



בבית המשפט העליון

רע"א 10487/07

בפני: כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט י' דנציגר

המבקשת: עמידר החברה הלאומית לשיכון בישראל בע"מ

נגד

המשיב: זוהר חי

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו מיום 31.10.2007 בה.פ. 191/06 ובה.פ. 387/06 שניתנו על ידי כבוד הנשיא ד"ר א' גורן

תאריך הישיבה: י"ג בכסלו התשס"ט (10.12.08)

בשם המבקשת: עו"ד וקסלמן גלעד, עו"ד דינוביץ יניב

בשם המשיב: עו"ד קירש מיכאל, עו"ד שטיר דנה

פסק-דין

השופט י' דנציגר:

האם פסק בוררות שתוכנו מנוגד להחלטה של בית משפט שאין עליה עוד זכות ערעור הינו מנוגד לתקנת הציבור באופן המקיים את עילת הביטול הקבועה בסעיף 24(9) לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968? ואם התשובה על שאלה זו היא בחיוב, כיצד יש לנהוג בפסק בוררות שכזה? אלה השאלות הניצבות לפתחנו.

לפנינו בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו מיום 31.10.2007 בה.פ. 191/06 ובה.פ. 387/06 (כבוד הנשיא ד"ר א' גורן) אשר דחה בקשה לבטל את פסקי הבוררות שניתנו בתאריכים 30.5.2000 (להלן – פסק

הבוררות הראשון) ו-4.1.2006 (להלן – פסק הבוררות השני) על ידי הבוררת, עו"ד חירותה הראל (להלן – הבוררת) ואישר אותם.

העובדות וההליכים קודם להליך הבוררות

1. בתחילת שנות ה-90 של המאה שעברה, בתקופת העלייה הגדולה ממדינות ברית המועצות לשעבר, פעלה המבקשת, חברה ממשלתית, למציאת פתרונות דיור לעולים החדשים, כשלוחה של ממשלת ישראל, המחזיקה ב-100% מהון מניותיה. המשיב, שהיה בעליו של מבנה מיועד לתעשייה בירושלים, הציע למבקשת כי יסב את המבנה מייעודו התעשייתי למבנה מגורים שיכלול 165 יחידות דיור בנות חדר אחד כל אחת ושירותים ומקלחת משותפת עבור כל שתי יחידות, והיא תשכור ממנו את יחידות הדיור. ביום 13.1.1991 נחתם הסכם שכירות בין הצדדים (להלן – ההסכם), במסגרתו התחייב המשיב להשיג "כל רישיון או אישור הנחוצים כדין על מנת שמותר יהיה להשתמש במושכר למגורים" [סעיפים 3, 7 ו-12 להסכם].

2. ביום 22.4.1991 המליצה הועדה המקומית לתכנון ובניה בירושלים (להלן – הועדה המקומית) לוועדה המחוזית לתכנון ובניה בירושלים (להלן – הועדה המחוזית) לאשר את התוכניות שהכין המשיב. ואולם, ביום 21.5.1991, החליטה הועדה המחוזית שלא לאשר את התוכניות שהגיש המשיב. הועדה המחוזית קבעה כי היתרי בניה יינתנו רק אם יבוצע בתוכניות שינוי מהותי, באופן ששטחה של כל יחידת דיור לא יפחת מ-40 מ"ר והיא תכלול, שני חדרים, מטבחון, שירותים ומקלחת. קביעה זו הביאה לכך כי מספר היחידות המכסימאלי שניתן היה להשכיר במבנה נשוא ההסכם עמד על 48 יחידות דיור בלבד.

המבקשת ניסתה לסייע למשיב לשנות את רוע הגזירה ושלחה אליו מכתב המכוון לעיני הועדה המחוזית, במסגרתו הסבירה מדוע נדרשות לה 165 יחידות דיור בנות חדר אחד כל אחת, למטרת מגורים של משפחות עולים קטנות, בודדים וזוגות, דבר אשר יהווה עבורם חיסכון בשכר דירה. ואולם, ביום 9.7.1991 העניקה הועדה המחוזית היתר לשימוש חורג למגורים בכפוף ליישום של תוכנית מתוקנת, בהתאם להחלטתה האמורה מחודש מאי 1991.

3. בכך לא תם העניין. המשיב קיבל מאת הועדה המקומית אישור לאיכלוס המבנה וניסה "לעקוף" את החלטתה של הועדה המחוזית באמצעות הוספת דלת חיצונית לכל שתי יחידות דיור, כך שלמראית עין בלבד, מדובר ביחידה אחת. לאחר

מכן הוציאה הוועדה המקומית טופס 4 שעל בסיסו החלה לקבל המבקשת חזקה בנכס. ואולם, ביום 30.10.1991, פנתה הוועדה המחוזית לבית משפט השלום בירושלים בבקשה דחופה למתן צו מניעה כנגד המשיב והמבקשת, האוסר על איכלוס המבנה במצבו האמור. צו מניעה כאמור ניתן, בהסכמת הצדדים, ביום 1.11.1991 (ב"ש 586/91).

4. לאור האמור לעיל, ביום 15.11.1991 הודיעה המבקשת למשיב על ביטול ההסכם ביניהם (להלן – הודעת הביטול). כתוצאה מהודעת הביטול האמורה, התגלעה בין הצדדים מחלוקת כאשר המשיב טען כי ההסכם בוטל שלא כדין וכי נגרמו לו נזקים כתוצאה מכך ואילו המבקשת טענה כי המשיב, אשר לא השיג את ההיתרים שהתחייב להשיג במסגרת ההסכם, הוא שהפר את ההסכם הפרה יסודית והדבר הקנה לה זכות לבטלו. המשיב, אשר לא השלים עם הביטול האמור, הגיש לבית המשפט המחוזי בירושלים ביום 20.2.1992 כתב תביעה בסדר דין מקוצר כנגד המבקשת, מדינת ישראל ושלושה נתבעים נוספים אשר כיהנו באותה העת בנושאי משרה במבקשת, במסגרתה תבע סך של 1,066,277 ₪ כפיצוי בגין הפרת ההסכם (ת.א. 112/92). המבקשת קיבלה רשות להתגונן ולאחר הליכים שהתנהלו בין הצדדים, העביר בית משפט זה ביום 5.7.1992 את התביעה לדיון בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו עקב חוסר סמכות מקומית (רע"א 2339/92). ביום 25.8.1992 הגיש המשיב לבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו תביעה כנגד עמידר ונושאי משרה בה (ת.א. 1014/02). התיק היה "רדום במשך מספר שנים עד שביום 1.5.1996 הגיש המשיב בקשה לתיקון כתב התביעה ולאחר מכן ביקש תיקון נוסף, באופן שסכום התביעה יעמוד על סך של 11,000,000 ₪.

5. ביום 16.6.1998, במהלך דיון הוכחות בבית המשפט המחוזי, הודיע המשיב כי הוא מבקש לדחות את התביעה כנגד אחד הנתבעים, מר אורי שני, אשר כיהן באותה העת כיו"ר עמידר, והציע להעביר את הסכסוך לבוררות כאשר מר שני יכהן בורר. המבקשת הודיעה כי היא מתנגדת לבוררות במתווה כזה והצדדים הסכימו על העברת הסכסוך (בין המבקשת למשיב בלבד, לאחר מחיקתם של יתר הנתבעים) לבוררות לפני הבוררת עו"ד חירותה הראל. במסגרת הסכם הבוררות שנחתם בין הצדדים ביום 6.8.1998 (להלן – הסכם הבוררות) הוסכם כי הבוררת תכריע במחלוקות בין הצדדים ותיתן פסק בוררות "כאילו היה בית משפט שדן בתביעת חי [המשיב] כנגד עמידר [המבקשת] על פי כתב התביעה שהוגש בתיק זה" (סעיף 3 להסכם הבוררות).

כמו-כן נקבע כי הבוררות תתנהל, במידת האפשר, כאילו מדובר בדיון המתנהל בבית המשפט, בהתאם להוראות הפרוצדוראליות שכבר ניתנו על ידי בית המשפט עד

לאותו השלב (סעיף 4.1 להסכם הבוררות). עוד קבעו הצדדים כי הבוררות תתנהל במתווה דו-שלבית, לפיו בשלב הראשון תידון ותוכרע שאלת חבותה של המבקשת ובשלב השני, במידה שיקבע כי קיימת חבות כאמור, תידון ותוכרע שאלת הנזק (סעיף 4.1.2 להסכם הבוררות). לבסוף, קבעו הצדדים כי הבוררות תהא כבולה לדין המהותי, לדיני הראיות ולסדרי הדין הנוהגים בבית המשפט וכי היא תנמק את החלטתה כאילו הייתה בית משפט הדן בתביעה (סעיפים 4.1.4-4.1.7 להסכם הבוררות). ביום 10.8.98 קבע בית המשפט המחוזי בהחלטתו כי התביעה כנגד הנתבעים 2-3 תדחה וקיבל את בקשת הצדדים לעכב את התביעה כנגד המבקשת לצורך העברתה להליך בוררות.

הליך הבוררות וההליכים המשפטיים שנקטו במהלכו

6. בתום השלב הראשון של הליך הבוררות קבעה הבוררת, במסגרת פסק הבוררות הראשון, כי המבקשת פעלה בחוסר תום לב כאשר לשיטתה, היה על המבקשת לסייע למשיב לשתף איתו פעולה לצורך קיום החלטתה של הועדה המקומית. במסגרת החלטתה ציינה הבוררת:

“אינני נכנסת לשאלת הסמכות החוקית במה יכול מהנדס עיר וועדה מקומית ליתן גושפנקא לשינויים תכנוניים שיש בהם “מעין עקיפת” החלטות הוועדה המחוזית. הואיל וזה אינו רלוונטי לבוררות זו בשל האופן שבו הדברים הסתיימו לגופו של עניין.” [עמ' 21, פסקה 13 לפסק הבוררות הראשון]

לאחר שקיבלה לידיה את פסק הבוררות הראשון, עתרה המבקשת לבית המשפט המחוזי בבקשה לביטולו [ה.פ. 1488/01] ואולם, בסופו של דבר נמחקה הבקשה בכפוף לשמירתן של טענות המבקשת כנגד פסק הבוררות הראשון והעלאתן בתום ההליך במסגרת בקשה לביטול פסק בוררות.

7. במהלך השלב השני של הליך הבוררות חשה המבקשת כי הבוררת מגלה כלפיה “עוינות וקוצר רוח” אשר, לשיטתה, באו לידי ביטוי בהיענות אוטומטית של הבוררת לכל בקשותיו של המשיב ודחייה כמעט אוטומטית של בקשות המבקשת, לעיתים ללא כל דיון בהן. לפיכך, הגישה המבקשת לבית המשפט המחוזי בקשה להעברת הבוררת מתפקידה [בש”א 9420/02].

בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה אך ציין כי יש מקום להקפיד על תחושת שוויון ונוחות כלפי כל אחד מהצדדים, לאור העובדה שאווירה טובה וסובלנות הן "מאושיותיו של הליך הבוררות". המבקשת הגישה בקשת רשות ערעור אמנם, אך בית משפט זה ציין כי מוטב יעשו באי כוח הצדדים והבוררת אם יתנו דעתם על הערתו האמורה של בית המשפט המחוזי וימצאו את הדרך הנאותה להמשיך בבוררות, כך שיתאפשר לכל אחד מבעלי הדין למצות את טענותיו במסגרת הליך הבוררות.

8. בזאת לא תם העניין. במהלך ישיבת בוררות שהתקיימה בחודש אוקטובר 2004 הודיעה הבוררת כי חלתה ולמרבה הצער, מחלתה הביאה אותה לידי עיוורון. כתוצאה מעיוורון זה, הפסיקה הבוררת את פעילותה כעורכת דין ואף סגרה את משרד עורכי הדין שהיה בבעלותה וחדלה מקבלתם של לקוחות חדשים. נוכח הודעה זו, פנתה המבקשת לבוררת וביקשה כי "תמשוך את ידה" מן הבוררות ומשאחרונה סירבה לעשות כן, הגישה המבקשת לבית המשפט המחוזי בקשה נוספת להעברת הבוררת מתפקידה [בש"א 23342/04]. בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה. המבקשת הגישה בקשת רשות ערעור לבית משפט זה [רע"א 3265/05] והבקשה הועברה לדיון לפני הרכב של שלושה שופטים. ואולם, בין לבין ניתן פסק הבוררות השני – כפי שיפורט להלן – והמבקשת מחקה את הבקשה תוך שהיא שומרת על טענותיה בעניין זה.

9. ביום 6.1.2006 נתנה הבוררת את פסק הבוררות השני במסגרתו קיבלה את מרבית טענותיו של המשיב בנוגע לפיצוי המגיע לו. בתמצית, חישבה הבוררת את הפיצוי המגיע למשיב בהתבסס על 151 יחידות הדיוור שהמבקשת החלה לקבל חזקה בהן בהתאם להסכם בין הצדדים. לפיכך, פסקה הבוררת לזכות המשיב סך של 11,000,000 ₪ בצירוף הפרשי הצמדה וריבית מיום 1.5.1997 ועד מועד התשלום בפועל (שהם), נכון למועד הגשתה של בקשת רשות הערעור לבית משפט זה כ- 22,000,000 ₪).

המבקשת לא השלימה עם פסק הבוררות וביום 12.6.2006 הגישה בקשה לביטולם של שני פסקי הבוררות ובמקביל ביקש המשיב את אישורם [ה.פ. 191/06 וה.פ. 387/06, להלן – בקשת הביטול]. במקביל, כאמור, משכה המבקשת את בקשת רשות הערעור שהגישה על החלטתו של בית המשפט המחוזי שלא להעביר את הבוררת מתפקידה.

10. במסגרת בקשת הביטול טענה המבקשת כי יש לבטל את פסק הבוררות הראשון מכוח העילות הקבועות בסעיפים 24(3), (7), (9) ו-10 לחוק הבוררות, התשכ"ח – 1968 (להלן – חוק הבוררות). טענתה המרכזית של המבקשת היתה כי הבוררת השתיתה את פסק הבוררות הראשון על קביעתה לפיה המבקשת נמנעה בחוסר תום לב משיתוף פעולה עם המשיב כדי לעקוף את החלטתה של הועדה המחוזית כאשר משמעות הדבר היא כי פסק הבוררות מנוגד לדין. לפיכך, טענה המבקשת כי פסק הבוררות מנוגד לתקנת הציבור, כי הבוררת לא פסקה בהתאם לדין המהותי למרות שהותנה בהסכם הבוררות כי עליה לעשות כן ואף כי הבוררת חרגה מסמכותה. אשר לפסק הבוררות השני, טענה המבקשת כי לאחר שהתעוורה, לא יכלה עוד הבוררת לשמש בתפקידה שכן בשלב בו אירע הדבר היה על הבוררת לבחון מסמכים שאמורה הייתה המבקשת להגיש ביחס לנזקיו הנטענים של המשיב ולהעיד עדים מטעמה וברי כי הבוררת לא הייתה כשירה לעשות כן, כפי שגם ניתן ללמוד מהפסקת כל פעילות משפטית מצידה וסגירת משרדה. יצויין כי את טענותיה בנוגע להשלכת עיוורונה של הבוררת על יכולתה לשמש בתפקידה זה תמכה המבקשת באסמכתאות מן המשפט העברי. לפיכך, טענה המבקשת כי יש לבטל את פסק הבוררות השני מכוח העילה הקבועה בסעיף 24(10) לחוק הבוררות, בו נבלעת העילה הקבועה בסעיף 11(3) לחוק הבוררות בדבר העברת בורר שנבצע ממנו למלא את תפקידו. עוד טענה המבקשת כי העוזר שמינתה הבוררת לסייע לה בכתיבת פסק הבוררות השני שימש לה לא רק יועץ אלא הוא החליפה בפועל בתפקידה ומטעמים אלו יש מקום לבטל גם את פסק הבוררות השני, שכן נשמט היסוד ההסכמי שמכוחו מונתה הבוררות ופסק הבוררות השני ניתן על ידי בורר שלא נתמנה כדין. לבסוף, לגופו של עניין, טענה המבקשת כי הבוררת חרגה מסמכותה עת פסקה במסגרת פסק הבוררות השני פיצוי למשיב בגין הוצאות ונזקים שנגרמו לחברת רב-רכב בע"מ שאינה צד להליך הבוררות והיא אישיות משפטית נפרדת; כי הבוררת פסקה בניגוד לדיני הראיות כאשר חייבה את המבקשת בתשלום הוצאותיו של המשיב מבלי שהביא ראיות לכך וכי הבוררת נהגה במשוא פנים.

11. מנגד, טען המשיב כי אין מקום לבטל את פסקי הבוררות, שכן הבוררת פסקה בהתאם לדין. המשיב טען כי הבוררת לא דרשה מן המבקשת לסייע לו להערים על רשויות התכנון, אלא קבעה כי היה על הצדדים לנהל משא ומתן עם רשויות התכנון, ואילו המבקשת העדיפה לבטל את הסכם השכירות בחוסר תום לב על פני ניהולו של משא ומתן כאמור.

עוד טען המשיב כי הודעת הבוררת על מחלתה התקבלה בסיומו של הליך הבוררות, לאחר שהסתיימו חקירות העדים וכי המבקשת לא הביאה עדויות נוספות, כפי שקבעה הבוררת, אלא העדיפה לפעול להעברת הבוררת מתפקידה. עוד טען המשיב כי לא היתה כל מניעה שהבוררת תשמע את הסיכומים מפיו של עוזרה והמבקשת לא הביאה כל ראיה לכך כי פסק הבוררות השני אכן נכתב על ידי העוזר וכי לא ניתן להסיק דבר מסגירת משרדה לעניין כשירותה. לאור כל אלו, ולאור נימוקים נוספים שהעלה המשיב ושאינן זה המקום לפרטם, טען הוא כי יש לדחות את בקשת הביטול ולאשר את פסקי הבוררות.

12. בית המשפט המחוזי (כבוד הנשיא ד"ר א' גורן) דחה את בקשת הביטול ואישר את פסקי הבוררות. אשר לתקנת הציבור, קבע בית המשפט המחוזי כי מקובלת עליו טענת המשיב לפיה הבוררת לא חייבה את המבקשת לנהוג בניגוד לדין וכל שקבעה הוא כי היה עליה לנהוג בצורה הוגנת ולמצוא יחד עם המשיב פיתרון שיעמוד בדרישותיה של הועדה המחוזית. כן נקבע כי קביעה זו אינה מהווה חריגה מסמכות. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי למרות טענתה, המבקשת לא הצביעה על עילה לביטול פסק הבוררות מכוח סעיף 24(10) לחוק הבוררות ומשכך, יש לאשר את פסק הבוררות הראשון. אשר למחלת הבוררת, קבע בית המשפט המחוזי כי בנסיבות העניין לא היה במחלתה של הבוררת כדי לפגוע בתפקודה ומשכך אין צורך להכריע בטענתה של המבקשת בעניין "ההיבלעות" של סעיף 11(3) לחוק הבוררות בעילת הביטול שבסעיף 24(10) לחוק זה. בית המשפט המחוזי אף ניתח את סוגיית עיוורונה של הבוררת בהתאם לדין העברי והגיע לכלל מסקנה לפיה הואיל ונימוקיה של המבקשת בעניין זה "שורשיהם בגזירת הכתוב, שהיא בבחינת גזירת מלך שאין להרהר אחריה ולכן... לא ניתן להסיק מהם למשפט הישראלי, שאינו מכיר בה" [פסקה 20 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי] ולפיכך דחה אותם. אשר להעברת שיקול דעתה של הבוררת לעוזרה קבע בית המשפט המחוזי כי אין לקבל טענה זו, שכן אין כל פסול בהסתייעות של בורר בעורך דין חיצוני שאינו קשור לצדדים לצורך ניסוח הפסק וכי לא הוכח שפסק הבוררות השני לא נכתב על פי דעתה והוראותיה של הבוררת. לבסוף, אשר לסכום הפיצוי שנפסק, קבע בית המשפט המחוזי כי הצדדים הסמיכו את הבוררת לפסוק על פי כתבי הטענות ומשכך, הוסמכה היא לפסוק פיצוי בגין נזק שנגרם לחברת רב רכב ומר שלום, שותפו של המשיב.

יתר על כן, נקבע כי טענות אלה הועלו רק במסגרת השלב השני של הליך הבוררות ולפיכך הן היוו כבר אז הרחבת חזית אסורה וכי ממילא היה מקום להסמיך את הבוררת לדון גם במעורבותה של חברת רב-רכב, וזאת על מנת לסיים את הסכסוך בין הצדדים. כן נפסק כי הבוררת פעלה על פי סדרי הדין ודיני הראיות ומשכך אין מקום לבטל את פסק הבוררות מן הטעם של חריגה מסמכות.

לאור כל האמור לעיל, דחה בית המשפט המחוזי את בקשת הביטול בציינו כי גם אילו התקיימה אחת מעילות הביטול, לא היה מקום לבטל את פסק הבוררות שכן לא נגרם למבקשת כל עיוות דין.

מכאן הבקשה שלפנינו.

בקשת רשות הערעור

13. במסגרת בקשת רשות הערעור חוזרת המבקשת במידה רבה על הטענות שאותן העלתה במסגרת בקשת הביטול. בפתח הבקשה, טוענת המבקשת כי שגה בית המשפט המחוזי כשהתעלם מן העובדה שהמשיב לא צירף תצהיר חתום על ידו לתמיכה בטענותיו העובדתיות אלא הסתפק בצירוף תצהיר חתום על ידי באת כוחו. בנוסף, חוזרת המבקשת על טענתה לפיה שגה בית המשפט המחוזי בקובעו כי פסקי הבוררות לא ניתנו בניגוד לתקנת הציבור ובהתעלמו מן העובדה שמשמעותם של פסקי הבוררות היא חיובה של המבקשת בחיוב בלתי חוקי, שכן לא ניתן לפסוק פיצוי בגין 151 יחידות דיור שלגביהן ניתן צו מניעה שיפוטי. בהקשר זה טוענת המבקשת כי בית המשפט המחוזי "פטר עצמו" מדיון באי חוקיותם של פסקי הבוררות והסתפק באישור קביעתה של הבוררת לעניין התנהלותה של המבקשת שלא בתום הלב, ובכך שגיאתו. כן טוענת היא כי קביעתה של הבוררת לפיה חובת תום הלב גוברת על דרישת החוקיות מנוגדת לדין ומשכך מהווה חריגה מסמכות של הבוררת שכן היא הייתה מחויבת בפסיקה על פי הדין המהותי. עוד טוענת המבקשת כי שגה בית המשפט המחוזי כשדחה את טענתה לעניין בטלותו של פסק הבוררות השני נוכח משמעות מחלתה המצערת של הבוררת, שהיא השמטת היסוד ההסכמי שבבסיס הסכם הבוררות בין הצדדים וחוסר כשירותה של הבוררת להכריע בסכסוך בין הצדדים. בהקשר זה חוזרת המבקשת על טענותיה לפיהן "העוזר" שבו נעזרה הבוררת החליף, הלכה למעשה, את הבוררת בתפקידה וכי היה מקום להחיל את העילה הקבועה בסעיף 11(3) לחוק הבוררות לעניין העברת הבוררת מתפקידה במסגרת עילת הביטול הקבועה בסעיף 24(10) לחוק הבוררות.

יתר על כן, טוענת המבקשת כי עמדת המשפט העברי ביחס לחוסר כשירותו של עיוור לשמש בתפקיד דיין או בורר והרציונאליים העומדים בבסיסה של עמדה זו נכונים גם לימינו בכלל וגם לעניינה של הבוררת בפרט. לבסוף, חוזרת המבקשת על טענתה לפיה שגה בית המשפט המחוזי בקובעו כי הבוררת לא חרגה מסמכותה עת פסקה פיצויים לטובת צדדים שלישיים שכלל לא היו צד להליך הבוררות ובקובעו כי עצם העלאתה של טענה זו מהווה הרחבת חזית אסורה. כן מעלה היא טענות לגופם של דברים, כנגד עצם הסכום שנפסק ואופן חישובו.

14. מנגד, מתנגד המשיב לבקשה, כאשר אף הוא חוזר על עיקר הטענות שאותן העלה לפני בית המשפט המחוזי במסגרת התנגדותו לבקשת הביטול. ראשית, טוען המשיב כי הבקשה אינה מגלה כל עילה למתן רשות ערעור. במסגרת תשובתו סוקר המשיב את השתלשלות האירועים, את פסקי הבוררות ואת פסק דינו של בית המשפט המחוזי וטוען כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי אינו מעלה כל שאלה בעלת חשיבות המצדיקה מתן רשות ערעור כאמור. לגופו של עניין, טוען המשיב כי הבוררת לא דרשה מן המבקשת לפעול בניגוד לחוק או בניגוד לדיני התכנון והבניה, אלא קבעה כי המבקשת פעלה בחוסר תום לב בכך שלא שיתפה פעולה עם המשיב בכדי למצוא פיתרון שיהיה מקובל על הועדה המחוזית. כן טוען הוא כי טענותיה של המבקשת בדבר התעלמות הבוררת מן הדין המהותי, דיני הראיות וסדרי הדין ובדבר התנהלותה במשוא פנים, לכאורה, משוללות יסוד ונדחו לא אחת. מוסיף המשיב וטוען כי אבדן כושר הראייה של הבוררת לא פגע בניהול הליך הבוררות ולא מנע את האפשרות לקבל את ההכרעה בו, כאשר לטענתו, לא הביאה המבקשת טעמים מספקים כנגד קביעותיו של בית המשפט המחוזי בעניין זה.

15. בשולי הדברים יצויין כי ביום 3.1.2008 הוריתי על עיכוב ביצועו של פסק הדין של בית המשפט המחוזי. עם זאת, לאור הסכמת המבקשת, הוריתי כי הסכום שנפסק לזכות המשיב יופקד בחשבון נאמנות וישא פירות עד להכרעה בהחלטה שלפנינו.

לאחר הדיון שהתקיים לפנינו ביום 10.12.2008, הצענו לצדדים כי ישאו ויתנו על מנת לנסות להגיע לפשרה שתייתר הכרעה בבקשה. ואולם, ביום 25.1.2009 הודיעה המבקשת כי מגעי הפשרה לא הניבו פרי וכי הבקשה עומדת על כנה.

ביום 10.2.2010 התקיימה ישיבת תזכורת, על פי החלטתנו מיום 31.1.2010, בה הסכימו הצדדים, בהמלצת בית המשפט, לנהל ביניהם משא ומתן להסדר פשרה שייתר את הצורך במתן פסק דין. ביום 25.2.2010 הודיעו לנו הצדדים "כי לא עלה

בידיהם להגיע להסכמות כדי לסיים את התיק בפשרה וכי גם לאחר משא ומתן נותר פער של ממש".

לא נותר לנו איפוא אלא להכריע בבקשה שלפנינו.

דיון והכרעה

16. לאחר שעיינתי בבקשה ובתגובה על נספחיהן והאסמכתאות הרבות שצורפו אליהן, לרבות פסקי הדין וההחלטות השונות אשר תוארו לעיל, ולאחר שהאזנתי בקשב רב לטענות הצדדים במסגרת הדיון שהתקיים לפנינו, הגעתי לכלל מסקנה כי יש להיעתר לבקשה בחלקה. לפיכך, אציע לחבריי ליתן רשות לערעור, לדון בבקשה כבערעור ולקבלה, באופן שפסק דינו של בית המשפט המחוזי יבוטל ופסק הבוררות השני יבוטל אף הוא.

17. הלכה ידועה היא כי רשות ערעור על החלטותיהם של בתי משפט לפי חוק הבוררות אינה ניתנת כדבר שבשגרה. רשות כאמור ניתנת במקרים חריגים בלבד, כאשר מתעוררת שאלה שהיא בעלת אופי משפטי או ציבורי מיוחד, כזו החורגת מעניינם הפרטי של הצדדים לבקשה, או כאשר נדרשת התערבותה של ערכאת הערעור משיקולי צדק ומניעת עיוות דין [ראו למשל: רע"א 5991/02 עופרה גוירצמן ואח' נ' רות פריד (לא פורסם, 20.12.2004); רע"א 3476/04 דוד סימן טוב נ' ניסן אלברט ג' (לא פורסם, 1.6.2005); רע"א 3680/00 אהרון גמליאלי נ' מגשימים כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ, פ"ד נז(6) 605 (2003) (להלן – עניין גמליאלי); רע"א 2766/06 סבג נ' רחמים (לא פורסם, 21.1.2008); רע"א 9119/07 א.ב. גרוסמן בע"מ נ' לבל (לא פורסם, 11.2.2008); רע"א 10603/08 יצחק נ' חברת פסגת ההלכה בע"מ (לא פורסם, 10.3.2009); רע"א 11036/08 קנפולר נ' קרמר (לא פורסם, 16.3.2009)].

יפים לעניין זה דבריה של חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה, בעניין גמליאלי:

"מושכלות-יסוד הם כי תחום ההתערבות השיפוטי בפסק בורר מוגבל ומתוחם לעילות ביטול מוגדרות של הפסק שיש לפרשן בצמצום רב. מוסד הבוררות הוקם על רקע מדיניות משפטית המבקשת לעודד קיומו של מערך יעיל והוגן לפתרון סכסוכים מחוץ לבית המשפט. מערך זה מקל על העומס הגדול הרובץ על בתי המשפט ויש בכך כדי לשרת אינטרס ציבורי חשוב. הוא מאפשר לצדדים להיזקק להליך מהיר ויעיל לפתרון המחלוקת ביניהם, ובכך הוא עונה גם לאינטרס פרטי חשוב של בעלי הדין

[...] הבוררות מאפשרת פתיחת ההכרעה לשיקולי צדק והגינות, שאינם נעוצים בהכרח בשיקולי משפט, ומאפשרת השגת פתרונות מעשיים צודקים למחלוקת... [שם, בפסקה 10]

ואולם, ברי כי אין משמעות הדבר שאין כל צורך בפיקוח שיפוטי על הליכי הבוררות בכלל ועל החלטותיהן של הערכאות הדיוניות בענייני בוררות בפרט. אכן, התערבות בהחלטות כגון דא תעשה במשורה, אך ורק במקרים המפורטים לעיל, ואולם הדבר אינו מייתר את הצורך לבחון כל מקרה ומקרה לגופו ולבדוק האם נופל הוא בגדרם של מבחנים אלו אם לאו. כפי שציינה חברתי באותו העניין:

"מקומה החשוב של הבוררות כאמצעי להכרעה בסכסוך אינו מייתר את הצורך בפיקוח שיפוטי על הבוררות, המותווה בחוק הבוררות. פיקוח זה מבקש להשיג איזון ראוי בין מתן עצמאות מירבית לבורר ולצדדים לעצב את מסגרת הדיון וההכרעה במחלוקת ביניהם, לבין הצורך לשמור עין שיפוטית בוחנת אשר תבטיח את תקינות וטוהר הליכי הבוררות, את הפעלתם בדרך דיונית יעילה, ואת ביסוס פסק הבורר על אמות מידה התואמות מושגי יסוד שבתקנת הציבור." [עניין גמליאלי, שם].

18. סבורני כי המקרה שלפנינו נופל בגדרם של אותם מקרים חריגים, אשר מצדיקים מתן רשות ערעור על פסק דין שעניינו אישור פסק בוררות, מן הטעם שהוא מעורר שאלה החורגת מעניינם הפרטי של הצדדים למחלוקת. ואולם, בניגוד לשאלה שאותה מציגה המבקשת כשאלה העקרונית, שהיא תחולתו של סעיף 11(3) לחוק הבוררות במסגרת עילת הביטול של סעיף 24(10) לחוק הבוררות, סבורני כי השאלה העקרונית העומדת להכרעתנו, היא דווקא השאלה האם מוסמך בורר לפסוק בניגוד לפסק דין או החלטה חלוטים של בית משפט. כפי שיפורט להלן, התשובה לשאלה זו היא, לטעמי, בשלילה. משכך, סבורני כי דין הבקשה להתקבל.

19. ייאמר כבר עתה, כי נוכח מסקנתי האמורה איני מוצא מקום להכריע בטענותיה של המבקשת בדבר תחולתו הכללית של סעיף 11(3) לחוק הבוררות, שעניינו העברתו של בורר אשר נבצר ממנו למלא את תפקידו, במסגרת עילת הביטול הקבועה בסעיף 24(10) לחוק הבוררות שעניינה ביטול פסק בוררות מקום בו "קיימת עילה שעל פיה היה בית משפט מבטל פסק דין סופי שאין עליו ערעור עוד".

הגם שיתכן כי בנסיבות מסוימות יהיה מקום לעשות כן, נראה כי מוטב להימנע מעירובן של העילות המשמשות להעברת בורר מתפקידו בעילות של ביטול פסק

בוררות ובפרט כאשר קביעה כאמור אינה נדרשת בנסיבות המקרה שלפניי [ראה למשל את דבריו של כבוד השופט י' מצא ברע"א 5445/01 זקס נ' אינדיגו טכנולוגיות בע"מ, פ"ד נו(4) 598, 605 (2002)].

20. ואולם, למרות האמור לעיל, מוצא אני לנכון לציין כי בנסיבות המקרה שלפנינו לא מצאתי ממש בטענתה של המבקשת לפיה היה מקום לבטל את פסק הבוררות עקב מחלתה המצערת של הבוררת, אשר הביאה לעיוורונה. כפי שמציינת המבקשת עצמה, דבר מחלתה המצערת של הבוררת והעיוורון בו לקתה כתוצאה ממנה התברר רק במהלך השלב השני של הליך הבוררות, לאחר שניתן פסק הבוררות הראשון. ואולם, בניגוד לטענותיה של המבקשת כאילו היה על הבוררת לעיין במסמכים ותשריטים רבים לצורך ההכרעה בחלקו השני של הליך הבוררות, כמו בית המשפט המחוזי סבור גם אני כי לאור השלב המתקדם בו היה מצוי הליך הבוררות עת התברר דבר מחלתה של הבוררת לא הייתה מניעה כי הבוררת תמשיך במלאכתה ותסיים את הכרעתה לעניין הפיצויים, כאשר העיון במסמכים אלו בוצע, ככל הנראה, כבר בשלב הראשון של הליך הבוררות, לגביו, כאמור, אין מחלוקת בדבר כשירותה של הבוררת לשמש בתפקידה. גם אם היה על הבוררת להיזקק לחלק מן המסמכים במסגרת השלב השני של הליך הבוררות, נראה לי כי יכלה לעשות כן תוך הסתייעות בעוזרה, שיכול היה לתאר באוזניה את המסמכים האמורים. בהקשר זה, מקובלים עלי דבריה של כבוד השופטת ר' משל במסגרתה החלטה בבקשתה של המבקשת להעביר את הבוררת מתפקידה [בש"א 23342/02 לפיהם]:

"את התשריטים והתוכניות ראתה הבוררת בעבר ואם יהיה עליה להזקק להם בשלב מתן פסק הבוררות, הרי שתכנם של מסמכים אלו ניתן לתיאור מילולי, ואילו הטיעונים, העדויות והסיכומים ניתנים להקראה"

יתר על כן, סבורני כי בצדק קבע בית המשפט המחוזי כי אין ללמוד מפעולותיה של הבוררת עם התעוורותה (כגון סגירת משרדה והפסקת הקבלה של לקוחות חדשים) כדי להוות הודאה מצדה בדבר העדר כשירותה לשמש בוררת, שכן, כפי שציינתי לעיל, הליך הבוררות נמצא בשלב מתקדם ולקראת סיום ויש להבחין בין סיום הטיפול בהליך בוררות בודד לבין קבלתם של לקוחות חדשים על ידי עורך דין והתחלתו של טיפול שוטף בעניינם. בנוסף, לא מצאתי על מה מבוססת טענתה של המבקשת בדבר חוסר הריכוז לכאורה של הבוררת.

אשר על כן, בהתחשב בכל האמור לעיל, איני סבור כי מחלתה של הבוררת פגעה בכשירותה וביכולתה לשמש בתפקידה, ובפרט נוכח השלב בהליך הבוררות בו פקדה אותה מחלתה.

יתר על כן, לא מצאתי טעם לפגם בעצם הסתייעותה של הבוררת בעוזר אשר יסייע לה בכתיבת פסק הבוררות השני [ראו בהקשר זה את דבריו של כבוד הנשיא זוסמן בע"א 428/74 למבין נ' זונטג, פ"ד כט(1) 281, 284 (1974)] ולא שוכנעתי כי הבוררת החליפה את שיקול דעתה בשיקול דעתו של עוזרה. לפיכך, איני מוצא מקום לקבל את טענותיה של המבקשת גם בהקשר זה.

21. ואולם, כאמור, סבורני כי יש ממש בטענת המבקשת לפיה תוכנו של פסק הבוררות השני מנוגד לתקנת הציבור וכי בנסיבות המקרה שלפנינו, מתקיימת עילת הביטול הקבועה בסעיף 24(9) לחוק הבוררות ביחס אליו.

במה דברים אמורים?

המונח "תקנת הציבור" הוא "מושג שסתום", אשר מחד, מהווה את ערך יסוד בשיטתנו המשפטית ומאידך, לעיתים תכופות קיים קושי מהותי בפרשנותו. עמד על קושי זה כבוד השופט א' ויתקון כבר לפני קרוב לארבעה עשורים, בציינו:

"מהסס אני... להישען על מושגים בלתי-ברורים של "תקנת הציבור", שכידוע לא פעם דומתה ל"סוס פרוע", שאינך יודע לאן יובילך" [ע"א 508/71 חלאוי נ' מפעל הפיס, פ"ד כז(1) 38, 48 (1972)]

יפים לעניין זה אף דבריו של כבוד המשנה לנשיא, מ' חשין:

"תקנת הציבור הוא מושג-מסגרת אִמְבִּי; יבואו בו אירועים מאירועים שונים, ובמערכים ממערכים שונים. הוא מחלחל בכל שיטת המשפט כולה, ונמצאנו עמנו בכל מקום." [ע"א 1795/93 קרן הגימלאות של חברי אגד בע"מ נ' יעקב, פ"ד נא(5) 433, 467 (1997)].

וכן דבריו של כבוד הנשיא מ' שמגר:

"תקנת הציבור משקפת את אושיות היסוד של הסדר החברתי [...] מעצם הווייתה היא מושג גמיש, המשתנה

משיטת משפט אחרת לרעותה, על-פי המקום והזמן: "אין ספק, כי הסוגיה של תקנת הציבור היא בין הנושאים שהם בבואה לתפיסות עולם ולהשקפות החיים המיוחדות למסגרת חברתית או לאומית נתונה, וכי התוויית תחומיה של עילת פסלות זו ודרכי יישומה לנסיבותיו של כל מקרה הן מלאכתה העצמאית והייחודית של כל שיטת משפט. זאת ועוד, אך מובן שהתפיסות בכגון דא משתנות עם חלוף העתים ומבטאות תמיד את אמונותיה ודעותיה של אותה התקופה" [...] דברים ברוח זו נאמרו כבר בשלהי המאה שעברה מפי בית המשפט העליון של ארצות הברית... "ע"א 661/88 חיימוב נ' חמיד, פ"ד מד(1) 84, 75 (1989) (להלן – עניין חיימוב)].

יתר על כן, יש מי שסבר כי קיימת אפשרות לפיה בית המשפט הוא שיקבע,

מיוזמתו הוא, מהי תקנת הציבור:

"אין צריך לומר, ומן המפורסמות הוא, שקביעת כללים אלה הריהי משימה גדולה וקשה. לא רק משום – כדברי המשל הקדמוני האנגלי – שהמושג "תקנת הציבור" הריהו כסוס פרוע שרוכבו אינו יודע לאן יובילו, אלא משום שכל הגדרה שהיא, אף אם היא לכאורה ברורה ומאוזנת, טומנת היא בחובה גרעין הספק ואי-הוודאות [...] וכאן ישאל השואל: ומה הן אמונותיה ודעותיה של אותה התקופה? הרי קשה, קשה מאוד לתת הגדרה אובייקטיבית לאמונות ודעות אלה, ודומה שההשפעה לא מבוטלת על כך יש לעולמו הפנימי של מי שקובען ומגדירן [...]. ויתירה מזו וקשה מזו: בבוא השופט לפרש תקנת הציבור מהי, האם פירושו של דבר שעליו לראות בתקנתו של הציבור את שהציבור נוהג ורוצה או אולי שומה על בית-המשפט לעבור חלוץ לפני המחנה ולקבוע מיזמתו ומדעתו הוא, לאחר עיון ושיקול מדוקדק, תקנתו של הציבור מהי..." [דבריו של כבוד המשנה לנשיא א' אלון בע"א 566/77 דיקר נ' מוך, פ"ד לב(2) 141, 149-150 (1978)]

הנה כי כן, למרות השימוש הענף שנעשה במונח זה בשיטת המשפט

הישראלית, הן במסגרת פסיקתם של בתי המשפט והן במסגרת דברי חקיקה [ראו למשל: סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג – 1973 (להלן – חוק החוזים)]; סעיף 16(5) לפקודת סימני מסחר [נוסח חדש], תשל"ב – 1972; סעיף 143 לחוק הירושה, התשכ"ה – 1965], עדיין אין תמימות דעים בנוגע להגדרתו של המונח ובנוגע לתוכן שיש לצקת לתוכו [ראו למשל: ע"א 614/76 פלמונית נ' אלמוני, פ"ד לא(3) 85, 94 (1977)]; ע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לז(1) 533,

819, 749, 555-559 (1982); בג"צ 1635/90 ז'רד'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 819 (1990) וראו גם סמדר אוטולנגי בודרות – דין ונוהל ב (להלן – אוטולנגי) 1087-1089.

22. כך למשל נאמר ביחס לתקנת הציבור בדיני חוזים כי משמעותה הערכים, האינטרסים והעקרונות המרכזיים והחיוניים אשר חברה נתונה בזמן נתון מבקשת ליישם, לשמר ולפתח, כאשר תקנת הציבור מהווה את המכשיר המשפטי אשר באמצעותו מבטאת החברה את "האני המאמין" שלה [גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי – לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (2005) 510-511 (להלן – שלו) וראו גם עניין חיימוב הנ"ל, בעמ' 85]. במקום אחר הוצע כי ביחס לאכיפתם של פסקי חוץ, יכול המונח "תקנת הציבור" את עיקרי אורח החיים של החברה בישראל; אינטרסים חיוניים של המדינה במישור מעמדה הבינלאומי ויחסי החוץ שלה; וערכי יסוד של מוסר, צדק, חרות והגינות [פרופ' ע' שפירא "הכרה ואכיפה של פסקי חוץ", עיוני משפט ד (1974) 509, 532-534]. ברי כי למרות הקושי הכרוך בכך, אין מנוס מיישומו של מונח זה בכל מקרה ומקרה, בהתאם לנסיבות העניין ותוך שימוש ראוי בשיקולים של מדיניות שיפוטית [אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי (1987) 208-210, אוטולנגי, בעמ' 1090]. יחד עם זאת, ברי כי יש לבחון את המונח בהתאם לשעתו, מקומו והקשר הענייני שמסגרתו הוא מופיע, ואין להקיש מפרשנותו בסוגיה אחת לפרשנותו בסוגיה אחרת [ראו את דבריו של כבוד השופט לוין בבג"צ 676/84 טיים אינק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לח(4) 561, 569 (1985)].

23. כאמור, בית משפט זה טרם עסק בפרשנות המונח "תקנת הציבור", ככל שהוא מתייחס לעילת הביטול הקבועה בסעיף 24(9) לחוק הבוררות. בשל עמימותה של עילה זו, נדירים המקרים בהם נעשה בה שימוש לצורך ביטולו של פסק בוררות ועוד יותר נדירים המקרים אשר הגיעו לפתחו של בית משפט זה לצורך הדיון בה, בהקשר של סעיף זה [למקרים אשר נדונו בערכאות הדיוניות ראו אוטולנגי, בעמ' 1092-1096 והאסמכתאות הנזכרות שם].

באחד המקרים ציינה כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן כי:

"אשר לעילת הביטול הראשונה [...] היותו של הפסק נוגד את תקנת הציבור אין להכביר מילים. עילה זו נדירה בגלל עמימותה ואינה הולמת את הנסיבות והטענות שבפנינו" [רע"א 6724/95 הוכמן נ' י.פ. יבואנים ומפיצים ציוד 1998 בע"מ (בפירוק) (לא פורסם, 2.9.96)].

24. כשלעצמי, סבורני כי בבואנו לפרש את המונח "תקנת הציבור" המופיע בסעיף 24(9) לחוק הבוררות, עלינו להיזקק לתוכן שנוצק למונח זה בהקשריו האחרים, כפי שהובא לעיל.

כך, לדידי, צריכה לשקף "תקנת הציבור" גם בהקשר זה את הערכים, עקרונות היסוד, האינטרסים והמדיניות המנחים, מובילים ומשקפים את החברה הישראלית שבה אנו חיים. ערכים אלו כוללים, בין היתר, את היותה של מדינת ישראל מדינה אשר שלטון החוק מושל בכיפתה ואשר דוגלת בשמירה על זכויות אדם, בין היתר כפי שהן באות לידי ביטוי בחוקי היסוד ובפסיקתו של בית משפט זה אשר פירשה אותם. בנוסף, מקובלת עליו הגישה לפיה פסיקה בניגוד לתקנת הציבור משמעה פסיקה שתוצאתה בלתי מוסרית ומנוגדת לחוק [השוו: אוטולנגי, בעמ' 1099]. ואולם, ברי כי אין די בקביעות בעלות אופי כללי כנ"ל כדי ליצוק תוכן "למושג שסתום זה" אשר ההחלטה הסופית בדבר משמעותו, תוכנו ויישומו בכל מקרה ומקרה, נתונה לבית המשפט. לכל היותר, יש בכך כדי להביע רעיון, דעה, שהם בבחינת טיפה בים המובנים שניתן ליצוק לתוכו של המונח [ראו שלו, בעמ' 511].

25. איני סבור כי המקרה שלפנינו הוא ההזדמנות הראויה לקבוע מסמרות באשר לפירוש של המונח "תקנת הציבור" שבעילת הביטול שבסעיף 24(9) לחוק הבוררות. ואולם, השאלה הניצבת לפתחנו היא, כאמור, מצומצמת הרבה יותר - האם פסק הבוררות על שני חלקיו כולל קביעות שיש בהן משום התעלמות מפסק דינו של בית משפט השלום בירושלים אשר אסר על איכלוס המבנה באופן שאינו תואם את החלטתה של הועדה המחוזית? אם התשובה על שאלה זו הינה בחיוב, יהיה עלינו להשיב לשאלה האם מנוגד תוכנו של פסק הבוררות ל"תקנת הציבור" באופן המקיים את עילת הביטול הקבועה בסעיף 24(9) לחוק הבוררות?

26. כאמור, הועדה המחוזית החליטה שלא לאשר את הבקשה שהגיש המשיב לשימוש חורג וקבעה כי תהא מוכנה לדון בחיוב בבקשה מתוקנת אם שטחה של כל יחידת דיור במבנה לא יפחת מ-40 מ"ר; כל יחידת דיור תכלול מקלחת, שירותים ומטבחון ויוקצו בבניין שטחים ציבוריים שישרתו את דייריו. לאחר שהמשיב ניסה "לעקוף" את החלטת הועדה באמצעות התקנת דלת חיצונית באופן שכל שתי יחידות תדמנה, למראית עין, ליחידה אחת בלבד ולאחר שהמבקשת החלה לקבל חזקה ביחידות הדיור שבמבנה, על סמך הוצאתו של "טופס 4", פנתה הועדה המחוזית לבית משפט השלום בבקשה לצו מניעה שימנע את אכלוס המבנה. לאחר שהתקיים דיון בעניין, קבע

בית משפט השלום בהחלטתו מיום 1.11.1991 [ב"ש 586/91, כבוד השופט מ' שידלובסקי-אור] כדלקמן:

"על יסוד הסכמת הצדדים אני מורה שהבנין לא יאוכלס אלא אם כן יתקיימו התנאים שיחידת מגורים תהיה בגודל מינימלי של 36 מ"ר, בת 2 חדרים לפחות, כולל שירותים ומטבחון, כאשר כל השירותים דהיינו: מקלחת, כיור ובית שימוש, וכן המטבחון נמצאים בתוך היחידה ולא במסדרון ותהיה סגורה בדלת. צו אי האוכלוס לגבי קומת הקרקע האטומה והקומה הרביעית, נשאר על כנו. באם ימולאו כל התנאים הנ"ל יבוטל הצו מאליו."

יתר על כן, עיון בפסק הבוררות הראשון מגלה כי במסגרת התיאור העובדתי, עמדה הבוררת על העובדות האמורות [עמ' 28-30 לפסק הבוררות הראשון] ונדמה כי לא יכולה להיות מחלוקת עובדתית באשר לאיסור לאכלס את המבנה בניגוד להחלטתה של הועדה המחוזית ובהתאם, בניגוד להחלטתו האמורה של בית משפט השלום.

27. ואולם, חרף האמור לעיל, קבעה הבוררת כי המבקשת נהגה בחוסר תום לב ושלא כדין עת ביטלה את הסכם השכירות, כאשר תחת זאת היה מצופה ממנה לפעול לשינוי התכנית ולקיים את ההסכם בהתאם להתחייבויותיה. כך, קבעה הבוררת במסגרת פסק הבוררות הראשון:

4. "בהתאם לסעיף 39 לחוק החוזים, הואיל ודרישת השינוי באה להגשמת מטרת ההסכם, היה על הנתבעת לנהוג לפי קנה מידה של שני צדדים הוגנים להסכם ולפעול באופן המשלים את תכליתו האוביקטיבית והסובקטיבית של ההסכם מגורים לעולים.

5. [...] אם היה דין ודברים בין התובע הנתבעת ונציגי הוועדה המחוזית ונציגי הועדה המקומית שאפשרה את אותו "מעקף" תוספת דלת יתכן והיה נמצא גם האיזון הכלכלי בין שני צדדים הוגנים להסכם גם אם היו מגיעים למספר דירות קטן מאלה שסברה הנתבעת בתוכניתה והדברים היו מאזנים באופן ששני הצדדים היו יוצאים נשכרים כלכלית בזמן אמת גם התובע היה נותן ידו באותה עת לאיזונים הכלכליים שהיו נדרשים מאופן נוסח ההסכם." [עמ' 38 לפסק הבוררות הראשון]

28. אין אני מוצא מקום לבחון את השאלה האם נהגה המבקשת בתום לב אם לאו. כן אין בכוונתי לבחון האם עשתה המבקשת כל שביכולתה כדי לשנות את "רוע הגזירה" אשר מנעה את איכלוסן של מספר זה או אחר של יחידות דיור במבנה, אם לאו.

איני מוצא טעם בבחינה כאמור, שכן, כידוע, אין בית המשפט יושב כערכאת ערעור על פסק הבוררות [ראו למשל: רע"א 113/87 חברת נתיבי איילון בע"מ נ' שטאנג, פ"ד מה(5) 511 (1991)]. ואולם, סבורני כי התוצאה אליה הגיעה הבוררת במסגרת פסק הבוררות הראשון, אשר תמציתה הובאה לעיל, אינה מנוגדת לתקנת הציבור. לא מצאתי בפסק הבוררות הראשון בסיס לטענתה של המבקשת לפיה הבוררת חייבה אותה לנהוג בניגוד להחלטתו של בית משפט השלום. ההיפך הוא הנכון; מעיון בפסק הבוררות הראשון עולה כי הבוררת קבעה שהיה על הצדדים לשאת ולתת על מנת להגיע אל עמק השווה באופן שיאפשר את קיומו של הסכם השכירות, בצורה כזו או אחרת, תוך שמירה על איזון כלכלי, באופן ששני הצדדים יצאו נשכרים. ודוק – הבוררת ציינה מפורשות כי יתכן ששני הצדדים "היו מגיעים למספר דירות קטן מאלה שסברה הנתבעת בתוכניתה" [סעיף 5 בעמ' 38 לפסק הבוררות הראשון]. משעה שהמבקשת מצאה לנכון לבטל את הסכם השכירות מבלי לקיים מגעים כאמור ומבלי לנסות למצוא את שביל הזהב שיאפשר את קיומו של ההסכם בשינויים כאלה או אחרים, סברה הבוררת כי מדובר בהתנהגות שהיא חסרת תום לב ומשכך קבעה כי ההסכם בוטל שלא כדין. תוצאה זו אינה מנוגדת לתקנת הציבור.

29. אכן, צודקת המבקשת בטענתה לפיה החלטתו של בית משפט השלום היא ברורה, בהירה ומפורשת, בבחינת דבר דבור על אופניו – לא ניתן לאכלס את יחידות הדיור אלא בהתאם לתנאים הנזכרים בהחלטה, המפורטים לעיל. הצדדים לא ערערו על ההחלטה האמורה (אשר מלכתחילה ניתנה בהסכמת שניהם). משכך, הפכה היא לחלוטה ומחייבת ואין עוד זכות ערעור עליה. ואולם, כאמור, הבוררת לא פסקה כי היה על הצדדים לפעול בניגוד להחלטה האמורה אלא כי היה עליהם לפעול על מנת לנסות להוציא את ההסכם לפועל, ככל שהדבר אפשרי, בשינויים המחויבים, על מנת להשיג את המטרה של יצירת מקומות דיור לעולים חדשים.

30. ואולם, דעתי בנוגע לפסק הבוררות השני היא שונה. במסגרת פסק הבוררות השני, פסקה הבוררת לטובת המשיב פיצויים, בין היתר, בגין אבדן דמי השכירות עבור 151 יחידות הדיור שהמבקשת קיבלה בהן חזקה עד לאותו המועד. תוצאה זו היא בלתי

אפשרית שכן, משמעותה האופרטיבית היא כי היה על הצדדים לקיים את ההסכם במתכונתו המקורית, באופן שיאפשר את השכרתן של 165 יחידות דיור.

הבוררת פסקה כי ראתה לנכון "להשתית את חישוב אובדן דמי השכירות על הסכמתה של עמידר עצמה לתשלום עבור חדרים שנמסרו בפועל, בהתאם להסכם שנכרת בין הצדדים" [פסקה 61, עמ' 13 לפסק הבוררות השני] ואולם, פסיקתה זו של הבוררת מנוגדת להחלטתו של בית משפט השלום אשר אסרה על השכרתן של יחידות הדיור, אלא בהתאם להגבלות המפורטות בה ואשר הובאו לעיל. אשר על כן, לא יעלה על הדעת כי המשיב יקבל לידיו פיצוי שמשמעו, למעשה, קיום ההסכם ככתבו ולשונו, בניגוד להחלטה האמורה. יצויין בהקשר זה כי גם לאחר שבחנתי בעיון רב את טענות המשיב בהקשר זה לא מצאתי טעם הגיוני כיצד מתיישבת פסיקתה האמורה של הבוררת עם החלטתו האמורה של בית משפט השלום.

31. לאחר שהגעתי לכלל מסקנה כי פסיקתה של הבוררת במסגרת פסק הבוררות השני מנוגדת לתקנת הציבור, סבורני כי המסקנה המתחייבת היא כי פסק הבוררות השני הינו מנוגד לתקנת הציבור. כפי שצינתי לעיל, כשלעצמי, סבור אני כי שלטון החוק הוא אחד מן הערכים ועקרונות היסוד המנחים בחברה הישראלית. איני יכול להעלות על דעתי מצב בו ינתן תוקף לפסק הבוררות אשר תוכנו מנוגד לפסק דין או החלטה חלוטה של בית משפט, באופן שלמעשה מרוקן את אותו פסק דין או החלטה מתוכן. זה המצב במקרה שלפנינו. משכך, שוכנעתי כי פסק הבוררות השני במקרה שלפנינו מנוגד לתקנת הציבור וכי מתקיימת לגביו עילת הביטול הקבועה בסעיף 24(9) לחוק הבוררות. ודוק – אין משמעותה של מסקנתי זו כי המבקשת אינה מחויבת בתשלום פיצויים למשיב בגין ביטולו של ההסכם.

32. לאחר שהגעתי למסקנה האמורה בדבר התקיימותה של עילת הביטול הקבועה בסעיף 24(9) לחוק הבוררות, שומא עליי לקיים את מצוות המחוקק ולבחון, בהתאם להוראת סעיף 26 לחוק הבוררות, האם ניתן להותיר את פסק הבוררות השני על כנו, למרות התקיימותה של עילת הביטול שבסעיף 24(9) הנ"ל, הואיל ולא נגרם למבקשת עיוות דין, או האם "ניתן לבטלו בחלקו, להשלימו, לתקנו או להחזירו לבורר". חוששני כי בחינה כאמור מביאה למסקנה כי אין מנוס מביטולו של פסק הבוררות השני במלואו והחזרת העניין לבוררת, על מנת שתפסוק בשנית בעניין הפיצויים.

33. לדידי, משעה שנקבע כי תוכנו של פסק הבוררות נוגד את תקנת הציבור, לא יעלה על הדעת כי בית המשפט יאשרו [השוו: אוטולנגי, בעמ' 1100]. כך, במקרה

שלפנינו, לא יתכן כי יאושר פסק בוררות שתוכנו מנוגד להחלטה חלוטה של בית משפט. יתכן כי במקרים מסוימים ניתן לאשר את פסק הבוררות בחלקו, תוך הותרת החלקים שאינם מנוגדים לתקנת הציבור על כנם וביטול האחרים, תוך שימוש בשיטת "העיפרון הכחול" [ליישום "שיטת העיפרון" הכחול ביחס לעילות ביטול אחרות ראו למשל: ר"ע 34/87 רבינוביץ נ' רבינוביץ, פ"ד מא(2) 398, 401 (1987) וראו גם אוטולנגי, בעמ' 1191-1192, והדוגמאות לפסקי דין של הערכאות הדיוניות אשר נקטו בגישה זו אשר מופיעות שם]. ואולם, במקרה שלפניי קיים חשש כי כל ראשי הנזק שבגינם פסקה הבוררת פיצוי לטובת המשיב מבוססים על ההנחה לפיה זכאי הוא לפיצוי בגין 151 היחידות שהמבקשת קיבלה בהן חזקה. בנסיבות אלה, מוצא אני קושי להפריד בין חלקיו השונים של פסק הבוררות השני וחוששני כי אין מנוס מביטולו של פסק הבוררות השני והחזרת העניין לבוררת על מנת שתפסוק שנית בעניין הפיצויים.

34. אשר על כן, אציע לחבריי ליתן רשות ערעור ולקבל את הערעור באופן חלקי, במובן זה שפסק דינו של בית המשפט המחוזי יבוטל, ככל שהוא נוגע לאישור פסק הבוררות השני ויחד עימו יבוטל גם פסק הבוררות השני. באשר לפיצויים שישולמו למשיב, עניין זה יוחזר לבוררת על מנת שתפסוק לגביו בשנית, בהתחשב באמור בפסק דין זה. המשיב ישא בהוצאות המבקשת ובשכר טרחת עורכי-דינה בסך של 30,000 ₪ בתוספת מע"מ.

ש ו פ ט

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. אני מצטרפת למסקנתו של חברי, השופט דנציגר, לפיה דין פסק הבוררות השני להתבטל. אלא שלא כדעת חברי, הסבור כי פסק הבוררות הראשון תקף, דעתי היא, כי גם הוא אינו תקף ודינו להתבטל. עמדתי היא כי יש ליתן רשות ערעור, לקבל את הערעור במלואו באופן שיביא לביטול פסק הדין של בית המשפט המחוזי על כל חלקיו, ולהחזיר את העניין לבוררות, כדי שיתברר מלכתחילה, בהתאם לאמות המידה שתפורטנה להלן.

2. כלל הוא בענייני בוררות, כי תחום ההתערבות השיפוטית בפסק בורר הינו מצומצם ביותר, ומוגבל לעילות ביטול הפסק, המתרכזות בעיקר סביב עניינים הנוגעים לתקינות הליך הבוררות, והתאמתו של ההליך לרצון הצדדים המשתקף בהסכם הבוררות. בדרך כלל, בביקורתו השיפוטית על פסק בוררות, אין בית המשפט אמור

להיכנס לבדיקת תוכנו של פסק הבוררות, והעילה של טעות על פני הפסק שוב אינה מוכרת, בכפוף לתיקון מס' 2 לחוק הבוררות, אשר על משמעויותיו הרחיב דברים חברי, המשנה לנשיאה ריבלין. עם זאת, חריג מוכר לכך מצוי בסעיף 24(9) לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968 (להלן – חוק הבוררות), המורה כי תתקיים עילת ביטול של פסק בורר כאשר תוכנו של הפסק מנוגד לתקנת הציבור (רע"א 7205/01 כפר דניאל נ' מיטרני (לא פורסם, 4.2.2002); ע"א 594/80 אליאב נ' הסנה, פ"ד לו(3) 543 (1982); רע"א 113/87 חב' נתיבי איילון בע"מ נ' שטאנג, פ"ד מה(5) 511, 518 (1991) (השופט אור)). מגמת צמצום ההתערבות השיפוטית בפסק הבורר, שנועדה לתת יד חופשית לצדדים לבוררות לעצב לעצמם את מנגנון יישוב המחלוקת ביניהם, נעצרת על מפתן הפגיעה בתקנת הציבור. לנוכח אפשרות קיומה של פגיעה כזו, על בית המשפט לחדור ל"קרביים" של פסק הבורר, ובהימצא סטייה מערך זה, שומה עליו לבטל את פסק הבוררות, ולהחזיר את הדיון לבורר, או להותירו להכרעה בערכאה שיפוטית, על פי הענין.

צודק חברי, השופט דנציגר, בהצגת המורכבות והחריגות שבהיזקקות לעקרון תקנת הציבור כעילה לביטול פסק בורר. אני מסכימה עוד, כי אין הכרח לעמוד בנסיון להגדיר בצורה מקיפה וכוללת את משמעותו של מונח זה, אלא יש למלאו תוכן ממקרה למקרה, בהתאם לנסיבותיו.

עם זאת, קשה לחלוק על כך כי המושג "תקנת הציבור", בגדרה של העילה לביטול פסק בורר, כולל וחובק אל תוכו מצבים של אי-חוקיות, והוא – כאשר תוכנו של פסק הבוררות אינו עולה בקנה אחד עם ציוויי החוק במדינה, או מתבסס על הנחות יסוד העומדות בסתירה לציוויים אלה. הוא עשוי לכלול גם מצבים בהם פסק הבורר נותן תוקף וממשות לפעולות פסולות של צדדים, חרף היותן מנוגדות לתקנת הציבור.

טענה לפיה תוכנו של פסק הבוררות מנוגד לתקנת הציבור מצריכה כניסה לנבכי תוכנו של הפסק, כדי לבחון אם הוא נוגד את תקנת הציבור. בחינה זו מתחייבת לא בהקשר לשאלה אם נפלה טעות בפסק בהחלת הדין המהותי, אלא כדי לענות לשאלה האם לוקה הפסק בהנחות היסוד עליהן הוא מושתת מבחינת ערכים בסיסיים של תקנת הציבור. פסק בורר הנותן תוקף לפעולות משפטיות שנפל בהם פסול של אי חוקיות או סתירה לתקנת הציבור, עשוי להתבטל על בסיס עילת הביטול הנוגעת לתקנת הציבור.

3. בענייננו, ייחס פסק הבוררות תוקף משפטי לחוזה השכירות בין הצדדים, ופסק פיצויי קיום על פיו. זאת, על אף שההסכם פסול מחמת היותו מנוגד לתקנת הציבור, וכן בשל כך שביצעו הפך להיות בלתי חוקי. מעבר לכך, ההסכם התבטל מהטעם שתנאי מתלה בו – השגת ההיתרים הנדרשים לביצועו – לא נתממש.

חוזה המנוגד לתקנת הציבור

4. סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן – חוק החוזים) קובע:

חוזה פסול

"חוזה שכריתתו, תוכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל".

סעיף 31 קובע:

תחולת הוראות

"הוראות סעיפים 19 ו-21 יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על בטלותו של חוזה לפי פרק זה, אולם בבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן, ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21, כולה או מקצתה, ובמידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה – לחייב את הצד השני בקיום החוב שכנגד, כולו או מקצתו".

5. בין המדינה – באמצעות חב' עמידר כשלוחתה – לבין המשיב נקשר בחודש ינואר 1991 חוזה שכירות לצורך שיכון עולים חדשים שיבואו לישראל. בהסכם זה, התחייב המשיב להשכיר לעמידר, היא המבקשת (להלן – עמידר או המבקשת), מושכר ובו 165 יחידות דיור בנות חדר אחד, כאשר בכל קומה ומחוץ ליחידות הדיור, מתוכננים מספר מטבחים, בתי שימוש, מקלחות וכיורים, המשותפים למספר דירות.

בסעיף 3 להסכם השכירות הצהיר המשכיר, הוא המשיב:

"המושכר הינו שלד בנין הנמצא בשלבי בנייה סופיים, ונמצאים בידי כל האישורים וההיתרים הדרושים על פי

כל דין להשלמת הבנייה, לרבות ייעוד המושכר למטרה
האמורה בסעיף 7 שלהלן...”.

סעיף 7 להסכם השכירות מגדיר את מטרת השכירות – מגורים לעולים חדשים
ולאחרים, וקובע בסיפא לו:

”המשכיר מצהיר בזאת כי מותר להשתמש במושכר
למגורים על פי כל דין, או לחילופין, כי יהיה בידו כל
רשיון או אישור הנחוצים כדין על מנת להשתמש
במושכר למגורים, וכי ימציא אישור עורך דינו על כך על
גבי הסכם זה כתנאי, ולפני תשלום כלשהו על פי הסכם
זה”.

6. מספר חודשים לאחר חתימת הסכם השכירות, דנה הוועדה המחוזית לתכנון
ובנייה בבקשה לשימוש חורג בבנין על פי תכנית שהוצגה לה על ידי הוועדה המקומית
(ביוזמת המשיב), שנועדה להכשיר את איכלוס המושכר על בסיס חלוקה פנימית של
165 יחידות דיור. ביום 21.5.91 החליטה הוועדה המחוזית לסרב לאשר את הבקשה על
פי תכנית האיכלוס האמורה, וקבעה כי תהיה מוכנה לדון בבקשה מתוקנת בתנאי
ששטח כל יחידת דיור לא יפחת מ-40 מ"ר וכל יחידת דיור תכלול מקלחת, שירותים
ומטבחון. משמעות החלטה זו היא כי במקום 165 יחידות דיור ניתן להקצות במבנה 48
יחידות בלבד, ולכל יחידה יש להקצות חדר שירותים משלה, תוך ביטול חדרי שירותים
משותפים למספר יחידות כפי שהוסכם בהסכם השכירות. בכך הבהירה רשות התכנון כי
במישור העקרוני, ניתן לאשר רק פחות משליש מספר יחידות דיור במושכר מכלל היקף
היחידות שהוסכם עליו בחוזה השכירות. הרציונל הברור ביסוד החלטה זו נועד
להבטיח קיומם של תנאי רווחה מינימליים למגורי עולים החדשים, שהמדינה אמורה
היתה לשכנם במבנה.

תכניות הבנייה והאיכלוס מעולם לא שונו על ידי הצדדים להסכם השכירות כדי
להתאימם להחלטת הוועדה המחוזית. נותר, אפוא, הסכם השכירות על 165 יחידותיו,
אשר לא ניתן היתר לשימוש חורג המתיר את ביצועו, כאשר כנגדו עומדת החלטת
הוועדה המחוזית להתיר את איכלוס הבנין על בסיס 48 יחידות בלבד, היקף המהווה
פחות משליש מהיקף האיכלוס המוסכם על פי חוזה השכירות. עוד יש לציין, כי על פי
הנתונים בחוזה השכירות, השטח המשוער של יחידת דיור בת חדר אחד עומד על כ-23
מ"ר בלבד (שטח כל קומה 750 מ"ר x 5 קומות = 3,750 מ"ר, המחולקים ל-165
יחידות). לעומת זאת, השטח המינימלי של יחידת דיור על פי החלטת הוועדה המחוזית
עומד על כפליים בערך. על פי הסכם השכירות, ב-165 יחידות הדיור, אמורים היו

לאכלס משפחות עולים בנות מספר נפשות בתנאי צפיפות מחפירים. הועדה המחוזית סרבה לאשר זאת, והעמידה תנאי למתן היתר איכלוס בהגדלה ניכרת ביותר של שטח כל יחידה, וצמצום ניכר של מספר יחידות המגורים להשכרה.

7. במאמציו לבצע את הסכם השכירות ובדרך לא דרך, קיבל המשיב מהוועדה המקומית לתכנון ובנייה צו איכלוס של המבנה על בסיס התכניות המקוריות שנשענו על חלוקה פנימית ל-165 יחידות דיור בבנין. כן הוא ניסה לעקוף את החלטת הוועדה המחוזית באמצעות הוספת דלת חיצונית לכל שתי יחידות דיור קיימות כדי להופכן, ולו למראית עין, ליחידת דיור אחת. הוועדה המקומית הוציאה טופס 4 (תעודת גמר), שעל בסיסו החלה עמידר לקבל חזקה ביחידות דיור בנכס – שוב בסתירה מוחלטת להחלטת רשות התכנון המחוזית, וכך היא קבלה חזקה ב-151 יחידות דיור. בכך, נקטו הצדדים לחוזה צעדים ממשיים לבצועו.

8. בעקבות זאת, פנתה מדינת ישראל לבית משפט השלום בירושלים בבקשה להוציא צו האוסר על איכלוס המבנה במצבו האמור. צו מניעה ברוח זו ניתן ביום 1.11.91, והפך צו חלוט. על פי תוכנו, אוסר הצו על איכלוס הבנין אלא אם כן יתקיימו התנאים לפיהם יחידת מגורים תהיה בגודל מינימלי של 36 מ"ר, בת 2 חדרים לפחות, כולל שירותים ומטבחון, כאשר כל השירותים ימצאו בתוך יחידת המגורים ולא במסדרון הקומה, והיחידה תהיה סגורה בדלת. צו שיפוטי זה עומד בתוקפו עד לעת זו.

9. חוזה השכירות נועד לאפשר איכלוס עולים חדשים במבנה המושכר המחולק ל-165 יחידות דיור כאשר שטחה היחסי של כל יחידה עומד על כ-23 מ"ר בלבד. רשות התכנון לא התירה שימוש חורג בבנין בתנאים אלה, מתוך דאגה לרווחתם המינימלית של העולים, וכחלק מתפיסה ציבורית בסיסית בדבר תנאי קיום חיוניים הנדרשים לאדם. החלטת רשות התכנון משקפת את הפער המהותי הקיים בין תנאי האיכלוס המוסכמים על פי חוזה השכירות, לבין התנאים המינימליים הנדרשים למגורי אדם. פער זה מדגים עד כמה תנאי האיכלוס על פי חוזה השכירות אינם הולמים את מושגי החיים הנקוטים כיום בענין סף המינימום לתנאי מגורים אנושיים, ובמיוחד כך הדבר כאשר רשות ציבורית כצד להסכם, היא האחראית לקליטתם של העולים החדשים, לשיכונם בתנאי מגורים הולמים, ולהבטחת איכות חייהם הבסיסית, וכבודם כבני אדם.

בעידן של הכרה בזכויות אדם לכבוד, ולקיום בתנאים בסיסיים – ובהם תנאי מגורים במירווח מחייה מינימלי – מעלה הסכם השכירות, על תנאיו בדבר מספרן

ואופייין של יחידות הדיור בו, שאלה של מידת התיישבותו עם תקנת הציבור. זאת, במיוחד כאשר רשות ציבורית היא צד להסכם כזה, הנכרת בגדר חובתה הציבורית לקלוט עולים חדשים שזה עתה הגיעו לישראל.

10. דרכי החלתה של תורת בטלות חוזה מחמת תקנת הציבור במסגרת סעיף 30 לחוק החוזים עברו שינויים בכיוון של הרחבת השימוש בעילה זו לצורך ביטול חוזה, כאשר תוכנו סותר ערך חברתי בסיסי. במקרה זה, הערך הנוגע בדבר מתייחס לשמירה על רמת חיים ואיכות חיים בסיסית של עולים חדשים שיש לקלוט אותם ולשלבם בחיי החברה בישראל בתנאים מינימליים של רווחה. ניתן לומר, כי שיכונם של עולים חדשים, ובכלל זה משפחות בנות מספר נפשות, ביחידות דיור צפופות, ששטח כל יחידה אינו עולה על 23 מ"ר, וכאשר חדרי השירותים מצויים מחוץ ליחידה, ומשותפים למספר יחידות, אינו קביל מן הבחינה הציבורית, ואינו מתיישב עם מושגי רווחה מינימליים שעל רשות ציבורית להבטיח בהליך קליטתם של עולים חדשים שזה מקרוב באו. חוזה הבנוי על תנאים מסוג זה אינו מתיישב עם תקנת הציבור כמשמעותה המשתנה עם העיתים (גבריאלה שלו דיני החוזים – החלק הכללי (לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי) 522-523 (2005) (להלן – שלו)). על הגמישות שבעילת תקנת הציבור כאמצעי לבחינת תוקפו של חוזה אומר השופט זמיר בדנג"צ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 373 (2000):

”כדי לבטל חוזה משום שהוא סותר את תקנת הציבור לא צריך לעשות איזון עדין כמו במאזניים של בית מרקחת, כדי לשקול את הערכים ואת האינטרסים המעורבים, אלא ראוי להסתפק באיזון גס יותר, ודי לשם כך בעין טובה ובשכל ישר, וצריך שיהיה ברור לעין (דגש על ברור) כי החוזה סותר את תקנת הציבור. לעומת זאת, כאשר החוזה, גם אם אין הוא נאה מן הבחינה האישית של צד לחוזה, עדיין אין הוא בלתי נסבל מן הבחינה הציבורית, ראוי לקיים את החוזה.”

הוועדה המחוזית, בתורת רשות ציבורית המופקדת על ענייני התכנון, הביעה את עמדתה החד משמעית בהחלטתה כי הסכם השכירות המתבסס על איכלוס של 165 יחידות דיור בנות 23 מ"ר כל אחת אינו אפשרי ואף אינו נסבל מן הבחינה הציבורית. ביטוי לכך ניתן גם בצו המניעה השיפוטי אשר אסר בהוראה שיפוטית על ביצועו של החוזה כמות שהוא. עמדה זו מתחזקת לגופה על רקע העובדה כי תכלית החוזה היא לשכן עולים חדשים שזה עתה הגיעו לישראל, וכי צד לחוזה היא רשות ציבורית

הפועלת מטעם המדינה, במסגרת תפקידה כקולטת עלייה בגדר משימותיה הממשליות. ככזו, מוטלת על הרשות החובה להבטיח תנאי רווחה מינימליים בקליטת עולים.

בנסיבות אלה, ניתן לומר כי תוכנו של הסכם השכירות, ככל שהוא נוגע להיקף האיכלוס במושכר, סותר את תקנת הציבור מבחינת השפעתו על תנאי החיים ורמת החיים הצפויים לעולים החדשים שעתידים היו להשתכן במושכר. חוזה הסותר את תקנת הציבור בטל על פי סעיף 30 לחוק החוזים.

הסכם השכירות בהיבט של אי חוקיות

11. בצד הפסול שבדבק בהסכם השכירות מבחינת תקנת הציבור, ראוי לבחון את הוראותיו גם מבחינת היבט חוקיותו. הסכם השכירות בין הצדדים היה בעת כריתתו חוקי הן בהיבט כריתתו, והן בהיבט תוכנו ומטרתו. עם זאת, לצורך ביצוע החוקי, הוראות הסכם השכירות נשענו על ההנחה כי המשיב ישיג את ההיתרים הנדרשים מרשויות התכנון, כדי שניתן יהיה ליישם את הסדר ההשכרה, וכי ניתן יהיה לאיכלוס המבנה על פי תנאי ההסכם. רשות התכנון, לא אישרה את תנאי האיכלוס, ובכך הפך ביצוע של החוזה – קרי: איכלוס 165 יחידות הדיור בבנין על פי תנאיו המקוריים, לאסור. בהעדר היתר לשימוש חורג מרשות התכנון, המתיר את איכלוס הבנין על פי תנאי החוזה המקורי, קרי: איכלוס 165 יחידות דיור, אסור היה לצדדים לחוזה לבצעו בדרך של איכלוס המבנה כאמור. פעולה בניגוד להחלטת רשות התכנון היתה מקימה אף עבירה פלילית (פרק י', "עבירות ועונשין", לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965). יתר על כן, לאיסור זה מכוח החוק לבצע את החוזה, נוסף גם האיסור הנובע מצו המניעה השיפוטי שהוצא על ידי בית המשפט, אשר אסר על ביצועו של החוזה בדרך של איכלוס המבנה, כל עוד לא ישונו באופן מהותי תנאי האיכלוס בו, ויוקטן מספר היחידות ביותר משני שלישי, ויוגדל שטחן של היחידות בהתאם.

12. על פי דעה משפטית הקיימת בישראל ובארצות אחרות, חוזה שנקשר כדין, אך ביצעו הפך מאוחר יותר בלתי חוקי, מוחזק כחוזה פסול ובטל, עליו חלות הוראות סעיף 30 לחוק החוזים. אומרת על כך פרופ' גבריאלה שלו בספרה:

"שאלתנו נסבה על חוזה שיצא לדרך כחוזה כשר וחוקי, ובשלב מאוחר של חייו הפך ביצועו לבלתי חוקי. לכאורה, סיטואציה כזו אינה נכללת בגדר סעיף 30. התוצאה שלפיה אין סעיף 30 חל על ביצוע בלתי חוקי אינה ראויה. ניתן להגיע לתחולת סעיף 30 גם על חוזה שביצעו אינו חוקי באחת משתי דרכים: האחת – על ידי

ראיית הסכמתם, המאוחרת לכריתה של שני הצדדים להשתמש בחוזה למטרה בלתי חוקית כחוזה חדש שמטרתו אינה חוקית; השניה – באמצעות ראיית סעיף 30 כהוראת חוק דינמית, החלה אף על התרחשויות מאוחרות בחיי החוזה. בדרך זו, יחול סעיף 30 גם כאשר אי החוקיות מופיעה בשלב מאוחר של חיי החוזה, לאחר עריכתו. פירוש רחב זה של סעיף 30 מתיישב עם הגיון הוראתו הן במישור העקרוני, והן במישור הקונקרטי" (שלו, בעמ' 508).

בספרה, מפנה פרופ' שלו לעמדתו השונה של פרופ' טדסקי בסוגיה זו (גד טדסקי "הסכמי המינהל הציבורי עם הפרט" משפטים יב 227, 231 (תשמ"ב); ראו גם: ע"א 10782/03 אגרוסקו נ' בית אריזה אביב לפרחים, פסקה 20 (לא פורסם, 22.9.2004) (השופט עדיאל), וכן בע"א 53/80 קבוץ שניר נ' שרייטר, פ"ד לז(3) 189 (1983), את עמדתו של השופט י' כהן, בעמ' 195, לעומת עמדתה של השופטת נתניהו, בעמ' 200).

לעמדתה של פרופ' שלו, לפיה חוזה ייחשב פסול ובטל כאשר ביצעו הפך בלתי חוקי גם בנסיבות בהן כריתתו, תוכנו או מטרתו חוקיים, נמצאת תמיכה בכתיבה המשפטית באנגליה ובארה"ב.

אומר Chitty בספרו (JOSEPH CHITTY, CHITTY ON CONTACTS Vol. I, 1095) :((30th ed. 2003):

"Illegality as to performance.

The Illegality may arise because both or one of the parties may intend to perform the contract in an illegal manner. The court will deny its assistance where both or one of the parties intended to perform the contract in an illegal manner, or to effect some illegal purpose".
(ההדגשה לא במקור).

הרציונל לכלל זה נעוץ בשיקולים של תקנת הציבור (public policy) (שם),
בעמ' 1094).

בארה"ב אומר Williston (RICHARD LORD, WILLISTON ON CONTRACTS) : (Vol. 5, 570 (4th ed. 1993):

"Generally, whenever the performance of an act would be either a crime or a tort, a promise or agreement to do that act would also be illegal and void or unenforceable".

(ההדגשה לא במקור).

בענין *Nathan v. Tenna Corp.*, 560 F.2d 761 (7th Cir. 1977), אומר בית המשפט הפדראלי האמריקאי, בהתייחס לעקרון האוסר אכיפה של הבטחה הכרוכה בביצוע בלתי חוקי:

"This principle applies as well to the situation, as in the instant case, where the promised performance is legal, but the actual performance is illegal, since the two situations traditionally have been treated identically: 'A bargain is illegal... if either its formation or its performance is criminal, tortuous, or otherwise opposed to public policy'" (RESTATEMENT OF CONTRACTS, §512).

(ההדגשה לא במקור).

אני נוטה לומר, כי הגישה המשפטית המסוגלת חוזה שהוא חוקי מתחילתו, אך אשר ביצעו הפך בלתי חוקי, לתחומי הקטגוריה של "חוזה פסול", משתלבת בפרשנות התכליתית הראויה של ההסדר המשפטי המעוגן בסעיף 30 לחוק החוזים, העוסק בחוזים פסולים בשל כתם אי החוקיות שדבק בהם. על פי הגישה האמורה, חוזה כזה נחשב בטל, והתרופות בגינו מעוגנות בסעיף 31 לחוק החוזים, הנותן בידי בית המשפט אמצעים מגוונים ומרחב תימרון ניכר לעשות צדק עם הצדדים בהתחשב בנסיבות הענין.

החלת גישה משפטית זו על נסיבות הענין שלפנינו, מביאה לתוצאה כי העדר היתר לשימוש חורג לצורך איכלוס הבנין על פי הסכם השכירות המקורי, ותוכן החלטת הוועדה המחוזית אשר סרבה למתן היתר כזה, הפכו את ביצועו של החוזה בדרך של איכלוס המבנה לביצוע הסותר את דיני התכנון והבנייה, וככזה – לביצוע אסור. בלא שינוי מהותי של חוזה השכירות והפיכתו, למעשה, לחוזה חדש שתנאיו שונים בתכלית, וקבלת אישור רשות התכנון, לא ניתן היה לבצע באופן חוקי את הסכם השכירות. משכך, ניתן לראות בהסכם השכירות הסכם שבצעו הפך בלתי חוקי, ולפיכך ההסכם הפך פסול ובטל. חרף זאת, המשיב עשה מצידו צעדים לביצועו של ההסכם, על ידי שבנה דלת חיצונית המסתירה שתי יחידות דיור באופן שיראה, למראית עין, כאילו מדובר ביחידה אחת, ועמידר מצידה קיבלה לידיה 151 יחידות דיור, במסגרת בצוע

החוזה, ובלא היתר כנדרש מהועדה המחוזית. לצורך ביצוע ההסכם, בוצעו במבנה עבודות ללא היתר כדין, ובסתירה להחלטת הוועדה המחוזית בנסיבות שהיה בהן עבירה על החוק. בעקבות זאת, הוצא צו מניעה שיפוטי אשר אסר על הצדדים לחוזה לאכלס את הבנין. צו זה מנע את הצעד האחרון בבצוע ההסכם - איכלוס בפועל של הבנין. בנסיבות אלה, ועל פי הגישה המשפטית האמורה, ניתן להשקיף על חוזה השכירות כחוזה פסול מחמת אי חוקיות שנתלוותה לביצועו.

הסכם השכירות כ- "חוזה על תנאי"

13. במאמר מוסגר אציין, כי מעבר למאפייני פסלותו של החוזה מטעמי סתירה לתקנת הציבור ואי חוקיות ביצועו, הסכם השכירות מהווה "חוזה על תנאי" כמשמעות סעיף 27(ב) לחוק החוזים, הקובע: "חוזה שהיה טעון הסכמת אדם שלישי או רישיון על פי חיקוק, חזקה שקבלת ההסכמה או הרישיון הוא תנאי מתלה".

ביצועו של הסכם השכירות, ושימוש במבנה למגורים, היה מותנה בהשגת היתר לשימוש חורג. על פי סעיף 29 לחוק החוזים, אם היה חוזה מותנה, והתנאי לא נתקיים תוך תקופה שנקבעה לכך, ובאין תקופה כזאת – תוך זמן סביר מכריתת החוזה, הרי אם היה תנאי מתלה – מתבטל החוזה.

בענייננו, התנאי שחייב את המשיב להמציא היתר לשימוש חורג שיאפשר את ביצועו של החוזה לא נתקיים, בסירובה של הוועדה המחוזית להתיר את איכלוס הבנין על בסיס של 165 יחידות דיור. בכך לא נתקיים התנאי המתלה, והחוזה התבטל גם מן הטעם האמור.

פסק הבוררות והעילה לביטולו

14. הסכם השכירות על פי תוכנו לא התיישב עם עקרון תקנת הציבור מבחינת תנאי המגורים והאיכלוס שהוא הסדיר לקליטת העולים החדשים. כמו כן, הוא התבטל מחמת אי התקיימותו של תנאי מתלה אשר חייב היתר על פי חוק שלא ניתן. ביצועו של ההסכם הפך בלתי חוקי מעת שלא ניתן היתר לשימוש חורג והחלטת רשות התכנון לא התירה את ביצועו על פי הוראותיו המקוריות. האיסור לבצע את החוזה נבע גם מהצו השיפוטי שאסר את איכלוס המבנה על פי הוראות החוזה. חרף זאת, הצדדים לחוזה עשו פעולות שונות שהיו צעדים ראשוניים לקראת ביצועו של ההסכם בניגוד לדין, עד שהצו השיפוטי שניתן קטע פעולות אלה ועצר את פעולות האיכלוס.

בתנאים אלה, יש לראות את חוזה השכירות כבטל על פי סעיף 30 לחוק החוזים, קודם לכל, מהטעם שהוא נוגד את תקנת הציבור. ניתן לראותו גם כחוזה שהפך פסול משעה שביצעו הפך אסור. ממכלול טעמים אלה, החוזה בטל והיה מקום לקבוע את תרופות הצדדים על בסיס הנחה זו, קרי, על יסוד העקרונות התרופתיים המעוגנים בסעיף 31 לחוק החוזים.

15. חרף זאת, הבוררת השתיתה את פסק הבוררות שנתנה, על שני חלקיו, על הנחה כי חוזה השכירות חוקי ותקף, ואף על הקביעה כי עמידר הפרה אותו. בחלק הראשון של הפסק היא קבעה, כי המבקשת נהגה בחוסר תום לב בביצוע ההסכם, ולכן הודעת ביטול ההסכם מטעמה היתה שלא כדין. מסקנתה היא כי ההסכם עומד בעינו, והמשיב זכאי לפיצוי בהסתמך על חוזה קיים ובהתבסס על ההנחה כי המבקשת הפרה את החוזה. הבוררת התעלמה מהבעייתיות שבתוכן הסכם השכירות מבחינת תקנת הציבור, ומאי החוקיות שדבקה בביצועו לאור החלטת רשות התכנון, ונוכח הצו השיפוטי שהוצא. היא קיימה בהחלטתה את ההסכם, והורתה על פיצוי המשיב על הפרתו, בין היתר, על יסוד מרכיב פיצויי קיום חוזיים.

16. בחלק השני של פסק הבוררות, פסקה הבוררת פיצויים בגין הפרת חוזה על ידי עמידר, על בסיס ההנחה כי החוזה, גם לאחר החלטת הוועדה המחוזית שלא לאשר את האיכלוס על פי תנאי החוזה, עומד בתוקפו, וכי אי נכונות המבקשת לעשות פעולות שתבאנה לביצוע ההסכם, גם אם הדבר מחייב שינוי התנאים החוזיים, מהווה הפרת חובת תום הלב, המזכה את המשיב, בין היתר, בפיצויי קיום חוזיים. פיצויים אלה התבססו על מסירת חזקה ב-151 חדרים לידי עמידר. הפיצוי נפסק בגין החזר הוצאות להתאמת המבנה, אובדן דמי שכירות, וירידת שווי הנכס. מאחר שהתביעה הוגבלה ל-11 מליון ₪, נפסק סכום זה במלואו, אף שהיקף הפיצוי עלה באופן ניכר על סכום זה. סכום פסק הבוררות עומד עתה על סך של כ-22 מליון ₪, שאותו על עמידר לשלם למשיב בגין הפרתה את חוזה השכירות, מכוח פסק הבוררות.

17. שני חלקי פסק הבוררות מתבססים, אפוא, על ההנחה כי חוזה השכירות – חרף תוכנו הסותר את תקנת הציבור, ולמרות אי החוקיות הכרוכה בביצועו – הינו חוזה תקף, שעמידר הפרה אותו בחוסר תום לב בבקשת הביטול שהגישה, ובמחדליה להביא לשינוי תנאי החוזה והתכניות כדי להכשירו. החלטת הבוררת להותיר את ההסכם בתוקף עקב "חוסר תום לבה" של עמידר, ולפסוק פיצויי קיום למשיב על בסיס ההנחה כי מדובר בהסכם תקף, חוקי ובר-ביצוע, היא לא רק שגויה מבחינת החלטת הדין המהותי; משמעות פסיקה זו היא הטלת פיצויי קיום חוזיים על חוזה שביצעו הפך בלתי

חוקי, ועל כן בטל. פסיקה זו, כרוכה בהכשרת הסכם פסול ובחיובה של עמידר ובאמצעותה את הציבור - בתשלום פיצויי קיום מלאים בגין אי ביצועו של חוזה שתוכנו לא התיישב מלכתחילה עם תקנת הציבור, ולמרות שהפך להיות הסכם אסור מאחר וביצעו כרוך באי חוקיות עקב החלטת רשות התכנון, ונוכח צו המניעה השיפוטי שאסר על ביצועו. נסיבות אלה מעמידות את פסק הבוררות, על שני חלקיו, בגדר פסק המנוגד לתקנת הציבור, ומתקיימים בו תנאי עילת הביטול שבסעיף 24(9) לחוק הבוררות. פסק הבוררות אינו מתיישב עם ערכים בסיסיים של תקינות ציבורית, מבחינת הנטל שהוא מטיל על שכם הציבור, ושומה לתקנו (רע"א 2177/04 עזבון גולדבליט נ' רובינשטיין (לא פורסם, 29.5.2006) (להלן – ענין עזבון גולדבליט)).

18. אוסיף מעבר לנדרש, כי אפשר שניתן לבסס עילת ביטול פסק הבוררות גם על עילת הביטול בסעיף 24(3) לחוק הבוררות, המתייחסת למקרה בו הבורר פעל בחריגה מהסמכויות שהוקנו לו בהסכם הבוררות. בורר המקיים הסכם שתוכנו נוגד את תקנת הציבור, ואשר ביצעו הפך בלתי חוקי, ופוסק לצד לחוזה פיצויי קיום על יסוד ההנחה כי החוזה תקף ומחייב, עשוי לחרוג בכך מסמכותו, שבגידרה עליו לפסוק על פי הדין המהותי. יתירה מזו: פסיקת הבורר בדבר תוקפו המשפטי של ההסכם, ופסיקת פיצויי קיום על פיו חרף קיום צו שיפוטי האוסר, למעשה, על ביצועו של ההסכם, עשוי אף הוא להוות חריגה מסמכות הבורר. החריגה מתבטאת בבסיס המשפטי עליו השעין פסק הבוררות את הזכאות לפיצויי קיום, שאינה מתיישבת עם קיום האיסור שבדין על ביצועו של ההסכם ואשר קיבל חיזוק אף מכוח צו המניעה השיפוטי שהוצא ביחס לביצוע כזה. לגבי הענין האחרון, ולשם השוואה, ניתן להפנות לפסיקה, על פיה בורר שדן ופסק בענין בניגוד למעשה בית דין שחל מתוקף פסק דין קודם של בית משפט נמצא כמי שחרג מסמכותו, ופסקו בוטל מטעם זה (סמדר אוטולנגי בוררות, דין ונוהל כרך ב', 1019 (מהדורה רביעית, 2005) (להלן – אוטולנגי); ת"א (ת"א) 492/88 לוי נ' שלב, קואופרטיב להובלות, פ"מ מ"ט (3) 133 (1988); ע"א 88/89 לוי נ' שלב (לא פורסם, 31.12.1989); ה"פ (י-ם) 387/92 יחזנט נ' חב' יגדיל תורה (לא פורסם, 4.5.1993); ענין עזבון גולדבליט, שם). התעלמות מתוכנו של הסכם השכירות הנוגד את תקנת הציבור, והכרה בתוקפו, ופסיקת פיצויי קיום על הפרתו, מניחים כהנחת יסוד את החובה לבצעו חרף אי החוקיות שבביצועו. זו אינה רק טעות שבדין; היא עשויה להוות גם חריגה מסמכות הבורר בשל עוצמת החריגה, משקלה של הטעות, והחשש לעיוות דין (אוטולנגי, בעמ' 9-1078; ע"א 318/85 כוכבי נ' גזית קונטיליום השקעות ופיתוח בע"מ, פ"ד מב(3) 281, 265 (1988)).

19. לאור האמור, הייתי מבטלת את שני חלקי פסק הבוררות, הראשון והשני, ומחזירה את הענין לבוררת כדי שתחיל את התרופות הראויות ליחסים המשפטיים בין הצדדים וזאת במסגרת סעיף 31 לחוק החוזים, ומתוך הנחה כי הסכם השכירות ביניהם בטל מכח סעיף 30 לאותו חוק. לצורך הכרעה בענין התרופות, תוכל הבוררת להסתמך על מכלול הראיות שהוגשו מלפניה בהליך הקודם, וכן לגבות ראיות נוספות ולשמוע טיעונים ככל שיידרש.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

1. לאחר שעיינתי בפסק דינו המקיף של חברי השופט י' דנציגר באתי לכלל מסקנה כי איני יכול להסכים לעמדתו לגבי תחולתו של סעיף 24(9) לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968 (להלן: החוק או חוק הבוררות) (העוסק בפסק בוררות שתכנו מנוגד לתקנת הציבור), על פסק הבוררות בענייננו. אינני יכול להצטרף גם לתוצאה המוצעת על ידו. סבור אני כי פסק הבוררות אינו נופל בגדרה של הוראת הבטלות האמורה. אבקש להתייחס בדברי גם לגדריה של עילת הביטול הקבועה בסעיף 24(7) לחוק הבוררות, הקובעת כי ניתן לבטל פסק בוררות אם "הותנה בהסכם הבוררות שעל הבורר לפסוק בהתאם לדין והבורר לא עשה כן". ייאמר מיד כי בסופו של יום באתי למסקנה כי דין הערעור להידחות. זו התוצאה בשל הצורך להקפיד עם דבר המחוקק ולכבד את ההלכה הפסוקה.

2. העובדות תוארו בהרחבה בפסק דינו של חברי השופט י' דנציגר ולפיכך אתאר בקצרה רק את עיקרי הדברים. המבקשת – עמידר החברה הלאומית לשיכון בישראל בע"מ – חתמה על הסכם עם המשיב, בעיצומה של העלייה הגדולה ממדינות ברית המועצות לשעבר; במסגרת ההסכם התחייב המשיב להשכיר למשיבה 165 דירות למגורי עולים חדשים במבנה שהיה בבעלותו ואשר באותה עת היה מיועד לתעשייה. בהסכם נקבע כי המשיב אחראי להשיג את האישורים הדרושים לשם התרת השימוש בבניין למגורים.

אף שהוועדה המקומית המליצה לאשר את התכנית שהציג המשיב, לאכלוס הבניין, סירבה הוועדה המחוזית לאשר את התכנית. בסופו של יום, העניקה הוועדה המחוזית היתר לשימוש חורג למגורים בבנין בכפוף לשינויים מהותיים, הכוללים, בין השאר, הרחבה משמעותית של כל דירה ודירה באופן שמפחית בצורה ניכרת את מספר

הדירות שהבניין מסוגל להכיל. חרף זאת, קיבל המשיב מהוועדה המקומית אישור לאכלס את המבנה על כל דירותיו, באמצעות שינויים "קוסמטיים" שנועדו "לעקוף" את החלטתה של הוועדה המחוזית; האחרונה פנתה לבית משפט השלום ושם הוצא, בהסכמת הצדדים, צו מניעה האוסר על אכלוס המבנה כל עוד לא יבוצעו הוראותיה של הוועדה המחוזית.

3. לאחר שניתן צו המניעה שיגרה המבקשת למשיב הודעת ביטול בטענה שהמבקש הפר את החוזה הפרה יסודית בכך שלא השיג את האישורים הדרושים. המשיב מצידו הגיש תובענה נגד המשיבה לבית המשפט המחוזי בגין נזקים שלטענתו נגרמו לו עקב ביטול החוזה שלא כדין. במהלך ניהול התביעה הסכימו הצדדים על העברת המחלוקת לבוררות. בהסכם הבוררות נקבע כי "הבורר יהיה כבול לדין המהותי" וכי הבוררות תתנהל מבחינה פרוצדורלית בהתאם לסדרי הדין הנוהגים בבתי המשפט ובכפופות להוראותיו הפרוצדורליות של בית המשפט המחוזי בהליך שהתנהל לפניו. הבוררת שנתמנתה פיצלה את הדיון לשני חלקים – האחד עסק בשאלת האחריות והאחר בשאלת הפיצוי; בכל אחד מהם ניתן פסק בוררות נפרד. בפסק הבוררות הראשון נקבע כי המבקשת ביטלה את החוזה שלא כדין. הבוררת קבעה כי הביטול נעשה בחוסר תום לב, לאחר שהמבקשת הייתה מודעת לכל אורך הדרך לקושי שבהשגת האישורים אך המשיכה לפעול לשם מימוש ההסכם. לשיטתה של הבוררת, היה על המבקשת לפעול יחד עם המשיב לשינוי רוע הגזירה מול הרשויות, ואם אכן הייתה פועלת כך ניתן היה לממש את החוזה ולו בחלקו. בפסק הבוררות השני נקבע כי על המבקשת לפצות את המשיב על הנזקים שנגרמו לו כתוצאה מביטול החוזה; בין היתר, חויבה המבקשת לשלם למשיב סכום השווה בערכו לדמי השכירות שהיו משתלמים לפי החוזה בעבור הדירות כולן. המבקשת עתרה לבית המשפט המחוזי בבקשה להורות על ביטול פסקי הבוררות. בקשתה נדחתה ונגד החלטה זו מופנה הערעור.

תקנת הציבור לפי סעיף 24(9) לחוק הבוררות

4. חברי השופט דנציגר קובע בפסק דינו כי פסק בוררות שתכנו סותר פסק-דין או החלטה חלוטה של בית-משפט, באופן שמרוקן את פסק-הדין או את ההחלטה מתוכן, נוגד את תקנת הציבור ומתקיימת לגביו עילת הביטול הקבועה בסעיף 24(9) לחוק. לגוף הדברים סובר חברי השופט דנציגר, בדומה לקביעתו של בית המשפט המחוזי, כי פסק הבוררות הראשון, שקבע את אחריותה של המבקשת לאי-ביצוע ההסכם, אינו נוגד את תקנת הציבור. לשיטתו, בפסק הבוררות הראשון נקבע כי היה על

המבקשת לפעול למימוש ההסכם עם המשיב, בשינויים כאלה או אחרים, גם אם בסופו של יום ייתכן שמספר הדירות שיאוכלסו יהיה קטן יותר מזה שנקבע בהסכם המקורי. קביעה זו, כך קובע חברי, אינה נוגדת את החלטתו של בית משפט השלום, שאסרה על אכלוס יחידות הדיור שלא בהתאם לתנאיה של הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה, אלא היא נועדה לאפשר להגיע לפתרון המוסכם גם על הוועדה המחוזית ובית-המשפט.

עם זאת, סבור חברי השופט דנציגר כי פסק הבוררות השני, שבו חויבה המבקשת לפצות את המשיב בגין אבדן דמי השכירות עבור 151 יחידות הדיור, סותר את החלטתו של בית משפט השלום. בהקשר זה מביע חברי השופט דנציגר את העמדה כי "לא יעלה על הדעת כי המשיב יקבל לידיו פיצוי שמשמעו, למעשה, קיום ההסכם ככתבו ולשונו, בניגוד להחלטה האמורה". לפיכך, קובע חברי השופט דנציגר כי עילת הביטול הקבועה בסעיף 24(9) לחוק מתקיימת לגבי פסק הבוררות השני. חברי השופט דנציגר מציין כי בנסיבות המקרה אין אפשרות לאשר את פסק הבוררות בחלקו, שכן "כל ראשי הנזק שבגינם פסקה הבוררת פיצוי לטובת המשיב מבוססים על ההנחה לפיה זכאי הוא לפיצוי בגין היחידות שהמבקשת קיבלה בהן חזקה".

5. כאמור, אין בידי להסכים עם עמדה זו. לטעמי, במקרה שלפנינו כלל לא התעורר הצורך להכריע בשאלה אם פסק בוררות שסותר החלטה או פסק-דין חלוט של בית-משפט מנוגד לתקנת הציבור – זאת מן הטעם הפשוט שפסק הבוררות השני אינו סותר את החלטתו של בית משפט השלום. החלטתו של בית משפט השלום עוסקת באפשרות להשכיר את הדירות בפועל והוא אוסר על אכלוס חלקים מהמבנה קודם לביצוע הוראות הוועדה המחוזית לתכנון ובניה. לעומת זאת, פסק הבוררות השני עוסק בגובה הפיצוי בגין אי ביצוע החוזה בין המבקשת למשיב – דווקא בשל שאין אפשרות לבצע את החוזה ולהשכיר את הדירות בפועל. פסק זה אינו קובע כי יש לאכלס את הדירות – הוא קובע כי על המבקשת לפצות את המשיב בשל שאי אפשר לאכלס את הדירות. תכנון של פסק הבוררות השני אינו נוגד אפוא את החלטת בית משפט השלום; הוא פועל יוצא של אותה החלטה. הגם שגובה הפיצוי שנפסק למשיב אמור לשקף – כדרך חישוב – את הערך הכלכלי הגלום בהשכרת הדירות, אין לומר שפיצוי זה משמעו "קיום ההסכם ככתבו ולשונו, בניגוד להחלטה האמורה". החלטתו של בית משפט השלום אמנם מונעת סעד של אכיפה אולם אין היא שוללת בהכרח סעד של פיצויי קיום – ובכך בדיוק עוסק פסק הבוררות השני. שאלה שונה ואחרת היא שאלת עצם הזכאות לסעד הפיצויים ואף שאלת גובה הפיצויים והיא כרוכה בשאלה על מי מוטלת האחריות לאי ביצוע ההסכם.

6. השוני המהותי בין סעד של אכיפה לבין סעד של פיצוי משתקף בהסדרים הקבועים בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות). סעיף 3 לחוק התרופות עוסק במצבים שבהם נשללת זכותו של הנפגע לאכיפה, וביניהם אותם מקרים שבהם החוזה אינו בר ביצוע (סעיף 3(1) לחוק התרופות). חרף שלילת האפשרות לאכוף את החוזה לא נשללת מהנפגע בהכרח במקרים אלה הזכות לתבוע פיצויים בגין נזקיו, ובכללם גם פיצויים שנועדו לענות על אינטרס הציפייה של הנפגע. השוני שבין סעד האכיפה לבין סעד הפיצוי נעוץ בין היתר בשוני שבין נקודות המבט שלאורך נבחן הסעד. בעוד שסעד האכיפה בוחן את המצוי, את הנסיבות הקיימות ואת האפשרות להשלים את החיובים בפועל, הרי שסעד שמעניק פיצויי קיום נועד לפצות את הנפגע בגין הנזק שנגרם לו בשל אי קיום החוזה. סעד זה נקבע בדרך של בחינת המציאות התיאורטית שהייתה מתקיימת אלמלא ההפרה ובדרך של איתור הפער שבין מציאות תיאורטית זו לבין המצב לאחר ההפרה. השיקולים המובאים בחשבון בשני המקרים עשויים להיות שונים: בחינת הצורך להעניק סעד של פיצויים נעשית, ככלל, לאור היחסים החוזיים בין שני הצדדים לחוזה. לעומת זאת שלילת סעד האכיפה עשויה להתבסס על סיבות חיצוניות כגון קיומו או היעדרו של היתר של רשות מוסמכת.

7. שוני זה בין אכיפת החוזה לבין פיצוי הניתן עקב הפרתו, מקום בו אכן זכאי אחד הצדדים לחוזה לפיצויים, – לרבות "פיצויי קיום" – מלמד כידוע כי אין לשלול, מניה וביה, את הסעד האחד בשל שלילת האחר – ולו גם מחמת מגבלה חוקית. ואכן, בתי המשפט הכירו, במספר עניינים, באפשרות לפסוק פיצויי קיום גם מקום בו החוזה לא היה בר ביצוע בשל מגבלה חוקית. כך, למשל, בע"א 4796/95 אלעוברה נ' אלעוברה, פ"ד נא(2) 669 (1997), קבע בית המשפט כי ספק אם סעד האכיפה אפשרי באותו מקרה בשל דיני התכנון והבנייה, אולם הכיר באפשרות לתבוע בנסיבות העניין פיצויי "שיגן על אינטרס הציפיות של המשיב" (שם, בעמוד 678; ראו גם ע"א 8729/96 ש' כאכון, מלונות ונופש בע"מ נ' עמידר, החברה הלאומית לשיכון עולים בע"מ, פ"ד נה(1) 673 (1998); עופר גרוסקופף "חוזה פסול" בתוך דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג' 613, 624 (2003)). ייתכנו אמנם מקרים שבהם קיימת חפיפה בין חוסר האפשרות לבצע את החוזה לבין המנעות מהענקת פיצוי בגין ההפרה, אולם כך או כך, בין אם נקבע במקרה מסוים כי יש להעניק פיצוי ובין אם לאו, בחינת השאלה התבססה תמיד על המציאות ההיפותטית שאלמלא ההפרה והסעד אינו קשור בטבורו לחוסר היכולת לאכוף את החוזה. עצם העובדה שבית משפט קבע כי חוזה מסוים אינו בר-אכיפה, אין משמעותה לפיכך – בשום פנים – כי אותו בית משפט, או ערכאה אחרת, מנועים לפי הדין או ההיגיון לפסוק פיצוי עבור ההפרה, לרבות פיצויי קיום.

8. ובענייננו: פסק הבוררות השני לא הורה על אכלוס הדירות וממילא אין בו סתירה מובנית – עד כדי פגיעה בתקנת הציבור, או בכלל – לפסיקת בית-המשפט. שאלה אחרת היא אם פסק הבוררות השני קבע את הסעד המתאים בנסיבות העניין – ועל כך נרחיב להלן – אולם גם אם התשובה לכך היא בשלילה, מדובר בטעות שאין בה בשום פנים ואופן כדי יצירת עימות חזיתי עם החלטה שיפוטית – באופן המנוגד לתקנת הציבור. הדברים ברורים אף יותר כאשר בוחנים את פסק הבוררות השני בראי פסק הבוררות הראשון. נזכיר: בענייננו נקבע כי החוזה אינו בר ביצוע בעת הזו בשל החלטת הוועדה המחוזית שעוגנה בהחלטתו של בית משפט השלום. עם זאת, בפסק הבוררות הראשון, שגם חברי השופט דנציגר סבור כי אינו נוגד את תקנת הציבור, נקבע כי החוזה בין המבקשת למשיב בוטל על ידה שלא כדין. בפסק הבוררות תוארו הפעולות שהיה על המבקשת לבצע לאחר שניתנה החלטתו של בית משפט השלום:

לבוא באופן גלוי בביהמ"ש ביחד עם התובע ונציגי הוועדה המחוזית לבחון את השינויים ובאותה עת לכמת את השינויים בכסף על מנת שיהיה גם איזון כלכלי כשני צדדים הוגנים להסכם. ולבחון את השינויים בפועל עם מתכננים גם מטעמה ולהראות שהיא עושה כל שביכולתה למען אותה מטרה נשגבת שהיא מונתה כשליחה. אם היה דין ודברים בין התובע והנתבעת ונציגי הוועדה המחוזית ונציגי הוועדה המקומית שאפשרה את אותו 'מעקף' תוספת דלת יתכן והיה נמצא גם האיזון הכלכלי בין שני צדדים הוגנים להסכם גם אם היו מגיעים למספר דירות קטן מאלה שסברה הנתבעת בתוכניתה והדברים היו מאוזנים באופן ששני הצדדים היו יוצאים נשכרים כלכלית בזמן אמת גם התובע היה נותן ידו באותה עת לאיזונים הכלכליים שהיו נדרשים מאופן נוסח ההסכם.

מטרת ההסכם למגורים הייתה מושגת. ואינני מקבלת את טענת הנתבעת שהופעתה בביהמ"ש אינה מעלה ואינה מורידה ואין לה שום משמעות. דווקא זה היה המקום לטעון על צרכי השעה, גל עלייה, גמישות הועדות בעבר והטיעון העיקרי למהות התכנית. הצגת מכתבי הוועדה המקומית, מכתבו של זינגר ואיך הדברים היו מקבלים ביטוי ודינמיקה למרות הקושי העובדתי עמידתה של הנתבעת מאחורי התכנית כפי שראו אותה נציגיה יתכן והיו נשלחים ע"י ביהמ"ש שדן בבקשה לדיון נוסף בוועדה המחוזית וביהמ"ש היה מתיר לפחות לגבי חלק מהדירות תוספת דלת שתאפשר איכלוס עד לתום הדיונים הרי צוק העיתים יש לו השלכות בכתיהמ"ש ויתכן גם אחרת, בכל מקרה הנתבעת בחרה בדרכה שלה שמוצאת ביטוי במכתב ההתראה ובמכתב הביטול.

דברים אלה, גם לשיטתו של חברי השופט דנציגר, אינם עומדים בסתירה להחלטתו של בית-משפט השלום. אולם, גם פסק הבוררות הראשון, כפי שעולה מהדברים המובאים לעיל, קובע כי היה על המבקשת לפעול על מנת להביא לשינוי בתוצאת החלטתו של בית משפט השלום, על מנת להתיר "לפחות לגבי חלק מהדירות תוספת דלת". בפסק הבוררות הראשון מובלעת ההנחה כי החלטתו של בית-משפט השלום לא סתמה את הגולל על האפשרות לקדם את מימוש ההתקשרות החוזית, וכי אם הייתה המבקשת מופיעה בבית-המשפט ופועלת לשנות את "רוע הגזירה" היה הדבר מתאפשר. מחדלה של המבקשת – כך עולה מן הפסק הראשון – מנעו את מימוש ההסכם. פסק הבוררות השני לא בא אלא ליתן נפקות לקביעה זו, ואין בו קביעה שונה מזו שנקבעה בפסק הבוררות הראשון בעניין זה. שני פסקי הבוררות מבטאים את המסקנה בדבר מחדלה של המבקשת מלפעול להגשמת מטרת ההסכם, תוך הנחה כי הוראת בית המשפט בדבר אי האכלוס הייתה ניתנת לשינוי, כזה או אחר, באמצעות שיתוף פעולה בין הצדדים. אכן, במציאות שנוצרה, משהמבקשת נמנעה מליתן יד לביצוע ולו חלקי של ההסכם, לא ניתן היה להורות על אכיפת ההסכם ועל השכרת הדירות, אך היה בהחלט מקום לעסוק בתוצאות ההפרה. הפיצויים שנפסקו משקפים את ההנחה כי אילו לא בוטל החוזה, ניתן היה לפעול לשינוי תוצאת החלטתו של בית משפט השלום. הפיצוי בא אפוא לשקף את המציאות התיאורטית שהייתה מתקיימת אלמלא ההפרה. בכך אין לומר כי סכום הפיצוי הנפסק הוא ראוי ונכון בנסיבות העניין – על כך כאמור ארחיב בהמשך – אך פגיעה בתקנת הציבור לא מצאתי כאן.

9. לא ניתן להפריד לענייננו בין פסק הבוררות הראשון לבין פסק הבוררות השני – האחרון מבוסס על קביעותיו של הראשון. אם הראשון אינו נוגד את תקנת הציבור כך גם השני. זו הייתה גם ההבנה שעמדה בבסיס טיעוני המבקשת בבקשת הביטול שהוגשה לבית המשפט המחוזי, שבה נתקף פסק הבוררות הראשון בטענה שהוא סותר את תקנת הציבור, מתוך הכרה בכך שפסק הבוררות השני לא בא אלא לתרגם לסעד את הקביעות שבפסק הבוררות הראשון. יודגש כי תוצאתו של פסק הבוררות השני נתקפה, בבקשת הביטול, רק לאור הטענה כי היא אינה עולה בקנה אחד עם הקביעות העובדתיות בפסק הבוררות הראשון וכי בכך קמה עילת ביטול מכוח סעיף 24(3) לחוק הבוררות. שינוי החזית נעשה רק במסגרת הטענות בערעור הנוכחי, לאחר שטענותיה של המבקשת לגבי פסק הבוררות הראשון נדחו בצורה נחרצת בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. אכן, מרכז הכובד של הטענה שהועלתה על ידי המבקשת בבקשת הביטול לגבי פסק הבוררות השני, קשור בקושי שביישום הקביעות העובדתיות של פסק הבוררות הראשון במסגרת פסק הבוררות השני. אולם, כאמור, אפילו נפלה בפסק

הבוררות השני טעות ביישום הדין אין לומר בשום פנים כי פסק הבוררות ביקש להביא לאכיפת החוזה בניגוד להחלטתו של בית משפט השלום; ובוודאי שאין לקבוע כי הוא נוגד את תקנת הציבור, אשר משקפת, כדברי חברי השופט דנציגר, את "הערכים, עקרונות היסוד, האינטרסים והמדיניות המנחים, מובילים ומשקפים את החברה הישראלית שבה אנו חיים". ואם הרחבתי, לטעמי, מעבר למה שנראה בעיני מוכן, אוסיף וארחיב מעבר לדרוש ואעיר כי גם לו הייתי סבור כי מדובר במקרה שלפנינו בפסק בוררות שסותר חזיתית פסק דין של בית משפט, נראה שעילת הביטול הטבעית למקרה כזה קבועה דווקא בסעיף 24(3) לחוק הבוררות, הקובע כי ניתן לבטל פסק בוררות במקרים שבהם ש"הבורר פעל ללא סמכות או שחרג מהסמכויות הנתונות לו לפי הסכם הבוררות". שכן, ספק אם פסק בורר המורה על ביצוע דבר שבית משפט שלל את ביצועו במפורש בפסק דין קודם הוא פסק שניתן בסמכות (ראו בהקשר זה סמדר אוטולונגי בוררות – דין ונוהל 1019 (מהדורה רביעית מיוחדת, 2005). ומכאן לשאלת נפקותה של טעות משפטית – אם אכן נפלה כזו בפסק הבוררות.

השלכותיה של טעות משפטית בפסק הבוררות

10. אף ששני פסקי הבוררות שניתנו בענייננו אינם נוגדים את תקנת הציבור, הם מעוררים קושי ניכר. מקורו של הקושי הוא בפסיקת פיצויי הקיום (בפסק השני) בגובה שכר הדירה של כל יחידות הדיור, אף שהדבר אינו עולה בקנה אחד עם הקביעות העובדתיות בפסק הבוררות הראשון. פיצויי הקיום נועדו לשקף את הרווח שהיה נוצר אלמלא הופר החוזה. כלומר, יש לעמוד על הדרישה לקשר סיבתי בין הפרת החוזה לפיצוי שנפסק. בענייננו, נקבע בפסק הבוררות הראשון שהתנהלות אחרת מצד המבקשת הייתה מובילה ככל הנראה לכך שבית המשפט "היה מתיר לפחות לגבי חלק מהדירות תוספת דלת שתאפשר אכלוס עד לתום הדיונים". כלומר, ההנחה בפסק הבוררות הראשון היא שניתן היה לאכלס חלק מן הדירות אך לא בהכרח את כולן. חרף זאת, נפסק בפסק הבוררות השני למשיב פיצוי בגין אבדן דמי השכירות של הדירות כולן, מבלי שנתקיימה הכרעה עובדתית בשאלת מספר הדירות שהיו מושכרות בפועל. קביעה זו אינה עולה בקנה אחד עם פסק הבוררות הראשון ועם הדרישה לקשר סיבתי, שכן אין כל בסיס לקבוע, במערכת ההסכמית שלפנינו, כי גם אכלוס חלקי היה מוביל לתשלום שכר דירה מלא. אכן, אילו סברנו כי כוונת הצדדים הייתה שהתחייבות המבקשת לתשלום שכר דירה אינה מותנית באכלוס הדירות, ניתן היה לשקול פיצוי בגין מלוא ההפסד של שכר הדירה. אולם בענייננו אין מקום לסברה זו. לפיכך, בנסיבות המקרה, היה על הפיצוי לשקף את מספר הדירות שניתן היה לאכלס לולא ההפרה.

מדברים אלה עולה כי בענייננו קיימת טעות בדין בפסק הבוררות השני, טעות בעלת משמעויות כלכליות לא מבוטלות. כנגד טעות זו הפנתה המבקשת מקצת מטיעוניה בבקשת הביטול שהוגשה לבית המשפט המחוזי, אולם לאור פסק דינו של בית המשפט המחוזי, שבו נקבע כי טעות בפסק הבוררות אינה עילה לביטולו, בחרה המבקשת לשנות חזית ולהטיל את יהבה על הטענה כי הפיצוי סותר את תקנת הציבור. לאור עמדתי לעניין עילת הביטול הנוגעת לתקנת הציבור אני סבור כי על הדיון להתמקד בשאלת האפשרות לביטול פסק הבוררות עקב טעות ברורה בדין, וזאת – במקרה שבו נקבע בהסכם הבוררות כי הבורר כבול בפסיקתו לדין המהותי. בית המשפט המחוזי השיב בשלילה על שאלה זו ובדין עשה כן. אף אם הדין הרלבנטי קשה הוא בנסיבות המקרה הזה, אין לו לשופט מרות אלא מרות הדין.

11. הפסיקה השיבה בשלילה על השאלה אם במקרה שבו טועה הבורר בדין לאחר שנקבע בהסכם הבוררות כי הוא מחויב לפסוק לפי הדין, עשויה לקום עילת ביטול לפי סעיף 24(7) לחוק. עמדה זו הובעה תחילה בפסיקה בבחינת למעלה מן הצורך (ע"א 318/85 כוכבי נ' גזית קונטיליום השקעות ופיתוח בע"מ, פ"ד מב(3) 265, 279 (1988) (להלן: עניין גזית); ראו גם ע"א 388/81 תימורים – מושב שתופי להתיישבות חקלאית בע"מ נ' משתלות וייצמן סול כהנא בע"מ, פ"ד לו(4) 253, 263 (1982)) ובשלב מאוחר יותר – גם לגופה.

פסק הדין ברע"א 113/87 חברת נתיבי איילון בע"מ נ' יהודה שטאנג ובניו בע"מ, פ"ד מה(5) 511 (1991) (להלן: עניין שטאנג) קבע באופן מפורש את ההלכה בעניין. בית המשפט סבר כי הסעיף "סובל" מבחינת לשונו את הפרשנות כי עילת הביטול תקום רק כשהבורר התעלם מן הדין המהותי עצמו. בפסק הדין ניתנו ארבעה נימוקים עיקריים העומדים בבסיס אימוצה של פרשנות זו ללשון הסעיף. ראשית, התשובה עולה בקנה אחד עם הפרשנות המצמצמת שניתנת לעילות הביטול, שנועדה לקדם את סופיות הפסק וכתוצאה מכך לעודד העברת סכסוכים לבוררות; שנית, עם חקיקת חוק הבוררות ביטל המחוקק את עילת הביטול של "טעות על פני הפסק". קבלת העמדה שטעות היא עילה לביטול הפסק מוליכה למסקנה הבלתי סבירה שבמקביל להוצאה המודעת של עילת הביטול של "טעות על פני הפסק" הוכנסה לחוק עילה רחבה יותר שבה כל טעות היא עילה לביטול הפסק; שלישית, הליך הבוררות נועד להיות תחליף להליכים המתנהלים בבתי המשפט, וקביעת עילת ביטול של טעות בפסק הבוררות הופכת את בית המשפט לערכאת ערעור על פסק הבוררות. הדבר נוגד את תכלית עילות הביטול שעיקרן (למעט העילה הנוגעת לתקנת הציבור) הוא בדיקה של תקינות ההליך ולא של תכנון; רביעית, יש עדיפות למטרה של קיום פסק הבורר, אשר

נבחר על ידי הצדדים בצורה מושכלת והאפשרות לטעות נלקחה על ידם בחשבון, על פני האינטרס שהסכסוך יוכרע על פי הדין לאמיתו (שם, בעמ' 516-518).

על ההלכה שנקבעה בעניין שטאנג חזר בית המשפט העליון במקרים נוספים (ראו, למשל, רע"א 1260/94 בן חיים נ' אבי חן בע"מ, פ"ד מח(4) 826, 832 (1994) (להלן: עניין בן חיים); רע"א 7099/01 לומיר אחזקות בע"מ נ' מואב (לא פורסם, 12.2.2002); רע"א 7765/07 קופת חולים מאוחדת נ' ג'נח (לא פורסם, 6.11.2007); רע"א 1152/09 עמותת מדרש ספרדי ברובע היהודי בירושלים נ' קריית גוף ניסים מיסודו של המרכז הספרדי בירושלים (לא פורסם, 5.4.2009); פס' 28 לפסק דינו של חברי השופט דנציגר בעניינו). בעניין בן חיים נקבע, כפועל יוצא מההלכה בעניין שטאנג, כי עילת הביטול לפי סעיף 24(7) לחוק תקום רק כאשר "הבורר (אשר חויב לפסוק בהתאם לדין) מחליט ביודעין להתעלם מן הדין המהותי ולפסוק שלא בהתאם לו" (שם, בעמ' 832).

12. אכן, ביקורת לא מעטה הושמעה על הלכה זו בספרות המשפטית (ראו סמדר אוטולונגי בודרות – דין ונוהל 1066-1079 (מהדורה רביעית מיוחדת, 2005) (להלן: אוטולונגי); עודד רביבו "עיון מחודש בהלכת אי-ההתערבות בטעותו של בורר בדין" עלי משפט ו' 211 (2007); דן גיורא "על בורר שחויב לפסוק לפי הדין המהותי ולא עשה כן" עיוני משפט יח 279 (1994); אלחנן קליר "ביטול פסק בורר, שפסק בניגוד לדין" הפרקליט מא 208 (1993); אורי שטרוזמן "הרהורים וערעורים על פסק הבורר" הפרקליט מ 227, 236-240 (1992)). אף כי מדובר, כאמור, בהלכה שחזרה ונתאשרה פעמים רבות, הובעו גם בערכאות השיפוטיות השונות הרהורים מפורשים לגביה (ראו, למשל, ה"פ (מחוזי ת"א) 10945/99 *Opal Financing (2000) Inc* נ' *Opal Finance Corporation Ltd* (לא פורסם, 22.10.2000); בש"א (מחוזי חי') 11260/99 אחים שורק בע"מ נ' רם – חברה לעבודות הנדסיות בניין ושוברי גלים בע"מ, פס' 24 לפסק הדין (לא פורסם, 17.4.2000); ראו גם ת"א (מחוזי ת"א) 1669/89 חברת כוכבי בע"מ נ' ארמה בע"מ (לא פורסם, 13.10.1991), שניתן מספר ימים לפני עניין שטאנג אך לאחר עניין גזית והגיע למסקנה שונה; ראו גם הרהורים משתמעים על ההלכה: רע"א 9060/04 נבו נ' כאשי, פסק דינו של השופט רובינשטיין (לא פורסם, 23.1.2008) (להלן: עניין נבו); רע"א 8059/03 שיכון ופיתוח לישראל בע"מ נ' זיור לעולה בע"מ (לא פורסם, 1.9.2005); ת"א (מחוזי חי') 615/03 מזריב נ' פרוימוביץ, פס' 8 לפסק הדין (לא פורסם, 14.11.2004)).

13. המקרה שלפנינו "נופל בין הכסאות". הלכת שטאנג חלה עליו והתיקון שהוכנס בחוק בעקבות ההלכה טרם נכנס לתוקף בעת הרלוונטית להכרעתנו. יישום הלכת שטאנג בנסיבות המקרה הזה עשוי, לכאורה, להביא לתוצאה בלתי רצויה של פיצוי המשיב ביתר. הוא מדגים את הקושי הטמון בהלכה ואלמלא התערב המחוקק בשאלות הנוגעות לענייננו היה אולי מקום לבחינה מחודשת של ההלכה. אלא שלאחר שהוגש הערעור בענייננו נחקק חוק הבוררות (תיקון מס' 2), התשס"ט-2008 (להלן: תיקון מס' 2). תיקון זה משנה באופן מהותי את חוק הבוררות, ומאפשר, בהסכמת הצדדים, להשיג על טעויות משפטיות מהותיות בפסק הבוררות. שינוי זה נעשה בדרך של יצירת הוראה חדשה בחוק הבוררות, ועילות הביטול הקבועות בחוק לא שוננו. בתיקון זה – כפי שיובהר להלן – יש כדי להכריע סופית כי פרשנותו של סעיף 24(7) תואמת את הפרשנות שנקבעה בהלכת שטאנג. כפועל יוצא מכך, אילו קבענו בענייננו כי יש מקום לסייג את ההלכה שנקבעה בעניין שטאנג לא היה בסייג זה אלא כדי לפעול במשך תקופה מוגבלת בלבד. ברי כי לא בנקל יטה בית המשפט, לאורו של מקרה ספציפי, לסטות מהלכה מושרשת, לתקופה מוגבלת – וזאת לאחר שהמחוקק עצמו נדרש לעניין. התוצאה היא כי בסופו של יום, המסקנה היא ברורה: אין מקום היום לסטות מהלכת שטאנג.

תיקון מס' 2 לחוק הבוררות

14. בשלהי שנת 2008 שינה תיקון מס' 2 את חוק הבוררות. התיקון, שנחקק לאחר שנתקיימו דיונים ארוכים בנושא, הוסיף לחוק מספר אפשרויות להשגה על פסק הבוררות ובין היתר נחקק סעיף 29ב הקובע כי:

(א) צדדים להסכם בוררות אשר התנו שעל הבורר לפסוק בהתאם לדין, רשאים להסכים כי ניתן לערער על פסק הבוררות, ברשות בית המשפט, אם נפלה בו טעות יסודית ביישום הדין אשר יש בה כדי לגרום לעיוות דין; ערעור כאמור יידון בשופט אחד, ויחולו עליו ההוראות החלות על ערעור לפני בית המשפט.

(ב) הסכימו צדדים להסכם בוררות כי פסק הבוררות ניתן לערעור לפני בית משפט כאמור בסעיף קטן (א), יתועדו ישיבות הבוררות בפרוטוקול והבורר ינמק את פסק הבוררות.

(ג) הוגש ערעור לבית המשפט על פסק הבוררות, לא ייזקק בית המשפט לבקשה לביטול פסק הבוררות,

והצדדים יהיו רשאים להעלות בערעור טענות בעניין
 ביטול פסק הבוררות על פי אחת העילות שבסעיף 24
 לחוק.

בחינת הוראות הסעיף המתוקן מגלה כי לאחר חקיקתו אין עוד ספק שיש
 לפרש את הוראת סעיף 24(7) בהתאם לפרשנות שנקבעה בהלכת שטאנג. סעיף 29ב
 מניח את קיומה של הלכת שטאנג ונועד, כך נראה, לאזן או למתן את התוצאה הנובעת
 ממנה. אחת המטרות המרכזיות של התיקון, כפי שעולה מפרוטוקול ועדת חוקה, חוק
 ומשפט, היא שהמדינה תחזור להתדיין בבוררות. לפני הועדה הוצגו שתי אפשרויות –
 לתקן את עילות הביטול או לקבוע הסדר נפרד; הועדה בחרה באפשרות השנייה
 (פרוטוקול ישיבה מס' 555 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 2 (3.6.2008)).
 בנסיבות אלה, נראה כי יש לתת משקל לבחירתו של המחוקק להותיר את פרשנותו של
 סעיף 24(7), ככל שמדובר בתקופה שלאחר התיקון, לפי הלכת שטאנג. עמדה זו
 מתחזקת לאור השאיפה ליתן לחוק פרשנות המעניקה משמעות לכל אחת מהוראותיו.
 אילו קבענו שגם לאחר חקיקתו של תיקון מס' 2 לחוק הבוררות פרשנותו של סעיף
 24(7) היא שטעות משפטית מהווה עילת ביטול, היה בכך כדי לייתר במידה רבה את
 סעיף 29ב. יתרה מכך, ברי כי בהינתן קיומו של סעיף 29ב, הבעיות שהוצגו לגבי הלכת
 שטאנג – כשהיא לעצמה ולבדה – מתמתנות במידה רבה. סעיף 29ב מקנה לצדדים
 המעוניינים בכך להותיר פתח המאפשר לבית המשפט לתקן טעויות מהותיות שנפלו
 בפסק הבוררות.

השפעת תיקון מס' 2 על פרשנות החוק עובר לחקיקתו

15. כללו של דבר, אפילו היה מקום לשקול, בעבר, אם לא הגיעה השעה לסטות
 מהלכת שטאנג כאמור. בא תיקון מס' 2 ומסיר במידה רבה את הספק. פרשנות סעיף
 24(7) לאחר התיקון תואמת את הפרשנות שניתנה לו בהלכת שטאנג, ואין לשנות במחי
 יד הלכה מושרשת, ותיקה וברורה של בית המשפט. סטייה מהלכה מקובלת יש לה
 מחיר המתבטא בגריעה קשה מן הודאות המשפטית. יש בה לעיתים הכרח, באותם
 מקרים שבהם ההלכה מנציחה טעות. יש בה הכרח מקום בו המחוקק אינו יוזם שינוי
 במצב המשפטי הבלתי ראוי. יש בה הכרח מקום בו להותרת ההלכה על כנה יש השלכה
 רחבה על מקרים עתידיים. אין זה המצב כאן. המחוקק בחר להתערב ולהפחית מן
 הקושי שהיה בהלכת שטאנג. הוראתו ברורה וחד-משמעית והיא מציעה מענה מלא
 לקושי שהעלינו. בהוראתו הביע המחוקק גם את דעתו באשר למצב המשפטי שקדם

לתיקון. אין מקום אפוא להתערב, כאן ועכשיו, בדרך של שינוי הלכה מושרשת, כדי לתקן טעות שכבר תוקנה, ולו גם לאור הקושי שנוצר במקרה המסוים הזה.

אין זה דבר קל להותיר על כנו פסק בוררות שיש בו טעות בעלת משמעויות כלכליות ניכרות. אולם, קושי זה מלווה אותנו ואת הצדדים הפונים לבוררות מזה כשמונה עשרה שנה. הצדדים במקרה שלפנינו כרתו את הסכם הבוררות בעת שהלכת שטאנג כבר הושרשה היטב בפסיקה ויש להניח כי הם היו מודעים להשלכותיה – גם על עניינם. יתר על כן, מיום שנחקק תיקון מס' 2, אין עוד להלכת שטאנג כל השפעה על היכולת של צדדים לבוררות להגביר את הודאות המשפטית של הפסק. שהרי, הם יכולים לאפשר להשיג על הפסק לפי הוראת סעיף 29ב. בכך בא על תיקונו אחד הקשיים המרכזיים שהביאה עמה הלכת שטאנג. בנסיבות אלה, עם כל הקושי שבדבר, אין בטעות הספציפית במקרה שלנו כדי להצדיק סטייה, נקודתית, מן ההלכה שנקבעה בהלכת שטאנג.

מסכים אני לדבריו של חברי השופט י' דנציגר לעניין מחלתה של הבוררת. גם אני סבור שבשלב שבו היה נתון ההליך, ובפועל בכל שלב, לא היה במחלתה של הבוררת כדי להשפיע על כשירותה להכריע בבוררות. לא מצאתי גם ביתר הטענות שהעלתה המבקשת עילה להתערב בפסק הבוררות.

16. עמדתה של חברתי השופטת א' פרוקצ'יה שונה מזו של חברי השופט י' דנציגר. שלא כמותו, היא סבורה כי גם פסק הבוררות הראשון נגוע בפגם המצדיק את ביטולו. עמדה זו מבוססת על ההנחה כי ההסכם שנחתם בין החברה הממשלתית לבין המשיב היה נגוע, כבר בעת כריתתו, באי-חוקיות, וזאת ראשית, מחמת שהיה בו כדי להציע לעולים חדשים דיור ביחידות ששטחן קטן באורח קיצוני. ושנית, בשל חוסר היכולת לבצע את ההסכם בדיעבד מחמת – שלא ניתן, לאחר שנכרת, היתר לביצועו על-פי התוכנית הבנייה המקורית (בוועדה המחוזית נתבקשה כאחת האפשרויות הגשת תוכנית חלופית).

למסקנה זו אינני שותף. אשר לנימוק הראשון, אכן כולנו חפצים במתן דיור רחב, אנושי ונאות לעולים חדשים. אלא, שלמרבה הצער, יהא זה מרחיק לכת לקבוע כי בשל שהחברה הממשלתית והקבלן סברו בעניין זה, מלכתחילה, אחרת משסברה ועדת התכנון המחוזית (אך לא מזו שסברה הוועדה המקומית) – הופך ההסכם, נשוא הבוררות, מניה וביה, ומדעיקרא, לחוזה בלתי חוקי שדינו אפסות.

אשר לנימוק השני, סבורני כי אפילו אם ניתן, בנסיבות מסויימות, לסווג חוזה שיצא לדרך כחוזה חוקי, כחוזה בלתי חוקי – וזאת משהחוזה נתקל, בעת שבאים לבצעו, בקשיים של רישוי, ואינני קובע בעניין זה, בשום פנים, כי כך הוא – הרי לטעמי תוצאה קיצונית כמוצעת תהא שמורה לכל היותר למקרים קיצוניים; בדרך כלל משמעות אי מתן ההיתר או הרשיון תתבטא בדוקטרינות חוזיות אחרות – כגון הפרה, חוסר תום-לב או תנאי מתלה. נראה לי כי בנסיבות המקרה כאן, בהן הייתה קיימת לכאורה אפשרות עקרונית להכניס שינויים סבירים בהסכם באופן שיאפשר ביצוע חוקי לחלוטין – נתקשה עד מאוד להגיע לכלל מסקנה כי המניעה הרישוית הפכה את החוזה לחוזה אשר כל מתן נפקות לו, או לאי קיומו, תהא סותרת את תקנת הציבור.

17. לא למותר לשוב למושכלות ראשונים בדיני החוזים. האפשרויות הצריכות בדיקה הן, בענייננו, ארבע: האחת, שהמשיב שהתחייב להשיג היתר בניה – הפר את התחייבותו והוא נתון לתוצאות הנלוות להפרה זו. השניה, שההסכם כלל תנאי מתלה – ומשזה לא נתקיים לא נתקיים גם ההסכם. השלישית, נתקיימה הפרה של ההסכם בשל ביצוע בחוסר תום-לב, וזאת בשל שהחברה הממשלתית סיכלה בהתנהגותה ובחוסר שיתוף הפעולה מצידה את האפשרות לאפשר – בשינויים המתחייבים – ביצוע ולו בקרוב של ההסכם. נפקות הדבר – הענקת הסעדים הנובעים מכך. והרביעית, סוג החוזה כבלתי חוקי – עד כדי בטלותו (שגם אז מתקיימים סייגי קיום הקבועים בסעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי)).

הבוררת, בפועל, סווגה את המקרה שלפנינו בקטגוריה השלישית וגם אם טענתה בכך, הרי שבכל מקרה, לעמדתה, אין אנו מצויים בקטגוריה הרביעית (וזו בפועל להבנתי גם עמדת חברי השופט י' דנציגר); משכך לא קמה עילה לקבוע כי פסק הבוררות בטל בשל שהוא סותר את תקנת הציבור.

בכך אין – וזאת כמפורט בפסק-דיני – כדי לקבוע כי לא נפלה טעות בפסק הבוררת. כאמור, לשיטתי, פסק הבוררות כנראה מוטעה הוא אך לא קמה, על-פי המצב החוקי ששרר בעת הינתנו, עילה בדין לבטלו.

כיוון שמסקנתי אינה מקובלת על חבריי – ומכוח הוראת סעיף 80(א) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984 הריני קובע כי קם רוב לדיעה כי ראוי לבטל את פסק הבוררות השני וכי יש להחזיר את הדיון לבוררת על מנת שתפסוק בו שנית בהתחשב באמור בפסקי הדין של חבריי. לא הייתי עושה צו להוצאות.

המשנה לנשיאה

סוף דבר: הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה כי קם רוב לדיעה כי ראוי לבטל את פסק הבוררות השני וכי יש להחזיר את הדיון לבוררת על מנת שתפסוק בו שנית בהתחשב באמור בפסקי הדין של השופטים דנציגר ופרוקצ'יה.

הסכום שנפסק לזכות המשיב ושהופקד על פי החלטת השופט דנציגר בחשבון נאמנות, יותר בחשבון זה עד שיינתן פסק הבוררות החדש כאמור לעיל.

אין צו להוצאות.

ניתן היום, כ"ב באייר תש"ע (5.5.2010).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה