

עד מתי יימשך המטרד בסמכותה העניינית של עוולת המטרד?

מאת

יצחק כהן*

מבוא. א. לאיזו ערכאה מסורה הסמכות העניינית? 1. האם הפסיקה סוטה ממבחן הסעד? 2. מה נשתנתה עוולת המטרד מעילות שעניינן שימוש במקרקעין? ב. כשעוולת המטרד מזדמנת לכתב תביעה אחד עם סעד שאינו "תוך שמירה על גוף הנכס". 1. עניין מרסל: הלכת מילוא והלכת שמש – מי בראש? 2. עניין ג'מיל: חיזוק נוסף להלכת מילוא על פני הלכת שמש; 3. דברי אור והלכת ג'מיל אל מול דברי זוסמן: דברי מי שומעים? ג. הפרעה הנגרמת מ"עצם המבנה": האם חריג לחריג עוולת המטרד? 1. הלכת מלונות דן: חריג נוסף בכללי הסמכות העניינית; 2. ביקורת מחומשת על הלכת מלונות דן; 3. הלכת אלגריה צועדת בדרכה המתעתעת של הלכת מלונות דן; 4. הלכות מלונות דן ואלגריה גוררות טעויות בערכאות נמוכות; ד. הלכת כיכר הרצל: חריג לחריג עוולת המטרד וחזרה למבחן הסעד. ה. הלכת המטרד אל מול הפיתוח ההלכתי בנוגע לתביעות מרובות סעדים. ו. סיכום ומורה נבוכים בסמכותה העניינית של עוולת המטרד. ז. דיון ביקורתי תוך קריאה לבית-המשפט העליון ולמחוקק.

מבוא

בשנים האחרונות ניתנו בבית-המשפט העליון כמה הלכות שעניינן סמכותה העניינית של עוולת המטרד הפרטי (להלן – עוולת המטרד)¹. עיון מעמיק בהן מלמד כי הן

* חבר סגל בפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו, ומורה מן החוץ בפקולטה למשפטים, באוניברסיטת בר-אילן ובאוניברסיטה העברית. תודתי נתונה לד"ר דודי שוורץ, לד"ר גבריאל הלוי ולעו"ד אהרון שפרבר על עידודם והערותיהם. טרם סגירת הגיליון זכתה רשימה זו להכרה בע"א (חי) 3405/06 צרפתי נ' אלכו, פורסם בנבו (23.10.07).

סותרות אחת את רעותה, כי הרציונל המשפטי שבבסיסן אינו ברור, וכי בסוגיית המטרד הן מותרות אותנו כסומא באפלה. בלב ים הסמכות העניינית, שאף בו עצמו לא זורמים מים זכים ונהירים², שטה לה הספינה של עוולת המטרד ומחילה על עצמה דין שונה מהדין החל על שאר סביבתה. אי-הבהירות וחוסר האחידות בפסיקת בית-המשפט העליון בסוגיה זו הביאו, מטבע הדברים, לפסיקות סותרות בערכאות הנמוכות. ככל שדיעתי מגעת, טרם נעשתה סקירה ביקורתית לבחינת סמכותה העניינית של עוולת המטרד תוך בחינה של קשרי הגומלין בינה לבין שאר הוראות הסמכות העניינית בפסיקה ובחקיקה. מטרתה הראשונה אפוא של רשימה זו היא לנסות ולחלץ תבנית מסוימת, שתשמש מורה נבוכים לכל המבקש למצוא ידיו ורגליו בסוגיה זו בהתאם למצב המשפטי של היום. הצורך ליתן תמונה ברורה בעניין זה מתחזק על רקע הערכים שביסוד הפרוצדורה האזרחית, כפי שמשקפים דבריו הבאים של גולדשטיין:

“There is no doubt that one of the cardinal values of a procedural system is to insure a certain, sure and predictable process in which the parties can rely. That is, the rules should be clear so that a party knows what is expected of him, and they should be certain and predictable so that if person acts in accordance with them he need not fear that his case will be lost on procedural grounds”³.

מסקירתי להלן עולה כי יש בהלכות שניתנו על אודות סמכותה העניינית של עוולת המטרד כדי להפר את הערכים בדבר ודאות, בהירות וצפיות, שהם מערכי היסוד בפרוצדורה האזרחית. ובל נשכח כי עסקינן בשלב מקדמי ביותר של ההליך המשפטי: זהות הערכאה שאליה תוגש התביעה. שיטת משפט אינה רשאית להסכין לכך ששלב ראשוני וקמאי זה לוט יהיה בערפל ויהיה תלוי דיון ותלוי המותב היושב לדין⁴. ראוי היה

- 1 רשימה זו לא תעסוק בעוולת המטרד לרבים, המוסדרת בסעיף 42 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. להרחבה בעניין סמכותה העניינית של עוולה זו ראו ע"א 49/58 היועמ"ש נ' גורנשטיין, פ"ד יג(1) 198, 200 (1959); י' זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית, שלמה לוי עורך, 1995), 54; א' גורן סוגיות בסדר דין אזרחי (מהדורה תשיעית, 2007), 19; ד' שוורץ סדר דין אזרחי – חידושים תהליכים ומגמות (תשס"ז), 169.
- 2 ראו מאמרי "הלכת פיצול הסעדים בין בתי-משפט שונים והלכת העיקר והטפל – בין המצוי על תקלותיו לרצוי על תקותיו" הפרקליט נ(1) (תשס"ט) 231.
- 3 S. Goldstein "The Influences of Constitutional Principles on Civil Procedure in Israel" 17 *Isr. L. Rev.* (1982) 467, 481.
- 4 ראו רע"א 6920/94 לוי נ' פולג, פ"ד מט(2) 731, 734 (1995).

כי בשאלת הסמכות העניינית תשרור ודאות משפטית ידועה מראש⁵, כדי שבעלי הדין "יכנסו מוקדם ככל האפשר לעובי הקורה של טענותיהם, לגופו של העניין"⁶, ולא יכלו זמנם ומרצם בהקשה על הדלת. ההלכות בעניין עוולת המטרד חורגות, כל אחת בדרכה, מהכללים שנוצרו עם השנים ומההוראות המקובלות בבסיס הסמכות העניינית. אנסה להתחקות אחר בסיס העיוני של חריגות אלו, ובסופה של הרשימה אציע פתרון פסיקתי העשוי לתרום לסדר ולהרמוניה בשאלה דיונית-פרוצדורלית זו. הצעה זו היא מטרתו השנייה של מאמר זה.

בטרם אנתח את ההלכות המובילות בעניין אדגיש ואומר כי רשימה זו עוסקת במצב המשפטי הקיים – זה שלמרבה הצער לא השתנה באופן פורמלי זה כיוכל שנים. ודוק: "באופן פורמלי" לא השתנה, אולם בשנים האחרונות חלה הפחתה בחשיבותם של דיני הסמכות בכלל ובזו של הסמכות העניינית בפרט⁷. כך למשל בדו"ח ועדת אור המליצה הוועדה להעביר מבית-המשפט המחוזי לבית-משפט השלום תובענות מקרקעין שכבר הוגשו, ולהותיר בבית-המשפט המחוזי כערכאה ראשונה עניינים מסוימים בלבד⁸. עוד המליצה הוועדה לבטל את תקרת הסמכות לעניין סכום התביעה וכן את המגבלות הקיימות על סמכותו של בית-משפט השלום לדון בסכסוכים במקרקעין. זאת, מתוך כוונה להפוך את בית-משפט השלום לערכאה הדיונית המרכזית. מגמה זו של הפחתה בחשיבותם של דיני הסמכות באה לידי ביטוי גם קודם לכן בפסק-דין בולט בתחום הסמכות העניינית, הלא הוא עניין דור אנרגיה⁹. בעניין זה קרא בית-המשפט העליון לבחון מחדש את ההלכה הוותיקה¹⁰, שלפיה ניתן להעלות טענה בדבר חוסר סמכות

- 5 ראו ע' אזר "שימוש במקרקעין תוך שמירה על גוף הנכס – מחוזי או שלום?" המשפט ג (תשנ"ו) 121, 119.
- 6 רע"א 3319/00 שור נ' בן יקר גת חברה להנדסה ובניין בע"מ, פ"ד נה(2) 817, 1820 (2001).
- 7 ראו סקירתם הרחבה של סטיבן גולדשטיין וערן טאוסיג במאמרם "הפחתה במעמד שאלת הסמכות בבתי-המשפט הכלליים" עלי משפט ג (תשס"ג) 279.
- 8 ראו דו"ח הוועדה לבדיקת מבנה בתי-משפט הרגילים בישראל (אב תשנ"ז, אוגוסט 1997) (להלן – ועדת אור), 53. הוועדה המליצה להותיר בבית-המשפט המחוזי רק את ענייני פשיטת הרגל ופירוק חברות, שותפויות ואכיפת שעבודים, וכן תובענות ייצוגיות ותובענות בענייני ניירות ערך, קניין רוחני ותאגידים. כן ראו בש"א (חי) 4209/03 קעדאן נ' אחמד לחאם, פורסם בנבו (24.3.03).
- 9 ע"א 1049 /94 דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' חמדן, פ"ד נ(5) 820 (1997).
- 10 ראו תיאור הלכה זו ונימוקה אצל ש' לוי תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד (תשנ"ט), 82.

עניינית בכל שלב בדיון ואף בערכאת הערעור¹¹. על אלו אוסיף את הצעת חוק בתי- המשפט¹², ההולכת בדרכה של קריאתו זו של בית-המשפט העליון, ומציעה להגביל את האפשרות להעלות טענה בדבר חוסר סמכות עניינית לתחילת הדיון בלבד¹³. אילו תתקבל הצעת חוק זו, ואילו תיושמנה המלצות הדו"ח של ועדת אור ובית-משפט השלום יוסמך לדון בכל נושאי המקרקעין – כי אז תלך ותפחת חשיבות המחקר שברשימה זו. למרבה הצער לא נראה כי זה הכיוון שבו צועדת שיטת המשפט הישראלית; אדרבה: לא נעשה דבר לתקן את המצב המשפטי הלקוי שיתואר להלן, ולא זו בלבד אלא שמזה כיוכל שנים מצב זה רק מוסיף ומתקבע.

א. לאיזו ערכאה מסורה הסמכות העניינית?

הבקי בכללי הסמכות העניינית יתהה על קנקנה של כותרת זו, שכלל ידוע הוא כי סמכות עניינית נקבעת על-פי מבחן הסעד ולא על-פי מבחן העילה¹⁴. מבחן הסעד קובע באופן טכני – ועל כן ודאי – כי הסמכות נקבעת על-פי טיב הסעדים שנתבקשו בכתב התביעה, תהא עילת התביעה אשר תהא¹⁵. מה נשתנתה אפוא סמכותה העניינית של

- 11 וראו לעניין זה במאמרי (לעיל, הערה 2), פסקה ד, שם טענתי כי ישנה בפסק-הדין טעות גסה שמשום מה נעלמה מעיניהם של המצטטים הרבים של הלכה זו. על אף טעות זו, אמרת האגב שנאמרה בפסק-הדין מחלחלת ומחלחלת והוזכרה אף בדו"ח האמור.
- 12 סעיף 34 להצעת חוק בתי-המשפט (תיקון מס' 28) (מבנה מערכת בתי-המשפט ותיקונים שונים), תש"ס-2000.
- 13 ראו גם ע"א 99 / 1662 חיים נ' חיים, פ"ד נו"ד (6) 295, 310 (2002).
- 14 ראו ע"א 27/77 טובי נ' רפאלי, פ"ד לא(3) 561 (1977), וכפי שחזר ונשנה בע"א 510/82 חסן נ' פלדמן, פ"ד לז(3) 1, 12 (1983), וכן לוין (לעיל, הערה 10), עמ' 90. כן ראו דברי השופט גרוניס בע"א 03 / 2846 אלדרמן נ' ארליך, פ"ד נט(3) 529, 534 (2004): "מדוע הוחלט להעדיף את מבחן הסעד על פני מבחן מהות הסכסוך (או העילה)? מבחן הסעד הינו מבחן פשוט יחסית. על-פיו נדרשים אנו לבחון את כתב-הטענות שהגיש התובע (או המבקש) עם פתיחתו של ההליך. הא ותו לא. על-פי הסעד הנקוב שם נדע אם ההליך הוגש לבית-המשפט המוסמך, או שמא הייתה חובה להגישו לבית-משפט אחר [...]".
- 15 זאת בשונה מנושאים ייחודיים כמו דיני המשפחה, שם קבע המחוקק כי הסמכות תיקבע על-פי אופי הנושא, מהות העניין או טיב הסכסוך (כולם שמות נרדפים לאותו עניין) ולא על-פי מבחן הסעד. ראו סעיף 3 לחוק בית-המשפט למשפחה, תשנ"ה-1995, הקובע כי "ענייני משפחה" יידונו בבית-המשפט לענייני משפחה. בסעיף 1 הוגדר הדיבור "ענייני משפחה" ובין השאר נכללות בו תובענות בענייני המעמד האישי כמשמעותן בדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922; תובענות לפי חוקים שונים, כגון חוק הירושה, תשכ"ה-1965, חוק יחסי ממון בין בני זוג ועוד. ראו רע"א 99 / 6558 חבס נ' חבס, פ"ד נד(4) 337 (2000). כך גם בדיני העבודה, שם נקבעת הסמכות על-פי אופי הנושא והקשר הכללי; ראו

עוולת המטרד הפרטי מכל העוולות? ייבחנו סעדיה של תביעה המבוססת על עוולה זו ויוחלט על-פיהם לאן תוגש התביעה, הלא כן? אלא שנשתנתה גם נשתנתה: שבכל העוולות נחיל את מבחן הסעד, ברם בעוולת המטרד החליט בית-המשפט העליון כי יחולו כללים שונים. והלכה שניתנה כך ניתנה:

1. האם הפסיקה סוטה ממבחן הסעד?

בעניין מילוא¹⁶ החזיקו הצדדים להליך בדירות הנמצאות בבתי סמוכים זה לזה. התובעים טענו כי הרעש הבוקע מדירת הנתבעים, המשמשת אכסניה לסופרים ואמנים בשם "מועדון מילוא", מפריע במידה ניכרת לשימוש בדירתם. הם הגישו תביעתם בבית-משפט השלום כדי שהלה יצווה על הסופרים והאמנים להימנע מלהשתמש בדירתם (המועדון) בצורה הפוגעת במנוחתם של התובעים. הצדדים היו חלוקים בדעותיהם בשאלת הערכאה המוסמכת לדון בתביעה זו. בית-משפט השלום קבע כי הסמכות מסורה לו; בדחותו את הערעור שהוגש על כך אישר בית-המשפט המחוזי את החלטתו של בית-משפט השלום. בערעורם השני לבית-המשפט העליון ביקשו הסופרים והאמנים להבחין בין שני מצבים: במצב שבו הנתבע מפריע לשימושו של התובע בנכס התובע תהא הסמכות לבית-משפט השלום, ואילו במצב שבו ההפרעה לתובע נעשית מנכסו של הנתבע תהא הסמכות לדון בתביעה לבית-המשפט המחוזי – אם שווי התובענה, כבצו מסוג זה, אינו ניתן להערכה כספית. בית-המשפט העליון מפי השופט ויתקון דחה טענה זו:

"כל אותם המקרים שבהם טוען התובע שהנתבע משתמש בשלו (של הנתבע) בצורה המפריעה לו (לתובע) את השימוש הרגיל וההנאה הסבירה בשלו אף זוהי תובענה בדבר 'השימוש במקרקעים' [...] מה לי אם אדם נכנס לתחום שכנו ומפריע לו להשתמש בחלק המשותף לשניהם, מה לי אם הוא יושב בשלו וריחות רעים או גלי רעש עולים משלו לרשות שכנו. כל המקרים גם יחד, תוצאה אחת להם – השימוש הסביר של התובע בשלו הופרע. אין כל ספק, כי הנוסח של ס' 3(1)(ג)

סעיף 24 לחוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט-1969, המסדיר את סמכותו העניינית של בית הדין האזורי לעבודה.

16 ע"א 34/56 מילוא, מועדון לסופרים ואמנים נ' סיני, פ"ד יג(1) 1538 (1956) (להלן – הלכת מילוא).

המתוקן [בו הוסף המונח "שימוש במקרקעין" – י' כ'] כולל בחובו את כל הפגיעות האלה¹⁷.

אם כן, תביעה שעניינה עוולת המטרד ליחיד הינה תביעה בדבר "שימוש במקרקעין" ולכן היא מסורה לבית-משפט השלום. בדרך זו צעד בית-המשפט העליון גם בפרשת רייס¹⁸.

אכן, עיון בנוסח לשונה של עוולת המטרד הפרטי בפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן – פקודת הנזיקין) מראה כי לשונה מכוונת מפורשות לעניין ה"שימוש במקרקעין". זה ניסוחה:

"44. (א) מיטרד ליחיד הוא כשאדם מתנהג בעצמו או מנהל את עסקו או משתמש במקרקעין התפושם בידו באופן שיש בו הפרעה של ממש לשימוש סביר במקרקעין של אדם אחר או להנאה סבירה מהם בהתחשב עם מקומם וטיבם; אך לא יפרע אדם פיצויים בעד מיטרד ליחיד אלא אם סבל ממנו נזק.

(ב) הוראות סעיף זה לא יחולו על הפרעה לאור-שמש".

עולה זו, המבקשת להגן על שימושו הסביר במקרקעין של אדם בנכסו, משתלבת היטב בהוראת סעיף 51(א)(3) לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 (להלן – חוק בתי-המשפט), המסדירה את סמכותו העניינית של בית-משפט השלום. וכך קובעת ההוראה:

"51. (א) בית-משפט שלום ידון באלה:

[...]

(3) תביעות בדבר חזקה או שימוש במקרקעין או בדבר חלוקתם או חלוקת השימוש בהם, לרבות תביעות הכרוכות בהן שענינן חזקה או שימוש במיטלטלין, יהיה שוויו של נושא התביעה אשר יהיה; אך בית-משפט שלום לא ידון בתביעות בדבר חכירה לדורות ובתביעות אחרות הנוגעות למקרקעין".

17 הלכת מילוא, שם, עמ' 1540 (ההדגשות כאן ובהמשך שלי – י' כ'). הערתו זו התייחסה בזמנו לסעיף 3(1)(ג) לפקודת שיפוט בית-משפט השלום, 1947, שהתגלגל לאחר מכן להיות סעיף 28(3) לחוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957, ואשר כיום הוא סעיף 51 לחוק בתי-המשפט, תשמ"ד-1984.

18 ע"א 302/63 רייס נ' קופף, פ"ד יח(3) 309 (1964).

המסקנה המתבקשת לכאורה מזהות עניינית זו, כפי שנקבע גם בהלכת מילוא, היא כי תביעה שעניינה מטרד ליחיד נופלת ברשתו של סעיף 51(א)(3) לחוק בתי-המשפט ועל כן נתונה לסמכותו של בית-משפט השלום. אלא שמסקנתו זו של בית-המשפט העליון ודרך נימוקו חוטאות לשורשי המבחן המקובל בקביעת הסמכות העניינית: מבחן הסעד. טיב הסעד הוא שאמור לקבוע את זהותה של הערכאה המוסמכת לדון בעניין – לא עילת כתב התביעה ואף לא מעשיו של הנתבע. המונחים הזוהים בשתי הוראות החוק הנ"ל יוצרים טעות אופטית של דמיון בין האי להאי – ולא היא: עוולת המטרד כשלעצמה אכן מגינה על אינטרס השימוש במקרקעין, ברם אין זה הכרחי כי סעדיה יעסקו בשימוש במקרקעין! כך למשל ייתכן כי שימושו של אדם במקרקעין יופרע, אולם הוא יעתור לסעד כספי שאין עוררין על כך כי הוא אינו בדבר "שימוש במקרקעין". כל עניינה של הוראת סעיף 44 לפקודת הנזיקין הוא העילה עצמה. לעומת זאת הוראת סעיף 51(א)(3) אין עניינה כי אם בסעד שנתבקש ולא בעילת כתב התביעה – וידוע הוא כי העילה, מחד גיסא, וסעדיה, מאידך גיסא, אינם מובילים בהכרח לאותה סמכות עניינית¹⁹.

דומה כי השופט ויתקון נשבה בשבי דמיון זה ובהשראתו קבע הלכה חריגה בתחום הסמכות העניינית, שלפיה בכתב תביעה שעילתו עוולת המטרד ליחיד, הנוגעת מעצם טיבה לשימוש במקרקעין, כלל אין לבחון את הסעדים המתבקשים ויש למסור את התביעה – קטגורית – לסמכותו של בית-משפט השלום. זו, הלכה למעשה, הפרה של מבחן הסעד. ודוק: אמנם הסעד שנתבקש בעניין מילוא הוא סעד בדבר שימוש במקרקעין ועל כן מסור הוא לבית-משפט השלום, ומבחינה זו הן מעשיו של הנתבע (עילת התביעה) והן הסעד שנתבקש מובילים לאותה סמכות עניינית; אולם אם נעיין היטב בנימוקים לקביעת הסמכות בציטטה דלעיל נבחין כי השופט ויתקון סמך את החלטתו בדבר קביעת הסמכות רק על מעשיו של הנתבע – על העילה עצמה – וכלל לא על הסעדים שנתבקשו בעקבות כך. ציטטה זו, שהיא המפתח לקביעת סמכותה העניינית של התביעה, כלל אינה מציינת ואינה מאזכרת את הסעד שנתבקש. קביעה זו של השופט ויתקון (ואולי כך נקבע גם בעניין רייס), המטילה את מרכז הכובד לקביעת הסמכות בעוולת המטרד על מעשיו של הנתבע ולא על הסעד שנתבקש, אינה פשוטה כלל ועיקר. סטייה זו מהמבחן שנתקבל זה מכבר בפסיקה כמבחן הקובע לצורך קביעת הסמכות

19 ראו עניין טובי נ' רפאלי (לעיל, הערה 14), עמ' 567: "משבחר התובע להביא את תביעתו בפני בית-משפט השלום והסעד שאותו הוא מבקש הוא תביעה בעניין שימוש במקרקעין, אין נפקא מינה מה הוא הסכסוך האמיתי שבין בעלי-הדין וגם אם ברור וגלוי שהסכסוך האמיתי הוא בעניין בעלות במקרקעין, ענין שאינו בסמכותו של בית-משפט השלום, צריכה התביעה להתברר בפני בית-משפט השלום".

העניינית (מבחן הסעד)²⁰ מפרה את הוודאות והצפיות הראויות לשלב מקדמי זה של ההליך המשפטי. החלטה זו מביאה לכך שבתי-המשפט יידרשו בשלב ראשון – אם נתעוררה שאלת הסמכות²¹ – לבחון את כל הסעיפים בכתב התביעה במטרה לאתר את העילה הנטענת ומבצבצת מבין שורותיהם²²; בתי-המשפט לא יוכלו להסתפק בבחינת הפרק האחרון, פרק הסעדים. יתרה מכך: הם יצטרכו לבחון בדרך זו את כל כתבי התביעה המונחים בפניהם, שהרי הדרך למסקנה השוללת את מציאותה של עוולת המטרד בין עילות התביעה עוברת בבחינה של כתב התביעה על כל סעיפיו! מה הועילו אפוא חכמים בתקנתם, בקובעם את מבחן הסעד, אם בכל תביעה ותביעה יאלץ בית-המשפט לבחון את כתב התביעה על עילותיו?

2. מה נשתנתה עוולת המטרד מעילות שעניינן שימוש במקרקעין?

קושי נוסף בהלכתו של ויתקון הוא ההבחנה חסרת-הפשר שנוצרה בין עוולת המטרד הפרטי לעוולות דומות אחרות שאף הן עוסקות בהגנה על שימוש סביר של אדם במקרקעין. כך למשל גם העוולה של הסגת הגבול במקרקעין, המוסדרת בסעיף 29 לפקודת הנזיקין, מגנה על זכות השימוש הסביר של אדם בנכסו ועל זכות החזקה בו. זו לשונה:

20 מבחן הסעד חל כבר משנות החמישים והוא שעיצב למעשה את ההלכה בע"א 29/58 לוי נ' עקריש, פ"ד יב (1) 1457 (1958), וכן את ההלכה בע"א 145/58 קלקודה נגד "אגד" (א.ש.ד.) אגודה שיתופית לתחבורה בע"מ, פ"ד יג 260 (1959). ראו זוסמן (לעיל, הערה 1), עמ' 55, ה"ש 142.

21 ודוק: אמנם ניתן להעלות טענה בדבר היעדר סמכות בכל שלב של הדיון ואף בשלב הערעור, אולם לאחרונה הולכת ונחלשת הלכה זו; ראו הלכת דור אנרגיה (לעיל, הערה 9). כיום לא מעט פסקי-דין צועדים ברוח אמירת אגב זו ודוחים טענה בדבר היעדר סמכות עניינית אם הועלתה בערכאת הערעור (ראו ע"א 1662/99 חיים נ' חיים, פ"ד נו(6) 295, 309 (2002)) וכן אם הועלתה בשלב הערכאה הדיונית (ראו בש"א חיי) 9859/03 משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ נ' קקון, פורסם בנבו (6.4.05)). ראו דברי הנשיא (כתוארו אז) ברק: "עניין לנו בשאלה של סמכות, והיא חייבת להיקבע בטרם יחל בית-המשפט בדיונים לגופו של עניין"; הלכת חבס (לעיל, הערה 15), עמ' 345.

22 "מבצבצת" – שהרי אין חובה לפרט בכתב התביעה את העילות עצמן אלא רק את העובדות המהוות את עילת התובענה. ראו תקנה 9(5) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 (להלן – תקנות סדר הדין האזרחי), והשוו תקנות אלו לתקנה 74(ב), שלפיה מותר להביא בכתב טענות כל הוראת דין, אך אין בעל דין מנוע מהסתמך על הוראת דין שלא הביא. להרחבה ראו גורן (לעיל, הערה 1), עמ' 61, וכן ע"א 4866/00 מדינת ישראל נ' חתמי לוידיס, פ"ד נו(4) 434 (2002).

"הסגת גבול במקרקעין היא כניסה למקרקעין שלא כדין, או היזק או הפרעה בידי אדם למקרקעין שלא כדין; אך אין תובע יכול להיפרע פיצויים על הסגת גבול במקרקעין אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון".

למרות זאת לא "זכתה" עוולה זו כי יחול עליה מבחן העילה תחת מבחן הסעד! אמשיך ואשאל: ומה נשתנתה עוולת המטרד מעוולת ה"הפרעה לאור השמש" המוסדרת בסעיף 48 לפקודת הנזיקין? אף היא עניינה הפרעה לשימוש של אדם במקרקעין, וזו לשונה:

"אדם עושה עוולה אם הוא מונע, על ידי חסימה או בדרך אחרת, מבעל-מקרקעין או מן התופש אותם ליהנות מכמות סבירה של אור-שמש, בהתחשב עם מקומם וטיבם של המקרקעין, לאחר שהבעל או התופש או מי שקדמו להם בזכויות אלו נהנו ברציפות מאור זה – שלא לפי תנאי חוזה או הסכם – לפחות חמש-עשרה שנים שקדמו בתכוף לחסימה או למניעה".

ועוד אוסיף ואשאל: מה נשתנתה עוולת המטרד מהעילה הקניינית המוסדרת בסעיף 17 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן – חוק המקרקעין), שאף היא עניינה ההפרעה לשימוש במקרקעין:

"המחזיק במקרקעין זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות לכך שיימנע מכל מעשה שיש בו משום הפרעה לשימוש במקרקעין ושיסלק כל דבר שיש בו משום הפרעה כזאת"²³.

למרות הקרבה הרעיונית בין שלוש עילות אחרונות אלו לעוולת המטרד ועל אף עניינן המשותף – זכות השימוש הסביר של אדם בנכסו – עליהן לא הוחלה ההלכה שנקבעה בעניין מילוא. תביעות המבוססות על עילות אלו תנוהלנה בהתאם לכללי הסמכות המקובלים שעיקרם מבחן הסעד. על מה ולמה זכתה עוולת המטרד הפרטי ליחס שונה?²⁴

23 ראו דבריו של בית-המשפט המחוזי בבש"א (חי) 1119/05 חברת מצפור נוף האגם בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פורסם בנבו (1.11.06) (להלן – עניין מצפור): "עלינו לדון בשאלה אם חיבור או ניתוק של חשמל נכנס בגדר 'שימוש במקרקעין' שבס' 51(א)(3) לחוק בתי-המשפט. לטעמי התשובה לכך חיובית. ס' 17 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 קובע כלהלן [...] הוראה זו באה להגן על המחזיק מפני הפרעה לשימוש במקרקעין".

24 אינני כותב "יחס מועדף" משום שיתרון הפסיקה המחייבת תובע להגיש תביעתו בבית-משפט השלום אינו חד-משמעי. עוד יש לזכור כי בלא מעט הליכים משפטיים, אולי אף בכלם, מדובר ב"משחק סכום אפס", כלומר הקלה על בעל דין אחד היא החמרה ופגיעה

יתר על כן, מלאכת זיהוי העילה הטמונה בכתב תביעה אינה מלאכה פשוטה, באשר אותן עובדות עשויות להצמיח כמה עילות תביעה המוסדרות בהוראות חוק שונות. כך, עלול להיווצר מצב שבו בעלי הדין יתכתשו בשאלה הדיונית מהי עילת כתב התביעה²⁵. כמו כן, לא זו בלבד שאותן עובדות עשויות להצמיח עילות תביעה שונות, אלא שניתן לתבוע בגין כולן גם יחד. כך למשל אירע בעניין רוקר:

"אבחן תחילה את התשתית הנורמטיבית לתביעת סילוק המבנה. לרשות המשיבים עומדות שתי מערכות דינים לקבלת מבוקשם. מן הצד האחד, מעשה המערערים הוא בבחינת עוולה בנוזיקין, דהיינו הסגת גבול במקרקעין במובן סעיף 29 לפקודת הנוזיקין [...] מן הצד האחר, זכאי בעל מקרקעין או מי שזכאי להחזיק בהם לדרוש את מסירת המקרקעין ממי שמחזיק בהם שלא כדין וכן את סילוקו של כל דבר שיש בו משום הפרעה לשימוש במקרקעין, וזאת על-פי סעיפים 16 ו-17 לחוק המקרקעין [...] במקרה שלנו הסתמכו המשיבים, למעשה, על שתי המערכות, משום שלא הסתפקו בדרישה להריסת הבנייה על יסוד זכותם הקניינית ברכוש המשותף, אלא תבעו גם פיצויים על נזקם הנפשי"²⁶.

בזכויותיו של האחר. אבהיר: הגשת תביעה בעילת מטרד בבית-משפט השלום תשית על התובע אגרה פחותה מזו שהיה משלם אילו היה מגיש את אותה תביעה בבית-המשפט המחוזי; ראו תקנה 3 לתקנות בית-המשפט (אגרות), תשס"ז-2007. השוו בין סעיף 3 לסעיף 10 לתוספת לתקנות אלו: זוהי אפוא הקלה על התובע, אך בד בבד החמרה על הנתבע.

25 כך, למשל, ראו ת"א (מחוזי ב"ש) 50/95 חברת מלונות דן בע"מ נ' שותפות מלון ספורט אילת, פורסם בנבו (22.10.95), שבו נתגלעה מחלוקת בין הצדדים בדבר העילה הנטענת בכתב התביעה, כמשתקף בציטטה הבאה: "ב"כ המשיבות טען [...] שלבית-המשפט המחוזי סמכות עניינית שכן הסעד המבוקש אינו קיומה של עוולת מיטרד ליחיד, כפי שמנסות המשיבות לקרוא בתוך כתב התביעה את שאין בו, אלא עתירה למתן צו עשה נגד המבקשת להרוס כל בניה חריגה שבוצעה במלונה, וזאת בשל גרימת עוולת הפרת חובה חקוקה [...] ב"כ הנתבעת טען שתובענה זו נופלת בגדר סמכותו העניינית של בית-משפט השלום מן הנימוק הבא: מכתב התביעה ברור שהתובעות מתגוננות בטענה שיש כאן מטרד ליחיד".

26 רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 218 (1999) (ההדגשה שלי – י' כ.). וראו דעתו החולקת של השופט טירקל שם, בעמ' 236, אם כי בהחלט ייתכן כי מחלוקתו היא רק בסעד האופרטיבי לו זכאים התובעים, אך לא על עצם הרעיון. כן ראו דברי השופט זוסמן בע"א 257/57 ברנט נ' ברנט, פ"ד יב 565, 578 (1958).

אם כן, תביעות שעילתן הפרעה לשימוש במקרקעין עשויות להתבסס הן על עילה קניינית והן על עילה נזיקית. על-פי איזו מהן יקבעו בתי-המשפט את סמכותה העניינית של התביעה, וכיצד ינחש זאת התובע מראש, בעת הגשת התביעה? אין ספק כי המעבר למבחן העילה בעוולת המטרד מכביד על השלב המקדמי בכל התביעות הנוגעות להפרעה בשימוש במקרקעין, אף אם יתברר לבסוף כי אין הן מבוססות על עילת המטרד. למרבה ההפתעה, למרות חריגתה מהוראות הסמכות העניינית, ולמרות הקשיים שהיא מעוררת, שרדה הלכת מילוא במשך רבות בשנים ועד ימינו אלה²⁷ – ולא רק שרדה, אלא אף גברה על הלכות מושרשות אחרות, כפי שיפורט בפרק הבא.

ב. כשעולת המטרד מזדמנת לכתב תביעה אחד עם סעד שאינו "תוך שמירה על גוף הנכס"

לשם הבנת הדיון בפרק זה יש להזכיר הלכה ותיקה משנות השישים היא הלכת שמש²⁸. על הלכה זו רבו העוררין ורבו גם הקריאות לבטלה. מכיוון שהרחבתי על אודותיה ברשימה אחרת אביאה רק כדי הצריך לעניינה של רשימה זו²⁹. הלכת שמש קבעה חריג למבחן הסעד, ולפיו אף אם תוגש תובענה שסעדיה נוגעים לשימוש במקרקעין (המסורה ברגיל לבית-משפט השלום) והשימוש אינו תוך שמירה על גוף הנכס – תימסר התביעה לבית-משפט מחוזי³⁰. למעשה, הן הלכת מילוא והן הלכת שמש חורגות מתלם ההוראות בדבר הסמכות העניינית. הלכת מילוא קובעת כי תביעה בעוולת המטרד תוגש לבית-משפט השלום, ללא כל התחשבות בסעד הנעתר. הלכת שמש קובעת כי תביעה בדבר שימוש במקרקעין תוך פגיעה בגוף הנכס תימסר לבית-משפט המחוזי ללא התחשבות בעובדה שהסעד בעיקרו מסור לבית-משפט השלום. עיון מדוקדק בהלכות אלו מלמד על הבחנה עקרונית ביניהן: הלכת מילוא זנחה לחלוטין את מבחן הסעד ועברה למבחן העילה. לעומתה, הלכת שמש אוחזת במבחן הסעד כמבחן

27 ראו המ' 703/61 סולל בונה בע"מ נ' בוטבול, פ"ד טו 2322, 2324 (1961), וכן ע"א 107/70 המועצה המקומית באר-יעקב נ' פרמן, פ"ד כד(2) 593, 595 (1970).

28 ע"א 37/59 שמש נ' מפעל המים כפר סבא, אגודה חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד יג 834 (1959) (להלן – הלכת שמש).

29 ראו מאמרי "שימוש במקרקעין" – יישומו המוטעה של מבחן הסעד והשלכותיו" מחקרי משפט כד(2) (תשס"ט) 533.

30 ראו גם ע"א 524/63 גולדמן נ' אלגרבל, פ"ד יח(3), 74 (1964) (להלן – עניין גולדמן), וכן ע"א 294/65 ככר הרצל בע"מ נ' גולדברג, פ"ד יט(4), 107 (1965) (להלן – עניין כיכר הרצל).

הקובע לעניין הסמכות: היא אכן מתמקדת בחלקו האחרון והברור יותר של כתב התביעה ואינה דורשת מבתי-המשפט לעבור לפרק העילה, אלא שהיא מפרשת כי הדיבור "שימוש במקרקעין" משמעו רק שימוש תוך שמירה על גוף הנכס³¹. שאלה מעניינת היא מה יקרה כאשר שתי הלכות חריגות אלו תודמנה לכתב תביעה אחד ותתנגשנה זו בזו: לאיזו ערכאה מסורה סמכותה העניינית של תביעה שעילתה עוולת המטרד, אך הסעד שנתבקש בגינה הוא שימוש שאינו תוך שמירה על גוף הנכס? האם תימסר התביעה לבית-משפט השלום בהתאם לעילה (הלכת מילוא) או שמא לבית-המשפט המחוזי בהתאם לסעד (הלכת שמש)? מעשים שבכל יום הם, שנתבע בונה בחלקתו שלו או בחלקתו של התובע³² מרפסת או כל מבנה קבע אחר, והתובע ששימושו הסביר במקרקעין נפגע מבקש להסירו. הלכת מילוא תאמר כי יש להגיש התביעה בבית-משפט השלום בהתאם לעילה, בעוד הלכת שמש תאמר כי יש להגיש את התביעה בבית-המשפט המחוזי בהתאם לסעד. הבה נראה כיצד נהג בית-המשפט העליון כשהתגלגלו לפתחו מקרים מעין אלו.

1. עניין מרסל: הלכת מילוא והלכת שמש – מי בראש?

בעניין מרסל³³ מסרה חברה קבלנית לידי אחד הרוכשים דירה בבניין רב-קומות, שאותה תיארה בחוזה עמו כדירת הקומה העליונה. כבר בעת מסירת הדירה היה בנוי על גביה שלד לבנייה נוספת. לאחר המסירה הושלם השלד ונבנתה "יחידת חדר". התובע הגיש תביעתו לבית-המשפט המחוזי ובה עתר להריסת "היחידה הנוספת", ולחלופין לפיצויים. התובע ביסס את תביעתו על שתי עלילות: האחת חוזית-קניינית, על בסיס

31 ניתוח זה הוא הניתוח המקובל להלכת שמש (לעיל, הערה 28) ורשימה זו תחזיק בקו ניתוח זה. במאמרי (לעיל, הערה 29), טענתי כי אליבא דאמת הלכת שמש לא רק יצרה חריג לסמכותו של בית-משפט השלום אלא סטתה הלכה למעשה ממבחן הסעד ועברה בלי משים למבחן של תוצאת הסעד. בדרכה המוטעית צעדו הלכות גולדמן וכיכר הרצל ועברו למבחן העילה. בע"א (חי) 3405/06 צרפתי נ' אלכו, פורסם בנבו (23.10.07) קיבל השופט עמית דרך ניתוח זו ולאורה הציע לבטל את הלכת שמש בעזרת הלכות בית-המשפט העליון החוזרות ומבססות את מבחן הסעד, כדוגמת עניין טובי נ' רפאלי (לעיל, הערה 14) ועוד. ראוי לציין כי השופט סוקול, חברו למותב, סבר כי אין זה ראוי שבית-המשפט המחוזי יכריז על ביטול הלכה של בית-המשפט העליון, בין היתר לאור הזהירות שבית-המשפט העליון עצמו נוקט בשינוי הלכותיו.

32 בהתעלם מטענתו של השופט אור כי הלכת שמש (לעיל, הערה 28), העוסקת בשימוש תוך אי-שמירה על גוף הנכס, רלוונטית רק כשהפרעה נעשית בחלקתו של התובע; ראו אור (לעיל, הערה 5), עמ' 120, הערה 6.

33 ע"א 674 / 79 מרסל נ' פסג' העצמאות ברמת גן בע"מ, פ"ד לה (3) 789 (1981) (להלן – עניין מרסל).

ההסכם שנחתם עמו, והאחרת עוולת המטרד בשל הפגיעה בפרטיותו. עתירתו נדחתה ומכאן הערעור. בית-המשפט העליון דחה את הערעור. ראשית קבע כי לתובע אין זכות קניינית כמתברר ממערכת ההסכמים בינו לחברה הקבלנית; שנית, בהתייחסו לעוולת המטרד אישר בית-המשפט העליון את החלטת בית-המשפט המחוזי, שלפיה העילה אכן בסמכותו של בית-משפט השלום כתביעה בדבר שימוש במקרקעין:

"ועוד טען פרקליט המערער, שבבניית הדירה הנוספת יש משום מטרד למערער, הפוגע בנוחותו בדירה שעל הגג אשר רכש. על טענה זו העירה השופטת המלומדת, שטענת מטרד היא בסמכותו של בית משפט השלום כתביעה הנוגעת לשימוש במקרקעין – וגם בזה הצדק עמה"³⁴.

אם כן, אף שהסעד המבוקש הוא צו הריסה, המסור ברגיל לבית-המשפט המחוזי, כשעילת התביעה היא מטרד תימסר התביעה לבית-משפט השלום. לשון אחרת: הלכת מילוא גוברת על הלכת שמש!

2. עניין ג'מיל: חיזוק נוסף להלכת מילוא על פני הלכת שמש

בעניין ג'מיל³⁵ צעד בית-המשפט העליון בדרך שהתוותה הלכת מרסל. הצדדים להליך היו בעלים במשותף של נכס מקרקעין וכל אחד מהם הפעיל בו חנות. הנתבע, בלא לקבל את הסכמתם של יתר בעלי המקרקעין וללא היתר בנייה כדין, החל לבנות פרגולה בשטח שמול חנותו ובצמוד לחנות התובע. התובע הגיש תובענה לבית-המשפט המחוזי ובה טען כי הפרגולה מסתירה את חנותו וכי הדבר עולה כדי עוולת מטרד ליחיד. בתביעתו עתר לחייב את הנתבע להרוס את הפרגולה ולסלקה. בית-המשפט המחוזי הורה על העברת התביעה לבית-משפט השלום מן הטעם שהסמכות העניינית לדון בתביעה מסורה בידינו. על החלטתו זו הוגשה בקשת רשות ערעור בפני בית-המשפט העליון³⁶. בדחותו את הבקשה קבע העליון:

34 הלכת מרסל, שם, עמ' 793.
 35 רע"א 4991/03 ג'מיל נ' לוי, פ"ד נז(5) 556 (2003) (להלן – הלכת ג'מיל).
 36 ההוראה המסדירה את ההעברה לבית המשפט המוסמך היא סעיף 79(ב) לחוק בתי-המשפט. החלטת ההעברה הינה "החלטה אחרת" ולכן הערעור עליה הוא ברשות לפי סעיף 41(ב) לחוק בתי-המשפט. יש העברה הנחשבת כפסק-דין והיא נדונה בע"א 328/67 שרפסקי נ' שרפסקי, פ"ד כב(1) 277, 279 (1968). בעניין זה נקבע כי העברת תביעה ממערכת בתי-המשפט הרגילים (שלום או מחוזי) למערכת בתי הדין (בית-דין דתי, בית-דין לעבודה ועוד) מסיימת את הדיון במערכת בתי-המשפט הרגילים ולכן החלטה זו היא פסק-דין והערעור עליה הוא בזכות, לפי סעיף 41(א) לחוק בתי-המשפט. להרחבה על מהות ההבחנה בין שתי ההחלטות ראו Goldstein (לעיל, הערה 3), עמ' 486; זוסמן (לעיל, הערה

"בענייננו מבוססת תובענת המבקש על עוולת המטרד ליחיד, והוא מבקש שמטרד זה יוסר. זוהי תביעה בדבר השימוש במקרקעין, ועל-כן היא בסמכות בית משפט השלום, לפיכך אין חשיבות לעובדה שהסעד המבוקש הוא צו הריסה (ראו הסעד שנתבקש בעניין מרסל)"³⁷.

שוב נקבע מפורשות כי הלכת מילוא גוברת על הלכת שמש. למעשה, לפחות בשלב זה של רשימתי ניתן להכליל כלל ולומר שכל תביעה בעניין מטרד, יהיו סעדיה אשר יהיו, תהא מסורה לסמכותו של בית-משפט השלום. ראוי לציין כי יש הרואים בהלכת ג'מיל הלכה מבורכת – לא רק משום שהיא מיישבת התנגשות בין שתי הלכות סותרות (מילוא ושמש), אלא גם משום שהיא מבטלת את תוצאותיה השליליות של הלכת שמש, שאינן תואמות את סמכויותו הרחבות זה מכבר של בית-משפט השלום, כפי שעוצבו עם השנים³⁸. דומני כי זו אינה הבטה נכוחה על הדברים, שכן הלכת ג'מיל – הנסמכת על הלכת מרסל, הנסמכת כשלעצמה על הלכת מילוא – קבעה מה שקבעה רק כשעסקינן בעוולת המטרד ליחיד. הווה אומר כי הלכת שמש עדיין חיה ובוועטת, ולמרבה הצער אף מזיקה ומציפה את בתי-המשפט המחוזיים בתביעות קלות-ערך בכל כתבי התביעה שאינם מתבססים על עוולת המטרד. נוסף על כך, לדעתי לא זו הדרך לבטל את הלכת שמש; לכל היותר יש כאן תיקון עוול אחד בגרימת עוול אחר. את הלכת שמש יש לתקן באופן ישיר על-ידי ביטולה המפורש, ואין לעשות זאת באמצעות יצירה של חריגים נוספים.

3. דברי אזור והלכת ג'מיל אל מול דברי זוסמן: דברי מי שומעים?

לאור הניתוח עד הלום דומה כי דבריו הבאים של השופט אזור במאמרו אינם מדויקים כל צרכם:

"יש להוסיף הסתייגות כי ההלכה [הלכת שמש – י' כ'] נוגעת לאותה חלקה המוחזקת או שייכת לתובע שכן כאשר הסעד מתבקש לגבי חלקה סמוכה או אחרת, הסמכות אינה קשורה למקרקעין אלא נובעת מעילת מטרד ליחיד, המוגדר בס' 44 לפקודת הנזיקין בתור הפרעה של ממש

1), עמ' 763. כן ראו י' לשם "הערעור אימתי בזכות ואימתי ברשות?" הפרקליט לג (תש"ם) 232, 244.

37 הלכת ג'מיל (לעיל, הערה 35), עמ' 559.

38 ראו עניין מצפור (לעיל, הערה 23), עמ' 3; שוורץ (לעיל, הערה 1), עמ' 170, הערה 31.

לשימוש סביר במקרקעין של אדם או עילה קרובה [...] ראה י' זוסמן, סדרי הדין האזרחי³⁹.

בעניין ג'מיל צעד בית-המשפט העליון בדרכו זו של אור בקובעו:

" בענייננו מבוססת תובענת המבקש על עוולת המטרד ליחיד, והוא מבקש שמטרד זה יוסר. זוהי תביעה בדבר השימוש במקרקעין, ועל-כן היא בסמכות בית-משפט השלום, לפיכך אין חשיבות לעובדה שהסעד המבוקש הוא צו הריסה [...] הילכת שמש [1] מתייחסת רק למקרה שבו הפגיעה היא בנכס שבחלקת התובע, ולא כאשר הסעד המתבקש מתייחס לחלקה אחרת. במקרה זה האחרון הסמכות אינה קשורה למקרקעין אלא נובעת מעילת המטרד ליחיד (ע' אור "שימוש במקרקעין תוך שמירה על גוף הנכס – בית-משפט מחוזי או שלום?" [10], בעמ' 120)⁴⁰.

סבורני כי אין זה מדויק לומר שתביעה בעוולת מטרד ליחיד "אינה קשורה למקרקעין", בעוד לשונה המפורשת של העוולה מורה אחרת. לא זו אף זו: פסקה זו מהלכת ג'מיל כוללת סתירה פנימית בין שני חלקיה: הכיזד ניתן לומר כי תביעה בעילת המטרד היא תביעה בדבר שימוש במקרקעין, מחד גיסא, וכי תביעת המטרד אינה קשורה למקרקעין, מאידך גיסא? ברשימה אחרת טענתי שקשה להצדיק הבחנה זו בין חלקת התובע לחלקת הנתבע⁴¹, אולם היאך ניתן לומר כי עוולת מטרד ליחיד אינה קשורה למקרקעין? לכל היותר ניתן לומר שעוולת המטרד ליחיד גוברת על הלכת שמש. אכן, אם נדייק בדברי זוסמן, שאליהם הפנה השופט אור, נראה שאין בהם את מה שראה בהם השופט אור, ואף לא ניתן למצוא בהם את מה שאומרת הלכת ג'מיל. אלו דברי זוסמן בספרו:

"אף בתביעה למניעת הבניה על חלקת אדמה הגובלת ברכוש התובע, מוסמך בימ"ש לרון, הואיל והיא תביעה הנוגעת לשימוש במקרקעין. אין זאת אלא תביעה בעילת מטרד יחיד המוגדר בסעיף 44 לפקודת הנזיקין בתור "הפרעה של ממש לשימוש סביר במקרקעין של אדם"⁴².

39 אור (לעיל, הערה 5) (ההדגשה שלי – י' כ').

40 הלכת ג'מיל (לעיל, הערה 35), עמ' 559 (ההדגשה שלי – י' כ').

41 ראו מאמרי (לעיל, הערה 29), מה גם שכל המעיין בנסיבותיה של פרשת ג'מיל יגלה שאין

מדובר בשתי חלקות שונות אלא בחלקה אחת שאותה חלקו התובע והנתבע.

42 זוסמן (לעיל, הערה 1), עמ' 53 (ההדגשה שלי – י' כ').

זוסמן אינו מבחין אפוא בין עוולת המטרד הפרטי לבין שימוש במקרקעין, אף אם מדובר בחלקתו של אחר הסמוכה לחלקת התובע. הדבר עולה בקנה אחד עם מה שאמרנו עד כה: עוולת המטרד והפרעה לשימוש במקרקעין חד הם, תהא החלקה חלקת התובע או חלקת הנתבע⁴³!

ג. הפרעה הנגרמת מ"עצם המבנה": האם חריג לחרוג עוולת המטרד?

1. הלכת מלוונות דן: חריג נוסף בכללי הסמכות העניינית

הקביעה בהלכות מרסל וג'מיל לא הביאה לרגיעה בשאלת הסמכות העניינית. בד בבד עם הלכות אלו – שיישבו באופן מסוים, גם אם לא מושלם, את הסתירה בין הוראות הסמכות העניינית – ניתנה הלכה נוספת בבית-המשפט העליון בעניין מלוונות דן⁴⁴. אינני יודע לומר אם מדובר ביישום לא נכון (או חלילה באי-ידיעה) של הלכות מילוא ומרסל או שמא בסטייה מכוונת מהן, משום שהלכה זו בחרה שלא להתמודד עמן. הלכת מלוונות דן ניתנה לפני כעשור, וכך קבעה:

"אכן עניינה של המבקשת היה בא בגדרו של סעיף 51(א)(3) אילו טענו המשיבות אך שהיא משתמשת בנכס שלה באופן הפוגע בשימושן: ע"א 34/56 פ"ד י 1538 [הלכת מילוא – י" כ']; אך במקרה דנן עצם מציאות המבנה של המבקשת הוא הפוגע בשימושן של המשיבות בנכסן ולא השימוש בנכסן ולכן אין מדובר בשימוש במקרקעין בלבד".

אם כן, בית-המשפט העליון התייחס לעוולת המטרד וקבע כי הואיל וכאן עסקינן בהפרעה לשימוש במקרקעין מ"עצם מציאות המבנה" ולא משימוש הנתבע, אין זה "שימוש במקרקעין" ויש להפנות את התביעה לבית-המשפט המחוזי.

2. ביקורת מחומשת על הלכת מלוונות דן

הלכה זו תמוהה עד מאוד ומותירה רושם של שרירותיות. ראשית היא סותרת – פשוטו כמשמעו – את הלכת מילוא, וההיגיון בבסיסה כלל אינו מוסבר. אם אחזור

43 ראו ע"א 190/69 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' אבישר, פ"ד כג(2) 314, 317 (1969) לפיו: "אין מטרד ליחיד ללא פגיעה במקרקעין", וכן בש"א 3202/04 (ת"א (מחוזי נצ')) (1238/04) חדאד נ' פלפל, פורסם בנבו (24.12.04).

44 רע"א 4669/96 חברת מלוונות דן בע"מ נ' שותפות מלון ספורט אילת, פורסם בנבו (25.7.96) (להלן – הלכת מלוונות דן).

לשאלתו הרטורית של ויתקון בהלכת מילוא, "מה לי אם אדם נכנס לתחום שכנו ומפריע לו להשתמש בחלק המשותף לשניהם, מה לי אם הוא יושב בשלו וריחות רעים או גלי רעש עולים משלו לרשות שכנו?" על כך אוסיף ואשאל, מה לי אם השימוש של אדם בנכסו הוא שמפריע לשכנו מה לי אם "עצם המבנה" שבנה בחלקתו מפריע לשכנו? שהרי – ונחזור לשופט ויתקון – "כל המקרים גם יחד, תוצאה אחת להם – השימוש הסביר של התובע בשלו הופרע"⁴⁵!

שנית, הלכת מלונות דן קובעת כי "עצם מציאות המבנה של המבקשת הוא הפוגע בשימושן של המשיבות בנכסן ולא השימוש בנכס. לכן אין המדובר בשימוש במקרקעין בלבד". מאז היווסדו של מבחן הסעד ברור היה כי הדיבור "תביעות בדבר שימוש במקרקעין" בסעיף 51(א)(3) לחוק בתי-המשפט מתייחס לתביעות שבהן הסעד היה "בדבר שימוש במקרקעין". כעת קבע בית-המשפט העליון כי ה"שימוש במקרקעין" צריך להיות גם של הנתבע. הוזה אומר דרישה כפולה: רק תביעה שבה הנתבע עושה שימוש במקרקעין ומפריע בכך לשימוש התובע במקרקעין היא תביעה בדבר "שימוש במקרקעין". אם הנתבע לא עושה שימוש במקרקעין אלא רק בנה בניין, והבניין הוא שמפריע לשימוש של התובע במקרקעין – אזי אין מדובר בתביעה "בדבר שימוש במקרקעין". דרישה כפולה זו לשימוש במקרקעין, הן מצד התובע והן מצד הנתבע, תמוהה מאוד ומעולם לא נדרשה בפסיקה.

שלישית, האין התניית סמכותו של בית-משפט השלום בשימוש כפול זה במקרקעין (הן מצד התובע והן מצד הנתבע) מצמצמת כמעט לחלוטין את סמכותו הנוגעת ל"שימוש במקרקעין"? צמצום זה צועד נגד המגמה הרווחת, שבאה לידי ביטוי נרחב בהמלצותיה של ועדת אור להמשיך ולהרחיב את סמכויותיו הענייניות של בית-משפט השלום ולהופכו לבית-המשפט המרכזי שבו יידונו רוב רובן של התביעות בערכאה ראשונה⁴⁶. יתרה מכך, קביעתו זו של בית-המשפט העליון חוזרת למעשה על הטעות של

45 ייתכן היה לבסס את הלכת מלונות דן ולומר כי מדובר בעוולת ההפרעה לאור השמש המוסדרת בסעיף 48 לפקודת הנזיקין ולא בהפרעה של עוולת המטרד הפרטי, אולם ראשית, הבחנה זו לא נאמרה בפסק-הדין, ושנית, מתוך אזכורה של הלכת מילוא (לעיל, הערה 16) משמע כי מדובר בעוולת המטרד הפרטי.

46 ראו דו"ח ועדת אור (לעיל, הערה 8). כך, למשל, בעמ' 53 המליצה הוועדה להשאיר מעט נושאים שיידונו בבית המשפט המחוזי ואילו מרבית הנושאים ידונו בבית-משפט השלום. הדבר יהפוך את בית-משפט שלום לערכאה הדיונית המרכזית ולשם כך יש לערוך התאמות כמו חלוקה למדורים ושינוי שמו של בית-משפט השלום לבית-משפט המרכזי (שם, עמ' 57). עוד המליצה הוועדה להעביר את כל ענייני המקרקעין לבית-משפט השלום (שם, עמ' 34-36). ראו גם ע"א 510/82 חסן נ' פלדמן, פ"ד (3) 1, 12 (1983); רע"א 2996/06 שלום נ' מע"צ – החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פורסם בנבו (18.10.06);

הלכת שמש, שבה נקבע כי נושאים מסוימים (שימוש תוך פגיעה בגוף הנכס) אינם מתאימים לסמכותו של בית-משפט השלום. עד היום לא אזר בית-המשפט העליון אומץ (או פנאי) לבטל הלכה זו על אף לא מעט מכשולים שהיא מציבה בפני כל הערכאות הדנות בה⁴⁷.

רביעית, הלכה זו אינה מתיישבת עם ההלכות שעליהן עמדנו בחלקה הראשון של רשימה זו. ממה נפשך: אם נאמר שהלכת מלונות דן צועדת בדרכה של הלכת מילוא, הרי שהתביעה אמורה להתנהל בבית-משפט השלום ולא בבית-המשפט המחוזי; אם נאמר שהלכת מלונות דן צועדת בדרך של מבחן הסעד – מבחן זה מעולם לא התעניין במעשיו של הנתבע אלא רק בסעד שהתובע מבקש בכתב תביעתו! הלכה זו כל כך תמוהה עד שיש בה כדי לשנות סדרי עולם בענייני סמכויות. את דבריי אמחיש באמצעות הדוגמות הבאות: מה יהא הדין למשל אם יתזו הנתבע זרמי מים לעבר ביתו של התובע או אם יטוס במטוס פרטי מדי יום ביומו מעל ביתו של התובע, והלה יבקש צו להפסיקו שכן הוא מפריע את שימושו במקרקעין – האין זו תביעה "בדבר שימוש במקרקעין"? או שמא מדובר כאן בהפרעה מ"עצם המים" או מ"עצם המטוס" ולכן התביעה אינה ראויה לבית-משפט השלום? ומה אם בכל ערב וערב יצפור הנתבע בקולי-קולות סמוך לביתו של התובע, והלה יבקש להפסיקו שכן הוא מפריע לשימושו במקרקעין – האין זו תביעה בדבר שימוש במקרקעין?

חמישית, חריג זה לחריג שבהלכת מילוא מחמיר את הערפל בתחום הסמכות העניינית נוכח גריעתו הנוספת מהוודאות הנדרשת בשאלה בדבר זהות הערכאה שאליה תוגש התביעה. מעתה לא די להם לבתי-המשפט לבחון את כתיב הטענות ולברר אם עסקינן בכל שאר העילות (שאו יחול מבחן הסעד) או שמא עסקינן בעילת המטרד הפרטי (שאו תוגש התביעה לבית-משפט השלום), אלא שגם אם יגיעו למסקנה כי מדובר בזו האחרונה עדיין מוטל עליהם לבחון ממה היא נגרמה. היה ויתברר כי נגרמה כתוצאה משימוש של הנתבע במקרקעיו כגון רעש, ריח או אבק – תימסר התביעה לסמכותו של בית-משפט השלום (הלכת מילוא); היה ויתברר כי נגרמה מ"עצם המבנה" – תימסר התביעה לסמכותו של בית-המשפט המחוזי (הלכת מלונות דן). ואזכיר כי בירור זה אמור להיעשות בשלב מקדמי של בחינת הסמכות העניינית של התביעה⁴⁸!

שוורץ (לעיל, הערה 1), עמ' 160; צמח הרשות השופטת בישראל (מהדורה שנייה, תשנ"ז), 43-44.

47 ראו, למשל, עניין קעדאן נ' אחמד לחאם (לעיל, הערה 8); ת"א(מחוזי י-ם) 3036/01 נציגות הבית המשותף נ' ריבלין, פורסם בנבו (25.2.04); ע"א 1134/05 (מחוזי נצ') ג'ינו נ' גליק, פורסם בנבו (18.12.05).

48 במאמרי (לעיל, הערה 29), העליתי ביקורת נוספת על הלכת מלונות דן, ומשהעליתייה שם לא ראיתי לנכון להרחיב על אודותיה כאן. תמציתה היא כי הדרישה הדוקנית של הלכת

3. הלכת אלגריה צועדת בדרכה המתעתעת של הלכת מלונות דן

על אף חריגותה שימשה הלכת מלונות דן תקדים להלכה נוספת בבית-המשפט העליון. בעניין אלגריה⁴⁹ הגישה אישה תביעה לבית-המשפט המחוזי למתן צו עשה שעניינו הריסת מבנה שנבנה ללא היתר על-ידי השכנים המתגוררים בבית הסמוך לביתה, וכן למתן צו מניעה שימנע מהשכנים את המשך העבודות ואת אכלוס המבנה. בית-המשפט המחוזי קבע כי התביעה נמצאת בסמכותו של בית-המשפט השלום שכן היא עוסקת בעוולת המטרד ליחיד ובהפרעה ל"שימוש במקרקעין". החלטתו זו אכן צועדת בדרכן של הלכות מילוא, מרסל וג'מיל, אולם בבקשתם לרשות ערעור טענו הנתבעים כי צו להריסת חלק מהמקרקעין נמצא בסמכותו של בית-המשפט המחוזי (הלכת שמש). בית-המשפט העליון קיבל את הערעור, ביטל את החלטתו של בית-המשפט המחוזי, וקבע:

"בימ"ש המחוזי קבע כי המבקשת עותרת לאפשר לה להשתמש במקרקעין כפי שעשתה בעבר תוך הסרת המטרד ליחיד שנגרם על-ידי תוספת הבנייה ללא היתר, כי תוצאות הסעד המבוקש של הריסת הבנייה הלא חוקית נוגעות במישרין לשימוש ולחזקה במקרקעין, וכי לפיכך מצויה התביעה במסגרת סעיף 51(א)(3) לחוק בתי המשפט המקנה סמכות לבית משפט השלום [...]"

ההלכה היא כי תביעה להריסת חלק במקרקעין הינה בסמכות בית המשפט המחוזי, משום שאין מדובר בשימוש במקרקעין תוך שמירה על גוף הנכס. ראו ע"א 524/63 גולדמן נ' אלגרבל. במילים אחרות, כאשר עצם מציאות המבנה הלא חוקי של המשיבים היא הפוגעת בשימושה של המבקשת בנכסה, ולא השימוש שעושים המשיבים במבנה, הסמכות היא בידי בית המשפט המחוזי. ראו רע"א 4669/96 חברת מלונות דן בע"מ נ' שותפות מלון ספורט אילת (ניתן בתאריך 25.7.1996)⁵⁰.

אם כן, אנו רואים שוב כי הסמכות מסורה לבית-המשפט המחוזי כאשר "עצם מציאות המבנה הלא חוקי היא הפוגעת בשימוש של המבקשת ולא השימוש שעושים

מלונות דן – "על מנת שעניין ייחשב כבא בגדר הדיבור 'שימוש במקרקעין' בלבד [...] דרוש גם שתוצאת הצו תשמור על גוף נכסו של הנתבע" – אין לה כל בסיס בהלכת שמש (לעיל, הערה 28), המתייחסת דווקא לנכסו של התובע ולא לנכסו של הנתבע.

49 רע"א 7166/02 אלגריה נ' אברמוב, פ"ד נו(1) 337 (2002) (להלן – הלכת אלגריה).

50 שם, עמ' 338.

המשיבים במבנה". כאמור, זוהי קביעה בעייתית ואין לה על מה שתסמוך – אלא על הלכת מלונות דן⁵¹.

אם אבקש לסנגר על הלכות מלונות דן ואלגריה, אומר כי אין הן קובעות מבחן חדש של "הפרעה מעצם המבנה"; כאשר הן אומרות "הפרעה מעצם המבנה" הן בעצם מתכוונות לומר כי "הסעד המתבקש הוא צו הריסה תוך אי שמירה על גוף הנכס" ולכן תימסר התביעה לבית-המשפט המחוזי. אם הצעתי זו נכונה אזי הלכות אלו מסתמכות למעשה על הלכות שמש וגולדמן. הבעיה בדברי סנגוריה אלו – מלבד העובדה שלא נאמרו בהלכות עצמן – היא שיש בהם כדי לסתור את הלכות מרסל וג'מיל, שלפיהן גם צו הריסה נמצא בסמכותו של בית-משפט השלום כאשר עסקינן בעוולת המטרד! ממה נפשך: אם הלכת מלונות דן והלכת אלגריה מתמקדות ב"הפרעה מעצם המבנה", הרי שזו הלכה הסוטה מהלכת המטרד (הלכת מילוא); אם הן מתכוונות לומר כי התביעה מסורה לבית-המשפט המחוזי בשל הסעד הסמוי בהן – סעד ההריסה – הרי הן סוטות מהלכות מרסל וג'מיל! הלכות מלונות דן ואלגריה מפרות אפוא קוהרנטיות מסוימת, הגם שאינה מושלמת, שנוצרה עם השנים באשר לסמכות בעוולת המטרד.

הדברים זקוקים לליבון נוסף: לאחרונה נשמעו טענות כי הלכת שמש והלכת גולדמן נזנחו עם השנים ובית-המשפט העליון לא חזר אליהן יותר⁵². הפסיקה מתייחסת להלכת אלגריה כהלכה היחידה זה שנים רבות שהנשימה הלכות אלו והשיבה אותן לתחייה⁵³. בכך הפכה הלכת אלגריה למכשול בדרכם של אלו המבקשים לסטות מתוצאותיהן השליליות של הלכות שמש וגולדמן. דומני כי קריאה מדוקדקת של הפסקה דלעיל מצביעה על כיוון אחר: אמנם בתחילה הלכת אלגריה אכן מנשימה את הלכת שמש, ברם כשהיא מסבירה את עצמה היא נסמכת על עניין אחר שאינו אומר את מה שאומרת הלכת שמש. למעשה אין קשר בין הלכת שמש לבין הלכת אלגריה למרות תוצאתן המשותפת,

51 ראו גורן (לעיל, הערה 1), עמ' 17, הערה 28, התופס בדרך שונה את הלכת אלגריה.

52 ראו, למשל, ת"א (שלום ק"ג) 418/97 מינהל מקרקעי ישראל נ' פנחס, פ"מ תשנ"ז(4) 103, 111 (1998): "פסיקתו של בית-המשפט העליון, אשר קבעה את ההלכה, כי "שימוש" יש לפרשו כ"שמירה על גוף הנכס", הינה משנות ה-60 ולא מצאתי כל פסק-דין של בית-המשפט העליון, החוזר על הלכה זו או תומך בה מתקופתנו אנו".

53 ראו עניין גינו (לעיל, הערה 47), סעיף 14 לפסק-הדין: "הגישה המסורתית, לפיה אין תביעה לסעדים של צו הריסה מצויה בגדר סמכותו של בית-משפט השלום אלא בגדר סמכותו של בית-המשפט המחוזי, זכתה לאחרונה לעדנה בפסק-דין יחיד בעניין רע"א 7166/02 פונטנה אלגריה נ' שמאי אברמוב". אגב, מאז נפסקו כמה הלכות נוספות בבית-המשפט העליון המוכיחות כי הלכת שמש (לעיל, הערה 28) חיה וקיימת; ראו ג'מיל (לעיל, הערה 35), פסק-דינו של השופט ריבלין, וראו לאחרונה רע"א 3189/06 וולפינגר נ' ראובני, פורסם בנבו (20.8.06), השופט רובינשטיין; רע"א 10889/07 קנאזע נ' הניירות הפרנסיסקניות של הלב הטהור של מריה, פורסם בנבו (4.5.08) פסקה 10 לפסק-הדין.

המייחסת את הסמכות לבית-המשפט המחוזי. הלכת שמש מקנה את הסמכות לבית-המשפט המחוזי בעקבות הפגיעה בגוף הנכס, ואילו הלכת אלגריה מקנה לו את הסמכות משום שאין שימוש במקרקעין של הנתבע. ודעת למבין: מהלכת אלגריה משתמע כי אם היה שימוש הנתבע מפריע לשימוש התובע תימסר התביעה לבית-משפט השלום אף אם יהיה זה שלא תוך שמירה על גוף הנכס. זאת, בניגוד להלכת שמש ולא בתמיכה לה.

4. הלכות מלוונות דן ואלגריה גוררות טעויות בערכאות נמוכות

הלכות תמוהות אלו של בית-המשפט העליון גררו מטבע הדברים בלבול גם בערכאות דלמטה. כך למשל בעניין וולף⁵⁴ הגישה חברת כהן תביעה לבית-משפט השלום כנגד חברת וולף, ובה עתרה להורות לנתבעת לסלק ידה משטח המקרקעין ולפנותו מכל אדם וחפץ לרבות הריסת הגדר. הנתבעת טענה כי די בסעד של הריסת הגדר כדי לשלול את סמכותו העניינית של בית-משפט השלום. התובעת טענה מצדה כי הריסת הגדר הינה חלק אינטגרלי מסעד הפינוי שעניינו שימוש וחזקה, ולכן התביעה נמצאת בסמכותו של בית-משפט השלום. בית-המשפט קיבל את טענת התובעת וכך כתב:

"הואיל ואותה השתלטות ופלישה היא זו הפוגעת בתובעת וביכולתה להשתמש במגרשה, לרבות באותם מקרקעין, כי אז אין לומר שבמקרה דנן מתן סעד לתובעת, הכולל אף הריסה של הגדר, אינו בגדר שימוש במקרקעין, מאחר והצו שיינתן פוגע בגוף נכסיה של הנתבעת.

בכך למעשה נבדלות נסיבות המקרה דנן מאלו שנידונו ברע"א 7166/02 אלגריה נ. אברמוב, שם העתירה ביקשה להביא להריסתו של מבנה לא חוקי שבנו המשיבים כאשר התובעת עמדה על עתירתה להריסתו של המבנה ומתן צו מניעה קבוע שימנע המשך ביצוע עבודות בניה במקרקעין הנוזכרים וביהמ"ש קובע כי: 'עצם מציאות המבנה הלא חוקי של המשיבים – ולא השימוש שעושים המשיבים במבנה – היא הפוגעת בשימושה של המבקשת בנכסה. הסמכות היא בידי בית המשפט המחוזי'⁵⁵.

54 ת"א 4254/00 משה כהן עבודות פיתוח וכבישים בע"מ נ' יוסף וולף ושות' בע"מ, פורסם בנבו (2.1.05).

55 ש.ם.

את ביקורתי על פסק-דין זה אחלק לשניים: ראשית, החלק הראשון של ציטטה זו סותר, פשוטו כמשמעו, את הלכת שמש. הלכת שמש נכונה גם – שלא לומר: דווקא – כשהסעד נוגע לשימוש במקרקעין, ועל אף זאת התביעה מסורה לבית-המשפט המחוזי בשל צו ההריסה⁵⁶! לעניינה של רשימה זו חזרתי וקראתי את ההבחנה שהציע בית-המשפט בין המקרה שבפניו לבין פרשת אלגריה, ובעיניי אין היא אלא הבחנה מלאכותית: בשני המקרים נבנה מבנה לא חוקי וללא היתר, ובשניהם הוא הפריע לשימוש של התובע במקרקעין. הלכת וולף היא למעשה ההלכה הידועה שלפיה תביעות בדבר שימוש במקרקעין מסורות לבית-משפט השלום, ודרכו של בית-המשפט – לו רק חפץ להותיר את התביעה בבית-משפט השלום – סלולה זה מכבר⁵⁷. אלא שבית-המשפט ראה צורך לחשוש להלכת אלגריה וצורך זה יצר הבחנה מלאכותית בינה לבין המקרה שבפניו, והנה גם הוא התפתה לדרישת השימוש הכפולה, שלא לומר מחויב לה במסגרת ההלכה הפסוקה⁵⁸:

”הואיל ובמקרה דנן טענת התובעת היא כי שימושה של הנתבעת במקרקעין הוא הפוגע בשימושה, כי אז הימצאותה של גדר אבנים במקרקעין, שמבוקש אף להורסה, היא כשלעצמה, לא די בה כדי להפיק סמכותו של ביהמ”ש זה לדון בתובענה”⁵⁹.

ודוק: הדרישה הכפולה לא הייתה חלק ממבחן הסעד ואף לא חלק מהוראתו של סעיף 51(א)(3) לחוק בתי-המשפט. כל עוד לא תבוטלנה הלכת מלונות דן והלכת אלגריה ימשיכו בתי-המשפט לדורשה כתנאי לסמכותו של בית-משפט השלום. כך למשל, בהשראת הלכת אלגריה נוצר מבחן חדש בעניין הייזלר:

”לא נעלם מעיני, כי ברקע הסכסוך מתעוררת שאלת זכויות השימוש והחזקה של הצדדים בשטח נשוא המחלוקת: זו טוענת ‘שלי’ וזו טוענת

56 ראוי לציין כי לאחר מכן הציע בית-המשפט דרך אחרת להתמודד עם הלכת שמש (לעיל, הערה 28), באומרו כי ניתן להפעיל את הלכת העיקר והטפל, שבה אדון להלן. זו אכן דרך ראויה, מה שאין כן דרכו הראשונה המצוטטת בגוף הטקסט.

57 ודוק: מקריאת פסק-הדין לא ניתן להבין אם מדובר בעוללת המטרד אם לאו. אם מדובר בעוללת המטרד אזי ניתן לבסס את הותרת התביעה בבית-משפט השלום על הלכות מילוא (לעיל, הערה 16), מרסל (לעיל, הערה 33) וג'מיל (לעיל, הערה 35). גם אם אין מדובר על עוללת המטרד הפרטי הרי שמדובר על שימוש במקרקעין, ולכן התביעה מסורה לבית-משפט השלום, למעט בעיית הסעד שאינו תוך שמירה על גוף הנכס, שעל כך התגבר בית-המשפט באמצעות הלכת העיקר והטפל הקבועה בהלכת קלקודה (לעיל, הערה 20).

58 סעיף 20 לחוק-יסוד: השפיטה.

59 הלכת וולף (לעיל, הערה 54) (ההדגשות שלי – י"כ).

'שלנו' [...] יחד עם זאת, דעתי היא, כי הסכסוך האמיתי בין הצדדים עניינו אי הנוחות והפגיעה בהנאה של המשיבה מהנכס שלה בשל אופי הבניה ולא עצם הבניה, כשלעצמה. תוכן התביעה עוסק, רובו ככולו בנושא הנגישות לדירת המשיבה באמצעות שבילי הגישה משני צידי הבנין [...] לאור האמור לעיל, אני קובעת, כי לבית-המשפט סמכות לדון ולהכריע בתובענה, וליתן את כל הסעדים המבוקשים בה"⁶⁰.

כיצד משתלב מבחן זה – "אופי הבניה ולא עצם הבניה" – בקטגוריות המוכרות לנו? ומה עניין לנו "בסכסוך האמיתי בין הצדדים" אחרי שהלכת טובי נ' רפאלי קבעה כי אין נפקא מינא מהו הסכסוך האמיתי וכל שעלינו לבחון הוא מבחן הסעד?

ד. הלכת כיכר הרצל: חריג לחריג עוולת המטרד וחזרה למבחן הסעד

בהלכת מילוא נקבע אפוא כי תביעה המבוססת על עוולת המטרד הפרטי תימסר לבית-משפט השלום, יהיו סעדיה אשר יהיו. הלכות מרסל וג'מיל "נטרלו" את הלכות שמש וגולדמן ומנעו את תחולתן על תביעות בעוולת המטרד. לפיכך הסמכות נתונה לבית-משפט השלום אף אם השימוש אינו תוך שמירה על גוף הנכס. ובכך, מתברר כי זו אינה חזות הכול בעוולת המטרד: כעבור כעשר שנים מהלכת מילוא הגיע לבית-המשפט העליון עניין כיכר הרצל, ובו נקבע כי אף אם יבחן בית-המשפט את כתב התביעה על עילותיו וימצא כי מדובר בעוולת המטרד ליחיד, הסמכות עדיין לא תהא בהכרח נתונה לבית-משפט השלום⁶¹! באותו מקרה טענו בעלי משרדים בבניין כי חברת כיכר הרצל ביצעה עבודות בנייה בקרבת הבניין, ואלה גרמו להתהוות סדקים ובקיעים בו. הם עתרו לבית-המשפט המחוזי שיצווה על החברה לבצע בבניין עבודות תיקון, ולחלופין לחייבה בתשלום של סכום כספי המסור לסמכותו של בית-המשפט המחוזי לפי גובהו. בהסתמך על הלכת מילוא טענה החברה כי התביעה היא בסמכותו של בית-משפט השלום, שכן תביעה מחמת מטרד הינה תביעה בדבר "שימוש במקרקעין". בית-המשפט המחוזי דחה טענה זו וקבע כי התביעה מסורה לסמכותו. בית-המשפט העליון אישר קביעה זו:

"תביעת הפיצויים היא בעליל בסמכותו של בימ"ש המחוזי [...] לא רק במידה שהיא מבוססת על עילת הרשלנות אלא גם כשהיא מבוססת על עילת מטרד פרטי. כשם שתביעת דמי שכירות, ותביעת נזקים מחמת

60 בש"א (שלום ת"א) 169525/05, ת"א 75900/05 הייזלר נ' מימון, פורסם בנבו (29.8.05), פסקאות 12-13 להחלטה (ההדגשה שלי – י' כ').

61 ע"א 294/65 כיכר הרצל בע"מ נ' גולדברג, פ"ד יט(4) 106, 107 (1965).

הסגת גבול במקרקעין אינן בגדר 'תביעות בדבר חזקה או שימוש במקרקעין' במובן סעיף 28(3), כן הדבר בנוגע לתביעת נזקים מחמת מטרד פרטי. אלו הן תביעות כספיות [...] 'מטרד' הוא בד"כ עוולה נמשכת ותביעות מחמת מטרד מוגשות על פי רוב כדי לשים קץ להמשכו של מטרד קיים. תביעות מסוג זה [...] באות לשים קץ למצב של 'התערבות בשימוש ובהנאה הסבירים בנכסי דלא נידי' ולכן הן 'מהוות תביעות בדבר שימוש במקרקעין'⁶².

אם כן, בעוד אני מנסה למסד תבנית מסוימת בעקבות החריגים שנקבעו בהלכות מילוא, מרסל, ג'מיל, מלונות דן ואלגריה, באה הלכת כיכר הרצל וקובעת חריג אחר. בעוד הלכת מילוא קבעה כי כתב תביעה שעילתו מטרד היא מסור לסמכות העניינית של בית-משפט השלום ללא התחשבות בסעדי התביעה, באה הלכת כיכר הרצל והתנתה זאת בכך שאין מדובר בסעד כספי. אילו יעתור התובע לסעד כספי, תיקבע הסמכות בהתאם לגובהו⁶³. למעשה, הלכת כיכר הרצל שבה ומחזירה אותנו לתלם מבחן הסעד. במבט שני נראה כי הלכת כיכר הרצל רק הוסיפה למורכבות וגרעה מהוודאות בשאלת הסמכות העניינית. ודעת למבין כי בהתאם להלכת מילוא רשאים היו בתי-המשפט להסתפק בבחינת העילה ולגזור על-פיה את הסמכות העניינית אם הסיקו כי מדובר בעולת המטרד; כעת אין הם יכולים להסתפק בכך ועליהם לסור לפרק הסעדים. אף אם יתברר להם כי העילה נשוא התביעה היא עילת המטרד, עדיין עליהם לבחון את טיבו של הסעד: היה ומדובר בסעד כספי תנותב התביעה לבית-משפט השלום או לבית-המשפט המחוזי לפי גובה הסכום, בהתאם לסעיף 51(א)(2) לחוק בתי-המשפט; היה ומדובר בסעד בעין תימסר התביעה לבית-משפט השלום.

ה. הלכת המטרד אל מול הפיתוח ההלכתי בנוגע לתביעות מרובות סעדים

זולת הקושי ביישובן של ההלכות האמורות בינן לבין עצמן, וביישובן עם כלל הוראות הסמכות העניינית, הרי שגם הפיתוח ההלכתי רב-השנים התמקד כל-כולו במבחן הסעד ולמעשה פסח על עולת המטרד. אבאר דבריי: הלכת העיקר והטפל שנקבעה בעניין קלקודה עוסקת בתביעות שבהן נתבקשו סעדים במקרקעין המסורים

62 שם, עמ' 110 (ההדגשות שלי – י' כ').

63 וראו למשל פסק-הדין בת"א 50/95 (לעיל, הערה 25) שהלך בדרך זו.

לסמכות עניינית שונה⁶⁴. לעומתה, הלכת פיצול הסעדים בין בתי-משפט שונים, שנקבעה בהלכת עקריש, עוסקת בתביעות שבהן נתבקשו סעדים המסורים לסמכות עניינית שונה ואין שניהם במקרקעין⁶⁵. מהו יחסה של הלכת המטרד להלכות אלו? האם תגבר עליהן כשם שגברה על הלכת שמש? אחדד שאלתי באמצעות דוגמות קונקרטיות: למשל למי תהא מסורה הסמכות כאשר בעקבות עוולת המטרד עתר התובע לשני סעדים: האחד צו הריסה, והשני סעד כספי הנתון לפי גובהו לבית-משפט השלום? הפעלת מבחן הסעד תביא לפיצול התביעה (הלכות שמש ועקריש). הפעלה של מבחן העילה תמסור את התביעה על שני סעדיה לבית-משפט השלום (הלכות מילוא ומרסל)⁶⁶. ולמי למשל תהא מסורה הסמכות אם יתבקש סעד הריסה מחמת שתי עילות – עילה קניינית ועילת המטרד⁶⁷? אם נאחז בראש של העילה הקניינית נצטרך להפעיל את מבחן הסעד ולמסור את התביעה לבית-המשפט המחוזי (הלכת שמש); מנגד, אם נאחז בראש עוולת המטרד תימסר התביעה לבית-משפט השלום על אף סעד ההריסה (הלכת מרסל)! ולמי תהא נתונה הסמכות העניינית כשיתבקש צו למניעה של השמעת מוסיקה, המבוסס על שתי עילות – עילת המטרד והעילה בדבר הפרה של זכויות יוצרים? הפעלת מבחן הסעד תמסור את התביעה לסמכותו השיורית של בית-המשפט המחוזי⁶⁸, ואילו הפעלת מבחן העילה, כמתחייב בעוולת המטרד, תמסור התביעה לבית-משפט השלום!

ו. סיכום ומורה נבוכים בסמכותה העניינית של עוולת המטרד

תביעות "בדבר שימוש במקרקעין" נמסרו לסמכותו העניינית של בית-משפט השלום. המבחן שנקבע בפסיקה לשם סיווגה של תביעה כתביעה בדבר שימוש במקרקעין הוא מבחן הסעד. הסעד הוא הקובע את הסמכות העניינית, תהא העילה אשר

- 64 הלכת קלקודה (לעיל, הערה 20). כן ראו לוי (לעיל, הערה 10), עמ' 91.
- 65 הלכת עקריש (לעיל, הערה 20). בדרך זו צעדה הפסיקה ברע"א 7589/98 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' שוורץ, פ"ד נג(1) 670 (1999). הלכת פיצול הסעדים בין בתי-משפט שונים בוטלה רק בענייני קניין רוחני; ראו סעיף 40(4) לחוק בתי-המשפט (תיקון מס' 36), תשס"ד-2003.
- 66 אם צידה זה של המשוואה נכון, הנה לנו דרך להתגבר על תוצאתה המסורבלת של הלכת עקריש (לעיל, הערה 20): אם פרקליט התובע מעוניין לנהלה בבית-המשפט השלום עליו לנסח את כתב התביעה כמתבסס על עוולת המטרד ואז אין צורך לפצל את התביעה.
- 67 כפי שאכן קרה בעניין מרסל (לעיל, הערה 33).
- 68 יש טעות רווחת כי סעד בענייני קניין רוחני מסור באופן אוטומטי לבית-המשפט המחוזי בהתאם לסעיף 40(4) לחוק בתי-המשפט, ולא היא. על אף לשונה המסורבלת של הוראת סעיף זה לא אלו דברי הסעיף; עיינו שם ובדברי ההסבר להצעת חוק בתי-המשפט (תיקון מס' 34) (כריכת סעדים בתביעות בענייני קניין רוחני), תשס"ג-2003, ה"ח הממשלה 30.

תהא. דומה כי אין עוררין על ההלימה של מבחן טכני ופשוט זה לאופייה הדיוני והפרוצדורלי של קביעת הסמכות העניינית. מבחן זה תורם לוודאות, ליעילות, לבהירות, ליכולת הצפייה של בעלי הדין את החלטות הערכאות ולאורן את האפשרות לכלכל מראש את צעדיהם, בפרט בשלב כה מקדמי וראשוני. הלכת מילוא הפרה ודאות זו בקובעה כי תביעה בעילת מטרד פרטי תימסר לבית-משפט השלום, יהא הסעד אשר יהא. קביעה זו כמזה כזניחה של מבחן הסעד ומעבר מובהק למבחן העילה. למעשה, קביעה זו מכריחה את בתי-המשפט לבחון את העילות בכתבי התביעה תחת הסתפקות בבחינת פרקם האחרון והפשוט יותר – פרק הסעדים. הוסיפו על כך את אי-החובה לציין בכתב התביעה את העילה המשפטית, בשונה מהעובדות שעליהן היא מתבססת, וראו עד כמה משימת איתור העילה אינה מתאימה לשלב המקדמי של בירור הסמכות העניינית. לו היה חריג זה מתמצה במעבר למבחן העילה הייתי מחריש, אלא שהפסיקה המשיכה לפתח חריגים מחריגים שונים להלכת מילוא. הלכות אלו גרמו לכך שגם אם יסור בית-המשפט לפרק המורכב של עילות כתב התביעה ויגיע למסקנה כי זה מבוסס על עוולת המטרד, אין הוא רשאי להסתפק בכך אלא עליו לבחון שני נושאים נוספים. ראשית, ממה נגרמת ההפרעה לשימוש התובע העולה כדי מטרד: אם היא נגרמת מ"עצם המבנה" תימסר התביעה לבית-המשפט המחוזי (הלכות מלוונות דן ואלגריה), ואם היא נגרמת מ"מעצם השימוש" תימסר התביעה לבית-משפט השלום (הלכת מילוא). שנית, עליו לסור אל פרק הסעדים ולבחון את טיבם: אם הסעד הוא כספי תיקבע הסמכות לפי גובהו (הלכת כיכר הרצל), ואם הסעד אינו כספי תימסר התביעה לבית-משפט השלום (הלכת מילוא). זאת, אף אם השימוש אינו תוך שמירה על גוף הנכס (הלכות מרסל וג'מיל), ורק אם אין מדובר בהפרעה לשימוש במקרקעין "מעצם המבנה" (הלכות מלוונות דן). מלבד אלו אין לנו תשובות ברורות כיצד תתמודדנה הלכות המטרד עם הפיתוח ההלכתי רב-השנים הנוגע לתביעות בנות כמה סעדים.

ז. דיון ביקורתי תוך קריאה לבית-המשפט העליון ולמחוקק

המעבר למבחן העילה פותח פתח לשיקול דעת לבתי-המשפט, וממילא למגוון החלטות אפשריות בשאלת זהותה של הערכאה המוסמכת לדון בתביעה. כערכה הרב של הבהירות בבסיס מבחן הסעד, הטכני בעיקרו, כך חסרונה הרב של העמימות בבסיס מבחן העילה, המהותי בעיקרו, בעוולת המטרד. לא זו אף זו: בית-המשפט העליון המשיך והעמיס על הלכת מילוא, החריגה כשלעצמה, חריגים מחריגים שונים. שאלה שאמורה הייתה להתאפיין בוודאות, בהיותה עוסקת בשלב המקדמי של כל תביעה ותביעה, נהפכה למורכבת יותר ויותר: מעבר ממבחן הסעד למבחן העילה, פיצול בתוך מבחן העילה, חזרה למבחן הסעד ועוד – רצוא ושוב, רצוא ושוב. לא ייפלא אפוא שעל בסיס זה נערמות הלכות סותרות בערכאות הנמוכות. למרבה הצער, ההלכות שנקבעו

בסמכותה העניינית של עוולת המטרד נהפכו בעצמן ל"מטרד", ויש בהן כדי להסיג את השיטה לאחור בהיבט הנוגע לניהול הליכים באופן יעיל ומהיר, וממילא לפגיעה בצדק הדיוני⁶⁹. יצירת מורכבות זו בכללי הפרוצדורה עלולה להביא בסופו של יום גם לקושי ביכולת לממש את הזכות המהותית – ונמצאת מטרתם של כללי הפרוצדורה מסוכלת. בעיקר כך בגישה המסורתית הרואה את הוראות הפרוצדורה האזרחית כבאות לשרת את המשפט המהותי ולהסדיר את האמצעים למימוש הזכויות על-פי⁷⁰. פרופ' סולום, מומחה אמריקני למשפט דיוני, טען כי תפקידה של הפרוצדורה הדיונית אינו מתבטא רק בשאיפה ליישם נכונה את הדין המהותי על עובדות המקרה, אלא גם בדאגה שהתוצאה המשפטית תתקבל במקסימום יעילות ובמינימום עלויות לצדדים ולחברה. לפיכך ברור כי מבחן פרוצדורלי מורכב ומסורבל, שאין בו כדי להדריך את התובע באופן יעיל (ולו בשאלה מקדמית זו של מיקום הגשת התביעה) ועלול להביא להתדיינויות מיותרות ולהוצאות נכבדות – חוטא לצדק הדיוני, תהא התוצאה המשפטית אשר תהא⁷¹. מובן שהדבר גם פותח פתח לנתבעים בעלי עורף כלכלי חזק, וגם לכאלו שאינם, לנצל חריגים וסטיות אלו כדי לנהל הליכים ארוכים בשאלות הסמכות במטרה להתיש את התובעים. מנגד, יכול ויטען הטוען כי המשתקף לעיל מלמד על גמישות בפסיקה, וכי שיטה פרוצדורלית זקוקה לגמישות מעין זו כדי להגיע לתוצאות צודקות⁷². טענה זו נתמכת בדבריו הבאים של פרופ' גולדשטיין:

"On the other hand, this important principle of certainty and clarity clashes with a conflicting interest and value: that of ensuring that the procedural system is sufficiently flexible so that the rules will not hinder the court and the parties from correctly and expeditiously determining the substantive issues in dispute and thus achieving "justice" in the individual case"⁷³.

69 על הזכות לדיון מהיר ויעיל ראו Goldstein (לעיל, הערה 3), עמ' 504.
70 ראו לוי (לעיל, הערה 10), עמ' 12, וכן ע"א 728/79 קירור אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' זייד, פ"ד לד(4) 126, 134 (1980), שם נכתב: "תקנות סדרי הדין אינה מטרה בפני עצמה כי אם כלי עזר חיוני שבת-המשפט נעזרים בו לשם עשיית צדק בצורה מסודרת". הגישה האחרת סוברת כי יש לבחון את אופי ההוראה בכל מקרה ומקרה; ראו דברי השופט ברק בד"נ 36/84 טיכנר נ' איר פרנס נתיבי אויר צרפתיים, פ"ד מא(1) 589, 602-605 (1987).

71 L.B. Solum "Procedural Justice" 78 S. Cal. L. Rev. (2004) 181, 184
72 כך, למשל, מבחן העילה יכול להצילנו מתוצאותיה השליליות של הלכת פיצול הסעדים לבתי-משפט שונים כהלכת עקריש (לעיל, הערה 20).
73 Goldstein (לעיל, הערה 3), עמ' 481.

ובכן, אינני מפחית בערכה של הגמישות וחיוניותה כאמצעי להגיע לפתרון צודק, אולם דומני כי ההלכות שנסקרו ברשימה זו מלמדות כי גמישות זו גלשה זה מכבר לשרירותיות. יפים לעניין זה הדברים שכתב ד"ר שוורץ בנושא הסמכות העניינית בכללותה:

"הסמכות העניינית שאמורה לשמש כתובת ברורה וחד משמעית לבעלי הדין, אשר על פיה הם אמורים לברר את הערכאה המתאימה לדון בסכסוך שביניהם נהפכה לכר פורה לפסיקות יצירתיות אשר במקום לפשט את כללי החלוקה בין בימ"ש השלום לבית משפט מחוזי רק הכבידו אותם והביאו לידי תוצאות שרק חיזקו את תחושת השרירותיות שבחלוקה"⁷⁴.

וכן דבריה של פרופ' רוניק בעמידתה על עקרונותיה החשובים של הפרוצדורה בשיטה האמריקנית:

"Further, there is a view that fluidity, flexibility, and open-endedness work injustice, lead to instability, and undermine the rule of law"⁷⁵.

אותה גמישות פוגעת גם בערך העקביות, כפי שמובע בהמשך מאמרה של פרופ' רוניק:

"Consistency is also viewed as justifying and legitimating decisions. Uniform application of legal rules may prove their 'correctness'; if the same result always appears, it may after all be 'right'... Even if the result is not correct, at least everyone is treated the 'same'. Consistency promotes equal treatment of individuals, thereby expressing the rhetoric of democracy, of 'equality before the law'"⁷⁶.

דומני כי הסקירה ברשימה זו מלמדת כי עוולת המטרד היא אחת הדוגמאות הטובות ביותר – על דרך השלילה כמובן – לרעיונות המובעים בציטטות האחרונות. לכן, לאור העובדה שעסקינן בהלכות שנתפתחו בפסיקה בלבד, ולאור העובדה שלא הועמד בבסיסן רציונל משפטי ברור וקוהרנטי, שלא לומר שהורתן בטעות או בחוסר משים, על בית-המשפט העליון מוטלת המשימה לשוב ולעשות "סדר" בסוגיות הנדונות

74 שוורץ (לעיל, הערה 1), עמ' 166.

75 J. Resnik "Tiers" 57 S. Ca. L. Rev. (1984) 840, 855.

76 שם, עמ' 858.

ברשימה זו⁷⁷. סדר זה יתרום להרמוניה ולאחידות ויחזק את העקרונות החשובים בדבר ודאות וצפיות שביסוד הפרוצדורה האזרחית. בהתאם לעקרונות אלו אני מציע לסטות מהלכת מילוא ולחזור למבחן הסעד אף בעוולת המטרד. הדבר יקדם את ההרמוניה במבחן הקובע לסמכות העניינית. אולם בהחזרת עוולת המטרד לתלם מבחן הסעד אין די; יש לבטל את ההבחנה התמוהה בין "עצם המבנה" ל"עצם השימוש", כלומר: את הדרישה הכפולה לשימוש במקרקעין. דרישה זו לא הייתה חלק ממבחן הסעד ואין סיבה לדורשה כשעוסקים בעוולת המטרד. סעד בדבר הפרעה לשימוש במקרקעין יימסר לבית-משפט השלום, תהא עילתו אשר תהא⁷⁸.

כיוון אחר של פתרון, אף הוא מונח לפתחו של בית-המשפט העליון גורס כי לא ניתן להתעלם מהעובדה שחלק מההבחנות התמוהות המפורטות ברשימה זו לא נולדו כתוצאה מעוולת המטרד לכשעצמה אלא נולדו כדי להתגבר על הלכות שמש וגולדמן, שקבעו חריג שלפיו תביעות השימוש במקרקעין שאינן תוך שמירה על גוף הנכס יופנו לבית-המשפט המחוזי. כך למשל ההבחנה שנקבעה בהלכת ג'מיל בין חלקת התובע לחלקת הנתבע נולדה רק לשם צמצומה של הלכת שמש⁷⁹, וכך גם ההבחנה בהלכת מלונות דן. העולה מכך הוא שאילו בית-המשפט העליון ינטרל את הלכת שמש ויבטלה – כשם שהוא נקרא לעשות זה עידן ועידנים – הדבר יפתור חלק גדול מהאנומליות שעליהן הצביעה רשימה זו, אף אם לא יבטל את הלכת מילוא. ודעת למבין כי ברוב רובן של תביעות המטרד, או בתביעות אחרות הנוגעות להפרעה לשימוש⁸⁰, הסעד המתבקש מסור לבית-משפט השלום, ולכן גם אם תיוותר הלכת מילוא על כנה ותביעות המטרד תימסרנה קטגורית לבית-משפט השלום, אמנם תהיה בכך סטייה ממבחן הסעד, אולם מבחינה מעשית גם סעדיה על-פי רוב הרי מסורים לבית-משפט השלום⁸¹. כך, הן העילה והן סעדיה מובילים לאותה סמכות. הבעיה נוצרת בעיקר אל נוכח הלכת שמש הקובעת שכל צווי ההריסה למיניהם, המתבקשים בעקבות הפרעה לשימוש במקרקעין, יופנו

77 כידוע, בית-המשפט העליון אינו מחויב לתקדימי; ראו סעיף 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה. עם זאת ברע"א 1287/92 בוסקילה, ראש המועצה הדתית טבריה נ' שאול, פ"ד (5) 159 (1993), ציין השופט (כתוארו אז) ברק: "סטייה מתקדים קודם של בית-המשפט העליון היא עניין רציני בהתחשב בנוק בשל עצם השינוי". וראו עוד לעניין זהירותו של בית-המשפט בסטייה מתקדים של עצמו, על"ע 8876/00 אל נסארה נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד (1) 287, 258; ע"פ 2251/90 חוסאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 221.

78 לחלופין ניתן לקבוע באופן קטגורי כי עילת המטרד נתונה לסמכותו של בית-משפט השלום יהיו סעדיה אשר יהיו. לדעתי, אפשרות זו טובה פחות משום שהיא פוגעת בהרמוניה ובאחידות המבחן הקובע לסמכות העניינית.

79 ראו בהרחבה מאמרי (לעיל, הערה 29), עמ' 16.

80 ראו לעיל, פרק א2.

81 למעט אם מדובר בסעד כספי המסור לסמכות בית-המשפט המחוזי, ראו עניין כיכר הרצל (לעיל, הערה 61).

לבית-המשפט המחוזי. או אז בחינת הסמכות לפי מבחן העילה (מטרד) ובחינת הסמכות לפי מבחן הסעד אינה מובילה לאותה סמכות. אם כן, משהוצאת מכלל שימוש את הלכת שמש הוצאת מכלל שימוש חלק גדול מהאנומליות שנתבררו ברשימה זו. מלבד הקריאה לבית-המשפט העליון, על שני כיווניה, לא ניתן שלא לחזור ולקרוא גם לכיוונו של המחוקק. קריאה זו חוזרת בהמלצתן של הוועדות שונות ובראשן ועדת אור⁸², וכן חוזרת ועולה מצד בתי-המשפט השונים⁸³. קריאה זו עובדה לאחרונה לידי תזכיר הצעת חוק בתי-המשפט (תיקון מס' 44 (תיקונים שונים)) תשס"ו-2006, סעיף 7. לו אכן ידרבן המחוקק את עצמו ויעביר את כל תביעות המקרקעין לבית-המשפט השלום, חלק גדול מהבעיות דלעיל ייחסך מהמערכת ומהצדדים. לסיכום הדברים אציין כי לעניות דעתי המעבר למבחן העילה ויצירת חריגי חריגים המסתכמים בבדיחה ממבחן הסעד הדווקני והצר אינם מקריים. אלה משקפים את התהליך העובר על המשפט הישראלי בעשורים האחרונים ומכוון לפרשנות תכליתית, לעודף עמימות וליצירת מושגי "שסתום" שניתן לפעול בהם כחומר ביד היוצר ובהתאם לתוצאה האינטואיטיבית – אף אם צודקת – הנראית ראויה בעיני בית-המשפט בכל מקרה קונקרטי הניצב בפניו⁸⁴. גם אם נסכין עם גישה זו בכל הנוגע לזכויות מהותיות דומני שקשה להולמה בהוראות הפרוצדורה האזרחית, ויש לחזור לעוגנים ברורים וודאיים יותר. אמת, הפרוצדורה אינה מיטת סדום⁸⁵ ואינה באה כי אם לשרת את המהות; אמת, הפרוצדורה היא השפחה והמהות היא הגבירה; אולם גם לשפחה יש חיים משל עצמה, ושמירת חייה תשרת טוב יותר את גבירתה המהות.

- 82 ראו דו"ח ועדת אור (לעיל, הערה 8), עמ' 34-35, וכך נאמר: "מעריך הסמכויות הקיים איננו יעיל, הוא מעורר שאלות סבוכות מיותרות בנושא הסמכות. הוא הביא לגיבושן של הבחנות בעייתיות ושנויות במחלוקת, לעניין גבול סמכותו של בית-משפט השלום. יישומן של הבחנות אלה מחייב לא אחת הקדשת זמן ומאמץ ניכרים".
- 83 ראו דברי הנשיא שמגר בע"א 510/82 חסן נ' פלדמן, פ"ד (3) 1: "קשה לגלות סיבה סבירה לכך, מדוע ממשיך להתקיים הפיצול בין סמכויותיו של בית-משפט השלום לבין זה של בית-המשפט המחוזי". על דברים אלו חזר השופט ריבלין בהלכת ג'מיל (לעיל, הערה 35), עמ' 556; עניין וולפינגר (לעיל, הערה 53) ועוד.
- 84 ראו מ' מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993); מ' דויטש "תום-לב בשימוש בזכויות – 'קווים אדומים' לתחולת העקרון?" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 261.
- 85 ראו דברי השופט ברנזון בע"א 189/66 ששון נ' "קדמה" בע"מ, בית חרושת למכונות וציוד, פ"ד כ(3) 477: "הפרוצדורה אינה מיטת סדום שבה מקצצים את רגליו או מתיזים את ראשו של בעל-דין כדי להכניסו לתוכה כנכה או כבד-מינן. הפרוצדורה היא מסגרת רחבה וגמישה למדי המכוונת לתת לבעל-דין את מלוא האפשרות להציג ולפתח את ענינו בצורה מלאה ושלמה". כן ראו ע"א (שלום, חי) 140/05 מוזס נ' "אתרוג צהוב" מסחר שיווק והפצה בע"מ, פורסם בנבו (17.9.06).