

סמכות עניינית בתביעות שימוש במקרקעין: המשפט בספרים והמשפט בפעולה

אסף טבקה*

המאמר בוחן הלכה יסודית בתחום הפרוצדורה האזרחית (הלכת שמש) ואת האופן שבו בתי-המשפט קמא מחילים את ההלכה בפסיקותיהם. ניתוח של פסקי-הדין המיישמים את ההלכה מגלה מרתקת: בעוד בית-המשפט העליון נותר עקבי בעמדתו ומיישם את ההלכה לאורך עשרות שנים, ניתן לזהות ניסיון ברור של שופטים מבתי-משפט שלום ומבתי-משפט מחוזיים לצמצם את ההלכה, לבטל אותה ולפסוק מפורשות בניגוד לה. מגמה ברורה זו מבטאת התקוממות של ממש - מרד בהלכה מחייבת של בית-המשפט העליון, וממילא אף באחת מאבני-היסוד של השיטה המשפטית שלנו. המאמר בוחן את גלגולה של ההלכה בבית-המשפט העליון, כמו-גם את המהלך שהובילו בתי-המשפט קמא, באופן נרטיבי וכרונולוגי. עוד עומד המאמר על הבעייתיות הגלומה בסטייה מתקדים בענייני פרוצדורה, ועל נפקותה של פעולה כגון זו, המרבה אנדרלמוסיה בכללים המיועדים להבטחת ניהולו התקיין של המשפט.

פתח-דבר: על הלכה מחייבת ועל הפער שבין המשפט בספרים לבין זה שבעולם המציאות

פרק א: המשפט בספרים - גישתו של בית-המשפט העליון

1. מהמסד ועד הטפחות - הלכת שמש בפסיקת בית-המשפט העליון
2. סיכום-ביניים - המשפט בספרים

* מרצה, בית-הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. אני מודה לחברי מערכת משפט ועסקים, ובעיקר לאוראל טהר, לאלעד שרן ולדניאל עינב, על הערותיהם החכמות והמועילות. תודה לאיסי רוזן-צבי, לשמוליק בכר, לעידו באום וליובל מרין, שקראו גרסות קודמות של המאמר והעירו את הערותיהם המצוינות. אבקש להקדיש מאמר זה ליהודית, מחמל נפשי.

פרק ב: המשפט בפעולה – גישת השופטים בבתי-משפט השלום ובבתי-המשפט המחוזיים

1. תהיות בנוגע לנחיצותה של ההלכה ומסקנות זהירות – השופט אזר
2. הנפת נס המרד – בית-משפט השלום בקרית-גת פוסק בניגוד להלכה
3. המשכו של המרד – בתי-משפט השלום בעפולה ובירושלים פוסקים בניגוד להלכה
4. תפנית בעלילה – בית-משפט השלום בתל-אביב מחיל ומיישם את הלכת שמש
5. תפנית נוספת בעלילה – פסיקות סותרות של בתי-משפט שלום ובתי-משפט מחוזיים עד כדי בוקה ומבולקה
6. פסק-דין קעדאן – מניפסט נגד הלכת שמש
7. למהותה של התקוממות ולטיבה של הרכנת ראש – שלוש מגמות בפסיקה המאוחרת

- (א) מגמה 1: בעקבות פסק-דין שמש – פסיקה בהתאם להלכה
- (ב) מגמה 2: בעקבות פסק-דין קעדאן – פסיקה בניגוד להלכה
- (ג) מגמה 3: שימוש בהלכות אחרות במטרה להימנע מפסיקה בהתאם להלכה

פרק ג: פתח תקווה? הצעת חוק לתיקון סמכותו העניינית של בית-משפט השלום בנוגע לשימוש במקרקעין

סוף-דבר: בחזרה לעתיד

פתח-דבר: על הלכה מחייבת ועל הפער שבין המשפט בספרים לבין זה שבעולם המציאות

"הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון."¹

בראשית המאה שעברה טבע רוסקו פאונד (Pound), מחשובי המשפטנים האמריקאים, את ההבחנה הידועה שבין "המשפט בספרים" (Law in Books) לבין "המשפט בפעולה" (Law in Action):

"...if we look closely, distinctions between law in the books and law in action, between the rules that purport to govern the relations of man and

1 ס' 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה.

man and those that in fact govern them, will appear, and it will be found that today also the distinction between legal theory and judicial administration is often a very real and a very deep one."²

המבקש להבין את הדין, אומר פאונד, אינו יכול להסתפק בתכנים הכתובים של המשפט. עליו לחקור כיצד תכנים אלה מופעלים בעולם המעשה, שהרי לא אחת קיים פער של ממש בין הדין הכתוב עלי ספר לבין הדין המופעל במציאות היומיומית. מאמר זה מבקש להיענות לקריאתו של פאונד ולהחיל תובנה זו תוך בחינתה של הלכה ותיקה וידועה בתחום סדרי הדין האזרחיים – הלכת שמש.³ נבירה בפסקי-הדין של בתי-משפט שלום ובתי-משפט מחוזיים המיישמים את הלכת שמש בשנים האחרונות מגלה מגמה מרתקת: בעוד בית-המשפט העליון נותר עקבי בעמדתו ומיישם את ההלכה לאורך עשרות שנים, ניתן לזהות ניסיון ברור של שופטים מבתי-משפט שלום ומבתי-משפט מחוזיים לצמצם את ההלכה, לבטל אותה ולפסוק בניגוד לה. מגמה זו מבטאת התקוממות של ממש, מרד בהלכה מחייבת של בית-המשפט העליון, וממילא אף באחת מאבני-היסוד של השיטה המשפטית שלנו. סטייה מתקדים מחייב אינה מעשה של יומיום, ואך בית-המשפט העליון, הוא ולא אחר, יכול לעשות כן במקרים חריגים – למשל, כאשר נקבע תקדים שהוא בבחינת טעות או קביעה שאינה חוקית.⁴ הנחה זו מתנפצת על קרקע המציאות. כפי שיוצג להלן, בעשרות רבות של פסקי-דין החליטו בתי-משפט שלום ובתי-משפט מחוזיים ברחבי הארץ לעשות מעשה, לקום על ההלכה המחייבת של בית-המשפט העליון ולפסוק מפורשות בניגוד לה, פעמים רבות תוך ניסיון להצדיק סטייה זו. במסגרת חיבור זה אבחן את פסקי-הדין הללו, כמו גם את הנסיבות השונות להצדיק את הסטייה מההלכה בטיעונים מטיעונים שונים, ואעמוד על טיבם.⁵ ניתוח ההחלטות של בתי-המשפט קמא

2 Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 Am. L. Rev. 12, 15 (1910)

3 ע"א 37/59 שמש נ' "מפעל המים" כפר סבא, אגודה הקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד יג 834 (1959) (להלן: הלכת שמש או לחלופין עניין שמש; מפאת ריבוי האזכורים של הלכה זו במאמר לא יודגש שמה באותיות מודגשות).

4 בג"ץ 297/77 חן נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, פ"ד לא(3) 679, 691 (1977): "...כלל הוא שלא בנקל יסטה בית המשפט העליון מהלכה שהוא עצמו קבעה, והוא יעשה כן רק אם השתכנע שההלכה שנקבעה בטעות יסודה." השוו בג"ץ 243/71 אייזיק (שי"ק) נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 33, 52 (1972): "חלילה לו לבית משפט זה מלקעקע יסודותיה של הלכה פסוקה, זולת במקרים יוצאים מן הכלל." ודוק: דברים אלה נקבעו בנוגע ליכולתו של בית-המשפט העליון לסטות מתקדימיו שלו, ואין הם עוסקים, מטבע הדברים, בסמכותו של בית-המשפט קמא לעשות כן. נראה כי בית-המשפט העליון לא העלה כלל על דעתו אפשרות זו, המנוגדת לעקרונות-יסוד בשיטת המשפט שלנו.

5 ודוק: במסגרת זו אבחן אך את נקודות-הציון המרכזיות והחשובות העוסקות בהלכת שמש, הווה אומר, את פסקי-הדין הדנים באופן מפורש, ברור ומנומק בהלכה, ולא פסקי-דין העושים בהלכה שימוש אקראי, אגבי או לא-מנומק. זאת ועוד, נקודת המוצא הברורה מאליה בדיון שלהלן היא חובתם של בתי-המשפט קמא לפעול בהתאם לשיטת התקדים המחייב.

פוחת צוהר להתבוננות על פסיקה שנהפכה בשיטתנו לנסתרת מן העין בשל ההתמקדות בפסיקתו של בית-המשפט העליון. ניתוח פסקי-הדין של בתי-משפט השלום ובתי-המשפט המחוזיים מצביע על האופן שבו העקרונות הנורמטיביים שבית-המשפט העליון קובע מיושמים הלכה למעשה, כמו-גם על האופן שבו המשפט מתפתח ומשפיע על סביבתו. מכאן אף תרומתו הצנועה של המאמר, המבקש לחשוף מגמה הרוחשת "מתחת לפני השטח" – מגמה שאי-אפשר להציף ולנתח מבלי לנתק את המבט מפסיקתה של הערכאה העליונה ולכוונו מטה אל פסיקתן של הערכאות הנמוכות. היטיב לנסח את הדברים פרופ' שאואר (Schauer) באומרו:

"Looking at Supreme Court opinions largely in the context of other Supreme Court opinions is much like studying the ocean from the deck of the Queen Elizabeth II. There is a big world below the surface, one we will not see if we restrict our attention to what is on the top."⁶

פרק א: המשפט בספרים – גישתו של בית-המשפט העליון

"את כל הדבר אשר אנכי מצוה אתכם אתו תשמרו לעשות – לא תסף עליו ולא תגרע ממנו."⁷

סטייה מחובה זו תיצור אי-יציבות משפטית, שתוביל לכשל ממשי ביכולתם של בעלי-הדין לעשות שימוש בפסקי-דין שניתנו בעבר ולהסתמך עליהם. כמו-כן היא תרום לחוסר ודאות של בעלי-הדין בנוגע להלכה הנוהגת, ותוביל לחוסר עקביות בשיטה, כמו-גם ליחס לא-שוויוני, שבמסגרתו מקרים דומים יקבלו פתרונות שונים. עקרון התקדים המחייב נידון בספרות המקרית בהרחבה רבת, ואין זה המקום הראוי להרחיב על-אודות מקורותיו בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית, כמו-גם על הרציונלים וההצדקות התיאורטיות לקיומו. להרחבה ראו: LAURENCE GOLDSTEIN, PRECEDENT IN LAW (1987); NEIL DUXBURY, THE NATURE AND AUTHORITY OF PRECEDENT (2008); MICHAEL J. GERHARDT, THE POWER OF PRECEDENT (2008); COLIN MANCHESTER & DAVID SALTER, EXPLORING THE LAW: THE DYNAMICS OF PRECEDENT AND STATUTORY INTERPRETATION (2006); Frederick Schauer, *Precedent*, 39 STAN. L. REV. 571 (1986–1987); David Lyons, *Formal Justice and Judicial Precedent*, D. NEIL, 38 VAND. L. REV. 495 (1985); BEIKER, במדינות הקונטיננטל, ראו: D. NEIL, MACCORMICK & ROBERT S. SUMMERS, INTERPRETING PRECEDENT: A COMPARATIVE STUDY (1997).

⁶ Frederick Schauer, *Opinions as Rules*, 53 U. CHI. L. REV. 682 (1986)

⁷ דברים יג 1.

1. מהמסד ועד הטפחות – הלכת שמש בפסיקת בית-המשפט העליון

הלכת שמש היא אחת ההלכות הידועות העוסקות בסמכותו העניינית של בית-משפט השלום בכל הנוגע בשימוש במקרקעין. חוק בתי-המשפט קובע כי בית-משפט השלום מוסמך, בין היתר, לדון בתביעות בדבר חזקה או שימוש במקרקעין.⁸ בעניין שמש נבחן באיזה אופן יש להבין את סמכותו של בית-משפט השלום לנוכח סעיף זה, ונקבע כי "תביעה בדבר 'שימוש במקרקעין'... פירושה תביעה לשימוש תוך שמירה על גוף הנכס".⁹ קרי: בית-משפט השלום מוסמך לדון ולפסוק בתביעות שהסעד הנדרש בהן הוא שימוש וחזקה במקרקעין, כל עוד אלה שומרים על שלמות המקרקעין. כאשר הסעד הנדרש הוא שימוש וחזקה במקרקעין שלא תוך שמירה על גוף הנכס (כלומר, תוך שינוי של חלק מהמבנה הפיזי של הנכס), אין בית-משפט השלום רשאי לדון בתביעה, והסמכות נתונה בידי בית-המשפט המחוזי בלבד.

בפסק-הדין בעניין גולדמן¹⁰ אזכר בית-המשפט העליון לראשונה את הלכת שמש ופסק לאורה. בעניין זה נידונה טענת המערער כי בית-המשפט המחוזי לא היה מוסמך לדון בתביעה למתן צו עשה להחזרת המצב לקדמותו לאחר שנעשה שינוי במקרקעין (הסרת מרצפות, סתימת פתחים וכדומה), וזאת משום שחוק בתי-המשפט מוסר את הסמכות לדון בתביעות בדבר חזקה ושימוש במקרקעין לבית-משפט השלום. בית-המשפט העליון דחה טענה זו, וקבע פה אחד כי אין מדובר בתביעה לשימוש במקרקעין המצויה בתחום סמכותו של בית-משפט השלום, וזאת בהתבסס על ההבחנה שנקבעה בעניין שמש: שימוש במקרקעין שבית-משפט השלום מוסמך לפסוק לגביו הוא אך ורק שימוש תוך שמירה על גוף הנכס:

"לפי המבחן שנתקבל על ידי בית משפט זה בע"א 37/59 [עניין שמש – א' ט'] לא היה כאן שימוש במקרקעין תוך שמירה על גוף הנכס, אלא הריסת חלק מהמקרקעין ובנייתם מחדש בצורה אחרת. תביעה כזאת אינה נכנסת לגדר סמכותו של בית משפט השלום, ולכן בית המשפט המחוזי מוסמך לדון בה."¹¹

8 ס' 51(א)(3) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ס"ח 198 (להלן: חוק בתי-המשפט).

9 עניין שמש, לעיל ה"ש 3, בעמ' 836 (ההדגשה הוספה). בפסק-הדין דובר בס' 28(3) לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, שהוחלף בס' 51(א)(3) לחוק בתי-המשפט.

10 ע"א 524/63 גולדמן נ' אלגרבלי, פ"ד יח(3) 74 (1964) (להלן: עניין גולדמן).

11 שם, בעמ' 79. ראו בעניין זה גם יצחק כהן "שימוש במקרקעין: יישומו המוטעה של מבחן הסעד והשלכותיו" מחקרי משפט כד 533 (2008), שם מצביע המחבר כי בית-המשפט העליון לא דייק בכל הנוגע בהחלת מבחן הסעד הנדרש לקביעת סמכותו של בית-המשפט הדן בעניין, ותחת זאת בחן את המעשה שהוביל להגשת התובענה, הווה אומר, את עילת התביעה. קביעה זו, אף שהיא נכונה כשלעצמה, אינה מאיינת את עמדתו של בית-המשפט העליון בנוגע לתקפותה של הלכת שמש.

גם בפסקי-דין מאוחרים יותר שב בית-המשפט העליון וחזר על הלכת שמש, אם כאזכור בהסכמה בלבד¹² ואם ביישום הדברים הלכה למעשה. כך, בפסק-הדין בעניין מלונות דן¹³ עלתה שאלת סמכותו העניינית של בית-המשפט לדון בתובענה להריסת בנייה שחרגה לכאורה מהגבהים הקבועים בתוכנית המתאר. בית-המשפט העליון קבע כי לנוכח הלכת שמש הסמכות לדון בתביעה זו, שמהותה שימוש במקרקעין שלא תוך שמירה על גוף הנכס, נתונה לבית-המשפט המחוזי:

"על מנת שעניין ייחשב כבא בגדר הדיבור 'שימוש במקרקעין' לפי סעיף 51(א) (3) לחוק בתי המשפט... אין די בכך שתוצאת ביצוע הצו המבוקש תשפיע על אופי השימוש של התובע במקרקעין הוא אלא דרוש גם שתוצאת הצו תשמור על גוף נכסו של הנתבע: ע"א 37/59 פ"ד יג 834; ע"א 294/65 פ"ד יט (4) 107... אכן עניינה של המבקשת היה בא בגדרו של סעיף 51(א) (3) אילו טענו המשיבות אך שהיא משתמשת בנכס שלה באופן הפוגע בשימוש... אך במקרה דנן עצם מציאות המבנה של המבקשת הוא הפוגע בשימוש של המשיבות בנכסן ולא השימוש בנכס ולכן אין מדובר ב'שימוש במקרקעין' בלבד."¹⁴

גם בפסק-הדין בעניין אלגריה¹⁵ עשה בית-המשפט העליון שימוש קצר, תמציתי וברור בהלכת שמש. באותו מקרה דובר שוב בצו שעניינו הריסת מבנה. בית-המשפט העליון חזר על ההלכה וקבע נחרצות:

"אכן, בית-משפט השלום הוא המוסמך לדון בתביעות בדבר חזקה או שימוש במקרקעין. ראו סעיף 51(א) (3) לחוק בתי המשפט, ואולם מדובר רק בתביעות לשימוש במקרקעין תוך שמירה על גוף הנכס. ראו ע"א 294/65 ככר הרצל בע"מ נ' גולדברג, בעמ' 112. ההלכה היא כי תביעה להריסת חלק במקרקעין הינה בסמכות בית-המשפט המחוזי, משום שאין מדובר בשימוש במקרקעין תוך שמירה על גוף הנכס. ראו ע"א 524/63 גולדמן נ' אלגרבל, בעמ' 79. במילים אחרות, כאשר עצם מציאות המבנה הלא חוקי של המשיבים היא הפוגעת בשימושה של המבקשת בנכסה, ולא השימוש שעושים המשיבים במבנה, הסמכות היא בידי בית-המשפט המחוזי."¹⁶

12 ע"א 294/65 ככר הרצל בע"מ נ' גולדברג, פ"ד יט (4) 107 (1965) (להלן: עניין הרצל); ע"א 27/77 טובי נ' רפאלי, פ"ד לא (3) 561 (1977).

