

חריגה מסמכות עניינית בהליך האזרחי

אלון קלמנט*

מאמר זה בוחן מהו הכלל הראוי להכרעה בטענת חוסר סמכות עניינית העולה בשלבים מאוחרים של ההליך המשפטי. הוא מציג כלל המאזן בין מתן תמריצים לתובעת ולנתבע להקטין את הסיכוי לטעות מראש בשאלת הסמכות העניינית לבין הקטנת העלויות הנובעות בדיעבד מטעויות כאלה כאשר הן קורות. המאמר מציג כי איזון זה ייעשה באמצעות הכלי הדוקטרינרי של בטלות יחסית.

הגישה המוצגת במאמר מסתמכת על ניתוח הפער בין האינטרס הפרטי בהגשת תביעה בבית-המשפט המוסמך לבין מטרותיו של המחוקק בקביעת כללי הסמכות. בהתבסס על אותו ניתוח המאמר בוחן גם סוגיה קרובה, והיא מידת החופש שיש לתת לצדדים להתנות על סמכותו של בית-המשפט.

מבוא

פרק א: הגישה בעבר – חריגה מסמכות עניינית גוררת בטלות

1. סמכות עניינית ועקרון החוקיות
2. התוצאות הנובעות מהחלת עקרון החוקיות על חריגה מסמכות עניינית
3. גמישות בדין ביחס לבטלותו של פסק-דין שניתן בחריגה מסמכות עניינית

פרק ב: התפיסה המודרנית – גישה גמישה לנפקויות של חוסר סמכות עניינית

1. שינוי מגמה בפסיקת בית-המשפט העליון
2. פסיקת בית-המשפט העליון – מועד העלאתה של טענת חוסר סמכות עניינית
3. פסיקת בית-המשפט העליון – מניעת טענה מאוחרת בדבר חוסר סמכות עניינית מכוח חובת תום-הלב

* פרופסור למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. אני מודה לרמי אמיר, לשי לביא, ליובל פרוקצ'יה, לרוני אבישר-שדה ולעורכי כתב-העת **משפט ועסקים** על הערותיהם המועילות לטיטות קודמות של המאמר, וכן למתי גולדברג ולורד פז על עזרתם המעולה במחקר.

פרק ג: הגישה המוצעת

1. מטרותיהם של כללי הסמכות
2. ניתוב והקצאה של תיקים בין בתי-המשפט באמצעות כללי סמכות
3. הגישה המוצעת בנוגע לשאלה באילו מקרים ראוי לבטל את תוצאות ההליך שהתנהל בחוסר סמכות
 - (א) עלותם הישירה של הכלל הרחב והכלל הצר
 - (ב) השפעתם של הכלל הרחב והכלל הצר על הסיכוי שהתביעה תוגש בבית-משפט שאינו מוסמך
 - (ג) השוואה בין הכללים
 - (ד) יישום – השוואה בין הכללים
4. דוקטרינת הבטלות היחסית וחובת תום-הלב לאור הגישה המוצעת
5. פסיקת הוצאות – האם היא עשויה לסייע במקרים של חריגה מסמכות?
6. האם ראוי לאפשר לתובעת להעלות טענה מאוחרת בדבר חוסר סמכות?

פרק ד: התניה על הסמכות העניינית

סיכום

נספח: ניתוח פורמלי של ההשוואה בין הכלל הרחב והכלל הצר

מבוא

מה דינה של טענת חוסר סמכות עניינית העולה בשלבים מאוחרים של ההליך? התשובה שנתן בית-המשפט העליון לשאלה זו השתנתה בחמש-עשרה השנים האחרונות. הכלל שנהג בעבר קבע כי ניתן להעלות טענת חוסר סמכות עניינית בכל שלב של ההליך, אף לאחר מתן פסק-הדין, וכי קבלת טענה כזו מביאה לידי בטלותו של ההליך. כיום האפשרות להעלות טענת חוסר סמכות עניינית בשלבים מאוחרים של ההליך, ובפרט לאחר מתן פסק-הדין, מוגבלת מכוח חובת תום-הלב.

מאמר זה בוחן מהו הכלל הראוי להכרעה בטענה מאוחרת בדבר חוסר סמכות עניינית. הוא מצייע כלל המאזן בין מתן תמריצים לתובעת ולנתבע להקטין את הסיכוי לטעות מראש בשאלת הסמכות העניינית לבין הקטנת העלויות הנובעות בדיעבד מטעויות כאלה כאשר הן קורות. המאמר מצייע כי איזון זה ייעשה באמצעות הכלי הדוקטרינרי של בטלות יחסית.

כללי הסמכות מיועדים להקצות את התביעות המוגשות למערכת המשפט בין בתי-המשפט ובתי-הדין השונים באופן שיגשים מטרות שונות שאליהן כיוון המחוקק. מטרות אלה כוללות התמחות של בתי-משפט בנושאים ייחודיים, הקצאה יעילה של המשאבים השיפוטיים במערכת המשפט, ואף מטרות רחבות הרואות בבתי-המשפט אתרים שבהם

קבוצות-כוח שונות באוכלוסייה משיגות השפעה בסוגי סכסוכים המשמעותיים להן (מטרות "פוליטיות"). הסוגים השונים של כללי הסמכות נבדלים זה מזה במטרות שהם מיועדים להשיג. כך, בעוד מטרותיהם של כללי הסמכות המקומית מצומצמות להגברת היעילות האדמיניסטרטיבית ולצמצום עלויותיהם של הצדדים להליך, כללי הסמכות העניינית יכולים לשמש להשגת כל המטרות, רחבות כצרות.

כללי הסמכות מקצים את התביעות בין בתי-המשפט באמצעות הַכוונה של התובעת להגיש את תביעתה בבית-המשפט המוסמך, ובאמצעות מתן אפשרות לנתבע להתנגד לדיון בתביעה שהוגשה בבית-משפט שאינו מוסמך. זוהי הקצאה בדרך של הַכוונה מבוזרת, "מלמטה". זאת, לעומת חלופה שלפיה הקצאת תביעות בין בתי-המשפט תהיה בדרך של חלוקה ריכוזית "מלמעלה", על-ידי רשות מרכזית שתפנה כל תביעה לבית-המשפט המתאים.

הקצאת התביעות צריכה להיעשות באופן שישגי את המטרות שהמחוקק מכוון אליהן, תוך מזעור העלויות הנדרשות לצורך ההקצאה. על שיטת ההקצאה להביא לידי כך שההקצאה תהיה מדויקת, כדי למזער את הפגיעה במטרות המחוקק עקב טעויות בהקצאה. אולם בה-בעת על שיטת ההקצאה להתחשב בעלויות הנדרשות כדי להגביר את דיוקם של כללי ההקצאה, לרבות העלויות הנגרמות כאשר טעויות כאלה קורות.

אף שחלק מהמטרות של כללי הסמכות משותפות לצדדים ולמערכת המשפטית (לדוגמה, חיסכון בעלויות), יש מטרות שעומדות בניגוד לאינטרס המידי של הצדדים או של אחד מהם (כך הדבר, למשל, לגבי חלק מהמטרות הנוגעות במומחיותו של בית-המשפט או לגבי המטרות ה"פוליטיות" של כללי הסמכות). אילו הייתה זהות בין מטרותיהם של דיני הסמכות לבין מטרותיהם של הצדדים, הם היו בוחרים לנהוג באופן המיטבי משיקולים חברתיים בבואם לבחור את בית-המשפט לתביעתם. התובעת הייתה משקיעה השקעה מיטבית בניסיון להגיש את תביעתה בבית-המשפט המוסמך, והנתבע, מצידו, היה משקיע את ההשקעה המיטבית בבחינתה של שאלת הסמכות ובהתנגדות באותם מקרים שבהם הוא מוצא כי התביעה לא הוגשה בבית-המשפט המוסמך. אולם הפער בין המטרות הרחבות של כללי הסמכות לבין מטרותיהם הפרטיות של הצדדים מביא לידי כך שכמות החריגות מכללי הסמכות גדולה מזו הרצויה מנקודת-מבט חברתית.¹

כתוצאה מהפער בין האינטרס הפרטי של התובעת לבין מטרות המחוקק בקביעת כללי הסמכות, צריך לתמרץ את התובעת להגיש את תביעתה בבית-המשפט המוסמך. כאשר היא מגישה את תביעתה בבית-משפט שאינו מוסמך, תביעתה צריכה להידחות. זאת, לא רק משום שבית-המשפט שאליו הוגשה התביעה לא יקיים בדיעבד את מטרות המחוקק, אלא גם משום שכך ניתן לתובעת תמריץ לתבוע מראש בבית-המשפט המוסמך. הטלת מלוא הסיכון במקרה של טעות בבחירת בית-המשפט על התובעת תביא

1 ראו גם אלון קלמנט ורועי שפירא "יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה" משפט ועסקים ז 75 (2007); אלון קלמנט "סדר הדין האזרחי" הגישה הכלכלית למשפט 997 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

לידי כך שהיא תנסה להגיש את התביעה בבית-המשפט המוסמך. טעויות שלה, כאשר יקרו, אמורות להיות מתוקנות בעקבות יוזמה של הנתבע או של בית-המשפט. עם זאת, ככל שההליך מתקדם, העלויות הכרוכות בדחיית התביעה משום חוסר סמכות גדולות יותר, בעיקר אם בית-המשפט המוסמך צריך להתחיל את הדיון בתביעה מחדש (de novo). חלק מהעלויות האלה הן עלויות חברתיות שהתובעת והנתבע אינם נושאים בהן. הם אינם נושאים במלוא העלויות הנובעות מטעויות בסמכות בית-המשפט, ולכן גם הטלת מלוא הסיכון הכרוך בטעויות אלה על אחד מהם לא תוביל אותו בהכרח להתנהגות מיטבית.

לפיכך חלוקת הסיכון בין התובעת, הנתבע ומערכת המשפט במקרה של הגשת תביעה לבית-משפט שאינו מוסמך צריכה להתחשב במטרות שכלל הסמכות הספציפית מיועד להשיג; בהשפעתה של חלוקת הסיכון על תמריצי הצדדים לבחון את שאלת הסמכות, וכיוצא מכך על הסיכוי לטעות; ובעלויות הנובעות מקבלתה של טענת חוסר הסמכות או מדחייתה במועד שבו הועלתה. הכלל המיטבי צריך לאזן בין מתן תמריצים באופן שימנע טעות מראש לבין הקטנת העלויות הנובעות בדיעבד מטעויות כאלה. יתרוננו של הכלל הנוהג כיום, המונע העלאת טענה בדבר חוסר סמכות עניינית בשלבים מאוחרים של ההליך (להלן: הכלל הצר), נעוץ בכך שהוא מונע בזבוז של עלויות משפט עקב קבלת טענה כזו בשלבים מאוחרים. אולם לכלל זה יש שני חסרונות מרכזיים. החיסרון האחד הוא שכלל זה מקטין את תמריצייה של התובעת לבחון מראש את שאלת הסמכות, ולכן מביא לידי כך שהליכים רבים יותר יוגשו, בטעות או במכוון, בבית-משפט נעדר סמכות. החיסרון האחר, הקשור לקודם, הוא שבמקרה שבו ההליך מוגש בבית-משפט שאינו מוסמך, המטרות שלשמן נקבע כלל הסמכות נפגעות. לעומת זאת, הכלל שנהג בעבר, אשר אפשר העלאת טענה בדבר חוסר סמכות עניינית בכל שלב של ההליך (להלן: הכלל הרחב), מקטין את הסיכוי שתביעות יוגשו בבית-משפט שאינו מוסמך, ומונע פגיעה במטרותיו של כלל הסמכות כאשר טעויות כאלה מתרחשות. חסרונו העיקרי הוא עלויות ההליך המבזבזות בכל מקרה כזה. המאמר מסביר כיצד יש לבחור בין הכללים בהתאם לתובנות אלה, וליישם את הבחירה באמצעות דוקטרינת הבטלות היחסית. כברת-מחדל המאמר מציע להחיל את הכלל הרחב, ולאפשר ביטולו של הליך שניתן בחוסר סמכות עניינית, כאשר הסמכות העניינית היא סמכות ייחודית שנקבעת על-פי מבחן העילה, ולא על-פי מבחן הסעד. המאמר מתמקד בניתוחן של שאלות אלה בנוגע לחריגה מכללי הסמכות העניינית.² אלה כללי הסמכות שבהם הפער בין האינטרס הפרטי לבין מטרות המחוקק עלול להיות

2 לדיון בשינוי גישתו של בית-המשפט העליון להעלאת טענה בדבר חוסר סמכות עניינית בשלבים מאוחרים של ההליך, ראו סטיבן גולדשטיין וערן טאוסיג "הפחתה במעמד שאלת הסמכות בבית-המשפט הכלליים" **עלי משפט** ג 279 (2003). לגישתם, מגמת ההפחתה שהם מזהים בחשיבותה של שאלת הסמכות, על כל סוגיה, היא ראויה. עם זאת, מאמרם מתמקד בתיאור הפסיקה, ואינו מנתח באופן מעמיק את הבסיס לגישתם הנורמטיבית ביחס למגמה זו. ראו גם דודי שוורץ **סדר דין אזרחי – חידושים, תהליכים ומגמות** 163–166 (2007).

הגדול ביותר, ולפיכך הם שמעלים את הבעיות הקשות ביותר בנוגע לחריגה מסמכות. עם זאת, הגישה המוצגת במאמר מיושמת גם לכללי הסמכות המקומית, ומסבירה את התוצאות השונות של חריגה מכללי סמכות אלה.³

המאמר בנוי כדלקמן: פרק א סוקר את גישתו של בית-המשפט העליון בעבר לטענת העדר סמכות עניינית שהועלתה בשלבים מאוחרים של ההליך, ואף לאחר מתן פסק-דין. הפרק מסביר את האופן שבו קשר בית-המשפט העליון בין עקרון החוקיות לבין התוצאות של העדר סמכות עניינית, אולם בה-בעת מציג חריגים לגישה זו, שהיו קיימים גם בעבר במסגרת הוראותיו של חוק בתי-המשפט. פרק ב מציג את השינוי שחל בגישתו של בית-המשפט העליון לטענת חוסר סמכות עניינית המועלית בשלבים מאוחרים של ההליך. הפרק סוקר את האופן שבו הגביל בית-המשפט העליון העלאת טענה בדבר חוסר סמכות בהתאם למועד שבו הועלתה, ואת הכלים הדוקטרינריים של חובת תום-הלב והבטלות היחסית שבהם השתמש כדי למנוע בטלותו של הליך שהתנהל בבית-משפט שאינו מוסמך. פרק ג מציג את הגישה המוצעת לפתרון השאלות העולות כאשר טענת חוסר סמכות עולה בשלבים מאוחרים של ההליך. פרק ד בוחן שאלה קרובה וקשורה הנוגעת באפשרות להתנות מראש על סמכותו של בית-המשפט. הפרק האחרון מסכם. נספח למאמר מציג ניתוח כלכלי פורמלי של הטענות העיקריות במאמר.

פרק א: הגישה בעבר – חריגה מסמכות עניינית גוררת בטלות

1. סמכות עניינית ועקרון החוקיות

על-פי הגישה שנהגה בבתי-המשפט, הסמכות העניינית של בית-המשפט נתפסה כנגזרת

3 מאמר זה אינו דן בהעדר סמכות פונקציונלית הנובע מהרכב חסר או מסמכותו המוגבלת של מותב, שופט או רשם. בבג"ץ 1555/05 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי מחוז תל-אביב (פורסם בנבו, 16.7.2009) (להלן: עניין מר לוי) נבחן פסק-דין שניתן בבית-הדין הרבני בהרכב חסר של שני דיינים מקום שנדרשו שלושה. אף שהצדדים קיבלו על עצמם הרכב זה, פסקה השופטת פרוקצ'יה כי אין הסכמה זו יוצרת השתק ומניעות לצורך העלאת טענה בדבר חוסר סמכות (שם, פס' 38 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה). כן פסקה השופטת פרוקצ'יה כי הליך זה נגוע בפגם מהותי היורד לשורש הסמכות הפונקציונלית של בית-הדין הרבני, ומביא לידי בטלות מעיקרא של ההליך (שם, פס' 49 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה). השווה בג"ץ 8872/06 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול, פס' ה לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 20.12.2006), שבו קבע השופט רובינשטיין (בהסכמת השופטים פרוקצ'יה וד' חשין) כי הסכמת הצדדים להרכב חסר דווקא יוצרת מניעות. לביקורת על חוסר האחידות בהלכות ועל פסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה בעניין מר לוי ראו איתי ליפשיץ "טובים השנים מן האחד? – על סמכות ומניעות ועל אופני עבודת ההרכב" משפטים מג 513, 519–530 (2013).

של עקרון החוקיות.⁴ עקרון החוקיות קובע שכל רשות מנהלית חייבת לפעול בתוך ד' אמות הסמכות שהוקנתה לה בחוק, ולעשות רק אותן פעולות שהחוק הסמיך אותה לעשותן.⁵ ערכאות שיפוטיות כפופות גם הן לעיקרון זה, ולכן לכל ערכאת שיפוט ממלכתית אין אלא אותם סמכויות וכוחות שיפוט שהעניק לה חוק המדינה. מערכת בתי- המשפט הינה מערכת ארגונית הנמנית עם רשויות המדינה. אם מערכת זו לא הוסמכה לדון בעניין פלוני, אזי אין היא יכולה לכופף את ציווייה על הפרט.⁶ על-פי תפיסה זו, דין דומה חל גם על החלוקה הפנימית (לפחות זו הפונקציונלית) של סמכויות השיפוט בתוך המערכת השיפוטית הנתונה.⁷ כל ערכאה שיפוטית "החוק הוא שהקימה, הוא שהגדיר את סמכויותיה, והוא שייחדן לה. בעשותו כן, הניח החוק, כחלק מתפיסת יסוד בממשל דמוקרטי, כי במתן סמכויות שיפוט טמונות, בה בעת, גם מגבלות כח השיפוט. כל אשר לא ניתן לערכאה השיפוטית, מצוי מחוץ ומעבר לכוחה, ואל לה לחרוג מגדרי פעולתה המוכרים אל עבר תחומים שלא הופקדו בידיה, ובאחריותה".⁸ זו תמציתו של עקרון החוקיות, והוא חל על מערכת המשפט על כל שלוחותיה.⁹

- 4 לפי עקרון החוקיות, כאשר הוא מיושם במשפט המנהלי, רשות מנהלית נהנית אך מאותן סמכויות שהוענקו לה מכוח הדין. ללא הוראת הסמכה בת-תוקף אין בכוחה של הרשות לפעול. הדין הוא אביה מולידה של זו, ואין לה אלא מה שהראשון קצב לה. התיימרה הרשות לחרוג מהתחום המוקצב, היא יוצאת מתחום הכרתו של הדין, ומבחינה זו מעשיה כמוהם כלא היו. אם הרשות אינה יכולה להצביע על חוק שממנו נובעת הסמכות לעשות מעשה נתון, אזי המעשה אינו בתחום סמכותה ולכן הוא בלתי-חוקי. ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א 74 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010); ברוך ברכה **משפט מינהלי** כרך א – המינהל הציבורי 35 (1997).
- 5 דפנה ברק-ארו **משפט מינהלי** כרך א 97 (2010).
- 6 יש לציין כי בית-המשפט העליון לא עמד על בעייתיות ביחס בין עקרון החוקיות לבין זכות הגישה לבית-המשפט. ככל שעקרון החוקיות קובע כי מערכת המשפט אינה יכולה לדון בסכסוך שהיא לא הוסמכה לדון בו, עיקרון זה עלול לעמוד בסתירה לזכות הגישה לבית-המשפט, שכן בהעדר הסמכה כאמור, הצדדים נותרים ללא ערכאה שיפוטית שתוכל להכריע בסכסוך ביניהם. נשאלת אם כן השאלה אם זכות הגישה לבית-המשפט משמיעה מסקנה שלפיה לכל סכסוך צריך שתהיה ערכאה שיפוטית שתהיה מוסמכת לדון בו, אף אם אין חוק מסמיך. זכותו של אדם לגישה לבית-המשפט הינה הזכות שהסכסוך שהוא צד לו, כתובע או כנתבע, יהיה ניתן לשיפוט על-ידי ערכאה שיפוטית של המדינה. שאלה היא, אם כן, אם עקרון החוקיות עומד בקנה אחד עם זכות הגישה, ככל שהוא נוגע בסמכותה של מערכת המשפט ככלל לדון בסכסוך בהעדר הסמכה מפורשת בחוק. שאלה זו חורגת ממסגרתו של המאמר.
- 7 שלמה לוין **תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד** 101 (מהדורה שנייה מורחבת, מעודכנת ומתוקנת, 2008).
- 8 בג"ץ 8638/03 **אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים**, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 6.4.2006) (ההלכה והמסורת היהודית אינן יכולות להסמיך את בית-הדין הרבני לדון בעניינים שאין החוק מסמיך אותו להם).
- 9 עניין **מר לוי**, לעיל ה"ש 3, פס' 17–18 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה. ראו גם בג"ץ 3269/95 **כץ נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים**, פ"ד נ(4) 590, 604 (1996) ("בית-דין רבני מוקם מכוח חוק

2. התוצאות הנובעות מהחלת עקרון החוקיות על חריגה מסמכות עניינית

האופן שבו קשר בית-המשפט העליון בעבר בין עקרון החוקיות לבין כללי הסמכות העניינית ביטא גישה בלתי-מתפשרת ביחס לתוצאות הנובעות מהעדר סמכות עניינית של בית-המשפט. לגישתו דאז של בית-המשפט העליון, פסק-דין שניתן בחוסר סמכות עניינית היה בטל מעיקרו. מכך נגזר שהיה אפשר להעלות טענת חוסר סמכות בכל שלב של ההליך, ושביית-המשפט היה מחויב להעלותה מיוזמתו.

מכוח עקרון החוקיות נבעה בטלותו של פסק-דין שניתן על-ידי ערכאה שחסרה סמכות עניינית להכריע בתביעה. טענה בדבר חוסר סמכות עניינית נתפסה כטענה היורדת לשורשו של ההליך המשפטי. בשורה ארוכה של פסקי-דין ציין בית-המשפט העליון כי כל ערכאה (שיפוטית או מעין-שיפוטית) צריכה להקפיד הקפדה יתרה לא לחרוג מגדרי סמכויותיה.¹⁰ נקבע כי פסק-דין שניתן בחוסר סמכות עניינית הינו בטל מעיקרו, בבחינת פגם שאי-אפשר לרפאו, כך שאין לו כל תוקף משפטי ואין בקביעות העובדתיות הכלולות בו כדי לחייב את בעלי-הדין להליך.¹¹

יתר על כן, בית-המשפט העליון הדגיש כי על בית-המשפט הדין בתביעה להידרש לשאלת סמכותו לזון בעניין מסוים מיוזמתו, אף ללא העלאת טענה בדבר חוסר סמכות על-ידי מי מבעלי-הדין. בשתיקתם של בעלי-הדין, כך נקבע, אין כדי להקנות לבית-המשפט סמכות שאינה מוקנית לו בדין.¹² לבסוף, בית-המשפט חזר וקבע כי יש להיזקק לטענת חוסר סמכות עניינית גם כאשר זו הועלתה בשלבים מאוחרים של ההליך, ואף אם הועלתה לראשונה לפני ערכאת הערעור.¹³

וסמכותו נובעת מן החוק... בית הדין הרבני חייב לכבד ולקיים את העיקרון הבסיסי החל על כל מוסד שלטוני, הוא עקרון החוקיות. לפי עיקרון זה אין לבית הדין הרבני אלא אותה סמכות שהוענקה לו לפי חוק".

10 ראו, למשל, בג"ץ 2117/99 מנסור נ' בית-הדין השרעי לאיזור התיכון – טייבה, פ"ד נד(1) 211, 214 (2000); עניין כץ, שם, בעמ' 608; בג"ץ 8/48 גליקסברג נ' יו"ר משרד ההוצאה-לפועל, תל-אביב, פ"ד ב 174, 168 (1949) ("...עם קביעת סמכויות בתי-המשפט באופן ברור על-ידי החוק, החלה נטיה אחרת. בתי-המשפט לא זו בלבד שחדלו לייחס לטענות חוסר סמכות פגיעה בכבודם, אלא, להיפך, החלו להקפיד שלא לחרוג ממסגרת סמכותם").

11 שוורץ, לעיל ה"ש 2, בעמ' 163.

12 עניין מנסור, לעיל ה"ש 10, בעמ' 214.

13 ראו בג"ץ 6103/93 לוי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד מח(4) 591, 615–616 (1994) (להלן: עניין גב' לוי); עניין מנסור, לעיל ה"ש 10; ע"א 510/82 חסן נ' פלדמן, פ"ד לז(3) 1, 9 (1983); ע"א 119/87 מרהג' נ' רמזאן, פ"ד מד(4) 377, 380 (1990); ע"א 178/56 מרקין נ' מרקין-וינקלר, פ"ד יא 1080, 1082 (1957); יואל זוסמן סורי הדין האזרחי 819 (מהדורה שביעית, שלמה לויין עורך, 1995).

3. גמישות בדין ביחס לבטלותו של פסק-דין שניתן בחריגה מסמכות עניינית

כפי שיוסבר בפרק הבא, העלויות הנובעות מבטלותו של פסק-דין שניתן בחוסר סמכות עניינית הניעו את בית-המשפט העליון לשנות את הכלל הנוהג בעניין זה. אולם אף לפני שינוי המגמה בפסיקה היו קיימות בדין הוראות המעמידות באור שונה את תחולתו של עקרון החוקיות באשר לסמכותו העניינית של בית-המשפט. הוראות אלה משקפות גישה גמישה ביחס לנפקות שיש לתת לחוסר סמכות עניינית כאשר הדבר נדרש לצורך שמירה על ניהולו היעיל והצודק של ההליך המשפטי. להלן אסקור כמה הוראות כאלה.

1. הלכה ותיקה היא כי שאלת הסמכות נבדקת על-סמך הסעד המבוקש בכתב התביעה.¹⁴ דהיינו, כתב התביעה צריך לפרט את העובדות המראות שבית-המשפט מוסמך לדון בתובענה, כלומר, שיש לו סמכות מקומית, עניינית ובין-לאומית. בית-המשפט נדרש לבחון את כתב הטענות שהגיש התובע (או המבקש) עם פתיחתו של ההליך – הא ותו לא. לפיכך מדובר ב"עובדות סמכותיות" אשר קביעתן מסורה לערכאה הראשונה על בסיס כתבי הטענות, ועל יסודן נקבעת התשתית העובדתית שבגדרה נקנית סמכותו של בית-המשפט. על-פי הסעד הנקוב בכתב הטענות ידע בית-המשפט אם ההליך הוגש לבית-המשפט המוסמך או שמא היה צריך להגישו לבית-משפט אחר. בית-המשפט אינו מעורר מיוזמתו את הנתונים העובדתיים שעליהם מבוססת הסמכות. הוא אינו בודק את העובדות המקימות לו סמכות, אלא מסתמך על האמור בכתב התביעה.¹⁵ אף אם הנתבע טוען כנגד הטענות העובדתיות בכתב התביעה המקימות סמכות, בית-המשפט לא יידרש בדרך-כלל לטענות אלה.¹⁶ יתר על כן, בית-המשפט העליון חזר והדגיש "כי את הנתונים השונים המגבשים את הסמכות העניינית יש לקבוע בתחילת המשפט, וכי מדובר בנתונים עובדתיים שיש לקבוע לגביהם מימצאים, ואלה נעשים על-פי כתבי-הטענות ובאמצעות הכרעה שיפוטית בראשיתו של ההליך השיפוטי".¹⁷ גם אם במהלך התביעה יתברר שהעובדות שנטענו לצורך קניית הסמכות אינן נכונות, ימשיך בית-המשפט לדון בעניין (אך לא יהא מוסמך לפסוק סעד החורג מסמכותו המקורית).

קביעת סמכותו העניינית של בית-המשפט על-פי האופן שבו נוסח כתב התביעה מאפשרת לבית-המשפט לבחון בקלות את שאלת הסמכות העניינית עם פתיחת ההליך, לפני שהוצגו לפניו ראיות כלשהן.¹⁸ בהינתן הגדרה זו של הסמכות העניינית,

14 ע"א 2846/03 אלדרמן נ' ארליך, פ"ד נט(3) 529, 533–534 (2004).

15 ע"א 4796/95 אלעזרה נ' אלעזרה, פ"ד נא(2) 669, פס' 1 לפסק-דינו של המשנה לנשיא לזין (1997).

16 עניין אלדרמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 534.

17 ע"א 1662/99 חיים נ' חיים, פ"ד נו(6) 295, 308 (2002). ראו גם רע"א 6558/99 חבס נ' חבס, פ"ד נד(4) 337, 345 (2000).

18 ראו עניין אלדרמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 534; רע"א 3749/12 ברעז נ' סטר, פס' 5 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 1.8.2013).

אין לכאורה פגיעה בעקרון החוקיות. אולם כלל זה מעביר לידי התובעת כוח לקבוע את סמכותו של בית-המשפט באמצעות ניסוח כתב התביעה, גם אם זה מנותק ממהותו האמיתית של הסכסוך.¹⁹ יישום דווקני של עקרון החוקיות היה עשוי לדרוש בחינה של מהות הסכסוך וקביעת הסמכות לאור בחינה זו. אולם לא זו הגישה שבה בחר בית-המשפט העליון, כאמור.

2. הוראה נוספת הנוגסת בקשר הישיר שבין עקרון החוקיות לבין הסמכות העניינית היא הוראת סעיף 79(ב) לחוק בתי-המשפט.²⁰ סעיף זה קובע כי בית-משפט שהועבר אליו עניין מבית-משפט אחר, אשר סבר כי הוא מחוסר סמכות, "לא יעבירו עוד". כלומר, עצם ההעברה מסמיכה את בית-המשפט הנעבר, גם אם אין הוא בית-המשפט המוסמך מראש.²¹ יתר על כן, גם אם ההעברה הראשונה נעשתה מחמת חוסר סמכות מקומית, בית-המשפט הנעבר קונה את סמכותו העניינית לדון.²² בית-המשפט שאליו הועבר הדיון בעניין מסוים מבית-משפט אחר קונה סמכות גם אם העניין הועבר אליו בטעות מלכתחילה.²³ חריג זה הורחב בפסיקה שבה נקבע כי דין סילוק על הסף מחמת חוסר סמכות עניינית כדין העברה לצורך הוראת "לא יעבירו עוד".²⁴

- 19 מבחן הסעד לעניין הסמכות העניינית הועדף על מבחן המהות. ראו ע"א 27/77 טובי נ' רפאלי, פ"ד לא(3) 561 (1977). עם זאת, בעניינים כגון סמכותו של בית-המשפט לענייני משפחה נקבע כי מבחן הסעד אינו המבחן ההולם (עניין חבס, לעיל ה"ש 17).
- 20 ס' 79(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי-המשפט). ראו גם ס' 49(ג), 78(ג) ו-78א(ד) לחוק זה.
- 21 ע"א 145/58 קלקודה נ' "אגד" (א.ש.ד.), אגודה שיתופית לתחבורה בע"מ, פ"ד יג 260, 263-264 (1959).
- 22 רע"א 3319/00 שור נ' בן-יקר גת חברה להנדסה ובניין בע"מ, פ"ד נה(2) 817, 821 (2001).
- 23 שוורץ, לעיל ה"ש 2, בעמ' 89; ע"מ (מחוזי י"ם) 507/00 ד.ס. נ' ב.ש, פס' 7 לפסק-דינו של השופט עדיאל (פורסם בנבו, 31.5.2001).
- 24 רע"א 3748/05 בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פס' 8 לפסק-דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 6.5.2005). יצוין כי קביעה זו עלולה להיות בעייתית אם התביעה שתוגש לבית-המשפט לאחר הסילוק על הסף תהיה שונה מזו שהוגשה מלכתחילה, או אם היא תוגש לבית-משפט שונה מזה שאליו כיוון בית-המשפט שסילק את התביעה על הסף (אם כי יש לשער שדבר זה לא יקרה בדרך-כלל). בכל מקרה, יש לזכור כי תק' 101(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקסד"א), קובעת כי בית-משפט שמצא כי אין הוא מוסמך לדון בתביעה צריך להעבירה לבית-המשפט המוסמך, ולא לדחותה על הסף. עם זאת, חשוב לציין בעניין זה כי תיתכן גם העברה לפי ס' 78 לחוק בתי-המשפט (העברה על-ידי נשיא בית-המשפט העליון). בש"א 4666/02 גוכלר נ' עובון אזאילוס, פ"ד נו(6) 817, 820 (2002). בית-המשפט הותיר ב"צריך עיון" את השאלה אם הגשת התביעה בבית-המשפט הנעבר לאחר שנמחקה באותו בית-משפט עקב אי-תשלום אגרה הינה מחייבת על-פי הכלל "לא יעבירו עוד" או שמא היא צריכה להיות מוגשת לבית-המשפט המוסמך מראש. ראו ע"א 322/81 ינאי נ' יחיא, פ"ד לו(4) 365, 371-372 (1982).

מטרת הסעיף ברורה – למנוע "טרטור" של הצדדים והעברתם מבית-משפט אחד לאחר בטענות של חוסר סמכות.²⁵ גם כאן קריאה פורמלית של הסעיף אינה מעלה קושי או סתירה בינו לבין עקרון החוקיות, שכן הסעיף מסמיך את בית-המשפט הנעבר לזון בתביעה. אולם מאחר שהסמכה זו עלולה לנבוע מטעות של בית-המשפט המעביר, הבסיס החוקתי לסמכותו של בית-המשפט הנעבר לזון בסכסוך מתערער.

3. דוגמה נוספת ניתנת בסעיף 76 לחוק בתי-המשפט, הקובע כי כאשר בבית-משפט הדן בעניין בסמכות מתעוררת, דרך אגב, שאלה שהכרעה נדרשת לביורר העניין, בית-המשפט מוסמך להכריע בה אף אם הכרעה בשאלה זו נתונה ברגיל לסמכותם הייחודית של בית-משפט או בית-דין אחרים.²⁶ אומנם, ההכרעה באותה שאלת-אגב כוחה יהא יפה רק לאותם הליכים עצמם, דהיינו, היא אינה מהווה מעשה בית-דין.²⁷ אולם התוצאה היא שבית-משפט מכריע בשאלה החורגת מסמכותו העניינית. תכליתו של הסעיף הייתה למנוע עלויות וחוסר יעילות שהיו נובעים מפיצול לא-ראוי של דיונים, ובה-בעת – באמצעות צמצום ההכרעה בשאלה האגבית לאותו עניין – לשמור על חלוקת הסמכויות בין גופי השפיטה כפי שאלה נקבעו בחוק.²⁸ אולם גם כאן, אף שבאופן פורמלי הסמכות ניתנת מכוח החוק לבית-המשפט הדן בסכסוך, למעשה הוא מכריע בשאלה שאינה בסמכותו. יישובו של כלל זה עם עקרון החוקיות אינו ברור מאליו.

4. לבסוף, סעיף 15(ד)(4) לחוק-יסוד: השפיטה קובע, בהתייחס לאפשרות לפנות לבג"ץ בבקשה לתת צו נגד בתי-דין דתיים שפעלו בניגוד לסמכותם, כי "לא יזקק בית המשפט לבקשה לפי פסקה זו אם המבקש לא עורר את שאלת הסמכות בהזדמנות הראשונה שהיתה לו; ואם לא היתה לו הזדמנות סבירה לעורר שאלת הסמכות עד שניתנה החלטה על ידי בית הדין הדתי, רשאי בית המשפט לבטל דיון שנתקיים או החלטה שניתנה על ידי בית הדין הדתי ללא סמכות".²⁹ דהיינו, בעניין זה הגביל המחוקק באופן מפורש את האפשרות לבטל החלטה שניתנה לא בסמכות על-ידי בית-דין דתי, אם המבקש לא עורר את שאלת הסמכות בהזדמנות הראשונה, בהנחה שהייתה לו הזדמנות כזו.³⁰

25 עניין שור, לעיל ה"ש 22, בעמ' 820.

26 ס' 76 לחוק בתי-המשפט.

27 אם כי אם יידון העניין שנית בבית-משפט שגם הוא אינו מוסמך עניינית, יחול השתק הפלוגתא. ראו ע"א 153/71 יורשי אלטשולר נ' בנינים ברחוב אלנבי בתל-אביב בע"מ, פ"ד כו(1) 693, 698–697 (1972).

28 ע"א 2618/03 פי.או.אס. (רטורנט סוליושנס) בע"מ נ' ליפקונסקי, פ"ד נט(3) 497, 516–517 (2004).

29 ס' 15(ד)(4) לחוק-יסוד: השפיטה.

30 ראו גם בג"ץ 566/81 עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לו(2) 1, 9 (1982). אולם ראו את ההתייחסות השונה לסעיף זה בפסק-דינו של השופט חשין בעניין גב' לוי, לעיל ה"ש 13, פס' 30–37 לפסק-דינו של השופט חשין.

כל הדוגמאות הללו מצביעות על כך שכללי הסמכות העניינית עשויים לסגת מפני שיקולים של יעילות ההליך המשפטי.³¹ אף שניתן ליישב כל אחת מהן עם עקרון החוקיות, נראה שהתפיסה המשתקפת מהן גמישה בהרבה מזו המוצאת ביטוי בהלכותיו של בית-המשפט העליון, הקושרות בין עקרון החוקיות לבין השלכותיה של חוסר סמכות עניינית.

פרק ב: התפיסה המודרנית – גישה גמישה לנפקויות של חוסר סמכות עניינית

1. שינוי מגמה בפסיקת בית-המשפט העליון

לנוכח מורכבותם של כללי הסמכות העניינית ואי-בהירותם בעניינים שונים,³² הסיכוי שטענת חוסר הסמכות העניינית תועלה בשלבים מאוחרים של ההליך ותימצא נכונה לא היה זניח. פתיחתו מחדש של ההליך להתדיינות כל אימת שקרה הדבר גררה תוצאה אפשרית של בזבוז משאבים רבים, שכן הטרחה העצומה וההשקעה בניהול ההליך עד לאותו מועד שבו הועלתה הטענה בדבר חוסר סמכות עניינית היו עלולים לרדת לטמיון. במערכת משפט שמשאביה מוגבלים נוצר צורך לתת מענה לבעיה זו, ומענה כזה חייב לעיתים מתן תוקף להחלטות של בתי-משפט שאינם מוסמכים לתיתן. גישתו הקשיחה של בית-המשפט העליון לנפקות של חוסר סמכות עניינית, כנובע מעקרון החוקיות, הקשתה את פתרון של בעיות אלה.

ניסיון לתת מענה לבעיה זו בחוק נעשה ב"ועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל", בראשותו של השופט תאודור אור. בעקבות המלצות הוועדה הוצע לתקן את

31 קיימות דוגמאות נוספות לאופן שבו כללי הסמכות העניינית מתגמשים כדי לשמור על יעילות ההליך המשפטי. כך, למשל, באותם נושאים שבהם בתי-המשפט ובתי-הדין מחזיקים בסמכויות "מקבילות" – לדוגמה, בענייני המעמד האישי – פיתחה ההלכה את עקרון "הסמכות הנמשכת", שלפיו מקום שאחת משתי הערכאות מכריעה בעניינים מסוימים תוך שימוש בסמכות מקורית, תמשיך אותה ערכאה ותחזיק בסמכות להכרעה בהתדיינות נוספות שיהיו בין בעלי-הדין באותם עניינים. מטרתו של כלל הסמכות הנמשכת היא להביא לידי הרמוניה בפעילות הכוללת של מערכת השיפוט מקום שערכאה אחת כבר דנה בעבר בנושא פלוני שהובא לפניה כדין. עקרון הסמכות הנמשכת לא נועד, מעיקרו, לשנות את כללי הסמכות הראשונית, וכל-כולו אינו אלא חריג לכלל הסמכות הראשונית. ראו עניין **גב' לוי**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 608–609. ראו עוד בג"ץ 8578/01 **חליוה נ' חליוה**, פ"ד נו(5) 634, 641 (2002); בג"ץ 9539/00 **איתן נ' בית-הדין הרבני האזורי ירושלים**, פ"ד נו(1) 125, 133 (2001); בג"ץ 6021/10 **פלונת נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים**, פס' 11 לפסק-דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 4.10.2010); בג"ץ 2621/11 **פלונת נ' בית הדין הרבני לערעורים בירושלים**, פס' 16 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 27.12.2011).

32 ראו להלן ה"ש 82.

סעיף 79 לחוק בתי-המשפט, ולהוסיף לו סעיף-קטן (ג) כדלקמן: " (ג) על אף האמור בסעיף קטן (א), היה הענין בסמכותו העניינית של בית משפט אחר שחוק זה דן בו, ולא הועלתה טענת חוסר סמכות עניינית על ידי בעל דין בעת שטען לראשונה לגופו של ההליך או על ידי בית המשפט בתחילת הדיון, יהיה אותו בית משפט מוסמך לדון בענין; לענין סעיף זה, 'תחילת הדיון' – הישיבה הראשונה של שמיעת הראיות."³³

הצעה זו לא התגבשה לכלל חקיקה, אבל בפסיקתו של בית-המשפט העליון החלו להיווצר לאחריה – ובין היתר בהסתמך עליה – בקיעים בגישה הקשיחה באשר לנפקות של העדר סמכות עניינית. בכמה פסקי-דין בחר בית-המשפט העליון לא להיזקק לטענת העדר סמכות עניינית של הערכאה הדנה כאשר טענה זו הועלתה רק בשלב הערעור. פסקי-הדין דנו בבעייתיות הנובעת מהעלאת טענה בדבר העדר סמכות עניינית בשלב מאוחר של ההליך המשפטי, והצביעו על האפשרות לחסום טענה כזו משיקולים של יעילות ההליך ומניעת בזבוז משאבים.

הסעיפים הבאים מתארים את המגמה הקיימת בפסיקת בית-המשפט העליון משתי נקודות-מבט. נקודת-המבט הראשונה בוחנת את מועד העלאתה של הטענה בדבר העדר סמכות עניינית. בפסיקת בית-המשפט העליון מסתמנת מגמה התוחמת את העלאת הטענה בדבר חוסר סמכות עניינית לשלביו הראשונים של ההליך. נקודת-המבט השנייה בוחנת את המסגרת הדוקטרינרית שבה נעשה שימוש כדי לחסום טענת חוסר סמכות עניינית – חובת תום-הלב. כן מוצגת מסגרת דוקטרינרית נוספת – הבטלות היחסית – אשר הוצעה על-ידי השופטת פרוקצ'יה בעניין דקל.³⁴

33 ס' 34 להצעת חוק בתי המשפט [נוסח משולב] (תיקון מס' 28) (מבנה מערכת בתי המשפט ותיקונים שונים), התש"ס-2000, ה"ח 663.

34 רע"א 3640/03 דקל נ' דקל, פס' 19 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנובו, 16.12.2007). יש לציין כי המגמה המתוארת בפרק זה, שלפיה בית-המשפט העליון הרחיב את גישתו ביחס לתוצאות הנובעות מהעדר סמכות עניינית של בית-המשפט, דומה למגמת הפסיקה בתחום המשפט המנהלי בנוגע לתוצאותיה של חריגה מסמכות של רשות מנהלית, אשר עברה מן הגישה המסורתית, שהבחינה בין הליך בטל (void) לבין הליך נפסד (voidable), לגישת הבטלות היחסית, שנהפכה להלכה המקובלת. ראו בהרחבה יואב דותן "במקום בטלות יחסית" **משפטים** כב 587 (1993); דפנה ברק-ארז "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטי" **משפטים** כד 519 (1995); דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ב 795–839 (2010); יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות: מפרקטיקה לתיאוריה" **משפט ועסקים** טו 225, 252–257 (2012). ההתייחסות המקיפה הראשונה לגישת הבטלות היחסית הובעה בפסקי-הדין בעניין **שפירא**: ע"פ 768/80 **ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(1) 337 (1981); ד"נ 12/81 **ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(3) 645 (1982). הגישה אומצה, כאמור, גם לעניין חריגה מסמכות מנהלית. ראו, למשל, בג"ץ 2918/93 **עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(5) 832 (1993); בג"ץ 2683/92 **מכבים – ישוב קהילתי במודיעים נ' הוועדה לבנייה למגורים במחוז המרכז**, פ"ד מח(1) 535 (1994).

2. פסיקת בית-המשפט העליון – מועד העלאתה של טענת חוסר סמכות עניינית

שינוי המגמה בהתייחסותו של בית-המשפט העליון למועד העלאתה של טענת חוסר סמכות החל באמרת-אגב של השופט אור בעניין דור אנרגיה.³⁵ בפסק-הדין, שניתן בשנת 1997, העיר השופט אור כך:

”קבלת טענת המשיבים בשאלת הסמכות הייתה מחייבת החזרת הדיון לבית-משפט השלום על-מנת שיתחיל בדיון מבראשית לאחר חלוף שנים מיום הגשת התביעה לבית המשפט המחוזי. במקרה כזה הייתה שמורה לצדדים גם הזכות לערער לבית המשפט המחוזי, וכן לערער, לאחר נטילת רשות, לבית המשפט העליון. תוצאה כזו, כפי שאירעה לא אחת בעבר, אינה מניחה את הדעת. היא מתעלמת מאובדן זמן שיפוטי יקר. היא מהווה מקור להתמשכות דיונים רק בשל כך שצד מן הצדדים לסכסוך טעה, במקרה גבול, בדבר הערכאה המוסמכת לדון בעניין. נראה לי, שככל שמדובר במערכת בתי המשפט הרגילים, רצוי לקבוע כלל שלאחר שבית-משפט דן בעניין ונתן פסקו, שוב לא תוכל לצוף ולעלות שאלת הסמכות העניינית בכל שלב נוסף של הדיון.”³⁶

דהיינו, לגישתו של השופט אור, אי-אפשר להעלות טענת חוסר סמכות עניינית לאחר שהערכאה הדיונית כבר נתנה את פסק-דינה.³⁷ סקירה של פסקי-הדין שניתנו לאחר פסק-הדין בעניין דור אנרגיה מצביעה על מגמה שלפיה ככל שטענת חוסר הסמכות העניינית הועלתה בשלב מאוחר יותר כן היה בית-המשפט העליון נכון יותר לדחותה על הסף. סקירה זו מעלה גם כי “קו פרשת-המים” הנוהג כיום הוא אכן מועד מתן פסק-הדין בערכאה הדיונית.

המקרה המובהק ביותר הוא זה שבו העניין כבר נידון לפני שתי ערכאות – ערכאה דיונית וערכאת ערעור – וטענת חוסר הסמכות הועלתה רק ב”גלגול שלישי”, לאחר שכבר ניתן פסק-דינה של ערכאת הערעור. כך, בשלושה פסקי-דין נדחתה טענה בדבר חוסר סמכות של בית-הדין הרבני לדון בענייני רכוש, לאחר שהטענה לא הועלתה כלל לפני שתי ערכאות של בתי-הדין הרבניים. בעניין פלונית הועלתה הטענה לראשונה

35 ע”א 1049/94 דור אנרגיה (1988) בע”מ נ’ חמדן, פ”ד נ(5) 820 (1997).

36 שם, בעמ’ 829.

37 יוער, עם זאת, כי טענת חוסר הסמכות נדחתה לגופה על-ידי השופט אור באותו עניין, ולפיכך הערת-האגב באשר למועד העלאתה של הטענה לא נדרשה לצורך הכרעה בעניין. לביקורת על פסיקתו של השופט אור לגופה של שאלת הסמכות העניינית ראו יצחק כהן “הלכת פיצול הסעדים בין בתי משפט שונים והלכת העיקר והטפל – בין המצוי על תקלותיו לרצוי על תקותיו” הפרקליט נ 229, 238–241 (2008).

בתקיפה ישירה של פסק-דינו של בית-הדין הרבני הגדול בבג"ץ, ונדחתה על הסף.³⁸ בעניין פלוני הועלתה הטענה לראשונה בדרך של תקיפה עקיפה בתביעה לחלוקת רכוש בבית-המשפט לענייני משפחה, ונדחתה גם היא משום ש"במועד בו העלתה העותרת את הטענה לא ניתן היה עוד להידרש אליה".³⁹ בעניין וולפינגר הועלתה הטענה לראשונה ב"גלגול שלישי" בבקשת רשות ערעור שהוגשה לבית-המשפט העליון, לאחר שלא הועלתה בדיון לפני בית-המשפט השלום, ואף לא בערעור בבית-המשפט המחוזי. בית-המשפט העליון קבע כי "פסק דין קודם יבוטל לדעתי רק בנסיבות שבהן חוסר הסמכות מובהק, אך 'ליקוי מאורות' הוא שגרם שלא להבחין בו".⁴⁰

גם כאשר הועלתה הטענה לראשונה כבר ב"גלגול שני" – כלומר, לאחר שהערכאה הדיונית נתנה את פסק-דינה – נטה בית-המשפט העליון לדחות את הטענה על הסף. כך, בעניין ועד הנאמנים ת"א-יפו הוגשה בקשה להצהיר על בטלותו של פסק-דין קודם מחמת חוסר סמכות עניינית, וזאת שלושה-עשרה שנים לאחר שניתן אותו פסק-דין וכתגובה ישירה על פתיחת הליכי הוצאתו לפועל, במטרה לעכבם. בעניין זה קבעה השופטת פרוקצ'יה כי נסיבות אלה מעמידות את סיכוייה של הטענה באור מוקשה – לא רק לגופה ולמהותה, אלא גם לגבי עצם קיומה של זכות דיונית להעלותה בשלב זה של הדברים.⁴¹ בעניין חיים⁴² ובעניין אלעזר⁴³ דחה בית-המשפט העליון טענת חוסר סמכות עניינית שהועלתה לראשונה לפניו, כערכאת ערעור, ולא נטענה לפני בית-המשפט המחוזי ששימש כערכאה הדיונית. באופן דומה, בעניין נדב נדחתה טענת חוסר סמכות עניינית שהועלתה לראשונה בערכאת הערעור בבית-המשפט המחוזי.⁴⁴

בפסקי-דין אחדים הביע בית-המשפט העליון את דעתו בדבר הצורך להעלות טענת חוסר סמכות עניינית בשלבים מוקדמים במסגרת ההליך בערכאה הדיונית, ולא להמתין לשלבים מאוחרים שלו. כך, בעניין כלפה נדחתה טענת חוסר סמכות עניינית שעלתה רק

38 בג"ץ 3213/07 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פס' 1-1 לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.2.2008). כאמור לעיל, לעניין מועד העלאתה של טענת חוסר סמכות בתקיפה ישירה של פסק-דינו של בית-הדין הרבני בבג"ץ קיימת הוראה מפורשת בס' 15(ד) (4) לחוק-יסוד: השפיטה, הקובע כי "לא ייזקק בית המשפט לבקשה לפי פסקה זו אם המבקש לא עורר את שאלת הסמכות בהזדמנות הראשונה שהיתה לו". ראו לעיל ה"ש 29-30 והטקסט שלידן.

39 בג"ץ 7855/08 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי תל-אביב (פורסם בנבו, 7.1.2009).

40 רע"א 3189/06 וולפינגר נ' ראובני, פס' ה(2) לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 20.8.2006). ראו גם רע"א 2750/11 באיבסקי נ' י.ע.ש.ב.ד. בע"מ, פס' 6 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 15.5.2011); בע"מ 8737/04 אבו נאב נ' אבו נאב, פס' ג(2) לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 31.10.2005). כן ראו עניין ג'ולאני, שבו נדחתה טענת העדר סמכות עניינית בבית-משפט השלום, ובבית-המשפט המחוזי ויתר המבקש על דיון בטענה זו. כאשר ביקש להעלות את הטענה לפני בית-המשפט העליון, ב"גלגול שלישי", נחסמה הטענה. רע"א 8105/11 ג'ולאני נ' סלימאן, פס' 12 לפסק-דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 11.12.2011).

41 רע"א 6630/00 ועד הנאמנים ת"א-יפו נ' סילקו, פ"ד נו(6) 913, 916 (2001).

42 עניין חיים, לעיל ה"ש 17, בעמ' 310-312.

43 עניין אלעזר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 674-675.

44 רע"א 3121/08 נדב נ' עובדיה, פס' 19 לפסק-דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 25.8.2008).

בשלב הסיכומים בתביעה שהתנהלה כשלוש שנים עד לאותו מועד.⁴⁵ באופן דומה, בעניין אל קימרי מצא בית-המשפט העליון כי היה ראוי לדחות טענת חוסר סמכות עניינית שעלתה רק בשלב הסיכומים ואשר אף אז נוסחה כטענת "פורום לא-נאות".⁴⁶ לאחרונה אף העיר בית-המשפט העליון כי ראוי שטענת חוסר סמכות עניינית תועלה במסגרת כתב ההגנה, וכי תוגש במקביל בקשה לסילוק על הסף.⁴⁷ עם זאת, נקבע כי אף שיש לתת לדחייה במועד העלאתה של הטענה משקל בפסיקת ההוצאות, אין בדחייה זו משום עילה לדחיית הטענה על הסף.

לסיכום חלק זה, מסקירת פסיקתו המאוחרת של בית-המשפט העליון עולה כי ככל שטענת חוסר סמכות עניינית מועלית בשלב מאוחר יותר של ההליך כן הנטייה לדחות אותה על הסף גוברת. הגישה הנוהגת כיום קובעת את מועד מתן פסק-הדין בערכאה הדיונית כ"קו פרשת-המים" שאחריו ייטה בית-המשפט לדחות טענת חוסר סמכות עניינית. טענת חוסר סמכות עניינית עשויה להיחסם גם במסגרת ההליך הראשון בערכאה הדיונית, והסיכוי לכך גדול יותר כאשר הטענה עולה רק בשלב הסיכומים.⁴⁸ יש לציין כי חסימת טענה שהועלתה במועד מאוחר הוכרה גם כאשר בית-המשפט עצמו הוא שהעלה אותה.⁴⁹

3. פסיקת בית-המשפט העליון – מניעת טענה מאוחרת בדבר חוסר סמכות עניינית מכוח חובת תום-הלב

שינוי גישתו של בית-המשפט העליון לטענת העדר סמכות עניינית העולה בשלבים מאוחרים של ההליך נבע משיקולים של יעילות הדיון ומרצון למנוע בזבוז משאבים של מערכת המשפט ושל הצדדים.⁵⁰ אולם רצון זה, כשלעצמו, לא היה יכול להצדיק התעלמות מפסיקה רבת שנים שקבעה כי ניתן להעלות טענת חוסר סמכות עניינית בכל שלב של ההליך, וכי נפקותה של טענה כזו, אם התקבלה, היא בטלותו של ההליך שהתקיים. בית-המשפט העליון נזקק לכלי דוקטרינרי שיצדיק תוצאה שונה לטענה

45 רע"א 11183/02 ג' כלפה נ' זהבי, פ"ד נח(3) 49, 52 (2004).

46 באותו עניין נוסחה הטענה בבית-המשפט המחוזי כטענת "פורום לא-נאות", ורק בבית-המשפט העליון נטענה כטענת חוסר סמכות עניינית, כפי שהיה צריך לטעון. ראו ע"א 693/04 אל קימרי נ' אל קימרי, פס" 13 ו-17 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 28.9.2007).

47 ע"א 3901/11 מחקשוילי נ' רשות המיסים בישראל, פס' 11 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 7.8.2012).

48 ראו גם רע"א 9343/08 פלוני נ' פלונית, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 24.3.2009) (בקשה לסילוק על הסף עקב חוסר סמכות עניינית שמוגשת כשנה לאחר הגשת כתב התביעה מרמזת על ניסיון להפריע להתנהלות הדיון תוך בזבוז זמן שיפוטי יקר) (להלן: רע"א פלוני).

49 רע"א 6010/12 חדאד נ' פיניש, פס' 10 לפסק-דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 13.8.2012).

50 עניין חיים, לעיל ה"ש 17, בעמ' 311; עניין וולפינגר, לעיל ה"ש 40, פס' ה(2) לפסק-דינו של השופט רובינשטיין; עניין באיבסקי, לעיל ה"ש 40, פס' 6 לפסק-דינו של השופט פוגלמן; עניין דקל, לעיל ה"ש 34, פס' 18 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

מאוחרת בדבר חוסר סמכות עניינית. הכלי הדוקטרינרי שבו השתמש בית-המשפט העליון לשם כך היה חובת תום-הלב.

חובת תום-הלב הוחלה בעבר על שימוש בזכויות בהליך האזרחי, לרבות הגשת חוות-דעת רפואית מטעם בעל-דין אחר (תקנה 128(א) לתקנות סדר הדין האזרחי),⁵¹ טענה כי נפל פגם בהמצאת החלטה,⁵² בקשה לפסילת חוות-דעת מומחה (על-סמך תקנה 126 לתקנות סדר הדין האזרחי)⁵³ ועוד.⁵⁴ לכן החלטה גם על הזכות לטעון נגד סמכותו העניינית של בית-המשפט הייתה אך טבעית.⁵⁵ בחלק מפסקי-הדין קבע בית-המשפט העליון כי עצם ההשתתפות בהעלאתה של טענת חוסר סמכות עניינית עד לשלבים מאוחרים של ההליך עולה כדי הפרה של חובת תום-הלב.⁵⁶ בפסקי-דין אחרים נדרש בית-המשפט העליון לנסיבות שבהן הועלתה הטענה באיחור, והסיק מהן כי חובת תום-הלב הופרה וכי מי שהעלה את טענת חוסר הסמכות העניינית היה מנוע לפיכך מלהעלותה.⁵⁷ בין כך ובין אחרת, משנמצא כי חובת תום-הלב הופרה, דחה בית-המשפט את הטענה המאוחרת בדבר חוסר סמכות מבלי לבדוק אותה לגופה.⁵⁸

- 51 בר"ע 305/80 שילה נ' רצקובסקי, פ"ד לה (3) 449, 461 (1981).
- 52 רע"א 8467/06 אבו עוקסה נ' בית הברזל טנוס בע"מ, פס' 27 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 8.7.2010).
- 53 רע"א 4072/06 כהן הירשפלד בע"מ נ' אלחטיב, פס' 3–4 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 20.2.2007).
- 54 על תחולתו של עקרון תום-הלב בסדר הדין האזרחי ראו שוורץ, לעיל ה"ש 2, בעמ' 48–56; משה קשת הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי – הלכה למעשה כרך א 29–38 (מהדורה חמש-עשרה, 2007); אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 11–15 (מהדורה אחת-עשרה, 2013).
- 55 ראו שוורץ, לעיל ה"ש 2, בעמ' 163–166.
- 56 עניין כלפה, לעיל ה"ש 45, בעמ' 52 (שם הועלתה הטענה רק בשלב הסיכומים, כעבור שלוש שנים מתחילת ההליך); רע"א פלוני, לעיל ה"ש 48, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת ארבל (בסוגיות רגישות, בפרט בענייני משפחה, השתתפות של כשנה מתחילת ההליך אינה יכולה להתפרש אלא כרצון לשבש את ההליך ולעכבו).
- 57 עניין חיים, לעיל ה"ש 17, בעמ' 311 (שם הועלתה הטענה לראשונה בערכאת הערעור); עניין באיבסקי, לעיל ה"ש 40, פס' 6 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (שם הועלתה הטענה לראשונה ב"גלגול שלישי"); עניין ועד הנאמנים ת"א-יפו, לעיל ה"ש 41, בעמ' 917 (שם הועלתה הטענה לראשונה שנים רבות לאחר מתן פסק-דין סופי).
- 58 לעיתים חסם בית-המשפט העלאת טענה בדבר חוסר סמכות בדרך של השתק, הנובע מחובת תום-הלב. ראו, למשל, עניין שור, לעיל ה"ש 22, בעמ' 821 (צו העברה, שמכוחו הועבר עניין מבית-משפט מחמת העדר סמכות מקומית, מהווה מעין השתק מלטעון לחוסר סמכות עניינית בבית-המשפט הנעבר); עניין גולאני, לעיל ה"ש 40, פס' 12 לפסק-דינו של השופט הנדל (אם צד מוותר על טענתו בדבר חוסר סמכות בערעור בזכות, ומנסה את מזלו בערכאה השלישית, תום-הלב הדיוני יוצר כלפיו השתק שיפוטי). בעניין דקל, לעיל ה"ש 34, הסתמכה השופטת פרוקצ'יה, בין היתר, על דוקטרינת ההשתק השיפוטי כאשר דחתה טענה מאוחרת בדבר חוסר סמכות. ראו שם, פס' 20 לפסק-דינה (השתתפות בהגשת בקשה לביטול אישורו של פסק הבורר עד לאחר שהליך האישור הושלם יוצרת, בנסיבות העניין, השתק שיפוטי כלפי המבקש). השופט גרוניס חלק על השימוש בדוקטרינה

סקירת הפסיקה מעלה כי ככל שההשתהות בהעלאת הטענה בדבר חוסר סמכות עניינית היא משמעותית יותר כן ייטה בית-המשפט למצוא כי השתהות זו עולה כדי חוסר תום-לב. אולם בסוגיה זו, כמו בסוגיות אחרות בתחום סדר הדין האזרחי שבהן מונעים שימוש בזכות דיונית מכוח חובת תום-הלב, קשה למצוא מהו **תוכנה** של החובה וכיצד יש ליישמה בנסיבות הנידונות.⁵⁹ יתר על כן, חובת תום-הלב מתמקדת בהתנהגותו של המבקש, ואינה מתייחסת לשיקולים החברתיים והמערכתיים הנדרשים להכרעה בטענה מאוחרת בדבר חוסר סמכות, ולאופן שבו יש להכריע על יסודם. כפי שאראה להלן, חוסר האפשרות להתייחס לשיקולים אלה הופך את חובת תום-הלב לכלי דוקטרינרי בעייתי בהקשר זה.

כלי דוקטרינרי אחר, שהוצע על-ידי השופטת פרוקצ'יה בעניין **דקל**, הוא עקרון הבטלות היחסית. דוקטרינה זו מאפשרת לבית-המשפט להבחין בין הפגם שנפל בסמכותו של בית-המשפט שדן בתביעה לבין תוצאותיו של הפגם. לגישתה של השופטת פרוקצ'יה, "החלטה שניתנה על ידי ערכאה שיפוטית, מקום שנשוא הדיון מצוי בסמכותה הייחודית של ערכאת שיפוט אחרת לא בהכרח תבוטל מחמת חוסר סמכות. לצורך ברור תוקפה של החלטה שנפל בה פגם כאמור, יש לבחון את מכלול נסיבות הענין, ובכלל זה את מהות הנושא העומד לדיון, את מהות הפגם, את האינטרסים היחסיים של הצדדים להתדיינות, ואת אינטרס מערכת השיפוט המייצגת את עניינו של הציבור הרחב. בהתאם לכך יוחלט האם במישור הסעד יש מקום לבטל את החלטה מכל וכל, או להותירה על כנה, או שמא להותיר רק חלק מן ההחלטה בתוקפה".⁶⁰ במובחן מדחיית טענה בדבר חוסר סמכות עניינית מכוח הפרה של חובת תום-הלב, על-פי דוקטרינת הבטלות היחסית בית-המשפט בוחן את טענת חוסר הסמכות העניינית **לגופה**, ואם הוא מוצא כי היא אכן נכונה, הוא שוקל את התוצאות שיהיו לביטול ההליך ותוצאותיו אל מול התוצאות של השארתם על כנם. לפיכך דוקטרינת הבטלות היחסית מאפשרת לבית-המשפט לבחון את השיקולים החברתיים והמערכתיים הנדרשים לצורך הכרעה בטענה המאוחרת בדבר חוסר סמכות.

עם זאת, פסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה אינו מבחיר כיצד יש לערוך את האיזון

בהקשר זה, וקבע כי "החלטה של הדוקטרינה של השתק שיפוטי מותנית בכך שבעל הדין נגדו מועלית הטענה, הציג בהזדמנויות שונות טענות הפוכות" (שם, פס' 4 לפסק-דינו).

59 לדוגמה חריגה שבה נערך דיון כזה ראו עניין **אבו עוקסה**, לעיל ה"ש 52, פס' 19–31 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

60 עניין **דקל**, לעיל ה"ש 34, פס' 19 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה. השופטת התבססה על מקרים שבהם יושמה דוקטרינת הבטלות היחסית בפסקי-דין פליליים ומנהליים: רע"פ 2413/99 **גיספן נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד נה(4) 673, 685 (2001); ע"פ 866/95 **סוסן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(1) 793, 809–810 (1996); דנ"פ 5189/05 **איילון – חברה לביטוח בע"מ נ' מדינת ישראל**, פס' 9–11 לפסק-דינו של השופט חשין (פורסם בנבו, 20.4.2006); בג"ץ 2911/94 **באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים**, פ"ד מח(5) 291, 305–306 (1994). השופטת פרוקצ'יה מציינת גם את עניין רע"א 4929/04 **פינס נ' חומרי בנין יוסי בע"מ** (פורסם בנבו, 8.11.2005), שם החיל השופט ג'ובראן את תורת הבטלות היחסית על טענת חוסר סמכות עניינית נגד לשכת ההוצאה לפועל.

בין השיקולים הללו. יתר על כן, בפסיקה מאוחרת יותר לא נעשה שימוש בדוקטרינת הבטלות היחסית, ובית-המשפט העליון המשיך לעשות שימוש בדוקטרינת תום-הלב כדי לחסום טענה מאוחרת בדבר חוסר סמכות עניינית.⁶¹ לסיכום חלק זה, סקירה של פסיקת בית-המשפט העליון מעלה כי גישתו לטענה מאוחרת בדבר חוסר סמכות עניינית השתנתה. ככל שהטענה עולה בשלב מאוחר יותר של ההליך המשפטי כן ייטה בית-המשפט לדחות אותה, ולהימנע מלבטל את ההליך ולהתחילו מחדש. מסקירת הפסיקה עולה גם כי ההצדקה העיקרית לשינוי הגישה הייתה הקטנה של העלויות הנובעות מהגישה ה"קשיחה" הקודמת. הכלי הדוקטרינרי העיקרי שבו נעשה שימוש כדי למנוע בטלות של הליך שהתנהל בחוסר סמכות היה דוקטרינת תום-הלב, המונעת בחינה של שאלת הסמכות בשלב מאוחר. אולם השימוש בכלי דוקטרינרי זה אינו נותן מענה לשאלה הרחבה יותר – כיצד לפתור את המתח בין השאיפה שכללי הסמכות העניינית יקוימו לבין העלויות הנדרשות לשם אכיפתם. הפרק הבא מציג בסיס תיאורטי שעל יסודו ניתן לענות על שאלה זו.

פרק ג: הגישה המוצעת

הטענה העיקרית בפרק זה היא שהכלל החל כאשר טענת חוסר סמכות עניינית עולה בשלבים מאוחרים של ההליך צריך לאזן בין הקטנת הסיכוי לטעות מראש בשאלת הסמכות לבין הקטנת העלויות הנוצרות בדיעבד במקרים שבהם ההליך נוהל בטעות בבית-משפט שאינו מוסמך. הכלל המיטבי תלוי בסיכוי לטעות מראש בקביעת בית-המשפט המוסמך, בעלויות המבוזבות בהליך עד למועד בחינתה של שאלת הסמכות, ובערכן החברתי והמערכתי של המטרות של כלל הסמכות שהופר. אדון תחילה במטרותיהם של כללי הסמכות ובאופן שבו הם פועלים להקצאת התביעות בין בתי-המשפט השונים במערכת המשפטית. לאחר-מכן אציג את גישתי המסבירה כיצד על בית-המשפט לקבוע מה תוצאתה של טענת חוסר סמכות שעלתה בשלב מאוחר של ההליך.

1. מטרותיהם של כללי הסמכות

ניתן לחלק את הכללים הקובעים את סמכותו של בית-המשפט לשניים – כללים ראשוניים, המגדירים מיהו בית-המשפט המוסמך לדון בכל סכסוך, וכללים שניוניים, הקובעים את התוצאות שיהיו לחריגה מכללי הסמכות הראשוניים. כדי לקבוע מהם

61 ראו, למשל, רע"א 557/14 דוקורסקי נ' דוקורסקי, פס' 19–20 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 29.1.2014) (כאשר המבקשת מעלה טענת חוסר סמכות עניינית לראשונה ב"גלגול שלישי", יש להביא בחשבון את עקרון תום-הלב).

הכללים השניוניים הראויים, יש להבין תחילה את מטרותיהם של הכללים הראשוניים (להלן: כללי הסמכות).

כללי הסמכות קובעים את זהות הערכאה המוסמכת לדון בסכסוך. מטרתם לנתב את הסכסוכים המובאים לפתחה של מערכת המשפט ולחלקם בין הערכאות השיפוטיות השונות באופן שיגשים את מטרותיו של המחוקק.

למחוקק יש מטרות שונות בחלוקת הסמכויות.⁶² ראשית, חלוקת הסמכויות יכולה להיות תוצאה מודעת של החלטה פוליטית של הרשות המחוקקת.⁶³ קבוצות שונות בחברה ובכלכלה עשויות לראות בבתי-המשפט מוקדי כוח, ולנסות לקבוע, בנושאים החשובים להן, ערכאות שיפוטיות שהשפעתן בהם גבוהה יותר. כך, למשל, בישראל הסמכות לדון בחלק מענייני המעמד האישי נתונה לבתי-הדין הדתיים, אשר השפעתם של חוגים דתיים מסוימים על מינויי השופטים בהם גדולה.⁶⁴ דוגמה נוספת היא בתי-הדין לעבודה, שהקמתם הותנתה על-ידי הסתדרות העובדים בשילוב נציגי ציבור מטעמה בהם עקב החשש מפני שופטים מקצועיים שיהיו מנותקים מבעיותיהם ומצורכיהם של העובדים במסגרת יחסי העבודה.⁶⁵

שנית, חלוקת הסמכויות עשויה לנבוע מדרישות שונות של כשירות ומומחיות הנדרשות מהשופטים בכל בית-משפט. כך, נושאים המחייבים מיומנות וניסיון רבים יותר יופנו לערכאה גבוהה יותר או להרכב שופטים רחב יותר.⁶⁶ כמו-כן, סוגיות משפטיות בתחומים המחייבים מומחיות ספציפית יופנו לבתי-המשפט שלשופטים בהם יש המומחיות הנדרשת. אכן, לצורך זה הוקמו בית-הדין לעבודה,⁶⁷ בית-הדין הצבאי⁶⁸

62 לדיון בשיקולים נוספים העשויים לעמוד בבסיסם של כללי הסמכות, לצד אלה המוצגים בטקסט, ראו לוין, לעיל ה"ש 7, בעמ' 101–104.

63 שם, בעמ' 101.

64 ראו את דבריו של חבר-הכנסת עזרא איכילוב בדיונים על הצעת חוק הדיינים, התשי"ד-1954, ד"כ 16, 2181 (התשי"ד), שלפיהם "לא פעם נקבעים הדיינים לפי מפתח מפלגתי" (שם, בעמ' 2209). אכן, דיינים רבים ממונים על בסיס שיקולים ייחודיים של המגזרים החרדי והדתי. ראו שמעון שטרית "תהליך מינוי שופטים: הליכים ואמות מידה" המשפט ח 357, 395 (2003).

65 גיא דוידוב ורעות בגס שמר "נציגי ציבור בבתי הדין לעבודה: תפקידם ותרומתם הלכה למעשה" **ספר אליקה ברק-אוסוסקין** 185, 190 (סטפן אדלר, יצחק אליאסוף, נילי ארד, גיא דוידוב, סיגל דוידוב-מוטולה, יצחק זמיר, ארנה לין וגיא מונדלק עורכים, 2012).

66 ראו ס' 40 ר-51 לחוק בתי-המשפט.

67 בע"מ 9948/04 **פלוני נ' פלונית**, פ"ד ס(3) 176, 193 (2005) (להלן: בע"מ **פלוני נ' פלונית**). ראו גם את דבריו של חבר-הכנסת משה ברעם בדיונים סביב הצעת חוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969, ד"כ 54, 2033 (התשכ"ט), שלפיהם התפיסה שעמדה בבסיס החוק היא "הקמת מערכת משפטית נפרדת לענייני עבודה, שהשופטים המתמנים אליה יהיו אנשים בעלי כשירויות הולמות מיוחדות ובעלי גישה נאותה לענייני עבודה, אשר יתמחו במיוחד בתחום זה. שופטים אלה יעמדו בקשר הדוק עם נציגי ציבור ויצטרכו לגשת לפתרון סכסוכי העבודה, שיובאו לפניהם, בדרך של הבנה מיוחדת לבעיות שיתעוררו, ולא תמיד בדרך משפטית פורמלית גרידא". ראו שם, בעמ' 2045.

68 בכנס שנערך לציון יובל למשפט הצבאי ציין הפצ"ר (דאז) תא"ל אורי שהם (לימים שופט בית-המשפט העליון) כי מומחיותה של מערכת השפיטה הצבאית היא "ערוכה לשילוב בין התשתית

ובית-המשפט לענייני משפחה.⁶⁹ באופן דומה, ייתכן שנושאים מסוימים יחייבו אופן טיפול שונה, ושלצורך זה יוקמו לצד הערכאות השיפוטיות יחידות-עזר שיצוידו בכלים המתאימים לשם כך, דוגמת יחידת הסיוע בבית-המשפט לענייני משפחה,⁷⁰ שנועדה להסדיר את הטיפול האזרחי בסכסוכי משפחה, וכן לסייע הן למשפחות המתדיינות והן לשופטים בהצגת הפן הטיפולי והרגשי.⁷¹ כן הוקמו ערכאות שיפוט מתמחות, דוגמת המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב,⁷² ונידונה הקמתן של ערכאות שיפוט מתמחות נפרדות או מחלקות בתוך הערכאות הקיימות בנושאים של מיסים, קניין רוחני ועוד.⁷³

לבסוף, חלוקת הסמכויות עשויה להיות מונעת על-ידי רצונו של המחוקק להשיג חיסכון במשאבים שיפוטיים וניהול יעיל של ההליך המשפטי. כך, למשל, עניינים שאינם מורכבים או תביעות בסכומים נמוכים⁷⁴ נידונים בערכאות נמוכות, ששופטיהן בעלי מיומנות וניסיון פחותים.⁷⁵ דוגמה נוספת היא חלוקת הסמכות המקומית באופן שמאפשר חיסכון בעלויות ההתדיינות של הצדדים ופיזור גיאוגרפי של התביעות.⁷⁶

המשפטיות והנורמות המשפטיות הרגילות לבין הבנת המערכת הערכית של הצבא והסביבה שבה היא מתקיימת... שמכתיבה היכרות עם מערכת נורמטיבית שונה, בעלת מגוון איסורים וצווי עשה, שאינם קיימים ומקובלים במסגרת האזרחית". ראו "יובל למשפט הצבאי" **משפט וצבא** 14, 11, 16-17 (2000).

69 ס' 2(ג) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995 (להלן: חוק בית-המשפט לענייני משפחה). ראו גם בע"מ פלוני נ' פלונית, לעיל ה"ש 67, בעמ' 194.

70 ס' 5 לחוק בית-המשפט לענייני משפחה.

71 ענת ענבר, חיה נבו וסוזן להמן "יחידות הסיוע ליד בתי המשפט לענייני משפחה – עשור לפעילותן" **משפחה במשפט** ב 25 (2008); דורית אלדר-אבידן "בין רווחה למשפט – המקרה של יחידות הסיוע שליד בתי המשפט לענייני משפחה" **העצמה במשפט** 371 (מימי אייזנשטדט וגיא מונדלק עורכים, 2008).

72 חוק בתי המשפט (תיקון מס' 59), התש"ע-2010, ס"ח 612, שהוסיף את ס' 42(ב) שלפיו יוקצו למחלקה הכלכלית שופטים מבית-המשפט המחוזי בעלי ידע וניסיון מקצועי בתחום.

73 לדיון כללי ראו שוורץ, לעיל ה"ש 2, בעמ' 161-162.

74 אין באמור בטקסט כדי להצביע על כך שערכן החברתי של תביעות בסכומים נמוכים אינו גבוה. יש להבחין בין ערכן החברתי של תביעות אלה לבין ערכן הפרטי בעבור הצדדים. מאחר שערכן הפרטי נמוך, השקעתם של הצדדים נמוכה, ולכן המורכבות בתביעות אלה תהיה בדרך-כלל נמוכה יותר מאשר בתביעות בסכומים גבוהים. ראו: Steven Shavell, *The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System*, 11 J. LEGAL STUD. 333 (1982); קלמנט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1003-1007.

75 בשנים האחרונות אכן מועברות תביעות רבות יותר לערכאות נמוכות יותר – מהעליון למחוזי (ראו, למשל, הסמכת בית-המשפט המחוזי לדון בעניינים מנהליים מכוח חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000) ומהמחוזי לשלום (קיימת מגמה במשך השנים להגדיל את סכום התביעה שניתן להגיש בבית-משפט השלום; בעדכון האחרון הוגדל הסכום ל-2.5 מיליון שקלים – ראו צו בתי המשפט (הגדלת סכום התביעות האזרחיות בבית משפט השלום), התשס"א-2001).

76 שוורץ, לעיל ה"ש 2, בעמ' 159.

מטרות המחוקק בכבואו לקבוע את כללי הסמכות – מטרות "פוליטיות", מומחיות ויעילות – אינן בהכרח מטרותיהם של הצדדים. יש הסבורים כי כללי הסמכות, כמו גם יתר כללי הפרוצדורה, צריכים לקדם את זכות הגישה של הצדדים לבית-המשפט.⁷⁷ אף שזכות הגישה לבית-המשפט עולה בקנה אחד עם חלק ממטרותיהם של כללי הסמכות (יעילות ההליך, למשל), יש מטרות שאינן חופפות את מטרותיהם של הצדדים, וממילא גם לא את זכות הגישה שלהם לבית-המשפט (מטרות "פוליטיות", למשל). יתר על כן, כללים המקדמים את זכות הגישה של צד אחד לבית-המשפט עלולים לפגוע בזכות הגישה של הצד שכנגד.

הפער בין מטרות המחוקק לבין מטרותיהם של הצדדים הוא שעומד בבסיס ההליך האזרחי, על כללי סדר הדין הנוהגים בו. פער זה הוא שצריך לעמוד לנגד עיניו של המשפטן הבא לפרש וליישם כללים אלה.⁷⁸ התת-פרק הבא מסביר כיצד פער זה משפיע על יכולתם של כללי הסמכות להקצות תביעות בתוך מערכת המשפט בהתאם למטרות שפורטו לעיל.

2. ניתוב והקצאה של תיקים בין בתי-המשפט באמצעות כללי סמכות

כללי סמכות מקצים את התביעות בין הערכאות השונות באמצעות הטלת האחריות לכך על התובעת. זוהי הכוונה מבוזרת, שניתן לראותה כ"הכוונה מלמטה". זו גישה הפוכה מגישה של הקצאת תביעות על-ידי גורם מכוון אחד, אשר יקבל לידיו את כל התביעות שיוגשו ויחלקן בין בתי-המשפט ובתי-הדין השונים בדרך של "הכוונה מלמעלה".⁷⁹ כאשר כללי הסמכות מקוימים, הכוונתם של סכסוכים לבתי-המשפט בהתאם לרצונו של המחוקק נעשית ללא מעורבותה של רשות מרשויות המדינה. במקום שרשות מרכזית תצטרך לערוך בירור עובדתי ומשפטי לגבי כל סכסוך וסכסוך, ולהפנותו לבית-המשפט הראוי, ההכוונה נעשית כאילו מעצמה, באמצעות בחירתה של התובעת, בכפוף לכללי הסמכות. הסכסוך מגיע לערכאה שהמחוקק רצה שתדון בו, מבלי שתידרש השקעת משאבים נוספים במערכת אדמיניסטרטיבית שתנתב את הסכסוך לערכאה זו. הבירור המשפטי נדרש רק במקרים שבהם עולה טענה להעדר סמכות. יתר על כן, יתרונה של הכוונה באמצעות כללי סמכות, בהשוואה להכוונה ריכוזית, נובע מכך שהצדדים עצמם יודעים טוב יותר מאשר כל מנהל או גורם מכוון ריכוזי מהו אופי הסכסוך שלהם ואיזה בית-משפט הוא המתאים ביותר מבחינתם לפתור אותו. הם גם יודעים טוב יותר מהן העלויות הכרוכות מבחינתם בהתדיינות בכל בית-משפט,

77 שם, בעמ' 110–111. לסקירת תחולתה של זכות הגישה על סדר הדין האזרחי בכלל ראו גורן, לעיל ה"ש 54, בעמ' 15–18.

78 ראו לעיל ה"ש 1.

79 לאחרונה הוסף לחוק בתי-המשפט ס' 78א, שבו אימץ המחוקק אפשרות לחלוקת תיקים בין מחוזות שונים על-פי החלטתו של מנהל בתי-המשפט. ראו חוק בתי המשפט (תיקון מס' 68), התשע"ב-2012, ס"ח 98. עם זאת, בנושאים הנוגעים בסמכות עניינית אין זו הדרך הנוהגת בישראל.

בהתאם לאופיו ולמקומו הגיאוגרפי.⁸⁰ לפיכך כל אותן מטרות שאינן רק מטרות חברתיות, אלא גם מטרות פרטיות של הצדדים, ניתנות להשגה באופן טוב יותר בדרך של הקוונה "מלמטה" באמצעות כללי סמכות מאשר בדרך של "הקוונה מלמעלה" על-ידי גורם מנהלי.

אילו הייתה חפיפה בין מטרותיהם של כללי הסמכות לבין האינטרסים הפרטיים של התובעת והנתבע, היו בחירתם של הצדדים והשקעתם בבירור שאלת הסמכות משקפות את הבחירה וההשקעה הרצויות מנקודת-מבט חברתית. הבעיה היא שחלק ממטרותיהם של כללי הסמכות אינן חופפות את מטרותיה הפרטיות של התובעת. כך, למשל, הקצאתם של תיקים בענייני משפחה לבתי-הדין הדתיים, המשקפת את רצונו של המחוקק, עלולה לא לעמוד בקנה אחד עם מטרותיה של התובעת, בעיקר לנוכח התייחסותם השונה של בתי-המשפט לענייני משפחה ושל בתי-הדין הרבניים לשאלות בדיני משפחה.⁸¹ נוסף על העדר החפיפה בין מטרותיה הפרטיות של התובעת לבין מטרות המחוקק, אין חפיפה גם בין העלויות הפרטיות לבין העלויות הציבוריות הנגרמות מטעות בבחירת בית-המשפט. כך, התובעת אינה נושאת בכל העלויות הנובעות מבחירה מוטעית שלה בבית-המשפט שבו תגיש את התביעה, אם יהיה צורך להעבירה בהמשך לבית-המשפט המוסמך. פער זה בין המטרות והעלויות הפרטיות של התובעת לבין המטרות והעלויות החברתיות של כללי הסמכות מביא לידי כך שהתובעת תבחר לעיתים להגיש את התביעה בבית-משפט שאינו רצוי משיקולים חברתיים.

נוסף על כך, יש מקרים שבהם התובעת תרצה להכביד על הנתבע, להגדיל את עלויותיו ולהקטין את סיכויי הצלחתו. בחירתה של התובעת עלולה אם כן להיות לא-יעילה ולא-הוגנת אף מנקודת-מבטו של הנתבע, וזאת נוסף על העדר החפיפה בין מטרותיה ועלויותיה לבין אלה של המערכת המשפטית.

לבסוף, הפער בין האינטרסים הפרטי והציבורי מוביל לא רק לבחירה מכוונת של התובעת בבית-משפט שאינו מוסמך, אלא גם להשקעה מועטה מדי, הן של התובעת והן של הנתבע, בבירור שאלת הסמכות. בהעדר חפיפה בין האינטרסים הציבורי והפרטי, השקעתם של הצדדים בבירור שאלת הסמכות אינה מיטבית בהכרח, וכתוצאה מכך עלולות להיגרם טעויות רבות מדי בבחירת בית-המשפט המוסמך, גם אם טעויות אלה נעשות לא במכוון.

הבעיה הנובעת מהעדר החפיפה בין האינטרסים הפרטי והציבורי נעשית קשה יותר ככל שכללי הסמכות ברורים פחות. ככל שהכללים ברורים פחות, גובר הסיכוי לטעות של התובעת או לניסיון מכוון שלה להגיש את התביעה בבית-משפט שאינו מוסמך. יתר על כן, כאשר הכללים אינם ברורים, גָּדַל הסיכוי שהנתבע יעלה טענת חוסר סמכות אף

80 למשל, עלויות נסיעה והפסד ימי עבודה. לניתוח כלכלי של כללי הסמכות המקומית ראו אסף טבקה ועידו באום "להחזיר עטרה ליושנה": מקומה הראוי של הסמכות המקומית בסדר הדין האזרחי "עלי משפט ט 175, 188–195 (2011).

81 רות זפרן "מירוץ הסמכויות 'חי ובוטע': מניצחון בנקודות' של מערכת השיפוט האזרחית בענייני משפחה להתעצמות מחודשת של מערכת בתי הדין הרבניים" **משפטים** מג 571, 582–577 (2013).

שבית-המשפט שאליו הוגשה התביעה הוא מוסמך, או לחלופין, יימנע מלהעלות טענת חוסר סמכות אף שבית-המשפט אינו מוסמך. הסיכוי לכך גדל בין שמדובר בטעות של הנתבע ובין שמדובר בניסיון מכוון שלו להכשיל את התובעת או לעכב את ההליך המשפטי נגדו. נוסף על כך, חוסר בהירות בכללי הסמכות מביא לידי כך שבכל מקרה שבו מועלית טענת חוסר סמכות, בין אם היא מוצדקת ובין אם לאו, הסיכוי שבית-המשפט יטעה בהכרעתו בשאלת הסמכות יהיה גדול יותר. לבסוף, חוסר הבהירות בכללי הסמכות גורם לכך שטענות חוסר סמכות עולות בשלבים מאוחרים של ההליך. כתוצאה מכך מבוזזים המשאבים שהושקעו בהליך עד שהועלתה הטענה בדבר חוסר סמכות – הן משאבים פרטיים של הצדדים והן משאבים ציבוריים של מערכת המשפט. משאבים אלה יורדים לטמיון אם קבלתה של טענת חוסר סמכות מובילה לביטול ההליך שנוהל ולפתיחתו מחדש (de novo).

מאחר שחלק מכללי הסמכות הראשוניים בישראל אכן אינם ברורים,⁸² יש צורך למצוא איוון בין אכיפת כללי הסמכות והקטנת הסיכוי לטעות, מחד גיסא, לבין העלויות הנגרמות מאכיפתם של כללי הסמכות ומהטעויות המתרחשות למרות אכיפת הכללים, מאידך גיסא. כלל מיטבי הוא כלל שיוביל להקטנת הסיכוי לטעות מראש ובה-בעת להקטנת העלויות הנגרמות בדיעבד כתוצאה מטעויות.⁸³ הסעיף הבא בוחן את מאפייניו של כלל מיטבי כזה.

82 בדין הישראלי יש דוגמאות שונות לכללי סמכות שאינם ברורים. כך, למשל, כללי הסמכות בענייני מקרקעין לא היו ברורים עד לאחרונה. תביעה בדבר שימוש במקרקעין על-פי ס' 51(א)(3) לחוק בתי-המשפט צריכה להיות מוגשת בבית-משפט השלום. תביעה זו הוגדרה בע"א 37/59 **שמשי נ' מפעל המים כפר-סבא, אגודה חקלאית שיתופית בע"מ**, פ"ד יג(1) 834, 836 (1959), כ"תביעה לשימוש תוך שמירה על גוף הנכס" (ההדגשה שלי – א' ק). על-פי הגדרה זו, תביעות שעוסקות באופן מובהק בבקשה להסדרת השימוש במקרקעין אך שיש בהן משום פגיעה בנכס (למשל, דרישה לסעד של צו הריסה) אינן כלולות לכאורה בסמכותו של בית-משפט השלום. הבחנה זו גרמה לבלבול ולהגשת תביעות רבות בבית-משפט שאינו מוסמך לכאורה. ראו עדי אור "שימוש במקרקעין תוך שמירה על גוף הנכס – בית-משפט מחוזי או שלום?" **המשפט ג 119, 120** (1996). על הלכה זו נשמעו ביקורות רבות, והיא בוטלה אך לאחרונה בעניין **בר-עוז**, לעיל ה"ש 18. דוגמה נוספת היא "מירוץ הסמכויות" בין בית-הדין הרבני לבין בית-המשפט לענייני משפחה, הנוצר עקב ס' 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953 (להלן: חוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין)). בעוד מטרותם של כללי ה"כריכה" הייתה לייצר הסדר אחיד ויעיל, בפועל נהפך הדבר למערכת כללים סבוכה ומורכבת. ראו זפרן, לעיל ה"ש 81, בעמ' 576–577; אריאל רוזן-צבי "הלכת ה'כריכה' ומירוץ הסמכויות" והשפעתם על המשפחה ודיני המשפחה" **עיוני משפט יד 67**, 73–72 (1989).

83 הניתוח כאן בוחן את התועלת והעלות הטמונות בכלל סמכות משני מנקודת-המבט שלאחר פרוץ הסכסוך. ההנחה היא שלפני פרוץ הסכסוך טעויות בשאלת הסמכות ממילא אינן ניתנות לחיזוי, ולפיכך אינן משפיעות על התנהגות הצדדים באותו שלב מוקדם. הנחה זו אינה מתקיימת כאשר הצדדים מבקשים להתנות מראש, בהסכם, על סמכות בית-המשפט. ראו דיון במצב עניינים זה להלן בפרק ד. ראו גם קלמנט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1030–1031.

3. הגישה המוצעת בנוגע לשאלה באילו מקרים ראוי לבטל את תוצאות ההליך שהתנהל בחוסר סמכות

נשווה בין שני כללי-קיצוץ⁸⁴: הכלל האחד, הרחב,⁸⁵ קובע כי ניתן להעלות טענת חוסר סמכות בכל שלב של ההליך, ובכלל זה גם לאחר מתן פסק-הדין; והכלל האחר, הצר, קובע כי ניתן להעלות טענת חוסר סמכות רק בתחילת ההליך.⁸⁶ יש לזכור כי שאלת סמכותו של בית-המשפט נבדקת על-פי האמור בכתב התביעה במועד שהוגש.⁸⁷ לעובדה זו יש שתי נפקויות לעניין ההשוואה בין הכללים. ראשית, חלוף הזמן בין מועד הגשת התביעה לבין מועד בדיקתה של שאלת הסמכות אינו יכול לשנות את האופן שבו שאלה זו נבדקת. במילים אחרות, חלוף הזמן כשלעצמו אינו מצדיק מעבר מהכלל הצר לכלל הרחב. כל בדיקה שנעשת בשלבים מאוחרים של ההליך היה אפשר לעשותה בתחילתו.⁸⁸ שנית, מאחר שהתובעת היא שבוחרת כיצד לנסח את תביעתה והיכן לתבוע, ההנחה היא שהתובעת אינה יכולה להעלות טענת חוסר סמכות בשום שלב של ההליך.⁸⁹

84 הכללים שאני מנתח בסעיף זה הם כללים "קנייניים". הם קובעים אם העדר סמכות יביא לידי בטלות ההליך אם לאו. לדיון בכללי אחריות המטילים על התובעת או על הנתבע את העלויות הנובעות מטעות בשאלת הסמכות ראו להלן תת-פרק ג5. לדיון בכללי אחריות באופן כללי ראו: Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85(6) HARV. L. REV. 1089, 1106–1110 (1972).

85 זה הכלל שנהג בעבר על-פי פסיקת בית-המשפט העליון. ראו לעיל תת-פרק 2א.

86 כלל זה הוא הכלל הנוהג לגבי סמכות מקומית, אולם הוא קיצוני יותר מהכלל הנוהג כיום לגבי סמכות עניינית. ההגבלה לגבי העלאת טענה בדבר חוסר סמכות עניינית לא הוחלה מייד לאחר תחילת ההליך, אלא רק בשלבים מאוחרים יותר. ראו לעיל תת-פרק 2ב.

87 היה אפשר לקבוע שבית-המשפט צריך להחליט בסוגיית הסמכות על-פי אופיו האמיתי של הסכסוך, אולם קביעה כזו הייתה מצריכה בירור מורכב יותר ואף הבאת ראיות, ולכן הייתה הופכת את תהליך ההחלטה בעניין הסמכות ליעיל פחות. ראו דיון לעיל בתת-פרק 3א.

88 כפי שאסביר, טענתי שלפיה סיכויי הטעות מושפעים מהכלל הנבחר אינה נשענת על כך שבסוף ההליך יש אפשרות טובה יותר לבחינת הסמכות, אלא על התמריצים השונים שהכלל הרחב משרה על הצדדים לברר את שאלת הסמכות.

89 במקרה שבו התובעת מעלה טענה מאוחרת בדבר חוסר סמכות, טענתה עשויה להיחסם לא רק מכוח עקרון תום-הלב, אלא גם מכוח דוקטרינת ההשתק השיפוטי. כאמור, בעניין דקל, לעיל ה"ש 34, העלתה השופטת פרוקצ'יה את האפשרות שטענה מאוחרת בדבר חוסר סמכות שהועלתה על-ידי הנתבע תיחסם מכוח דוקטרינת ההשתק השיפוטי. השופט גרוניס התנגד לאפשרות זו, בקובעו כי "החלטה של הדוקטרינה של השתק שיפוטי מותנית בכך שבעל הדין נגדו מועלית הטענה, הציג בהזדמנויות שונות טענות הפוכות". יוצא שגם לפי גישתו של השופט גרוניס, להשתק השיפוטי עשויה להיות תחולה כאשר התובעת, אשר בחרה בבית-המשפט שבו הגישה את התביעה, טוענת נגד אותה בחירה בשלב מאוחר של ההליך. למעשה, ניתן לראות רמז לגישה זו בפסק-דינו של השופט גרוניס עצמו, שכן הוא קובע כי "יש לזכור, כי המבקשת הייתה המשיבה בבקשה לאישור פסק

הנחה זו תואמת את הדין הנוהג.⁹⁰

(א) עלותם הישירה של הכלל הרחב והכלל הצר

תחת הכלל הצר, תביעה שהוגשה בבית-משפט חסר סמכות תמשיך להתנהל באותו בית-משפט, וכתוצאה מכך יאבד הערך החברתי של המטרות שאותן ביקש המחוקק להשיג באמצעות כלל הסמכות. תחת הכלל הרחב, תביעה כאמור תועבר לבית-המשפט המוסמך, וכתוצאה מכך ירדו לטמיון העלויות שהוצאו עד אותו שלב בניהול ההליך בבית-המשפט חסר הסמכות.⁹¹ לפיכך, בהשוואה **בדיעבד** בין שני הכללים, הכלל הרחב יועדף על הכלל הצר כאשר הערך החברתי של כלל הסמכות שהופר גבוה מעלויות ההליך המשפטי כולו; ולהפך – הכלל הצר יועדף על הכלל הרחב כאשר עלויות ההליך שבזבזו משמעותיות יותר מערכו החברתי של כלל הסמכות שהופר.

הבעיה היא שהשוואה זו אינה מביאה בחשבון את האפשרות למנוע **מראש** את העלויות הללו באמצעות מתן תמריצים לתובעת להגיש את התביעה מלכתחילה בבית-המשפט המוסמך, ומתן תמריצים לנתבע להעלות טענת חוסר סמכות מוקדם ככל האפשר. תמריצים אלה משפיעים על הסיכוי לטעות בבחירת בית-המשפט המוסמך, וממילא על העלויות הצפויות מטעויות כאלה. נבחן אם כן את תמריצי הצדדים לבחון את שאלת הסמכות על-פי כל אחד מהכללים.⁹²

הבורר. לפני שהיא הגישה את הבקשה לביטול פסק הדין שאישר את פסק הבורר היא לא הציגה כל עמדה בנושא הסמכות העניינית. על כן, לא ניתן להחיל במקרה דנא את הדוקטרינה הנוכרת". שם, פס' 4 לפסק-דינו של השופט גרוניס.

90 ראו ע"א 2147/09 **להב אריזות בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף – אזור נצרת עילית**, פס' 7 לפסק-דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 22.8.2011); עניין **נדב**, לעיל ה"ש 44, פס' 19 לפסק-דינו של השופט דנציגר (בית-המשפט בחר להתייחס לשאלת תום-ליבה של נתבעת, שהינה גם **תובעת שכנגד**, אשר ביקשה מבית-משפט השלום סעד שאינו במסגרת סמכויותיו, ורק לאחר שניתן פסק-דין לחובתה העלתה את טענת חוסר הסמכות); עע"ם 10501/03 **תשתיות נפט ואנרגיה בע"מ נ' מועצה אזורית זבולון**, פס' 8 להחלטתו של הרשם שחם (פורסם בנבו, 16.2.2004). עם זאת, הנחה זו אינה מחויבת, ואין מניעה מוחלטת לתת אפשרות לתובעת להעלות טענת חוסר סמכות. בתת-פרק 6ג להלן אנתח בקצרה את התוצאות הצפויות אם גם התובעת תוכל להעלות טענה נגד סמכותו של בית-המשפט שבו בחרה לתבוע.

91 מובן שאם בבית-המשפט המוסמך ניתן להמשיך בהליך מהנקודה שאליה הגיע בבית-המשפט הלא-מוסמך, הדבר רצוי משום שיש בכך כדי להקטין את העלויות הנובעות מההעברה. זאת, כמובן, בהנחה שהפגיעה במטרותיהם של כללי הסמכות הנובעת מהמשכת ההליך במקום התחלתו מחדש הינה נמוכה יותר. השאלה אם יש להמשיך בהליך או להתחילו מחדש דומה, לפיכך, לשאלה הנידונה בטקסט – אם לבטל את ההליך אם לאו.

92 למעשה, תמריציו של כל צד לבדוק את שאלת הסמכות תלויים בהשקעתו של הצד שכנגד. ניתוח תמריצים באופן אסטרטגי מלא מחייב שימוש בכלים מתחום תורת המשחקים, החורגים מהמסגרת האפשרית במאמר זה. עם זאת, מסקנות הניתוח לא היו משתנות באופן מהותי.

(ב) השפעתם של הכלל הרחב והכלל הצר על הסיכוי שהתביעה תוגש בבית־משפט שאינו מוסמך

על-פי הכלל הרחב, הנתבע מקבל "אופציה" לביטול תוצאות ההליך במקרה שהתביעה הוגשה בבית־משפט שאינו מוסמך. הנתבע ינצל את האופציה רק אם יפסיד בתביעה. הבחנה זו חשובה כדי להבין את תמריציו של הנתבע. אם הנתבע מעלה טענת חוסר סמכות בתחילת ההליך, הוא מאבד את ה"אופציה" לביטול פסק־הדין. לכן, ככל שהנתבע יכול להעלות את טענת חוסר הסמכות מאוחר יותר כן תמריציו לבדוק מראש את שאלת הסמכות קטנים. לעומת זאת, בסוף ההליך, אם הפסיד, יעלה הנתבע טענת חוסר סמכות עניינית גם כאשר התשובה לשאלת הסמכות אינה ברורה, בשל הסיכוי שהטענה תתקבל בכל־זאת. התוצאה, אם כן, היא שהנתבע שהפסיד ישקיע בבירור שאלת הסמכות בדיעבד (אך לא מראש). ככל מקרה שבו ימצא כי יש סיכוי שטענה זו תתקבל, הוא יעלה אותה.

כעת ניתן לבדוק את תמריציה של התובעת על-פי הכלל הרחב לבחון מראש את שאלת הסמכות. כאשר התביעה מוגשת בבית־משפט שאינו מוסמך, התובעת צריכה לזכות בהליך פעמיים – פעם בבית־המשפט שאינו מוסמך, ופעם שנייה בבית־המשפט המוסמך. זאת, משום שכאשר התובעת זוכה בבית־המשפט שאינו מוסמך, הנתבע מעלה טענת חוסר סמכות וההליך מתחיל מחדש.⁹³ לעומת זאת, אם ההליך מוגש בבית־משפט מוסמך, התובעת צריכה לזכות בו רק פעם אחת. ההפסד שהתובעת מפסידה אם היא מגישה את התביעה בבית־משפט שאינו מוסמך הוא ההפרש בין הסיכוי לזכות בהליך פעם אחת לבין הסיכוי, הנמוך יותר, לזכות בו פעמיים, מוכפל בשווי התביעה, בתוספת העלויות של ניהול ההליך בבית־המשפט שאינו מוסמך.⁹⁴ תמריציה להגיש את התביעה בבית־המשפט המוסמך נגזרים מרצונה למנוע את ההפסד הזה.

נבחן כעת את תמריציהם של התובעת והנתבע לבחון את שאלת הסמכות על-פי הכלל הצר. לגבי הנתבע, התועלת מהעלאת טענה בדבר חוסר סמכות בשלבים המוקדמים של ההליך עשויה לנבוע מכך שבית־המשפט שבו הוגשה התביעה אינו נוח לו (בין מטעמים של חיסכון בעלויות ובין משום שהתוצאות הצפויות באותו בית־משפט טובות לנתבע פחות מהתוצאות הצפויות בבית־משפט אחר). נוסף על כך, הנתבע עשוי להרוויח רווח טקטי מהשהיית ההליך עקב העברתו לבית־המשפט המוסמך. התוצאה היא שתחת הכלל הצר אומנם עשוי להיות לנתבע תמריץ לבדוק את שאלת הסמכות בתחילת ההליך, אולם התמריץ לעשות זאת יהיה נמוך בהרבה מהתמריץ שיש לו תחת הכלל הרחב לבחון את שאלת הסמכות בסוף ההליך, לאחר שהפסיד בתביעה.

גם התועלת לתובעת מבירור שאלת הסמכות היא נמוכה. ראשית, מאחר שלנתבע יש תמריצים מופחתיים לברר את שאלת הסמכות, הסיכוי שהלה יעלה טענת חוסר סמכות

93 ההנחה היא שהתובעת אינה יכולה לטעון לחוסר סמכות, משום שהיא זו שבחרה היכן לתבוע. ניתוח כלל המאפשר גם לתובעת לטעון טענה מאוחרת בדבר חוסר סמכות יהיה דומה לזה שנעשה בטקסט, בשינויים המחויבים.

94 להוכחה של טענה זו ראו את הניתוח הפורמלי בנספח.

הוא נמוך יותר. שנית, העלות לתובעת כתוצאה מטענת חוסר סמכות שמתקבלת בתחילת ההליך שווה לכל-היותר לעלויות של הגשת התביעה.⁹⁵ זו עלות נמוכה מהעלות הנגרמת תחת הכלל הרחב כתוצאה מהצורך לזכות בתביעה פעמיים. לכן תחת הכלל הצר גם התובעת תשקיע פחות בבירור שאלת הסמכות.

המסקנה מהניתוח לעיל ראוייה לדגש מיוחד. בסוף ההליך, תחת הכלל הרחב, תמריצו של הנתבע לברר את שאלת הסמכות גבוהים מתמריצו לעשות זאת בתחילת ההליך, תחת הכלל הצר. כתוצאה מכך תמריצה של התובעת לבדוק את שאלת הסמכות מראש, במועד הגשת התביעה, **נהפכים למשמעותיים יותר** תחת הכלל הרחב. **המסקנה** היא אם כן שהסיכוי לטעות מראש בסמכות בית-המשפט הוא קטן יותר תחת הכלל הרחב.⁹⁶

(ג) השוואה בין הכללים

השוואה בין שני הכללים מחייבת התחשבות הן בעלויותיהם הישירות בדיעבד והן בהשפעתם על הסיכוי שהתביעה תתברר מראש בבית-המשפט המוסמך. הכלל הצר מביא לידי כך שתביעות רבות יותר יוגשו בבית-משפט חסר סמכות וימשיכו להתברר בו. הכלל הרחב מקטין את הסיכוי להגשת תביעה בבית-משפט שאינו מוסמך, אולם אם תביעה מוגשת בכל-זאת בבית-משפט חסר סמכות, הכלל מביא לידי בזבוז עלויות המשפט שהוצאו על ניהול ההליך עד השלב שבו הועלתה טענת העדר הסמכות.

כאשר הערך החברתי של כלל הסמכות גבוה – או במילים אחרות, כאשר הפגיעה שנגרמת כתוצאה מהכרעה על-ידי בית-משפט שאינו מוסמך היא משמעותית – הכלל הרחב עדיף על הכלל הצר. זאת, משום שהן בדיעבד, בהשוואה בין עלויות הפגיעה בפלל לבין העלויות הנובעות מהצורך לקיים דיון מחודש בתביעה, והן מראש, בהשוואה בין שני הכללים מבחינת השפעתם על הסיכוי להגשת התביעה בבית-משפט שאינו מוסמך, הכלל הרחב עדיף. לעומת זאת, כאשר ערכו החברתי של כלל הסמכות אינו גבוה, הכלל הרחב יהיה עדיף רק אם הוא יביא לידי הגדלה משמעותית של הסיכוי שהתובעת תגיש את התביעה בבית-המשפט המוסמך.

בית-משפט שנדרש לענות בדיעבד על השאלה אם לבטל את תוצאת ההליך שנוהל בחוסר סמכות צריך לבחון, אם כן, שלושה גורמים: (א) את חשיבותו של כלל הסמכות

95 ההנחה היא שכל צד נושא בהוצאותיו עד לאותו שלב, ללא קשר להכרעה בשאלת הסמכות. לניתוח כללים לפסיקת הוצאות בהקשר של טענת חוסר סמכות ראו להלן תת-פרק ג.

96 יש להדגיש כי שאלת סמכותו של בית-המשפט נבחנת על-סמך האמור בכתב התביעה במועד הגשת התביעה. ראו לעיל ה"ש 17 והטקסט שלידה. לפיכך הקטנת הסיכוי לטעות תחת הכלל הרחב אינה נובעת ממסגרת ראייתית רחבה יותר אשר מתגלה עם התקדמות ההליך ומאפשרת לבחון את שאלת הסמכות באופן מדויק יותר. מסגרת ראייתית כזו אינה רלוונטית לקביעת סמכותו של בית-המשפט. (ניתן אומנם לטעון כי מסגרת הזמן הרחבה יותר לבחינת שאלת הסמכות מגדילה את הסיכוי שבית-המשפט יעלה שאלה זו מיוזמתו וימנע טעויות, אולם ההנחה היא שבשיטה אדוורסרית משקלם של מקרים אלה אינו גדול.) הקטנת הסיכוי לטעות נובעת מהתמריצים המוגברים שהכלל הרחב נותן לתובעת ולנתבע למצוא טעויות כאלה.

הראשוני שהופר; (ב) את עלויות המשפט שהוצאו עד אותו שלב; (ג) את השפעת הכלל שיחיל (הרחב או הצר) על הסיכוי לטעות. מאחר ששאלת סמכותו של בית-המשפט נבדקת על-פי האמור בכתב התביעה במועד הגשת התביעה, כל הגורמים הללו, לרבות השפעת הכלל על הסיכוי לטעות, ניתנים להערכה בדיעבד. לפיכך הקריטריון המוצע לבחירה בין הכלל הרחב לבין הכלל הצר הוא כדלקמן: **ככל שחשיבותו של כלל הסמכות שהופר גבוהה יותר, וככל שהטעות בסמכות בית-המשפט היא כזו שהיה אפשר למנוע אותה מראש, כן עדיפותו של הכלל הרחב גדלה.**

(ד) יישום – השוואה בין הכללים

נדגים אם כן את יישומה של הגישה המוצעת למקרים כלליים שבהם טענת חוסר סמכות מועלית בשלבים מאוחרים של ההליך:

א. **כללי סמכות מקומית** – כללי הסמכות המקומית מיועדים להגביר את היעילות האדמיניסטרטיבית ולהקטין את עלויותיהם של הצדדים. ככל שמדובר בעלויות הצדדים, להם עצמם יש אינטרס מספיק להקטין אותן עוד בתחילת ההליך. ככל שמדובר ביעילות של המערכת המשפטית שאינה נוגעת בצדדים, מטרה זו אינה נפגעת באופן משמעותי כתוצאה מהדיון בהליך מסוים בבית-משפט שאינו מוסמך. יתר על כן, מאחר שהעניין כבר נידון באותו בית-משפט, הפגיעה שנוצרה כבר אינה ניתנת לתיקון. אם נוסף על כך את העובדה שכללי הסמכות המקומית בישראל הם כללים פשוטים בעיקרם, אשר ממילא הסיכוי לטעות לגביהם אינו גבוה, הכלל הראוי בשאלות של סמכות מקומית הוא הכלל הצר. זהו אכן הדין הנוהג.⁹⁷

ב. **כללי סמכות עניינית הנוגעים בחלוקה בין הערכאה הנמוכה לבין הערכאה הגבוהה** – כללים אלה מיועדים לשתי מטרות עיקריות: האחת, שעניינים מורכבים יידונו לפני ערכאה מנוסה ומיומנת; האחרת, שזמנה ומשאביה של הערכאה המנוסה והמיומנת לא יבוזבוזו על עניינים פשוטים. כאשר ההליך נידון בתחילה על-ידי הערכאה הגבוהה, הערך החברתי שנפגע אם הערכאה לא הייתה מוסמכת אינו גדול, שכן מדובר בשיקולי יעילות מערכתית בלבד. במקרים שבהם ההליך נידון בתחילה על-ידי הערכאה הנמוכה ועולה טענת העדר סמכות, הפגיעה תתרחש אם אותה ערכאה טעתה בפסק-דינה. אולם את הטעות הזו ניתן לפתור ממילא באמצעות הליך הערעור.⁹⁸ מכאן נובע שהנזק מהכרעה על-ידי ערכאה שאינה מוסמכת אינו גבוה. מאחר שכללים אלה הם כללים פשוטים (הדוגמה הטובה ביותר לכך היא הכלל הקבוע בסעיף 51(א)(2) לחוק בתי-המשפט, הקובע את סמכותו של בית-משפט השלום בתביעות אזרחיות שאינן במקרקעין לפי שווי התביעה), הסיכוי לטעות בהם נמוך. מכאן שהכלל העדיף לגבי כללים אלה של סמכות עניינית הוא הכלל הצר.⁹⁹

97 ע"א 487/64 רוט נ' פישור, פ"ד יט(2) 150, 148 (1965); רע"א 481/89 מארק פקגינג סיסטמס אינק נ' מהדרין בע"מ, פ"ד מד(1) 113, 115 (1989).

98 אם כי ערכאת הערעור שונה, כמובן.

99 ראו גם את גישתם של גולדשטיין וטאוסוג – העולה לדעתם מן הפסיקה ומהמלצותיה של ועדת אור

- ג. כללי סמכות עניינית בענייני מקרקעין – מסגרת כללי הסמכות העניינית בענייני מקרקעין מתאפיינת בשניים: ראשית, חלק מהכללים הללו אינם ברורים, ואף בתי-המשפט עצמם מתקשים ליישם;¹⁰⁰ שנית, ערכם החברתי של כללים אלה מוטל בספק כיום. במקרים אלה, יתרונו של הכלל הצר ברור.
- ד. כללי סמכות עניינית הנובעים ממומחיותו של בית-המשפט או משיקולים "פוליטיים" – כללים אלה הם בעלי ערך משמעותי מנקודת-מבטו של המחוקק. ערכם אינו מתמצה בהקטנת הסיכוי לטעות של בית-המשפט, אלא מקיף מרחב שיקולים גדול יותר שבית-המשפט אמור לשקול וכן מטרות חברתיות שאליהן כיוון המחוקק באמצעות כלל הסמכות. יתר על כן, במקרים רבים כללי הסמכות הללו הם מורכבים אולם ניתן לעמוד בהם באמצעות ברור רציני של תנאיהם.¹⁰¹ במקרים אלה יתרונו של הכלל הרחב ברור – הן משיקולים הנוגעים בצמצום הנוק בדיעבד והן משיקולים הנוגעים בהקטנת הסיכוי לטעות מראש.
- המסקנה מהדיון לעיל היא שיש להחיל את הכלל הרחב ולאפשר ביטול מאוחר של ההליך מחמת חוסר סמכות רק כאשר הסמכות היא סמכות עניינית ייחודית הנתונה לבית-משפט מומחה או לבית-דין מיוחד. רק במקרים אלה התועלת בדיעבד מהכרעה בבית-המשפט המוסמך והיכולת להקטין את הסיכוי לטעות מראש מצטרפים ומובילים ליתרונו של הכלל הרחב.
- הקריטריון המוצע עוקב, כעיקרון, אחר ההבחנה בין כללי סמכות עניינית הנקבעים

– שלפיה יש להשוות את מעמדה של הסמכות העניינית בתוך מערכת בתי-המשפט הכללית לזה של הסמכות המקומית המסורתית. לדדם, בעל-דין יוכל להעלות טענת העדר סמכות בהודמנות הראשונה, שאם לא כן הוא יהיה מנוע מלעשות זאת, לא כל שכן בערכאת הערעור. גולדשטיין וטאוסיג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 282–292.

100 ראו לעיל ה"ש 82.

101 דוגמה לכך היא סמכותו של בית-המשפט לענייני משפחה, ובפרט הסיווג של עניין כ"עניני משפחה" המוגדר בס' 1(2) לחוק בית-המשפט לענייני משפחה. עשויים להיווצר מצבי-ביניים אשר קשים לסיווג לצורך חלוקת הסמכויות (עניין דקל, לעיל ה"ש 34, פס' 16 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה), שכן "עניינים שאינם נוגעים למעמד אישי במובהק משלבים בתוכם, על-פי רוב, יסודות של מחלוקת אזרחית ושל סכסוך משפחתי אלה באלה. נדרש אפוא להכריע מה מביניהם הוא היסוד הדומיננטי, ובהתאם לקביעה זו ישוין עניין לערכאה זו או האחרת" (עניין חיים, לעיל ה"ש 17 בעמ' 308). על-מנת לשייך סכסוך כזה לבית-המשפט לענייני משפחה, נדרש להוכיח כי "הסכסוך המשפחתי תרם תרומה משמעותית לגיבושה של עילת התביעה", וזאת על-ידי איתור "גורמי הסכסוך השונים תוך בחינת השאלה אם לגורמים המשפחתיים הייתה השפעה נכבדה וחשובה להיווצרותה של עילת התביעה" (עניין חבס, לעיל ה"ש 17 בעמ' 344). דבר זה צריך להיבחן כבר בתחילת המשפט על בסיס כתב הטענות, וזאת הן על-פי נתונים אובייקטיביים והן על-פי הפן הסובייקטיבי, הבוחן את התייחסותם של הצדדים עצמם לסכסוך שביניהם (עניין חיים, לעיל ה"ש 17, בעמ' 308). כך, בעניין חיים התרשמה השופטת פרוקצ'יה כי הצדדים ראו את המחלוקת ככזו שיסודותיה העיקריים הם אזרחיים, וכי הסכסוך המשפחתי היה אך שולי ביחס להיבט האזרחי (שם, בעמ' 308–310).

על-פי מבחן הסעד לבין כללי סמכות עניינית הנקבעים לפי מבחן העילה.¹⁰² כאשר הסמכות העניינית ניתנת לבית-משפט או לבית-דין בעל מומחיות ומאפיינים ייחודיים, ולא לבית-משפט בעל סמכות כללית, הסמכות נקבעת על-פי מבחן העילה. במקרים שבהם הסמכות נקבעת באופן זה ראוי להחיל את הכלל הרחב, ולאפשר תקיפה מאוחרת של תוצאת ההליך כאשר פסק-הדין ניתן על-ידי בית-משפט שאינו מוסמך.

4. דוקטרינת הבטלות היחסית וחובת תום-הלב לאור הגישה המוצעת

גישתו של בית-המשפט העליון בעבר, אשר התמקדה בעקרון החוקיות, נתנה עדיפות לכלל הרחב על יסוד תפיסה המדגישה את חשיבותם של כללי הסמכות העניינית. הגישה המודרנית, המונעת העלאת טענה בדבר חוסר סמכות עניינית בשלבים מאוחרים של ההליך, ובפרט לאחר מתן פסק-הדין, בוחרת בפלל הצר על יסוד תפיסה המדגישה את עלויות ההליך המבוזבזות כאשר ההליך מנוהל מחדש. הן הגישה בעבר והן הגישה המודרנית מתעלמות מהשפעתו של הכלל על תמריצי הצדדים, וכתוצאה מכך על הסיכוי להגיש מראש את התביעה בבית-משפט שאינו מוסמך. הגישה המוצעת דורשת מבית-המשפט לבחון את שני סוגי השיקולים הרלוונטיים להכרעה בטענה מאוחרת בדבר חוסר סמכות – את השפעת הכלל על הסיכוי לטעות מראש ואת השפעתו על הערכים והעלויות החברתיים בדיעבד.

אף שהאיזון בין שני סוגי השיקולים הללו לא נבחן עד כה על-ידי בית-המשפט העליון, יישומה של הגישה המוצעת אינו מחייב הקמת מסגרת דוקטרינרית יש מאין, שכן ניתן לעשות זאת באמצעות עקרון הבטלות היחסית. במסגרת עיקרון זה בית-המשפט מבחין בין הפגם שנפל לבין תוצאותיו, ובוחן תוצאות אלה לאור השיקולים הפרטיים והחברתיים שעומדים ביסודו של כלל הסמכות ואשר מושפעים מהסעד שניתן בשל הפרתו. הגישה המוצעת יוצקת תוכן קונקרטי לשיקולים אלה, וניתן ליישמה בהתאם.

בניגוד לדוקטרינת הבטלות היחסית, המסגרת הדוקטרינרית שנקט בית-המשפט העליון עד כה, זו של חובת תום-הלב, אינה המסגרת המתאימה לבחינת השיקולים שהוצגו לעיל. חובת תום-הלב מיועדת להניא את המתדיינים בהליך המשפטי מהתנהגות אופורטוניסטית.¹⁰³ היא מיועדת להניע אותם לפעול לשם בירור המחלוקות העומדות ביניהם תוך הסתייעות בזכויותיהם הדיוניות, אך מבלי לנצל זכויות אלה לרעה כדי להשיג יתרונות החורגים מתכליתן.¹⁰⁴ לנוכח הניתוח לעיל, חובת תום-הלב אינה הכלי הדוקטרינרי הראוי לטיפול בבעיה הנובעת מהעלאה מאוחרת של טענת חוסר סמכות.

102 עניין אלדרמן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 533–534.

103 עניין שילה, לעיל ה"ש 51, בעמ' 461–462 ("במסגרת זו [החובה לפעול בתום-לב – א' ק'] יש לדרוש, כי בעלי דין לא יהיו זאבים זה לזה, אם כי אין לדרוש, שיהיו מלאכים זה לזה. יש לעמוד על כך כי יתנהגו זה כלפי זה כבני אדם הגונים וסבירים").

104 עניין אבו עוקסה, לעיל ה"ש 52, פס' 25 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

החלת חובת תום-הלב משמעותה, למעשה, החלתו של הכלל הצר. הדוקטרינה מאפשרת למנוע מהנתבע תקיפה מאוחרת של סמכות בית-המשפט משום שהתנהגות זו נתפסת כהתנהגות אופורטוניסטית. היא אינה מאפשרת לבית-המשפט לבחון את השיקולים החברתיים שעליו לשקול בהתחבטו בשאלה אם לבטל את תוצאות ההליך שנוהל בחוסר סמכות. באותם מקרים שבהם הסיכוי לטעות הוא גדול, והפגיעה בערכים החברתיים והמערכתיים שכללי הסמכות מיועדים להשיג היא משמעותית, חובת תום-הלב עלולה להוביל לתוצאה שאינה רצויה.

לסיכום חלק זה, כאשר בית-המשפט בא להכריע מה נפקותה של טענה מאוחרת בדבר חוסר סמכות, ראוי שהוא ייצוק לתוך דוקטרינת הבטלות היחסית את המבחן המוצע. על-פי מבחן זה, בית-המשפט יבטל פסק-דין שניתן בחוסר סמכות עניינית רק כאשר הוא סבור כי לכלל הסמכות יש חשיבות חברתית גדולה, וכאשר הוא מוצא כי התובעת הייתה יכולה להגיש את התביעה בבית-המשפט המוסמך אילו בחנה מראש כראוי את שאלת הסמכות. המקרה הפרדיגמטי העומד בדרישות אלה הוא מקרה שבו סמכותו של בית-המשפט היא סמכות ייחודית הנקבעת על-פי מבחן העילה, ולא על-פי מבחן הסעד.

5. פסיקת הוצאות – האם היא עשויה לסייע במקרים של חריגה מסמכות?

הדיון לעיל הניח כי כל צד נושא בהוצאותיו, ללא תלות בהכרעה בטענת חוסר הסמכות העניינית. שאלה היא אם ניתן להוביל לתוצאות טובות יותר באמצעות שילובם של הכללים שנידונו לעיל עם כללי פסיקת הוצאות נגד אחד הצדדים.¹⁰⁵ כפי שיוסבר להלן, אף שכללי פסיקת הוצאות אינם משנים את העלויות בדיעבד, הם משפיעים על תמריצייהם של הצדדים מראש, ולפיכך עשויים להשפיע על הסיכוי לטעות בשאלת הסמכות.¹⁰⁶

קיימים שני סוגים של כללי פסיקת הוצאות: האחד, שבו נפסקות הוצאות נגד צד אחד לטובת הצד שכנגד;¹⁰⁷ והאחר, שבו נפסקות הוצאות נגד צד לטובת אוצר המדינה.¹⁰⁸ אדון להלן בפסיקת הוצאות הרצויה תחת הכלל הצר ותחת הכלל הרחב. תחת הכלל הצר פסיקת הוצאות נגד תובעת שהגיש את התביעה בבית-משפט שאינו מוסמך תגדיל את תמריצי התובעת להגיש את התביעה בבית-המשפט המוסמך. אם הוצאות אלה ייפסקו לטובת הנתבע, יהיה בכך כדי להגדיל את תמריצי הנתבע

105 עניין מחקשוילי, לעיל ה"ש 47, פס' 11 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארוז.

106 לדין כללי ראו קלמנט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1001–1010.

107 תק' 511 לתקסד"א.

108 תק' 514 לתקסד"א. על הרציונל של תקנה זו ראו את דבריו של השופט גרוניס ברע"א 1514/06

תדיראן מוצרי צריכה בע"מ נ' שאול, פס' 4–7 לפסק-דינו (פורסם בנבו, 24.4.2006).

להעלות טענת חוסר סמכות בתחילת ההליך. לפיכך פסיקת הוצאות לטובת הנתבע תקטין את סיכויי הטעות תחת כלל זה.¹⁰⁹ תחת הכלל הרחב ראוי להחיל אותו כלל פסיקת הוצאות כאשר שאלת הסמכות עולה ומתקבלת בתחילת ההליך. השאלה היא מהו כלל פסיקת ההוצאות הרצוי כאשר שאלת הסמכות מועלית על-ידי הנתבע בשלבים מאוחרים של ההליך. פסיקת הוצאות נגד התובעת תוביל להגדלת תמריציה לבחון מראש את שאלת הסמכות. אם ההוצאות ייפסקו לטובת הנתבע, יהיה בכך כדי להגדיל את תמריציו של הנתבע לבחון את שאלת הסמכות בשלב המאוחר. אולם, כפי שהוסבר לעיל, תמריציה של התובעת לבחון את שאלת הסמכות מראש, ותמריציו של הנתבע לבחון שאלה זו בדיעבד, גדולים ממילא תחת הכלל הרחב.¹¹⁰ פסיקת הוצאות נגד הנתבע תקטין את תמריציו לבחון את שאלת הסמכות בשלב מאוחר (אולם אלה גדולים ממילא), ותגדיל את תמריציו לבחון את שאלת הסמכות בתחילת ההליך. אם ההוצאות ייפסקו לטובת אוצר המדינה, לא יהיה בכך כדי להקטין את תמריציה של התובעת לבחון מראש את שאלת הסמכות. לפיכך זהו הכלל המיטבי. **לסיכום**, כאשר טענת העדר הסמכות עולה ומתקבלת בתחילת ההליך, הכלל המיטבי הוא פסיקת הוצאות נגד התובעת שטענה בבחירת בית-המשפט המוסמך, ולטובת

109 פסיקת הוצאות לטובת הנתבע עדיפה על פסיקת הוצאות לטובת אוצר המדינה, משום שהיא משפיעה גם על תמריציו של הנתבע לברר את שאלת הסמכות ולהעלותה בתחילת ההליך. יתר על כן, אם גובה ההוצאות שייפסקו יהיה שווה לערך החברתי של כלל הסמכות שהופר, התובעת והנתבע יפנימו למעשה את הערך הזה. תחת כלל כזה, השקעתם בבירור שאלת הסמכות תהיה מיטבית. התוצאה תהיה שתחת הכלל הצר יהיה אפשר להשיג תמריצים מיטביים להקטנת הסיכוי לטעות. מאחר ששאלת סמכותו של בית-המשפט נבחנת על-סמך האמור בכתב התביעה במועד הגשת התביעה, התוצאה של שילוב הכלל הצר עם פסיקת הוצאות כאמור תהיה הטובה ביותר שניתן להשיג, שכן כל טעות שניתן לאתר בשלב מאוחר של ההליך, על-פי הכלל הרחב, ניתן לאתר גם בשלב מוקדם על-פי הכלל הצר. מאחר שהתמריצים למציאתה של טעות כזו יהיו מיטביים, כל טעות שראוי לאתר אכן תאוחר בתחילת ההליך. הבעיה היא שכלל כזה אינו ניתן ליישום. ראשית, שווי ההוצאות שבית-המשפט אמור לפסוק לפי כלל זה אינו ברור. שנית, פסיקת הוצאות כאמור עלולה לעלות בהרבה על הוצאות הצדדים, ואף על עלויותיה של המערכת המשפטית, וספק אם היא אפשרית לנוכח הדין הנוהג. ראו תק' 511-512 לתקסד"א וכן את ניתוחו המפורט של הרשם מרזל לעניין קביעתו של שיעור הוצאות (שבהמשך אומץ על-ידי העליון): ע"א 2617/00 מחצבות כנרת (שותפות מוגבלת) נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, נצרת עלית, פ"ד ס(1) 600, 615 (2005) ("כעניין שבעיקרון, וכנקודת מוצא, יש לפסוק לבעל הדין שזכה בדינו הוצאות ריאליות, כלומר ההוצאות שהוציא בפועל או שהתחייב להוציא. עם זאת זוהי נקודת מוצא בלבד. אין היא נקודת סיום, שכן על היושב בדין לבחון את שיעור הוצאות הנטען ולברוק אם מדובר בהוצאות סבירות, מידתיות והכרחיות לניהול ההליך בהתחשב בכלל נסיבות העניין... אין בהכרח לשפות על כל הוצאה שהוצאה בפועל אם אין היא הכרחית לניהול ההליך וכל יסודה הוא בזהירות-יתר של בעל הדין").

110 כאמור לעיל, אין קשר הכרחי בין תועלתה של התובעת מבירור שאלת הסמכות מראש לבין התועלת החברתית ממניעת טעות בנוגע לכלל הסמכות. התועלת הפרטית של התובעת עשויה להיות גבוהה או נמוכה מהתועלת החברתית ממניעת הטעות.

הנתבע שהעלה את טענת העדר הסמכות בתחילת ההליך. כאשר הטענה עולה בשלבים מאוחרים של ההליך, תחת הכלל הרחב, כלל פסיקת ההוצאות המיטבי יהיה נגד הנתבע ולטובת אוצר המדינה.

6. האם ראוי לאפשר לתובעת להעלות טענה מאוחרת בדבר חוסר סמכות?

אילו היינו בוחרים בכלל רחב מאוד, המאפשר העלאת טענה מאוחרת בדבר חוסר סמכות לא רק על-ידי הנתבע, אלא גם על-ידי התובעת, כיצד היה הדבר משפיע על הסיכוי לטעות ועל העלויות הנגרמות כתוצאה מטעויות? תחת הדין הנוהג כיום, הכלל הרחב-מאוד אינו אפשרי, שכן בקשתה של התובעת לבטל את פסק-דינו של בית-המשפט שבו הגישה את התביעה, בטענה שהוא אינו מוסמך, תיחשב הפרה של חובת תום-הלב החלה עליה.¹¹¹ אולם, אילו היה הכלל אפשרי, כיצד הוא היה משפיע על השגת מטרותיהם של כללי הסמכות?

כפי שהוסבר לעיל, תחת הכלל הרחב, כאשר בית-המשפט אינו מוסמך, הנתבע מעלה טענת חוסר סמכות אם הפסיד בתביעה. באופן דומה, תחת כלל שהיה מאפשר גם לתובעת לטעון לחוסר סמכות, הייתה התובעת מעלה טענה זו במקרים שבהם הפסידה בתביעה. התוצאה הייתה שבכל מקרה שבו בית-המשפט שבו הוגשה התביעה לא היה מוסמך עניינית, היה ההליך מנוהל מחדש.

אם כן, התוצאה תחת הכלל הרחב-מאוד היא שבכל מקרה שבו בית-המשפט אינו מוסמך, יפסידו הצדדים את עלויות ההתדיינות שלהם (משום שהטענה תועלה בדיעבד על-ידי התובעת או על-ידי הנתבע). תמריצייהם לבדוק את שאלת הסמכות בתחילת ההליך נגזרים מעלות זו. תמריצייה של התובעת יהיו גדולים מתמריצייה לבדוק את שאלת הסמכות תחת הכלל הצר, אולם נמוכים מתמריצייה לעשות זאת תחת הכלל הרחב (שאינו מאפשר לה להעלות טענת חוסר סמכות). לעומת זאת, תמריצייו של הנתבע לברר מראש את שאלת הסמכות תחת הכלל הרחב-מאוד יהיו גדולים יותר בהשוואה לתמריצייו תחת שני הכללים שנידונו עד כה – הרחב והצר. המסקנה, המפתיעה אולי, היא שאין זה ברור אם הסיכוי לטעות תחת הכלל הרחב-מאוד יהיה גדול מהסיכוי לטעות תחת הכלל הרחב או קטן ממנו. ממילא אין זה ברור גם מהו הכלל המיטבי להשגת מטרותיהם של כללי הסמכות.

ברור, עם זאת, שכאשר התובעת היא שמעלה טענת חוסר סמכות, עליה לשאת בהוצאות הנובעות מהגשת התביעה בבית-המשפט שאינו מוסמך. בכך יש כדי להגדיל את תמריצייה לבדוק מראש את שאלת הסמכות. כדי לא להקטין את תמריצייו של הנתבע לבחון מראש את שאלת הסמכות, ראוי שההוצאות ייפסקו לטובת אוצר המדינה, ולא לטובתו.

111 ראו לעיל ה"ש 90.

פרק ד: התניה על הסמכות העניינית

בשנת 2006 הובאה להכרעתו של בית-המשפט העליון עתירתה של גב' אמיר, אשר טענה לחוסר סמכותו העניינית של בית-הדין הרבני לשמש כבורר מכוח הסכמת הצדדים בעניינים שאין הוא מוסמך לדון בהם אחרת. בקבלה את העתירה קבעה השופטת פרוקצ'יה כי "אין בידי ערכאת השיפוט אלא מה שהחוק שהקימה היקנה לה, וככל שמוטלת עליה אחריות להכריע במחלוקת במסגרת הסמכות שהוקנתה לה, כך חלה עליה חובה הנגזרת מן החוק ומתפיסת הממשל הדמוקרטי, שלא לדון ולא להכריע בענין המצוי מעבר לסמכותה על פי חוק... הכרה בכוחה של ערכאת שיפוט לפסוק בעניינים שלא הועברו לסמכותה ולאחריותה על פי הדין עלולה לשבש באורח מהותי את האיזון הפנימי הנדרש במיבנה מערכת השפיטה, ולפגוע פגיעה קשה במעמדה ובתיפקודה"¹¹². לכאורה, גישה בלתי-מתפשרת זו כלפי האפשרות להתנות על כללי הסמכות העניינית אינה מתיישבת עם גישתו הגמישה של בית-המשפט העליון ביחס להעלאת טענה בדבר חוסר סמכות עניינית בשלבים מאוחרים של ההליך. למעשה, שתי הסוגיות נובעות מבעיה דומה – הפער בין האינטרס הפרטי של הצדדים לבין מטרותיו של המחוקק בקביעת כלל הסמכות. פער זה הוא שמכתיב את התשובה בכל אחת מהסוגיות הללו. כפי שאסביר כעת, פער זה מצדיק הגבלה של זכות הצדדים להתנות על כללי הסמכות העניינית, אם כי באופן מוחלט פחות מזה המשתקף בפסיקתו של בית-המשפט העליון.¹¹³

התניה על כללי הסמכות נובעת מאינטרס **משותף** של הצדדים – מהעדפתם המשותפת – שסכסוך ביניהם יידון לפני בית-משפט שונה מזה שהוגדר על-פי כללי הסמכות. חריגה כזו מקדמת אותן מטרות של כלל הסמכות אשר משותפות לצדדים ולמחוקק, אולם היא עלולה לפגוע במימוש מטרותיו הרחבות של כלל הסמכות שאינן מטרותיהם של הצדדים. מאחר שאין חפיפה בין מטרות הצדדים לבין מטרות המחוקק,

112 עניין **אמיר**, לעיל ה"ש 8, פס' 15 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

113 בפסק-דין **אמיר**, שם, הסתמכה השופטת פרוקצ'יה על עקרון החוקיות, אשר אינו נותן כאמור בסיס מספק להכרעות בשאלות של חריגה מסמכות. בהתייחסה לגישתו של פרופ' שוחטמן – שלפיה ניתן להקנות לבית-הדין הרבני סמכות עניינית מכוח הסכמה, אשר מקימה מניעות מהעלאת טענה בדבר חוסר סמכות עניינית ולפיכך מקנה לבית-הדין הרבני סמכות עניינית לפי ס' 15(ד)(4) לחוק-יסוד: השפיטה – קבעה השופטת פרוקצ'יה (שם, בפס' 19 לפסק-דינה) כדלקמן:

"התפיסה הפרשנית שמבטא פרופ' שוחטמן מניחה כי ניתן להכיר בקיומה של סמכות שיפוט עניינית של ערכאת שיפוט ממלכתית בישראל על דרך הסכמת הצדדים בשילוב עם תורת המניעות וההשתק, המונעת ממי שהסכים לסמכות מלכפור בה מאוחר יותר. גישה זו אינה מתיישבת, ביסודה, עם עקרון החוקיות המחייב את ערכאות השיפוט, ובכללן בתי הדין הדתיים. היא אינה עולה בקנה אחד עם נקודת המוצא לפיה סמכויות שיפוט ענייניות ניתנות לערכאת שיפוט בהסדר פוזיטיבי, ואין להסיק על קיומן בדרך פרשנות עקיפה של הוראות חוק שעניינן השתק או מניעות."

הגבלת ההתניה על סמכותו של בית-המשפט היא מוצדקת כאשר הפער בין שני סוגי המטרות גדול.

התניה על כללי סמכות המשרתים בעיקרם מטרות שאינן גם מטרות של הצדדים עלולה לסכל את מטרות המחוקק באופן שיטתי. לפיכך איסור התניה על כללי סמכות כאלה הוא ראוי.¹¹⁴ כאלה הם רוב כללי הסמכות העניינית, ובעיקר אלה הנובעים משיקולים של מומחיות או משיקולים "פוליטיים". אולם גם אותם כללי סמכות עניינית הנוגעים ביכולות אדמיניסטרטיבית של בית-המשפט ובחיסכון בעלויות, דוגמת הכללים המחלקים את סמכות השיפוט בין בתי-המשפט השלום והמחוזיים, הם כללים שעיקרם חיסכון בעלויותיה של המערכת המשפטית, ולא בעלויותיהם של הצדדים. לפיכך איסור התניה על כללים אלה מוצדק גם הוא.

לעומת זאת, כללי הסמכות המקומית, שמטרתם העיקרית היא לאפשר לצדדים לנהל את ההליך בבית-המשפט שמיקומו הגיאוגרפי הוא הנוח להם ביותר,¹¹⁵ הם כללים שהתניה עליהם על-ידי הצדדים תניב ברוב המקרים תוצאה עדיפה. היא תשרת את מטרותיהם של הצדדים, אשר יודעים מהם המאפיינים המיוחדים לסכסוך שעשוי לפרוץ ביניהם, ולפיכך בוחרים בבית-המשפט שממילא משרת טוב יותר גם את מטרות המחוקק. האפשרות להתנות על כללים אלה¹¹⁶ היא ראויה לפיכך.¹¹⁷

114 באופן עקרוני, ניתן לבחון בדיעבד את התועלת הפרטית מהתניה על כלל הסמכות אל מול הנזק החברתי הנובע מפגיעה במטרותיהם של כללי הסמכות – כל זאת בהתחשב באופן שבו השפיעה ההתניה על התנהגותם של הצדדים מראש. אולם מאחר שבחינה כזו עלולה להיות מסובכת, עדיף במקרה זה כלל פשוט האוסר התניה באופן גורף, בכפוף לסייגים המפורטים להלן בטקסט. על הסכמים בנוגע לכללי סדר הדין ראו אלון קלמנט ודפנה קפליוק "חוזים דיוניים" **עיוני משפט** לג 187 (2010); Daphna Kapeliuk & Alon Klement, *Changing the Litigation Game: An Ex Ante Perspective on Contractualized Procedures*, 91(6) TEX. L. REV. 1475 (2013). ראו גם את ההפניות שם, בעמ' 1476, ה"ש 10.

115 רע"א 188/02 **מפעל הפיס נ' כהן**, פ"ד נז(4) 473, 478 (2003). זוסמן מחדד ואומר כי הסמכות "נקבעה בתקנות כדי לשרת את נוחיות הנתבע, שלא ייאלץ להתדיין הרחק ממקום מושבו (ושאר המקומות שיש להם נגיעה בענין)". ראו זוסמן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 78. לדעת טבקה ובאום, מטרתם של כללי הסמכות המקומית היא ליצור **איזון** בין התובעים לנתבעים. ראו טבקה ובאום, לעיל ה"ש 80, בעמ' 182. עם זאת, יש הטוענים כי במדינה קטנה בשטחה כישראל ההתדיינות בנושא הסמכות המקומית היא בזבוז זמן שיפוטי יקר. ראו לוין, לעיל ה"ש 7, בעמ' 122.

116 תק' 5 לתקסד"א.

117 יש הסבורים כי כללי סמכות מקומית גמישים יובילו לריכוז העומס בבתי-משפט מסוימים שיועדפו על-ידי התובעים – דבר המנוגד לתכליתם של כללים אלה. ראו שורן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 177–178. אכן, ייתכן שבדיעבד, לאחר פרוץ הסכסוך, הגבלת חופש הבחירה של התובעת היכן להגיש את התביעה תניב תוצאה עדיפה לנתבע, ולעיתים גם לתובעת עצמה. הסיבה היא שהבחירה של התובעת עלולה להיות כזו המכבידה על הנתבע, מבלי שהכבדה זו נשקלה על-ידיה. כן ייתכן שהגשת התביעה בבית-משפט מסוים נובעת משיקוליו של עורך-הדין המייצג את התובעת, אשר אינם עולים בהכרח בקנה אחד עם טובתה של לקוחתו – התובעת. ראו קלמנט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1019. אולם שיקולים

יש לסייג את הדיון האמור על יסוד שתי הבחנות חשובות. **הבחנה אחת** היא בין **התניה השוללת** מבית-משפט סמכות הנתונה לו, ומותרת את הסמכות רק בידי בית-משפט אחר שיש לו סמכות מקבילה, לבין **התניה המעניקה** לבית-משפט סמכות שאינה נתונה לו. בעוד תניה המעניקה סמכות לבית-משפט שאינו מוסמך עלולה לסכל את מטרותיו של כלל הסמכות, תניה השוללת סמכות מבית-משפט מוסמך אינה מסכלת מטרות אלה, באשר היא מותרת את הסמכות בידי בית-משפט בעל סמכות מקבילה, בהתאם למטרות המחוקק. לפיכך מן הראוי לסייג את איסור ההתניה על כללי הסמכות העניינית ולצמצמו רק לתניות המסמיכות בית-משפט שאינו מוסמך עניינית לדון בסכסוך.¹¹⁸

ההבחנה האחרת היא בין **התניה מראש**, לפני פרוץ הסכסוך, לבין **התניה בדיעבד**, לאחר שהסכסוך פרץ.¹¹⁹ הסיכוי שהצדדים ירצו להתנות מראש על כללי הסמכות העניינית אינו מבוטל. בשלב זה הצדדים עשויים לנסות להשיג מטרות שונות שלהם, לרבות מטרות הנוגעות בהתנהגותם מראש, על-סמך ההסכם או ההתקשרות ביניהם, באמצעות שינוי כלל הסמכות.¹²⁰ אף שלמטרות אלה עשוי להיות ערך פרטי וחברתי גבוה, הן עלולות להאפיל על מטרות המחוקק שאינן משותפות לצדדים, ומכאן, כאמור, איסורה של התניה כזו. לעומת זאת, הסיכוי שהצדדים ירצו להתנות בדיעבד על סמכותו העניינית של בית-המשפט אינו גדול. הסיבה לכך היא שכל התניה כזו תעביר את ההליך מבית-המשפט המוסמך לבית-משפט אחר, ולכן תשפיע על תוצאתו הצפויה של ההליך. מאחר ששינוי התוצאה ייטיב עם צד אחד וירע עם האחר, הם יתקשו להסכים על העברה כזו בדיעבד, לאחר פרוץ הסכסוך. מהו אם כן הבסיס להסכמה הגורפת שניתנה במקרים רבים להסמך בדיעבד את בית-הדין הרבני לדון בסכסוכים שאינם בסמכותו? אי-אפשר אלא לשער שהסכמה כזו נבעה לא רק מאינטרס משותף של הצדדים, אלא גם מאינטרס של בית-הדין הרבני שאותם עניינים יידונו לפניו. כאמור, בין שהיה זה אינטרס של הצדדים ובין שהיה זה ניסיון מכוון של בית-הדין הרבני, הדבר אינו רצוי משום שיש בו כדי לסכל את המטרות שהנחו את המחוקק בקביעת כללי הסמכות העניינית.

לאחרונה, ברע"א 4198/10 **איבגי נ' גבאי**, חזרה ועלתה האפשרות של התניה על סמכותו של בית-הדין הרבני בדרך של מינויו כבורר.¹²¹ באותו עניין, בניגוד לעניין **אמיר**, הועלתה טענת חוסר הסמכות רק לאחר שבית-הדין הרבני פסק במחלוקת, לאחר שהמבקש להעלות את הטענה כבר הסתמך על פסק-הדין, ולאחר שכבר הושבו לו כספים מכוח פסק-הדין. יתר על כן, באותו מקרה הועלתה טענת חוסר הסמכות על-ידי

אלה אינם נכונים במועד שלפני פרוץ הסכסוך, שאז הצדדים מעוניינים לבחור בבית-המשפט שיהיה

הנוח להם ביותר במקרה שיתגלע ביניהם סכסוך בעתיד. ראו קלמנט וקפליוק, לעיל ה"ש 114.

118 כך, למשל, ס' 9 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין) מאפשר לשלול, בהסכמת הצדדים,

את סמכותו המקבילה של בית-המשפט לענייני משפחה.

119 קלמנט וקפליוק, לעיל ה"ש 114, בעמ' 189.

120 שם, בעמ' 197.

121 רע"א 4198/10 **איבגי נ' גבאי** (פורסם בנוב, 25.12.2012).

מי שהגיש מלכתחילה את התביעה לבית-הדין הרבני כבורר. לאחר שבית-המשפט העליון התייחס להבדלים אלה בין העניין שלפניו לבין עניין אמיר, הוא קבע כי הדין החל הוא חוק הבוררות,¹²² וכי מכוח ס' 27 לחוק זה, פסק בוררות שניתן בחוסר סמכות הינו פסק שניתן לביטול, ולא פסק בטל מעיקרו, וכי המועד להגשת טענת הביטול מוגבל.¹²³ אף שבית-המשפט העליון הדגיש כי פסק-דינו אינו משנה או גורע מפסק-הדין בעניין אמיר, קשה ליישב את תוצאתו עם הקביעה המפורשת בעניין אמיר שלפיה אי-אפשר להסמיך את בית-הדין הרבני להכריע במחלוקת בין בעלי-דין במסגרת בוררות בעניין שאינו מצוי בסמכותו העניינית על-פי החוק.¹²⁴

ניתוח של עניין איבגי לאור האמור במאמר זה היה דורש את יישומו של הכלל הראוי לבחינת טענה מאוחרת בדבר חוסר סמכות במקרה שבו הפנייה לבית-המשפט שאינו מוסמך נבעה מהסכמה מוקדמת של הצדדים. עלותו של הכלל הצר, החוסס טענת חוסר סמכות במקרה זה, היא גדולה מעלותו במקרה הרגיל שבו הפנייה לבית-המשפט שאינו מוסמך נבעה מטעות של התובע. זאת, משום שהחשש שצדדים יתנו בעתיד על סמכותו של בית-המשפט, ויסכלו בכך את מטרותיהם של דיני הסמכות, הוא גדול.

לפיכך, על-אף מאפייניו המיוחדים של עניין איבגי – אשר העידו, לגישתו של בית-המשפט העליון, על חוסר תום-ליבו של מי שביקש לבטל את פסק-הדין – היה ראוי להחיל בו את הכלל הרחב (ולמעשה את הכלל הרחב-מאוד, שהרי טענת חוסר הסמכות הועלתה על-ידי התובע שהגיש את התביעה הראשונה לבית-הדין הרבני) ולקבוע את בטלותו של פסק-הדין שניתן. בצד זה היה ראוי לפסוק נגד התובע הוצאות לטובת אוצר המדינה בגין העלויות והנזקים שגרמה התנהלותו.

פסק-הדין של בית-המשפט העליון מדגים את מגבלותיה של דוקטרינת תום-הלב במתן פתרון לסוגיית חוסר הסמכות, והוא עלול להוביל בעתיד לתוצאה בעייתית שבה צדדים יסכימו להסמיך את בית-הדין הרבני כבורר, וידונו לפניו ככזה, בניגוד למסר המפורש בפסק-דין אמיר.¹²⁵ יישום נכון של דוקטרינת הבטלות היחסית,¹²⁶ בהתחשב בתוצאה בעייתית זו, היה מוביל לקבלתה של טענת חוסר הסמכות על-אף השלכותיה הקשות על הצדדים.

122 חוק הבוררות, התשכ"ח-1968.

123 עניין איבגי, לעיל ה"ש 121, פס' 23 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

124 עניין אמיר, לעיל ה"ש 8, פס' 16 ו-27 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

125 תוצאה זו עלולה להתממש למרות ביקורתו הקשה של בית-המשפט העליון על בית-הדין הרבני שהתעלם מפסק-הדין בעניין אמיר, ולמרות הזהרתו המפורשת של בית-המשפט העליון כי המקרה של איבגי הוא מקרה-קיצון, וכי מקרים אחרים שבהם לא יתקיימו אותם מאפיינים ייחודיים עשויים להסתיים בתוצאה שונה. עניין איבגי, לעיל ה"ש 121, פס' 27 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

126 כאמור, לפי גישתו של בית-המשפט העליון בפסק-הדין, מהוראותיו של חוק הבוררות עולה כי פסק בוררות שניתן בחוסר סמכות הוא פסק שניתן לביטול, ולא פסק בטל מעיקרו. לפיכך הפעיל בית-המשפט בעניין זה את מבחני הבטלות היחסית לאור הוראות ס' 24 ו-26 לחוק הבוררות, והגיע למסקנה כי פסק הבורר שניתן על-ידי בית-הדין הרבני תקף, אף שהוא ניתן בחוסר סמכות. ראו עניין איבגי, לעיל ה"ש 121, פס' 20–21 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

סיכום

טעויות הינן חלק בלתי-נפרד מכל הליך שיפוטי. טעויות יכולות להתייחס לדין המהותי, שממנו נגזרת תוצאת ההליך, אולם גם לשאלות פרוצדורליות הנוגעות באופן שבו יתנהל ההליך, אשר שאלת הסמכות היא אחת מהן. הקטנת העלויות הנובעות מטעויות בסמכות בית-המשפט מחייבת הקטנה של הסיכוי לטעות מראש והקטנה של העלויות הנגרמות בדיעבד במקרים שבהם התרחשו טעויות. מאחר שקיים פער בין מטרותיו של המחוקק לבין מטרותיהם של הצדדים להליך, התנהגותם של הצדדים אינה מיטבית בהכרח מנקודת-מבטו של המחוקק. בפרט, הצדדים לא יפעלו כדי להקטין באופן מיטבי את הסיכוי לטעות בסמכותו של בית-המשפט.

מאמר זה הציג מסגרת תיאורטית שאפשרה לבחון מהו הכלל שעל-פיו יש לנהוג כאשר טעות בסמכותו של בית-המשפט מתגלה בדיעבד. המאמר השווה בין שני כללים – כלל צר, שעל-פיו ניתן להעלות טענת חוסר סמכות רק בתחילת ההליך, וכלל רחב, שעל-פיו ניתן להעלות טענת חוסר סמכות גם בשלבים מאוחרים של ההליך. יתרונו של הכלל הרחב נעוץ בכך שהוא מקטין את הסיכוי לטעות – מראש ובדיעבד. חסרונו טמון בכך שהוא דורש התדיינות חוזרת, על העלויות הכרוכות בכך. המסגרת התיאורטית שהוצגה הובילה למסקנה כי יש לבחור בכלל הרחב כאשר לכלל הסמכות שהופר יש חשיבות חברתית גדולה, וכאשר בית-המשפט סבור כי היה אפשר למנוע את הטעות מראש. ככלל, המשמעות היא שיש לאפשר תקיפה מאוחרת של סמכות בית-המשפט כאשר המבחן לקביעת הסמכות הוא מבחן העילה, ולא מבחן הסעד.

כפי שהוסבר, הדוקטרינה המתאימה לבחינת שיקולים אלה היא דוקטרינת הבטלות היחסית. לעומת זאת, המסגרת הדוקטרינרית שבה השתמש בית-המשפט העליון – חובת תום-הלב – אינה מתאימה לסוגיה זו, משום שהיא מתייחסת להתנהגותם של הצדדים, ולא לשיקולים החברתיים הרחבים שראוי לשקלם. מן הראוי, אם כן, שבתיה-המשפט יעשו שימוש בדוקטרינת הבטלות היחסית, ולא בדוקטרינת תום-הלב, בכואם לדון בטענת חוסר סמכות עניינית העולה בשלבים מאוחרים של ההליך.

המסגרת התיאורטית שהוצגה אפשרה גם לקבוע מהו כלל פסיקת ההוצאות הראוי כאשר מתקבלת טענת חוסר סמכות. כאשר הטענה מתקבלת בשלב מוקדם של ההליך, יש לפסוק הוצאות נגד התובעת ולטובת הנתבע. כאשר הטענה מתקבלת בשלב מאוחר של ההליך, בהתאם לכלל הרחב (ובמסגרת דוקטרינת הבטלות היחסית), יש לפסוק הוצאות נגד הנתבע ולטובת אוצר המדינה, ולא לטובת התובעת. כפי שהוסבר, כללים אלה של פסיקת הוצאות יביאו לידי הקטנת הסיכוי לטעות מראש בסמכות בית-המשפט. לבסוף, אותה מסגרת תיאורטית מסבירה גם מדוע התניה מראש על סמכותו של בית-המשפט מוצדקת רק כאשר מדובר בכללי סמכות מקומית, ומדוע אין לאפשר לצדדים להתנות על כללי הסמכות העניינית. כללי הסמכות העניינית הם כללים שבהם הפער בין השיקולים הפרטיים של הצדדים להליך לבין השיקולים החברתיים העומדים ביסודם של כללי הסמכות עלול להיות משמעותי, ולכן אין לאפשר לצדדים להתנות עליהם מראש.

לעומתם, כללי הסמכות המקומית מיועדים לשרת בעיקר את עניינם של הצדדים, ולכן מוצדק להתיר להם להתנות על כללים אלה.

הפער בהליך האזרחי בין השיקולים הפרטיים של הצדדים להליך לבין השיקולים החברתיים העומדים ביסודם של כללי הפרוצדורה צריך לעמוד לנגד עיניהם של המחוקק ושל בית-המשפט בבואם לקבוע את כללי הפרוצדורה ואת גבולותיהם. מאמר זה הציג את יישומה של גישה זו ביחס לכללי הסמכות.

נספח: ניתוח פורמלי של השוואה בין הכלל הרחב והכלל הצר

נניח ששווי התביעה הוא V , וסיכויי התובע לזכות בתביעה בבית-המשפט חסר הסמכות שבו הוגשה התביעה הם p_1 , וסיכויי לזכות בתביעה בבית-המשפט המוסמך הם p_2 . עלויות התביעה עבור הנתבע הן c_d , ועבור התובעת – c_p . ההנחה המפשטת היא שעלויות התביעה בהליך השני (אם ינוהל בעקבות ביטול תוצאתו של ההליך הראשון בשל חוסר סמכות) זהות לעלויותיה בהליך הראשון.

1. התנהגותם של התובעת והנתבע תחת הכלל הרחב

נתבע שהפסיד יבקש לבטל את פסק-הדין אם מצא שניתן בחוסר סמכות כאשר יתקיים:

$$(1-p_2)V > c_d \quad (1)$$

תנאי זה יתקיים כאשר סיכויי ההצלחה של הנתבע בבית-המשפט המוסמך $(1-p_2)$ אינם נמוכים מאוד. הוא יתקיים, בפרט, אם סיכויי ההצלחה בשני בתי-המשפט – המוסמך וחסר הסמכות – הם זהים (כלומר, כאשר $p_1=p_2$), שאם לא כן היה הנתבע בוחר מראש לא לנהל את ההליך, ופשוט לשלם לתובע את הסכום שתבע. במקרים אלה השקעתו של הנתבע בבירור שאלת הסמכות לאחר מתן פסק-הדין תהיה חיובית. לעומת זאת, במודל זה הנתבע לא ישקיע בבירור שאלת הסמכות לפני שהתביעה הוכרעה, שכן אם יעלה את טענת חוסר הסמכות בשלב המוקדם, הוא יאבד את האופציה לבטל את ההליך לאחר שיוכרע. התוצאה, אם כן, היא שנתבע שהפסיד ישקיע בבירור שאלת הסמכות בדיעבד (אך לא מראש). בכל מקרה שבו ימצא כי יש סיכוי שטענה זו תתקבל, הוא יעלה אותה.

בהינתן התנהגותו הצפויה של הנתבע, התובעת יודעת שאם תגיש את התביעה בבית-משפט שאינו מוסמך, היא עליה לזכות בהליך פעמיים – פעם בבית-המשפט שאינו מוסמך ופעם שנייה בבית-המשפט המוסמך. הסיכוי לכך שווה ל- $p_1 p_2$. לעומת זאת, אם תגיש את תביעתה מלכתחילה בבית-משפט מוסמך, תצטרך התובעת לזכות בו רק פעם

אחת, והסיכוי לכך גבוה יותר – p_2 . לפיכך תועלתה הצפויה של התובעת אם תגיש את התביעה בבית-המשפט המוסמך היא:

$$p_2V - c_p \quad (2)$$

תועלתה הצפויה של התובעת אם תגיש את התביעה בבית-המשפט שאינו מוסמך היא:

$$p_1(p_2V - c_p) - c_p \quad (3)$$

ההפרש בין השניים, השווה להפסדה של התובעת מכך שבית-המשפט הראשון אינו מוסמך, הוא:

$$(1 - p_1)(p_2V - c_p) + c_p \quad (4)$$

2. התנהגותם של התובעת והנתבע תחת הכלל הצר

כאשר טענת חוסר סמכות עולה בתחילת ההליך, תחת הכלל הצר, הנתבע חוסך לעצמו את החבות הצפויה בבית-המשפט שבו הוגשה התביעה – $p_1V + c_d$. כאשר הטענה עולה תחת הכלל הרחב, לאחר שהנתבע הפסיד בתביעה, הנתבע חוסך לעצמו את שווי התביעה – V ¹²⁷ מן העובדה שהנתבע בוחר מראש לנהל את ההליך, ולא לשלם לתובע את הסכום שתבע, נובע כי:

$$p_1V + c_d < V \quad (5)$$

לכן תמריציו של הנתבע לבחון את שאלת הסמכות ולהעלות טענת חוסר סמכות לאחר הכרעה בתביעה, תחת הכלל הרחב, גדולים מתמריציו לבחון זאת בתחילת התביעה, תחת הכלל הצר. כתוצאה מכך הסיכוי שהנתבע יעלה טענת חוסר סמכות הוא גדול יותר תחת הכלל הרחב מאשר תחת הכלל הצר.

ההפסד לתובעת כתוצאה מטענת חוסר סמכות שמתקבלת בתחילת ההליך שווה לעלויות של הגשת התביעה. מאחר שעלויות אלה שוות לכל-היותר לעלויות המשפט c_p , הפסד זה יהיה נמוך מההפסד תחת הכלל הרחב, המתואר בתנאי (4). מכאן שתוחלת ההפסד לתובעת מהגשת התביעה בבית-משפט שאינו מוסמך נמוכה יותר תחת הכלל הצר מאשר תחת הכלל הרחב. לפיכך תמריציה לבחון את שאלת הסמכות נמוכים יותר תחת הכלל הצר.

הדיון לעיל מוליך למסקנה הבאה:

127 בשני המקרים, לאחר קבלתה של טענת חוסר הסמכות, הנתבע צפוי לחבות בבית-המשפט הנעבר בגובה $p_2V + c_d$.

מסקנה 1: הסיכוי שהתביעה תוגש בבית-משפט שאינו מוסמך גבוה יותר תחת הכלל הצר מאשר תחת הכלל הרחב.

3. השוואה בין הרווחה החברתית תחת שני הכללים

כדי לבחון את סך התועלת והעלות מכל כולל, נניח שהסיכוי שהתובעת תגיש את התביעה בבית-משפט שאינו מוסמך תחת הכלל הרחב הוא q^- , ואילו תחת הכלל הצר סיכוי זה הוא q^+ . לנוכח מסקנה 1, $q^+ > q^-$. נניח גם שסך העלויות של הצדדים ושל המערכת המשפטית מדיון בהליך הן C , ושהערך החברתי ממילוי כלל הסמכות הוא W .¹²⁸ לבסוף, נניח שעלויות הבחינה והבירור של שאלת הסמכות שוות ל- k תחת הכלל הרחב ול- 0 תחת הכלל הצר.¹²⁹ ניתן לבטא את עלויותיו של כלל באמצעות הסימונים הללו.¹³⁰

עלויותיו של הכלל הרחב הן:

$$q^-(p_1C + (1-p_1)W) + k \quad (6)$$

בניסוח מילולי, עלויותיו של הכלל הרחב שוות לסיכוי שהתובעת תגיש את התביעה בבית-משפט חסר סמכות, מוכפל בסכום של שני אירועים משלימים: אירוע אחד, שהסיכוי לו הוא p_1 , הוא שהתובעת תזכה בתביעה, הנתבע יעלה טענת חוסר סמכות, ויהיה צורך לנהל את ההליך מחדש. במקרה זה העלויות שייגרמו הן עלויות ניהול ההליך מחדש. האירוע האחר, בעל הסיכוי המשלים $1-p_1$, הוא שהתובעת תפסיד בתביעה וממילא הנתבע לא יעלה טענת חוסר סמכות. במקרה זה העלות היא הפסד הערך החברתי שמיוחס לכלל הסמכות. על כל אלה יש להוסיף את העלות של בירור שאלת הסמכות (k).

עלויותיו של הכלל הצר הן:

$$q^+W \quad (7)$$

128 יש לשים לב שהערך החברתי ממילוי כלל הסמכות, W , אינו שווה לערך הפרטי של התביעה בעבור הצדדים, V . לפיכך השקעתם של הצדדים בבירור שאלת הסמכות תחת הכלל הרחב עשויה להיות גבוהה מההשקעה המיטבית מבחינה חברתית או נמוכה ממנה. באופן תיאורטי, גם השקעתם תחת הכלל הצר עשויה להיות גבוהה מדי, אולם לנוכח התמריצים המועטים שכלל זה נותן לבירור שאלת הסמכות, סביר להניח שלא זה המצב.

129 k משקף למעשה את ההפרש בין העלויות הללו תחת שני הכללים.

130 למען הפשטות, ההנחה היא שבית-משפט אינו טועה כאשר הוא דן בשאלת הסמכות בדיעבד.

בניסוח מילולי, עלויותיו של הכלל הצר שוות לסיכוי שהתובעת תגיש את התביעה בבית־משפט חסר סמכות (סיכוי שהוא גבוה יותר מהסיכוי המקביל תחת הכלל הרחב), מוכפל באובדן הערך החברתי שמיוחס לכלל הסמכות. כדי לבדוק מתי הכלל הרחב עדיף על הכלל הצר, נבדוק מתי ביטוי (7) גדול מביטוי (6). אם נעשה כן, נגיע למסקנה הבאה:

מסקנה 2: הכלל הרחב עדיף על הכלל הצר אם

$$W(q^+ - q^-(1-p_1)) > q^- p_1 C + k \quad (8)$$

בצד שמאל של תנאי (8) מופיעים יתרונותיו של הכלל הרחב. יתרונות אלה נוגעים בכך שתחת כלל זה הסיכוי שמטרתיו של כלל הסמכות יושגו הוא גדול יותר. זאת, הן משום שהסיכוי שהתובעת תטעה מראש הוא קטן יותר והן משום שהסיכוי שטעות כזו תתוקן בדיעבד הוא גדול יותר. בצד ימין מופיעות עלויותיו של הכלל הרחב – עלות בירורה של שאלת הסמכות ועלות ניהול ההליך מחדש במקרה של טעות.