

## בבית המשפט העליון

רע"א 4224/04

בפני :  
כבוד השופט א' ריבלין  
כבוד השופט א' גרוניס  
כבוד השופט א' רובינשטיין

המבקשים :  
1. בית ששון בע"מ  
2. ששון לוי  
3. עלש בע"מ

נגד

המשיבים :  
1. שיכון עובדים והשקעות בע"מ  
2. עו"ד יאיר גרין

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי  
בת"א-יפו מיום 25.1.04 בה"פ 1136/03 שניתן על ידי כבוד  
השופט י' שנלר

תאריך הישיבה : כ"ה באב תשס"ד (12/8/04)

בשם המבקשים : עו"ד א' זוהר ; עו"ד א' מיכאלי ; עו"ד י' רוזנטל

בשם המשיבים : עו"ד י' גרין ; עו"ד נ' שמואלי

### פסק-דין

השופט א' גרוניס:

1. הבקשה שבפנינו הינה בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב (כבוד השופט י' שנלר) מיום 25.1.04. בפסק הדין נדחתה תביעתם של המבקשים להצהיר, כי לאור סעיף הבוררות המופיע בהסכם בין המבקשת 1 (להלן - בית ששון) לבין המשיבה 1 (להלן - שיכון עובדים), יש להכריע בסיכסוך בין

הצדדים בהליך של בוררות. החלטנו לדון בבקשה כאילו ניתנה רשות והוגש ערעור בהתאם.

2. המבקש 2 (להלן - לוי) הינו בעל השליטה בבית ששון ובמבקשת 3 (להלן - עלש). בית ששון ולוי היו הבעלים של 86% מחלקה 63 בגוש 30050 בירושלים. יתר הזכויות בחלקה זו היו של בית ארלוזורוב חברה בע"מ, שהתחייבה להעביר למבקשים את זכויותיה בחלקה. עלש הייתה הבעלים של חלקה 51 באותו גוש (שתי החלקות ייקראו להלן - המקרקעין). המבקשים יצרו קשר עם שיכון עובדים על מנת לבנות על המקרקעין שבבעלותם פרויקט רחב היקף, שבמסגרתו אמורים היו להיות מוקמים במרכז ירושלים קניון, שטחי משרדים ומגדל מגורים (הפרויקט ידוע בשם פרויקט בית מפא"י). לשם הקמת הפרויקט נכרתו בין הצדדים ביום 7.11.94 שלושה הסכמים (שייקראו להלן יחדיו - ההסכמים המקוריים):

א. הסכם קומבינציה בין המבקשים לשיכון עובדים (להלן - הסכם הקומבינציה), שבמסגרתו התחייבו הצדדים, בין היתר, לפעול במשותף לשינוי תכנית בניין העיר (תב"ע) הקיימת ולהכנת תב"ע חדשה.

ב. הסכם הלוואה בין שיכון עובדים לבית ששון (להלן - הסכם הלוואה), שבמסגרתו סוכם כי שיכון עובדים תלווה לבית ששון סכום כולל של 5 מיליון דולר. כן הוסכם, כי ההלוואה ניתנת לבית ששון כנגד התחייבותה להעמיד בטחונות לטובת שיכון עובדים, הכוללים משכנתה על זכויות המבקשים במקרקעין. לשם כך ניתן למשיב 2, עו"ד יאיר גרין, ייפוי כוח נוטריוני בלתי חוזר לרשום משכנתה מדרגה ראשונה לטובת שיכון עובדים, וכן צורף להסכם הלוואה שטר המשכנתה. הסכם זה כלל בתוכו את סעיף הבוררות הבא, שעליו נסבה המחלוקת בין הצדדים:

"במקרה של חילוקי דעות בין הצדדים באשר לביצועו של הסכם זה, יכריעו בדבר במשותף, עוה"ד י. גרין וש. בירן" (להלן - סעיף הבוררות).

בית ששון התחייבה להחזיר את ההלוואה "עד תום 3 שנים מגמר הפרויקט". ההלוואה אכן ניתנה והמשכנתה נרשמה. אומנם קיימת מחלוקת האם מלוא סכום ההלוואה ניתן למבקשים, אך בכל מקרה אלה האחרונים מודים בקבלה של 4.25 מיליון דולר.

ג. מכתב מהמבקשים לשיכון עובדים, שהאחרונה הסכימה לאמור בו, ובו נקבעו, בין היתר, שני תנאים מתלים להסכם הקומבינציה: האחד, שעל פי התב"ע יותר

לבנות שטח עיקרי של 22,500 מ"ר לפחות, והשני, כי יינתן תוקף לתב"ע האמורה תוך שנתיים לכל היותר מיום כריתת הסכם הקומבינציה (כלומר עד ליום 7.11.96).