13 רע"א 4669/96 חברת מלונות דן בע"מ נ' שותפות מלון ספורט אילת בע"מ (לא פורסם, 25.7.1996) (להלן: עניין מלונות דן).

14 ש.ם.

15 רע"א 7166/02 אלגריה נ' אברמוב, פ"ד נו (1) 337 (2002) (להלן: עניין אלגריה).

16 ש.ם, בעמ' 339.

בעניין ג'מיל¹⁷ נדרשה שוב התייחסותו של בית-המשפט העליון להלכת שמש. הפעם עשה זאת בית-המשפט בזהירות, תוך הבעת מורת-רוח מן ההלכה ואף תוך העלאת ספק בדבר נחיצותה, אך נוהר וזהירות רבה לא לבטלה.

בפסק-הדין נידונה תובענה בעניין הריסת פרגולה.¹⁸ נטען כי מעשיו של בעליה עולים כדי העוולה הנויקית של מטרד ליחיד על-פי סעיף 44 לפקודת הנויקין,¹⁹ הווה אומר, כי יש בהתנהגותו משום הפרעה לשימוש סביר במקרקעין שבבעלותו של הטוען. בית-המשפט המחוזי קבע, לאור הלכה ותיקה בנושא,²⁰ כי הסמכות לדון בתביעה בגין מטרד ליחיד נתונה לבית-משפט השלום, והתיק הועבר בהתאם.

כאשר נדרש לפרש את התיבה "שימוש במקרקעין", חזר בית-המשפט העליון על הקביעה העקרונית שניתנה בעניין שמש, וקבע כי השימוש הנתון לפתחו של בית-משפט השלום הוא זה השומר על גוף הנכס. עם זאת, אמר בית-המשפט, עסקינן בתביעה שעניינה עוולת המטרד ליחיד, ולנוכח הלכות העבר תביעה זו מצויה בתחום סמכותו של בית-משפט השלום, גם אם הסעד הנדרש בה הוא הסרת המטרד:

"אין חשיבות לעובדה שהסעד המבוקש הוא צו הריסה... הלכת שמש מתייחסת רק למקרה שבו הפגיעה היא בנכס שבחלקת התובע, ולא כאשר הסעד המתבקש מתייחס לחלקה אחרת. במקרה זה האחרון הסמכות אינה קשורה למקרקעין אלא נובעת מעילת המטרד ליחיד..."²¹

פסק-הדין בעניין ג'מיל אינו מבטל את הלכת שמש, אלא רק מסייג אותה ככל שהדבר נוגע בתביעות בגין מטרד ליחיד. אכן, הקורא את פסק-הדין חש בחוסר הנוחות של בית-המשפט לנוכח ההלכה הוותיקה, המצמצמת את סמכותו של בית-משפט השלום לפסוק בתובענות שונות במקרקעין. במאמר מוסגר אף הוסיף בית-המשפט כי אין מקום "להרחיב את תחולתה של הלכת שמש" אף לתביעות הנוגעות בעוולת המטרד ליחיד, וכי לדידו "כל פועלם של הכללים התוחמים את סמכות בית-משפט השלום לדון בתובענות שעניינן מקרקעין, הוא בסרבול הדיון ובהכבדה על יכולת המערכת השיפוטית לפעול ביעילות".²²

- 17 רע"א 4991/03 ג'מיל נ' לוי, פ"ד נו(5) 556 (2003) (להלן: עניין ג'מיל).
- 18 הצדדים היו בעלים במשותף של נכס מקרקעין והפעילו בהם חנויות זה לצד זה. יום אחד החליט לוי לבנות פרגולה בשטח חנותו מבלי שביקש את הסכמת ג'מיל (ומבלי שקיבל היתר בנייה כדיון). ג'מיל, שסבר כי הפרגולה שכנה לוי מסתירה את החנות שלו ואת השלט שמעליה מעיני העוברים-ושבים, פנה לבית-המשפט המחוזי בטענה שמעשיו של לוי עולים כדי העוולה הנויקית של מטרד ליחיד.
- 19 פקודת הנויקין [נוסח חדש], תשכ"ח-1968, נ"ח 266.
- 20 ע"א 34/56 מילוא, מועדון לסופרים ואמנים נ' סיני, פ"ד י 1538 (1956).
- 21 עניין ג'מיל, לעיל ה"ש 17, בעמ' 559, מול האות ה. להרחבה בעניין נימוק זה, שאינו מספק הסבר הגיוני רב-ערך, ראו כהן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 554-555.
- 22 עניין ג'מיל, לעיל ה"ש 17, בעמ' 560. בית-המשפט אינו חוסך שבטו מההלכה הוותיקה: "הלכה זו נוצרה כאשר להנחה שבבסיס כללי הסמכות העניינית, ההנחה בדבר קיומו של

עם זאת, ועל-אף הביקורת הנוקבת, נמנע כאמור בית-המשפט מלפסוע צעד נוסף בעניין. אכן, בית-המשפט היה יכול, אילו רצה, להורות על ביטולה של הלכת שמש. הוא היה יכול לומר כי משום היות ההלכה ארכאית אין עוד להורות לפיה. אולם הוא בחר לא לעשות כן. תחת זאת בחר בית-המשפט את מילותיו בקפידה, וקבע כי אין מקום להרחיב את תחולתה של ההלכה מעבר לגבולותיה הנוכחיים. בכך – ונראה כי אף על כך אין חולק – לא ביטל בית-המשפט את ההלכה. אמרו מעתה: פסק-הדין בעניין ג'מיל ביקר את הלכת שמש, ריכך אותה, בחר לא להרחיבה ואולי אף צמצם את תחולתה, אך בשום אופן לא הביא לידי ביטולה.

שני פסקי-הדין האחרונים שבהם עסק בית-המשפט העליון בעניין שמש מאששים מסקנה זו, תוך שהם מיישמים את ההלכה ומחזקים אותה. בפסק-הדין בעניין וולפינגר²³ ובפסק-הדין בעניין קנאזע²⁴ קובע בית-המשפט מפורשות כי "ההלכה היא, כי תביעה להריסת חלק במקרקעין הינה בסמכות בית-המשפט המחוזי, וזאת משום שאין המדובר בשימוש במקרקעין תוך שמירה על גוף הנכס".²⁵ למען הסר ספק, בית-המשפט מקפיד לומר

קשר בין מיומנות השופטים בערכאה מסוימת והכשרתם לבין סמכותה העניינית של אותה ערכאה, הייתה אחיזה במציאות. כיום, כאשר בית משפט השלום מוסמך לדון בתובענות כספיות שנתבע בהן סעד עד לגובה של שני מיליון וחצי שקלים, אין לטעון כי חסרה לבית משפט השלום המיומנות הנדרשת על מנת לדון בתובענות במקרקעין שאינן נוגעות לשימוש ולהחזקה..."

23 רע"א 3189/06 וולפינגר נ' ראובני (לא פורסם, 20.8.2006) (להלן: עניין וולפינגר).
24 רע"א 10889/07 קנאזע נ' הנזירות הפרנסיסקניות של הלב הטהור של מריה (טרם פורסם, 4.5.2008) (להלן: עניין קנאזע).

25 עניין וולפינגר, לעיל ה"ש 23, פס' ו; עניין קנאזע, לעיל ה"ש 24, פס' 10. מעניין שבשני פסקי-הדין הללו התבקשו מבית-המשפט קמא שני סעדים: בפסק-הדין בעניין קנאזע היו אלה שני סעדים במקרקעין, ואילו בפסק-הדין בעניין וולפינגר דובר בסעד במקרקעין בשילוב עם סעד כספי. בעניין קנאזע החיל בית-המשפט, ובצדק, את הלכת "הטפל הולך אחר העיקר". דא עקא שגם בעניין וולפינגר הכריע בית-המשפט כי יש להחיל הלכה זו. לחיזוק דבריו בנוגע להחלתה של הלכת "הטפל הולך אחר העיקר", סמך בית-המשפט את ידיו על פסק-הדין הוותיק והידוע בעניין קלקודה (ע"א 148/58 קלקודה נ' אגד, פ"ד יג 260 (1959)), כמו-גם על ההחלטה בעניין אחוזת אסתר (רע"א 8323/05 אולמי אחוזת אסתר נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם, 8.9.2005)). דא עקא ששני פסקי-הדין הללו עוסקים במצב שבו התבקש בית-המשפט להכריע בשני סעדים במקרקעין, אחד המצוי בתחום סמכותו של בית-משפט השלום ואחר המצוי בתחום סמכותו של בית-המשפט המחוזי. במקרה כזה – ורק מקום ששני הסעדים המתבקשים הם במקרקעין – חלה הלכת "הטפל הולך אחר העיקר", בדיוק כפי שנקבע בשני פסקי-הדין שאליהם הפנה בית-המשפט, כמו-גם בפסק-הדין בעניין קנאזע. לעומת זאת, מקום שבית-המשפט נדרש להכריע בשני סעדים שונים, האחד כספי והאחר במקרקעין, והסעדים מצויים בתחום סמכותם של שני בתי-משפט שונים (האחד בתחום סמכותו של בית-משפט השלום והאחר בתחום סמכותו של בית-המשפט המחוזי), בדיוק כמו בעניין וולפינגר, במקרה כזה חלה הלכה ברורה ומוצקה אחרת, היא הלכת לוי נ' עקריש (ע"א 29/58 לוי נ' עקריש, פ"ד יב 1457 (1958)), המורה על הצורך לפצל את הדין.

את הדברים תוך שהוא מפנה לקביעתו הקודמת בעניין אלגריה²⁶ – קביעה שעשתה כאמור שימוש מפורש וברור בהלכת שמש, יישמה וחיוקה אותה. בכך, אפוא, אומר בית-המשפט העליון דברים ברורים לא אך באשר להלכת שמש, אלא אף באשר לתוקפה בימינו-אנו.

2. סיכום-ביניים – המשפט בספרים

מעטים הם פסקי-הדין שהוציא בית-המשפט העליון מתחת ידיו העוסקים בהלכת שמש. רובם המוחלט של העניינים הנוגעים בהלכה זו הסתיימו בבית-המשפט קמא מבלי שהעניין יגיע לפתחו של בית-המשפט העליון. אבל, וזאת חשוב לומר כבר עתה, בכל המקרים שבהם נדרש בית-המשפט העליון לעניין, הוא חוזר על הלכת שמש, עשה בה שימוש ברור והותיר אותה על כנה. אכן, יש הטוענים, כפי שנראה להלן, כי הלכת שמש היא הלכה ארכאית חסרת הצדקה ממשית בעולם המשפט של ימינו. היא יוצאת מנקודת-הנחה – שהייתה רלוונטית אולי למועד שבו התקבלה – שלפיה שופטי בית-משפט השלום אינם מיומנים דיים להכריע בתביעה להריסת חלק ממקרקעין, שכן תביעה זו נתפסת, אם כי לא ללא סייג, כתביעה משמעותית ומורכבת יותר מתביעה לשימוש במקרקעין תוך שמירה על גוף הנכס. אלא שכיום, לנוכח הרחבת סמכויותיו של בית-משפט השלום בשנים האחרונות, אין ספק עוד באשר ליכולתם של שופטי בית-משפט השלום לעשות כן במקצועיות רבת. טוב יהיה, אפוא, אם תוציא הלכת שמש את ימיה ותלך לבית-עולמה. דא עקא, כאמור, הלכת שמש היא הלכה שרירה ותקפה: כל אימת שבית-המשפט העליון נדרש לעסוק בה, הוא בוחר, במודע ובמכוון, לא לבטלה, אלא להפך – לשוב ולאזכר את הקביעה הגלומה בה תוך שהוא ממשיך ומחיל אותה על העניין הנידון לפניו.

נראה אפוא כי עמדה זו של בית-המשפט העליון בדבר תקפותה של הלכת שמש נותרה עקבית. לאורך השנים חל אומנם פחות מסוים במעמדה של ההלכה – בית-המשפט העליון הורה כי אין להרחיבה אף לתביעות בגין עוולת המטרד ליחיד, וכי ראוי לא להקשיחה יתר על המידה. עם זאת, הכרסום המסוים או הריכוך שנעשו בהלכה לא העבירוה מן העולם, ולא ביטלו אותה כלל ועיקר. אם יבחן פלוני מה ההלכה הנוהגת באשר לסמכותו העניינית של בית-משפט השלום בכל הנוגע בשימוש במקרקעין, הוא ימצא כי לא רק שבית-המשפט העליון מעולם לא ביטל את ההלכה, אלא שהוא אף שב ומאזכר אותה בהסכמה, שב ומחיל אותה על מקרים דומים, שב וקובע מפורשות כי "ההלכה היא כי תביעה להריסת חלק במקרקעין הינה בסמכות בית המשפט המחוזי"²⁷ ולפיכך שבית-משפט השלום מוסמך לדון אך בתביעות בדבר שימוש במקרקעין תוך שמירה על גוף הנכס, בדיוק כפי שהורתה לנו ההלכה עת נקבעה. התנהלות זו, הגם שקמו לה מבקרים רבים, אינה מותרת מקום לספק: גם אם אבד הכלח על ההלכה הוותיקה, ברי כי היא לא בוטלה, ומכיוון שכך, ולנוכח הוראת סעיף 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה, ברי כי היא מחייבת את כל בתי-המשפט קמא להרכין ראשם לפני ולפסוק לאורה. האומנם כך הוא הלכה למעשה?

26 עניין אלגריה, לעיל ה"ש 15.

27 שם, בעמ' 339.

פרק ב: המשפט בפעולה – גישת השופטים בבתי-משפט השלום ובבתי-המשפט המחוזיים

"עד שלא נתקלת במציאות האפורה ובבעיות הרבות והבלתי נפתרות שהמשפט בפעולתו מעורר יום-יום מעצם היותו פונקציה חברתית, קשה להעריך את התשתית ההלכתית של המקצוע הזה."²⁸

1. תהיות בנוגע לנחיצותה של ההלכה ומסקנות זהירות – השופט אזר

בשנת 1996 פרסם השופט עדי אזר, אז שופט בית-משפט השלום בתל-אביב, מאמר שכותרתו "שימוש במקרקעין תוך שמירה על גוף הנכס – בית משפט מחוזי או שלום?".²⁹ במאמר זה ביקש אזר לדון בהלכת שמש, לעמוד על טיבה ולבחון את נחיצותה. טענתו המרכזית: הגיעה העת להתיר לבית-משפט השלום לדון ולהכריע אף בתביעות שהסעד בהן הוא שימוש במקרקעין שלא תוך שמירה על גוף הנכס. את הלכת שמש, טען אזר, יש להבין על רקע התקופה שבה נפסקה: שנתיים לאחר חקיקת חוק בתי-המשפט, כאשר בית-משפט השלום דן בעניינים פעוטי-ערך ודמה לבית-המשפט לתביעות קטנות של ימינו.³⁰ מאז ועד היום חלו שינויים רבי-חשיבות בנוגע לסמכותו של בית-משפט השלום: סמכותו העניינית בנוגע לתביעות כספיות הורחבה עד-מאוד (ועומדת כיום על סך של 2.5 מיליון ש"ח), השופטים המכהנים בו צברו ניסיון רב בתחומים הנידונים, ובית-המשפט מבסס את עצמו כערכאה הדיונית הראשונה ברוב העניינים. לנוכח נתונים אלה, ועל-מנת ליעל את הליך ניהולו של המשפט, מן הראוי, טוען אזר, לבטל את הלכת שמש, שלפיה סמכותו של בית-משפט השלום מוגבלת לתביעות בדבר שימוש במקרקעין אך ורק תוך שמירה על גוף הנכס.³¹

- 28 אלפרד ויתקון "המשפט להלכה ולמעשה" משפט ושיפוט 122 (1988).
- 29 עדי אזר "שימוש במקרקעין תוך שמירה על גוף הנכס – בית משפט מחוזי או שלום?" המשפט ג 119 (1996).
- 30 כך, למשל, שווי הסמכות העניינית של בית-משפט השלום בתביעות כספיות עמד בשנת 1957 על סך של 1,500 לירות – סכום שווה-ערך לכ-16,500 ש"ח במונחים של היום.
- 31 את הדברים הללו, שהינם נכונים וחשובים, תמך השופט אזר בכמה אמירות כלליות של שופטי בית-המשפט העליון הנוגעות בחלוקת הסמכויות בין בתי-משפט השלום לבין בתי-המשפט המחוזיים. כך, למשל, הוא ציטט מדבריו של השופט שמגר בע"א 510/82 חסן נ' פלדמן, פ"ד לז(3) 1, 13 (1983) (להלן: עניין חסן נ' פלדמן): "קשה לגלות סיבה סבירה לכך, מדוע ממשיך להתקיים הפיצול בין סמכויותיו של בית-משפט השלום לבין זה של בית המשפט המחוזי... היינו מדוע בית-משפט השלום אינו מוסמך לדון גם בתביעות בעלות במקרקעין בתחום סמכויותיו הכספיות... התחימה, הקיימת בסמכויות, היא מיושנת, ואף מרבה כשלעצמה דיונים מיותרים במחלוקות סמכות. על-כן מן הראוי היה, שהמחוקק ייתן

את מאמרו בחר השופט אור לסיים בשתי אמירות מעניינות: ראשית, בקביעה חדה כי "את ההלכה שנפסקה בעניין שמש יכול לשנות רק בית המשפט העליון אשר, כידוע, הוא בית-המשפט היחיד שאינו קשור בתקדימו"³²; שנית, באמירה כי "נראה כי לא במהרה יגיע עניין מעין זה לבית המשפט העליון... לפיכך, ראוי שיבוצע תיקון בחוק בתי המשפט אשר יוסיף לסעיף 51(א)(3) לחוק, בסוף הסעיף, את המילים 'שימוש, לרבות שימוש שאין בו שמירה על גוף הנכס'³³.

אמירתו השנייה של השופט אור לא עמדה במבחן המציאות. עוד באותה שנה נדרש בית-המשפט העליון לעניין הלכת שמש, וקבע את שקבע בהחלטה בעניין מלונות דן.³⁴ זאת ועוד, עובדה היא כי אף בשנים שלאחר-מכן שב בית-המשפט העליון ועסק בהלכת שמש, ובחר להותירה על כנה.

עם זאת, קביעתו הראשונה של השופט אור היא קביעה אחראית, זהירה ושקולה. היא מבינה כי על-אף העובדה שאבד הכלח על הלכת שמש, וחרף היותה מיושנת ומותרת, אין לבתי-המשפט קמא כל אפשרות לחרוג ממנה, ואל להם לעשות כן אלא בסמכות וברשות.³⁵ קביעה זו מפנימה לא רק את מהותה של ההוראה הקבועה בסעיף 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה, אלא אף את הרציונל החשוב העומד בבסיסה, כמו-גם את הסכנה הקשה הגלומה בהפרתה. אילו היה השופט אור יכול לנבא את השתלשלות העניינים הנוגעת בהלכת שמש, ובמיוחד את האופן שבו נהגו בה בתי-משפט השלום ובתי-המשפט המחוזיים, בוודאי היה מעצים את קביעתו בנוגע לסמכות שינויה של הלכה שיפוטית בישראל, כמו-גם בנוגע לאחריות הנדרשת מבית-המשפט מקום שהוא נדרש להחיל הלכה שאינה נראית לו.

דעתו למכשלה, הנובעת מן ההפרדה הקיימת בסמכויות כדי לשקול הסרתה. דברים דומים אומר שמגר אף בע"א 476/88 אשתר נ' נפתלי, פ"ד מה(2) 749, 757 (1991). דברים אלה, הגם שאינם עוסקים באופן ישיר ומכוון בהלכת שמש, מצביעים על השינויים שהתחוללו ביחס לסמכותו העניינית של בית-משפט השלום, כמו-גם על חלוקת הסמכויות הרצויה, שלפיה יוכל בית-משפט השלום לעסוק בכל ענייני המקרקעין מבלי שהדברים יפגמו ביעילות הדיון ובקיומו התקין.

32 אור, לעיל ה"ש 29, בעמ' 127.

33 שם, בעמ' 128.

34 לעיל ה"ש 13.

35 השוו לאמירתו של השופט גולדברג בעניין אשתר, לעיל ה"ש 31, בעמ' 756, שעסקה אף היא במתן סמכויות שונות לבית-משפט השלום: "כל עוד לא תוקן המעוות בחקיקה, לא בידינו להעניק לבית-משפט השלום, בחקיקה שיפוטית, סמכות לא לו, שאינה עולה בקנה אחד עם הגדרת הסמכויות שבחוק בתי המשפט [נוסח משולב], לחרוץ גורלן של תביעות הנוגעות למקרקעין."

2. הנפת נס המרד – בית-משפט השלום בקרית-גת פוסק בניגוד להלכה

פסק-הדין הראשון שפסק באופן מפורש ומנומק בניגוד להלכת שמש³⁶ ניתן בשנת 1998 בבית-משפט השלום בקרית-גת בעניין מנהל מקרקעי ישראל נ' קריספיל.³⁷ באותו עניין הוגשה תביעה למניעת שימושים שונים במקרקעין. בין היתר נטען כי בית-משפט השלום אינו מוסמך לדון בתביעה משום שהשימוש הנדון אינו נופל לגדר ההגדרה של שימוש תוך שמירה על גוף הנכס. בית-משפט השלום ניצל את ההזדמנות שניתנה לו והחליט לעשות מעשה:

"הלכה זו אשר נקבעה על ידי בית המשפט העליון בע"א 37/59 שמש נ' מפעל המים בעמוד 836 מהווה עדיין הלכה מחייבת. יחד עם זאת מתקשה אנכי להתעלם מהביקורת הרבה אשר נכתבה על אודות האבחנה המיותרת בנוסח סעיף 51(א)(3) לחוק בתי המשפט, המאבחן בצורה מלאכותית בין סמכות בית משפט שלום לבין בית משפט מחוזי, לדון בענייני מקרקעין. שכן אין זה ברור מדוע יכול בית משפט השלום לדון בעניינים שברומו של עולם ולהכריע גורלם של מיליוני שקלים כאשר מדובר בתביעות פינוי הנוגעות לשאלת חזקה במקרקעין, אך לא יכול להכריע את עניינה של בניית גדר או הריסתה מאחר ומדובר בשימוש במקרקעין שאינו 'תוך שמירה על גוף הנכס'.³⁸"

הדברים, קובע בית-המשפט, מעידים על מגמה שלפיה ההבחנה המשפטית בהגדרת סמכויותיו של בית-משפט השלום לדון בענייני מקרקעין אינה ראויה ואינה נדרשת עוד:

"פסיקתו של בית-המשפט העליון, אשר קבעה את ההלכה, כי 'שימוש' יש לפרשו כ'שמירה על גוף הנכס', הינה משנות ה-60 ולא מצאתי כל פסק-דין של בית-המשפט העליון, החוזר על הלכה זו או תומך בה מתקופתנו אנו... כיום עם הרחבת סמכויותיו של בית-משפט השלום, יש לצקת למושג 'שימוש' תוכן ומשמעות רחבים

36 יצוין כי גם במועדים מוקדמים יותר פסקו בתי-המשפט קמא בניגוד להלכת שמש, אך עשו כן בטעות או לא באופן מנומק. לא אחת כאשר הגיעו פסיקות מעין אלה לפתחו של בית-המשפט העליון, תיקן אותן זה האחרון והעמיד את הלכת שמש על מכונה. דוגמה לכך ניתן למצוא בהמרצה 437/95 חברת מלונות דן בע"מ נ' שותפות מלון ספורט אילת (לא פורסם, 22.10.1995). במקרה זה תיקן בית-המשפט העליון את הנדרש תיקון, והעמיד דברים על דיוקם במסגרת בקשת רשות הערעור שהוגשה. ראו עניין מלונות דן, לעיל ה"ש 13.

37 ת"א (שלום ק"ג) 418/97 מינהל מקרקעי ישראל נ' קריספיל, פ"מ תשנ"ו(4) 103 (1998) (להלן: עניין קריספיל). פסק-הדין ניתן על-ידי השופטת רחל ברקאי, אז סגנית נשיא בית-משפט השלום בקרית-גת.

38 שם, פס' 12. בבקשו להציג את השינויים שהתקיימו לכאורה בנוגע לסמכותו העניינית של בית-משפט השלום, תומך בית-המשפט את דבריו בכמה אמירות כלליות, ביניהן דבריו של השופט שמגר שהובאו לעיל בה"ש 31.

יותר, אשר יקנו את מרב הסמכויות לבית-המשפט השלום... אשר על כן, גם אם אין תביעת המינהל נוגעת לשימוש 'תוך שמירה על גוף הנכס...' אני סבורה שיש לתת למושג 'שימוש' משמעות רחבה המקנה סמכות עניינית לבית משפט השלום לדון בתובענה.³⁹

קביעות אלה מחייבות התייחסות בכמה מישורים. ראשית, כשנה לפני שנתן בית-משפט השלום את פסיקתו זו עשה בית-המשפט העליון, בהחלטתו בעניין מלונות דן,⁴⁰ שימוש מפורש וברור בהלכת שמש, והחיל אותה על מקרה שהגיע לפתחו. החלטה זו, אשר נעלמה כנראה מעיני בית-משפט השלום, קובעת לא רק שהלכת שמש חיה וקיימת, אלא שהיא אף מחייבת את בית-משפט השלום בפסק-הדין דנן לפעול לפיו. שנית, בעת מתן פסק-הדין בעניין קריספיל לא הייתה כל מגמה שיפוטית שהצביעה על שינוי בהלכת שמש. אומנם, אין חולק כי בית-משפט השלום של שנת 1959 שונה באופן מהותי מבית-משפט השלום של 1998, והדברים שהובאו לתמיכת הטענה עומדים בעינם.⁴¹ אך דברים אלה, ככל שהם נכונים וראויים, הינם כלליים, ואינם מתייחסים לתוקפה של הלכת שמש, לביטולה, לנחיצותה או להתעלמות מכוונת וקביעה מפורשת של בית-משפט שלום בניגוד להלכה שפסק בית-המשפט העליון. האמירה היחידה הנוגעת בתוקפה של הלכת שמש בעת מתן פסק-הדין בעניין קריספיל הייתה זו שהעלה השופט אור במאמרו.⁴² דברים אלה, חשובים ונכונים ללא ספק, הם בבחינת הבעת עמדה של שופט שלום מכהן כפי שבאו לידי ביטוי ברשימה שכתב, אך בכל הכבוד הראוי, אין הם בבחינת "מגמה" המצביעה על שינוי בהלכת שמש. שלישית, וגם אם נניח (אף שאין יסוד ממשי לכך) כי בעת מתן פסק-הדין בעניין קריספיל הייתה מגמה להגדיל את גדר סמכות העניינית של בית-משפט השלום, הרי בראשיתו של פסק-הדין ציין בית-משפט השלום כי הלכת שמש מחייבת ובת-תוקף; מניין, אם כן, שאב את הסמכות לפסוק בניגוד לה? כיצד היה בית-המשפט יכול לטעון, מחד גיסא, כי ההלכה מחייבת, ומאידך גיסא ובאותה נשימה, לפסוק – באופן ברור, מכון ומודע – בניגוד לה ובניגוד מוחלט להוראת סעיף 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה?

אכן, לא מעט תהיות עולות לנוכח דבריו של בית-המשפט. הדברים נעשים חריפים ובוטים אף יותר בפסקי-הדין הבאים הנדרשים להלכת שמש.

39 עניין קריספיל, לעיל ה"ש 37, פס' 15 ו-16. דברים דומים אמרה השופטת ברקאי אף ביושבה כשופטת בית-המשפט המחוזי בבאר-שבע. ראו ת"א (מחוזי ב"ש) 7220/03 דמרי נ' עזבון אליה, פס' 11 לפסק-הדין (לא פורסם, 19.11.2003). מעניין שעל פסק-הדין בעניין קריספיל הוגש ערעור לבית-המשפט המחוזי בבאר-שבע (ע"א 1248/00, שניתן ביום 22.12.2004). בית-המשפט המחוזי דחה את הערעור מבלי לעסוק בסוגיית הסמכות העניינית שהעלה בית-משפט השלום. על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי התבקשה רשות ערעור לבית-המשפט העליון (רע"א 651/05 קריספיל נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם, 12.4.2005)). בית-המשפט העליון דחה את הבקשה, אך שתק גם הוא בכל הנוגע בסוגיית הסמכות העניינית.

40 לעיל ה"ש 13.

41 ראו את דבריו של הנשיא שמגר לעיל בה"ש 31.

42 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 32.

3. המשכו של המרד – בתי-משפט השלום בעפולה ובירושלים פוסקים בניגוד להלכה

בעניין חליפה⁴³ דן בית-משפט השלום בעפולה בבקשה למנוע ביצוע עבודות בחלקת מקרקעין, ולהורות על הריסת כל שנבנה בה עד אותה עת. הנתבעים טענו כי בית-משפט השלום אינו מוסמך לדון בתובענה, בין היתר משום שהוא אינו מוסמך להעניק צו להריסת מבנה שנבנה על קרקע. בית-המשפט דחה טענה זו, וקבע כי הוא מוסמך להעניק צו הריסה מכוח סעיף 75 לחוק בתי-המשפט, ולמעשה כי מתוקף הוראה זו הוא רשאי לתת סעד החורג מסמכותו העניינית הקבועה בהלכת שמש.⁴⁴

קביעה זו מעוררת קושי לא-פתור. ראשית, סעיף 75 לחוק בתי-המשפט קובע את סמכותו הטבועה של בית-המשפט להעניק סעדים אזרחיים שונים ככל שיראה בית-המשפט לנכון בנסיבות המקרה העומד לפניו. זו סמכות כללית רחבה מאוד שניתנה לבית-המשפט להושיט סעד ולהעניק עזרה. במקרה דנן, לעומת זאת, יש הוראות ברורות ומפורשות, הן בחוק בתי-המשפט והן בפסיקת בית-המשפט העליון, הקובעות את סמכויותיו של בית-משפט השלום: אילו סעדים הוא מוסמך להעניק, ובעיקר אילו סעדים אין הוא מוסמך להעניק. שנית, ובהמשך לכך, גם אם נניח כי ניתן במקרה דנן לעשות שימוש בסעיף 75 לחוק בתי-המשפט, היעלה על הדעת כי בית-משפט שלום ייטול לעצמו סמכות לא לו, וכאשר יידרש ליתן דין-וחשבון על-אודות מקור המנדט להפעלת סמכות זו, יצביע על סעיף 75 לחוק בתי-המשפט? האם סעיף 75 הנ"ל מאפשר לבית-המשפט לעשות ככל העולה על רוחו, להתגבר על הוראות הדין בדבר סמכויותיו ומגבלותיו של בית-משפט השלום, ואף לפסוק בניגוד להלכה מחייבת של בית-המשפט העליון ובניגוד להוראת סעיף 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה? התשובה שלילית: סעיף 75 אינו מעניק לבית-המשפט סמכות יש מאין, דהיינו סמכות שלא הוקנתה לו מלכתחילה על-פי הדין, אלא חל אך בגדר העניינים המצויים בתחום סמכותו של בית-המשפט. ככזה, לא ניתן להביט על סעיף 75 הנ"ל כמנותק מהוראות הדין האחרות בעניין סמכותו של בית-המשפט; להפך, יש לראותו ככפוף להן, וממילא ברי כי הפעלתו צריכה להיעשות במסגרת ד' אמותיו של בית-המשפט, הווה אומר, במסגרת סמכותו העניינית, כפי שזו נקבעה בחוק ובפסיקה.⁴⁵

43 בש"א (שלום עפ') 960/00 חליפה נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"מ תש"ס(3) 481 (2000) (להלן: עניין חליפה). פסק-הדין ניתן על-ידי השופטת נחמה מוניץ, אז סגנית נשיא בית-משפט השלום בעפולה. אומנם, בין מועד מתן פסק-הדין בעניין קריספיל, לעיל ה"ש 37, לבין מועד מתן פסק-הדין בעניין חליפה ניתנו פסקי-דין נוספים, שחלקם חזרו על הלכת שמש. אלא שבאותם מקרים בחר בית-המשפט לא לפתח דיון בכל הנוגע בהלכה הנידונה, ולכן נראה כי אין צורך להרחיב בעניין. דוגמה לכך ניתן למצוא בע"א (מחוזי חי') 4623/97 יעקב בן נתן הרושת בע"מ נ' אחים וירטהיים בע"מ (לא פורסם, 20.7.1999). בפס' 6(ג) לפסק-הדין מאזכר בית-המשפט את הלכת שמש, אך בסופו של יום הוא פוסק מתוקף כללים דיוניים אחרים, וממילא אינו מקיים דיון בנוגע להלכה.

44 עניין חליפה, שם, בעמ' 489.

45 להסבר מפורט ומלומד של הדברים ראו בש"א (שלום ת"א) 173201/06 לוי נ' בזק בינלאומי

ניסיון מעניין אף יותר להתגבר על הלכת שמש ניתן למצוא בפסק־דינו של בית־משפט השלום בירושלים בעניין ברעם.⁴⁶ בעניין זה ביקשו התובעים מבית־המשפט להורות, בין היתר, על הריסת מבנה בלתי־חוקי. הנתבעים העלו טענה בדבר חוסר סמכותו העניינית של בית־משפט השלום לדון בתובענה, לנוכח הלכת שמש. בית־המשפט החליט כי יש להעניק פרשנות חדשה להלכה:

"בכוונתי להציע למבחן השימוש תוך שמירה על גוף הנכס' משמעות אחרת. אמנם כן, קיימת פסיקה של בית המשפט העליון אשר יש בה תימוכין לגישתו של ב"כ הנתבעים (ראו פרשת גולדמן ופרשת ככר הרצל הנוכרות לעיל). ואולם, חרף עובדה זו אני רואה עצמי בן חורין להציע מבחן אחר מזה שהוצע בפסקי דין אלה... אני סבור כי למבחן השימוש תוך שמירה על גוף הנכס אין ולא כלום עם שאלת דרכי המימוש של זכות השימוש, במידה וזכות זו קיימת. השאלה, כלום מימוש זכות השימוש מחייבת פגיעה בגוף הנכס, כגון הריסה, הסרת גדרות וכו' הינה שאלה טכנית, בעלת היבט פיזי. היא אינה רלבנטית לשאלה האם מהות התביעה היא שימוש במקרקעין או שמהותה של התביעה אחר. מכאן, שבעת שבמסגרת תביעה פלונית באים לברר את שאלת סמכותו העניינית של בית המשפט לדון בה, יש לקבוע תחילה את מהותה של התביעה. יש לקבוע האם התביעה היא לשימוש במקרקעין או שהיא בנושא אחר. שאלה זו צריכה להיבחן על פי המהות הפנימית של התביעה, ולא על פי הביטויים החיצוניים-פיזיים שלה, שהינם, לעתים קרובות, שרירותיים ומקריים. במידה וייקבע כי התביעה, במהותה, היא לשימוש במקרקעין הסמכות לדון בה מסורה לבית משפט השלום אפילו אם בנסיבות אותו מקרה מימשה של זכות השימוש מחייב ביצוע עבודות פיזיות בנכס. אני סבור, כי הקביעה בדבר סמכותו העניינית של בית המשפט לדון בתביעה המובאת בפניו צריכה שתקבע על יסוד עניינים הנוגעים למהות התביעה. לדעתי, אין כל הגיון לתלות את סמכותו העניינית של בית המשפט בדרכי המימוש של זכות מסוימת. עניין זה הינו עניין כמעט טכני, ואין כל סיבה לתלות בו את שאלת סמכותו העניינית של בית המשפט. המסקנה אליה הגעתי הינה, אפוא, כי בעובדה שהתובעים מבקשים כי בית המשפט יורה לנתבעים להרוס את המבנה שהקימו על מנת שהתובעים יוכלו לעשות שימוש

בע"מ, עמ' 3-4 לפסק־הדין (לא פורסם, 25.10.2006); ה"פ (מחוזי ת"א) 989/03 הדסי נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם, 28.6.2004); ה"פ (שלום ראשל"צ) 282/05 גנייב נ' משרד הפנים, פס' 4 לפסק־הדין (לא פורסם, 4.12.2005).
46 ת"א (שלום י"ם) 10105/98 ברעם נ' סלמה (לא פורסם, 13.2.2001) (להלן: עניין ברעם). אומנם, גם בין מועד מתן פסק־הדין בעניין חליפה, לעיל ה"ש 43, לבין מועד מתן פסק־הדין בעניין ברעם ניתן לזהות פסקי־דין העושים שימוש בהלכת שמש. דוגמה מובהקת כזו היא החלטת בית־המשפט המחוזי בבאר־שבע במסגרת בר"ע 507/00 מלכיאל נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם, 30.12.2000). עם זאת, גם כאן בחר בית־המשפט לא לפתח דיון עקרוני באשר לתחולתה של הלכת שמש, ותחת זאת לפסוק מתוקפה של הלכה דיונית אחרת. מכיוון שכך, אין צורך ממשי לעסוק בניחות החלטה זו, כמו־גם בחברותיה.

ברכוש, אשר, לטענתם, הינו רכוש משותף, אין כדי לשלול את סמכותו של בית משפט השלום. אם התביעה הינה תביעה לשימוש במקרקעין, הסמכות מסורה לבית משפט השלום, גם אם מימוש הזכות יחייב מתן צו הריסה נגד הנתבעים.⁴⁷

קביעה זו של בית-משפט השלום, בכל הכבוד, אינה מבססת את עצמה על הלכת בית-המשפט העליון, וזאת בלשון המעטה. עוד בפסק-הדין בעניין שמש קבע בית-המשפט העליון מפורשות כי האופן שבו יש להבין את המונח "שימוש במקרקעין" תלוי ונקבע, הלכה למעשה, על-פי מבחן השמירה על שלמות הנכס. להבדיל מדבריו של בית-משפט השלום, דרישה להריסת חלק מהנכס, וממילא כל מקום שמתבקשת פגיעה בגוף הנכס, אינה היבט טכני של התביעה, אלא הגורם הקובע את מהותה, הרכיב שלפיו יוכרע אם עסקינן ב"שימוש" במקרקעין שבית-משפט השלום מוסמך לפסוק בו אם לא. לפיכך תמוהים הם דבריו של בית-משפט השלום, שלפיהם אין כל היגיון לתלות את סמכותו העניינית של בית-המשפט בדרכי המימוש של זכות השימוש במקרקעין, שהרי זהו לב-ליבו של המבחן שנקבע בהלכת שמש.

יתר על כן, אף אם נניח – הנחה שאין לה אחיזה ממשית – כי הלכת שמש אינה קובעת מפורשות את שאנו נדרשים לו, הרי פסקי-הדין המאוחרים של בית-המשפט העליון, שבאו בעקבותיה, קובעים גם קובעים את הדרוש בענייננו. מה לנו, אם כן, בניסיון לפרש את הלכת שמש באופן מצומצם ומעוקר, אם בית-המשפט העליון נתן את דעתו לעניין חוזר ושוב לאורך שנים ובשורה של פסקי-דין ברורים וקוהרנטיים?

נראה, אם כן, כי פסק-דינו של בית-משפט השלום בעניין ברעם אינו אלא ניסיון, לא מוצלח במיוחד, לעקוף את קביעותיו של בית-המשפט העליון בעניין ההלכה הנידונה, תוך קביעת מבחן חדש למונח "שימוש במקרקעין" – מבחן שהפסיקה לא ידעה כמותו קודם לכן, ואשר הופיע כאן כרעם ביום בהיר, וכשם שבא כך נעלם מן העולם.⁴⁸

4. תפנית בעלילה – בית-משפט השלום בתל-אביב מחיל ומיישם את הלכת שמש

כחודש וחצי מאוחר יותר קיבל סיפורנו תפנית מעניינת. אם חשבנו כי בתי-המשפט קמא גמרו ואומר לקום על הלכת שמש, וכי המרד בהלכה הוותיקה נשמע בקול ברור (אם כי לא אחיד ולא תמיד מדויק), נכונה לנו עוד הפתעה.

47 עניין ברעם, שם, פס' 9, 12-14.

48 שופט בית-משפט השלום בירושלים אריה רומנוב, שנתן את פסק-הדין בעניין ברעם, אזכר את פרשנותו שלו למבחן ה"שימוש במקרקעין" בת"א (שלום י"ם) 13376/04 לוזון נ' עדי (לא פורסם, 14.4.2005). פרט לכך אזכר בית-המשפט המחוזי בירושלים את המבחן הנ"ל במסגרת עניין דוד, להלן ה"ש 60, אך תוך התנגדות רבת וקביעה כי מבחן זה מנוגד להלכת שמש ולפסקי-הדין שנקבעו בבית-המשפט העליון בעקבותיה. אלה האזכורים היחידים בפסיקה למבחן זה, ונראה כי די לחכימא.

בעניין מנורה⁴⁹ נידונה תביעה למתן צווי מניעה ועשה קבועים הכרוכה בפגיעה בגוף המקרקעין. המבקשת טענה כי התביעה אינה נתונה לסמכותו העניינית של בית-משפט השלום, וזאת לנוכח הלכת שמש. בית-משפט השלום בתל-אביב קיבל את הטענות. הוא חזר על הלכת שמש, ציין כי היא תקפה ומחייבת, וקבע כי לנוכח הסעד הנדרש בתובענה, אשר נגזע בהריסת חלק ממקרקעין, הסמכות לפסוק בה נתונה לבית-המשפט המחוזי.⁵⁰

קביעה זו, שבדין יסודה, מסבכת את מצב העניינים המשפטי. עתה לא ברור כלל מהי עמדתם של בתי-המשפט קמא בסוגיה דנן, אם יש כזו. תובע פוטנציאלי המבקש להביא את תביעתו להריסת חלק מנכס מקרקעין מוצא עצמו עתה תוהה לאיזו ערכאה להגיש את תביעתו – לבית-משפט השלום (כפי שסברו בתי-המשפט קמא בפסקי-הדין בעניין קריספיל,⁵¹ בעניין חליפה⁵² ובעניין ברעם⁵³) או לבית-המשפט המחוזי (כנדרש בהלכת שמש, וכפי שסבר בית-משפט השלום בעניין מנורה⁵⁴). כפי שנראה מייד, הפסיקות שניתנו לאחר-מכן מסבכות את מצב העניינים אף יותר.

5. תפנית נוספת בעלילה – פסיקות סותרות של בתי-משפט שלום ובתי-משפט מחוזיים עד כדי בוקה ומבולקה

רק ארבעה חודשים חלפו, ובית-משפט השלום בחדרה, אשר התבקש בעניין הרמלין⁵⁵ להוציא מתחת ידיו צו הריסה, נדרש שוב לסוגיה. בית-המשפט לא חסך מהצדדים, כמו-גם מהקוראים, את דעתו בנוגע להלכת שמש:

”בתקופה בה נקבעה הלכה זו נתפס בית משפט השלום כערכאה זוטרה מבחינת

49 בש"א (שלום ת"א) 105002/01 מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' מלון השדרה בע"מ (לא פורסם, 26.3.2001) (להלן: עניין מנורה). ודוק: גם בין תקופות אלה ניתנו בבתי-המשפט קמא פסקי-דין אשר מביעים התנגדות להלכת שמש ואף פוסקים בניגוד לה, אך תמיד היה זה באמירות-אגב, ולא בפסיקה מנומקת. דוגמה לכך ניתן למצוא בת"א (שלום רח) 5911/00 מינהל מקרקעי ישראל מחוז המרכז נ' מנחם (לא פורסם, 7.3.2001), שבה אומנם פסק בית-משפט השלום ברחובות לאור הלכת "הטפל הולך אחר העיקר", אך לא חסך שבטו מהלכת שמש, בציינו, בדרך אגב, כי מדובר בהלכה מיושנת אשר הייתה נכונה לזמנה אך עתה אינה ראויה עוד.

50 עניין מנורה, שם, פס' 4. ודוק: בתובענה התבקשו שני סעדים במקרקעין, כך שאף כאן נדרש בית-המשפט להלכת "הטפל הולך אחר העיקר". בית-המשפט קבע כי סעד ההריסה הוא הסעד העיקרי, ומכיוון שכך, הסמכות לדון אף בסעד הטפל מצויה לפתחו של בית-המשפט המחוזי.

51 לעיל ה"ש 37.

52 לעיל ה"ש 43.

53 לעיל ה"ש 46.

54 לעיל ה"ש 49.

55 ת"א (שלום חד) 4974/99 הרמלין נ' קונסטנטין (לא פורסם, 18.7.2001).

מכלול סמכויותיה בתחום האזרחי ובתחום הפלילי, ואלה עברו מאז שורה ארוכה של הרחבות ניכרות. יתכן שהגיעה השעה לשקול את שינוי ההלכה האמורה. עם זאת, דעתי היא כי רק מי שקבע את ההלכה (היינו בית המשפט העליון) או כמובן המחוקק, יכולים להחליט לשנותה.⁵⁶

מכיוון שכך, ולנוכח העובדה כי בשימוש שאינו תוך שמירה על גוף הנכס עסקינן, נקבע כי אין לבית-משפט השלום סמכות לדון בתובענה, ועליה להתברר בבית-המשפט המחוזי.

פחות מארבעה חודשים אחר כך, בשלהי נובמבר 2001, נתן בית-משפט השלום ברחובות הכרעה בעניין וינר.⁵⁷ שוב נדרש בית-המשפט לעניין חוסר סמכותו העניינית בכל הנוגע בשימוש במקרקעין לנוכח הלכת שמש, וגם הפעם קבע כי אף שהמצב אינו רצוי מבחינה דיונית, ואף שראוי כי המחוקק ייתן את דעתו לעניין וישנה את חוק בתי-המשפט, כל עוד לא חל שינוי אין לו אלא לקבל את הדין ולפעול לפיו.⁵⁸ כשבועיים אחר כך נדרש בית-משפט השלום בכפר-סבא לסוגיה כאשר התבקש ליתן מלפניו צו הריסה. בדיון קצר, אך מנומק כדבעי, קבע אף הוא כי אין הוא מוסמך ליתן סעד זה, וכי הסמכות דגן נתונה, מתוקף הלכת שמש, לבית-המשפט המחוזי.⁵⁹ זו הייתה גם דרכו של בית-המשפט המחוזי בירושלים בעניין דוד,⁶⁰ אשר קבע כי "מאחר שעל פי הלכת שמש ופסקי הדין של בית

56 שם, פס' 5.

57 בש"א (שלום רח') 3022/01 וינר נ' גולדשטיין (לא פורסם, 13.11.2001).

58 הרטוריקה שבה השתמש בית-המשפט מרתקת: "זוהי בקשה מוצדקת מבחינה פורמאלית לעניין חוסר סמכות עניינית של בית משפט זה לדון בתביעה. אמרתי שההצדק לבקשה הוא פורמלי בלבד שכן מבחינת הצדק והגינות הדיון לא היה מקום להגישה, אבל כידוע equity follows the law ואין בשיקולי צדק כדי לבטל חוק ולפגוע בפרשנות בית המשפט העליון... כל עוד המחוקק לא אמר דברו אין אפשרות להוציא מדרש מתוך פשוטו והדברים ברורים" (שם, פס' 1 ו-3 לפסק-הדין).

59 ת"א (שלום כ"ס) 6987/98 מוגרבי נ' פינטו (לא פורסם, 2.12.2001) (להלן: עניין מוגרבי).

60 בש"א (מחוזי י"ם) 8245/01 דוד נ' חדר (לא פורסם, 24.3.2002) (לעיל ולהלן: עניין דוד). ודוק: בין פסק-דינו של בית-משפט השלום בכפר-סבא בעניין מוגרבי, לעיל ה"ש 59, לבין פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בעניין דוד ניתנו בבתי-המשפט קמא פסיקות המבקר את הלכת שמש, חלקן אף כאלה הפועלות לכאורה בניגוד לקבוע בו. עם זאת, פסקי-דין אלה אינם סוטים מההלכה באופן מנומק, ופעמים תומכים את פסיקתם בהלכות אחרות שקבע בית-המשפט העליון, כך שקשה לומר כי הם סטו מהלכת שמש באופן מפורש ופסקו בניגוד לה. דוגמה לכך ניתן למצוא בת"א (שלום ת"א) 115241/00 פורטמן מנור נ' בכר (לא פורסם, 28.1.2002). בית-המשפט קבע כי אף שהסעד הנדרש הוא צו הריסה, אין במתן סעד זה כדי להביא לידי פגיעה בבניין גופו, ומכאן שהסמכות לדון בעניין היא של בית-משפט השלום. קביעה זו, שמהותה אינה ברורה לגמרי, נתמכה, בין היתר, בפסק-דינו של בית-המשפט העליון בעניין ג'מיל, לעיל ה"ש 17, ובקביעה כי בענייני מטרד ליחיד בית-משפט השלום רשאי לדון ולפסוק אף אם הסעד הנדרש הוא הריסה.

המשפט העליון שהלכו בעקבותיה מסורה הסמכות בעניין שבו הסעד המתבקש הוא צו הריסה לבית המשפט המחוזי... אין בידי, לאור סעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה, לקבוע אחרת, זאת גם אם הלכת שמש ארכאית".⁶¹

את רצף הפסיקות המחילות את הלכת שמש קטע בית המשפט המחוזי בתל-אביב בחודש מאי 2002, כאשר נתן את החלטתו בעניין י.א.ט.ל נכסים.⁶² בית המשפט, שנדרש להורות על הריסת מבנה שנבנה לכאורה לא כדין, קבע כי יש מקום לשוב ולעיין בהלכת שמש. לאחר שבחן את ההלכה, הגיע בית המשפט למסקנה כי על-פי קביעותיה לא מתחייב שכל מקום שבעלי-הדין חלוקים בשאלת זכויות השימוש במקרקעין, והתובע עותר לסעד הפוגע בגוף הנכס, אין התביעה ראויה להתברר בבית-משפט השלום:

"מאז 1959, עת נכתב פסק הדין בפרשת שמש, הורחבה סמכותו של בית משפט השלום במידה ניכרת ביותר, ומבית משפט הדין בתביעות בעלות חשיבות פחותה, הפך לבית משפט רחב סמכויות, ההולך וקרב בצעדי ענק למעמד של בית משפט כמעט כללי של ערכאה ראשונה. במצב דברים זה, פרשנות צרה של המונח שימוש במקרקעין באופן המוציאה מכלל סמכות בית משפט השלום מחלוקת בין שכנים או שותפים למקרקעין באשר לשימוש הראוי במקרקעין כל אימת שבמסגרת התביעה נדרשת הריסת גדר או מבנה שנבנה בנכס משותף שלא כדין, נראית לי נוגדת את המבנה הנוכחי של סמכויות בית משפט."⁶³

לנוכח האמור קבע בית המשפט המחוזי כי בית-משפט השלום מוסמך לפסוק בתביעה הנידונה, והעביר אליו את התיק.

שתי הערות נדרשות לנוכח החלטה זו. ראשית, צדק בית המשפט המחוזי בקובעו כי הלכת שמש אינה הולמת עוד את סמכויותיו, כמו-גם את יכולותיו, של בית-משפט השלום היום. כאמור, נראה כי בעניין זה אין חולק. עוד צדק בית המשפט בטענה כי יהיה הגיוני, נכון ויעיל להותיר סכסוכים ומחלוקות בין שכנים בבית-משפט השלום, אף אם הסעד הנדרש בהן הוא הריסת חלק ממקרקעין, ולא להעביר את הדיון לבית-משפט המחוזי כל אימת שעסקינן בשימוש במקרקעין שלא תוך שמירה על גוף הנכס. אולם מכאן ועד המסקנה שאליה הגיע בית המשפט הנכבד עוד ארוכה הדרך. אף אם הדבר נכון ורצוי, ובכל הכבוד, בית המשפט המחוזי אינו יכול להעניק לבית-משפט השלום סמכות לדון בעניינים שהלכה מפורשת של בית-משפט העליון הוציאה ממנו. קביעה זו כמוה כהתכחשות להלכה, או גרוע מכך – הרמת-יד עליה. שנית, באשר לנסיגתו של בית המשפט המחוזי לנבור בהלכת שמש ולהסיק כי אין בה הוראה המחייבת העברת עניין כזה לפתחו של בית המשפט המחוזי, בכל הכבוד, אין בטענה זו ממש, והתשובה הנאותה לה דומה לזו שניתנה להכרעתו של

61 עניין דוד, שם, פס' 7.

62 ת"א (ת"א) 1639/02 י.א.ט.ל נכסים בע"מ נ' מוסף סיידון בע"מ (לא פורסם, 27.5.2002) (להלן: עניין י.א.ט.ל).

63 שם, בעמ' 2.

בית-משפט השלום בירושלים בעניין ברעם.⁶⁴ שהרי גם אם נניח כי פסק-הדין בעניין שמש לא קבע את המיוחס לו, ברי כי פסקי-הדין המאוחרים שהוציא בית-המשפט העליון מתחת ידיו קובעים, ובאופן מפורש וברור, כי מקום שבו נדרש סעד במקרקעין תוך פגיעה בהם, שוב אין בית-משפט השלום מוסמך לדון בעניין. אם כן, מדוע לו לבית-המשפט המחוזי לנסות לגזור פירושים מפירושים שונים מפסק-הדין בעניין שמש, כאשר פסקי-הדין המאוחרים של בית-המשפט העליון המונחים לפנינו מעניקים לסוגיה זו תשובה ברורה? פחות מחודשיים חלפו, ובית-משפט השלום ברחובות נדרש שוב לעניין.⁶⁵ בפסק-דין קצר ותמציתי הוא חזר על הלכת שמש, קבע כי היא מחייבת אותו על-פי דין, ופסק לאורה.⁶⁶ דא עקא שכשלושה חודשים וחצי אחר כך חזר בית-המשפט המחוזי בתל-אביב על פסיקתו בעניין י.א.ט.ל, ומסר לבית-משפט שלום סמכות ליתן צו הריסה.⁶⁷ חלפו שלושה חודשים נוספים, ובית-משפט השלום בחדרה, שנדרש להורות על סגירת חלונות והריסת מדרגות, קבע כי אין לו סמכות לדון בתביעה להריסת חלק ממקרקעין, והעביר את הדיון לבית-המשפט המחוזי.⁶⁸ בית-המשפט המחוזי בנצרת קבע קביעה דומה שלושה ימים אחר כך,⁶⁹ ובית-משפט השלום בחדרה חזר אף הוא על ההלכה שבעה ימים מאוחר יותר.⁷⁰ דא עקא שכשבועיים אחר כך נתן בית-משפט השלום בתל-אביב פסק-דין שבו קבע, לא באופן מנומק, כי הסמכות להורות על הריסת מבנים נתונה לבית-משפט השלום.⁷¹ לא למותר

64 לעיל ה"ש 46.

65 ודוק: כשבוע לאחר מתן פסק-הדין בעניין י.א.ט.ל. נתן בית-המשפט המחוזי בחיפה פסק-דין בע"א (מחוזי חי') 2670/01 עתמאנה נ' אבו מוך (לא פורסם, 5.6.2002), שבו נשמע ערעור על פסק-דין של בית-משפט קמא אשר הורה, בין היתר, על הריסת גדר. בפסק-דין זה חזר בית-המשפט המחוזי על הלכת שמש, כמו-גם על תוקפה המחייב, אך מכיוון שהתביעה עסקה בסעדים שונים במקרקעין, ולאור הלכת "הטפל הולך אחר העיקר", קבע כי צדק בית-המשפט קמא כאשר פסק את שפסק, וכי הסמכות לדון בתובענה הייתה אכן נתונה לו.

66 ת"א (שלום רח') 5022/97 גולדברג נ' קורן (לא פורסם, 19.7.2002).

67 בש"א (מחוזי ת"א) 19374/02 עבד אלאי נ' נאסר חוריה (לא פורסם, 4.11.2002). ודוק: כשלושה חודשים לפני כן חזר בית-משפט השלום בטבריה על הלכת שמש, אך לא קיים לגביה דיון מעמיק, שכן על המקרה שבו עסק חלה הלכת "הטפל הולך אחר העיקר". ראו ת"א (שלום טב') 1407/00 שרפמן נ' יצחקי (לא פורסם, 6.8.2002).

68 ת"א (שלום חד') 2956/02 חדר נ' עבד אל כרים חסאדייה (לא פורסם, 3.2.2003) (להלן: עניין חדר).

69 בש"א (מחוזי נצ') 11/03 חאזן נ' חירי (לא פורסם, 6.2.2003).

70 ת"א (שלום חד') 4491/95 חוסרי נ' מסארווה (לא פורסם, 13.2.2002). ודוק: בין לבין, ולמעשה יומיים לאחר מתן ההחלטה בעניין חדר, לעיל ה"ש 68, נתן בית-משפט השלום בכפר-סבא את החלטתו בת"א (שלום כ"ס) 3952/02 מינהל מקרקעי ישראל נ' נהב (לא פורסם, 5.2.2003). בפסק-דין זה הביע בית-המשפט את מורת-רוחו מהלכת שמש, ציין כי "לאחרונה החלו להשמע קולות חדשים בעניין זה", ובסופו של יום בחר לפסוק בעניין מכוח הלכת "הטפל הולך אחר העיקר" ולהעניק לבית-משפט השלום סמכות לדון בתובענה, לרבות בסעד של הריסת מבנים.

71 ת"א (שלום ת"א) 63761/98 כחלון נ' ארביב (לא פורסם, 2.3.2003). התובע טען כי הנתבע

לציין כי אך למחרת היום קבע בית-משפט השלום באילת, בתביעה דומה מאוד, כי "בתי משפט השלום אינם מוסמכים לפסוק בתביעות בהן הסעד המבוקש הינו מתן צווי הריסה"⁷². יומיים אחר כך חזר בית-משפט השלום בראשון-לציון על ההחלטה, ציין את הלכת שמש (כמו-גם את ההחלטה המאוחרת בעניין מלונות דן⁷³) ופסק לאורה.⁷⁴

נראה כי אין צורך להכביר במילים. בעוד בית-המשפט העליון עקבי בכל הנוגע ביחסו להלכת שמש, בתי-משפט השלום ובתי-המשפט המחוזיים מוציאים מתחת ידם החלטות סותרות: כמה משופטי בתי-המשפט קמא סבורים כי הלכת שמש תקפה, ולכן מחייבת אותם, ואילו אחרים סבורים כי מדובר בהלכה ארכאית שלא ראוי עוד להורות לפיה. התוצאה ברורה: הפסיקות הסותרות, הניתנות בהפרשים של ימים ספורים, מובילות לחוסר ודאות מוחלט בפסיקת בתי-המשפט קמא בכל הנוגע בסמכותו של בית-משפט השלום להכריע בתובענה לשימוש במקרקעין תוך פגיעה בהם, לחוסר אחידות משווע בהחלטות שיפוטיות של אותה ערכאה, ומכאן אף לחוסר יציבות מקומם ולחוסר סדר, עד כדי בוקה ומבולקה של ממש, מקום שבו נדרשים כללים ברורים ופשוטים.

6. פסק-דין קעדאן – מניפסט נגד הלכת שמש

בתאריך 23.3.2003 נתן בית-המשפט המחוזי בחיפה את החלטתו בעניין קעדאן⁷⁵ – החלטה שנהפכה לחוד-החנית במאבקם של בתי-משפט השלום ובתי-המשפט המחוזיים נגד הלכת שמש.

סיפור המעשה בתביעה שהגיש תובע לבית-המשפט המחוזי בבקשה להורות לנתבעים להימנע מלהקים תוספת בנייה כלשהי, ולהוציא צו להריסת חלק מבניין. בית-המשפט המחוזי היה יכול, אילו רצה, לקבוע כי סעד ההריסה הוא העיקרי, וכי מתן צו המניעה הוא הסעד הטפל, ומתוקף הלכת "הטפל הולך אחר העיקר" לקבל סמכות לדון בתביעה. לחלופין היה בית-המשפט יכול, אילו רצה, לקבוע כי מתן צו המניעה הוא הסעד העיקרי, וכי סעד ההריסה טפל לו, ואז להקנות לבית-משפט השלום סמכות לדון בתביעה, לרבות

בנה מבנים שונים על חלקו הצפוני של מגרש משותף, ועתר להריסתם. בית-המשפט בחר להתייחס לסוגיית הסמכות במילים ספורות ולא באופן מנומק: "אני סבור כי יש לראות בתביעה זו תביעה לשימוש במקרקעין אשר סמכות הדיון בה נתונה לבית-משפט השלום. בפסיקה שצוטטה ע"י ב"כ הנתבע הייתה העילה העיקרית בנויקין בעוד שבפנינו עילה קניינית של שימוש במקרקעין תוך שמירה על גוף הנכס. לפיכך, אני דוחה את טענת חוסר הסמכות העניינית" (שם, בעמ' 7 לפסק-הדין). קבע ולא יסף.

72 בש"א (שלום אי') 127/03 ב.ש. בלושטיין קבלני בניין בע"מ נ' קורוניו, פס' 4 לפסק-הדין (לא פורסם, 3.3.2003).

73 לעיל ה"ש 13.

74 ת"א (שלום ראשל"צ) 4694/01 לוי נ' חניוני קפלן בע"מ (לא פורסם, 5.3.2003).

75 בש"א (מחוזי חי') 4209/03 קעדאן נ' לחאם (לא פורסם, 23.3.2003) (להלן: עניין קעדאן). פסק-הדין ניתן על-ידי השופט יצחק עמית.

סמכות להורות על הריסה. יתר על כן, בית-המשפט היה יכול לקבוע, ובדין, כי התביעה העומדת לפנינו עניינה הריסת בנייה במקרקעי הנתבע, ומכיוון שכך אין להחיל עליה את הלכת שמש. בית-המשפט בחר לא לעשות כן. תחת זאת הוא מצא בבקשה שהוגשה לו שעת כושר לדון בנושא זה, אשר לטענתו "חוזר וטורד את בתי משפט השלום והמחוזי"⁷⁶, שכן "הגיעה העת להעמיד את הלכת שמש על מכונה, לאבחנה ולצמצם את תחולתה, ואף לבטלה ולהעבירה מן העולם"⁷⁷. וכך הוא כותב:

"לטעמי, הגיעה העת להכריז על הלכת שמש, כעל הלכה ארכאית שנס ליחה במהלך השנים ואינה מחייבת... מאז הלכת שמש, זרמו מים רבים בנחל הקישון. סמכויות בית המשפט השלום הורחבו במידה ניכרת ואין להשוות כוחו וגבורתו של בית משפט השלום, לפי חוק בתי המשפט משנת 1957, לסמכותו של בית משפט השלום בהאידנא... ההבחנה בין תביעה שעניינה שימוש במקרקעין תוך שמירה על גוף הנכס, לבין תביעה שאין עמה שמירה על גוף הנכס, היא אבחנה מלאכותית. אבחנה שאין ברכה בצידה, אשר מביאה להבחנות דקות עד דקיקות, בסוגיה מיקדמית וחשובה זו של סמכות עניינית... נושא הסמכות העניינית צריך להיות ברור ופשוט, על מנת למנוע טילטול המתדיין מערכאה לערכאה, וכדי לחסוך זמן שיפוטי יקר בבירור שאלה מקדמית של סמכות עניינית... את הלכת שמש יש להבין על רקע התקופה בה נפסקה, כשנתיים לאחר חקיקת חוק בתי המשפט, כאשר סמכויותיו של בית משפט השלום היו מצומצמות ביותר — אור לעיל. עוד נאמר כי בית המשפט העליון לא חזר על הלכת שמש מזה עידן ועידנים... מקום בו מדובר בהלכה מקדמת דנא, שאינה עולה בקנה אחד עם המציאות, כאשר 'הדופק' של החיים, מכתוב שינויים שמתרחשים מעצמם, כפי שמלמדת הפרקטיקה בבתי משפט השלום, ראוי לעשות מעשה ולסטות מהלכת שמש... לא מעשה של יום ביומו הוא, שבית משפט מחוזי או בית משפט שלום, יצהיר על 'בטלות' הלכה של בית המשפט העליון. הדברים צריכים להיעשות במשנה זהירות, שלא יפרוץ בית המשפט גדר, אלא במקרים נדירים וחריגים, בבחינת 'עת לעשות הפרו תורתך'. ההצדקה לקביעה מעין זו, היא הצורך בהתאמת ההלכה לצרכי הזמן והמקום. ההצדקה לסטייה מתקדים של בית המשפט העליון גדולה יותר, מקום בו מדובר בהלכה דיונית, להבדיל מהלכה מהותית, שאז הפגיעה בציפיות הסבירות של הציבור, עקב שינוי ההלכה, קטן יותר... הלכת שמש אינה גזירת גורל, לא בשמיים היא, ואפילו לא גזירה של המחוקק. בהלכה נושנה עסקינן. מאז נפסקה הלכה זו, השתנו העיתים... אשר על כן, במקום להמתין ל'חמורו של משיח' בדמותו של המחוקק, עד שייתקן את החוק, אשים נפשי בכפי ואעשה מעשה לְנִפְוֹת את הרבים. אמור מעתה, כי הפרשנות הצרה והמילולית שניתנה בהלכת שמש למונח 'שימוש במקרקעין', תוך

76 שם, פס' 2.

77 שם, פס' 4.

הבחנה בין שימוש בנכס לבין אי שמירה על גוף הנכס, הייתה יפה לשעתה. כיום, איננו נצרכים לה, והיא בבחינת הלכה שאין להורות לפיה.⁷⁸

טענותיו של בית-המשפט המחוזי פשוטות, וניתן לסכמן בשלוש אלה: ראשית, הלכת שמש היא הלכה ארכאית שאינה מתאימה עוד למבנהו, לסמכויותיו וליכולותיו המקצועיות של בית-משפט השלום דהיום; שנית, ההלכה עצמה אינה יעילה דיונית ומביאה לידי בזבוז זמן שיפוטי יקר – היא מחייבת העברת דיון בהריסת מקרקעין לבית-המשפט המחוזי מקום שרצוי שבית-משפט השלום הוא שידון בעניין וימנע בכך פיצול של הדיון; שלישית, אף שמדובר בביטול של הלכה שקבע בית-המשפט העליון, דבר שאינו פעוט כלל ועיקר, הרי עסקינן בהלכה דיונית – כזו העוסקת בסדרי דין אזרחיים, ולא בסדרי עולם – ועל-כן הפגיעה בציפיות הסבירות של הציבור עקב שינוי ההלכה קטנה יותר. לנוכח שלוש אלה, קובע בית-המשפט, אין מנוס מלהצהיר על בטלותה של הלכת שמש.

טענתו הראשונה של בית-המשפט נכונה. אכן, וכפי שכבר צוין, את הלכת שמש יש להבין על רקע התקופה שבה ניתנה, כאשר סמכויותיו של בית-משפט השלום היו מצומצמות, והוא נתפס כערכאה העוסקת בעניינים פעוטים. בתקופה זו ממילא לא היה בית-משפט זה מוסמך לעסוק בהריסת מקרקעין, שכן הנושא נתפס כמורכב וכמשמעותי. גם בטענתו השנייה של בית-המשפט יש ממש. יעיל, נכון וראוי הרבה יותר לאפשר לבית-משפט השלום לקיים דיון ולפסוק בכל ענייני המקרקעין, לרבות הריסה, ובכך למנוע העברות דיון, פיצול הליכים, בזבוז זמן שיפוטי יקר וטלטול מיותר של בעלי-הדין מערכאה לערכאה. טענתו השלישית של בית-המשפט, לעומת זאת, אינה מדויקת כלל ועיקר. ביטולה של הלכה דיונית אינו פוגע פחות בציפיות הסבירות של הציבור בהשוואה לביטולה של הלכה מהותית.⁷⁹ בוודאי אין הדבר כך כאשר עסקינן בהלכה ותיקה ומוכרת כל-כך כהלכת שמש – הלכה שהשתרשה במשפטנו ואשר סביר להניח כי רבים-רבים מסתמכים עליה תדיר.⁸⁰ אדרבא, ביטול הלכה דיונית כהלכת שמש דווקא פוגע יותר בציפיותיו הסבירות

78 שם, פס' 8, 9, 12 ו-13. בכמה פסקי-דין מאוחרים חזר השופט עמית על הדברים. ראו, למשל, ת"א (מחוזי חי') 952/03 זבידאת נ' פרחאת (לא פורסם, 8.2.2005); ת"א (מחוזי חי') 508/04 צימרמן נ' אוסטרובסקי (לא פורסם, 27.3.2005); ת"א (מחוזי חי') 1119/05 חברת מצפור נוף האגם בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (לא פורסם, 11.11.2006).

79 ראו את דבריו של המשנה לנשיא בית-המשפט העליון ש"ז חשין בע"א 29/59 עין חרוד הקיבוץ המאוחד נ' לוגסי, פ"ד יג 1883, 1892 (1959): "ביטול תקדים בענייני פרוצדורה על ידי פסיקה מאוחרת, ביחוד כשפסיקה זו אינה מתקבלת פה אחד, מרבה אנדרלמוסיה בסדרי הדין." כן השוו לדבריו של השופט חיים כהן בע"א 527/72 דוידסון נ' אלן, פ"ד כז(2) 20, 23 (1973): "כשלעצמי, תמיד מוכן אני ומזומן לעיין מחדש בהלכה שנפסקה בבית משפט זה... ואולם נראה גם לי שבעניינים הנוגעים לסדרי הדין ולסמכויות שיפוט, חייבת ההלכה להיות ולהישאר יציבה ככל האפשר – ובפרט כשעל פי הפסיקה נוצר נוהג הנהוג הלכה למעשה."

80 השוו: "השיקול הנורמטיבי מצביע, לדעתי, לכיוון הגישה כי ככל שההלכה היא צעירה יותר, כן קל יותר לסטות ממנה. לעומת זאת, ככל שההלכה היא 'ותיקה' יותר, כן תיקשה הסטייה

של הציבור מאשר ביטול הלכה אחרת, בוודאי כאשר בית-משפט מחוזי הוא המצהיר על בטלותה, שכן עתה, כאמור, לא ידע אזרח מן השורה לאיזו ערכאה להגיש את תביעתו להריסת חלק ממקרקעין.

על כך יש להוסיף שניים אלה: ראשית, וזאת חשוב להדגיש, בית-המשפט העליון חזר על הלכת שמש וביסס אותה רק חמישה חודשים עובר למתן פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בעניין קעדאן, וזאת במסגרת פסק-הדין בעניין אלגריה.⁸¹ מכאן שהלכת שמש נקבעה אומנם לפני שנים הרבה, אך טעות היא לומר כי בית-המשפט העליון לא חזר על ההלכה עידן ועידנים וכי מדובר על-כן בהלכה שאינה מחייבת.⁸² שנית, וגם אם נניח כי כל טענותיו של בית-המשפט המחוזי נכונות ומוצדקות, לא ברור עדיין מאין שאב בית-המשפט הנכבד את הסמכות לבטל הלכה מחייבת של בית-המשפט העליון. קריאה חוזרת ונשנית בסעיף 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה אינה מגלה אפשרות כזו, אף לא מקום שבו ההלכה שבה עסקינן ארכאית, מיושנת ואינה יעילה דיונית. נהפוך הוא, סעיף 20(ב) הנ"ל קובע מסגרת אוטוריטיבית מובהקת, שבמסגרתה אין לו לבית-המשפט קמא – ויהיה זה בית-משפט שלום או מחוזי – כל אפשרות לסטות מהלכה מחייבת שנתן בית-המשפט העליון, גם אם הלכה זו אינה נראית לו. לפיכך, ובכל הכבוד, לא ברור כיצד היה בית-המשפט המחוזי יכול לקבוע כי אין אנו נזקקים עוד להלכת שמש, וכי היא "בבחינת הלכה שאין להורות לפיה".⁸³

מעניין שאפילו בית-משפט השלום בחדרה, שאליו העביר בית-המשפט המחוזי בחיפה את התיק לאחר שקבע את אשר קבע, תהה, כאשר נדרש לעניין, מניין שאב בית-המשפט המחוזי את סמכותו להורות על בטלותה של הלכת שמש. הדברים, כך נראה, מדברים בעד עצמם:

ממנה. הטעם לכך נעוץ בעיקר בגורם ההסתמכות. הלכה צעירה, שטרם הייתה שורשים, אינה יוצרת אינטרסים של הסתמכות. אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 426 (1987).

81 לעיל ה"ש 15.

82 טיעון זה, אגב, מוטעה בשני מישוריו: ראשית, משום שבית-המשפט העליון אכן חזר על ההלכה זמן קצר לפני מתן פסק-הדין בעניין קעדאן, לעיל ה"ש 75; ושנית, גם אילו לא חזר בית-המשפט העליון על ההלכה וביססה, לא היה בכך כדי להוביל למסקנה שההלכה בטלה.

83 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 75, פס' 13. וזאת יש לציין: הלכת שמש אינה ההלכה הדיונית היחידה שבית-המשפט מבקש להעביר מן העולם. בפס' 7 לפסק-הדין נאמר: "במאמר מוסגר אציין כי גם הלכת עקריש היא הלכה שראויה לעיון מחדש, וכבר בע"א 107/70 הנ"ל, המליץ בית המשפט למחוקק לתקן את המעוות. אלא שהלכת עקריש חזרה ואושרה לאחרונה על ידי בית המשפט העליון ברע"א 7589/98 הפדרציה הישראלית לתקליטים נ' שוורץ, פ"ד נג(1) 670 (1999)". אין לכותב שורות אלה אלא לתמוה: הרי חמישה חודשים לפני מתן פסק-דין זה בבית-המשפט המחוזי בחיפה קיבל בית-המשפט העליון את פסק-הדין בעניין אלגריה, לעיל ה"ש 15, אשר קבע, כזכור, קביעות ברורות ומפורשות באשר לתחולתה ולתקפותה של הלכת שמש. מדוע, אם כן, נדרש בית-המשפט המחוזי לפסק-דין "חדש", שניתן בחודש מרס 1999, הווה אומר ארבע שנים תמימות לפני מתן פסק-דינו, אך לא נדרש לפסק-דין שנתן בית-המשפט העליון אך לפני חמישה חודשים?

"כתבתי בעבר ואני חושב גם היום ששינוי זה במה שאני קורא הסכיבה המשפטית שעל פיה לדעתי ניתן בזמנו פירוש מצמצם לביטוי 'חוקה ושימוש במקרקעין' וההקשר של סמכותו העניינית של בימ"ש שלום בעניינים אזרחיים מצדיק לכאורה שינוי של אותו פירוש מצמצם. יחד עם זאת סכרתי בעבר ואני סובר גם היום, בכל הכבוד, כי הלכה שנפסקה בביהמ"ש העליון יכולים לשנות רק המחוקק או בית המשפט העליון עצמו. אני סבור שערכאה שיפוטית אחרת יכולה להעיר על כך ולעודד מתדיינים להביא את השאלה ואת הטיעונים הללו בפני ביהמ"ש העליון בהליך ערעורי אולם אינה יכולה לשנות בעצמה הלכה פסוקה של בית המשפט העליון גם מקום שלדעתה מן הראוי לעשות כן..."⁸⁴

7. למהותה של התקוממות ולטיבה של הרכנת ראש – שלוש מגמות בפסיקה המאוחרת

עשרות פסקי־דין והחלטות נתנו בתי־משפט השלום ובתי־המשפט המחוזיים השונים למן פסק־הדין בעניין קעדאן. מטבע הדברים לא יהיה אפשר לסקור את כולם. עם זאת, ניתן לזהות בהם שלוש מגמות מרכזיות המתייחסות להלכת שמש, כמו־גם לצורך ולרצון לציית לה ולפסוק לאורה.

(א) מגמה 1: בעקבות פסק־דין שמש – פסיקה בהתאם להלכה

לא מעט פסקי־דין שניתנו בשנים האחרונות בבתי־משפט שלום ובבתי־משפט מחוזיים, ואשר עסקו בסמכותו העניינית של בית־משפט השלום להכריע בסוגיה, פוסעים בעקבות הלכת שמש.⁸⁵ רוב פסקי־הדין מציינים את הפסיקה הוותיקה – המאוחרת לפסק־הדין

84 בש"א (שלום חד') 1452/03 קעדאן נ' לחאם (אבו עודה), עמ' 2 לפסק־הדין (לא פורסם, 26.3.2003).

85 המרכזיים שביניהם: ת"א (שלום רח') 5051/98 מנהל מקרקעי ישראל מחוז מרכז נ' כפר הנגיד (לא פורסם, 15.1.2004); ת"א (שלום חי') 28798/01 וירטהיים נ' אברהמי (לא פורסם, 3.2.2004); ת"א (שלום רח') מנהל מקרקעי ישראל נ' סמיט לובה (לא פורסם, 24.3.2004); בש"א (שלום י"ם) 15612/04 אלה נ' לוי (לא פורסם, 12.9.2004); ת"א (שלום חי') 7951/03 יואלס נ' אידלברג (לא פורסם, 18.11.2004); ת"א (שלום כ"ס) 3459/05 פדילה נ' אלרמאן (לא פורסם, 22.9.2005) (להלן: עניין פדילה); ת"א (שלום נצ') 5013/04 מנהל מקרקעי ישראל – נצרת עילית נ' בטחיש (לא פורסם, 2.1.2006); ת"א (שלום ת"א) 2816/03 קונציצקי נ' שפלן (לא פורסם, 3.4.2006); בש"א (שלום נצ') 2139/06 ספדי נ' ספדי (לא פורסם, 18.6.2006); ת"א (שלום ראשל"צ) 4514/05 מינהל מקרקעי ישראל נ' פלדמן (לא פורסם, 14.12.2006) (להלן: עניין פלדמן); בש"א (שלום צפת) 1455/06 שבח נ' הקדש בית הכנסת מקארוב (לא פורסם, 27.12.2006); בש"א (שלום ראשל"צ) 2723/07 נציגות הבית המשותף מדרך בן גוריון 73 בת ים נ' הדוד קרי בתי קפה ומסעדות בע"מ (טרם פורסם, 2.7.2007); ת"א (שלום רח') 2100/07 קניון נ' מינהל מקרקעי ישראל (טרם

בעניין שמש - בעניין ככר הרצל⁸⁶ ובעניין גולדמן;⁸⁷ וחלקם מציינים אף את פסקי-הדין מן השנים האחרונות בעניין מלונות דן,⁸⁸ בעניין אלגריה,⁸⁹ בעניין וולפינגר⁹⁰ ובעניין קנאזע.⁹¹ רוב פסקי-הדין המשויכים למגמה זו מציינים את הביקורת שהוטחה בהלכת שמש, כמו-גם את הקולות החדשים בפסיקה הקוראים לביטולה של ההלכה, לעיתים בהסכמה. עם זאת, ובאופן טבעי, כל פסקי-הדין הללו מתייחסים לביקורת זו כאל אמירות לא-מחייבות - דעות וביקורות שיפוטיות ותו לא - ובוודאי לא כאל קביעות ששינו את פני ההלכה. המאפיין המרכזי של פסקי-הדין המשויכים למגמה זו הוא אם כן הסתמכותם על עקרון התקדים המחייב ועל ההבנה כי שינוי ההלכה יכול להגיע רק, ואך ורק, מפתחם של בית- המשפט העליון או המחוקק. גם כאשר מובעות בפסקי-הדין הללו הסכמה עם הביקורות ואף טענות כי יש להעביר את הלכת שמש מן העולם, בתי-המשפט השונים חשים כבולים להלכה המחייבת, בבחינת שומה עליהם, כבתי-משפט קמא, להרכין ראשם לפנייה ולהלך בנתיבה.⁹²

(ב) מגמה 2: בעקבות פסקי-דין קעדאן - פסיקה בניגוד להלכה

פסקי-הדין בעניין קעדאן⁹³ מהווה, לא במפתיע, נקודת-ציון חשובה בהבנת הפער שבין המשפט בספרים לבין המשפט בפעולה, ככל שהדבר נוגע בהלכת שמש. הוא צוטט בעשרות פסקי-דין מאוחרים של בתי-משפט שלום ובתי-משפט מחוזיים, ועורר תגובות לא-מעטות. למעשה, פסקי-הדין נהפך, באופן ברור ומובהק, לקרדום בידי מתנגדיה של הלכת שמש לחפור בו פסקי-דין והחלטות המנוגדות להלכה, לאסמכתה שכיחה לאישוש הטענה כי אבד הכלח על ההלכה הנושנה ולכן אין להורות לפיה.⁹⁴

פורסם, 2.4.2008; ת"א (שלום עפ') 475-06-07 עמרם נ' כהן (טרם פורסם, 17.4.2008); בש"א (מחוזי י"ם) 2320/08 הרב רלב"ג נ' דוויק (טרם פורסם, 30.6.2008); ת"א (שלום חד') 1285/08 עובדיה נ' אברהמי (טרם פורסם, 23.11.2008); בש"א (שלום ת"א) 178462/08 אדל נ' סופיוב (טרם פורסם, 31.12.2008).

86 לעיל ה"ש 12.
 87 לעיל ה"ש 10.
 88 לעיל ה"ש 13.
 89 לעיל ה"ש 15.
 90 לעיל ה"ש 23.
 91 לעיל ה"ש 24.
 92 ראו את דבריו של בית-משפט השלום בכפר-סבא בפס' 5-6 לפסקי-הדין בעניין פדילה, לעיל ה"ש 85, והשוו לדבריו של בית-משפט השלום בראשון-לציון בפס' 7 לפסקי-הדין בעניין פלדמן, לעיל ה"ש 85.
 93 לעיל ה"ש 75.
 94 פסקי-הדין המרכזיים מן השנים האחרונות הם בש"א (שלום נת') 3488/02 מינהל מקרקעי ישראל נ' כהן (לא פורסם, 5.11.2003); ע"א 2497/02 פשטצקי נ' פריץ (לא פורסם, 26.11.2003), שם נחלקו דעות השופטים בנוגע לסוגיה; ת"א (מחוזי י"ם) 3036/01 נציגות הבית המשותף נ' רבלין (לא פורסם, 18.9.2003) (להלן: עניין רבלין); ת"א (שלום י"ם)

שתי החלטות חשוב ומעניין לציין במסגרת זו: פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בירושלים בעניין רבלין,⁹⁵ ופסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בחיפה בעניין צרפתי.⁹⁶ פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בירושלים עסק בתביעה שבה התבקשו שני סעדים במקרקעין: הריסה ומניעת בנייה עתידית. במקביל לטענות המוכרות בנוגע לטיבה של הלכת שמש, שכבר נידונו לעיל, העלה בית-המשפט טענה מקורית. לדידו, ניתן להבין את חולשתה של ההלכה, כמו-גם את עמדתו של בית-המשפט העליון כלפיה, מפסק-הדין בעניין רוקר,⁹⁷ שנתן בית-המשפט העליון בדצמבר 1999. עניין רוקר סב סביב כססוך בין בעלי דירות בבניין משותף שבמסגרתו טענו התובעים כי תוספת בנייה שבנו הנתבעים בקומת הקרקע פגעה ברכוש המשותף. התובעים הגישו תביעה לבית-משפט השלום בחיפה ובה דרשו את החזרת המצב לקדמותו, הווה אומר, את שיקום הדשא והגינה המשותפת, שנהרסו בפעולת הבנייה, ואת השבת מצב הבניין לקדמותו, כולל קיום חוקה משותפת בשטח שתפסו הנתבעים. בית-משפט השלום קיבל את התביעה. בית-המשפט המחוזי בחיפה דחה את הערעור שהגישו הנתבעים, וכך גם בית-המשפט העליון. שום ערכאה לא העלתה את השאלה אם בית-משפט השלום היה מוסמך להורות, בין היתר, אף על הריסת חלק מהמקרקעין. בעניין רבלין ביקש בית-המשפט המחוזי בירושלים לטעון ולהסיק כי בכך יש משום הודאה והודעה כי תביעה לשימוש במקרקעין תוך פגיעה בהם נתונה לסמכותו של בית-משפט השלום:

"פרשת רוקר מהווה דוגמא לכך שלאותם 11 השופטים שדנו בפרשה זו [שופט בית-משפט השלום, שלושת שופטי בית-המשפט המחוזי ושבעת שופטי בית-המשפט העליון - א' ט'], המהווים מעין דגם מייצג של מערכת השיפוט, היה כה ברור כי הסמכות לדון בהריסת מבנה היא בידי בית משפט השלום, וזו ההוכחה לכך כי אכן זו היא הפרקטיקה השיפוטית בסוגיה שלפנינו."⁹⁸

בכל הכבוד, אין לקבל טיעון זה. עיון קצר בפסקי-הדין בעניין רוקר - זה של בית-

13376/04 לוזון נ' עדי (לא פורסם, 14.4.2005); בש"א (שלום נת') 2019/05 הרזאללה (עומר) נ' עומר (לא פורסם, 1.9.2005) (להלן: עניין הרזאללה (עומר)); ת"א (שלום עפ') 1456/02 מנהל מקרקעי ישראל נ' זועבי (לא פורסם, 15.12.2005); ת"א (שלום י"ם) 10137/03 רמאדאן נ' מסוודה (טרם פורסם, 19.7.2007); ע"א (מחוזי חי') 3405/06 צרפתי נ' אלבו (טרם פורסם, 23.10.2007) (להלן: עניין צרפתי), שגם בו נחלקו הדעות; ת"א (שלום חי') 15107/02 מינהל מקרקעי ישראל נ' מתקל (טרם פורסם, 27.5.2009).

95 שם.

96 לעיל ה"ש 94.

97 רע"א 6339/97 רוקר נ' סולומון, פ"ד נה(1) 199 (1999) (להלן: עניין רוקר).

98 עניין רבלין, לעיל ה"ש 94, פס' 30.

משפט השלום,⁹⁹ זה של בית-המשפט המחוזי¹⁰⁰ וזה של בית-המשפט העליון¹⁰¹ – מעלה כי סוגיית הסמכות לא עלתה בהם כלל. ייתכן שבהיסח-הדעת נעלם העניין מבתי-המשפט, וייתכן שמפאת הסוגיות האחרות, כבודת-המשקל, שהתעוררו בעניין זה הם לא התפנו לעסוק בכך. כך או אחרת, אף לא אחת משלוש הערכאות קבעה באופן פוזיטיבי כי תביעה להריסת מקרקעין תידון בבית-משפט השלום, והעניין לא התעורר כלל, כאמור. היעלה על הדעת לקבוע כי בשתיקה זו יש משום אישור לכך שהנה ניתנה סוף-סוף לבית-משפט השלום הסמכות לפסוק בתביעות מקרקעין אף תוך פגיעה בהם? היש בכך כדי להוות הוכחה לפרקטיקה השיפוטית הנוהגת בסוגיה זו? האומנם ניתן לטעון ברצינות כי בפסק-דין יחיד של בית-המשפט העליון שבו לא עלתה הסוגיה כלל, ואשר איש משופטי בית-המשפט לא עסק בה, יש כדי לאיין את פסיקתו הארוכה, העקבית והברורה של בית-המשפט העליון בנוגע להלכת שמש, כפי שזו הוצגה לעיל?

מעניינת לא פחות טענתו של בית-המשפט המחוזי בחיפה בפסק-הדין בעניין צרפתי,¹⁰² שניתן באוקטובר 2007, ואשר בו נטל חלק גם השופט יצחק עמית, מי שכתב, כשלוש שנים וחצי קודם לכן, את פסק-הדין בעניין קעדאן.¹⁰³ במועד זה – הווה אומר, ארבע שנים לאחר פסק-דינו של בית-המשפט העליון בפרשת אלגריה,¹⁰⁴ שלוש שנים לאחר פסק-הדין בעניין ג'מיל¹⁰⁵ וכשנה אחרי פסק-הדין בעניין וולפינגר¹⁰⁶ – לא היה עוד השופט עמית יכול לטעון כי בית-המשפט העליון לא אמר את דברו ולא קבע מסמרות בנוגע להלכת שמש, כפי שטען בפסק-הדין בעניין קעדאן. אך למרות זאת שב השופט וחזר על הטענות שהעלה באותו פסק-דין, כמו-גם על טיעונים דומים שהעלו בעבר בתי-משפט שלום ובתי-משפט מחוזיים, והגיע על בסיסם למסקנה כי הלכת שמש "בטלה ועברה מן העולם ואינה נוהגת עוד במקומותינו".¹⁰⁷ דברים אלה אינם מחדשים מאומה, ועצם החזרה עליהם, לאחר שבית-המשפט העליון אמר דברים ברורים בעניין כמה וכמה פעמים, יש בה אך כדי להחליש הן את הטענות והן את הטוען. פרט לטיעונים אלה, שנראה כי אין צורך לדון בהם, העלה בית-המשפט טיעון שלפיו פסקי-דין מאוחרים של בית-המשפט העליון ביטלו את הלכת שמש מכלילא. וכך הוא כתב:

"ככל שעלי למצוא 'עוגן' לסטיה מהלכת שמש, כל עוד בית המשפט העליון לא הצהיר מפורשות על כך שאבדה מן העולם, אלך בעקבות המחבר המלומד [כוונתו ליצחק כהן במאמרו "שימוש במקרקעין", לעיל ה"ש 11 – א' ט'] המציע לראות

99 ת"א (שלום חי) 16382/90 סולומון נ' רוקר (לא פורסם, 5.11.1996).

100 ע"א (מחוזי חי) 4407/96 רוקר נ' סולומון (לא פורסם, 28.9.1997).

101 לעיל ה"ש 97.

102 לעיל ה"ש 94.

103 לעיל ה"ש 75.

104 לעיל ה"ש 15.

105 לעיל ה"ש 17.

106 לעיל ה"ש 23.

107 עניין צרפתי, לעיל ה"ש 94, פס' 11.

בהלכות ע"א 27/77 טובי נ' רפאלי, פ"ד לא(3) 561 (1977); ע"א 510/82 חסן נ' פלדמן, פ"ד לז(3) 1, 12 (1983) וע"א 2846 /03 אלדרמן נ' ארליך, פ"ד נט(3) 529, 534 (2004) הלכות מאוחרות, המבטלות מכללא את הלכת שמש.¹⁰⁸

הטענה כי ביטולה של ההלכה לא נקבע אומנם במפורש אך ניתן להסיקו מפסקי-הדין הללו היא טענה אמיצה מאוד, נועזת ממש, אך ספק רב עד כמה יש לה ביסוס ממש בפסיקותיו של בית-המשפט העליון. ראשית, פסקי-הדין המצוינים לעיל אינם עוסקים כלל בהלכת שמש, וממילא אינם מביעים דעה בנוגע לטיבה של ההלכה, לנחיצותה או לבטלותה. הטענה כאילו פסקי-הדין בעניין שמש סטה ממבחן הסעד הנוהג בבתי-המשפט, ואך משום כך פסקי-הדין המאוחרים לו, המיישמים מבחן זה, מצביעים על בטלותו, היא טענה מרחיקת-לכת שאין בה אלא ספקולציה בלבד. שנית, וגם אם נניח כי הטענה בדבר הלכת שמש נכונה, הכיצד ניתן לטעון טענה זו לנוכח שרשרת פסקי-הדין של בית-המשפט העליון המבססים ומחזקים אותה? אכן, וכפי שהוצג לעיל, בית-המשפט העליון בחר לא להרחיב את הלכת שמש על מקרים נוספים, ואף טרח והוסיף ביקורת משל עצמו על עצם ההבחנה הבעייתית בין סמכויותיהם של בתי-משפט השלום ובתי-המשפט המחוזיים. עם זאת, בית-המשפט העליון בחר לא לבטל את ההלכה או לפחות לא לפסוק בניגוד לה. גם בפסקי-דין מאוחרים, כמה מהם מן השנים האחרונות, נקבע מפורשות שפסקי-הדין בעניין שמש מבטא את ההלכה הנוהגת בעניין, ולפיכך שההלכה מחייבת. מעניין שעל דעתו זו של השופט עמית בדבר בטלותה של הלכת שמש, כמו-גם בדבר היכולת לפסוק בניגוד לה, חלק חברו למוותב השופט סוקול. וכך הוא כתב:

"איני סבור שרשאים אנו לאמץ את 'הדרך הנועזת' שמציע חברי ולהורות על ביטולה של הלכת שמש... מסכים אני לביקורתו של השופט עמית על אי הבהירות הקיימת בנוגע לסמכות בית משפט השלום בגין שימוש וחזקה במקרקעין... על אף ביקורות אלו שהושמעו ועל אף מאמרי ביקורת על חלוקת הסמכויות, נמנע בית המשפט העליון עד כה לבטל את הלכת שמש ושב וחזר עליה. בית המשפט קבע כי ראוי לצמצמה אולם נמנע מלבטלה... על כן איני סבור שניתן לבחור ב'דרך הנועזת' שמציע חברי..."¹⁰⁹

108 שם, פס' 10 לפסק-דינו של השופט עמית. המקור המלא שעליו נסמך בית-המשפט הוא זה: "ההמלצה השלישית מופנית אף לערכאות המחוזי והשלום: יש בכוחה של זויות הראייה המוצעת כאן כדי להתגבר על הלכת שמש בלא להפר את מושכלות היסוד של השיטה, ובלא לסטות מהוראותיו של סעיף 20 לחוק יסוד: השפיטה. כפי שהראיתי, הלכת שמש סוטה למעשה ממבחן הסעד, ומדוע שלא נראה הלכות שניתנו לאחר הלכת שמש, אשר מבססות כולם את מבחן הסעד, כמו הלכת טובי נ' רפאלי, ואף הלכות חסן וארליך – כבאות לבטלה? כל עוד התמונה הייתה שהלכת שמש צועדת בנתיב מבחן הסעד ורק יוצרת לו חריג, לא היה שייך לראות את הלכת טובי נ' רפאלי וחברותיה כמבטלות אותה; אולם, לנוכח החידוש ברשימה זו, אין סיבה שלא לראות כך את הדברים." כהן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 564.

109 עניין צרפתי, לעיל ה"ש 94, פס' 12, 13 ו-15 לפסק-דינו של השופט סוקול.

(ג) מגמה 3: שימוש בהלכות אחרות במטרה להימנע מפסיקה בהתאם להלכה

פסקי־דין רבים שניתנו בשנים האחרונות בבתי־משפט שלום ובבתי־משפט מחוזיים נמנעים מלקבוע עמדה ברורה בכל הנוגע בתוקפה של הלכת שמש, וממילא לפסוק לאורה, אף כאשר הדברים נדרשים ומחויבים מן הנסיבות. במקרים כאלה – שבהם בתי־משפט שלום ובתי־משפט מחוזיים נדרשים לקבוע מסמרות באשר לסמכותו של בית־משפט השלום בנוגע לשימוש במקרקעין תוך פגיעה בהם – לא מעט מהם בוחרים לחמוק מן העניין באמצעות שימוש בהלכות משפטיות אחרות המאיינות את הצורך להשתמש בהלכת שמש. דרך אחת כזו היא לקבוע כי התובענה עוסקת בשימוש במקרקעין תוך שמירה על גוף הנכס (אף שלעיתים ברור, אף מדבריו של בית־המשפט עצמו, כי התובענה עוסקת בהריסת חלק ממקרקעין).¹¹⁰ דרך נוספת לעשות כן היא לקבוע כי התובענה עוסקת בעוולת המטרד ליחיד, ולהחיל את קביעתו של בית־המשפט העליון בעניין ג'מיל¹¹¹ באשר לסמכותו של בית־משפט השלום לדון בעניין, אף אם הסעד הנדרש בתובענה הוא הריסה.¹¹² דרך נוספת, שלישית, לפסוח על הצורך לפסוק לאור הלכת שמש היא שימוש (לא ברור עד תומו ולא מדויק לפי טיבו) בסעיף 76 לחוק בתי־המשפט.¹¹³

110 דוגמה לכך ניתן למצוא בע"א (מחוזי ת"א) 1973/01 קלוגר נ' הורנצ'יק (לא פורסם, 2.11.2004). במקרה זה הוגשה תביעה לבית־משפט שלום בבקשה כי יורה "להלק את המחסנים בקומת המרתף ובכלל זה את החניה הסגורה, [ו]לפתוח את הדירה שנבנתה בקומת העמודים המפולשת...". בית־המשפט המחוזי קבע, בין היתר, כי "המשיבים לא הגישו תביעה למתן צו עשה להריסה, אלא עתרו 'לפתוח את קומת העמודים המפולשת ולהעמידה לשימוש הדיירים'", ומכיוון שכך קמה לבית־משפט השלום סמכות לדון בתובענה. לעיל ה"ש 17.

112 דוגמה לכך ניתן למצוא בבש"א (שלום צפת) 1430/06 כהנא נ' קדרון (לא פורסם, 13.11.2006). במקרה זה הוגשה תביעה למתן צו הריסה של חדר־מדרגות וקיר בטון. בית־משפט השלום קבע כי עילת התביעה היא מטרד ליחיד, ועל־כן נתונה לבית־משפט השלום סמכות לדון בה אף שהסעד הנדרש הוא צו הריסה.

113 דוגמה לכך ניתן למצוא בת"א (שלום ת"א) 115255/00 יעקב נ' אלון (לא פורסם, 25.4.2004). במקרה זה הוגשה תביעה לסילוק יד ממקרקעין ולהריסת מבנה. כזכור, במקרה כגון זה חלה הלכת "הטפל הולך אחר העיקר", במובן זה שבית־המשפט המוסמך לדון בסעד העיקרי (במקרה זה, בית־משפט השלום) מוסמך אף לדון בסעד הטפל (ברגיל, ולפי הלכת שמש, בית־המשפט המחוזי). בית־משפט השלום קבע: "אין ספק, לטעמי, כי באם הסעד העיקרי המבוקש, סילוק יד משטח השייך, כך או אחרת, לתובע, הרי הסעד המישני הנוסף, לצו הריסה למבנים שנבנו עליו על ידי נתבע – אף אם הסעד הנוסף הינו בסמכות יחודית של בית משפט אחר – עדיין לבית משפט השלום הסמכות להעניק סעד זה בסמכותו הנגזרת, כאמור בס' 76 לחוק בתי המשפט...". (שם, פס' 4). קביעה זו, על־אודות סמכותו הנגזרת של בית־המשפט, אינה מדויקת כלל ועיקר. ס' 76 לחוק בתי־המשפט רלוונטי אך מקום שבית־המשפט נדרש לדון בסוגיה שהובאה לפניו במסגרת סמכותו העניינית, אך על־מנת לעשות כן עליו להכריע בעניין אגבי שאינו מצוי בתחום סמכותו. אי־אפשר להחיל הוראה זו במקרה דנן, ובכל מקרה אי־אפשר לסווג את אחד הסעדים הנדרשים

דרך אחרת, אשר רלוונטית אך מקום שבו מתבקשים מבית-המשפט שני סעדים במקרקעין, היא לעשות שימוש בהלכת "הטפל הולך אחר העיקר", ולקבוע – לעיתים לא באופן מנומק ומוסבר עד תום – כי הסעד העיקרי מצוי בתחום סמכותו של בית-המשפט השלום, ומכאן שבית-המשפט מוסמך לדון ולהכריע אף בסעד הטפל (אשר אינו מצוי ברגיל בתחום סמכותו).¹¹⁴

ברוב פסקי-הדין הבוחרים באחת מדרכי פעולה אלה ניתן לתת סימן ברור: רבים-רבים מהם אינם מסתפקים אך בציון ההלכה הרלוונטית לעניין הנידון, אלא טורחים לגמד את הלכת שמש, להעצים את הביקורת שהוטחה בה, ולהצביע על ההלכה ככזו שאינה נוהגת עוד.¹¹⁵

דרך פעולה זו תמוהה. שהרי אם בית-המשפט נדרש להפעיל במקרה שלפניו הלכות אחרות, ולא את הלכת שמש, אזי מדוע הוא נדרש לדיון בדבר תקפותה של ההלכה? ומדוע להשחית מילים רבות וזמן יקר בנוגע להלכה שאינה רלוונטית כלל למקרה המונח לפניו? אין זה אלא רצון ליטול חלק בניסיון לאיין את הלכת שמש, תוך יצירת מצג שלפיו ההלכה בטלה או לפחות אינה נוהגת עוד, וכל זאת מבלי לפסוק באופן ברור ומפורש בניגוד לה.

בכתב התביעה כשאלה אגבית שניתן להפעיל לגביה את סמכותו הנגררת של בית-המשפט מתוקף ס' 76 הנ"ל.

114 דוגמה לכך ניתן למצוא בבש"א (שלום י"ם) 2425/05 קמחי נ' אמיגה (לא פורסם, 15.5.2005). במקרה זה הוגשה תביעה להריסת מבנה שנבנה על שטחו של התובע. על-פי דין, זהו מקרה מובהק שיש להחיל בו את הלכת שמש ולקבוע כי הסמכות לדון בתובענה נתונה לבית-המשפט המחוזי. אולם בית-המשפט השלום קבע כי "אמנם עותר המשיב למתן צו להריסת הנבנה בתחום מגרשו אך ברור, עפ"י טיב העניין, שחפצו בסילוק יד המבקשים מכל אחיזה במגרשו. סעד ההריסה הינו אפוא הטפל ההולך אחר העיקר" (שם, פס' 4). דוגמה נוספת ניתן למצוא בת"א (שלום אש') 549/07 עשוש נ' קאפח (טרם פורסם, 24.5.2007) (להלן: עניין עשוש). במקרה זה הוגשה תביעה להריסת חלק ממקרקעין. שוב עסקינן במקרה טיפוסי שבו יש להכריע לאור הלכת שמש ולקבוע כי הסמכות נתונה לבית-המשפט המחוזי, וגם כאן, על-פי עובדות המקרה, אין כל מקום להחיל את הלכת "הטפל הולך אחר העיקר". עם זאת, בית-המשפט השלום קבע כי "בעניינינו הסעד העיקרי הינו סילוק יד מן השטח ששייך במשותף למבקשת ולמשיב, על כך שניתן לבצע זאת רק על דרך הריסת יחידת הדיור אין למבקש להלין אלא על עצמו" (שם, פס' 11).

115 כך, למשל, טרח בית-המשפט השלום בירושלים לציין בפס' 4 לפסק-הדין בעניין קמחי, לעיל ה"ש 114, כי הלכת שמש נקבעה בשנת 1959, וכי להלכה זו "הייתה עדנה" בפסק-הדין בעניין אלגריה, לעיל ה"ש 15. משפטים ספורים אחר כך טרח בית-המשפט להדגיש כי ההלכה "הפכה בפרקטיקה המשפטית של השנים האחרונות במידה רבה להלכה שאין נוהגים על פיה". תמוה לאיזו עדנה בית-המשפט מכוון, שהרי ההלכה שנקבעה בשנת 1959 לא השתנתה מאז כלל ועיקר, מה-גם שהקביעה כי ההלכה נהפכה לכוון שאין נוהגים לפיה אינה נכונה. ראו קביעה מסוג זה אף בפסק-דינו של בית-המשפט השלום באשקלון בעניין עשוש, לעיל ה"ש 114, המציין בפס' 10 כי "ההלכה הנ"ל עברה שינויים במהלך השנים וכיום שוב אין היא שוררת בכיפה. בתי המשפט המחוזיים בפרקטיקה רואים בה כהלכה שאין מורין כמותה".

ברי כי בכך יש משום הודאה לא רק בתקפותה של ההלכה, אלא גם בניסיון, שאינו מוצלח תמיד, לחמוק ממנה ולפסוק בניגוד לה, לעיתים בדרך לא דרך. חוסר הרצון לנקוט עמדה בנוגע להלכת שמש, והבחירה לפסוק דין מתוקף הלכות אחרות, שחלקן לא רלוונטיות ולא מדויקות בעליל, ממחישים ומעצימים את הצורך במענה כולל, מערכתי וברור בנוגע להלכה כמו גם בנוגע ליחס של בתי המשפט קמא כלפיה.

פרק ג: פתח תקווה? הצעת חוק לתיקון סמכותו העניינית של בית המשפט השלום בנוגע לשימוש במקרקעין

"ובענייני סדרי הדין נראה לי כי נוהג המושגת על הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון, אשר בעלי הדין רשאים וחייבים לכלכל מעשיהם על פיו, אין מן הראוי לשנותו אלא בדרך החקיקה בלבד."¹¹⁶

כידוע, נוסחו הנוכחי של סעיף 51(א) לחוק בתי המשפט קובע כהאי לישנא:

"בית משפט שלום ידון באלה:

... (1)

(2) תביעות אזרחיות – למעט תביעות הנוגעות למקרקעין – כשסכום התביעה או שווי התובענה אינו עולה על 2,500,000 שקלים חדשים ביום הגשת התובענה...

(3) תביעות בדבר חזקה או שימוש במקרקעין או בדבר חלוקתם או חלוקת השימוש בהם..."

ביום 19.3.2007 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק בתי המשפט (תיקון) – סמכות עניינית בתביעות הנוגעות למקרקעין, התשס"ז-2007, שביקשה לתת מענה לבעיות העולות מהלכת שמש. וכך קובעת הצעת החוק:

"בסעיף 51(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984
(1) בפסקה 2, המילים 'למעט תביעות הנוגעות למקרקעין' – יימחקו;
(2) פסקה 3 – תימחק."

מהות התיקון המוצע, עינינו הרואות, היא ניסיון להחיל את כללי הסמכות העניינית הרגילים החלים על כלל התביעות האזרחיות בהתאם לשווי התביעה גם על תביעות אזרחיות

116 המ' 39/63 וייסמן נ' פרנזי, פ"ד יז 1527, 1531 (1963).

הנוגעות במקרקעין. בהתאם לכך מוצע לבטל את ההסדר המיוחד הנוהג כיום באשר לסמכות העניינית בתביעות הנוגעות במקרקעין, ולהכפיף את שאלת הסמכות, באופן בלעדי, לשאלת השווי. כך, כל תביעה אזרחית, בין במקרקעין ובין אחרת, תיחתך על-פי שווייה: אם סכום התביעה או שווי הנושא הנידון בה אינם עולים על 2.5 מיליון ש"ח, תידון התביעה בבית-משפט השלום; ואם הם מעל 2.5 מיליון ש"ח, היא תידון בבית-המשפט המחוזי. הצעה זו מבקשת למנוע את הבעיה הנובעת מפיצול סמכויות הדיון בין בית-משפט השלום לבין בית-המשפט המחוזי, ככל שאלה נוגעות בענייני המקרקעין השונים. אכן, מציע הצעת החוק, חבר-הכנסת ניסן סלומינסקי, מציין בדברי ההסבר כי "הסדר חלוקת הסמכויות הקיים בענין תביעות הנוגעות למקרקעין אינו יעיל ואינו הגיוני. הוא מעורר שאלות סבוכות ומיותרות והוביל לגיבוש הבחנות בעייתיות ושנויות במחלוקת בפסיקת בתי המשפט...".¹¹⁷ לפיכך, ולנוכח קריאות חוזרות ונשנות לתיקון המצב הקיים הן מצד בית-המשפט העליון¹¹⁸ והן מצד "הוועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל",¹¹⁹ ההצעה מעלה את האפשרות לבטל כליל את חלוקת הסמכויות בין בתי-משפט השלום לבין בתי-המשפט המחוזיים בכל הנוגע במקרקעין, ולהכפיף את סוגיית הסמכות כולה, בכל התביעות, לשאלת השווי.

הצעת חוק זו חשובה, ובוודאי תסייע בייעולו של ההליך השיפוטי בשלב הראשון והמקדמי של קביעת סמכות השיפוט – שלב שבו שוררת, כפי שראינו, מהומה רבתי. עם זאת, נראה כי ההצעה יוצאת מנקודת-הנחה שלפיה שווי התביעה – ובאופן ספציפי שווי של 2.5 מיליון ש"ח – מהווה מדד למורכבותה של התביעה, לקושי הניצב בבסיסה ולרמת מקצועיות מסוימת המבחינה בין שופטי בית-משפט השלום לבין שופטי בית-המשפט המחוזי. ספק עד כמה הנחה זו מדויקת, ועד כמה היא מאפשרת הבחנה בין עניינים מורכבים וקשים לבין עניינים שאינם כאלה. קיימות תביעות מורכבות וקשות שהסעד הנדרש בהן נמוך, ולהפך, קיימות תביעות פשוטות בעליל שהסעד הנדרש בהן גבוה מ-2.5 מיליון ש"ח. אכן, הבחנה זו אינה שונה בהרבה מההבחנה הנוהגת כיום במקרקעין, אשר ההצעה מבקשת לבטל, ולפיה עניינים בדבר חזקה ושימוש במקרקעין הם מסובכים ומורכבים פחות מענייני בעלות במקרקעין. כשם שהבחנה זו מלאכותית, כך גם ההבחנה על-פי השווי מעושה ואינה עושה חסד עם שופטי בית-משפט השלום. נראה כי אם כבר עולה הצעה לתיקון מערך סמכותו העניינית של בית-משפט השלום, יהיה ראוי ונכון לבטל כליל את התקרות וההבחנות השונות, ולהעניק לבית-משפט השלום את הסמכות לדון בכל ענייני המקרקעין

117 דברים אלה נלקחו, כמעט מילה במילה, מתוך דין וחשבון הוועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל (1997), המכונה אף "ועדת אור". וזהו הציטוט המלא מתוך עמ' 34-35 בדוח: "מערך הסמכויות הקיים אינו יעיל. הוא מעורר שאלות סבוכות ומיותרות בנושא הסמכות. הוא הביא לגיבושן של הבחנות בעייתיות ושנויות במחלוקת, לעניין גבול סמכותו של בית משפט השלום."

118 ראו את דבריו של הנשיא שמגר בעניין חסן נ' פלדמן, לעיל ה"ש 31 והטקסט הסמוך אליה. כן ראו את דבריו של השופט ריבלין בעניין ג'מיל (לעיל ה"ש 17) לעיל בה"ש 22 ובטקסט הסמוך אליה.

119 לעיל ה"ש 117.

ובכל העניינים הכספיים השונים והאחרים. כך, ורק כך, ייהפך בית-משפט השלום לערכאת הדיון המרכזית שבמסגרתה יידונו כל התביעות האזרחיות השונות.¹²⁰ הצעת החוק אינה מאזכרת, מטבע הדברים, את יחסם של בתי-משפט השלום ובתי-המשפט המחוזיים השונים להלכת שמש, ואך מציינת, כאמור, כי הסדר חלוקת הסמכות העניינית הוביל לפסיקות "שנויות במחלוקת". אף שאין בכך הצדקה כלשהי לסטייה מהלכה מחייבת של בית-המשפט העליון, נראה כי ההצעה עשויה לאיין את הבעיות הנובעות מהלכת שמש, וממילא את ההידרשות לשאלת הסמכות מקום שעסקינן בשימוש במקרקעין תוך פגיעה בהם. נכון למועד כתיבת שורות אלה, הצעת החוק לתיקון סמכותו העניינית של בית-משפט השלום מונחת עדיין על שולחן הכנסת, וטרם הגיעה לכלל הגשמה.

סוף-דבר: בחזרה לעתיד

בספר דברים נכתב: "כי יפלא ממך דבר למשפט... ובאת את הכהנים הלויים ואל השפט אשר יהיה בימים ההם ודרשת והגידו לך את דבר המשפט. ועשית על-פי הדבר אשר יגידו לך... ושמרת לעשות ככל אשר יורוך... ועל המשפט אשר יאמרו לך תעשה לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל."¹²¹ ורש"י מפרש: "אפילו מראים בעיניך על ימין שהוא שמאל

120 ודוק: בית-משפט השלום עוסק אף כיום בענייני בעלות במקרקעין, כמו-גם בעניינים כספיים בשווי גבוה מ-2.5 מיליון ש"ח, במסגרת סמכותו העניינית בתביעה שכנגד (מכוח ס' 51(א) (4) לחוק בתי-המשפט) ובמסגרת סמכותו הנגזרת (מכוח ס' 76 לחוק בתי-המשפט). מעניין שדרך פעולה זו עולה בקנה אחד עם המלצותיה של ועדת אור (למעט חריגים שונים שאין זה המקום לדון בהם) בדיון וחשבון הוועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל, לעיל ה"ש 117, בעמ' 20: "הוועדה הגיעה למסקנה כי המודל הרצוי של מערכת בתי המשפט הוא מבנה של שלוש ערכאות. בבסיס מודל זה מצויה 'ערכאה דיונית' – אשר תהיה מבוססת על בית משפט השלום – ואשר בה יידונו כל העניינים של ערכאה ראשונה. מעל ערכאה זו יהיה בית המשפט לערעורים – אשר יתבסס על בית המשפט המחוזי היום – ואשר ידון בערעורים על פסקי הדין של בית משפט השלום. בראש המבנה המוצע יעמוד בית המשפט העליון, אשר ידון בערעורים על פסקי דין של בית המשפט לערעורים על פי רשות שתינתן על ידו, וכן בעניינים בעלי חשיבות מיוחדת – חוקתית או ציבורית – המצריכים דיון והכרעה בערכאה השיפוטית והעליונה של המדינה." מעניין שבעקבות המלצותיה של ועדת אור הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק לתיקונים מקיפים בחוק בתי-המשפט, אך ההצעה לא הגיעה לכלל חקיקה. ראו הצעת חוק בתי המשפט [נוסח משולב] (תיקון מס' 28) (מבנה מערכת בתי המשפט ותיקונים שונים), התש"ס-2000, ה"ח 663.

121 דברים יז 8-11.

ועל שמאל שהוא ימין – שמע להם¹²², הווה אומר, אפילו תחשוב בלבך שהשופטים טועים, והדבר פשוט בעיניך כאשר אתה יודע בין ימיןך ושמאלך, אף-על-פי-כן ולמרות זאת, עשה כמצוותם. הוראה זו בולטת בחוכמתה אף כאשר עסקינן בציות של בית-משפט קמא להלכה שהוציא מתחת ידיו בית-המשפט העליון. בפרספקטיבה זו היא מקבלת משמעות אף באשר לאחריות, האישית וההתברתית, שהשופט בערכאות אלה נושא על שכמו כאשר הוא יושב בדין:

”כל שופט בישראל חייב לנהוג על פי ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון. השופט עשוי לסבור שההלכה מוטעית ובלתי חוקית, שיש לבטלה, שראוי לסטות ממנה. הוא גם עשוי להיות צודק בגישתו זו, אך קצרה ידו מלהושיע. הביטול של ההלכה... יכול להיעשות רק על ידי בית המשפט העליון עצמו.”¹²³

אכן, ככל שנעמיק בקריאת פסקי-הדין העוסקים בהלכת שמש, לא נוכל לראות אלא זאת: מן העבר האחד, הלכה של בית-המשפט העליון. הלכה זו – על-אף היותה ארכאית, הגם שהוטחה בה ביקורת קשה מבית ומחוץ, ואף שספק עד כמה היא ראויה עדיין בימינו – לא בוטלה מעולם, לא באופן ישיר ולא באופן עקיף. מכיוון שכך, היא מחייבת כל בית-משפט, זולת בית-המשפט העליון, לפסוק לאורה. מן העבר האחר, פסקי-דין והחלטות שונות של בתי-משפט שלום ובתי-משפט מחוזיים ברחבי הארץ הנדרשים ליישום ההלכה שקבע בית-המשפט העליון. רבים-רבים מכותבי פסקי-הדין הללו החליטו לעשות דין לעצמם, תוך שהם מרימים ידם על הלכה מחייבת של בית-המשפט העליון, מתקוממים נגדה ופוסקים – באופן מפורש וברור – בניגוד לה. אך בכך לא סגי. כמה מכותבי פסקי-הדין הללו, שהמחויבות לפסוק לאור ההלכה לא נעלמה מעיניהם, החליטו לנסות לגבור על מחויבות זו באמצעות מתן הסברים מהסברים שונים באשר לחוסר נחיצותה של ההלכה האמורה, כמו-גם לגבי היותה תקלה ציבורית של ממש. טלו, על-דרך משל, את הסברו של בית-משפט השלום בנתניה לפסיקה שפסק תוך סטייה רבתי מהלכת שמש:

”ההגבלה שהוטלה, על פי הלכת שמש, על סמכותו של בימ"ש השלום – כשהוא דן בעניין של חזקה ושימוש במקרקעין, שמצוי מלכתחילה בתחום סמכותו – אך הוא מנוע מליתן סעד ש'פוגע בגוף הנכס', היא הגבלה שמקשה מאוד על ציבור המתדיינים ועל בתי המשפט ופוגעת בניהול היעיל של ההליכים.”¹²⁴

הניסיון להסביר את הפסיקה המנוגדת להלכה, תוך מחשבה שהסבר מניח-דעת יעלים את העובדה כי פעולה שלא ברשות ולא בסמכות נעשתה כאן, מקוממת בשני מישורים: ראשית, וכאמור, מפני שסעיף 20(ב) אינו קובע כי ניתן לסטות מהלכה מחייבת של בית-

122 רש"י, דברים יז 11, ד"ה "ימין ושמאל".

123 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 240 (2004).

124 עניין חרזאללה (עומר), לעיל ה"ש 94, פס' 6.

המשפט העליון תוך מתן הסבר סביר או הצדקה הגיונית, ואף לא באמצעות טיעון תקף ונכון לגופו של עניין; שנית, וגם אם יש הצדקה כזו לגופו של עניין, ברי כי פסיקה בניגוד להלכה, בוודאי כזו הניתנת על-ידי בית-משפט קמא, אך מסבכת את מצב הדברים, ובכל מקרה אינה מקילה כלל ועיקר על ציבור המתדיינים: אם עד עתה הסתכם המצב בקיומה של הלכה שנויה במחלוקת, שספק עד כמה היא משרתת את מצב המערכת המשפטית דהיום, הרי עתה, לאחר פסיקות סותרות של בתי-משפט שלום ובתי-משפט מחוזיים, אנו נותרים גם עם ההלכה הבעייתית וגם עם מצב לא-ברור באשר לתקפותה ובאשר לחובתו של תובע פלוני להגיש את תביעתו לערכאה הראויה. מצב דברים זה, המבטא פער ממשי בין הדין הכתוב על ספר לבין הדין כפי שהוא מופעל בחיי היומיום, הוא בלתי-נסבל, בוודאי מקום שעסקינן בהלכה דיונית המבקשת להסדיר שלב משפטי מקדמי וראשוני כקביעת סמכות: שלב אשר אמור להיות ברור, מהיר, ודאי ויעיל נעשה מסורבל, לוט בערפל, זרוע בלבול ובמידה רבה תלוי בשופט ובמותב היושב בדין.

מעבר לכך, בין השיטין, לא ניתן להתעלם מן המסר הגלום בפסיקותיהם של בתי-משפט שלום ובתי-משפט מחוזיים אשר ספק מתעלמות ספק סוטות במודע מהלכה מחייבת של בית-המשפט העליון. כמה משופטי ערכאות אלה לא הפנימו, כך נראה, את תפקידו של בית-המשפט העליון, כמו-גם את האחריות המיוחדת שלו, בהיותו ראש הפירמידה השיפוטית בשיטתנו: את הצורך בהתאמה ובסנכרון בין ערכאות השיפוט השונות; את סמכותו לקבוע את כיווני ההתפתחות המשפטיים; ואת הצורך בהלכות ברורות ומפורשות שיובילו ליציבות המערכת, לוודאות בידיעת הדין ולבהירות באשר להחלטתו. בעבורם ובעבורנו כתב פרופ' אהרן ברק את המילים הבאות:

"בעיני, משולה המערכת הנורמטיבית לתזמורת, שבה נגנים שונים, בעלי מומחיות שונה, המנגנים לפי תווים שכתב המלחין. לא יעלה על הדעת שכל נגן וכל קבוצת נגנים ינגנו בקצב הנראה להם ובהתאמה הנראית להם. התזמורת כולה חייבת לנגן כיחידה, תוך התאמה בין כל מרכיביה. תיאום והתאמה זו נעשים על ידי המנצח. בית המשפט העליון הוא המנצח של התזמורת הנורמטיבית."¹²⁵

125 אהרן ברק "על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז 475, 497 (1993).