

”להחזיר עטרה ליושנה”¹: מקומה הראוי של הסמכות

המקומית בסדר הדין האזרחי

מאת

אסף טבקה, עידו באום*

א. פתח דבר. ב. סמכות מקומית: בין צורכי המערכת, חובותיו של התובע וזכויותיו של הנתבע. ג. ניתוח כלכלי של כללי הסמכות המקומית; 1. כלל הנוחות לתובע; 2. כלל הנוחות לנתבע; 3. זניחת כללי הסמכות המקומית. ד. דיון. ה. סוף דבר.

“The notion that the plaintiff should sue the defendant at his home is of venerable age, and the rule permitting him to be sued there is universally accepted”².

“The requirement of venue is specific and unambiguous; it is not one of those vague principles which, in the interest of some overriding policy, is to be given a ‘liberal’ construction”³.

- 1 “למה נקרא שמן אנשי כנסת הגדולה – שהחזירו עטרה ליושנה”: תלמוד בבלי, מסכת יומא, פרק ז, דף סט, ב.
- * בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. הכותבים מודים לתלמידי סמינר המצטיינים של בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל וכן לקורא האנונימי, על הערותיהם המועילות.
- 2 Hans Smit, *Common and Civil Law Rules of In Personam Adjudicatory Authority: An Analysis of Underlying Policies*, 21 INT'L & COMP. L.Q. 335, 336 (1972)
- 3 דברי השופט פרנקפורטר, בית המשפט העליון האמריקני: *Olberding v. Illinois Central Railroad Co.*, 346 U.S. 338, 340 (1953).

א. פתח דבר

כללי הסמכות המקומית כשם כן הם: אגד הוראות דיוניות המתוות מהו האזור הגיאוגרפי, תחום השיפוט הטריטוריאלי במדינה, שבו תתנהל תביעה אזרחית. מהו אותו מקום שבו יתקיים ההליך המשפטי? שאלה זו עולה כאשר עסקינן בתביעה שאינה כולה במקרקעין ובעלי הדין שבה אינם גרים באותו תחום שיפוט⁴. במצב דברים זה, על מי לילך אחר מי: האם התובע אחר הנתבע או שמא הנתבע אחר התובע? במענה לשאלה זו עלינו לזכור כי בקביעת הוראות דיוניות עסקינן, הווה אומר בכללים המבקשים להתאים עצמם לבעלי דין פוטנציאליים רבים, וממילא להסדיר את מקום השיפוט במכלול התביעות האזרחיות שהסעד הנדרש בהן אינו במקרקעין גרידא.

בישראל נוהג הכלל האוניברסלי, שלפיו התובע הולך אחר הנתבע. עם זאת בשנים האחרונות קנתה לה מעמד בפסיקה הישראלית מגמה של הפחתת חשיבות כללי הסמכות המקומית, המתבטאת ביחס סלחני להגשת תובענות אזרחיות במקום מושבו של התובע. למעשה מגמה זו מעבירה מסר שלפיו שאלת הסמכות המקומית, ובכללה הקביעה כי התובע הולך אחר הנתבע, היא פחותת ערך. מגמה זו היא פועל יוצא של הבנה לקויה וחסרה של כללי הסמכות המקומית, כללים המבקשים ליצור איזון דיוני הוגן בין בעלי הדין. הפחתה בחשיבותם של כללים אלה וקביעה כי על הנתבע לילך אחר התובע מעניקה יתרון דיוני לתובע על פני הנתבע ומפרה את האיזון העדיף ביניהם.

מאמר זה יבקש לעמוד על תכליתם של כללי הסמכות המקומית ועל תפקידם בסדר הדין האזרחי. נראה כי תפקידם המובהק הוא ליצור צדק הליכי, הגינות ויעילות דיונית באמצעות יצירת איזון בין תובעים ונתבעים. הכרוסום במעמדם של הכללים ובתפקידם גורר פגיעה במטרות חשובות ונדרשות אלה. הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר עסקינן בבעלי דין מעוטי יכולת, ובפרט בנתבעים מעוטי יכולת. ככל שבעלי הדין מבוססים יותר מבחינה כלכלית כך פוחת החשש מפני העוול העלול להיגרם לבעלי דין אינדיווידואליים מחוסר האיזון הדיוני, שהוא התוצאה המסתברת מזניחת כללי הסמכות המקומית. מכאן כי טעות היא לזנוח את כללי הסמכות המקומית מבלי להעניק תשומת לב מקדימה למאפייניהם של בעלי הדין. עם זאת ניתן לתת בבעלי הדין סימנים אשר יש בהם כדי להקל על בית המשפט בכל הקשור לאופי הבחינה הנדרשת. לטעמנו, ראוי לגזור את התייחסותו של בית המשפט לכללי הסמכות המקומית ממאפייניהם הכלכליים של הצדדים, ואולם מכלול השיקולים

4 שהרי אם חיים שני בעלי הדין באותו מחוז שיפוט אין כל טעם או צורך ממשי בקביעת מקום שיפוט אחר מלבד מקום מגוריהם, אלא אם עסקינן בתביעה שכולה במקרקעין. כאשר עסקינן בתביעה שכולה במקרקעין תקנה 4 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 קובעת כי זו תתנהל בבית המשפט שבאזור שיפוטו מצויים המקרקעין.

יובילנו למסקנה כי זניחת כללי הסמכות המקומית נעשתה ללא שניתנה תשומת הלב הראויה לתפקידם של כללים אלה.

מסקנתנו בסופו של יום תהא פשוטה בעליל: כללי הסמכות המקומית במתכונתם הנוכחית, שבהם על התובע לילך אחר הנתבע, נדרשים לקיום הליך משפטי תקין, הוגן ושוויוני. אשר על כן נכון וראוי יהיה לשוב אל הכלל הידוע, בבחינת החזרת עטרה ליושנה, ולהורות כי במקום שבו עסקינן בתביעה אזרחית שאינה כולה במקרקעין, ימשיך וילך התובע אחר הנתבע.

ב. סמכות מקומית: בין צורכי המערכת, חובותיו של התובע וזכויותיו של הנתבע

כלל יסודי הוא בסדרי הדין האזרחיים כי תובע מגיש את תביעתו במקום המקיים זיקה או קשר ענייני לנתבע או לדבר (res) נשוא התביעה. מהמשפט הקדום מוכר העיקרון actor sequitur forum rei (התובע עוקב אחר פורום הנתבע או התובע בא אחרי העניין הנתבע) המיוחס למשפט הרומי, ואף הכלל במשפט העברי שלפיו "התובע הולך אחר הנתבע"⁵. גם בהיסטוריה של המשפט האנגלו-אמריקני בן ימינו ניתן לראות בבירור כי מקום מגוריו של הנתבע הוא שהקנה לבית המשפט ברוב המקרים את הסמכות, הזכות והיכולת להפעיל את כוחו ולהוציא תחת ידיו פסק דין⁶. לא ייפלא אפוא כי גם המשפט הישראלי צעד בכיוון זה וקבע, בתקנה 3(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, כי תביעה שאינה כולה במקרקעין תוגש לבית המשפט שבאזור שיפוטו מצוי אחד מאלה:

- (1) מקום מגוריו או מקום עסקו של הנתבע;
- (2) מקום יצירת ההתחייבות;
- (3) המקום שנועד, או שהיה מכוון, לקיום ההתחייבות;
- (4) מקום המסירה של הנכס;
- (5) מקום המעשה או המחדל שבשלו תובעים.

עינינו הרואות: כללי הסמכות המקומית מבקשים לתחום את האפשרויות השונות שבמסגרתן רשאי תובע להגיש תביעה אזרחית למקומות שבהם הנתבע נמצא (מקום מגוריו,

5 ראו את סיכום הכלל במשפט העברי, לרבות מקורותיו התלמודיים, אצל: אליאב שוחטמן סדר הדין לאור מקורות המשפט העברי, תקנות הדיון ופסיקת בתי הדין הרבניים בישראל 93 (תשמ"ח-1988).

6 לדיון חשוב ומרתק בהיסטוריה של כללי הסמכות המקומית במשפט המקובל, ובפרט בדרישה שלפיה ילך התובע אחר הנתבע, ראו: William Wirt Blume, *Place of Trial of Civil Cases: Early English and Modern Federal*, 48 MICH. L. REV. 1 (1949-1950).

מקום עסקו) או למקומות שבהם מתקיימת זיקה ברורה בין הנתבע לבין עיקר התביעה (המקום שבו נוצרה ההתחייבות, המקום שנועד לקיום ההתחייבות, מקום מסירת הנכס, מקום המעשה או המחדל נשוא התביעה). חלופות אלה מגלמות את אותה הבנה בסיסית שהיא יסוד מוסד בשיטתנו המשפטית ולפיה, בלשונו של ד"ר זוסמן, "הסמכות המקומית נקבעה בתקנות כדי לשרת את נוחיות הנתבע, שלא ייאלץ להתדיין הרחק ממקום מושבו (ושאר המקומות שיש להם נגיעה בעניין)".⁷

לפני שנים אחדות פרסמו סטיבן גולדשטיין וערן טאוסג מאמר חשוב שבו עמדו על מגמה של הפחתה במעמד שאלת הסמכות במשפט הישראלי.⁸ בכל הנוגע להפחתה בסוגיית הסמכות המקומית הצביעו כותבי המאמר על פסק הדין המשמעותי שנתן בית המשפט העליון ברע"א 6920/94 לוי נ' פולג.⁹ בפסק דין זה הגישו תושב גבעתיים ותושבת ירושלים תביעה, שאינה כולה במקרקעין, נגד תושב גבעתיים. בית המשפט העליון קבע כי הסמכות המקומית לדון בתביעה נתונה לבית המשפט בירושלים, מקום מגוריה של אחת התובעות, תוך שהוא מוסיף כי "במדינה קטנה כמדינתנו ממילא אין לייחס משמעות מופרזת לשאלה אם תובענה פלונית מוגשת בתחום סמכותו המקומית של בית-משפט זה או אחר".¹⁰ גולדשטיין וטאוסג עמדו על כך כי פסק הדין מוביל להפחתה משמעותית בשאלת הסמכות המקומית. ראשית, בית המשפט הוסיף דה-פקטו חלופה נוספת לתקנה 3(א) וקבע כי תובע רשאי להגיש תביעות כספיות במקום מגוריו או במקום עסקו שלו, "וזאת בניגוד לתכלית התקנה להגביל את הסמכות המקומית למקומות הקשורים או לנתבע או לאירוע שהוא בסיס העילה".¹¹ שנית, בית המשפט העליון מעביר, לבתי המשפט קמא ולציבור בכלל, מסר שלפיו כללי הסמכות המקומית חסרי חשיבות אמיתית. לכן אין כל צורך "להתייחס ברצינות

7 יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 78 (מהדורה שביעית, 1995). והשוו לדבריו ביושבו כנשיא בית המשפט העליון בע"א 572/76 יוספן נ' יוספן, פ"ד לא(1) 729, 731 (1976): "לעניין קביעת הסמכות המקומית, מקום המגורים... קובע, אך לא מקום מגוריו של התובע כי אם התובע הולך אחר הנתבע, ועל-פי תקנה 3(א) (1) מקום מגוריו של הנתבע מקנה לבית-המשפט כוח שיפוט לדון בתובענה".

8 סטיבן גולדשטיין וערן טאוסג "הפחתה במעמד שאלת הסמכות בבתי המשפט הכלליים" עלי משפט ג 279 (תשס"ג).

9 רע"א 6920/94 לוי נ' פולג, פ"ד מט(2) 731 (1995).

10 שם, בעמ' 734. ודוק: בית המשפט תומך את קביעתו בפרשנות שהוא מעניק לתקנה 3(א) (3) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, העוסקת ב"מקום שנועד לקיום ההתחייבות", תוך שהוא קובע כי בסיס הקביעה הוא בהתאמת סדרי הדין להוראות הדין המהותי: ראו שם, בפס' 3 לפסק הדין.

11 גולדשטיין וטאוסג, לעיל ה"ש 8, בעמ' 294.

יתרה לטיעון של חוסר סמכות מקומית ו(יש) להשתדל להכריע בדבר לטובת קיום המשפט במקום שבו הגיש התובע את תביעתו"¹².

גם בפסיקה מאוחרת – כזו שניתנה הן בבית המשפט העליון והן בבתי המשפט הדייוניים לאחר פרסום מאמרם של גולדשטיין וטאוסג – ניכר אותו הלך רוח המבקש להפחית מחשיבות תפקידה של הסמכות המקומית, להעצים ולהעמיק את המסר בדבר היעדר הערך והמשמעות שלה, ואף להציג את בית המשפט הנאלץ לעסוק בסוגיה כמי שנטרד בענייני זוטות (ובמקביל את בעלי הדין המביאים את העניין לדיון כמי שמטרידים את בית המשפט שלא לצורך ומבזבזים את זמנו היקר)¹³.

12 שם, בעמ' 295. בשנת 1998 הגיב מחוקק המשנה לפסק הדין בעניין לוי נ' פולג, תוך שהוא מבקש לרכך את המכה שניתנה בו, והתקין את תקנה 3(א) לתקנות סדר הדין האזרחי. תקנה זו קובעת כי מקום שבו "לעסקו של התובע מספר סניפים, והיה אחד מהם בתחום השיפוט שבו מצוי מקום מגוריו או מקום עסקו של התובע, תוגש התובענה לבית משפט באותו תחום שיפוט". התקנה מבקשת להגביל תובע מסחרי, המקיים סניפים בכמה מקומות שיפוט, מלתבוע במקום מרוחק, ומחייבת אותו לתבוע במקום מגוריו או במקום עסקו של התובע. תקנה זו נותנת פתרון ראוי במקום שבו עסקינן בתאגיד מסחרי התובע יחיד, אך היא אינה נותנת מענה במקום שבו מדובר בתובע מסחרי שאינו מקיים סניפים ברחבי הארץ, או כאשר מדובר בתובע ונתבע שניהם יחידים (בין אם עסקינן במצב שבו קיימים פערי כוחות בין התובע ונתבע ובין אם לאו). במצבים אלה מקבל התובע יתרון דינוני שאינו ראוי, מפני שעתה, לאור קביעת בית המשפט העליון בפרשת לוי נ' פולג, הוא רשאי לתבוע לא רק על פי חלופות תקנה 3, הנוטות במובהק לכיוון התובע, אלא אף במקום מגוריו שלו.

13 ראו מבית מדרשו של בית המשפט העליון בש"א 1307/00 "אריה" חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' שריקי (פורסם בנבו, 2000); רע"א 188/02 מפעל הפיס נ' כהן, פ"ד נז(4) 473, 477-478 (2003): "בניגוד לסמכות העניינית, אין הסמכות המקומית נתפסת כמצויה בלבה של סמכות השפיטה... כיום רבים המפקקים בעצם תועלתה של הסמכות המקומית ככלי לקידום הנוחיות. מדינת ישראל היא מדינה קטנה בשטחה. המרחקים הקצרים בין הערים השונות במדינה, ויהיו אלו אף המרוחקות ביותר זו מזו, אינם גדולים. בהתחשב באמצעי התחבורה הזמינים לאדם בעידן שאנו חיים בו יקשה לקבל את ההנחה כאילו קיום הדיון בבית-משפט המצוי במחוז מסוים, ולא אחר, חיוני להבטחת נוחות הצדדים. לפיכך נדמה לעתים כי העלויות המושקעות בהתדיינות בנושאי הסמכות המקומית ובהעברתו של תיק מטיפולו של בית-משפט שהחל לדון בו אל משנהו שבמחוז שיפוט אחר, נעדרות הצדקה מהותית"; רע"א 5038/03 ר.ל.פ.י חקלאות בע"מ נ' קיבוץ ברקאי, בפס' 3 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2003): "ראוי להימנע מבזבוז משאבי המערכת הכרוך בדיונים בשאלות סמכות מקומית ובהעברת תיקים מבית משפט אחד למשנהו בשל טענות להעדר סמכות מקומית"; רע"א 11556/05 קמור רכב בע"מ נ' חימו, בפס' 5 להחלטה (פורסם בנבו, 2006): "יש להזכיר את המגמה הרווחת בפסיקה שלא לייחס משמעות מופרזת לשאלת הסמכות המקומית. זאת, בין היתר, בהתחשב בכך שהמרחקים בין מרבית הערים בארצנו אינם גדולים ועל כן אין ליתן משקל רב לנתון באשר למיקומו של בית המשפט"; בג"ץ 7067/07 חיים נתנאל בע"מ נ' שר המשפטים, פס' 30 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 2007); רע"א 11180/08 עיריית מודיעין-מכבים-רעות נ' ארד ד. הנדסה בע"מ, בפס' 8-9 להחלטה (פורסם בנבו, 2009). והשוו: "אין

היחס לו זוכה הסמכות המקומית בפסיקה הישראלית – משל עסקינן בסרח עודף טפל ומיותר – הוא פועל יוצא של התפקידים שפסיקה זו מייצגת לכללי הסמכות הללו, כמו גם של הרעיונות וההצדקות העומדות בבסיסה: "הכללים בעניין סמכות זו האחרונה [הסמכות המקומית] נועדו לשרת שתי מטרות: ניתוב תיקים בין בתי-המשפט השונים למניעת עומס-יתר על בית-משפט זה או אחר וקידום נוחות הדיון"¹⁴, כתב בית המשפט העליון וקבע את המסד שעליו יונחו טפחות הפקוק והזלזול בצורך, בתועלת ובחשיבות של כללי הסמכות המקומית. כאשר בית המשפט בוחר בלשון "ניתוב תיקים" מכוון הוא לפעולות הנוגעות לוויסות, הפנייה והסבה של דיונים ממקום אחד למקום אחר. השימוש בביטוי שתכליתו

זה נדיר שבעלי הדין מקדישים מרץ וזמן רב גם לטיעונים בדבר הסמכות המקומית... זוהי אחת הדוגמאות הבולטות למקרים שבהם עשוי להתבזבזו לטובת זמן שיפוטי יקר. במדינה קטנה כמדינתנו, שבה אפשר להגיע בקלות ובמהירות, כמעט מכל מקום לכל מקום, הולכת ופוחתת החשיבות שבנושא זה": שלמה לוי תורת הפרוצדורה האזרחית: מבוא ועקרונות יסוד 122 (מהדורה שנייה, 2008). קצרה היריעה מלפרט את דברי ההסכמה הנלהבים לקביעות אלה, כפי שאלו באים לידי ביטוי בפסקי הדין הרבים של הערכאות הדיוניות. כדוגמה מייצגת, אחת מיני רבות, נציין את דברי בית משפט השלום בחיפה במסגרת ע"ר (חי') 14007-12-08 מיטלס טריידס נצרת בע"מ נ' בנק מסד בע"מ, בפס' 10 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2009) המסכם, בקצירת האומר, את היחס לסמכות המקומית: "אין כל סיבה כי ב"כ הצדדים ובית המשפט ישחיתו את זמנם על נושא טפל זה במקום לעסוק בדברים חשובים יותר". חשוב ומעניין לציין כי החלטות אלה עולות בקנה אחד עם ההפחתה שחלה בחשיבותם של כללי הסמכות הבינלאומית ושל העלאת טענת פורום לא נאות. כידוע, כאשר עסקינן בתביעה שבה נתבע אדם שאינו תושב ישראל, מאפשרת דוקטרינת הפורום הלא נאות לבית המשפט שלא להפעיל את סמכותו אם שוכנע כי ישנו פורום זר המהווה פורום טבעי עבור הנתבע, ואשר לו מרב הזיקות לעניין ולנתבע. בעניין זה כבר נקבע כי במציאות החיים המודרנית ירד המשקל שיש לייחס לנוחות הצדדים עת מחליט בית המשפט שלא להפעיל את סמכותו: "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 ליכפר אחד גדול", שבו למרחקים שבין מקום אחד למשנהו אין עוד אותה משמעות מכבידה כבעבר. לפיכך, אין להפריז במשקל שניתן לקשייו של נתבע לבוא עם עדין לארץ אחרת, ומכאן גם מתבקש שהנטייה להיעתר לטענת פורום לא נאות תלך ותקטן": רע"א 2705/97 הגבס א' סיני (1989) בע"מ נ' The Lockformer Co., פ"ד (נב) 109, 114 (1998). וראו אף את רע"א 3144/03 אלביט הדמיה רפואית בע"מ נ' Harefuah Serviços de Saude S/C Ltda, פ"ד (נז) 421, 414 (5) (2003).

14 עניין מפעל הפיס, שם, בעמ' 477. גם כאן, הנהייה של הערכאות הדיוניות אחר קביעה זו של בית המשפט העליון ואימוצה הנלהב מבלי לנסות לחשוב עליה ועל תוצאותיה באופן עצמאי, מפעימה ומעוררת השתאות. כדוגמאות מייצגות, ראו: ת"א (שלום ת"א) 157060/09 פרסר נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 2009); בש"א (שלום רח) 1310/09 איזוטופ בע"מ נ' אילון, בפס' 11 להחלטה (פורסם בנבו, 2009); בש"א (שלום רח) 3145/05 חמאיסי נ' איזוטופ בע"מ (פורסם בנבו, 2006).

הטיה, הסטה גרידא, מעיד על כך שלא בפעולות בעלות חשיבות משפטית אמיתית עסקינן, אלא בלא יותר מאשר אקט טכני, כמעט נחות, שכל תכליתו הזזת תיקים בין בתי המשפט השונים בארץ. הקביעה המשלימה והשימוש בתיבה "נוחות הדיון" (מלשון, convenience, ease) רק מחזקות את הרושם שבפעולות קלות ערך עסקינן: נוחות היא מילה חסרת משמעות ערכית. היא אינה מבטאת כל עיקרון אידיאולוגי, אתי או רעיוני, ואין בה ערך חברתי, מוסרי או ערכי כלשהו. כל תכליתה בהיותה כלי מסייע, תומך ומקל. מכאן גם מקומה השולי: היא מגלמת דבר שאינו הכרח, שניתן להסתדר בלעדיו.

כאשר מתוארים כללי הסמכות המקומית כאמצעי ניתוב ונוחות גרידא, לא פלא כי חלה הפחתה משמעותית במעמדם וכי יש הרואים בהם דבר טפל, סוגיה שספק אם יש לה הצדקה בבתי המשפט העמוסים ממילא¹⁵. אך האומנם בכך מסתכמת תכליתם של כללים אלה? האם לשם כך קבעו חכמי המשפט העברי והרומי את הכלל שלפיו "התובע הולך אחר הנתבע"? או שמא סיבות, מטרות ותכליות נוספות עמדו לנגד עיניהם? ואם אכן בכללי ויסות ונוחות גרידא עסקינן, מדוע שילך התובע אחר הנתבע? מדוע לא להיפך? מדוע שלא ייפגשו התובע והנתבע באמצע הדרך? מהי אפוא אותה תכלית העומדת בבסיס כללי הסמכות המקומית, כפי שזו באה לידי ביטוי נאמן בתקנות סדר הדין האזרחי, ואשר הפסיקה הישראלית מתעלמת ממנה כאילו לא הייתה כלל?

כללי הסמכות המקומית נוצרו, היסטורית ומעשית, על מנת להגן על הנתבע מפני אפשרות ניצולו וקיפוחו על ידי התובע. ההבנה כי התובע הוא הגורם השולט בהגשת התביעה ובניהולה העלתה את החשש שמא ינצל התובע את מעמדו זה, יגיש את תביעתו במקום המרוחק במכוון מהמקום הקשור לנתבע או לאירוע המהווה את עילת התביעה, וכך יטלטל את הנתבע שלא לצורך, יצבור לעצמו יתרון לא הוגן, יסחט אותו, ולעתים אף יערים עליו קושי ממשי להעמיד הגנה משפטית ראויה¹⁶. אך לא רק מפאת החשש מפני רמאות,

15 ראו למשל את דברי בית משפט השלום בנצרת בת"א (שלום נצ') 11180-12-08 סלמאן נ' בנק ירושלים בע"מ, בפס' 2 להחלטה (פורסם בנבו, 2009): "ראיתי להזכיר כי בתי המשפט קבעו רבות, שאין ליחס משמעות מופרזת לשאלת הסמכות המקומית. בימינו אלו המרחקים, שהם בלאו הכי קצרים, הפכו לעניין שולי, שאין זה ראוי להתלות בהם תוך השקעת מאמצים וזמן שיפוטי, מאמצים וזמן שניתן וראוי לנצל לבירור הסכסוך לגופו".

16 ר' חיים בנבנישתי, מחבר "כנסת הגדולה", כותב כי אם רשאי יהיה התובע להגיש את תביעתו בעירו שלו, ובכך יחייב את הנתבע לטלטל עצמו אליו, קם חשש שמא "יבוא איש רמאי ויתן עיניו באיש עשיר שבעיר אחרת ויאמר שיש לו תביעה עמו שיבוא להתדיין עמו בעירו, והעשיר ההוא שלא לכתת רגליו לטלטל את עצמו, יתפשר עמו". ראו הדברים כפי שהביא אותם שוחטמן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 94. והשוו: "לעיתים מעדיף הנתבע להפסיד את המשפט ובלבד שלא יצטרך להתרוצץ לבית משפט רחוק ולשאת בהוצאות מיותרות שלו ושל עורך דינו": שלמה יפרח "סמכות מקומית של בית משפט שלום" הפרקליט כז 362 (1971-1972). מכיוון שכך, כותב המחבר, ולאור סמכותו המחוזית המקבילה של בית משפט השלום, "אני מציע שאיזור שיפוטו של בית משפט השלום יוגבל לנפה בה הוא יושב, כפי שהוגדרה בהודעה

הפעלת מניפולציות לא הגונות ותביעות סרק נקבע הכלל האמור, כי אם אף משום שהוא תואם ואף משלים את הכלל הידוע והמפורסם שלפיו "המוציא מחברו עליו הראיה": התובע מוביל את הנתבע להתדיינות משפטית, פעמים רבות בניגוד לרצונו של זה האחרון, תוך שהוא מבקש לשנות ולהפך את המצב הקיים (status quo). כל עוד לא הוכיח התובע את תביעתו אין הנתבע חייב לו מאומה, וודאי שאין הוא חייב להגיע למקום מושבו של התובע ולנהל את הדיון שם. אכן, מכיוון שהתובע הוא בעל הדברים והוא זה המבקש לקבל סעד משפטי, מן הראוי הוא כי על כתפיו יוטל הנטל לא רק להוכיח מהותית את תביעתו אלא אף להתכבד ולהגיע למקום מושבו של הנתבע¹⁷.

אם כן יצאנו למדים: כללי הסמכות המקומית אינם אך כללים טכניים שכל תכליתם ויסות ונוחות; עסקינן בכללים חשובים¹⁸ המבקשים ליצור איזון (balance, equilibrium) דינוני ראוי בין תובעים לנתבעים. מכיוון שכך נוטים הכללים, בהגדרה, לכיוונו של הנתבע (pro-defendant) – הווה אומר למקום שבו יוכל להעמיד לעצמו הגנה משפטית ראויה (המקום שבו הוא גר או עובד, מקום האירוע נשוא התביעה וכדומה) – ואם מתקיימת יותר מזיקה אפשרית אחת לכיוונו של הנתבע, רשאי התובע לבחור מבין אלה כרצונו. שיווי משקל דינוני זה מוביל למסקנה חדה וברורה: לא בכללי ניתוב ונוחות גרידא עסקינן, כי אם

הרשמית על חלוקת שטח המדינה למחוזות ולנפות. הסמכות המקומית המחוזית הנתונה כיום לבית משפט השלום עלולה לגרום מעתה ואילך תקלות וקשיים נוספים הן לבית המשפט והן לנתבעים": שם, בעמ' 363.

- 17 וראו דברי שוחטמן, שם, בעמ' 93-94: "לדעת הגר"א, מבוסס כלל זה [לפיו התובע הולך אחר הנתבע – א' ט', ע' ב'] על הסברה לפיה המוציא מחברו עליו הראיה, ולכן מוטל על התובע לשאת גם בנטל הכרוך בתביעה. לפיכך, כל עוד לא הוכיח התובע את תביעתו, יד הנתבע על העליונה, ואין הוא חייב לטלטל את עצמו לעירו של התובע, אלא להיפך – על התובע להתדיין עמו בעירו". מרתק בעניין זה להביא את לשון התלמוד הבבלי, מסכת בבא קמא, דף מו, ב: "וחכמים אומרים המוציא מחברו עליו הראיה א"ר שמואל בר נחמני מנין להמוציא מחברו עליו הראיה שנאמר (שמות כד, יד) בעל דברים יגש אליהם יגיש ראייה אליהם מתקיף לה רב אשי הא למה לי קרא סברא הוא דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא" (כלומר: לשם מה נחוץ פסוק? ההיגיון אומר: זה שכואב לו ילך לבית הרופא). ההלכה היהודית מזכירה שיקול נוסף לקביעת הכלל: "דעתו של ר' יוסף בן לב היא שכלל זה מבוסס על השיקול המעשי שקיום התדיינות בעירו של הנתבע מגביר את הסיכוי שהנתבע אכן יבצע את פסק הדין 'משום שהיחיד הוא מוכרח ונכנע לפני הבית-דין של הקהל שלו, מה שלא יכנע אם יגזרו עליו זולתם": שוחטמן, שם, בעמ' 94. ברי כי שיקול אחרון זה חסר משמעות אמיתית בימינו אנו. ההלכה היהודית מעניקה משמעות של ממש לכללים אלה. כך, את הכללים יש לקיים גם כשהתובע מנוע מלהגיע לעירו של הנתבע משום שהוא חושש להיאסר (ובמקרה כזה עליו למנות לעצמו עורך-דין שיתבע בשמו את הנתבע בעירו של זה האחרון) ואף כאשר בית הדין שבעירו של התובע נחשב לבעל סמכות גדולה יותר מזו של בית הדין שבעירו של הנתבע. ראו את המקורות שמציג שוחטמן, שם, בעמ' 95, 97. לדיון הלכתי מרתק בחריגים המעטים והמיוחדים של כללים אלה, ראו שם, בעמ' 104-106.

בכללי הגינות (fairness) וצדק (justice)¹⁹, כללים המבקשים ליצור מסגרת דיונית שבה יוכל
הנתבע להביא את הגנתו בפני בית המשפט מבלי שהתובע צובר לעצמו יתרון דיוני לא
הוגן²⁰.

ואכן, רוב שיטות המשפט בעולם המערבי נוקטות גישה שלפיה התובע הולך אחר
הנתבע, תוך הבנת חשיבותו של כלל זה²¹. במשפט האמריקני, לשם הדוגמה, כללי הסמכות
המקומית (Venue) קשורים בטבורם לכללי הסמכות האישית (Personal Jurisdiction)
החוקתיים²², והחוק האמריקני – הן במישור הפדרלי והן זה הנוהג ברוב המוחלט של

19 Arthur Taylor Von Mehren, *Must Plaintiffs Seek Out Defendants? The Contemporary Standing of Actor Sequitur Forum Rei*, 8 K.C. L.J. 23, 25-27 (1997-1998); Arthur Taylor Von Mehren, *Adjudicatory Jurisdiction: General Theories Compared and Evaluated*, 63 B.U.L. REV. 279, 300-311 (1983).

20 זו הסיבה שבגינה רשאי נתבע, אם ירצה בכך, לוותר על זכותו זו ולקיים את ההתדיינות בבית המשפט המצוי במקום מגוריו של התובע. גם על כך עומד התלמוד הבבלי בקובעו: "כל האומר אי אפשי בתקנת חכמים שומעין לו" (בבא בתרא, דף מט, ב). כלומר: זה האומר שאינו רוצה בזכות שניתנה לו על פי תקנת חכמים שניתנה לטובתו, אין מכריחים אותו, ומעניקים לו את האפשרות לוותר עליה כרצונו. ורש"י מוסיף: "דבעל כרחו דאיניש לא יזכוהו חכמים: שאם אינו חושש בטובה שעשו לו חכמים לא ניתן לו בעל כרחו, שלדעתו תקנה חכמים" (שם). לאור הדברים הללו, ברי כי לא דק פורתא בית המשפט העליון כשקבע – בעניין מפעל הפיס, לעיל ה"ש 13, בעמ' 477 – כי "בניגוד לסמכות העניינית, אין הסמכות המקומית נתפסת כמצויה בלבה של סמכות השפיטה. על כן הותר לבעלי הדין להגיע להסכמה באשר לה, והסכמה זו מקנה סמכות מקומית לבית משפט הנעדר סמכות כזו" (ההדגשה הוספה – א' ט', ע' ב').

21 Taylor, *Adjudicatory Jurisdiction*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 310; Smit, לעיל ה"ש 2, בעמ' 335. לפירוט בכל הנוגע לצרפת, גרמניה ושווייץ, ראו: Henry P. deVries & Andreas F. Lowenfeld, *Jurisdiction in Personal Actions – A Comparison of Civil Law Views*, 44 IOWA L. REV. 306 (1958-1959). להרחבה נוספת ראו Patrick J. Borchers, *Comparing Personal Jurisdiction in the United States and the European Community: Lessons for American Reform*, 40 AM. J. COMP. L. 121 (1992); Friedrich Juenger, *Judicial Jurisdiction in the United States and in the European Communities: A Comparison*, 82 MICH. L. REV. 1195 (1983-1984).

22 אין זה המקום להאריך בכל הנוגע לסוגיית הסמכות האישית במשפט האמריקני, כמו גם בנוגע להגנה החוקתית הניתנת מכוחה לנתבעים על פי התיקון ה-14 לחוקה. בקצירת האומר נציין כי המשפט האמריקני מקפיד הקפדה יתרה כי בית המשפט הנדרש להפעיל את כוחו יעשה כן רק אם הוא חולש גיאוגרפית על הנתבע גופו (על פי רוב באמצעות מקום מגוריו) או רכשו, כך שבמקום שבו הנתבע לא מקיים זיקה גיאוגרפית למקום שבו פועל בית המשפט, לא רשאי בית המשפט להפעיל את סמכותו כלפיו. בית המשפט העליון האמריקני קבע בעניין זה: "...due process requires only that in order to subject a defendant to a judgment in personam, if he be not present within the territory of the forum, he have certain minimum contacts with it such that the maintenance of the suit does not offend 'traditional notions of fair

מדינות ארצות-הברית – נוטה באופן ברור ליישום כלל זה²³, תוך הדגשת תכליתו האמיתית של הכלל: יצירת איזון דיוני שוויוני והוגן בין התובע לנתבע²⁴. גם בתי המשפט

play and substantial justice”); *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310, 316 (1945).

הגינות דינית, קובע בית המשפט העליון האמריקני, היא תנאי מקדמי לניהול תביעה בבית המשפט. כדי לקנות סמכות לדון בתביעה, על הנתבע לקיים קשר מינימלי עם האזור הגיאוגרפי שבו מצוי הפורום, כך שניהול התביעה בטריבונל זה לא יפגע בכללי הצדק וההגינות הנהוגים. קביעה זו – שברבות הימים נודעה בשם *minimum contact theory* ואף בשם *fundamental fairness theory* – צוטטה באינספור פסקי דין אמריקניים וקנתה לה מקום של כבוד בסדרי הדין האזרחיים בארצות-הברית. ראו, *Kulko v. Superior Court of California*, 436 U.S. 84, 91-92 (1978); *Rush v. Savchuk*, 444 U.S. 320 (1980); *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U.S. 286 (1980). במובן זה משרתת הסמכות האישית מטרה דומה לזו העומדת בבסיס הסמכות המקומית. עמדה על כך הפסיקה האמריקנית כהאי לישנא: “Both are designed to test the fairness to the defendant and the degree of inconvenience caused him by requiring him to litigate in a particular court”; *Time, Inc. v. Manning*, 366 F.2d 690, 696 (5th Cir. 1966).

להרחבה נוספת בעניין חשיבותה של הסמכות האישית, כמו גם לעניין החשיבות שהמשפט האמריקני מעניק לדרישה שלפיה תוגש התביעה במקום המקיים זיקה עם הנתבע למען יוכל להתגונן כראוי, ראו, RICHARD D. FREER, *INTRODUCTION TO CIVIL PROCEDURE* 36-37, 40-46, 48-49 (2006); JACK H. FRIEDENTHAL, MARY KAY KANE & ARTHUR R. MILLER, *CIVIL PROCEDURE* 93-190 (2nd ed. 1993); ROBERT C. CASAD, *JURISDICTION IN CIVIL ACTIONS* 1-7 (2nd ed. 1991); JOHN B. OAKLEY & VIKRAM D. AMAR, *AMERICAN CIVIL PROCEDURE: A GUIDE TO CIVIL ADJUDICATION IN US COURTS* 95-96, 101-108 (2009). במישור הפדרלי ראו 28 U.S.C. § 1391. מחקרים מראים אף כי כמעט בכל מדינות ארצות-הברית קובע הדין המדינתי כללי סמכות מקומית שלפיהם תביעה תוגש במקום מגוריו של הנתבע. ראו GENE R. SHREVE & PETER RAVEN-HANSEN, *UNDERSTANDING CIVIL PROCEDURE* 156 (3rd ed. 2002); George Neff Stevens, *Venue Statutes: Diagnosis and Proposed Cure*, 49 MICH. L. REV. 307, 311-312, 315 (1950-1951). מעניין לציין כי המחוקק האמריקני הכיר בחשיבות הקשר שבין התביעה לנתבע כבר בשנת 1789 (במסגרת *The First Judiciary Act*) וקבע: “...no civil suit shall be brought before either of said courts against an inhabitant of the United States, by any original process in any other district than that whereof he is an inhabitant” ראו Kevin M. Clermont, *Restating Territorial Jurisdiction and Venue for State and Federal Courts*, 66 CORNELL L. REV. 411, 430-432 (1980-1981).

24 ודוק: ההשוואה לכללי הסמכות המקומית בארצות-הברית אינה מובנת מאליה. כאשר עסקינן בסמכות מקומית עולה תדיר הטענה שלפיה סוגיה זו רלוונטית במדינה גדולה ורחבת ידיים כמו ארצות-הברית, אך ככל שמדובר בישראל, כמו גם במדינות ששטחן הגיאוגרפי קטן באופן משמעותי, אין לייחס לעניין חשיבות של ממש. אלא שכללי הסמכות המקומית בארצות-הברית מתייחסים למחוזות (Counties) המרכיבים כל מדינה ומדינה בארצות-הברית ולא למרחקים בין המדינות (States) השונות. בהתחשב בכך, ונוכח העובדה כי המרחקים בין

האמריקניים הבינו, כבר לפני עשורים, את פוטנציאל הניצול והקיפוח הקיים במעמדו של התובע, כמי שאמון על הגשת התביעה וניהולה, ועמדו על הנטייה של לא מעט תובעים לבחור מקום שיפוט מרוחק, לעתים אף במחיר חוסר נוחות להם עצמם²⁵. לא יפלא אפוא כי בית המשפט העליון האמריקני עושה שימוש במילים הברורות והמפורשות הבאות:

"In most instances, the purpose of statutorily specified venue is to protect the defendant against the risk that a plaintiff will select an unfair or inconvenient place of trial. For that reason, Congress has generally not made the residence of the plaintiff a basis for venue in nondiversity cases"²⁶.

המחוזות השונים בכל מדינה עשויים להגיע למאות ואף לעשרות קילומטרים, ברי כי ההשוואה לכללי הסמכות המקומית בארצות-הברית רלוונטית וחשובה. להרחבה על אודות המחוזות במדינות השונות בארצות-הברית, כמו גם על הנתונים הסטטיסטיים השונים הנוגעים למחוזות אלה (דמוגרפיה, מרחקים וכיוצ"ב), ראו את אתר האינטרנט של ההתאחדות הלאומית של המחוזות בארצות-הברית: www.naco.org/Template.cfm?Section=About_Counties.

"A plaintiff sometimes is under temptation to resort to a strategy of forcing the trial at a most inconvenient place for an adversary, even at some inconvenience to himself"; Gulf Oil Corp. v. Gilbert, 330 U.S. 501, 507 (1947).²⁵

עמדה על הבנת חשיבות כללי הסמכות המקומית ככללי הגינות דיונית פעמים אינספור. ראו כדוגמאות מייצגות כמה מהקביעות של הערכאות הדיוניות בארצות-הברית, קביעות המעידות לא רק על רוחב היריעה האינפורמטיבית של העוסקים בדבר אלא אף על חשיבה עצמאית והבנה נכוחה של כללי הדיון האזרחיים, תכליתם ומטרתם: Reuben H. Donnelley Corp. v. FTC, 580 F.2d 264, 269 (CA7 1978): "Historically, venue has been geared primarily to the convenience of the defendant rather than that of the plaintiff since it is the defendant who is being brought into court"; Shields v. Shields, 115 Mont. 146 (Mont. 1943): "In a transitory action, defendant is the favored party with right to have the action brought in the county of his residence... The section of the Code of Civil Procedure permitting the defendant to have certain actions tried in the county where he resides is 'remedial' in nature and should be liberally construed to the end that a defendant may not be unjustly deprived of that right... The right of defendant to have certain actions tried in the county of his residence is an ancient and valuable right which has always been safeguarded by statute and is supported by a long line of judicial decisions"; Cobra Partners L.P. v. Liegl, 990 F. Supp. 332, 334 (S.D.N.Y. 1998): "The purpose of statutorily specified venue is to protect defendants against the risk that a plaintiff will select an unfair or inconvenient place of trial... Accordingly, venue statutes should be construed narrowly, so as to prevent a plaintiff from simply selecting the place of trial which best suits his

or her convenience"; *VE Holding Corp. v. Johnson Gas Appliance Co.*, 917 F.2d 1574, 1576 (Fed. Cir. 1990): "Venue, which connotes locality, serves the purpose of protecting a defendant from the inconvenience of having to defend an action in a trial court that is either remote from the defendant's residence or from the place where the acts underlying the controversy occurred"; *Jacobson v. Indianapolis Power & Light Co.*, 163 F. Supp. 218, 223 (D. Ind. 1958): "Venue is a litigant's privilege but it is a privilege granted for a purpose. Historically the privilege of venue has been allowed so that suits will be brought in forums having a logical connection with the parties to the litigation. Generally venue relates to the convenience of the parties and affords a defendant some protection against the threat of being forced to defend an action at a place far removed from his residence"; *Philadelphia Housing Authority v. American Radiator & Standard Sanitary Corp.*, 291 F. Supp. 252, 260 (E.D. Pa. 1968): "Venue affords some protection to a defendant from being forced to litigate an action in a district remote from his residence"; *Energy Resources Group, Inc. v. Energy Resources Corp.*, 297 F. Supp. 232, 234 (S.D. Tex. 1969): "The venue statutes were devised to achieve two basic purposes: to lay venue in a place having a logical connection with the parties to the litigation, and to afford the defendant some protection against the hardship of having to litigate in some distant place"; *Cascade Steel Rolling Mills, Inc. v. C. Itoh & Co.*, 499 F. Supp. 829, 833 (D. Or. 1980): "Venue statutes are generally intended to protect a defendant from being forced to defend an action in an unfair or inconvenient forum chosen by the plaintiff"; *Noxell Corp. v. Firehouse No. 1 Bar-B-Que Restaurant*, 760 F.2d 312, 316 (D.C. Cir. 1985): "Venue limitations generally are added by Congress to insure a defendant a fair location for trial and to protect him from inconvenient litigation"; *Kupcho v. Steele*, 651 F. Supp. 797, 801 (S.D.N.Y. 1986): "...the Court must bear in mind that the venue statute is designed to protect the defendant against the risk that a plaintiff will select an unfair or inconvenient place of trial"; *Leidholdt v. L.F.P., Inc.*, 647 F. Supp. 1283, 1286 (D. Wyo. 1986): "...the purpose of venue is to protect the defendant from being haled into inconvenient forums"; *Rocket Jewelry Box v. Noble Gift Packaging*, 869 F. Supp. 152, 154 (S.D.N.Y. 1994): "Venue refers to locality; it concerns the forum where a lawsuit may be brought and judicial authority exercised. By limiting a plaintiff's choice of forum beyond those courts which have personal and subject matter jurisdiction, venue statutes protect defendants from litigating in an unfair or inconvenient location"; *Shell v. Shell Oil Co.*, 165 F. Supp. 2d 1096, 1106 (C.D. Cal. 2001); *Seko Air Freight v. Direct Transit*, 859 F. Supp. 306, 308 (N.D. Ill. 1994); *Johnson Creative Arts, Inc. v. Wool Masters, Inc.*, 743 F.2d 947, 951 (1st Cir. Mass. 1984); *Adams v. Bell*, 711 F.2d 161, 167 n.34 (D.C. Cir. 1983); *PI, Inc. v. Valcour Imprinted Papers, Inc.*, 465 F. Supp. 1218, 1222 (S.D.N.Y. 1979); *Fuller & Dees Marketing Group, Inc. v. Outstanding American High School Students*, 335 F. Supp. 913, 915 (M.D. Ala. 1972); *Lamar v. American Basketball Asso.*, 468 F. Supp. 1198, 1205 (S.D.N.Y. 1979); *Cottman Transmission Sys. v. Martino*, 36 F.3d 291, 294 (3d Cir. Pa. 1994); *Neirbo Co. v. Bethlehem Shipbuilding*

הפסיקה הישראלית לא הפנימה את חשיבותם של כללי הסמכות המקומית בסדר הדין האזרחי, כמו גם את תפקידם ביצירת איזון דיוני ראוי בין תובעים לנתבעים. היא מעניקה לכללים אלה תפקיד משני, זניח ממש, המסתכם בהעברה טכנית של תיקים ממקום למקום ובסיוע לנוחות הדיון, תוך שהיא מתעלמת מתכליתם המובהקת של כללים אלה ככללי הגינות דיונית. ודוק: כחלק מהניסיון להציג את כללי הסמכות המקומית כקובץ הוראות בטלות חוזרת הפסיקה הישראלית, חזור ושוב, על הטיעון שלפיו מדינת ישראל היא מדינה קטנה בשטחה, כי המרחקים בה קצרים, ולכן אין להעניק למקום שבו מתקיים הדיון המשפטי חשיבות של ממש. הבנת כללי הסמכות המקומית ככללי הגינות דיונית, כנדרש וכראוי, הייתה מסייעת ודאי להבנה הפשוטה שלפיה לא כל בעלי הדין יכולים להגיע בקלות ממקום למקום. עבור החזקים שבהם המדינה היא קטנה והמרחקים בה קצרים. עבור מי שהפרוטה אינה מצויה בכיסו – והוא מחשב בדקדקנות את הוצאות הנסיעה לפורום הרחוק, את התשלום הנדרש לעדים ואף את הפסד ימי עבודתו – עבור אלה המדינה רחבת ידיים, והמרחקים בין המקומות השונים בה ארוכים-ארוכים²⁷.

Corp., Ltd., 308 U.S. 165, 168 (1939); Thomas v. Corr. Corp. of Am., 2003 U.S. Dist. LEXIS 27492 (W.D. Wis. June 24, 2003); Young v. Hair, 2004 U.S. Dist. LEXIS 6551 (E.D.N.C. 2004); Siddle v. Connectgov, Inc., 2009 U.S. Dist. LEXIS 110653 (S.D. Ill. Nov. 30, 2009).

חשוב לציין כי אף הכתיבה האקדמית בארצות-הברית עמדה פעמים רבות ולפני שנים רבות על חשיבות הכלל שלפיו הולך התובע אחר הנתבע ככלל דיוני המקדם הגינות וצדק הליכי. ראו Herbert J. Korbel, *The Law of Federal Venue and Choice of the Most Convenient Forum*, 15 RUTGERS L. REV. 607, 612 (1960-1961); Mitchell G. Page, *After the Judicial Improvements Act of 1990: Does the General Federal Venue Statute Survive as a Protection for Defendants?*, 74 U. COLO. L. REV. 1153, 1154-1155, 1159-1162 (2003); Edson R. Sunderland, *The Provisions Relating to Trial Practice in the New Illinois Civil Clermont; Practice Act*, 1 U. CHI. L. REV. 188, 192 (1933-1934).⁴³¹

נראה כי גישת הפסיקה הישראלית אף מתעלמת מן הציפיות המציאותיות של בעלי הדין הבאים להתדיין בפני הערכאות הדיוניות. דוגמה לכך ניתן למצוא בקובלנת תושבי קצרין ומסעדה על כי נפגעת זכות הגישה שלהם לערכאות והם נדרשים לנסוע מרחק של 40 דקות כדי להתדיין בבית משפט השלום בקריית שמונה, עקב יציאתה לחופשה ללא תשלום של שופטת השלום היחידה בעיר. מעניין לציין כי שר המשפטים מצא כי הקובלנה מוצדקת והיא זכתה אף לתמיכתו של יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ח"כ דוד רותם. ראו יהונתן ליש "השופטת בעיר בחופשה? סעו 40 דקות לבית המשפט הקרוב" הארץ 1.7.2010. לא זו אף זו, בהצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 59) (סמכות בעניינים כלכליים), תש"ע-2010, מיום 3.2.2010, הצעה העוסקת בהקמת מחלקה כלכלית שתדון בהליכים פליליים, אזרחיים ומינהליים בדיני חברות וניירות ערך, הוצע הסדר שיעניק את הסמכות המקומית הייחודית לדון בהליכים אלה למחלקה כלכלית שתוקם בבית המשפט המחוזי בתל אביב. על חשיבות הענקת הסמכות הייחודית לבית משפט זה דווקא נאמר בדברי ההסבר כי "נוכח מיקומו של

ג. ניתוח כלכלי של כללי הסמכות המקומית

נבקש להמחיש באמצעות ניתוח כלכלי כי תכליתם של כללי הסמכות המקומית, רעיונית ומעשית, לא נבחנה די עומקה וספק אם בית המשפט העליון דק פורתא בהשלכותיה. הניתוח הכלכלי מבקש כי "נתרגם" את השפעת כללי הסמכות המקומית להוצאה כספית המוטלת על כתפי המתדיינים. מכאן כי כללי חלוקת הוצאות המשפט בין בעלי הדין וכללי הסמכות המקומית שלובים אלה באלה, כך שלא ניתן לבחון את אלו הראשונים מבלי להתייחס לאלו האחרונים. לפיכך נשאל כיצד ינהג תובע שמוסרות כללי הסמכות המקומית הקבועים בתקנות סדר הדין האזרחי הוסרו מעליו. כדי להתמקד בסוגיית הסמכות המקומית והשפעת עלויותיה על ההליך המשפטי בחרנו להתעלם מעלויות הגשת תביעה כגון אגרת בית משפט, וכן מעלויות משפטיות נלוות כגון תשלום שכר טרחת עורכי הדין²⁸. אכן, לא פעם הוצאות הנסיעה והזמן הינן הוצאות שוליות במכלול ההוצאות המשפטיות המוטלות על בעלי הדין (כדוגמת עומס האגרות, שכר טרחת עורך דין וכיוצא באלה). לא כך הם הדברים כאשר ענייננו בבעלי דין חלשים ומעוטי יכולת. מגוון הוראות דין ומנגנונים סטטוטוריים, כגון פטור מאגרה וסיוע משפטי לנזקקים, כוננו במטרה למזער את ההוצאות המשפטיות המוטלות על בעלי דין חלשים²⁹. דא עקא, אין בנמצא הוראת דין המטפלת בהוצאות הנסיעה ובפיצוי על זמן העבודה שאותו נדרשים בעלי הדין להקדיש לצורך ההתדיינות המשפטית במקום המרוחק ממקום מושבם. לפיכך כאשר

בית המשפט המחוזי האמור בתל אביב יפו, המהווה את מרכז העסקים של מדינת ישראל ומקום מושבה של הבורסה ושל מרבית השחקנים במשק הישראלי, מרכז בית משפט זה, בידיו, את מרבית התיקים הכלכליים". הצעת החוק דחתה התנגדות מצד נשיאת בית משפט המחוזי בחיפה, השופטת בלהה גילאור, אשר ביקשה לקבוע כי המחלקה הכלכלית תוקם בחיפה. ראו: נועם שרביט "תזכיר חוק: יוקם בית משפט כלכלי בישראל – ידון בדיני חברות ודיני ניירות ערך" גלובס 16.8.2009. הצעת החוק משקפת לטעמנו את הבנתן של הרשויות המקדמות את החקיקה כי יש חשיבות במיקומו של הפורום למקום העיסוק העיקרי של המתדיינים הפוטנציאליים וכי קיים חשש כי הפורום השיפוטי, אף אם יכלול מומחים מקצועיים מהשורה הראשונה, לא ימלא את ייעודו בצורה יעילה אם ימוקם במרחק של כמאה קילומטרים ממרכז העסקים של ישראל, על אף קוטנה של המדינה. ראו גם דניאל רימון וטל אמיר "בית משפט כלכלי – מדלור לישראל" תאגידים 3, 4/5, 48-46 (2010).

28 הנחה זו מקובלת לצורך פישוט הדיון, ראו: Avery W. Katz, *Indemnity of Legal Fees*, in: ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS 63, 64 (Boudwijn Boukaert & Gerrit De Geest eds., 1999).

29 ראו למשל את חוק הסיוע המשפטי, תשל"ב-1972; תקנות הסיוע המשפטי, תשל"ג-1973; תק' 14 לתקנות בתי המשפט (אגרות), תשס"ז-2007.

עסקינן בבעלי דין מעוטי יכולת הוצאות המרחק עלולות להיות ההוצאה המשמעותית ביותר הנלווית להתדיינות המשפטית³⁰.

שלבי ה"משחק" מתנהלים באופן עוקב. בשלב הראשון מחליט התובע אם להגיש את תביעתו אם לאו. אם התובע מגיש תביעה, מחליט הנתבע אם להתפשר או לנהל את המשפט עד תומו. אם הנתבע מציע סכום פשרה, יכול התובע לדחות ולנהל את המשפט עד תומו או לקבל את סכום הפשרה ולסיים את ההליך³¹. לכל אחד מהצדדים לסכסוך הערכה בדבר הסתברות ההצלחה בהליך המשפטי. אין הכרח כי הערכות התובע והנתבע בדבר הסתברות ההצלחה והכישלון של התביעה תהיינה זהות. בהנחה שהתובע והנתבע הם מתדיינים רציונליים, ניטריים לסיכון, המבקשים להשיא את רווחיהם או למזער את נזקיהם מההליך המשפטי, נבחן מה תהיינה השפעות כללי סמכות מקומית שונים על התנהגות הצדדים.

30 עוד סביר להניח כי בעלי דין מעוטי יכולת לא ירבו להשתמש בשירותיהם של עורכי דין ולכן איננו נותנים משקל רב לאפשרות של בעלי דין אלה לשכור את שירותיהם של עורכי דין שמקום עסקם ממקום מושבו של הנתבע כדי לחסוך בעלויות הנסיעה של בעלי הדין. ממילא יידרשו בעלי הדין להגיע למשרדם של עורכי הדין המרוחקים או לחילופין ישאו בעלויות הגעת עורכי הדין אליהם.

31 בכל מצב שבו מוכן הנתבע להציע לתובע סכום פשרה העולה על תוחלת התביעה הסובייקטיבית של התובע, ניתן להניח כי ייווצר "מתחם פשרה" שגודלו כהפרש בין הסכומים וכי הצדדים יתפשרו על סכום כלשהו במסגרת מתחם הפשרה האמור. קיומו של מתחם פשרה אינו מחייב כמובן כי הצדדים אכן יסכימו להתפשר, שכן התנהגות אסטרטגית עלולה להכשיל פשרה שכזו. סוגיה זו אינה במרכז דיוננו ועל כן נניח כי בכל מקרה שבו ייווצר מתחם פשרה – יושג הסדר פשרה בתביעה. ההסתברות להצליח בתביעה מנקודת מבטו של התובע תסומן P_p כאשר נתון כי $1 \geq P_p \geq 0$. מכאן שההסתברות הסובייקטיבית של התובע להפסיד בתביעתו היא $(1 - P_p)$. בדומה, לנתבע הערכה סובייקטיבית בדבר ההסתברות לנצח במשפט ולהביס את התביעה. הסתברות זו תסומן P_d ואף לגביה יחול התנאי שלפיו $1 \geq P_d \geq 0$. הנתבע צופה כי אף בתביעה שסיכוייה אפסיים ייאלץ לשאת בהוצאות המרחק c בעצמו ולפיכך גם בתביעה נטולת בסיס לחלוטין יהיה הנתבע מוכן להציע סכום פשרה (שיסומן באות s) כל עוד $s < c$. כלומר, גם בתביעה טורדנית יהיה הנתבע מוכן להציע סכום פשרה, ובלבד שזה לא יהיה גבוה מעלות הנסיעות שיידרשו ממנו לצורך ניהול ההליך במלואו. התובע יהיה מוכן להתפשר ולהסיר את תביעתו אך ורק אם יתקיים התנאי $s > P_p x$. כלומר, אם יוצע לו סכום העולה על תוחלת התביעה שהוא מצפה לה. בתביעה שסיכוייה אינם אפסיים מנקודת מבטו הסובייקטיבית של הנתבע יהיה זה מוכן להציע סכום פשרה $s < (1 - p_d)x + c$. מכאן שפשרה תושג כאשר יתקיים התנאי $c > P_p x - (1 - P_d)x$. כלומר פשרה תושג כאשר עלות המרחק c שצפוי הנתבע להוציא לצורך ניהול ההליך המשפטי גדולה מההפרש בין תוחלת הזכייה בעיני התובע לבין תוחלת ההפסד בעיני הנתבע. ככל שהנתבע מאמין כי ההסתברות להפסיד בתביעה קטנה יותר כך גדל הצד הימני של אי השוויון שלעיל וקטן הסיכוי להשגת פשרה. כך יהיה גם ככל שהתובע מאמין שסיכויי תביעתו טובים.

כאמור, חלוקת נטל הוצאות המשפט היא בעלת חשיבות מכרעת לעניינינו³². בהקשר זה קיימים שני כללי חלוקת הוצאות משפט. לפי כלל אחד, כל צד נושא בהוצאות המשפט שלו עצמו (להלן: "הכלל האמריקני"). לפי הכלל האחר, חל עקרון "המפסיד משלם", ובו נושא בעל הדין שהפסיד בהליך בהוצאות המשפט שלו וכן בהוצאות המשפט של בעל הדין היריב (להלן: "הכלל האנגלי")³³.

בשלב הראשון נניח כי הדין (ובמקומותינו, תקנות סדר הדין האזרחי) מכתוב מה הם כללי הסמכות המקומית. למען פשטות הדיון נדון בשני כללי סמכות מקומית אפשריים. לפי הכלל הראשון, שיכונה "כלל הנוחות לתובע", על התובע להגיש את תביעתו במקום מגוריו ואילו על הנתבע מוטל הנטל להגיע לבית המשפט המרוחק ממקום מגוריו ולהתגונן שם מפני התביעה. לפי הכלל האחר, שיכונה "כלל הנוחות לנתבע", מחויב התובע להגיש את תביעתו בבית המשפט הקרוב למקום מגוריו של הנתבע, בבחינת "ילך התובע אחר הנתבע".

1. כלל הנוחות לתובע

בהתאם ל"כלל הנוחות לתובע" מחויב התובע להגיש את תביעתו בבית המשפט הסמוך למקום מגוריו. בהתקיים הכלל האמריקני שלפיו כל צד נושא בהוצאותיו הוא ובהתאם להנחותינו, אין התובע המנהל את ההליך בעירו נדרש כלל להוציא את הוצאות הנסיעה, ועלות זו מוטלת במלואה על הנתבע, הנדרש להגיע לעירו של התובע לצורך התגוננות בתביעה. תוחלת התביעה הסובייקטיבית שרואה לנגד עיניו התובע היא אפוא מכפלת סכום התביעה והסתברות לזכות בה. דהיינו, לנגד עיני התובע עומדת תוחלת שלעולם אינה שלילית³⁴. לעומת זאת תוחלת התביעה שרואה לנגד עיניו הנתבע היא פונקציה שערכה שלילי והיא כוללת את עלות הנסיעות בצירוף מכפלת הסכום שיידרש הנתבע לשלם אם יפסיד בהסתברות להפסד³⁵.

ברי כי במקרה זה התובע אינו מפנים כלל את עלות המרחק והזמן של בעלי הדין ועל כן לא תהיה לעלות זו כל השפעה על החלטתו להגיש תביעה. לכן כל עוד הסכום השנוי

32 בתחום הניתוח הכלכלי של המשפט קיימת כתיבה רבת היקף בסוגיית השפעת נטל הוצאות המשפט על תמריצי המתדיינים לפתוח בהליכים משפטיים ואף על השפעת נטל זה על התנהגותם הנורמטיבית המהותית כפועל יוצא מכך. דיוננו יתבסס על מודל פשוט ביותר שעקרונותיו יונקים מכתובה זו. לסקירה של המודלים הבסיסיים בתחום הניתוח הכלכלי של הוצאות משפט ולפירוט נרחב, אף אם לא ממצה, של הכתיבה בתחום זה, ראו: Katz, לעיל ה"ש 28.

33 ראו לעניין זה אלון קלמנט ודפנה קפליוק "חוזים דיוניים" עיוני משפט לג 187, 200-201 (2010).

34 במונחים פורמליים נסמנה $\Pi_p = P_p x$.

35 במונחים פורמליים נסמנה $\Pi_d = -c - (1 - P_d)x$.

במחלוקת גדול מאפס וההסתברות להצליח בתביעה גדולה מאפס, אף אם היא מזערית, יבחר התובע להגיש את תביעתו.

לעומת זאת הנתבע צופה כי אף בתביעה שסיכוייה אפסיים ייאלץ לשאת בהוצאות הנסיעה ובהפסד ימי העבודה ולפיכך גם בתביעה נטולת בסיס לחלוטין יהיה הנתבע מוכן להציע סכום פשרה, ובלבד שסכום זה לא יהיה גבוה מעלות הנסיעות והפסד ימי העבודה שיידרשו ממנו לצורך ניהול ההליך במלואו. התובע יהיה מוכן להתפשר ולהסיר את תביעתו אך ורק אם יוצע לו סכום העולה על תוחלת התביעה שהוא מצפה לה³⁶.

מה יקרה אם ניפרד מכלל ההוצאות האמריקני ונניח כי עלויות המרחק יוטלו בסופו של ההליך על הצד המפסיד, בהתאם לכלל האנגלי? אם יחויב התובע להגיש את תביעתו במקום מושבו לא יידרש להוציא עלויות נסיעה או להפסיד ימי עבודה, אבל יהא עליו לפצות את הנתבע שהוציא עלות זו אם התובע יפסיד בתביעתו. לכן התביעה תוגש רק כל עוד תוחלת התביעה שרואה התובע לנגד עיניו גדולה מתוחלת ההפסד³⁷.

הנתבע הנדרש להתדיין בעירו של התובע חייב להוציא מראש את עלות הנסיעה ולוותר על ימי עבודה. הנתבע יצפה לקבל את החזר הוצאות עלות הנסיעה רק אם ינצח בהליך, ואילו אם יפסיד ייאלץ לשאת בעצמו בהוצאות נוסף על תשלום סכום הזכייה לתובע³⁸.

2. כלל הנוחות לנתבע

"כלל הנוחות לנתבע" מחייב את התובע להגיש את תביעתו במקום מגוריו של הנתבע והוא כלל המראה (mirror rule) של כלל הנוחות לתובע. בהתקיים הכלל האמריקני, שלפיו כל צד נושא בהוצאותיו, ישא התובע בכל הוצאות הנסיעה והפסד ימי העבודה שכן התובע נדרש לכתת רגליו לעירו של הנתבע³⁹.

36 פשרה על בסיס הנחותינו תושג כאשר יתקיים התנאי $c > P_p x - (1 - P_d)x$. כלומר כאשר עלות המרחק c , שצפוי הנתבע להוציא לצורך ניהול ההליך המשפטי, גדולה מההפרש בין תוחלת הזכייה בעיני התובע לבין תוחלת ההפסד בעיני הנתבע. ככל שהנתבע מאמין כי ההסתברות להפסיד בתביעה קטנה יותר כך גדל הצד הימני של אי-השוויון שלעיל וקטן הסיכוי להשגת פשרה. כך יהיה גם ככל שהתובע מאמין שסיכויי תביעתו טובים.

37 פונקציית הרווח של התובע תהיה $\Pi_p = P_p x - (1 - P_p)c$ וניתן לפשטה בצורה הבאה: $c - P_p(x+c)$. התביעה תוגש רק כאשר מתקיים התנאי $P_p > c / (x+c)$. ככל שעלות הנסיעה גדלה שואף הצד הימני של אי-השוויון ל-1, ומשמעות הדבר היא כי הסיכוי להגשת תביעה הולך וקטן היות ונדרשת ודאות כמעט מוחלטת להצלחתה כדי לקיים את התנאי.

38 פונקציית הרווח של הנתבע תהיה $\Pi_d = -(1 - P_d)(x+c)$.

39 הרווח (או ההפסד) שרואה לנגד עיניו התובע הוא לפיכך $\Pi_p = P_p x - c$. לעומת זאת ההפסד שרואה לנגד עיניו הנתבע הוא $\Pi_d = -(1 - P_d)x$.

בניגוד לכלל הנוחות לתובע, בכלל הנוחות לנתבע משפיעה עלות המרחק על החלטתו של התובע להגיש את התביעה, וזו תוגש רק אם תוחלת התביעה גדולה מהעלות המצרפית של דמי הנסיעה והפסד ימי העבודה⁴⁰.

מתנאי זה נובע כי ככל שהמרחק בין הצדדים גדל, כך קטנה ההסתברות להגשת תביעות שהתובע יודע כי סיכוייהן להצליח נמוכים. דא עקא, אף אם התביעה אינה טורדנית אך הסכום השנוי במחלוקת הוא קטן, הגשת התביעה עלולה להפוך לבלתי כדאית. מכאן שכלל זה, המסכל ביד אחת תביעות טורדניות שיש בהן כדי להעמיס על מערכת המשפט, פועל בידו האחרת לסיכול תביעות מוצדקות אך מצומצמות בהיקפן הכספי ככל שהתובע מרוחק מהנתבע, ובכך יש בו כדי לעמוד לרועץ לתובעים מעוטי יכולת במימוש זכויותיהם⁴¹.

תחת כלל "המפסיד משלם" האנגלי, אם יזכה התובע הוא יקבל את סכום הזכייה וישיב לעצמו גם את עלות המרחק והפסד ימי העבודה. אם יפסיד, ישא רק בעלויותיו הוא (שכן אנו מניחים כי לנתבע המתדיין בעירו לא תהיינה עלויות נסיעה או הפסד ימי עבודה). על כן עקרון "המפסיד משלם" מבטיח כי הן על פי כלל הנוחות לתובע הן על פי כלל הנוחות לנתבע תוגשנה תביעות שההסתברות להצלחתן זהה⁴².

תוחלת ההפסד הצפויה לנתבע תחת כלל הנוחות לנתבע זהה לתוחלת ההפסד הצפויה לו תחת כלל הנוחות לתובע בהתקיים עקרון "המפסיד משלם"^{43,44}.

40 כלומר, בהתקיים התנאי $P_p x > c$. נציין, כי c ו- x גלויים לנתבע ועל כן הוא יכול להסיק מכך מהי הערכתו הסובייקטיבית המינימלית של התובע לגבי ההסתברות להצלחת תביעתו. ככל שהמרחק c גדל, מהווה עצם הגשת התביעה אינדיקציה בעבור הנתבע לגבי אמונתו החזקה של התובע בצדקת תביעתו. פערי המידע בין התובע לנתבע הם אחד הגורמים המונעים פשרות בהליכים משפטיים. כלל הנוחות לנתבע עשוי לגרום לנתבע, שהיה סבור כי תביעתו של התובע חסרת בסיס, לעדכן כלפי מעלה את הערכתו ביחס לסיכויי התביעה. יכולתו של הנתבע לעדכן את הערכתו לגבי תקפות התביעה לנוכח המידע הנגלה לו כתוצאה מעצם הגשת התביעה מגדילה את הסיכוי לפשרה.

41 כמו כן מהטלת העלות על התובע נובע כי זה יהיה מוכן להתפשר תמורת סכום המקיים את התנאי $s > P_p x - c$, שהוא סכום נמוך מהסכום המינימלי שהיה מסכים לקבל כדי להתפשר בהתאם לכלל הנוחות לתובע. סכום הפשרה שיהיה הנתבע מוכן להציע יקיים בהכרח את התנאי לפיו $s < (1 - P_d)x$. חישוב פשוט מראה כי התנאי להשגתה של פשרה זהה לתנאי שהוצג תחת כלל הנוחות לתובע, היינו, $c > P_p x - (1 - P_d)x$.

42 פונקציית הרווח של התובע תהיה אפוא $\Pi_p = P_p(x+c) - c$. כלומר, גם במקרה זה תוגש התביעה רק כל עוד מתקיים התנאי $P_p > c / (x+c)$.

43 הפונקציה תהיה $\Pi_d = -(1 - P_d)(x+c)$.

44 למען שלמות התמונה ניתן להתוות כלל שלפיו הצדדים יחלקו ביניהם שווה בשווה את הוצאות הנסיעה והפסד ימי העבודה. במקרה כזה כל צד ישא במחצית עלויות המרחק ללא קשר לשאלה היכן יתנהל ההליך המשפטי בפועל, משל קיימו הצדדים את ההליך המשפטי בעיר הממוקמת בדיוק בחצי המרחק ביניהם. תוחלת התביעה שתעמוד לנגד עיני התובע תהיה $\Pi_p = P_p x - c/2$. תוחלת התביעה מבחינת הנתבע היא $\Pi_d = -(1 - P_d)x - c/2$. בדומה לכלל

3. זניחת כללי הסמכות המקומית

עד עתה הנחנו כי כללי הסמכות המקומית תקפים וכי הצדדים מחויבים בהם. זניחת כללי הסמכות המקומית משמעה כי התובע יהא זה אשר רשאי לבחור היכן יגיש את תביעתו – בבית המשפט שבעיר מושבו או בעירו של הנתבע. נבחן כיצד תשפיע זניחת הכללים על התנהגות בעלי הדין.

זניחת כללי הסמכות המקומית שעה שהכלל הנוהג הוא "הכלל האמריקני", שלפיו כל צד נושא בהוצאותיו שלו, תביא לכך שהתובע יבחר תמיד להגיש את תביעתו בבית המשפט הסמוך ביותר למקום מגוריו⁴⁵. ודוק: כלל הנוחות לתובע הוא גם הכלל הרווחי ביותר לתובע. תוצאה זו נושאת בחובה, כאמור, שתי משמעויות: ראשית, תוגשנה תביעות שהסכום הצפוי להיפסק בהן קטן מעלות מרחק הנסיעה והפסד ימי העבודה שיידרש מהנתבע; שנית, לא תסוכל הגשת תביעות שהסיכוי להצלחתן קלוש ביותר, דהיינו תביעות טורדניות⁴⁶.

הנוחות לנתבע, יגיש התובע את התביעה רק אם תוחלת התביעה גדולה ממחצית עלות המרחק. בהיבט החיובי מונע תנאי זה הגשתן של תביעות שסיכויי הצלחתן נמוכים ביותר (אך כלל הנוחות לנתבע מונע יותר תביעות כאלה). בהיבט השלילי גורם תנאי זה לסיכול הגשתן של תביעות מוצדקות אשר הסכום השנוי במחלוקת בהן הוא נמוך (אך כלל הנוחות לנתבע מסכל יותר תביעות כאלה). סכום הפשרה המינימלי שיהיה התובע מוכן לקבל תחת כלל זה הוא $s > P_p x - c/2$, העולה על סכום הפשרה המינימלי שהיה מוכן לקבל על פי כלל הנוחות לנתבע. הסכום המקסימלי שיציע הנתבע לצורך פשרה יהיה $s < (1-P_d)x + c/2$, שהוא סכום הגדול מהסכום המקסימלי שהיה מוכן הנתבע להציע בהתאם לכלל הנוחות לנתבע. מסקנה זו עולה מהטבלה שלהלן, המסכמת את תוחלות התביעה של הצדדים להליך תחת "הכלל האמריקני". ככל שיוורדים במורד הטבלה קטנה תוחלת התביעה של התובע וגדלה תוחלת התביעה של הנתבע.

נתבע	תובע	
$-(1-P_d)x - c$	$P_p x$	כלל הנוחות לתובע
$-(1-P_d)x - c/2$	$P_p x - c/2$	כלל אמצע הדרך
$-(1-P_d)x$	$P_p x - c$	כלל הנוחות לנתבע

46 בהקשר התביעות הטורדניות יש לציין כי הספרות מלמדת שגם בתביעות שבהן רואה התובע לנגד עיניו תוחלת שלילית בניהול התביעה עד תום – תביעות המכונות Negative Expected Value Suits (NEV) – עשוי להיות לתובע תמריץ להגשת תביעה. Klement ו-Bebchuk מראים כי רק בהתקיים שורה של תנאים לא יוכל תובע לצפות לפשרה בסכום חיובי כלשהו בעת הגשת תביעת NEV. תנאים אלה כוללים: (1) סימטריה מלאה במידע שיש לבעלי הדין ביחס לסיכויי התביעה, (2) התובע נושא במלוא עלויות התביעה שלו, (3) הנתבע אינו נושא בעלויות כלשהן בראשית ההליך ולפני שהתובע נושא בעלויות מצדו, (4) תוחלת הסכום שייפסק נמוכה מסך עלויות התביעה לבעלי הדין, (5) לתובע אין מוטיבין המאפשר לו לאותת

לעומת זאת בהינתן עקרון "המפסיד משלם", מצאנו כי אין הבדל בין תוחלת התביעה שרואה לנגד עיניו כל אחד מבעלי הדין ללא קשר לשאלה אם התביעה מתנהלת במקום מושבו של התובע או אם היא מתנהלת במקום מושבו של הנתבע⁴⁷. לפיכך תחת הכלל האנגלי אמורים בעלי הדין להיות אדישים לכללי הסמכות המקומית ולמקום הדיון שייקבע. תוצאותינו מאשררות את התובנה המקובלת לגבי הכלל האנגלי ולפיה יתרונו של כלל זה לעומת הכלל האמריקני הוא בעידוד הגשת תביעות אף בסכומים קטנים, בתנאי שהתובע מאמין כי סיכוייו לזכות בתביעה גבוהים⁴⁸.

נמחיש את הדברים בדוגמה פשוטה. נניח כי סכום משפטי התגלע בין שני צדדים, תובע ונתבע, המתגוררים בערים מרוחקות זו מזו. הסכום השנוי במחלוקת בין הצדדים הוא 8,000 שקלים. התובע מעריך כי עלות הנסיעה לצורך הגשת כתב תביעה בבית המשפט בעירו של הנתבע עומדת על 100 שקלים לנסיעה הלך וחזור, וכי הזמן הכרוך בכך הוא אבדן יום עבודה אחד שאבדן השכר בגינו הוא 320 שקלים. התובע יאלץ להקדיש יום אחד להגשת התביעה ויום אחד להתייצבות לדיון הוכחות בה. כלומר הוצאות הזמן והנסיעה הכרוכות בהגשת התביעה יסתכמו בסכום של 840 שקלים. נניח כי הנתבע המתדיין בבית המשפט שבעירו אינו צריך להוציא עלויות מיוחדות כדי להגיע לבית המשפט ואף ייוותרו בידו די שעות להרוויח את לחמו ביום הדיון כך שאין הוא נושא בעלויות כלשהן בגין זמן ונסיעה כאשר ההתדיינות מתבצעת במקום מושבו⁴⁹. לשם הפשטות נניח כי בעלי הדין רואים עין בעין את סיכויי התביעה ושניהם מעריכים את ההסתברות להצלחתה ב-50%. שילוב הכלל האמריקני עם כלל הנוחות לתובע משמעו כי תוחלת התביעה בעיני התובע תהיה רווח של 4,000 שקלים ($50\% \times 8,000$) ואילו תוחלת התביעה בעיני הנתבע תהיה הפסד של 4,840 שקלים ($840 - 50\% \times 8,000$). לעומת זאת שילוב הכלל האמריקני עם כלל הנוחות לנתבע משמעו כי התובע ישא בעלויות הנסיעה והפסד ימי העבודה ולכן תוחלת התביעה תרד ל-3,160 שקלים ($840 - 50\% \times 8,000$). לעומת זאת תוחלת התביעה

כי ינהל את ההליך עד תומו במקרה שלא תושג פשרה, (6) לא קיים הסדר חוזי מיוחד בין התובע לעורך דינו. לדיון נרחב בנושא ראו Lucian Bebchuk & Alon Klement, *Negative Expected-Value Suits*, in ELGAR ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS (2nd ed. forthcoming), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1534703

47 בשני המקרים תהיה תוחלת התביעה של התובע $P_p(x+c) - c$ ותוחלת התביעה של הנתבע תהיה $-(1-P_d)(x+c)$.

48 Steven Shavell, *Suit Settlement and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs*, 11 J. LEGAL STUD. 55 (1982). ראו גם קלמנט וקפליוק, לעיל ה"ש 33, בעמ' 201.

49 נניח כי לו היה מצב הדברים הפוך – דהיינו על הנתבע היה לנסוע להתדיין בעירו של התובע – היו העלויות מתהפכות והנתבע היה נושא בהן בעוד שהתובע לא היה נדרש להוציא עלויות נסיעה או לשאת בהפסד ימי עבודה.

מנקודת מבטו של הנתבע תהיה עתה הפסד של 4,000 שקלים בלבד. לכן תובע רציונלי שעומדת בפניו האפשרות לבחור את מקום התביעה תחת הכלל האמריקני יעדיף לנהל את התביעה במקום מושבו הוא.

עתה נניח כי מדובר בתביעה טורדנית שסיכויי הצלחתה הם 5% בלבד ואילו סיכויי דחייתה 95%. לא שינינו את ההנחה כי הצדדים תמימי דעים ביחס להסתברויות לעיל. שילוב הכלל האמריקני עם כלל הנוחות לתובע משמעו כי תוחלת התביעה בעיני התובע תהיה רווח של 400 שקלים ($5\% \times 8,000$) ואילו תוחלת התביעה בעיני הנתבע תהיה הפסד של 1,240 שקלים ($840 - 5\% \times 8,000$). לעומת זאת שילוב הכלל האמריקני עם כלל הנוחות לנתבע משמעו כי התובע ישא בעלויות הנסיעה והפסד ימי העבודה ולכן תוחלת התביעה תהיה שלילית ותעמוד על הפסד של 440 שקלים ($840 - 5\% \times 8,000$). תוחלת התביעה מנקודת מבטו של הנתבע תהיה עתה הפסד של 400 שקלים בלבד. תובע רציונלי יימנע מהגשת תביעה כזו ובכך ממזער כלל הנוחות לנתבע את מספרן של התביעות הטורדניות תחת הכלל האמריקני.

נשווה למצב תחת הכלל האנגלי. בתביעה שההסתברות להצלחתה היא 50% תהיה תוחלת תביעה שרואה לנגד עיניו התובע רווח של 3,580 שקלים ($840 \times 50\% - 50\% \times 8,000$). לעומתו רואה הנתבע לנגד עיניו תוחלת תביעה שלילית (דהיינו, הפסד) של 4,420 שקלים ($840 \times 50\% - 50\% \times 8,000$). כפי שהסברנו לעיל, תהיינה תוחלות אלה זהות גם תחת כלל הנוחות לנתבע. לכן מבחינה רציונלית, תחת הכלל האנגלי, אמור התובע להיות אדיש למקום הדיון שייבחר.

זהות תוחלות התביעה נשמרת גם כאשר מדובר בתביעה טורדנית שההסתברות להצלחתה 5% בלבד. תוחלת תביעה שרואה לנגד עיניו התובע תהיה הפסד של 398 שקלים ($840 \times 95\% - 5\% \times 8,000$). הנתבע מצפה לתוחלת תביעה שלילית של 442 שקלים ($5\% \times 840 - 840 \times 5\%$). התוחלת השלילית שרואה לנגד עיניו התובע, בין אם הדיון מתנהל במקום מושבו ובין אם הוא מתנהל במקום מושבו של הנתבע, תגרום לכך שתביעה טורדנית מעין זו לא תוגש.

דא עקא, תחת הכלל האנגלי יימנע התובע מהגשת תביעה שאינה טורדנית אך סכומה נמוך. נניח שסיכויי התביעה עומדים על 50% אולם סכום התביעה הוא 800 שקלים בלבד. במקרה כזה יראה התובע לנגד עיניו, תחת הכלל האנגלי, תוחלת תביעה שלילית של 20 שקלים ($840 \times 50\% - 800 \times 50\%$) ועל כן לא יגיש את התביעה. לעומת זאת בהינתן הכלל האמריקני יגיש התובע תביעה זו כל עוד היא תתנהל במקום מושבו. במקרה כזה תהיה תוחלת התביעה חיובית ותעמוד על 400 שקלים ($50\% \times 800$).

הדוגמה המספרית לעיל מבהירה, בהתחשב בהנחותינו, כי התובע יעדיף להגיש את התביעה במקום מושבו תחת הכלל האמריקני, וכי תחת הכלל האנגלי צפויה אדישות של התובעים למקום הדיון.

ד. דיון

הניתוח הכלכלי לעיל חותר לכאורה תחת טענתנו כי זניחת כללי הסמכות המקומית מערערת את האיזון הדיוני בין התובע לנתבע. עולה מן האמור כי עקרון "המפסיד משלם" הופך את בעלי הדין לאדישים בכל הנוגע לקביעת מקום ההתדיינות. אם אמנם כך הדבר, בהינתן כי עקרון "המפסיד משלם" הוא הכלל הנוהג בכל הנוגע להוצאות משפט בישראל, אזי יש לכאורה בסיס לגימור חשיבותם של כללי הסמכות המקומית בפסיקה הישראלית. אלא שמתקין התקנות טרח והתווה באופן מפורש את כללי הסמכות המקומית, תוך שהוא נוקב בכלל האוניברסלי שלפיו התובע הולך אחר הנתבע. האם לשווא טרח? לאו דווקא. עצם העלאתה של סוגיית הסמכות המקומית בפסיקה מעידה כי בעלי הדין מייחסים חשיבות לשאלת מקום הדיון, וכי עולות ומתגלעות ביניהם מחלוקות בשאלה מהו מקום הדיון הנכון והראוי. אכן, האדישות שיש לצפותה לנוכח תוצאות הניתוח הכלכלי הפשוט איננה בנמצא, שהרי אילו היו בעלי הדין אדישים, לא היו טורחים להתדיין כלל בשאלת הסמכות המקומית. המציאות מלמדת כי תובעים מעדיפים להגיש תביעותיהם בסמוך למקום מושבם ולחייב את הנתבעים לילך אחריהם. כאמור, מציאות זו זוכה ליחס סלחני בפסיקת בתי המשפט ומובילה, הלכה למעשה, לזניחה של כללי הסמכות המקומית הקבועים בתקנות סדר הדין האזרחי. בית המשפט לא היה נדרש לתוצאה זו אילו הקפידו התובעים לצעוד בגדרי הסמכות המקומית שהותוותה להם בתקנות.

אם כן כיצד מתיישבת התנהגותם של התובעים עם האדישות המצופה מהם לנוכח הניתוח הכלכלי? תחילה נדגיש כי עצם ההחלטה על הגשת תביעה, שהיא החלטה חד-צדדית הנתונה לשיקול דעתו של התובע, מהווה הפעלת עוצמה חד-כיוונית: מהתובע אל הנתבע. ההחלטה על הגשת תביעה טומנת בחובה משמעויות נרחבות הבאות לידי ביטוי בהטלת עלויות על היחיד ועל הרבים וחשובה מכל בהקשר זה היא המשמעות הנגזרת מהגשת התביעה במישור הפרטני שבין בעלי הדין, והיא הטלת עלות על הנתבע לבוא ולהתגונן מפני התביעה⁵⁰. מעת שהפנמנו תובנה זו ניתן להצביע על כמה נימוקים העומדים ברקע חוסר אדישותם של התובעים למקום הגשת התביעה והעדפתם הבולטת להתדיין בסמוך למקום מושבם.

50 ההחלטה הפרטית של התובע על הגשת תביעה טומנת בחובה גם עלויות לציבור הרחב כגון עלות מימון מערכת המשפט והזמן השיפוטי. החלטה זו גם מטילה עלות על בעלי דין אחרים שאינם קשורים כלל לבעלי הדין בתביעה שכן כל תביעה מגבירה את העומס על מערכת בתי המשפט ומעכבת לפיכך את משך הזמן שיידרש להכרעה בתביעות אחרות הממתנות בתור. ראו לעניין זה Steven Shavell, *The Social Versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System*, 11 J. LEGAL STUD. 333 (1982).