3. ביום 13.8.97 הוארך, בהסכמת הצדדים, עד ליום 1.9.99 המועד להתקיימות התנאי המתלה בדבר מתן התוקף לתב"ע. לטענתה של שיכון עובדים, התנאים המתלים לא התקיימו גם לאחר הארכת מועד זו, ועל כן הודיעה למבקשים במכתב מיום 8.9.99 על ביטול הסכם הקומבינציה ודרשה כי תוחזר לה ההלוואה. המבקשים טענו, לעומת זאת, כי התנאי המתלה פקע משלא בוטלה ההתקשרות בחלוף המועד המקורי, וכך גרסו כי בכל מקרה יש לראות את אישור התב"ע על ידי הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה ביום 10.6.99 כקיום של התנאי המתלה בתקופת ההארכה. בנוסף לכך, העלו המבקשים טענות בנוגע למחדלי שיכון עובדים בקידום הליכי התכנון, ואף העלו כלפיה דרישה לקיזוז בשל נזקייהם. על רקע מחלוקת זו חתמו הצדדים ביום 19.7.00 על הסכם מתקן (להלן - ההסכם המתקן). ההסכם המתקן קבע, כי ההסכמים המקוריים יעמדו בתוקפם בכפוף אליו, וכי במקרה של סתירה בין ההסכמים יגברו הוראות ההסכם המתקן. כן נכללה בהסכם המתקן הוראה לפיה:

"אם תהיה בין הצדדים מחלוקת איזה הוראה גוברת יכריעו במחלוקת זו עורכי הדין שרגא בירן ויאיר גרין".

בנוסף לכך, הוארך בהסכם זה "בפעם האחרונה" המועד לקיום התנאי המתלה בדבר מתן התוקף לתב"ע, וזאת עד ליום 31.3.01. כמו כן נקבע בהסכם המתקן, כי אם אכן לא יתמלאו התנאים המתלים עד ליום 31.3.01, יהא על לוי להחזיר לשיכון עובדים עד ליום 31.5.01 את ההלוואה ואת כל הכספים שניתנו לו. עוד נאמר בהסכם המתקן, כי במצב זה תעמוד בתוקפה ההודעה הקודמת של שיכון עובדים מיום 8.9.99 בדבר ביטול ההתקשרות. יתר על כן, ההסכם המתקן קבע כי אם לוי לא ימלא אחר ההתחייבות האמורה להחזר ההלוואה, תהא שיכון עובדים זכאית, החל מיום 1.6.01, לפעול למימוש של המשכנתה ושל שאר הביטחונות שבידיה, וכי לוי לא יתנגד לכך. לאחר ששלחה ביום 1.4.01 דרישה לפירעון ההלוואות, פתחה שיכון עובדים ביום 11.8.03 בהליכים למימוש המשכנתה בלשכת ההוצאה לפועל בירושלים. המבקשים מצידם כפרו בזכותה של שיכון עובדים לפעול כל עוד לא ננקטו הליכי בוררות, כפי שנקבע בסעיף הבוררות.

4. ביום 19.9.03 הגישו המבקשים תובענה לבית המשפט המחוזי בתל אביב ובה ביקשו שבית המשפט יקבע כי יש לדון במחלוקת בינם לבין שיכון עובדים בהליך

בוררות, וכן שיורה על עיכוב מימושה של המשכנתה עד להכרעה בבוררות. המחלוקת העיקרית בין בעלי הדין נסבה, אם כן, על תחולת סעיף הבוררות לגבי הסיכסוך ביניהם. הסוגיות בהן מעוניינים המבקשים לדון במסגרת הליך הבוררות כוללות, בין היתר, את התקיימות התנאים המתלים, הפרת הסכם הקומבינציה על ידי שיכון עובדים וזכותם לקזז את סכום הנזקים שנגרמו להם מהסכום אותו הם חבים לשיכון עובדים. בית משפט קמא נתן את פסק דינו ביום 25.1.04. בפסק הדין נקבע, כי הכוונה בסעיף הבוררות, על פי ניסוחו, הייתה להחילו רק לגבי ביצוע הסכם ההלוואה ולא לגבי הטענות השונות שהעלו המבקשים בנוגע להפרתם או לקיומם של ההסכמים בין הצדדים (ובכלל זה שאלת התקיימות התנאים המתלים). כמו כן, קיבל בית משפט קמא את טענת שיכון עובדים לפיה משטר המשכנתה לא עולה כי תנאי למימוש המשכנתה הוא הכרעה בבוררות. יתר על כן, בית משפט קמא פסק, כי ההוראות בהסכם המתקן, הן בדבר חיוב המבקשים להחזר ההלוואה והן בנושא מימוש המשכנתה, הינן עצמאיות ואינן כפופות להסכם ההלוואה ולסעיף הבוררות שבו. לאור האמור, דחה בית משפט קמא את תובענת המבקשים. במעמד מתן פסק הדין נתן בית המשפט המחוזי, לבקשת המבקשים, סעד ארעי של עיכוב הליכי מימוש המשכנתה עד ליום 15.2.04.

5. ביום 11.2.04 הגישו המבקשים לבית משפט זה ערעור על פסק דינו של בית משפט קמא (ע"א 1418/04). עם הגשת הערעור הגישו המבקשים בקשה לעיכוב הליכי מימושה של המשכנתה עד להכרעה בערעור. לאחר שניתן צו ארעי על פי הבקשה, נדחתה בסופו של דבר הבקשה ביום 10.3.04 (על ידי השופט ס' ג'ובראן). ביום 25.4.04 קיבל רשם בית משפט זה את בקשת המשיבים למחוק את הערעור על הסף, לאחר שקבע כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי בא בגדר סעיף 38 לחוק הבוררות, תשכ"ח - 1968 (להלן - חוק הבוררות). סעיף זה קובע כי על החלטה לפי חוק הבוררות ניתן להשיג על דרך בקשת רשות ערעור. עם זאת, נתן הרשם למבקשים ארכה של 10 ימים להגשת בקשת רשות ערעור. ואכן הגישו המבקשים ביום 5.5.04 את בקשת רשות הערעור שבפנינו. בד בבד עם הגשת בקשת רשות הערעור הגישו המבקשים בקשה לצירוף ראיות. בגדרה ביקשו להוסיף שני מסמכים אשר, לטענתם, מהווים חלק בלתי נפרד מהסכם ההלוואה ומשטר המשכנתה. לטענת המבקשים, ממסמכים אלה עולה כי נקבע בין הצדדים מנגנון להחזר ההלוואה, שהמחלוקות לגביו כפופות למנגנון הבוררות. על כן, הוסיפו המבקשים וטענו, כי שיכון עובדים אינה רשאית לפעול לשם מימושה של המשכנתה כל עוד לא נפלה הכרעה בבוררות. ביום 8.7.04 החליט השופט י' טירקל להעביר את הדיון בבקשה לרשות ערעור למותב תלתא.

6. בעוד ההליכים תלויים בבית משפט זה ובמקביל להם הגישו המבקשים ביום 24.3.04 תובענה על דרך המרצת פתיחה נגד שיכון עובדים לבית המשפט המחוזי בתל אביב (ה"פ 535/04, שתיקרא להלן - התובענה החדשה). בתובענה זו חזרו המבקשים על עיקרי טענותיהם נגד שיכון עובדים, שלגביהן גורסים המבקשים בערעור זה, כי יש לבררן במסגרתו של הליך בוררות. בתובענה ציינו המבקשים, כי פנייתם לבית המשפט המחוזי נעשית "למען הזהירות המשפטית בלבד", וכן כי טענותיהם "צריכות להתברר בהליך של בוררות". בתובענה החדשה עתרו המבקשים, בין היתר, שבית המשפט יצהיר כי לשיכון עובדים אין זכות לדרוש את פירעון כספי ההלוואה, וכן כי אין לה זכות לפעול למימוש המשכנתה. עם הגשת התובענה החדשה ביקשו הם סעד זמני במעמד צד אחד לפיו ייאסר על שיכון עובדים להביא בפני ראש ההוצאה לפועל בקשה לאישור המכר של המקרקעין. ביום 24.3.04 נעתר בית המשפט המחוזי (השופט י' זפט) על פי צד אחד לבקשה לסעד ארעי והורה לשיכון עובדים להגיש תשובה. החלטה זו ניתנה, אם כן, שבועיים לאחר שבקשה דומה של המבקשים נדחתה בבית משפט זה. ביום 8.9.04 דחה בית המשפט המחוזי את הבקשה לסעד זמני וביטל את הצו הארעי. המבקשים הגישו לבית משפט זה ביום 10.9.04 בקשת רשות ערעור על ההחלטה האמורה (רע"א 8326/04). בו ביום נתן השופט י' טירקל צו ארעי לעיכוב הליכי מימושה של המשכנתה וקבע כי על המשיבים להשיב לבקשה לרשות ערעור.

7. איננו רואים כלל צורך להידרש לשאלה המהותית בדבר תחולתו של סעיף הבוררות ולטענה כי כל עוד לא נפלה הכרעה בבוררות אין שיכון עובדים רשאי לפעול למימושה של המשכנתה. דרך התנהלותם של המבקשים בפרשה מחייבת דחייה של הערעור. באומרנו דרך התנהלות, כוונתנו לכך שהמבקשים פועלים בעת ובעונה אחת בשני מסלולים שיפוטיים שאינם מתיישבים האחד עם האחר. יתרה מזו, במקרה דנא מיצו המבקשים את האפשרויות להשיג סעד זמני בבית משפט זה. לאחר מכן הצליחו לקבל סעד ארעי בבית המשפט המחוזי, אשר בוטל לאחר מספר חודשים. המבקשים לא זנחו את אותו הליך, הם הגישו בקשת רשות ערעור נוספת התלויה בבית משפט זה (שגם בה קיבלו סעד ארעי) ובה בעת מבקשים הם להמשיך בהליך הנוכחי. עסקינן במקרה ייחודי וקיצוני בו יש להחיל את הדוקטרינה של השתק שיפוטי. אף אם נתעלם מדוקטרינה זו ונבחן את מהלכיהם של המבקשים על פי דיני הבוררות, נגיע לכלל מסקנה שאין דרכם מתיישבת עם נכונות אמיתית וכנה ליטול חלק בהליכי בוררות. נתייחס תחילה לסוגיית ההשתק השיפוטי ובהמשך לדיני הבוררות.

8. ההשתק השיפוטי הוגדר במילים אלה על ידי השופטת ד' דורנר :

”בעל דין שטען טענה בהליך אחד וטענתו התקבלה, מושתק מלהתכחש לטענתו גם בהליך נגד יריב אחר (שבעניינו לא נוצר מעשה-בית-דין) ולטעון טענה הפוכה” (ע”א 513/89 *Interlego* ו’ *Exin-Lines*, פ”ד מח(4) 133 (להלן - פרשת אינטרלגו) 194).

בעוד שבפרשת אינטרלגו דובר בעיקר על השתק שיפוטי, מוצאים אנו שימוש בדוקטרינות או במונחים אחרים לגבי אותו כלל. כך למשל, בעניין אחד דובר על תקנת הציבור (ע”א 1393/02 קזצ’קוב הבל נ’ קזצ’קוב, פ”ד מח(4) 353, 358), בעניין אחר על בחירה בין חלופות (election) (ע”א 27/80 ישראל ארגמן חברה לבנין בע”מ נ’ ברנדפלד, פ”ד לו(1) 393, 400 ; וכן ראו פרשת אינטרלגו, עמ’ 194) ובמקרים נוספים על שימוש לרעה בהליכי משפט (ע”א 4361/90 ג’ול נ’ אל ג’ול, פ”ד מט(5) 656, 659 ; ע”א 158/83 פינקל נ’ נוימן, פ”ד לח(1) 17, 27). ניתן לראות בכל אחד ואחד מאלה ענף הצומח מתוך עץ תום הלב (פרשת אינטרלגו, עמ’ 199 ; ע”א 658/80 אליאב נ’ הסנה, פ”ד לו(3) 543, 552).

9. הטענה בדבר השתק שיפוטי יכולה להתעורר מקום בו אחד מבעלי הדין מעלה טענות עובדתיות או משפטיות סותרות באותו הליך עצמו או בשני הליכים שונים (ניתן לראות באיסור על העלאת טענות עובדתיות חלופיות כנגד אותו בעל דין בכתב טענות אחד משום דוגמה של השתק שיפוטי ; האיסור קבוע בתקנה 72(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ”ד-1984). התכלית שמאחורי ההשתק השיפוטי היא למנוע פגיעה בטוהר ההליך השיפוטי ובאמון הציבור במערכת המשפט וכן להניא מפני ניצולם לרעה של בתי המשפט (פרשת אינטרלגו, עמ’ 200 ; *Precluding Inconsistent Statements: The Doctrine of Judicial Estoppel*, 80 *Nw. U.L. Rev.* (1986) 1244 (להלן - Boyers), עמ’ 1250-1251). בעוד שתורת ההשתק מכוח מצג מתמקדת בצדדים ובמערכת היחסים ביניהם, הרי הדגש בהשתק השיפוטי הינו על היחס בין בעל הדין לבין בית המשפט. מכך אף נובע שתחולתו של ההשתק השיפוטי אינה מוגבלת למצב דברים בו מדובר באותם מתדיינים בהליך הראשון ובהליך המאוחר (פרשת אינטרלגו, עמ’ 196 ; 690 F.2d ; *Edwards v. Atena Life Insurance Company*, 598 (1982) 595, (להלן - פרשת אדוארדס)), ואף אין דרישה שהצד האחר שינה את מצבו לרעה ( *The Law Relating to Estoppel by* ) *Spencer Bower & Turner*

360 (1977) 3<sup>rd</sup> ed. ("Representation"). זאת ועוד, טענה בדבר השתק שיפוטי יכולה לעלות בלא קשר לנושא המשפטי המהותי העומד על הפרק.

10. בפסיקתנו נקבע, בעקבות פסיקה אמריקאית, כי אחד התנאים לקיומו של השתק שיפוטי הינו הצלחה בהליך הקודם (ראו לדוגמה, רע"א 6753/96 מ.ח.מ.ת. בע"מ נ' פרידמן, פ"ד נ(5) 418, 422). כלומר, תנאי הוא שבעל הדין כלפיו נטען ההשתק השיפוטי זכה בהליך הראשון על סמך טענה שאת היפוכה הוא טוען בהליך השני (הכלל מכונה באנגלית *Prior success rule*, ובלשונונו "כלל ההצלחה הקודמת"). הכלל האמור נובע מן החשש שתתקבלנה החלטות סותרות על ידי שני טריבונלים שונים (ראו *Boyers*, עמ' 1253). לפיכך, אם בית המשפט הראשון דחה את טענתו של בעל הדין, אין מניעה, לאור הכלל האמור, שהוא יעלה טענה סותרת בהליך המאוחר. כמובן, שכאשר מדובר בעדות הסותרת עדות קודמת, תפגע הסתירה במהימנותו של העד בהליך השני, אף אם לא נקבע מימצא על סמך עדותו בהליך הראשון (אם נקבע מימצא, ייתכן שיחול השתק אחר, הוא השתק פלוגתא). אעיר, כי איני משוכנע שאומנם הדרישה של הצלחה קודמת תהא בכל מקרה ומקרה תנאי שאין בלתו לתחולתו של השתק שיפוטי. ברם, אין צורך לקבוע מסמרות בסוגיה זו, שכן דרישה זו מתקיימת במקרה הנוכחי, כפי שיוסבר עתה.

11. השאלה הנוספת שיש ליתן עליה את הדעת היא מה המשמעות של הדרישה בדבר הצלחה בהליך הראשון. האם מתחייב מכך בהכרח שהמתדיין זכה בדין בהליך הראשון? התשובה לכך היא שלילית. די בכך, שהטענה התקבלה על ידי בית המשפט אף אם בסופו של יום בעל הדין לא צלח במשפט. כפי שנאמר באחד מפסקי הדין האמריקאים החשובים בנושא ההשתק השיפוטי:

"A party need not finally prevail on the merits in the first proceeding. Rather, judicial acceptance means only that the first court has adopted the position urged by the party, either as a preliminary matter or as part of a final disposition" (פרשת *אדוארדס*, עמ' 599).

מדברים אלה ניתן ללמוד כי גם קבלת סעד זמני בהליך הקודם עשויה להיחשב להצלחה שיוצרת השתק שיפוטי ומונעת מבעל הדין, שנהנה מהסעד הזמני, לטעון טענה סותרת בהליך מאוחר יותר. פסק דין אמריקאי שבו אכן יושם ההשתק השיפוטי בהקשר זה הוא *Murray v. Silberstein*, 882 F.2d 61 (1989). המערער באותו מקרה, *Murray*, נהנה במשך יותר משנתיים מצו מניעה זמני שמנע את הדחתו מתפקידו. צו

המניעה ניתן לו על בסיס טענתו שבשל הוראות התיקון האחד עשר לחוקה האמריקאית הוא לא יהיה זכאי לפיצוי כספי על הנזקים שייגרמו לו בשל אובדן שכרו, אם תופסק כהונתו בתפקידו. לאחר שפג תוקפו של צו המניעה ביקש המערער לתקן את תביעתו, כך שתכלול גם דרישה לפיצוי על הנזקים הכספיים שנגרמו לו. בית המשפט דחה בקשה זו בשל קיומו של השתק שיפוטי. המקרה שבפנינו דומה הוא, שהרי המבקשים זכו בסעד זמני שעמד בתוקף במשך כחצי שנה. אכן, אותה זכייה הושגה בתובענה החדשה שהוגשה אחרי פנייתם של המבקשים לבית משפט זה. ברם, הסעד הזמני ניתן טרם הדיון בבקשה דנא לרשות ערעור (הנדונה כערעור). על כן, אף שמדובר בהליך שנפתח בשלב מאוחר, הרי לענייננו רואים אותו כהליך בו הייתה ההצלחה הקודמת.

12. המוסד של השתק שיפוטי עוסק בהתנהלותו של בעל דין בהליך משפטי אחד או בשני הליכים שונים. מדובר, אם כן, בכלל שניתן לשייכו למשפט הדיוני. בצד כלל זה מוצאים אנו כללים דומים בתחום המשפט המהותי. הרציונל שמאחורי הכללים במשפט המהותי שונה הוא. נתאר עתה את המקרה הבולט ביותר הקיים בדין המהותי. כוונתנו לכלל הקיים בדיני חוזים ולפיו אין צד לחוזה יכול לטעון בעת ובעונה אחת לאכיפת החוזה ולהשבה (ע"א 2454/98 לינדאור נ' דינגל, פ"ד נו(1) 225, 231; ע"א 156/82 ליפקין נ' דור הזהב בע"מ, פ"ד לט(3) 85, 92). אכן, הכלל האמור יכול שימצא ביטוי שעה שצד לחוזה מגיש תביעת אכיפה וזוכה בה ולאחר מכן מגיש תביעה נוספת בה הוא עותר להשבה. מקרה כזה דומה מבחינה מסויימת לסיטואציה של השתק שיפוטי. את ההבדל בין ההשתק השיפוטי לתחולת הכלל הנזכר בדיני חוזים נוכל להראות בדוגמה הבאה: נניח שצד לחוזה טוען כלפי הצד האחר כי הלה הפר את החוזה ועל כן ביטל הוא - הראשון - את החוזה. בעקבות זאת, ועל פי דרישתו של הנפגע, ובלא הליך שיפוטי, השיב לו המפר את שקיבל. הנפגע לא יוכל לזכות בתביעה לאכיפתו של החוזה. דוגמה זו מובחנת מן ההשתק השיפוטי בכך שכאן מדובר על הליך משפטי אחד, אשר, כך יש להניח, התובע לא יצליח בו בשל כלל מהותי מדיני חוזים ולא בשל השתק שיפוטי.

13. אף אם בוחנים את המקרה שבפנינו על פי דיני הבוררות עצמם, בהתעלם מן הדוקטרינה של השתק שיפוטי, נהיה חייבים להגיע למסקנה כי דין הערעור להידחות. אין לאפשר למבקשים לעמוד על טענתם כי הסיכסוך צריך להיות מופנה לבוררות וכי כל עוד לא נפלה הכרעה בבוררות אין שיכון עובדים רשאית לפעול למימושה של המשכנתה. כלל ידוע בדיני בוררות הוא, כי אין לשמוע לטענתו של בעל דין, שיש להפנות סיכסוך לבוררות, אם מעשיו מצביעים על כך שאין הוא נכון להתדיין בבוררות (סעיף 5(א) לחוק הבוררות; וכן ראו סמדר אוטולונגי, בורות - דין ונוהל, מהדורה

שלישית (1991), מעמ' 117 ואילך). בדרך כלל הסוגיה עולה שעה שבעל דין הנתבע בבית משפט טוען לעיכוב ההליכים בתובענה, מן הטעם שקיים הסכם בוררות בין הצדדים (ראו למשל, ע"א 286/83 קמר נ' רובינסון-ליפסקי, פ"ד לז(4) 245, 248; ע"א 308/85 שיטרית נ' כפר שמואל - מושב עובדים של העובד הציוני, פ"ד מא(1) 742, 745). דוגמה יפה של העדר נכונות להתדיין בבוררות היא, כאשר בעל דין מגיש תובענה לבית המשפט, בעוד שכאשר הוא עצמו נתבע על ידי יריבו טוען הוא לעיכוב הליכים על סמך סעיף בוררות (ע"א 71/68 קונסטרוקציה אגרייטס קורפוריישן נ' מפעלי ים המלח בע"מ, פ"ד כב(1) 695, 699; וכן ראו מקרה שנדון באנגליה, בו נתבע הגיש בקשה לגילוי מסמכים ולפיכך נקבע כי אין הוא זכאי עוד לטעון לעיכוב הליכים מכוח סעיף בוררות: *Parker, Gaines & Co., Limited v. Turpin* [1918] 1 K.B. 358). במקרה הנוכחי אין מדובר בהעלאת טענה בדבר אי נכונות לפנות לבוררות, המועלת על ידי תובע כנגד נתבע המבקש עיכוב הליכים. כזכור, בענייננו המבקשים הם אלה שפנו לבית המשפט על מנת שיקבע כי הסיכסוך צריך להידון בבוררות. אין סיבה להבחין בין מצב זה לבין המקרה הרגיל, בו הטענה בדבר העדר נכונות לפנות לבוררות מועלת בגדר בקשה לעיכוב הליכים מצידו של נתבע (ראו גם ה"פ (ת"א) 526/02 פלד נ' רהק (לא פורסם)).

14. נחזור ונזכיר כמה נתונים לגבי השתלשלות ההליכים. בית המשפט המחוזי דחה את תובענתם של המבקשים ביום 25.1.04. ערעורם של המבקשים הוגש ביום 11.2.04. הבקשה לעיכוב הליכי מימושה של המשכנתה עד להכרעה בערעור נדחתה בבית משפט זה ביום 10.3.04. התובענה החדשה הוגשה לבית המשפט המחוזי ביום 24.3.04. בו ביום ניתן בבית המשפט המחוזי צו ארעי האוסר על שיכון עובדים לבקש מראש ההוצאה לפועל אישור למכירתם של המקרקעין. הבקשה לרשות ערעור, שבאה כתחליף לערעור שהובא שלא כדין, הוגשה ביום 5.5.04. ביום 8.9.04 דחה בית המשפט המחוזי, בגדר התובענה החדשה, את הבקשה לסעד זמני וביטל את הצו הארעי. הגשתה של התובענה החדשה מלמדת על כך שהמבקשים אינם מעוניינים להתדיין במסגרתה של בוררות. אף כי בתובענה החדשה כתבו המבקשים במפורש כי טענותיהם "צריכות להתברר בהליך של בוררות", אין די בעצם אמירתם של הדברים. לא ניתן להתעלם מן ההקשר בו הם נאמרו. כפי שחזרנו וציינו, בית משפט זה דחה (מפי השופט ס' ג'ובראן) את הבקשה לסעד זמני, שנכללה במסגרת הערעור שהגישו המבקשים. והנה הולכים המבקשים ומגישים את התובענה החדשה, כאשר כל מטרתם הינה להשיג את אותו סעד זמני שלא הצליחו להשיגו בבית המשפט העליון. כלומר, מדובר במהלך טקטי, שמטרתו למנוע כמעט בכל מחיר את מימושה של המשכנתה, בין על דרך העלאת טענת הבוררות ובין בכל דרך אחרת. ואם נותר ספק כלשהו באשר

למניעיהם של המבקשים, אין לנו אלא לציין כי בדיון בפנינו הודיע פרקליטם של המבקשים כי אם דרכם תצלח בהליך שבפנינו, כך שהסיכסוך יעבור לבוררות, יחזרו בהם מן התובענה החדשה.

15. לסיכום, בין אם בוחנים את המקרה שבפנינו על פי כללי ההשתק השיפוטי ובין אם בהתאם לדיני הבוררות, מתחייבת מסקנה אחת והיא שדין הערעור להידחות. המבקשים הצליחו בתובענה החדשה, אף שמדובר בהצלחה חלקית וזמנית בלבד. בבית המשפט המחוזי ניתן להם סעד ארעי שמנע את מימוש המשכנתה, סעד שעמד בתוקף במשך כחצי שנה. לדעתנו, בנסיבות המקרה הנוכחי אפשר שההשתק השיפוטי היה חל אף אלמלא ניתן סעד זמני בבית המשפט המחוזי בתובענה החדשה (ראו פסקה 10 סיפא לעיל). כזכור, בית משפט זה דחה את הבקשה לסעד זמני ואילו המבקשים פנו בבקשה דומה לבית המשפט המחוזי בניסיון לעקוף את ערכאת הערעור. המיוחד בעניין שלפנינו הוא ששני ההליכים שנקטו המבקשים ממשיכים להתנהל זה בצד זה. ניתן לדמות את המבקשים ללהטוטן בקירקס הרוכב בעת ובעונה אחת על שני זוגות אופניים. הדבר אפשרי בקירקס אך לא בבתי המשפט. דומה שאף אם אין מדובר בהשתק שיפוטי במשמעותו המקובלת, אין ספק כי המבקשים עשו שימוש לרעה בהליכי משפט. גם אם נסתכל על מה שאירע דרך המשקפת של דיני הבוררות, דינו של הערעור להידחות. המבקשים, אם כן, אינם זכאים לטעון עוד כי יש לברר את המחלוקת בינם לבין שיכון עובדים במסגרת הליכי בוררות וכי כל עוד אין הכרעה בבוררות לא ניתן לממש את המשכנתה. משפנו המבקשים לבית המשפט המחוזי בתובענה החדשה גילו דעתם שאין נכונות אמיתית מצידם לפנות לבוררות.

16. אשר על כן, הערעור נדחה. המבקשים ישאו בשכר טרחת עורך דין בסכום של 40,000 ש"ח.

השופט א' ריבלין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

מסכים אני לחוות דעתו של חברי השופט גרוניס. אוסיף, כי כדברי חברי, יש מקום לראות את סוגיית ההשתק השיפוטי גם במשקפי תום הלב (סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973). לענייננו, המדובר בחוזה, אך לפי סעיף 61(א) לחוק האמור, חופה עקרון תום הלב על כלל הפעולות המשפטיות.

אף אני איני סבור - על פני הדברים - כי לשם השתק שיפוטי נחוץ בכל מקרה התנאי של הצלחה קודמת בטענה כחוסמת העלאתה שוב, קרי שאם נתקבלה הטענה יש חשש להיווצרותן של החלטות סותרות של בתי המשפט, אך אם נדחתה אין החשש קיים וניתן להעלות את הטענה. לדידי, באספקלריית תום הלב - ובלשון פשוטה, הגינות - אין צורך ככלל בהצלחה קודמת בטענה זו. אי אפשר שהצד שכנגד, ובהכרח גם בתי המשפט, יהיו לטוען בחינת "תכנית כבקשתך". ראו גם, בהיקש, בג"ץ 932/49 התנועה לאיכות השלטון נ' יו"ר הועדה לבדיקת מינויים, פ"ד נג(3) 769.

אוסיף, כי במשפט העברי התמונה בכגון דא מורכבת מעט: אכן, קיימת ביסודה החובה לטעון טענות מבוררות, טענות אמת (ראו א' שוחטמן, סדר הדין לאור מקורות המשפט העברי, תקנות הדיון ופסיקת בתי הדין הרבניים בישראל, 236-248). בהקשר זה, נקבעו כללים קבועים באשר להעלאת טענות, שמהם ניתן ללמוד בהיקש לענייננו (שם, 240-249). ביסודה של הלכה, טענה שנטענה מחוץ לבית הדין (שלא בהליך שיפוטי) יכול הטוען לחזור הימנה (מה שאין כן בהודאה מחוץ לכתלי בית הדין). אך אין הטוען יכול לחזור מטענה שבתוך בית הדין, הסותרת טענה קודמת, אלא שיכול הוא לתקנה במקרים מסוימים. זכות זו לתקן טענה קיימת רק כל זמן שלא יצא מבית הדין, אך אם יצא "אין שומעין לו, שמא לימדוהו לטעון שקר". איסור הטענה החוזרת לסתור קיים אם נתחייב בדין בטענה הראשונה. אך אם יכול היה לזכות בה, יכול לחזור ולטעון - כל עוד לא באו עדים והכחישו את הטענה (ראו שולחן ערוך, חושן משפט פ', וכן (בשונה במידה מסוימת) רמב"ם, משפטים, טוען ונטען ז', ח'). תמונה

מורכבת זו יש לראות, מן הסתם, על יסוד העדר סופיות מלאה לדיון בבתי דין רבניים (ראו בין השאר תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, התשנ"ג, תקנה קכ"ח).

בהקשר דיני הראיות, אין עד יכול לחזור בו מדבריו בטענת "מוטעה הייתי, שוגג הייתי ונזכרתי שאין הדבר כן ... ואין שומעין לו" (רמב"ם, שופטים, עדות ג', ה'). אומר הרמב"ם באיגרתו לר' אברהם בנו, הידועה כאיגרת המוסר: "אהבת האמת והצדק ובהם תדבקון ... האמת והצדק הם תכשיטי הנפש" (מהדורת לויין-אפשטיין, תשל"ח, ג').

בנסיון להתחקות אחר שורש הגישה, היסוד הוא חיפוש האמת; לפיכך מתירים לאדם, בתוך מהלך הדיון, לתקן את טענותיו, אך משתם הדיון ויצא מבית הדין, או כשהעיד ואמר דברים, הגישה שונה. וגם מסתייגים בתי הדין מניצול הליכים לרעה על ידי "כרכור", כלשון בית הדין באחד התיקים, בין ערכאות (ראו שוחטמן, שם, 181-180), ולא כל שכן כשיש חשש לדיון מרומה (כלומר, שיש בו משום רמאות); שולחן ערוך חושן משפט ט"ו, ג'; וראו הרב אברהם דוד כ"ץ, "האומדן בדיני הראיות", משפטי ארץ, טענות וראיות כ', 107, 130.

כללם של דברים, בעיני היסוד להשתק השיפוטי הוא יסוד מוסרי, קרי דרישה להתנהלות כנה, שאינה בנויה אך על צרכים טקטיים.

כאמור, אני מצטרף לחוות דעתו של חברי השופט גרוניס.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' גרוניס.

ניתן היום, כ"ז באדר א' תשס"ה (8.3.05).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט