



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7660/21

לפני :

כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופטת י' וילנר
כבוד השופט י' כשר

המערערים :

1. די.סי.אס חיזוק מבנים בע"מ
2. עו"ד גיא דורון
3. ד"ר רנד
4. ציוני לביא
5. סטלה לביא
6. שירי פאוקר
7. הלי לביא

נ ג ד

המשיבים :

1. יוסף כוכבה
2. ציפורה משולם
3. שלומית זיו
4. בנימין יגל
5. מלכה וטשטיין
6. אסף נתנזון
7. עליזה נתנזון
8. סמדר רוז
9. אורי רוז
10. יוחאי ברנזון
11. שושנה ברנזון

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו
(כב' השופטת ע' ברקוביץ') מיום 22.08.2021 בתיק א
008991-10-15

תאריך הישיבה :

א' בחשון התשפ"ג (26.10.2022)

בשם המערערים :

עו"ד אילן מוריאנו

בשם המשיבים :

עו"ד עודד רביבו ; עו"ד רועי שטינמץ

פסק-דין

השופטת י' וילנר:

1. לפנינו ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב – יפו (השופטת ע' ברקוביץ) בת"א 8991-10-15 מיום 22.8.2021, שבמסגרתו התקבלה תביעה שהגישו המשיבים, חוכרי שבע דירות בבניין ברמת גן (להלן בהתאמה: הדיירים והבניין), נגד המערערת 1, חברת די.סי.אס חיזוק מבנים בע"מ (להלן: החברה). בפסק-הדין נקבע, כי הסכם שנכרת בין הדיירים לחברה בשנת 2010, לביצוע פרויקט חיזוק ושיפוץ בבניין על-פי הוראות תמ"א 38 (להלן בהתאמה: ההסכם והפרויקט) – בטל, משלא התקיימו תנאים מתלים שנכללו במסגרתו.

בהמשך לכך, בית המשפט המחוזי הורה על מחיקת הערות אזהרה, ביחס לחלקים ברכוש המשותף ובגג של הבניין, שנרשמו לטובת החברה ולטובת המערערים 2-7 (להלן: רוכשי הקצה), אשר התקשרו בחוזה עם החברה לקבלת זכויות בדירות חדשות, שתוכננו להיבנות במסגרת הפרויקט.

יצוין כבר עתה, כי רוכשי הקצה לא היו צד להליך בבית המשפט המחוזי, והצטרפו להליך שלפנינו כמערערים, לצד החברה, בהתאם להחלטת הרשמת ק' אזולאי מיום 12.5.2022 (להלן: החלטת הרשמת).

רקע

2. הדיירים הם בעלי זכויות חכירה בשבע דירות בבניין, שהוא בית משותף המונה 13 דירות וממוקם ברחוב רוטנברג 83 ברמת-גן, הידוע כגוש 6182 חלקה 514 (להלן: המקרקעין). כאמור, הדיירים התקשרו בהסכם עם החברה, לחיזוק הבניין ושיפוץ. בין היתר, במסגרת ההסכם נקבע תנאי מתלה, שעניינו הגשת בקשה להיתר בניה בתוך שישה חודשים ממועד חתימת ההסכם, וקבלת ההיתר בתוך 12 חודשים מיום הגשת הבקשה (סעיף 44.2 להסכם). לצד זאת צוין בהסכם, כי אם קבלת ההיתר תתעכב בשל נסיבות שאינן תלויות בחברה, יידחה המועד לקבלת ההיתר למשך תקופת העיכוב. תנאי מתלה נוסף שנכלל בהסכם, עניינו הגשת בקשה למפקח על הבתים המשותפים נגד דיירים שסירב לחתום על ההסכם (להלן: הדיירים הסרבנים), בתוך 60 יום ממועד חתימת ההסכם (סעיף 44.4 להסכם; שני התנאים האמורים ייקראו להלן יחד: התנאים המתלים).

בסעיף 91 להסכם, נקבע כי כפוף לקיומם של התנאים המתלים ולהפקדת ערבות בנקאית, החברה תהא רשאית לרשום הערת אזהרה לטובתה על הרכוש המשותף, וכן על הגג, אם הוא רשום כיחידה נפרדת, כמפורט בהסכם. כמו כן, סעיף 124 להסכם מתייחס לרישום הערות אזהרה לטובת רוכשי הקצה, על-גבי הערת האזהרה שנרשמה לטובת החברה.

3. בהמשך לכך, רשמה החברה הערת אזהרה במקרקעין, על תתי-החלקות של הדיירים, לטובתה; וכן הערות אזהרה לטובת רוכשי הקצה. כמו כן, החברה נקטה מספר פעולות במטרה להעביר את זכויות הבעלות במקרקעין, מעיריית רמת-גן (להלן: העירייה) אל דיירי הבניין. בתוך כך, מנהל החברה, עו"ד מוריאנו, ייצג את דיירי הבניין בהליך משפטי שהסתיים בפירוק שיתוף, על דרך של חלוקה בעין, של הזכויות במגרש המשותף שעליו בנויים הבניין מושא ההליך שלפנינו ובניין נוסף (ת"א 43948-01-11). עוד יצוין כי בהמשך, הוגשה עתירה מינהלית נגד העירייה, שבמסגרתה התבקש בית המשפט לקבוע שדיירי הבניין זכאים לרכוש מהעירייה את זכויות הבעלות במקרקעין (עת"מ 46673-04-14). העתירה נדחתה, וכך גם ערעור שהוגש בעניין לבית משפט זה (עע"מ 4195/15). אשר לדיירים הסרבנים, כארבע שנים לאחר החתימה על ההסכם ננקט נגדם הליך משפטי, שנמחק משום שלא ניתן היתר בניה לביצוע הפרויקט.

4. בחודש אוקטובר 2015 הגישה החברה תביעה נגד חלק מהדיירות – המשיבות 3-1 – למתן צו עשה לאכיפת ההסכם. ברקע הדברים, עמדה דרישה של העירייה, שהחזיקה כאמור בזכויות הבעלות במקרקעין, כי הסכם רכישת הזכויות ממנה ייחתם ישירות עם הדיירים, או עם מיופה-כוח מטעמם לפי ייפוי-כוח ספציפי. המשיבות 3-1 סירבו לחתום על ייפוי-כוח כאמור, והחברה ביקשה מבית המשפט להורות להן לעשות כן, בטענה כי הדבר מתחייב מההסכם.

5. המשיבות 3-1 הגישו תביעה שכנגד, שאליה הצטרפו גם יתר הדיירים, למתן סעד הצהרתי, שלפיו ההסכם בטל בשל אי-קיום התנאים המתלים, ולחלופין, כי יש לבטלו בשל הפרות יסודיות מצד החברה ומנהלה. עוד התבקש בתביעה שכנגד צו עשה, שיוורה על מחיקת הערות האזהרה שנרשמו בניגוד להוראות ההסכם; וכן התבקש סעד כספי בסך של 1,200,000 ש"ח, כפיצויים מוסכמים בגין הפרות ההסכם הנטענות.

