



בבית המשפט העליון

ע"א 5406/20

לפני : כבוד הנשיאה א' חיות

המערערות :
1. מ.י שחם נדל"ן בע"מ
2. גביש שחם פיתוח ובניה בע"מ

נ ג ד

המשיבים :
1. ברשן עידו ואח'
2. ברקן אגודה שיתופית להתיישבות קהילתית של משקי חירות בית"ר בע"מ
3. עו"ד עמי פולמן בתפקידו ככונס נכסים בנעלי ברקן

ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 28.7.2020 בה"פ 58262-04-18 שניתנה על ידי כבוד השופטת ש' ליבוביץ;
תגובת המשיב 3 מיום 9.9.2020
תגובת המשיבים 1-2 מיום 25.10.2020
תגובת המערערות לתגובת המשיבים 1-2 מיום 10.11.2020

בשם המערערות : עו"ד מעיין בכר
בשם המשיבים 1-2 : עו"ד מוריה אזרד אמיגה ; עו"ד יעקב אמסטר
בשם המשיב 3 : בעצמו

פסק-דין

ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופטת ש' ליבוביץ) מיום 28.7.2020 בה"פ 58262-04-18 שלא לפסול עצמו מלדון בעניינן של המערערות.

1. המשיבים 1 הם רוכשי בתים בפרויקט מגורים ביישוב ברקן (להלן, בהתאמה: המשתכנים והפרויקט), אשר הגישו ביום 30.4.2018 בקשה למינוי בא כוחם ככונס נכסים למערערות לשם מילוי התחייבותן לביצוע עבודות הפיתוח בפרויקט. זאת, לטענת המשתכנים, בהתאם להסכמים שנחתמו בין המערערות ובין המשיבה 2 (להלן: ברקן), שהיא אגודה שיתופית המנהלת את היישוב ברקן. המשתכנים פירטו בבקשתם כי בין הצדדים התנהלו בעבר מספר הליכים משפטיים, ובפרט שלוש בקשות למינוי כונס נכסים

שנדונו במאוחד (ה"פ (מחוזי י-ם) 34101-06-15; ה"פ (מחוזי י-ם) 44837-12-15; ה"פ (מחוזי י-ם) 40984-01-16 (השופט א' דראל) (להלן: ההליכים הקודמים)), ובמסגרתן מונה המשיב 3 (להלן: הכונס) ביום 13.7.2016 ככונס נכסים לברקן. משהעבודות בפרויקט התעכבו, הגישו המשתכנים את בקשתם הנוכחית למינוי כונס נכסים. המערערות, מצדן, התנגדו לבקשה והעלו בין היתר טענות סף בדבר מעשה בית דין והליך תלוי ועומד, בהסתמך על החלטות שניתנו בהליכים הקודמים.

2. ממסמכי הערעור שלפניי עולה כי ההליך, לכל הפחות בחלקו, התנהל במשך למעלה משנה וחצי באופן "בלתי פורמאלי" בהסכמת הצדדים. במסגרת זו התקיימו מספר דיונים מקדמיים בהליך והצדדים הגישו לבית המשפט הודעות עדכון עתיות בנוגע להתקדמות העבודות בפרויקט, מבלי שניתנה הכרעה בטענות הסף של המערערות. במקביל, עם זאת, הגישו המערערות מספר בקשות להכרעה בטענות הסף שלהן, ובהודעה מיום 17.12.2018 אף ציינו כי לשיטתן "אין מקום עוד להמשיך בניהול הליך בלתי פורמאלי המנוצל לרעה על ידי חלק [מהמשתכנים]". ביום 13.8.2019 הורה בית המשפט על קביעת מועד לקדם משפט נוסף, לשם דיון בטענותיהן המקדמיות של המערערות – אך במהלך הדיון שהתקיים ביום 15.9.2019 הועלתה הצעה מטעם בית המשפט, ובפרוטוקול הדיון מצוין כי באי-כוחם של הצדדים הצהירו "אנחנו מסכימים למתווה שהוצע על-ידי בית המשפט וזאת בכפוף לשמירת מלוא זכויותינו וטענותינו".

3. לאחר שהוגשו מספר הודעות עדכון נוספות, ביום 23.11.2019 נתן בית המשפט החלטה בה ציין כי "בדעתי לערוך ביקור במקום" – ולאחר תיאום שנערך בין הצדדים נקבע מועד הביקור באתר הפרויקט ליום 5.1.2020. תמצית פרוטוקול הביקור תויקה בתיק בית המשפט תחת איסור פרסום.

4. ביני לביני, ביום 17.11.2019 ביקשה ברקן, שסווגה בהליך כנתבעת, להצטרף כמבקשת לבקשה למינוי כונס נכסים למערערות. ביום 6.1.2020 הגישו המערערות בקשה להארכת המועד להגשת תגובה לבקשה זו. בבקשתן ציינו המערערות כי בישיבה שהתקיימה לאחר הסיור הובהר שההליך מתנהל באופן בלתי-פורמאלי בהסכמת הצדדים – אך לשיטת המערערות "לא ברור אם ב"כ [המשתכנים] מבקש להפסיק את המתכונת הבלתי-פורמאלית אם לאו". בהחלטה מיום 7.1.2020 ציין בית המשפט "למען הסר ספק יובהר, כי אופן ההתנהלות בתיק נעשה בהסכמת הצדדים ולכל הפחות בהעדר התנגדות מטעמם. ככול שעמדת מי מהצדדים תשתנה, עליו לעדכן בכך את בית המשפט".

5. בהמשך, ולאחר שהוגשו הודעות עדכון נוספות, הגישו המשתכנים והכונס ביום 23.4.2020 הודעות בהן טענו כי העבודות אינן מתקדמות, וביום 24.5.2020 הורה בית המשפט על קביעת דיון נוסף בהליך. ביום 26.5.2020 הגישו המערערות בקשה למתן הבהרה, בה ציינו כי אמנם "ההליך עבר בהסכמת הצדדים להתברר במסלול לא פורמלי, במסגרתו מסייע כב' בית המשפט באופן לא פורמלי לצדדים", אך מבוקש כי בית המשפט יבהיר "מה מטרתו של הדיון [...] והאם בכוונתו לקיים דיון פורמלי בהליך או בלתי פורמלי". ככל שמדובר בדיון פורמלי, סברו המערערות כי יש ליתן להן את "זכויותיהן [...] הדיוניות והמהותיות" לרבות דיון בטענותיהן המקדמיות. בהמשך אותו היום, נתן בית המשפט החלטה בה ציין כי "בשלב זה אנו מצויים עדיין במישור הלא פורמלי. במידה וישונה המסלול, כל הצדדים יקבלו את הזכויות הדיוניות המגיעות להם בדין".

אולם, ביום 7.6.2020, ערב הדיון שנקבע, הודיעה באת-כוח המערערות כי לא תוכל להתייצב לדיון עקב מחלת בתה, והדיון בוטל. ביום 10.6.2020 הגישו המשתכנים "בקשה לקיום דיון פורמלי מחייב", בה ציינו כי הם "מעריכים את מאמציו ונכונותו של בית המשפט הנכבד להשקיע זמן ומשאבים", אך "אין עוד אמון ותוחלת בלב [המשתכנים] והם נאלצים לבקש למצות את הדיון".

6. ביום 17.6.2020 קבע בית המשפט כי בטרם הדיון בבקשות המקדמיות, על ברקן להבהיר אם היא עומדת על בקשת ההצטרפות שלה, ועל המערערות להתייחס להודעה שהוגשה מטעם המועצה האזורית שומרון (להלן: המועצה), אשר הוגשה בשלב הבלתי-פורמלי. ברקן הודיעה ביום 24.6.2020 כי היא איננה עומדת על בקשתה וביקשה למחקה. ביום 3.7.2020 הודיעו המערערות כי עקב בקשת המשתכנים לקיום דיון פורמלי "סברה [באת-כוח המערערות] בטעות כי היא איננה נדרשת להמשיך להתייחס באופן לא פורמלי להודעת המועצה אשר הוגשה במסגרת ההליך הלא פורמלי שהתקיים בין הצדדים. יצוין כי הדרישה כי [המערערות ימשיכו] להתייחס להודעות בלתי פורמליות בהליך, חרף העברתו למסלול פורמלי, מהווה פגיעה בזכויותיהן [...] הדיוניות של [המערערות]". עוד טענו המערערות כי על בית המשפט לפסול עצמו מלדון בהליך. זאת, עקב מעורבותו במגעים הבלתי-פורמליים ולאחר ש"הביע דעתו במספר הזדמנויות ונראה כי גיבש דעתו בתיק זה"; בהקשר זה טענו המערערות כי בית המשפט העיר בשלב מסוים ש"ייתל לבקשת ברקן להצטרף להליך". עוד טענו המערערות כי "כפי שמורות התקנות, הליכי גישור בלתי פורמליים בין הצדדים הינם חסויים ולא נחשפים בפני המותב הדן" – ועל כן, משנחשף בית המשפט "למגעים הבלתי פורמליים בין

הצדדים (המהווים הלכה למעשה ניסיון גישור) גם על פי דין", כך טענו המערערות, מן הראוי שמותב אחר ידון בהליך הפורמאלי.

7. ביום 6.7.2020 הורה בית המשפט על קביעת דיון נוסף בהליך. בהמשך, ביום 24.7.2020, הגישו המערערות בקשה למתן החלטה בסוגיית הפסלות, במסגרתה טענו בין היתר כי הערת המותב לפיה "ייחל" להצטרפות ברקן כמבקשת, אשר נאמרה במהלך אחד הדיונים הבלתי-פורמאליים, נועדה להחליש את טענות הסף של המערערות. עוד טענו המערערות כי בית המשפט משתמש בנתונים מהשלב הבלתי-פורמאלי במסגרת השלב הפורמאלי, וכי ה"ערבוב" שנוצר בין שלבים אלו אינו מאפשר לבית המשפט להכריע בהליך במנותק מן המידע שהוגש בשלב הבלתי-פורמאלי. לשיטת המערערות, הצדדים ידעו כי מידע ומסמכים שהוצגו בשלב הבלתי-פורמאלי לא ישמשו לצורך ההכרעה במישור הפורמאלי, והמערערות היו מתנהלות אחרת אילו ידעו שבכוונת בית המשפט לעשות שימוש בנתונים אלו במישור הפורמאלי. עוד טענו המערערות כי יש להעביר את הדיון למותב אחר נוכח העובדה שהדיון הפורמאלי בהליך טרם החל, מטעמים של מראית פני הצדק ומטעמי "אמון הציבור במערכת המשפט ובמנגנון גישור בלתי פורמאלי".

8. בתחילת הדיון שהתקיים ביום 28.7.2020, פנה בית המשפט לבאת-כוח המערערות באומרו: "גבירתי הגישה בקשה שאפסול את עצמי מלדון בתיק. אני חושבת שגבירתי לא קוראת את התמונה נכון. אני מציעה שגברתי תמתין עם הבקשה, היא משבשת את ההליך". באת-כוח המערערות עמדה על סירובה להשתתף בדיון בלתי-פורמאלי, והוסיפה "לא הייתי מתנהגת אותו הדבר אם זה היה בהליך פורמאלי. לא הייתי מגישה את אותם המסמכים, לא נוהגת באותה פתיחות. לא מתחייבת לדברים". בית המשפט השיב "אני מציעה שתמתיני. אני ממליצה לך", ומשעמדה באת-כוח המערערות על קבלת החלטה – דחה בית המשפט את בקשת הפסלות על אתר בקבעו כי לא מתקיימות בענייננו נסיבות שיוצרות חשש ממשי למשוא פנים. עוד דחה בית המשפט את טענת המערערות לפיה נוהל בפניו הליך גישור, והסביר:

"על מנת לחלץ את הפרויקט מהסכך בו היה נתון, הוחלט בהסכמת הצדדים, לשתף פעולה ולהסתייע בכונס הנכסים על מנת לקדם את העבודה בשטח. במסגרת זו, הורחבו סמכויותיו של כונס הנכסים ובעזרתו הושג היתר לביצוע העבודות. לאחר מכן הוגשו על ידי המפקח מטעמו דוחות לגבי התקדמות הפרויקט בשטח. על מנת לבחון את המצב לאשורו נערך אף ביקור במקום [...] כל הדיונים שנערכו במסגרת זו ואף הביקור שנערך במקום תועד

בפרוטוקולים. בשום שלב לא [ה]תנהל ההליך כהליך גישור, לא בהיבט הדיוני ולא בהיבט המהותי".

9. בית המשפט הוסיף כי המערערות לא פירטו את מכלול הנתונים שהוגשו אשר מצדיקים לטענתן את פסילת המותב, וכי לא ברור מדוע חשיפת הנתונים שצוינו בבקשה מצדיקה את פסילתו. בפרט הדגיש בית המשפט, באשר לדו"חות שהגיש המפקח מטעם הכונס, כי הכונס הוא צד להליך ולא הייתה מניעה להורות על הגשת דו"חות אלו גם במסגרת "ניהול רגיל של התובענה". מכל מקום, ציין בית המשפט כי עצם החשיפה לחומר בלתי-קביל אינו מביא לפסילת המותב.

עוד דחה בית המשפט את טענת המערערות בדבר גיבוש דעה קדומה. באשר לאמירה כי "ייחל" להצטרפותה של ברקן כמבקשת, הסביר:

"אכן, במסגרת הדיונים שהתנהלו בתובענה, הובהרה לצדדים עמדת, במישור המשפטי, שלפיה קיים קושי בעובדה כי [המשתכנים] הגישו בקשה לפי סעיף 388 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 כאשר אין הם צד להסכם בין [המערערות] לברקן. בהקשר זה הערתי, כפי שהעיר גם כונס הנכסים, כי אם ברקן הייתה מצטרפת כמבקשת נוספת, היה בכך כדי לפתור קושי זה. בנקודה זו, שהיא כאמור משפטית לחלוטין, אין כל מניעה כי בית המשפט יביע עמדתו. יש גם לתמוה מה רא[ו] [המערערות] להביא דוגמא זו, בה חיזקתי דווקא את טענת הסף שלה[ן]".

10. בית המשפט הוסיף כי ניתן היה לצרף את ברקן כמבקשת מיד לאחר שהודיעו המשתכנים על רצונם לעבור למישור הפורמאלי, אך במקום זאת ביקש בית המשפט לברר אם ברקן עומדת על בקשתה. בית המשפט סיכם את החלטתו באומרו:

"בתובענה זו נעשו מאמצים רבים, יתכן שרבים מידי, לקידום הפרויקט לרווחת כל המעורבים בדבר, כולל [המערערות]. זאת לאחר שנים רבות בהם הליכים משפטיים ובוררות לא הניבו את התוצאה המקווה. [...] יש להצטער על כך שמאמצים אלה פורשו באופן לא נכון".

להשלמת התמונה יצוין כי בהמשך הדיון הודיעה ברקן כי היא חוזרת ועומדת על בקשתה להצטרף להליך כמבקשת. כמו כן, ביום 30.7.2020 הגישו המערערות בקשה למתן הבהרה בה ציינו, בין היתר, כי במהלך הסיוור מיום 5.1.2020 שוחח המותב עם הכונס והמפקח מטעמו במספר הזדמנויות ללא נוכחות הצדדים. על כן ביקשו המערערות

כי יובהר אם הכונס, אשר בא בנעלי ברקן, הוא "צד להליך הפורמלי [...] ומה מעמדו". בהחלטה תמציתית מהמשך אותו היום קבע בית המשפט כי הן הכונס והן ברקן הם צדדים להליך וכי "מעבר לכך, אין צורך בהבהרה".

11. מכאן הערעור, בו שבות המערערות על טענותיהן בדבר דעה קדומה של בית המשפט, בדבר היותו של ההליך הבלתי-פורמאלי בעל מאפיינים של גישור, ובדבר הבעייתיות שבמעבר מהמישור הבלתי-פורמאלי לפורמאלי. המערערות מפרטות כי הביקור ביום 5.1.2020 החל בסיור של המותב באתר עם הכונס והמפקח מטעמו, וללא נוכחות באת-כוח המערערות – וכי באת-כוחן "התרעמה" משגילתה שהסיור החל בהיעדרה, אך בחרה להצטרף לסיור "שעה שמדובר היה במסלול בלתי פורמאלי ולא מחייב ושעה שהיה ברור [לה] כי דבר ממסלול זה לא יועבר לדיון פורמאלי ככל שיהיה". עוד מציינות המערערות כי במהלך הסיור נסע המותב ברכב עם הכונס ובנפרד מיתר הצדדים, ושוחח עם המפקח מטעם הכונס שלא בנוכחות הצדדים. המערערות מדגישות כי בית המשפט היה מעורב במשא ומתן בין הצדדים; ביקש "ביוזמתו" לקבל נתונים בנוגע לפרויקט; זימן לדיונים ולסיור את נציגי המועצה, שאינם צד להליך, והפנה אליהם שאלות; ואף "חקר" את הצדדים מבלי שנתבקש ומבלי שהתנהלו חקירות נגדיות – וכל זאת תוך שיתוף פעולה מצד המערערות "אשר נאמר להן במפורש כי מדובר בשיתוף פעולה לא פורמאלי וכי דבר לא ישמש בעתיד הליך משפטי ככל שיתנהל".

12. לטענת המערערות, החלטתו של בית המשפט קמא בבקשת הפסלות אינה עולה בקנה אחד עם העובדה שבמסגרת ההליכים הקודמים מתנהל "הליך כינוס נכסים פעיל" בנוגע לעבודות בפרויקט, או עם שיטת המשפט האדברסרית שבמסגרתה בית המשפט אינו אחראי על חיפוש הראיות והבאתן. המערערות מוסיפות כי מעורבותו האקטיבית של בית המשפט לא פסקה עם המעבר לשלב הפורמאלי, וכי בית המשפט ציין בדיון מיום 28.7.2020 כי "סמכותי כביהמ"ש לזמן את מי שאני חושבת לנכון" והפנה שאלות למפקח מטעם הכונס מבלי לאפשר לצדדים לחקור אותו.

13. המערערות סבורות כי הדין הישראלי אינו מכיר בקיומו של "הליך" לא פורמאלי שאיננו הליך גישור, וכי ההליך שהתנהל בפני בית המשפט קמא היה "בעל כל המאפיינים על פי ההגדרה בחוק של הליך גישור". בנוסף עומדות המערערות על טענתן כי בית המשפט גיבש דעה אישית ונטייה "לטובת המשיבים", בפרט נוכח האמירה בנוגע להצטרפות ברקן כמבקשת. עוד טוענות המערערות כי בית המשפט נמנע מלהכריע בבקשת ברקן למחוק את בקשת ההצטרפות שלה; דחה בקשה מטעם ברקן לפטור מהתייצבות לדיון ביום 28.7.2020; "גרם" לברקן לחזור בה ולעמוד בשנית על בקשת

ההצטרפות שלה; וקצב מועדים קצרים בשלב הפורמאלי חרף "משיכת" ההליך הבלתי-פורמאלי במשך כשנתיים. המערערות מוסיפות וטוענות כי לאחר תום הדיון מיום 28.7.2020 תועדה בפרוטוקול אמירה נוספת של הכונס, באופן המעיד על "דברים נוספים" שנאמרו באולם לאחר הדיון.

14. המערערות מוסיפות ומפנות לחוות דעת שפורסמו מטעם נציבות תלונות הציבור על שופטים מהן עולה, לטענתן, כי ראוי להימנע מניסיונות בלתי-פורמאליים ליישוב סכסוכים בהסכמה ומשיחות שלאחר הדיון עם בעלי דין. עוד מדגישות המערערות כי שינו את מצבן לרעה והוציאו כספים במסגרת השלב הבלתי-פורמאלי, שבמהלכו בית המשפט "נמנע במכוון" מלדון בטענות הסף שלהן באופן שהוביל ל"גרירת המערערות במשך שנתיים".

15. הכונס טוען בתגובתו כי דין הערעור להידחות, ומוסיף כי הבקשה לפסילת המותב היא "רק אמצעי – נמוך מכל קודמיו" לדחות את ההכרעה בהליך.

16. המשתכנים וברקן הגישו תגובה מאוחדת ביום 25.10.2020, בה טענו אף הם כי יש לדחות את הערעור. המשתכנים וברקן טוענים כי הם "מעולם לא סברו שהם לוקחים חלק בהליך גישור" וכי ההליך הבלתי-פורמאלי אינו כולל מאפיינים של גישור, שכן חלק מההחלטות ניתנו שלא בהסכמתם. עוד נטען כי בית המשפט לא ביקש נתונים על הפרויקט מיוזמתו, אלא לבקשת המשתכנים והכונס. באשר לטענה בנוגע לשיחות שקיים המותב עם הכונס והמפקח מטעמו, מדגישים המשתכנים וברקן כי באת-כוח המערערות "הובילה את הסיור וליוותה בצמוד את כב' השופטת" – ומכל מקום הכונס אינו צד להליך אלא משמש כקצין בית משפט, ולעמדת המשתכנים וברקן אין פסול בקיום שיח בין בעל תפקיד ובין בית המשפט שמינה אותו.

17. המשתכנים וברקן חולקים על הטענה כי אמירת המותב לפיה "ייחל" להצטרפות ברקן נועדה לתקן פגם שהעלו המערערות בטענותיהן המקדמיות, ומסבירים כי ברקן עמדה על בקשת ההצטרפות שלה לאחר שמשא ומתן שניהלה עם המערערות ערב הדיון מיום 28.7.2020 העלה חרס. עוד טוענים המשתכנים וברקן כי היה על המערערות להעלות בזמן אמת את הטענה לפיה בית המשפט אינו יכול לדון במישור הפורמאלי בהליך; כי בית המשפט לא "חרף דינו" של מי מהצדדים; וכי ניתן להקיש לענייננו מהכלל שלפיו החזרת תיק לערכאה הדיונית לאחר התערבותה של ערכאת הערעור אינה מהווה עילה לפסילת המותב, על אף חשיפתו למידע שהוגש בהליך. עוד חולקים

המשתכנים וברקן על הטענה לפיה מתבצע פיקוח "פעיל" על הפרויקט במסגרת ההליכים הקודמים.

18. בהתאם להחלטה מיום 3.11.2020, הגישו המערערות תשובה לתגובת המשתכנים וברקן. המערערות סבורות כי יש טעם לפגם בייצוג המשותף של המשתכנים וברקן – שהם צדדים בעלי יריבות משפטית – בערעור דנן ובהליך שבפני בית המשפט קמא, ומדגישות כי בית המשפט קמא לא התייחס לעובדה זו. עוד משיגות המערערות על הטענה כי ההליכים הקודמים אינם מתנהלים באופן "פעיל", ועומדות על טענתן בדבר הבעייתיות בכך שהמותב נסע עם הכונס ברכב במהלך הסיוור. בהקשר זה טוענות המערערות כי אילו היה מדובר בהליך "פורמאלי" לא היה המותב נוסע ברכב עם מי מבעלי הדין, והמערערות עצמן "לא היו עוברות על כך לסדר היום".

19. לאחר עיון בערעור, בנספחיו ובתגובות לו, ולא בלי התלבטות, באתי לידי מסקנה כי דינו להידחות. פירטתי לעיל בהרחבה את השתלשלות העניינים בהליך על מנת להמחיש את המסקנה העולה ממכלול נסיבות העניין: ההליך נוהל משך למעלה משנה וחצי במתכונת "בלתי-פורמאלית" בהסכמת הצדדים, ובמסגרתה הוגש מידע רב לעיונו של בית המשפט ובוצעו פעולות שונות תחת פיקוחו. כל זאת, תוך שהמסמכים השונים מתויקים בתיק בית המשפט, ותוך שבית המשפט מבהיר לצדדים פעם אחר פעם כי הם חופשיים לסיים מתכונת בלתי-פורמאלית זו לכשיחפצו וכי טענותיהם שמורות להם אם וכאשר יחזור הדיון למישור הפורמאלי. במהלך השלב הבלתי-פורמאלי מילאו המערערות אחר החלטותיו של בית המשפט; הפסיקו בשלב מסוים לעמוד על מתן הכרעה בטענות הסף שלהן; לא טענו כי נתונים כאלו ואחרים אינם קבילים; ולא ביקשו להחריג נתונים כלשהם מן המישור הפורמאלי. משהחזירו המשתכנים את הדיון למישור הפורמאלי ביום 10.6.2020 ביקשו המערערות לפסול את המותב, בין היתר, בטענה כי הוא אינו יכול לדון בהליך באובייקטיביות נוכח החומר שהוגש לעיונו במסגרת המתווה הבלתי-פורמאלי.

בניגוד לטענת המערערות, אינני סבורה כי התמונה הכוללת מעידה על חשש למשוא פנים מצד המותב, לא כל שכן חשש ממשי המצדיק את פסילתו. אכן, ההליך נוהל במתכונת בלתי-שגרתית בלשון המעטה, וכדבריו של בית המשפט "נעשו מאמצים רבים, יתכן שרבים מידי" להבאת הצדדים לידי הסכמה. אך לא שוכנעתי כי התנהלותו של בית המשפט קמא מעידה על נעילת דעתו או על פגם באובייקטיביות ומכל מקום, ספק רב אם המערערות העלו את טענותיהן הרלוונטיות "מיד לאחר שנודעה [להן] עילת הפסלות" כהוראת תקנה 471ב לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

להלן אדון בטענות המערערות כסדרן.

20. האם נוהל בין הצדדים הליך גישור שיש לחסות מפני המותב הזן בהליך? – המערערות סבורות כי ההליך ה"בלתי-פורמאלי" שהתנהל בפני בית המשפט קמא מקיים את המאפיינים המהותיים של הליך גישור. אולם, המונח "גישור" מוגדר בסעיף 79ג לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט) בתור "הליך שבו נועד מגשר עם בעלי הדין, כדי להביאם לידי הסכמה ליישוב הסכסוך, מבלי שיש בידו סמכות להכריע בו". דומה כי אין צורך להכביר במילים בהיבט זה. הסמכות להכריע בהליך הייתה נתונה כל העת בידי בית המשפט קמא, ועל כן אין מדובר בהליך גישור כהגדרתו בחוק בתי המשפט. משכך, אין תחולה בענייננו להוראת אי-הקבילות שמעוגנת בסעיף 79ג(ד) לחוק בתי המשפט או לחיסיון שחל על הליכי גישור. יודגש כי אין בכך כדי לקבוע מסמרות בשאלה אם המידע שנחשף בשלב הבלתי-פורמאלי עשוי להיות בלתי-קביל מסיבות אחרות, וטענות הצדדים בנושא זה שמורות להם.

21. המערערות מוסיפות כי נאותו להתנהל בחופשיות עקב המתכונת הבלתי-פורמאלית ולחשוף מידע שלא היו חושפות בנסיבות אחרות. אך טענה זו הועלתה בעלמא, ללא הפניות לפרטי מידע מסוימים שנחשפו ולאופן בו חשיפתם פוגעת לכאורה באובייקטיביות של בית המשפט. משכך, גם אילו הייתי נכונה לקבל את טענת המערערות כי הנתונים מהשלב הבלתי-פורמאלי אינם קבילים, לא שוכנעתי כי בית המשפט נחשף ל"מסה קריטית" של ראיות בלתי-קבילות המצדיקה את פסילתו (השוו: ע"א 125/17 ג'ורדאל בע"מ נ' מנהל מע"מ באר שבע, פסקאות 8-9 (15.3.2017)).

22. טענת המערערות בנוגע לנסיעת המותב ברכב עם הכונס, ובנוגע לחילופי דברים במעמד צד אחד בינו ובין הכונס והמפקח, הועלתה בפני בית המשפט קמא רק אחרי מתן ההחלטה בבקשת הפסלות, ואף זאת במסגרת בקשת הבהרה ולא בתור טענה המקימה עילת פסלות. על כן אין מקום להידרש לנושא במסגרת הערעור דנן. זאת ועוד, הסיוור התקיים ביום 5.1.2020, והמערערות ציינו כי באת כוחן "התרעמה" בזמן אמת על כך שהמותב סייר באתר עם הכונס ללא נוכחות יתר הצדדים. בשים לב לכך שבקשת הפסלות הוגשה ביום 3.7.2020, ולכך שהטענה אף לא הועלתה במסגרת הבקשה אלא בבקשת ההבהרה, מדובר בטענה הלוקה בשיהוי ניכר. למעלה מן הצורך, אציין כי אכן ראוי להימנע מהחלפת דברים עם בעלי הדין ובאי כוחם במעמד צד אחד ושלא במסגרת סדרי הדין הרגילים, אך עובדה זו בלבד אין בה כדי להקים עילת פסלות ויש לבחון כל מקרה על פי נסיבותיו (השוו: ע"א 7297/17 ס.ב. ניהול מקרקעין בע"מ נ' תינהב חברה לבניה

ופיתוח (1990) בע"מ, פסקה 4 (1.11.2017); ע"פ 2877/18 טעאבנה נ' הוועדה המקומית גליל מזרחי, פסקה 7 (10.6.2018)). בשים לב למכלול הנסיבות – ובפרט העובדה שהסיוור עצמו נערך בהסכמת המערערות, העובדה שמדובר בבעל תפקיד מטעם בית המשפט, והעובדה שהמערערות לא העלו את השגותיהן בנושא בזמן אמת – לא שוכנעתי כי יש הצדקה לפסול את המותב עקב אירועים אלו.

23. האם התנהלותו של בית המשפט מעידה על נעילת דעתו? – טענותיהן של המערערות בהיבט זה מתמקדות בהתנהלותו ה"אקטיבית" של המותב, ובפרט באמירה לפיה "ייחל" להצטרפות ברקן להליך. בהקשר זה מפנות המערערות לע"א 9021/10 נעימי נ' אלאב אופנה בע"מ (8.3.2011) (להלן: עניין נעימי), שם נקבע כי יש להיזהר "מאקטיביות יתרה העלולה, ולו גם מתוך רצון כן להגיע לאמת, לפגום באובייקטיביות השיפוטית [של המותב]" (שם, פסקה 10). אך כפי שנפסק בעבר, מעורבות מצד בית המשפט בהליך בדמות העלאת שאלות, הצעת הצעות והצבעה על נקודות חולשה בעמדתו של בעל דין מסוים אינה יוצרת כשלעצמה עילת פסלות (ע"א 5609/20 סיסו נ' עמידר - החברה הלאומית לשיכון בישראל בע"מ, פסקאות 11-12 (8.10.2020); ע"א 5205/20 פלונית נ' פלוני, פסקה 9 (13.9.2020)). עוד יש להדגיש כי עניין נעימי עסק במותב שצירף להליך ראייה מתביעה אחרת, וברי כי נסיבות אלו אינן דומות כלל ועיקר לענייננו.

24. באשר להתנהלותו האקטיבית של המותב בשלב הבלתי-פורמאלי, די בכך שאציין כי ההתנהלות במתווה דיוני זה נעשתה על דעת המערערות ובהסכמתן. אף אינני סבורה כי אמירת המותב לפיה "ייחל" להצטרפותה של ברקן כמבקשת מהווה הבעת עמדה החורגת מן המקובל בנסיבות העניין, ולא שוכנעתי כי יש בה כדי להעיד על נעילת דעתו. גם התנהלות המותב לאחר המעבר למישור הפורמאלי אינה מעידה על חשש ממשי למשוא פנים – ובהקשר זה יובהר כי במסגרת הערעור אין מקום לדון לראשונה בטענות הנוגעות לאירועים מהדיון ביום 28.7.2020 ולאחריו, אשר לא עלו, מטבע הדברים בבקשת הפסלות והמערערות אף לא העלו אותן לפני מתן ההחלטה בבקשה (חלקם אף קרו לאחר מתן ההחלטה). למעלה מן הצורך אוסיף כי גם טענות אלו של המערערות אינן מבססות עילת פסלות. לא שוכנעתי כי במכלול, ועל אף המאמץ החריג, הממושך ויוצא הדופן שנקט המותב בנסיון לסיים את הסכסוך במסלול הבלתי פורמאלי, האופן שבו התנהל המותב בהקשר זה מקים חשש ממשי למשוא פנים.

אשר על כן, הערעור נדחה. בנסיבות העניין, לא ייעשה צו להוצאות.

ניתן היום, י' בכסלו התשפ"א (26.11.2020).

ה נ ש י א ה