנא⁹⁵:

"להנחה זו, על פיה בדרך כלל ייטה בית המשפט לדחות טענת פורום

לא

נאות, ישנו רציונל נוסף. רציונל זה מבוסס על ההתפתחויות שחלו בתקשורת ובדרכי התנועה המודרניים. בעבר, קשיים שנגרמו לנתבעים,

אשר נדרשו להתדיין בפני פורום זר, היו רבים ואמיתיים. אלה נבעו

הן

מקשיי הקומוניקציה והן מעלותם הרבה. בימינו, בעידן מטוסי הסילון, הטלפון הסלולרי, הפקסימיליה והאינטרנט, איבדו קשיים אלה חלק ניכר מעוצמתם. העולם כולו הולך והופך ל"כפר אחד גדול". שאין בו עוד את אותה משמעות מכבידה כבעבר למרחקים שבין מקום אחד למשנהו. לפיכך, אין להפריז במשקל שניתן לקשייו של נתבע לבוא עם עדיו לארץ אחרת, ומכאן גם מתבקש שהנטייה להעתר לטענת פורום לא נאות תלך ותקטן" (ההדגשות שלנו – ס' ג', ע' ט').

כאמור לעיל השופט אור לא דייק בהשתמשו כאן במבחן של פורום לא נאות, וייתכן שהדבר השפיע על התוצאה, אולם לפי הנתונים כאן, וכן בשאר פסק הדין, אין זה ברור שהשוני במבחן אכן הכתיב את התוצאה. ייתכן שכאן, להבדיל מבפרשת מילמן⁹⁶, היה ניתן להגיע לאותה תוצאה גם לפי המבחן ה"נכון", כפי שהסברנו אותו לעיל.

בין כה ובין כה, דבריו של השופט אור לעיל לגבי השפעת "ההתפתחויות שחלו בתקשורת ובדרכי התנועה המודרניים על קביעת הסמכות הבינלאומית יפים ותקפים בין שמדובר בשאלת פורום לא נאות ובין שמדובר בהיתר המצאה לחו"ל. מדברים אלה עולה בבירור כי חשיבותה של שאלת מיקום ההתדיינות מהבחינה הבינלאומית הולכת ופוחתת.

בשולי הדברים יש לציין כי בפרשת הגבס נתן השופט אור היתר המצאה לחו"ל בהתבסס על חלופה 5 בתקנה 500⁹⁷: "תובעים על הפרת חוזה בתחום המדינה ...".

95 הילכת הגבס (לעיל, הערה 89), עמ' 288.

96 ראה לעיל, הערה 87, שם.

97 תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984.

כשעסקינן בחלופה זו עולה השאלה היכן הייתה ההפרה. בפרשת מזרחי⁹⁸ נקבע כי לצורך חלופה 7 בתקנה 500 ("התובענה מבוססת על מעשה או על מחדל בתחום המדינה"), כאשר התובע טען שעקב ייצור רשלני של מוצר בחו"ל המוצר גרם לו נזק גוף כאשר הוא השתמש בו בארץ, לא היה די בגרימת הנזק בארץ כדי לקיים את הדרישה של חלופת 7 שיתקיים "מעשה או מחדל בתחום המדינה". אם נסיק מהילכת מזרחי למקרה דנן בפרשת הגבס, היה ניתן לטעון שההפרה קרתה בבית החרושת של היצרן הזר במדינה אילינוי בארצות הברית, וכי אם מדובר בציוד פגום, הרי שהוא יוצר שם. השופט אור אינו מתייחס להילכת מזרחי הנ"ל ואינו מיישב את הסתירה הקיימת לכאורה בין שתי ההלכות⁹⁹.

קביעתו של השופט אור בדבר הפחתה בחשיבותה של הסמכות הבינלאומית בשל הקדמה הטכנולוגית צוטטה בהסכמה בפסקי דין נוספים. למשל, בפרשת מסיקה נ' דולנס¹⁰⁰, שם דובר על תביעה נזיקית שהגיש תובע ישראלי נגד פרופ' דולנס, שניתח את התובע בסלובניה.

בעקבות הניתוח הפך התובע למשותק. דולנס לא היה תושב ישראל ולא גר בה, אך היה מגיע לישראל מדי פעם כדי לבצע ניתוחים.

בפסק הדין של בית המשפט העליון לא צוין מקור הסמכות הבינלאומית, אולם ניתן לשער שהמקור היה המצאה לנתבע בתחום המדינה באחד מביקוריו בארץ, ואם כך הדבר, אכן מדובר במצב שבו יש לבדוק על-פי המבחן של פורום לא נאות.

בית המשפט המחוזי קבע¹⁰¹ שמדינת ישראל היא פורום לא נאות, כאשר הפורום הנאות במקרה הנדון הוא סלובניה, מאחר שהעוולה בוצעה בסלובניה, והצוות הרפואי שטיפל בתובע נמצא בסלובניה. לבסוף נקבע כי קיימת זיקה מובהקת בין מקום מגורי רוב העדים ומדינת סלובניה, וכי ציפיותיהם הסבירות של בעלי הדין היא שהתובענה תוגש בסלובניה ובקיצור:

"כמעט כל הזיקות נתונות לפורום הסלובני... ומשקלן המצטבר, גדול יותר במידה רבה, ממשקל הזיקות הנתונות לישראל...".

98 ע"א 565/77 מזרחי נ' Nobel's Explosives Ltd, פ"ד לב(2) 115.

99 וראה לעניין זה מאמר שנכתב על אודות פ"ד מזרחי: גולדשטיין (לעיל, הערה 76), שם כותב המחבר כי לדעתו אין להחיל את הילכת מזרחי, הדנה בחלופה 7 של תקנה 500, על חלופה 5, ויש לפרשה כך שגרימת נזק בארץ תספיק על מנת ליתן היתר המצאה לחו"ל. המחבר מסביר כי לפי חלופה 5, תיתכנה כמה הפרות: הפרה בחו"ל אצל היצרן הזר והפרה מאוחרת בישראל בעת גרימת הנזק.

100 רע"א 2903/96 אליהו מסיקה נ' פרופ' וינקו דולנס, פ"ד נב(1) 817.

101 ע"א (ת"א) 1907/95 פרופ' וינקו דולנס נ' אליהו מסיקה (לא פורסם) מפי השופטת ר' אלשיך.

לעומת בית המשפט המחוזי, כבוד המשנה לנשיא השופט ש' לויין קבע כי לא הונחה תשתית עובדתית שתבסס את מאזן הנוחות לטובת הנתבע. המשנה לנשיא קבע כי כפות המאזניים מעוינות, ולכן יש לדחות את טענת הנתבע שמדינת ישראל היא פרום לא נאות במקרה זה.

השופט לויין מוסיף וקובע בין היתר, כי¹⁰²:

"יתרה מכך: המציאות המודרנית מחייבת אותנו שלא לייחס למבחן של מירב הזיקות, כמו לסוגיה של הפורום הבלתי נאות כולה, אותו משקל אותו ייחסנו לו בעבר" (ההדגשות שלנו – ס' ג', ע' ט').

המשנה לנשיא גם מצטט בהסכמה את דבריו של השופט אור כפי שהובאו לעיל (הילכת הגבס)¹⁰³.

גם בפרשת **Habboud Bros ואח' נ' Nike International**¹⁰⁴ קבע השופט טירקל כי לאור המציאות המודרנית וההתפתחויות הטכנולוגיות, אין מייחסים עוד למבחן של מרב הזיקות את המשקל שהיו מייחסים לו בעבר לעניין טענת הפורום הבלתי נאות. ובדומה, גם בפרשת **ירון מרכס**¹⁰⁵ קבעה השופטת דורנר כדלקמן:

"...על בית המשפט לתת את דעתו לפיחות שחל במשקלה של הטענה בדבר פרום לא נאות – שמקורה בקשיים הכרוכים בבירור תביעה נגד נתבע זר – על רקע ההתפתחויות הטכנולוגיות בתחום התקשורת, המאפשרות לקיים קשר בין מדינות בלא צורך לטלטל עדים ממדינה למדינה" (ההדגשות שלנו – ס' ג', ע' ט').

יש לציין עוד כי המשנה לנשיא בית המשפט העליון, השופט ש' לויין, כותב בספרו על אודות תורת הפרוצדורה האזרחית¹⁰⁶, כי:

"ההתפתחויות הטכנולוגיות של העת האחרונה הביאו את בית המשפט העליון למסקנה שכיום אין להפריז בקשייו של נתבע לבוא ולהתדיין במדינה אחרת".

102 הילכת מטיקה (לעיל, הערה 100), בעמ' 821.
 103 וראה בדומה גם: בפש"ר (י-ם) 109/98 דב אנג' ל נ' La Salle National Bank (לא פורסם); רע"א 9141/00 (לעיל, הערה 90).
 104 רע"א 2736/98 Habboud Bros ואח' נ' Nike International, פ"ד נד(1) 614, בעמ' 620-621.
 105 רע"א 9141/00 (לעיל, הערה 90). יש לבדוק שוב את האזכור.
 106 ש' לויין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד (תשנ"ט), בעמ' 115.
 308

לבסוף, מגמה זאת אף השפיעה על הליכים פלייליים. בפרשת **שינביין**¹⁰⁷ הזכיר השופט אור כי לאור ההתפתחויות הטכנולוגיות בתחום התקשורת הבין-ארצית והבין-יבשתית, המאפשרות גביית עדויות וקיום חקירות המתבצעות ממרחק רב, חל פחות ניכר במשקלם של שיקולי מרחק בכל הנוגע לקיומה של סמכות שיפוט בינלאומית בהליכים אזרחיים¹⁰⁸. הוא קבע בהמשך כי באופן דומה, נראה כי יש בהתפתחויות אלה כדי להקטין את משקלו של הקושי בניהול הליך פליילי בישראל לגבי עבירה שבוצעה בחוץ לארץ.

אם כן, המסקנה הנובעת בבירור מהפסיקה האחרונה היא שגם במעמדה של שאלת הסמכות הבינלאומית חל פחות.

ה. במקום סיכום

באספקלריה כללית, המגמה הנדונה במאמר זה, היינו ההפחתה בחשיבות שאלת הסמכות על כל סוגיה, נראית לנו ראויה.

לגבי הסמכות הפנים ישראלית, היינו הסמכות המקומית והעניינית, אנו מסכימים עם המגמה העולה מהפסיקה הממעיטה כמעט עד אפס בחשיבות המיקום הגאוגרפי של התדיינות במדינה קטנה כמו ישראל. וכן מסכימים עם הגישה הנמצאת הן בפסיקה והן בהמלצות דוח ועדת אור, הגורסת שלאור הדמיון הרב היום בין בתי-משפט השלום ובין בתי-המשפט המחוזיים, אין מקום להמשך הקיום של הגישה המסורתית שנתנה חשיבות יתר לסמכות עניינית. זאת ועוד, מקובלת עלינו גם התוצאה של המגמה החדשה שעל-פי רוב הפחתת החשיבות של מקום ההתדיינות מביאה לכך שההליך מתנהל בפורום אותו התובע קובע.

עתה עלינו רק להוסיף כמה הערות לגבי פרטי המגמה החדשה על סוגיה.

1. סמכות עניינית

בדבר סמכות עניינית מסכימים אנחנו עם הגישה שבאה לידי ביטוי הן בהמלצות ועדת אור והן בפסיקה שיש להשוות את המעמד של סמכות עניינית בתוך מערכת בתי-המשפט הכללית, היינו בתי-משפט השלום ובתי-משפט מחוזיים, לזה של הסמכות המקומית המסורתית. רוצה לומר, על בעל-דין להעלות את העניין בהזדמנות הראשונה, ואם הוא לא עושה כן, הוא יהיה מנוע מלהעלותה מאוחר יותר בערכאה ראשונה, וקל וחומר שהוא יהיה מנוע מלהעלותה בפעם הראשונה בשלב הערעור. הגישה הזאת נכונה

107 ע"פ 6182/98 שמואל שינביין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נג(1) 625, בעמ' 662-663.

108 כאן השופט אור מפנה להילכות מסיקה והגבס שהזכרנו לעיל.

בעניינו בין שתקבלנה המלצות ועדת אור לגבי השינוי במבנה בתי המשפט במלואן ובין שלא.

מן הדין לציין, שוועדת אור הכירה בעובדה שעדיין יש ייחוד לסמכות עניינית לעומת סמכות מקומית, ואף שהיא לא הזכירה כלל את עניין הסמכות הבינלאומית, ניתן להוסיף ולומר שכך הדבר גם לעומת סמכות בינלאומית – והוא שאין שום תוקף להסכמת בעלי-דין להעניק סמכות עניינית לבית משפט שלא הוסמך בה על ידי חוק. על מנת לשמור על ייחוד זה גורס דוח ועדת אור שיש לסייג את ההשוואה בין סמכות עניינית לסמכות מקומית באפשרות ששופט בערכאה הראשונה "יוכל בתחילת הדיון, להידרש לעניין הסמכות [העניינית] מיוזמתו, ואם ראה צורך בכך – להעביר את העניין לבית המשפט המוסמך..."¹⁰⁹ וגם עם זה אנו מסכימים.

לעניין מעמד הסמכות העניינית נראה לנו כי יש מקום לציין את הצעת חוק בתי המשפט [נוסח משולב] (תיקון מס 23) (מבנה מערכת בתי המשפט), תשנ"ט 1999. בהצעת חוק זו מוצע להסמיך את בתי המשפט השלום לדון בכל התביעות במקרקעין (למעט בענייני הסדר רישום מקרקעין ונכסי נפקדים), וזאת בלא הגבלת סכום, תוך ביטול ההבחנה הקיימת בין בעלות לבין חזקה ושימוש. ברי, כי באם תתקבל הצעת חוק זו, יועברו עניינים רבים מבית המשפט המחוזי לבית המשפט השלום, דהיינו תימשך מגמת הפיחות אותה הדגמנו לעיל בחשיבותה של סוגיית הסמכות העניינית.

נשאר לנו לדון, ככל שהדבר נודע לסוגיית הסמכות העניינית, בבעיית הערעור לאחר שבית משפט קמא דחה את הטיעון של חוסר סמכות עניינית והכריע בעניין לגופו. ברם כיוון שבעיה זאת משותפת לכל סוגי הסמכות, הרי נדון בו אחר הדיונים על ההיבטים הספציפיים של שני סוגי הסמכות האחרים.

2. סמכות מקומית

לגבי סמכות מקומית, כאמור אנו מסתייגים מהדרך הפרשנית שבה הלך בית המשפט העליון כשפירש בהילכת לוי נ' פולג את תקנה 3 לתקנות סדר הדין, עם זאת אנחנו מסכימים עם מגמתה של הלכה זאת שבמדינה קטנה, כמו מדינת ישראל, אין לייחס חשיבות רבה לסמכות מקומית, ועלינו להוסיף רק שתי הערות: ראשית, אם אין משמעות רבה לסמכות מקומית, יש לבוא לקראת התובע, בייחוד כאשר התובע הוא צרכן התובע במקום הטבעי למרות חוזה אחיד המתיימר לחייבו לתבוע במקום שאין בו שום זיקה לבעלי-הדין ולאירוע, ולכן אנו מסתייגים מפסיקת בית המשפט המחוזי בפרשת דרעד ומפסקי-הדין הנוספים שהלכו בעקבותיו.¹¹⁰

109 דוח ועדת אור (לעיל, הערה 1), עמ' 124.

110 ראה לעיל, הערת שוליים 68-72, שם.

לבסוף, אם אכן אין ממש בטענת סמכות מקומית, כפי שקבעו בתי המשפט, נשאלת השאלה מדוע לא לבטלה כליל ולהתייחס למיקום ההתדיינות כעניין מינהלי גרידא. היינו, כל התובענות תוגשנה לכתובת אחת, ומנגנון מינהלי יעביר אותן למקומות דיון שונים. הצעה כזו הוצעה זה מכבר בשנת 1978 על-ידי פרופ' ש' גינוסר¹¹¹, וגם המשנה לנשיא השופט שלמה לויין חזר על ההצעה לאחרונה בספרו **תורת הפרוצדורה האזרחית**¹¹². בלי להתייחס עתה לפרטי ההסדר הדרוש אנו מסכימים בהחלט עם ההצעה.

3. סמכות בינלאומית

לדעתנו, הפחתת המרכיב של שיקול הדעת שמפעיל בית המשפט לגבי "ראויותה" של מדינת ישראל לקיום ההתדיינות, וזאת לטובת התובע הישראלי, היא נכונה, אולם נראה לנו כי הסיטואציה היא מורכבת יותר משהיא נראית בהלכות החדשות (כפי שתיארנו לעיל). אמנם, נכון הוא שכיום קל יותר להגיע ממדינה למדינה, וקיימים אמצעים טכנולוגיים משוכללים שמאפשרים תקשורת קלה בכל רחבי העולם, המקלים, בין היתר, על הבאת עדות מחוץ לארץ.

עם זאת נראה לנו שגם בעידן המודרני, כשהעולם הפך ל"כפר גולבאלי", עדיין קיימים קשיים בניהול הליך משפטי במדינה זרה (שפה זרה, שיטת משפט זרה וכיו"ב, כפי שפירטנו לעיל), ומכך ההלכה החדשה התעלמה.

עם זה נראה לנו שההלכה החדשה נכונה (גם אם מסיבות אחרות מאלו של בית המשפט). עלינו להדגיש ששיקול הדעת המופעל על-ידי בית המשפט לגבי השאלה אם ראוי הוא לקיים ההתדיינות הנדונה במדינת ישראל, בין שמדובר בפורום לא נאות ובין שמדובר במרכיב הזירה הנאותה במסגרת מתן היתר המצאה לחו"ל, שיקול דעת זה הוא רק מרכיב אחד בהחלטה לקיים את ההתדיינות בארץ, בעוד שהמרכיבים האחרים מגנים דווקא על הנתבע הזר.

כאשר בתי המשפט עוסקים בטענת פורום לא נאות, קיימת זה מכבר סמכות בינלאומית בארץ. היינו, הנתבע נתפס בארץ או על-ידי תפיסת נציגו לצורך זה, או שהוא הסכים מראש להתדיין בארץ. גם לפני עידן הגלובליזציה גרסה הפסיקה האמריקנית בדבר פורום לא נאות (המשפט האמריקני הוא אבי הכללים של פורום לא נאות) שיש מקום מוגבל מאוד, אם בכלל, להחלת הכלל של פורום לא נאות כאשר התובע הוא מקומי. בהקשר זה יש לציין כי בכל המקרים שבהם בית משפט ישראלי אכן נענה לבקשת הנתבע הזר, המבוססת על פורום לא נאות, לא להיזקק להתדיינות למרות קיום סמכות בינלאומית, התובע לא היה ישראלי.

111 ש' גנוסר "עיכוב הדיון" הפרקליט לא (תשל"ז-תשל"ח) 29.

112 לעיל, הערה 106, בעמ' 99.

ולכן טבעי, היה נכון וצודק לדחות בפרשת **מסיקה**¹¹³ את הטיעון של פורום לא נאות שהועלה כנגד תובע ישראלי אף בלי לדבר על כך שהוא היה צרכן וכן נכה. בדבר היתר המצאה לחו"ל, שני המרכיבים האחרים, נוסף על שאלה אם מדינת ישראל היא זירה ראויה לקיום ההתדיינות הנדונה, הם התאמת המקרה לאחת החלופות של תקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי וכן בדיקת טיב העילה על מנת לבדוק אם לתובע סיכוי סביר, לפחות, לזכות בתביעתו¹¹⁴.

המרכיב האחרון נועד להגן על נתבע זר מהצורך להתגונן בארץ נגד תביעת סרק, וכן רוב רובן של החלופות של תקנה 500 מתייחסות לקשר בין הנתבע ובין הארץ או לקשר בין העילה ובין הארץ, היינו חלופות המבוססות על גישתו הטריטוריאלית של המשפט המקובל, גישה הנוטה לטובת נתבעים זרים.

לפיכך מאחר ששני המרכיבים הללו נוטים לטובת הנתבע הזר, וכן בהתחשב בתנאים החדשים שהם התוצאה של העידן הטכנולוגי החדש, נראה לנו נכון וצודק להקל על התובע הישראלי בדבר השאלה אם מדינת ישראל היא זירה ראויה לקיום ההתדיינות. במקרים "מסחריים", כמו פרשת **הגבס**, למעשה המאזניים הם מעוינים: אותו קושי שיהיה לנתבע הזר להתגונן בארץ יהיה לתובע הישראלי לתבוע בחו"ל. במקרה כזה אין שום סיבה שבית משפט ישראלי לא יבוא לקראת התובע הישראלי, ואם הדבר נכון לגבי סכסוך מסחרי בין שני גורמים מסחריים, קל וחומר הדבר נכון כאשר התובע הוא צרכן ישראלי. ההעדפה למקום המגורים של הצרכן בהתדיינות עם גורם מסחרי מעוגנת כיום באמנות בינלאומיות, הן הקיימות¹¹⁵ והן המתגבשות¹¹⁶, וראוי הוא שהיא תבוא לידי ביטוי גם במשפט הישראלי.

4. סופיות ההכרעה שקיימת סמכות ובעיית הערעור

כאמור לעיל, הן ועדת אור¹¹⁷ והן הפסיקה החדשה בדבר סמכות עניינית¹¹⁸ שואפות לסופיות לגבי שאלת הסמכות, היינו שלאחר שבית המשפט בערכאה הראשונה קובע שהוא מוסמך, והמשפט מוכרע לגופו של עניין, יש לגרום לכך ש"שוב לא תוכל לצוף

113 לעיל, הערה 78, שם.

114 לעיל, הערה 76, שם.

115 אמנת בריסל, 1968, סעיפים 13-15; Brussels I Regulations, 2002, sec 15-17; ראה N. Andrews *Judicial Cooperation: Recent Progress* (Baden-Baden, 2001), at p.23.

116 ראה Sec. 7 to the Draft Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (in preparation, 2001 Draft).

117 ראה ה"ש 31, שם.

118 ראה: את דעתו של השופט אור בפרשת **דוד אנרגיה** (לעיל, הערה 27), ציטטה ליד הערה 30 ואת דעתה של השופטת בייניש בפרשת **אלחובר** (לעיל, הערה 34), ציטטה ליד הערה 41; וכן דעתו של הנשיא ברק בפרשת **חבס** (לעיל, 42), ציטטה ליד הערה 43.

ולעלות שאלת הסמכות העניינית ולעלות שאלת הסמכות העניינית בכל שלב של הדין¹¹⁹. ואם הדבר נכון לגבי סמכות עניינית, קל וחומר שהוא נכון לגבי סמכות בינלאומית ומקומית.

ואמנם, לגבי סופיות ההכרעה בערכאה הראשונה כבר ישנה הלכה פסוקה הקובעת לגבי סמכות בינלאומית, שלאחר שהשופט דחה את הטענות שאין קיימת סמכות בינלאומית ודן בעניין לגופו, אל לו לשופט לחזור בו חזרה מאחרת ולבטל את הכול בקבעו שאין קיימת סמכות בינלאומית¹²⁰. הלכה זאת צריכה לחול, כמובן, גם לגבי סמכות מקומית מבחינת קל וחומר, ולאור הגישה החדשה לגבי סמכות עניינית, לא נראה לנו שצריכה להיות בעיה להחיל אותה גם בדבר סמכות עניינית.

אולם ועדת אור והפסיקה החדשה לגבי סופיות ההכרעה של קיום סמכות עניינית אינן מסתפקות בסופיות בערכאה הראשונה, אלא שואפות גם ובעיקר לסופיות ההכרעה המונעת מבית המשפט היושב בערעור להפוך את ההכרעה לגבי הסמכות ועל ידי כך לבטל את כל שנעשה לגופו של עניין¹²¹.

כאמור, לדעתנו שאיפה זאת מוצדקת בהחלט, אולם ישנו קושי ליישבה עם הדין הקיים. כוונתנו היא לתקנה 411 לתקנות סדר הדין ולפירוש שניתן לה בפרשת ס.מ.ל. סוכנות מרכזית לביטוח בע"מ¹²².

תקנה 411 לתקנות סדר הדין האזרחי קובעת:

"לא ערער בעל דין על החלטה שאינה פסק דין והיא ניתנת לערעור ברשות בלבד, אין בכך כדי לפגוע בזכותו להשיג על אותה החלטה בבואו לערער על פסק הדין במשפט. האמור בתקנה זו לא יחול על החלטה לפי סעיף 5 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968".

על פני תקנה 411 ובניגוד לשאיפת ועדת אור ולפסיקה החדשה הנ"ל, גם לאחר שבית משפט קמא דחה את הטענות של חוסר סמכות והכריע במשפט לגופו, ניתן למפסיד, אם הוא טען בזמנו לחוסר סמכות בבית משפט קמא, להעלות את העניין בערעור על פסק הדין ועל ידי כך לגרום לביטול ההליך עם כל חוסר היעילות ואף הבזבז הכרוכים בכך¹²³.

119 דוח ועדת אור (לעיל, הערה 1), ציטטה בהערה 31, שם

120 ע"א 74/83 ראד נ' חי, פ"ד מ(2) 539.

121 ראה את הציטטות המוזכרות בהערות שוליים 117 ו-118 לעיל.

122 ע"א 205/87 ס.מ.ל. סוכנות מרכזית נ' מגדל חברה לביטוח, פ"ד מג(4) 80 (להלן – הילכת ס.מ.ל.).

123 אם המערער לא טען להיעדר סמכות בבית משפט קמא, הוא לא יוכל לבקש לערער לפי תקנה 411, מאחר שבמקרה כזה אין "החלטה", כנדרש בתקנה 411, שעליה אפשר לערער. מובן גם שאם

דבר דומה קרה בפרשת ס.מ.ל. הנ"ל, שהתרחשה לפני הוספת הסיפה המסייגת¹²⁴ לתקנה 411. שם דובר במקרה שבו טענה הנתבעת שבית המשפט מנוע מלדון בתובענה, היינו יש לעכב את ההליך לפי סעיף 5 לחוק הבוררות בגלל הסכם בוררות בינה ובין התובעת. בית המשפט דחה את הטענות, דן בעניין לגופו והכריע לטובת התובעת. בערעור על פסק הדין שוב העלתה הנתבעת את עניין הסכם הבוררות בהסתמכה על תקנה 411 בנוסחה דאז.

הנשיא מ' שמגר התייחס להעלאת טיעון זה בערעור, לאחר שבית המשפט קמא הכריע במשפט לגופו, במילים הדומות מאוד לאלה הנ"ל של השופטים אור ובייניש לגבי המצב הדומה של חוסר סמכות, ומחה על חוסר היעילות, בלשון המעטה, שבקבלת הטענות בערעור המחייב ביטול כל ההליך קמא והתחלה מבראשית לפני בורר¹²⁵. למרות זאת, לדעתו, אם טענת המערער לגבי הסכם השיפוט הייתה מוצדקת, דבר שלא היה שם, היה הנשיא שמגר רואה את עצמו אנוס על ידי תקנה 411 לעשות כן. הנשיא שמגר אף הפטיר והציע לתקן את תקנה 411 כדי למנוע את הישנותו של מקרה כזה. ואכן, כך עשה מתקין התקנות בהוספתו את סיפת התקנה המוציאה ממנה את המקרה שקרה בפרשת ס.מ.ל.¹²⁶