6. תביעת החברה נמחקה בהסכמה, בעוד שהתביעה שכנגד שהגישו הדיירים התקבלה בפסק-הדין מושא הערעור שלפנינו. בית המשפט המחוזי קיבל את טענת הדיירים, שלפיה ההסכם בטל לנוכח אי-קיום התנאים המתלים, וקבע בהקשר זה כדלקמן:

(א) אשר לתנאי המתלה הנוגע לקבלת היתר בניה בתוך 18 חודשים ממועד חתימת ההסכם, נקבע שיש לדחות את טענת החברה, שלפיה העיכוב בקבלת ההיתר נבע ממעשי הדיירים וממחדליהם, או ממניעה שלא הייתה בשליטת החברה. לעניין זה נקבע, כי האחריות לביצוע כל הבדיקות הנוגעות להיתכנות הפרויקט, ובהן בדיקות ביחס למצב הקנייני והתכנוני של המקרקעין – מוטלת על החברה; וכי לו החברה הייתה מבצעת את הבדיקות האמורות כדבעי, היה מתברר לה מצב הדברים לאשורו.

(ב) אשר לתנאי המתלה שעניינו נקיטת הליך נגד הדיירים הסרבנים בתוך 60 יום ממועד חתימת ההסכם, צוין כי הליך כאמור ננקט רק בחלוף ארבע שנים ממועד חתימת ההסכם (ונמחק על רקע היעדר היתר בניה לביצוע הפרויקט); ובהתאם, נקבע כי אף תנאי זה לא התקיים.

7. בית המשפט המחוזי הוסיף ודן, למעלה מן הנדרש, בטענה החלופית של הדיירים, בדבר הפרות יסודיות של ההסכם מצד החברה. לעניין זה נקבע, כי רישום הערות האזהרה על-ידי החברה לטובתה ולטובת רוכשי הקצה, לפני שהתקיימו התנאים המתלים והומצאה ערבות בנקאית, וכן בניגוד לאופן הרישום שנקבע בהסכם, עולה כדי הפרה יסודית שלו. כן נקבע, כי הוצג לדיירים מצג-שווא, באשר לניסיון של החברה בתחום וליכולתה לבצע את הפרויקט; וכי אלמלא הייתה החברה נוטעת בדיירים את הציפייה, כי הפרויקט ינוהל ויבוצע על-ידי חברה ותיקה בתחום ההתחדשות העירונית, הם לא היו חותמים על ההסכם. לפיכך, נקבע כי מצג זה עולה אף הוא כדי הפרה יסודית של ההסכם מצד החברה.

8. נוסף על האמור, בית המשפט המחוזי קיבל את טענת הדיירים, שלפיה אין לחברה כל ניסיון בתחום ביצוע פרויקטים לפי תמ"א 38, וכי אין לה את היכולת הכלכלית לבצע את הפרויקט הנדון. משכך, נקבע כי אין הצדקה לאכוף על הדיירים את ההסכם.

9. לבסוף, בית המשפט המחוזי קבע, כי ההסכם לא נכנס לתוקף בשל אי-קיום התנאים המתלים, ולפיכך יש למחוק את הערות האזהרה שנרשמו בטרם עת לטובת החברה ורוכשי הקצה. בית המשפט המחוזי עמד על כך שטמון קושי במתן סעד שפוגע ברוכשי הקצה, בהינתן שהם לא צד להליך שלפניו. עם זאת, נקבע כי לפי ההסכם, החברה

רשאית הייתה לרשום הערות אזהרה לטובת רוכשי הקצה רק על-גבי הערת האזהרה שנרשמה לטובתה; וכי לכן, מחיקת הערת האזהרה לטובת החברה, מוליכה באופן ישיר למחיקת הערות האזהרה שנרשמו לטובת רוכשי הקצה. נוסף על כך, בית המשפט המחוזי ציין, כי החוזה בין החברה לבין רוכשי הקצה כולל התחייבות לטובת דיירי הבניין, המאפשרת להם למחוק הערות אזהרה שיירשמו לטובת רוכשי הקצה. על כן נקבע, כי מכוח התחייבות זו, רוכשי הקצה מנועים מהעלאת כל טענה בגין מחיקת הערות האזהרה לטובתם. בית המשפט המחוזי הוסיף ועמד על כך, שרוכשי הקצה היו מודעים להליך הנדון ולאפשרות שהתביעה נגד החברה תתקבל, אך לא ביקשו להצטרף כצד להליך.

10. למען שלמות התמונה יצוין, כי תביעת הדיירים הופנתה גם כלפי בעל המניות היחיד בחברה ומנהלה, עו"ד מוריאנו, ונטען כי יש לייחס לו אחריות אישית. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה נגד עו"ד מוריאנו, מפני שלא הוכח כי ניתן לייחס לו ביצוע עוולה נזיקית או פעולות בחוסר תום-לב.

11. על פסק-דין זה הגישו החברה ורוכשי הקצה את הערעור שלפנינו. לצד הערעור, הגישו רוכשי הקצה בקשה להגישו על-אף שלא היו צד להליך בבית המשפט המחוזי. בקשה זו התקבלה, כאמור, בהחלטת הרשמת. כמו כן, החברה ורוכשי הקצה הגישו בקשות לעיכוב ביצוע פסק-הדין; ובהחלטתי מיום 23.11.2021 דחיתי את בקשת החברה וקיבלתי את בקשת רוכשי הקצה.

תמצית טענות הצדדים

12. החברה טוענת, בעיקרו של דבר, כי בית המשפט המחוזי שגה בקביעתו שלפיה ההסכם לא נכנס לתוקף בשל אי-התקיימות התנאים המתלים. לטענת החברה, הבקשה להיתר בניה הוגשה בהתאם ללוחות הזמנים שנקבעו בהסכם, ואי-קבלת ההיתר עד כה נעוצה בנסיבות שאינן בשליטתה. החברה מוסיפה וטוענת, כי ננקט הליך משפטי נגד הדיירים הסרבנים, ולפיכך מתקיים גם התנאי המתלה השני. עוד טוענת החברה, כי שגה בית המשפט המחוזי בקביעותו שלפיהן החברה הפרה את ההסכם הפרה יסודית. לעניין זה נטען, כי בהתאם להוראות ההסכם, ניתן היה לרשום את הערות האזהרה גם לפני התקיימות התנאים המתלים; וכי מכל מקום, הרישום האמור נעשה בהסכמת הדיירים. כמו כן, נטען כי לא הוצג לדיירים כל מצג-שווא לגבי זהותו של מבצע הפרויקט. אשר ליכולתה הכלכלית של החברה לבצע את הפרויקט, נטען כי מימון הפרויקט "הובטח מראש" על-ידי רוכשי הקצה. נוסף על האמור, החברה טוענת כי שתיקת הדיירים לאורך

שש שנים, שבמהלכן השקיעה החברה מאמצים אדירים לשם קידום הפרויקט, היא ראייה ברורה להסכמתם לכל פעולותיה, גם ללא התקיימות התנאים המתלים.