א) אי-פסיקת הוצאות משפט ריאליות: פסיקת הוצאות משפט נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט. אף כאשר הצד הזוכה במשפט יכול להגיש בצורה מפורטת את סיכום עלויותיו, אין חובה על בית המשפט לקבל פירוט זה ככתבו. לאמיתו של דבר, לא מוכרת לנו פסיקת הוצאות נסיעה כהוצאות משפט ישירות, והוצאה זו אינה נמנית בדרך כלל עם הוצאות המשפט המקובלות במשפט האנגלו-אמריקני⁵¹. על כן בחירתם של תובעים להעדיף את מקום מושבם כמקום הגשת התביעה מעידה כי הכללת עלות הנסיעה בהוצאות המשפט הנפסקות בסופו של ההליך – אם בכלל יוכלו – רחוקה מלשקף את עלות ההוצאה האמיתית שבה נושא התובע, ועל כן יש להסיק כי הכלל האמיתי החל בישראל הוא כלל שלפיו כל צד נושא בהוצאות הנסיעה בעצמו⁵². במילים אחרות, בכל הנוגע לנשיאה בנטל גמיעת המרחק חל בפועל הכלל האמריקני על בעלי הדין. כפי שהראינו לעיל, כאשר חל הכלל האמריקני ובמקביל נזנחים כללי הסמכות המקומית יעדיף התובע תמיד להגיש את תביעתו בסמוך למקום מגוריו. הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר הוצאת הנסיעה היא הוצאה משמעותית במכלול הוצאות המשפט, מצב המתקיים במקום שבו מדובר בתובעים מעוטי יכולת.

ב) עיתוי ההוצאה: בעל דין הנדרש לטלטל עצמו לפורום רחוק חייב בהוצאת עלויות הנסיעה בשלב מוקדם של ההליך. לעומת זאת אם מסתיים ההליך וידו של בעל הדין על העליונה, מוחזרות לו הוצאות המשפט רק בתום ההליך. באופן טבעי, כאשר הסיכוי להשבת עלות ששולמה בשלב ראשוני אינו מובטח, וכן אין הבטחה כי העלות תושב בתוספת ריבית הולמת, נוצר תמריץ שלילי להוצאת העלות עקב הסיכון הנלווה לה. משכך, ייטיב תובע רציונלי לעשות אם לא יהא אדיש למקום ההתדיינות אלא יגלגל את הסיכון לצד שכנגד. בחירתם של התובעים להגיש את תביעתם במקום מושבם מהווה גלגול של הסיכון אל הנתבעים.

ג) ריבוי נתבעים: כאשר תובע עומד מול נתבעים רבים המתגוררים בערים שונות, מתעורר מלפניו קושי לנהל את ההליך בר-זמנית נגד כל הנתבעים גם יחד. תובע כזה יוכל לחסוך עלויות רבות אם יקבץ את הנתבעים לבית משפט אחד, הנוח לו. ניהול ההליך במקום אחד – מקום מושבו של התובע – מאפשר לעורך דינו של התובע לנהל כמה הליכים בפרק זמן קצר ביותר, כמעט במקביל, ואף לצבור מומחיות וניסיון בזמן קצר. במונחי כלכלה מדובר בניצול Economies of scale (להלן: "כלכלות גודל"), כלומר ניצול היעילות הנובעת

51 Katz, לעיל ה"ש 28, בעמ' 63.

52 מעניין לציין כי התקנות אינן עוסקות בפסיקת דמי נסיעות לבעלי הדין, וקובעות מסמרות בעניין רק בכל הנוגע לעדים: ראו תק' 187 לתקנות סדר הדין האזרחי. גם לו ניתן היה להניח כי הוצאות המשפט מגלמות את עלויות המרחק, ברי כי קמה בעיה במקום שבו בעלי הדין הם בעלי יכולת כלכלית מוגבלת ולא יוכלו לעמוד בתשלום פסק הדין וההוצאות באופן מלא. במקרה כזה רואה הצד שכנגד לנגד עיניו השבה חלקית של הוצאות המשפט.

ממספרן הגדול יחסית של התביעות. כך למשל נקל לראות כי בנק המבקש להגיש תביעות נגד חייבים בכל רחבי הארץ יידרש לשאת בהוצאות נסיעה רבות עקב כללי הסמכות המקומית המחייבים את התובע לילך אחר הנתבע. כמו כן יידרש הבנק לשכור כמה עורכי דין כדי לנהל את התביעות במקביל או לחילופין לנהל את התביעות בזו אחר זו. אם נתיר לבנק להגיש את תביעותיו במקום מושבו, יפוזרו הוצאות הנסיעה בתחילת ההליך בין החייבים השונים שיחויבו להטריח עצמם למקום מושבו של הבנק כדי להתגונן, ואילו הבנק ישא רק בסופם של ההליכים בהוצאות של החייבים שיצליחו להביא לדחיית התביעה. נוסף על כך ייחסך מעורך הדין של הבנק זמן הנסיעה לערים שונות וכך יוכל לנהל הליכים רבים יותר בזמן קצר יותר ולצבור ניסיון רב יותר בתביעות מסוג זה.

שלושת הנימוקים שהוצגו לעיל מצביעים על כך כי תובעים בכלל, ותובעים רב-פעמיים בפרט, יטו להעדיף לנהל את תביעותיהם בפורום קרוב ככל האפשר למקום פעילותם. נטייתם של תובעים להעדיף להגיש את תביעותיהם במקום מושבם, ככל שהיא נובעת משלושת הנימוקים שפורטו כאן, מחדדת את סכנת חוסר האיזון שבזניחת כללי הסמכות המקומית. לצורך כך ראוי להרהר מי הם, ככלל, המוטבים והניזוקים של זניחת כללי הסמכות המקומית. תחילה נתייחס בצוואת לשני הנימוקים הראשונים: היעדר פסיקת הוצאות משפט ריאליות ועיתוי הוצאת עלויות גמיעת המרחק. הצורך לשאת בעלויות גמיעת מרחק, שהן עלויות המוטלות על התובע מראשיתו של ההליך ולאורכו, מטיל עומס על תובעים שאינם מבוססים כלכלית, ועל כן זניחת כללי הסמכות המקומית מיטיבה את מצבם של תובעים חלשים אלה שיכולים עתה להגיש את תביעתם במקום מושבם ולחסוך עלויות אלה.

זניחת כללי הסמכות המקומית עשויה להיטיב עם תובעים חלשים שתביעותיהם מוצדקות⁵³, אך בה בעת היא מיטיבה עם תובעים שתביעותיהם אינן מוצדקות והם תובעים אך כדי לנסות את מזלם או חמור מכך, במטרה לסחוט מהנתבע פשרה בדמות העלויות שיידרש לשאת כדי להתגונן בתביעה עקב תחולתו של הכלל האמריקני בכל הקשור לעלויות אלה. ברי כי תביעות בלתי מבוססות שכאלה יש בהן פגיעה בכיס הציבורי וברווחה החברתית הכוללת: הן מטילות עלויות לא מוצדקות על הנתבע שנאלץ להתפשר בעל כורחו ועל מערכת המשפט הנדרשת להתמודד עם העומס שהן מטילות עליה ללא הצדק. זניחת כללי הסמכות המקומית מיטיבה בייחוד עם תובעים הלוטשים עיניהם לפוטנציאל הרווח הטמון בהתדיינות אסטרטגית. עד פסק הדין בפרשת לוי נ' פולג עשויים היו תובעים אלה להימנע מהגשת תביעות בסכומים קטנים נגד נתבעים מרוחקים מכיוון שעלויות גמיעת

53 Katz, לעיל ה"ש 28, בעמ' 71. מחקרים אמפיריים מראים כי תחת הכלל האנגלי נוהגים המתדיינים להתפשר מהר יותר מאשר תחת הכלל האמריקני. ממצא זה עשוי לאשש את התובנה כי תחת הכלל האנגלי מוגשות תביעות מוצדקות יותר. ראו שם, בעמ' 72-73.

המרחק הפכו תביעות אלה לבלתי כדאיות. זניחת כללי הסמכות המקומית פתחה בפני תובעים אלה, חלקם תובעים סדרתיים, את הדרך להגיש תביעות שאת חלקן לא היה משתלם להגיש קודם לכן. יתרה מכך, זניחת כללי הסמכות המקומית מקנה לתובעים אלה את היכולת לכפות על נתבעים חלשים פשרה כספית גם במקום שבו מדובר בתביעה טורדנית בסכום נמוך או בתביעה חסרת בסיס, ובלבד שלא יאלצו הנתבעים לגמוע את המרחק ולהתדיין עמם במקום מושבם. תוצאה זו בלתי יעילה גם בהיבט הרווחה החברתית המצרפית, שכן מתן אפשרות לתובע לבחור את מקום קיום הדיון, בעיקר שעה שניצול כלכלות גודל מוזיל את עלויות התביעה, יוצרת חשש אמיתי מפני הצפת בתי המשפט בתביעות שההסתברות להצלחתן מזערית וכל מטרתן לסחוט פשרה מהנתבע.

מן האמור עולה כי בבואו להחליט אם לאכוף או לזנוח את כללי הסמכות המקומית צריך בית המשפט לבחון שתי שאלות: (1) האם בעלי הדין שבפניו הם מתדיינים מעוטי יכולת או מבוססים כלכלית? (2) האם התביעה שבפניו היא תביעה מבוססת או טורדנית? הבעיה הניצבת בפני הגורם המבקש לעצב את הארכיטקטורה הנורמטיבית של כללי הסמכות המקומית נעוצה בצורך לקבוע כללים המכתיבים את מקום השיפוט תוך מתן משקל לשאלות אלה עוד בטרם הגיש התובע את תביעתו ובטרם הייתה בידי בית המשפט הזדמנות לבחון באיזה אופן באו לידי ביטוי שני המאפיינים הללו בבעלי הדין האינדיווידואליים. נראה כי על פניו קל יותר לזהות את המאפיין הראשון – מידת המבוססות הכלכלית של בעלי הדין – בשלב מקדמי של הדיון, גם אם לא בצורה מושלמת, עוד בטרם נדרש בית המשפט לגופה של ההתדיינות. כך למשל מקובל להניח כי תאגיד הוא בעל עוצמה כלכלית גדולה יותר מיחיד ונהוג לסווגו כתובע "חזק" לעומת יחיד שהוא תובע "חלש". לעומת זאת קשה לקבוע את מידת טורדנותה של תביעה בטרם נידונה לגופה או בטרם נדרש בעל הדין שכנגד לכל הפחות להגשת כתב הגנה מטעמו. מכאן כי זניחת כללי הסמכות המקומית ללא יצירת מנגנון הממזער את התמריץ להגשת תביעות טורדניות יוביל לתוצאה בלתי יעילה בדמות עומס של ממש על מערכת המשפט.

וזאת יש להדגיש: שני המאפיינים שלעיל נעדרים לחלוטין מדיניהם של בתי המשפט בשאלת זניחת הסמכות המקומית. אם כן כיצד ראוי שידריך עצמו בית המשפט בבואו להחליט אם ליישם את כללי הסמכות המקומית בעניין שבפניו או לזנוח אותם ולהתיר לבעלי הדין להתדיין במקום שיפוט שאינו עולה בקנה אחד עם כללי הסמכות המקומית שבתקנות סדרי הדין? נבחן את צירופי בעלי הדין האפשריים:

(א) תובע חזק מול נתבע חזק: מקום ששני הצדדים "חזקים" זניחת כללי הסמכות המקומית לא תפגע בזכות הגישה לערכאות של בעלי הדין. עם זאת זניחת כללי הסמכות המקומית ללא הטלת הוצאות נסיעה ריאליות על הצד המפסיד (הכלל האנגלי) ממריצה את התובעים להגיש תביעות טורדניות, דבר העלול להגביר את העומס על בתי המשפט וכן לאפשר לתובעים (כגון חברות מתחרות) להטריד את מתחריהם בהליכים משפטיים אסטרטגיים כדי להעמיס עליהם הוצאות עודפות במטרה להקשות על התחרותיות. המסקנה

הנגזרת מכך היא כי במקום שבו מאפשר בית המשפט את ניהולה של תביעה שהוגשה על ידי תובע חזק נגד נתבע חזק, במקום שיפוט שאינו עולה בקנה אחד עם כללי הסמכות המקומית, ובסיומה של התביעה מתברר כי הייתה זו תביעה טורדנית, שומה על בית המשפט להטיל הוצאות ריאליות על התובע כדי להרתיע הגשת תביעות מעין אלה בעתיד. אם לא כן, קיים חשש כי תביעות אלה יטילו עומס ניכר ובלתי יעיל על המערכת השיפוטית שכן מטבען מחייבות תביעות של תובעים "חזקים" הקדשת משאבים שיפוטיים בהיקף גדול יחסית.

(ב) תובע חזק מול נתבע חלש: במקום שבו התובע "חזק" והנתבע "חלש", אחת היא כי ראוי שלא לזנוח את כללי הסמכות המקומית הבאים להבטיח את יכולתו של הנתבע החלש להתגונן מפני בחירת מקום שיפוט שרירותי על ידי התובע במטרה להקשות על הנתבע.

(ג) תובע חלש מול נתבע חזק: במצב של תובע "חלש" מול נתבע "חזק" מאפשרת זניחת כללי הסמכות המקומית גישה לערכאות גם לתובעים חלשים שתביעתם קטנה בהיקפה אך מוצדקת. עם זאת זניחת כללי הסמכות המקומית פותחת פתח להגשת תביעות טורדניות נגד נתבעים חזקים במטרה "לסחוט" פשרה. לכאורה ניתן למזער בעיה זו על ידי הטלת הוצאות נסיעה ריאליות בתום ההליך. דא עקא שניהול ההליך עצמו הוא עלות שהנתבע ה"חזק" יעדיף לחסוך על ידי תשלום פשרה ובכך תימנע היכולת להטיל על התובע ה"חלש" הוצאות ריאליות. כמו כן יש חשש כי תובעים שאינם מבוססים כלכלית שיפסידו ויחויבו בהוצאות משפט לא יוכלו לשלם את מלוא ההוצאות ולכן לא ניתן יהיה לגרום להם להפנים בדיעבד את מלוא הסיכון שבתביעה הטורדנית. לפיכך הדרך היעילה להבטיח את זכות הגישה לערכאות של הצד החלש, ובה בעת למזער תביעות טורדניות, היא שמירה על כללי הסמכות המקומית הקיימים, ולא זניחתם.