דא עקא, שתיקון זה הוא, למעשה, אליה וקוץ בה. מתקין התקנות תיקן את תקנה 411 באופן נקודתי מאוד, היינו רק בדבר המקרה הספציפי שהיה בפרשת ס.מ.ל., בלי להתייחס כלל לבעיה הכללית יותר של ערעורים במסגרת הערעור על פסק הדין לגופו של עניין לגבי דחיית טיעונים טרומיים, לרבות של חוסר סמכות, שנועדו למנוע מבית המשפט לדרון לגופו של עניין.

ברי, כי לעניין זה אין הקומץ משביע את הארי. לא נפלא אפוא מבינתנו, שגם המלומד מיכאל קרייני מסיק במאמרו המאלף שיש לתקן את תקנה 411 תיקון כללי כאמור, ועד אז אין לבית המשפט בערעור לפעול בענייני סמכות, אלא כפי שהיה פועל הנשיא שמגר בפרשת ס.מ.ל., אם הטענות של המערער היה מוצדק, עם כל הצער וחוסר היעילות הנובעים מכך¹²⁷.

המערער טען לעניין זה בבית המשפט קמא, טענתו נדחתה, הוא הגיש בקשת רשות לערער בעניין הסמכות, הרשות ניתנה, והערעור נדחה לגופו של עניין, הוא לא יוכל לערער עליה שוב בערעור על פסק הדין (לעניין זה ראה למשל בע"א 339/86 ארל אורינט שיפינג קומפני נ' או.טי סי אויל טריידינג קומפני ואח', פ"ד מב(1) 506).

124 הסיפה "האמור בתקנה זו לא יחול על החלטה לפי סעיף 5 לחוק הבוררות, תשכ"ח-1968" הוספה ביום 10.5.1990 בתקנות סדר הדין האזרחי (תיקון), תש"ן 1990, ק"ת 5266, עמ' 598.

125 הילכת ס.מ.ל. (לעיל, הערה 122), בעמ' 689-690.

126 שם, עמ' 690.

127 מ' קרייני "תקנה 411 לתקנות סדר הדין האזרחי: גבולות כבישתה של אופציית הערעור על החלטות ביניים" משפטים כט 139.

אנו מסכימים בהחלט שרצוי לתקן את תקנה 411 תיקון כללי ויפה שעה אחת קודם. עם זאת איננו מסכימים שעד תיקון התקנה אין מנוס מלבטל בערעור דיונים מלאים והכרעות לגופם של משפטים מחמת הטיעון שבית משפט קמא טעה כאשר הוא דחה בזמנו את הטיעון הטרומי של חוסר סמכות. אמנם, הנשיא שמגר סבר בפרשת ס.מ.ל שלא יהיה לו מנוס מלעשות כן אם צדק המערער לגבי הטיעון שעל בית משפט קמא היה לעכב את ההליך בגלל הסכסם הבוררות, אולם הוא לא עשה כן בפועל, כיוון שהוא החליט שהמערער לא צדק.

האם הנשיא שמגר הגיע לתוצאה זו במקרה? בין כה ובין כה כל שנאמר בפסק דין זה על נקודה זאת הוא בגדר אגב אורחה. זאת ועוד, הנשיא שמגר בכלל לא התייחס לאפשרות שלבית משפט לערעורים שיקול דעת המתיר לו שלא להפוך פסק דין שניתן בבית משפט קמא אף אם נפלה בו טעות, אם לא נגרם למפסיד עיוות דין¹²⁸. שיקול דעת זה של בית משפט בערעור הוא חלק מדיני הערעור ללא שום קשר דווקא לתקנה 411.

אחד מאתנו אף הביע את דעתו, שבהפעלת כלל זה רשאי השופט בערעור לא להפוך פסק דין לגופו של עניין אף אם לדעתו בית משפט קמא היה צריך לקבל את הטיעון הטרומי של הנתבע שאין הוא מוסמך לדון מבחינת סמכות בינלאומית. זאת, אם לדעתו, במקרה הנדון, על העובדות שלו, קיום המשפט בארץ לא הכביד, הלכה למעשה, הכבדה ממשית על הנתבע¹²⁹.

כמובן, דבר זה נכון מבחינת קל וחומר לגבי סמכות מקומית, שכן קשה להעלות על הדעת מקרה שבו המיקום הפנימי של ההתדיינות בארץ יכול להכביד הכבדה ממשית על הנתבע.

לאור המגמה החדשה נראה לנו שניתן להחיל את הכלל האמור בדבר היעדר עיוות דין גם לגבי סמכות עניינית, ואם אכן כך הדבר, ברור שיהיה קשה ביותר למפסיד במשפט לשכנע את בית המשפט לערעור שקיום התדיינות בבית משפט מחוזי שהייתה צריכה להתקיים בבית משפט שלום, גרמה לו עיוות דין. במקרה ההפוך, היינו קיום התדיינות בבית משפט שלום שהייתה צריכה להתקיים בבית משפט מחוזי, ייתכן שהמפסיד יוכל להרים את הנטל של עיוות דין, אולם בשל היעדר הבדלים דרמטיים בין שתי הערכאות (כפי שהיו בעבר) נראה שכיום טיעון כזה יתקבל רק במקרה נדיר. גישה זאת היא אמנם מרחיקת לכת פחות, אולם היא מגשימה עקרונית את ההצעה של ועדת

128 ראה: ע"א 79/76 ג' ולייט ושלום מרציאנו נ' סימון בן שושן, פ"ד ל(3) 729; ע"פ 866/95 סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 793; לויז (לעיל, הערה 59), בעמ' 193-194.

129 S. Goldstein *Civil Procedure – Israel* (Rev. Ed.), para. 106, in *International Encyclopedia of Laws* (The Hague, 2001)

אור, השואפת למנוע בכלל את העלאת הטיעון של חוסר סמכות עניינית בערעור על פסק דין לגופו של עניין¹³⁰.

ומה בדבר אמרת הנשיא ברק בפרשת נחום חבס נ' דין חבס¹³¹, שבעניין סמכות עניינית "יתערב בית משפט לערעור אך במקרים של חריגה קיצונית מאמת המידה הראויה"? אמנם אמרה זאת איננה ברורה דייה, ואולי סובלת פירוש שלפיו חריגה קיצונית מאמת המידה הראויה משמעה עיוות דין במובן של פגיעה בבעל הדין שהפסיד, פגיעה הנובעת מקיום המשפט בבית המשפט הלא נכון, אולם כפי שאמרנו לעיל, בגלל אזכורו של הנשיא ברק בסוף האמרה את דעתו של השופט אור בפרשת דוד אנרגיה (1988) בע"מ¹³², סביר יותר להבינה כמתייחסת לסטייה מכלל סמכות ברור, היינו לא "במקרה גבול" או "בתחום האפור והמטושטש שבו שוררת אי-בהירות בהגדרתה"¹³³. אולם אין בין סטייה מכלל סמכות ברור ובין עיוות דין ולא כלום. אם בכלל ניתן להצדיק את התערבות בית משפט לערעור כאשר מדובר בסטייה מכלל סמכות, בירור הצידוק אינו מצוי במסגרת תפקידו של בית המשפט לערעור לעשות צדק בין בעלי-הדין, אלא בתפקיד אחר שלו, שהוא להבטיח שבתי-משפט קמא אכן מיישמים את הוראות הדין הברורות. אין לזלזל בתפקיד זה של בית משפט לערעורים, המכונה בספרות כחלק מתפקידו ה"ציבורי", לעומת עשיית צדק בין בעלי-הדין המכונה תפקידו ה"פרטי"¹³⁴.

יחד עם זאת מחמת הבזבוז הגדול הן בזמן הן בכסף גם של בעלי-דין גם של מערכת השפיטה, הנגרם על-ידי ביטול הליך שהושלם לגופו של עניין רק משום שהוא התקיים בבית משפט שלום והיה צריך להתקיים בבית משפט מחוזי, או היפוכו של דבר, אנו נוטים להסתייג מהתערבות כזאת.

לנו נראה כי רצוי לקבוע באופן מוחלט שבמסגרת חלוקת הסמכות בתוך המערכת הכללית אחר מתן פסק-דין לגופו של עניין אל לו לבית המשפט שלערעור לבטל את פסק-הדין מחמת חוסר סמכות על כל סוגיה, אלא אם כן חוסר הסמכות גרם בפועל עיוות דין לבעל-הדין המפסיד.

130 ראה הציטטה בהערה 31. דבר זה נכון גם לגבי הפשט של דעותיהם של השופטים אור ובייניש; ראה הציטטות ליד הערת שוליים 30 ו-41.

131 ראה לעיל, הערה 43, שם.

132 ראה לעיל, הערה 27, שם.

133 ראה את הדיון לעיל, בין הערה 42-50.

134 ראה S. Goldstein "The Role of Supreme Courts: Common Law Countries" in *The Role of Supreme Courts at the National and International Level* (thessaloniki, P. Yessiou-Falti, ed., 1998), at pp. 279, 290-292.