13. רוכשי הקצה טוענים, כי בהתחשב בכך שהם לא היו צד להליך בבית המשפט המחוזי, ולא ניתנה להם אפשרות לפרוס את טענותיהם לפניו, הרי שבית המשפט המחוזי לא היה מוסמך להורות על מחיקת הערות האזהרה שנרשמו לטובתם. נטען כי לפיכך, פסק-הדין ביחס אליהם בטל מעיקרו. עוד נטען, כי בכתב התביעה שכנגד שהגישו הדיירים לא נתבקש כל סעד נגד רוכשי הקצה; וכי רק במסגרת סיכומיהם ביקשו הדיירים מבית המשפט המחוזי להורות על מחיקת הערות האזהרה הרשומות לטובת רוכשי הקצה. לפיכך, לפי הנטען, בית המשפט המחוזי כלל לא היה מוסמך להושיט לדיירים סעד זה.

לגוף הדברים, רוכשי הקצה טוענים כי הערות האזהרה נרשמו בהסכמת הדיירים; ונועדו להבטיח את זכותם של רוכשי הקצה להיכנס בנעלי החברה, אם זו תפר את התחייבויותיה לפי ההסכם. נטען כי בשל כך, רוכשי הקצה המתנינו למתן פסק-דין בסכסוך שבין החברה לבין הדיירים; וכי רק עתה, משהוחלט על ביטול ההסכם, רשאים הם לבוא בנעלי החברה ולקיימו במקומה. בהמשך לכך נטען, כי זכותם של הדיירים למחוק את הערות האזהרה שנרשמו לטובת רוכשי הקצה, כפופה לזכותם של רוכשי הקצה להיכנס בנעלי החברה; ולפיכך, לא היה מקום להורות על מחיקת הערות האזהרה, לפני מתן אפשרות לרוכשי הקצה לממש את זכותם האמורה.

14. מנגד, הדיירים סומכים ידיהם על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי, ומדגישים כי הוא מבוסס על מספר אדנים, שדי בכל אחד מהם, כשלעצמו, כדי להצדיק את תוצאת פסק-הדין: ראשית, ההסכם בטל מעיקרו בשל אי-התקיימות התנאים המתלים; שנית, ההסכם הופר הפרה יסודית, הן בשל רישום הערות אזהרה בניגוד לתנאי ההסכם, הן בשל הצגת מצג-שווא הנוגע לחלקה בפרויקט של חברה ותיקה בתחום ההתחדשות העירונית; שלישית, ההסכם אינו בר-ביצוע, בשל היעדר יכולת כלכלית של החברה והיעדר ניסיון רלוונטי. הדיירים טוענים, כי הכרעת בית המשפט המחוזי מבוססת על קביעות עובדתיות מובהקות, אשר אין ערכאת הערעור נוטה להתערב בהן; ועל יישום ראוי של הוראות הדין הרלוונטי על עובדות אלו. הדיירים מוסיפים וטוענים, כי אין זה מתקבל על הדעת לכוול אותם להסכם שנחתם לפני כ-12 שנים, ומאז לא התקדם במאומה; וכי כיום, 10 מתוך 13 דיירי הבניין אינם מעוניינים בקידום הפרויקט באמצעות החברה או מי מטעמה.

15. אשר לערעור של רוכשי הקצה, הדיירים טוענים כי בשים לב לכך שההסכם בטל מעיקרו, בשל אי-התקיימות התנאים המתלים, הרי שאין תוקף להוראותיו האופרטיביות,

ובכלל זאת, להוראה המקנה לרוכשי הקצה זכות להיכנס בנעלי החברה ולבצע במקומה את התחייבויותיה לפי ההסכם. מעבר לכך, הדיירים טוענים כי ההוראה האמורה בהסכם רלוונטית רק למצב שבו כבר ניתן היתר בניה לפרויקט והבניה החלה בפועל, מה שלא התקיים בענייננו. עוד טוענים הדיירים כי מכל מקום, הסעיף שמאפשר לרוכשי הקצה להיכנס בנעלי החברה ולבצע בעצמם את התחייבויותיה, כאמור, אינו בר-ביצוע כיום, שכן אין אפשרות לקיים הסכם שביצעו אמור היה להסתיים לפני 10 שנים. הדיירים מוסיפים כי בכל אופן, רוכשי הקצה לא ביצעו במסגרת הזמנים שנקבעה בהסכם את הפעולות הנדרשות לשם כניסתם בנעלי החברה, ולפיכך תוקפה של אפשרות זו – פקע.

16. אשר לטענת רוכשי הקצה כי לא היה להם יומם בבית המשפט, הדיירים טוענים כי רוכשי הקצה היו מודעים להליך בבית המשפט המחוזי, אך בחרו שלא לבקש להצטרף אליו כצד. לעניין זה נטען, כי הסעד העיקרי שביקשו הדיירים בכתב התביעה הוא הצהרה, שלפיה ההסכם בטל מעיקרו; וכי רוכשי הקצה ידעו שהתוצאה הישירה של קבלת סעד זה היא בטלות ההוראה בהסכם המאפשרת להם להיכנס בנעלי החברה. עוד נטען, כי בהתאם להסכם, הערות האזהרה לטובת רוכשי הקצה אינן עצמאיות, אלא נסמכות על הערת האזהרה לטובת החברה; וכי לפיכך, ברי כי מחיקת הערת האזהרה לטובת החברה מובילה, במישרין, למחיקת הערות האזהרה לטובת רוכשי הקצה, בבחינת "נפל הסוס – נפל רוכבו". לבסוף, הדיירים טוענים כי ערעורם של רוכשי הקצה נגוע בחוסר תום-לב, משום שלמעשה, אין לרוכשי הקצה כל כוונה לבצע את הפרויקט בעצמם, אלא באמצעות החברה, שמבקשת להשתמש ברוכשי הקצה כ"מיוננות" בלבד.

דיון והכרעה

17. לאחר עיון בכתובים ושמיעת הצדדים בדיון שהתקיים לפנינו, אני סבורה כי דין הערעור להידחות, וכך אמליץ לחבריי להורות.

18. אפתח בערעור החברה – שוכנעתי כי אין מקום לדחות את הממצאים העובדתיים שנקבעו בפסק-דינו של בית המשפט המחוזי; כי הממצאים שנקבעו תומכים במסקנות המשפטיות של פסק-הדין; וכי אין בפסק-הדין כל טעות שבחוק. לפיכך, אציע לחבריי כי נדחה את ערעור החברה, בהתאם לתקנה 148(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: התקנות).

19. אשר לערעורם של רוכשי הקצה, אשר הוגש במשותף עם ערעור החברה, יוזכר כי מועלות במסגרתו הן טענה דיונית, שלפיה לא ניתן לרוכשי הקצה יומם בהליך

שהתנהל לפני בית המשפט המחוזי; הן טענה לגופו של עניין, שלפיה בהתאם להוראות ההסכם יש לאפשר להם להיכנס בנעלי החברה. כפי שיפורט להלן, אני סבורה שאכן היה מקום לצרף את רוכשי הקצה להליך האמור, אלא שבנסיבות העניין הקונקרטי שלפנינו, פגם דיוני זה אינו עולה כדי הפרה של כללי הצדק הטבעי; ולפיכך אין די בו כדי להביא לקבלת הערעור. זאת, בעיקרו של דבר, בהתחשב בחוסר תום-ליבם של רוכשי הקצה, אשר ידעו על קיומו של ההליך; השתתפו באמצעות בא-כוחם בדיון שהתקיים במסגרתו, במהלכו אף ציין בית המשפט המחוזי כי על פני הדברים רוכשי הקצה יושפעו מתוצאות ההליך. חרף כל זאת, רוכשי הקצה לא ביקשו להצטרף להליך כצד שעלול להיפגע מתוצאותיו. נוסף על כך, לא נפל פגם, לגוף הדברים, בתוצאת פסק-דינו של בית המשפט המחוזי. לפיכך, אני סבורה כי אף דין ערעורם של רוכשי הקצה – להידחות.

זה העיקר, וכעת אפרט.

המסגרת הנורמטיבית – צירוף גורמים כצד להליך משפטי

20. כידוע, כלל יסוד הוא, כי יש לצרף להליך משפטי צדדים שעלולים להיפגע מתוצאותיו, כדי להימנע מפגיעה בזכותם להליך הוגן (ראו: המ' 676/61 צדוק נ' חברת מתיישבי ראשון לציון בע"מ, פ"ד טז 144, 147-148 (1962); ע"א 263/73 ועד הר הכרמל (כולל אחוזה) אגודת התושבים נ' בנק ישראלי למשכנתאות בע"מ, פ"ד כט(1) 263, 270 (1974) (להלן: עניין ועד הר הכרמל); יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 204 (מהדורה שביעית, 1995)). טעם נוסף לצירוף צדדים כאמור להליך, גלום בשאיפה שפסק-הדין שיינתן יקים מעשה בית דין כלפי כל הצדדים הרלוונטיים, על-מנת לקדם יעילות דיונית ולהשיג פתרון שלם לסוגיה מושא ההליך. כמו כן, יש בצירוף צדדים כאמור כדי למנוע הכרעות שיפוטיות סותרות (ראו: רע"א 9572/06 שירותי בריאות כללית נ' קורלנד, פס' 4 (25.6.2007); יששכר רוזן-צבי הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים 187-186 (2021); אלון קלמנט "צירוף צדדים זרים להליך משפטי" ספר שלמה לוין 171, 177-178 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013)).

21. שאלה נפרדת היא, מה גורלו של פסק-דין אשר פוגע במי שלא היה צד להליך. שאלה זו ניצבת כאמור בלב ערעורם של רוכשי הקצה, ולבחינתה אעבור כעת.

22. כאמור, לטענת רוכשי הקצה, פסק-דין שפוגע בצד רלוונטי, בלי שניתנה לו הזדמנות להשמיע את טענותיו בעניין, בטל מעיקרו מחמת חוסר-סמכות (לעניין זה מפנים רוכשי הקצה לפסקי הדין שניתנו בהמ' 795/69 חבני נ' פלד, פ"ד כד(1) 676, 678

(1970); ע"א 256/71 אל סמאר נ' אל-מועטי, פ"ד כו(1) 505, 509 (1972); ע"א 411/81 זידאן נ' ע'דיר, פ"ד לח(3) 449, 456 (1984).

יודגש, כי טענת רוכשי הקצה אינה מתייחסת ל"חוסר-סמכות" במובנו הגרעיני והפונקציונלי, הנוגע לפעולה החורגת מסעיפי החוק המסמיכים; אלא לחוסר סמכות במובנו הפרוצדורלי, המתייחס להפרה של כללי הצדק הטבעי (לפירוט על אודות המובנים השונים שייחסה הפסיקה למושג "חוסר סמכות", ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 799-800 (2010)). ודוק, כשעסקינן בטענה לחוסר סמכות במובנו הפרוצדורלי כאמור, הרי שאם ייקבע כי לא הופרו כללי הצדק הטבעי, אין מקום לבטל את פסק-הדין בשל הטענה האמורה (ראו והשוו: שלמה לוין תורת הפרוצדורה האזרחית: מבוא ועקרונות יסוד 245-248 (מהדורה שניה, 2008)). כך למשל, בנסיבות שבהן הייתה לגורם מסוים, שלא צורף כצד להליך המשפטי, הזדמנות להשמיע טענותיו טרם מתן ההכרעה, אך הוא בחר שלא לנצל הזדמנות זו, אפשר שלא תישמע טענתו לפגיעה בזכויותיו (ראו: עניין צדוק, בעמ' 149; ע"א 499/79 בן דין נ' אי.די.אס. אינטרנשיונל בע"מ, פ"ד לח(2) 99, 111 (1984); ע"א 570/84 חברת לירן - עסקי בידור ובתי מלון בע"מ נ' הרב אלתר, פ"ד לט(4) 613, 617 (1985); ע"א 7401/00 יחזקאלי נ' כונס נכסים, פ"ד נז(1) 289, 304 (2002)).

23. יתרה מכך, הובעה בפסיקה דעה שלפיה גם אם לא ניתנה לצד הזדמנות לשטוח את טענותיו כאמור, הרי שמטעמי יעילות דיונית וצדק מהותי, יש מקום לבחון בהליך הערעור על פסק הדין, אם באמתחתו של אותו צד טענות לגוף הדברים המבססות עילה, ולו לכאורה, לביטול פסק-הדין. ראו לדוגמא בעניין ועד הר הכרמל, שם ביטל בית משפט השלום זכות חכירה במקרקעין שעליהם היו רשומות משכנתאות לטובת צדדים שלישיים שלא היו צד להליך ואף לא ידעו על קיומו. כשנודע לבעלי המשכנתאות על פסק הדין, הם הגישו ערעור לבית המשפט המחוזי לביטול פסק הדין, והערעור התקבל. ערעור שהוגש לבית משפט זה על פסק הדין של בית המשפט המחוזי אמנם נדחה, אך צוין כי אין די בכך שבעלי המשכנתאות לא צורפו כצד להליך בבית משפט השלום, כדי להצדיק את ביטול פסק-דינו; וכי נוסף על כך יש לבחון אם היו להם טענות טובות נגד פסק הדין לגופו:

”המשיבים טוענים, שדי בכך שהם הראו, שהמשכנתאות תימחקנה אם פסק-הדין לא יבוטל, כדי לבסס את זכותם לביטול פסק-הדין ואין הם חייבים לגלות מה הם יטענו לגופו של ענין נגד ביטול החכירה. אין אני מסכים עם המשיבים בענין זה.

אם אין לבעלי המשכנתאות מענות של ממש נגד התביעה, הרי ממילא לא נפגעה שום זכות חוקית שלהם על-ידי מתן פסק-הדין. בית-המשפט אינו צריך לעשות פעולת סרק ולבטל פסק-דין לפי בקשת אדם, כשאין בפיו כל טענה הראויה להישמע נגד פסק-הדין לגופו של ענין. השאלה על-כן היא, אם העלו בעלי המשכנתאות טענות הראויות לדיון נגד ביטול החכירה" (עמ' 271; ההדגשה הוספה).

(וכן ראו דברים דומים בע"א 73/53 זילברשטיין נ' פלק, פ"ד ט 57, 75 (1955)).

לצד זאת, קיימת דעה שונה, אשר לפיה כאשר נפל פגם דיוני חמור בדמות אי-צירוף צד רלוונטי באופן המפר את כללי הצדק הטבעי – יש לבטל את פסק הדין בלי לבחון את טענותיו של אותו צד לגוף הדברים (ראו לוין, בעמ' 247; רע"א 5736/15 עובד נ' פקיד שומה טבריה, פס' 5 (8.10.2015)).

24. יודגש, כי איני רואה צורך להכריע בין הדעות השונות במסגרת ההליך שלפנינו, שכן, כפי שיפורט בהמשך, שוכנעתי כי בענייננו, פסק הדין אינו מפר את כללי הצדק הטבעי, כך שגם בהתאם לגישה השנייה שהוצגה לעיל, אין די בפגם הדיוני שנפל בפסק הדין כדי להצדיק את ביטולו.

מן הכלל אל הפרט

25. כאמור, מלכתחילה, ראוי היה לצרף את רוכשי הקצה להליך, כצד שעלול להיפגע מתוצאותיו, שכן בכתב התביעה שהגישו הדיירים נכללו סעדים שעניינם בטלות ההסכם מעיקרו, ומחיקת הערות האזהרה שנרשמו בניגוד להוראות ההסכם. ודוק, משלא צורפו רוכשי הקצה להליך על-ידי הדיירים, היה על בית המשפט המחוזי להורות על צירופם, מכוח סמכותו לפי תקנה 63(ב)(11) לתקנות, כדי למנוע פגיעה אפשרית בהם בלי שנשמעו טענותיהם בנדון.

26. אולם, מחדל אי-צירופם של רוכשי הקצה כצד להליך, לא שלל מהם, הלכה למעשה, את ההזדמנות להעלות טענותיהם לפני בית המשפט המחוזי, טרם מתן הכרעתו. כך, מערעורם של רוכשי הקצה עצמם, עולה כי הם היו מודעים בזמן אמת לכתב התביעה שהגישו הדיירים (ראו סעיפים 35-36 להודעת הערעור), חרף זאת, לא בחרו להצטרף כצד להליך. יתרה מכך, כאמור, בא-כוחם של רוכשי הקצה אף התייצב לאחד הדיונים

שהתקיימו בבית המשפט המחוזי, והשמיע טענותיו במהלכו (ראו פרוטוקול הדיון מיום 19.11.2020, עמ' 54-55).

לפיכך, אין להישמע לטענת רוכשי הקצה, כי נשללה מהם ההזדמנות לשטוח טענותיהם לפני בית המשפט המחוזי, טרם הכרעתו בתביעה; ואיני סבורה, אפוא, כי בנסיבות אלו הופרו כללי הצדק הטבעי באופן המצדיק את ביטול פסק הדין.

לא נעלמה מעיניי טענת רוכשי הקצה, שלפיה הסעד שהתבקש בכתב התביעה נגע למחיקת הערת האזהרה שנרשמה לטובת החברה בלבד, ולפיכך לא היה עליהם לדעת כי הם עלולים להיפגע מתוצאות ההליך. קשה להלום טענה זו, שכן, במהלך הדיון בבית המשפט המחוזי שבו נכח בא-כוחם של רוכשי הקצה, ציין בית המשפט המחוזי במפורש כי על פני הדברים רוכשי הקצה "יושפעו מתוצאותיו" של ההליך (שם, בעמ' 57). זאת ועוד, עיון בסעיף 124 להסכם מלמד כי הערות האזהרה לטובת רוכשי הקצה אינן עצמאיות, אלא נרשמו "אך ורק תחת הערת האזהרה" שנרשמה לטובת החברה. ממילא, על-פי ההסכם, מחיקת הערת האזהרה לטובת החברה גוררת את מחיקת הערות האזהרה שנרשמו לטובת רוכשי הקצה (ראו גם סעיף 129 להסכם, ממנו עולה כי הפרה יסודית של ההסכם מצד החברה תביא למחיקת הערות האזהרה לטובת רוכשי הקצה).

27. הנה כי כן, משהגענו למסקנה כי לא הופרו כללי הצדק הטבעי באופן המצדיק את ביטול פסק הדין, יש לבחון אם עומדת לרוכשי הקצה הגנה, ולו לכאורה, לגוף הדברים.

לעניין זה אדגיש כי סמכויותיה של ערכאת הערעור הן רחבות, וכוללות את כל הסמכויות של הערכאה הדיונית (ראו: תקנה 146 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018). בהתאם, לא כל פגם שנפל בפסק הדין של הערכאה הדיונית יביא לביטולו, וכאמור, לערכאת הערעור עומדת האפשרות לבחון בעצמה את טענות המערער לגופן ולהכריע בהן, חלף החזרת הדיון לערכאה הדיונית; וזאת, מטעמים של יעילות וסופיות הדיון (ראו חמי בן-נון וטל חבקיין הערעור האזרחי 197-198 (מהדורה שלישית, 2012); דנ"מ 10205/17 חיפה כימיקלים בע"מ נ' עיריית חיפה, פס' 48 (15.12.2020)). בכלל זה, רשאית ערכאת הערעור לקבוע כי התוצאה שאליה הגיעה הערכאה הדיונית, חרף הפגם הדיוני שנפל בהחלטתה, היא נכונה לגופה. לא נעלם מעיני כי הכרעה של ערכאת הערעור בסוגיה שהערכאה הדיונית לא דנה בה פוגעת בזכות הערעור, אך בנסיבות מסוימות, זכות זו נסוגה מפני שיקולים אחרים, כגון יעילות דיונית וסופיות הדיון כאמור (ראו:

בג"ץ 1666/22 אלמגור נ' בית הדין הארצי לעבודה, פס' 32-35 לפסק-דינו של השופט נ' סולברג והאסמכתאות שם (12.12.2022)).

28. כאמור, טענתם העיקרית של רוכשי הקצה בערעורם, לגוף הדברים, היא כי לא היה מקום להורות על מחיקת הערות האזהרה שנרשמו לטובתם, לפני שניתנה להם אפשרות לממש את זכותם להיכנס בנעלי החברה, מכוח סעיף 128.2 להסכם.

דין הטענה להידחות. כזכור, בית המשפט המחוזי קבע כי לא התקיימו התנאים המתלים, ולפיכך ההסכם בטל מעיקרו. כפועל יוצא מקביעה זו, "החווה כמו לא היה והצדדים זכאים לחזור איש-איש למצבו הקודם" (ע"א 1156/10 האס נ' חברת הבונים בקרית משה בע"מ, פ"ד סו(1) 167, 185 (2012); וכן ראו: ע"א 2821/91 מרכזי שליטה בע"מ נ' משיאן, פ"ד מח(4) 107, 114 (1994)). ממילא, רוכשי הקצה אינם יכולים להיבנות מהוראת סעיף 128.2 להסכם, אשר מעגנת את זכותם להיכנס בנעלי החברה, שכן סעיף זה בטל אף הוא מעיקרו. לא למותר להוסיף ולהזכיר את שנאמר כבר לעיל, כי מהוראות ההסכם עולה בבירור שזכותם של רוכשי הקצה לרשום הערות אזהרה לטובתם היא זכות מסויגת, אשר תלויה, בין היתר, בהערת האזהרה שנרשמה לטובת החברה. לפיכך, אף אם נניח שההסכם אינו בטל מעיקרו, דין הערות האזהרה לטובת רוכשי הקצה להימחק – הן כתוצאה ישירה של מחיקת הערת האזהרה לטובת הקבלן, כמתואר לעיל; הן מאחר שהערות אלה נרשמו בניגוד להוראות ההסכם כמתואר לעיל (ראו פס' 7), ושלא בהסכמת הדיירים כמתחייב מההסכם.

29. הרבה מעבר לנדרש, אוסיף כי אף בהנחה שעמדה לרוכשי הקצה זכות להיכנס בנעלי החברה ולקיים במקומה את התחייבויותיה, הרי שחלף המועד לעשות זאת. כך, למשל, בהתאם לסעיף 128.2 להסכם, הזכות של רוכשי הקצה להיכנס בנעלי החברה הותנתה בהתקשרותם עם קבלן מבצע, שכוללת את הערבויות והביטחונות הנדרשים, בתוך 21 יום מהמועד שבו נמסרה להם הודעה בדבר הפרת החברה את ההסכם. אולם, הדבר לא נעשה, אף בחלוף כשנה וחצי ממתן פסק-דין שקבע כי החברה הפרה את ההסכם (ויוזכר כי בהחלטתי מיום 23.11.2021 נדחתה בקשת החברה לעיכוב ביצוע פסק-הדין של בית המשפט המחוזי, והתקבלה רק בקשת רוכשי הקצה לעכב את ביצוע מחיקת הערות האזהרה).

30. לסיכום: אף שנפל פגם דיוני באי-צירוף רוכשי הקצה כצד להליך לפני בית המשפט המחוזי, אין בכך כדי להצדיק את ביטול פסק-הדין מחמת פגיעה בכללי הצדק הטבעי, משהייתה לרוכשי הקצה, הלכה למעשה, הזדמנות להעלות טענותיהם לפני בית

המשפט המחוזי, ואף שהם ידעו כי הם עלולים להיפגע מתוצאות ההליך, הם בחרו שלא לנצל הזדמנות זו. אף לגוף הדברים, לא שוכנעתי כי עומדת לרוכשי הקצה הגנה כלשהי נגד מחיקת הערות האזהרה שנרשמו לטובתם. במצב דברים זה, ולנוכח כל האמור לעיל, אין מקום להורות על השבת הדיון לבית המשפט המחוזי, לצורך שמיעת טענות רוכשי הקצה לגופן, שכן אני סבורה כי לא יהיה בכך, בסופו של דבר, כדי לשנות מתוצאת פסק-הדין.

31. אחר הדברים האלה, הגיעה לעיוני חוות-דעתו של חברי, השופט י' כשר; ולנוכח האמור בה אבקש להעיר שתי הערות.

(א) כפי שציינתי לעיל, ביטול פסק-דין בגין פגם דיוני הנוגע לאי-צירוף צד רלוונטי להליך מבוסס על כללי הצדק הטבעי. אף אני, כחברי, סבורה כי נקודת המוצא היא, שפסק-דין אשר פוגע במישרין בזכויותיו של אדם שלא היה צד להליך – מפר את כללי הצדק הטבעי, ואין להכיר בתוקפו של פסק הדין ביחס לאותו אדם. אולם, איני סבורה כי זוהי בהכרח גם נקודת הסיום, שכן ייתכנו מקרים, חריגים ונדירים, שבהם בחינת מכלול הנסיבות תוביל למסקנה כי פסק-דין כאמור אינו מפר את כללי הצדק הטבעי באופן המחייב את ביטולו.

לגישתי, כאמור, הכרעה בשאלה אם הופרו כללי הצדק הטבעי מושפעת ממכלול נסיבות העניין הקונקרטי, לרבות תום-ליבו של המבקש את ביטול פסק הדין. בתוך כך, יש לבחון אם אותו גורם ידע על קיום ההליך שאת ביטולו הוא מבקש; ואם ידע – כיצד התנהל בעקבות זאת (ראו והשוו: רע"א 1273/15 מאירפלד השקעות וניהול בע"מ נ' סטרפלאסט תעשיות 1967 בע"מ, פס' 15 (21.4.2015); ד"נ 2/76 עזבון הלפרין נ' קהילת ציון אמריקאית, פ"ד ל(2) 373, 375 (1976); רע"א 5448/14 חברת אלגיר טכנולוגיות (2003) בע"מ נ' כונס נכסים על יתרות חייבים של חברת אינובד פתרונות בע"מ, פס' 9 (5.10.2014); עניין אל סמאר, בסוף פס' 9. לדעה שונה, ראו זוסמן, בעמ' 737).

ואכן, נראה כי הדוגמאות שאליהן מפנה חברי, אשר במסגרתן בוטלו פסקי-דין מחמת הפרת כללי הצדק הטבעי, עוסקות בנסיבות שבהן הצד שביקש את ביטול פסק הדין כלל לא ידע על קיום ההליך; וממילא, לא השתתף בו.

יוער, כי כאשר גורם רלוונטי נמנע מלפעול להצטרף להליך, שעל קיומו ידע ב"זמן אמת", הדבר עשוי לחסום את דרכו מהגשת ערעור על פסק הדין שניתן בהליך האמור (ראו: בש"א 7240/15 יצחקי נ' ארז, פס' 7 (9.2.2016)). לדעתי, אף אם ניתנת

לאותו גורם האפשרות להגיש ערעור, להתנהלות כאמור עשויה להיות משמעות בשלב בירור הערעור; וזהו המצב במקרה שלפנינו.

כזכור, כפי שצינתי לעיל, רוכשי הקצה היו מודעים בזמן אמת לכתב התביעה; ואף היו מיוצגים על-ידי עורך-דין שהתייצב לאחד הדיונים שהתקיימו בבית המשפט המחוזי והשמיע טענותיו במסגרתו. באותו דיון, ציין בית המשפט המחוזי - בנוכחות בא-כוח רוכשי הקצה - כי על פני הדברים רוכשי הקצה יושפעו מתוצאות ההליך. חרף כל זאת, רוכשי הקצה לא מצאו לנכון להגיש בקשה להצטרף להליך כצד שעלול להיפגע מתוצאותיו. לדידי, התנהלות זו של רוכשי הקצה מטילה צל כבד על תום-ליבם, ומוליכה למסקנה כי פסק הדין אינו מפר את כללי הצדק הטבעי ביחס לרוכשי הקצה באופן שמצדיק את ביטולו.

(ב) חברי סבור, כי ידיעתו של אדם על הליך שהוא אינו צד לו, והתנהלותו בעקבות כך – אינן רלוונטיות במקרה שבו ניתן סעד ישירות "נגד" אותו אדם, להבדיל ממקרה שבו ניתן סעד "שעלול לפגוע בו". לעמדתו של חברי, במקרה הראשון פסק הדין חסר כל תוקף כלפי אותו אדם, תהא אשר תהא התנהלותו בנדון.

לגישתי, להבחנה דיכוטומית זו שמציע חברי אין הצדקה מהותית. אמנם, אף אני סבורה כי השאלה כיצד פסק-דין משפיע על עניינו של אדם שלא היה צד להליך – אם מדובר בהשפעה ישירה או עקיפה – עשויה להיות רלוונטית לבחינת השאלה אם פסק הדין מפר את כללי הצדק הטבעי. אולם, מדובר בשיקול אחד מתוך מגוון שיקולים שעשויים להיות רלוונטיים, ומשקלו משתנה בהתאם לנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה. כך, ייתכנו מקרים שבהם ניתן סעד הפוגע בעקיפין באדם שלא היה צד להליך, ואולם פגיעתו תהא קשה לא פחות מהפגיעה בו אילו הסעד היה ניתן ישירות נגדו. לדוגמא – ראובן הגיש תביעה למתן צו שיפוטי שיורה לשמעון, המספק שירותי אחסון, להעביר לידי רהיט המאוחסן במחסן שלו, בטענה שהוא בעל הרהיט. בית המשפט נעתר לתביעה, אך מתברר שהרהיט הוא בבעלות לוי. עיננו הרואות כי הסעד הישיר בתביעה מופנה אמנם "נגד" שמעון, אולם ברי כי הנפגע העיקרי ממנו הוא לוי, וצירופו כצד להליך חיוני, בראי כללי הצדק הטבעי, אף יותר מצירופו של שמעון.

בשורה התחתונה, משעסקינן ביישום כללי הצדק הטבעי, אני סבורה כי אין מקום לקבוע כללים גורפים ונוקשים, אשר עלולים להחטיא את הצדק המהותי בנסיבותיו של מקרה קונקרטי. לדידי, המהות היא העיקר, ולא אופן הניסוח של הסעד שניתן.

31. סוף דבר: דעתי היא כי דין הערעור להידחות, וכך אציע לחבריי כי נורה.

בהתאם, יבוטל עיכוב הביצוע שניתן בהחלטתי מיום 23.11.2021.

עוד אציע כי החברה תישא בהוצאות הדיירים בסכום של 20,000 ש"ח; וכי
בנסיבות העניין, לא ייעשה צו להוצאות לחובת רוכשי הקצה.

ש ו פ ט

השופט י' כשר:

1. מסכים אני עם פסק דינה של חברתי, השופטת י' וילנר, בכל הנוגע לדחיית
ערעורה של החברה (לכל המונחים בהם אשתמש להלן שמורה המשמעות שניתנה להם
בפסק דינה של חברתי).

מאידך, מבקש אני לחלוק על דעתה של חברתי לעניין ערעורם של רוכשי הקצה,
וזאת מהטעמים שאפרט להלן.

עובדות יסוד לעניין ערעורם של רוכשי הקצה

2. עובדה שאינה שנויה במחלוקת בין הצדדים הינה שבעת ניהול ההליכים בפני
בית המשפט קמא, היו רשומות על מקרקעי הבניין מספר הערות אזהרה, אותן ניתן לחלק
לשניים: הערת אזהרה לטובת החברה והערות אזהרה לטובת רוכשי הקצה.

יתר על כן, מסקנה עובדתית העולה מעמדתם של הצדדים, הינה שמחיקתה של
הערת האזהרה לטובת החברה לא מביאה, למצער כעניין שבמעשה, למחיקתן של הערות
האזהרה לטובת רוכשי הקצה. יצוין כי עניין זה (שעל חשיבותו המרכזית עוד אעמוד
בהמשך), לא הובהר בטיעוני הצדדים, אולם, עצם עתירתם של המשיבים לסעד בדמות
צו ספציפי למחיקת הערות האזהרה לטובת רוכשי הקצה (בנוסף לצו למחיקת הערת
האזהרה לטובת החברה), היענותו של בית המשפט קמא לעתירה זו (וראו להלן), הצורך
שראו רוכשי הקצה לפעול לביטול חלק זה של פסק הדין ועמידתם של המשיבים כי הסעד
האמור יוותר על מכוננו, מלמדים כי רשם המקרקעין לא ימחוק את הערות האזהרה לטובת
רוכשי הקצה כתוצאה נלווית למחיקת הערת האזהרה לטובת החברה (וידגש, למען הסר
ספק: אין כוונתי באמור לעיל לשאלה האם התוצאה המשפטית הנכונה היא שמחיקת
הערת האזהרה לטובת החברה ראוי שתביא למחיקת הערות האזהרה לטובת רוכשי

הקצה, אלא רק לכך שמחיקת הערות האזהרה לטובת רוכשי הקצה מצריכה סעד המורה לעשות כן ואינה תוצאה אוטומטית של מחיקת הערת האזהרה לטובת החברה).

3. עוד עובדה שאינה שנויה במחלוקת בין הצדדים הינה שכאשר הגישו המשיבים את תביעתם בבית המשפט קמא הם בחרו שלא לתבוע את רוכשי הקצה. זאת, הגם שהיו מודעים לרישום הערות האזהרה לטובת רוכשי הקצה ואף טענו כי ברישום זה היה משום הפרה מצדה של החברה של ההסכם בין החברה לבינם (וראו, לדוגמא, בסעיפים 36 ו-37 לכתב התביעה בבית המשפט קמא).