(ד) תובע חלש מול נתבע חלש: הרציונל העומד בבסיס ההסדר המוצע בהתדיינות בין תובע "חלש" לנתבע "חזק" תקף אף ביתר שאת במצב האפשרי האחרון: עימות בין תובע "חלש" לנתבע "חלש". זניחת כללי הסמכות המקומית כולאת את הנתבע החלש בין הפטיש לסדן. מחד גיסא, עלות הפשרה מעיקה עליו ומאידך גיסא, עלות ניהול ההליך עד תומו מעיקה עליו לא פחות. זניחת כללי הסמכות המקומית תביא לכך שתובע חלש יוכל להעמיד נתבע חלש בדילמה זו גם כאשר לתובע תביעה טורדנית בלבד. מכאן שהקפדה על כללי הסמכות המקומית בצירוף מנגנוני סיוע לתובעים מעוטי יכולת תשרת את היעילות וההגינות הדיונית, כמו גם את מזעור העומס על מערכת המשפט בצורה יעילה יותר.

מן הדברים שלעיל עולה כי במישור העקרוני המקרה היחיד שבו ניתן להצדיק את זניחת כללי הסמכות המקומית על ידי בית המשפט הוא מצב שבו בעלי הדין הם צדדים מבוססים כלכלית. אף במקרה זה זניחת כללי הסמכות המקומית תהיה יעילה אך ורק בהתקיים התנאי שלפיו הוצאות המשפט בתום ההליך ישקפו נכונה את הוצאות הנסיעה השרירותיות שכפה התובע על הנתבע בבחירתו במקום שיפוט שלא בהתאם לכללי הסמכות המקומית. היות ושילוב בעלי דין שכזה, "חזק" מול "חזק", הוא אך אחד מתוך ארבעה שילובים אפשריים,

נראה כי זניחת כללי הסמכות המקומית ובחינתם מחדש בכל תביעה באופן אינדיווידואלי תהיה לא יעילה. גם אם נניח כי מרבית התביעות המתנהלות בישראל הן בין בעלי דין חזקים לבין עצמם, עדיין ידרש בית המשפט בכל תביעה שבה הועלתה סוגיית הסמכות המקומית לשאלה אם התקיים מצב של בעלי דין חזקים בלבד (ואז אין חובה לכאורה להקפיד על כללי הסמכות המקומית) או שמא מדובר באחד משלושת המצבים האחרים (שאו ראוי להקפיד על כללי הסמכות המקומית כדי להבטיח את זכות הגישה לערכאות). עבור בעלי דין מבוססים כלכלית הוצאות הנסיעה הן הוצאות שוליות בנייהול ההליך המשפטי. על כן נראה כי העלות מבחינת עומס שיפוטי, ביצירת מנגנון מדויק הבוחן בכל מקרה באופן אינדיווידואלי את זניחת כללי הסמכות המקומית תוך התחשבות במאפייני המבוססות הכלכלית של הצדדים, תעלה בהרבה על התועלת שתצמח למערכת בתי המשפט מיצירת הבחנה מדויקת בין הליכים שבהם יעיל לאכוף את כללי הסמכות המקומית לבין הליכים שבהם יעיל לזנוח את כללי הסמכות המקומית. עולה אפוא כי אף בראייה כלכלית של הדברים יעיל יותר מבחינה דיונית להקפיד על כללי הסמכות המקומית ככתבם.

ה. סוף דבר

כללי הסמכות המקומית מבקשים לתחום את האזור הגיאוגרפי שבו תוגש תביעה אזרחית, ועושים כן בהתקיים זיקה לנתבע או לעילת התביעה. בכך יוצרים הכללים איזון דיוני בין התובע לנתבע, שיווי משקל הליכי המבטיח כי הנתבע לא יקופח וכי תינתן לו ההזדמנות הנאותה והאפשרות הסבירה להעמיד הגנה ראויה בפני התביעה. הפסיקה הישראלית מתעלמת מתפקידם של כללי הסמכות המקומית ככללי הגינות דיונית ובוחרת להביט בהם ככללים המיועדים לניתוב תיקים בין בתי המשפט השונים ולקידום נוחות הדיון. אין לזלזל במטרות אלה. ויסות התיקים הרבים המוגשים לבתי המשפט השונים וקידום נוחות הדיון הן מטרות ראויות. עם זאת הבנת הכללים כבאים להשיג מטרות אלה, ואלה בלבד, לא רק שמתעלמת מתכליתם האמיתית של כללי הסמכות המקומית, היא אף מובילה להפחתה במעמדם – עד כדי מיתוגם כחסרי חשיבות – וליצירת מצב שבו התובע מוזמן למעשה להגיש את תביעתו בכל מקום שיבחר. בית המשפט אינו מציב תחת כללי הסמכות, שאותם הוא פוטר כלאחר יד, הסדר ניתוב תיקים חלופי, ותחת זאת מותיר את שיקול הדעת הרחב בידי התובע, בבחינת "איש הישר בעיניו יעשה". אין איש שיתקע לידינו כי בדרך זו ינותבו התיקים בהתאם לגדלם ומורכבותם תוך פיזורם באופן יחסי להיקף כוח

האדם השיפוטי העומד לרשות כל בית משפט, כפי שראוי היה לנתבם לו היה שיקול הניצול היעיל של משאבי מערכת המשפט שיקול מכריע בקביעת הסמכות המקומית⁵⁴. נבירה בשורשם של כללי הסמכות המקומית, כמו גם באופן הבנתם ויישומם בשיטות משפט אחרות בעולם, העלתה כי אכן עסקינן בכללי שוויון, הגינות וצדק שתפקידם ליצור איזון דיוני ראוי בין תובע לנתבע. הראינו כי ההחלטה על הגשת תביעה מעניקה כוח רב לתובע וכי זניחת כללי סמכות המקומית עלולה לאפשר לתובע לנצל לרעה את כוחו לגלגול עלויות על הנתבע באופן שיפר את האיזון הדיוני שאליו חותרים כללי הסמכות המקומית. תעלה בוודאי הטענה שלפיה קיימים לא אחת פערי כוחות בין בעלי דין, ומכיוון שלא ניתן להניח כמובן מאליו כי כוחם של אלה שווה, אין להעניק ככלל יתרון מובנה לנתבע בדמות הדרישה שלפיה התביעה תוגש במקום מגוריו. אכן, אין להניח כדבר שבשגרה כי התובע והנתבע שווים בכוחם, בחוסנם הכלכלי וביכולתם לנהל את התביעה. מכיוון שכך נקבעו כללי דיון אזרחי התואמים הנחה זו, כך שייוצר איזון הוגן בין תובע ונתבע פוטנציאליים. הנחת המוצא של כללי הסמכות המקומית היא כי באפשרות החליט על הגשת תביעה טמונה עוצמה והתובע הוא המפעיל עוצמה זו כלפי הנתבע. כללי הסמכות המקומית נועדו להגביל עוצמה זו על מנת להבטיח שלא תנוצל להפרת מאזן הכוחות על ידי הטלת עול דיוני בלתי הוגן על הנתבע בדמות גרירתו להתדיין במקום מרוחק⁵⁵. זניחת כללי

54 לא הרחבנו בדיוננו אודות האפשרות להקים מנגנון מינהלי לניתוב תיקים שיווסת את העומסים בין בתי המשפט שבאזורי השיפוט השונים. ודוק: פסיקת בית המשפט העליון המכרסמת בחשיבותם של כללי הסמכות המקומית נעשתה תוך מודעות להיעדרו של מנגנון איזון עומסים מינהלי. כזכור, זניחת כללי הסמכות המקומית נעשתה תוך התייחסות לכך שכללים אלה נועדו לכאורה בעיקר לצורך ניתוב תיקים. אי לכך, ניתן לשער כי בית המשפט אשר נטל לעצמו חירות לזנוח את ההקפדה על כללי הסמכות המקומית בידעו שלא קיים מנגנון מינהלי לניתוב תיקים ולא צפויה הקמתו של מנגנון כזה בקרוב, אינו סבור שהקמת מנגנון ניתוב תיקים מינהלי היא עניין חיוני. מעניין לציין כי הצעה מעין זו הועלתה בעבר, אך ככל הידוע לנו לא נבחנה די עומקה. לטעמנו, מדובר בהצעה בעייתית. איזון עומסים באמצעות הכוונה "מלמעלה" יחייב יצירת כללי סמכות מקומית מינהליים, הקמת גוף שזהו עיסוקו, ויצירת מנגנון ערר על החלטות אותו גוף. לפיכך אין ודאות כי פתרון זה יחסוך עלויות או יאזן עומסים בצורה טובה יותר מכללי הסמכות המקומית הקיימים בתקנות כיום. נהפוך הוא, סביר להניח כי מנגנון זה יאמץ, לפחות בשלב הראשון, את כללי הסמכות המקומית הקיימים. מכאן, וככל שניתוב תיקים הוא נושא בעל משמעות, קשה לצפות כי מנגנון ניתוב מינהלי ישיג תוצאה שונה מזו המושגת כיום על ידי התקנות. לכל היותר יכול מנגנון כזה לחסוך על ידי מערכת מינהלית תומכת חלק מהזמן השיפוטי המוקדש לסמכות המקומית, אם כי נראה כי גם הקמת מערכת כזו גוזלת משאבים לא מבוטלים.

55 כמות התביעות המוגשות על ידי תובע יחיד, היקפן וחוסנו הכלכלי של התובע הינם מרכיבים שחשיבותם רבה בניהול ההליך המשפטי. ניצול יתרונות אלה עלול להביא להפרת האיזון הבסיסי בין תובע לנתבע. בהקשר זה ראו את מאמרו החשוב של Galanter, שהצביע על היתרונות של שחקנים רב-פעמיים בהליך המשפטי: Marc Galanter, *Why the "Haves"*

הסמכות המקומית, שביקשו לייצב איזון בסיסי זה, פותחת בפני תובעים המסוגלים לנצל יתרונות אלה, או אף מקצת מהם, את האפשרות להפר איזון זה, אשר עקרונות של שוויון, הגינות וצדק משפטי עומדים בבסיסו.

על כך ניתן להקשות, שהרי לעתים פערי הכוחות במציאות הפוכים: התובע הוא הצד החלש ואילו הנתבע הוא הצד החזק, ובמצב דברים זה הגבלת כוחו של התובע באמצעות כללי הסמכות המקומית אך תערים קשיים על מי שמבקש לממש זכות צודקת באמצעות פנייה לערכאות משפטיות. התשובה לקושיה זו נעוצה בעובדה הפשוטה שלפיה לא ניתן מעשית לאתר, לזהות ולסווג כל אחד מבעלי הדין (בין אם הוא תובע ובין אם הוא נתבע) – אם צד חזק הוא או חלש, ולכן נקבעו כללי הסמכות המקומית כשהם ניטרליים לפערי כוחות אפשריים, תוך שהם מאפשרים לתקן את המעוות ולגשר על הפער באמצעות הוראות פרטניות המסייעות לתובעים חלשים⁵⁶. בכל מקרה, זניחת כללי הסמכות המקומית אינה פתרון הולם למציאות שבה קיימים פערי כוחות בין בעלי דין. אף אם יש במגמה זו כדי לסייע לתובעים חלשים, הניתוח הכלכלי מעיד כי דווקא תובעים חזקים ורב-פעמיים הם הנהנים העיקריים ממנה, עם תובעים טורדניים שתביעותיהם מאיימות להציף את מערכת בתי המשפט.

טוב יהיה אם נתייחס לכללי הסמכות המקומית ביתר רצינות ונשיב להם את מקומם הראוי בסדר הדין האזרחי. כללים אלה אינם מתמצים בסיוע אדמיניסטרטיבי בדמות העברת תיקים מבית משפט זה לאחר, ואף לא בקידום נוחות הדין גרידא. אלו הם כללים המבקשים למנוע מתובע להגיש תביעה במקום שיפוט שרירותי, ובמקביל להבטיח לנתבע הזדמנות שווה והוגנת להתגונן מפני תביעה שהוגשה נגדו. הבנה זו של תקנות סדר הדין האזרחי מובילה למסקנה ברורה: יש להחזיר עטרה כללי הסמכות המקומית ליושנה.

Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change, 9 L. & SOC'Y REV. 95 (1974). מחקרים אמפיריים אימתו את השערותיו של Galanter, שלפיהן למתדיין חוזר (שחקן רב-פעמי) סיכוי טוב יותר לנצח בהליך משפטי מאשר למתדיין חד-פעמי. ראו למשל Donald R. Songer et al., *Do the "Haves" Come out Ahead over Time? Applying Galanter's Framework to Decisions of the U.S. Courts of Appeals, 1925-1988*, 33 L. & SOC'Y REV. 811 (1999). משמעות הדבר היא כי יכולתו של התובע להכתיב את מקום ההתדיינות ולחזור ולכפות על נתבעים שונים להתדיין עמו במקום התדיינות שבו הוא "שחקן רב-פעמי" מגדילה את ההסתברות של התובע לזכות בתביעתו, ומכאן שתוחלת התביעה הסובייקטיבית שלו עולה ועמה עולה גם עצם כדאיות הגשתה של התביעה.

כדוגמת פטור מאגרות בית משפט. בכמה דינים בארצות-הברית הוצע גם הפתרון של החלת כלל המפסיד משלם באופן חד-כיווני. כך, יצפה התובע כי אם יזכה בתביעתו יושבו לו עלויות המרחק, אך הנתבע לא יזכה לקבל עלויות אלה מהתובע אם יפסיד התובע בתביעתו. הצעה כזו יש בה כדי לעודד הגשת תביעות שהתובע מאמין כי הן מוצדקות ובה בעת מפחית במידת מה את העלויות שבהן ישא התובע אם יפסיד, וכך מעודד הגשת תביעות רבות יותר. ראו Katz, לעיל ה"ש 28, בעמ' 65.