יתר על כן, המשיבים גם לא עתרו, במסגרת הסעדים המבוקשים בכתב התביעה, למחיקת הערות האזהרה לטובת רוכשי הקצה, אלא הגדירו את הסעד הנתבע על ידם, בהקשר זה, כדלקמן (סעיף 77 לכתב התביעה):

”כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו עשה לנתבעים למחוק את הערות האזהרה שנרשמו שלא על פי ההסכם על החלק המשותף.”

4. המשיבים שינו את טעמם, לעניין הסעד המבוקש על ידם, רק במסגרת סיכומי הטענות בבית המשפט קמא.

במסגרת סיכומי הטענות טענו המשיבים מדוע יש להורות על מחיקת הערות האזהרה לטובת רוכשי הקצה, למרות הפגיעה שיש בכך בזכויותיהם של האחרונים (סעיף 45 לסיכומי המשיבים בבית המשפט קמא). במישור הסעד ביקשו המשיבים, לראשונה, שבית המשפט יורה ישירות על מחיקת כלל הערות האזהרה, לרבות הערות האזהרה לטובת רוכשי הקצה (סעיף 84 לסיכומי המשיבים בבית המשפט קמא).

5. בית המשפט קמא נעתר לעתירתם האמורה של המשיבים. בית המשפט קמא היה מודע שקיים קושי ליתן סעד למחיקת הערות האזהרה לטובת רוכשי הקצה שעה שרוכשי הקצה לא היו צד להליכים בפניו; וכך כתב:

”לגבי הערת האזהרה שנרשמה לטובת החברה, אין כל קושי להורות על מחיקתה, בהיותה צד להליך ולאור תוצאותיו. הקושי מתעורר ביחס להערות האזהרה שנרשמו לטובת אותם 'רוכשי קצה' אשר לא היו צד להליך.” (פסקה 98 לפסק הדין).

בית המשפט קמא המשיך והפנה להוראות ההסכם והגיע למסקנה כי לפי ההסכם זכאים המשיבים למחיקת הערות האזהרה וכי רוכשי הקצה אף מושתקים מלכפור בכך.

בית המשפט קמא הוסיף והפנה לכך שרוכשי הקצה היו מודעים להליך שהתקיים בפניו ואף עורך-דין מטעמם בחר להופיע לאחת משיבות בית המשפט ולשאת דברים (לעניין זה אתייחס, ביתר פירוט, בהמשך) – ולמרות זאת לא ביקשו רוכשי הקצה להצטרף כצד להליך.

משכך, קבע בית המשפט קמא כך:

”נוכח האמור, מצאתי לנכון להיעתר לבקשה למחיקת כל הערות האזהרה שנרשמו על תתי החלקות של התובעים לטובת החברה ו/או לטובת רוכשי הקצה.” (פסקה 103 לפסק הדין).

וידגש: כל ההנמקה דלעיל וכמובן גם התוצאה, נעשו בלא שרוכשי הקצה יהיו צד לדיון, בלא שניתנה להם זכות להגיש כתב הגנה, לנהל הליכי ביניים, לנהל הוכחות ולטעון טענות בסיכומים.

6. רוכשי הקצה הגישו עתירה לבית משפט נכבד זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק לביטול פסק הדין של בית המשפט קמא (בג”ץ 7418/21). העתירה נדחתה על הסף (פסק דין מיום 4.11.2021), מהטעם שעומד לרוכשי הקצה סעד חלופי בדמות עתירה לצירופם לערעור על פסק הדין.

משכך, עתרו רוכשי הקצה להצטרף לערעור שהגישו החברה ועו”ד מריאנו על פסק הדין. בקשתם זו התקבלה על אף התנגדותם של המשיבים לכך.

המחלוקת המשפטית

7. תמצית עמדתה של חברתי הינה שאמנם היה מקום לצרף את רוכשי הקצה להליך בפני בית המשפט קמא, אולם אין די בכך כדי להצדיק את קבלת ערעורם. זאת משום שרוכשי הקצה ידעו על קיומו של ההליך בפני בית המשפט קמא, השתתפו באמצעות בא-כוחם בדיון שהתקיים במסגרתו, ולא ביקשו להצטרף אליו; ומאחר שלא עלה בידי רוכשי הקצה להראות כי נפל פגם, לגופם של הדברים, בתוצאת פסק דינו של בית המשפט קמא (וראו פסקה 19 לחוות דעתה של חברתי).

8. חברתי פותחת את הניתוח המשפטי שביסוד חוות דעתה, בהתייחסות לסוגיה של צירופם של צדדים שעלולים להיפגע מתוצאותיו של הליך משפטי, כצד לאותו הליך (פסקה 20 לחוות דעתה של חברתי).

אלא שלהשקפתי לא זוהי הסוגיה העומדת לדיון, אלא סוגיה אחרת: תוקפו של פסק דין במסגרתו ניתן סעד כנגד פלוני (ולא שאינטרסים של פלוני עלולים להיפגע מסעדים הניתנים כנגד אדם אחר), בלא שאותו פלוני היה צד לדיון (בין משום שלא נתבע מלכתחילה ובין משום שנתבע ולא זומן כדין).

חברתי עומדת על הכלל החל בהקשר נסיבות כאמור לעיל, מיד בהמשך חוות דעתה, ולהשקפתה גם בנסיבות כאלו: אם הייתה לאותו צד הזדמנות להצטרף להליך והוא לא עשה כן, הרי שכלל לא תישמע טענתו לפגיעה בזכויותיו (פסקה 22 לחוות דעתה של חברתי); ומפנה לדעה שלפיה, גם אם לא ניתנה לאותו צד הזדמנות כאמור, יש מקום לבחון בהליך הערעור על פסק הדין, אם באמתחתו טענות לגופם של דברים המבססות עילה, ולו לכאורה, לביטול פסק הדין (פסקה 23 לחוות דעתה של חברתי).

על השקפה זו מבקש אני לחלוק להלן.

9. סבור אני כי כלל יסוד הוא שפסק דין במסגרתו ניתן סעד כנגד פלוני, בלא שפלוני היה צד להליך (ובמיוחד בנסיבות כנסיבות דנן – משום שהתובע בחר במפגיע שלא לתבוע אותו), הינו חסר כל תוקף כלפי פלוני.

עמידה על כלל יסוד זה ניתן למצוא בפסיקתו של בית משפט זה מראשית ימי המדינה (וראו, לדוגמא, את פסק דינו של השופט ש' אגרנט ב-ע"א 63/48 גבעוני נ' רזנברג, פ"ד ד 344, 355 (1950)), והוא נפסק גם בפסק דין ב-ה"מ 795/69 חבני נ' פלד, פ"ד כד(1) 676 (1970). פסק דין זה התייחס למצב בו ניתן פסק דין על ידי ערכאת ערעור נגד מי שהיה צד להליך בערכאה הראשונה אולם לא היה צד להליך הערעור, ונקבע בו כדלקמן (פסקה 4 לפסק דינו של השופט י' זוסמן (ההדגשות הוספו – י" כ')):

"אם התכוון בית-המשפט להחזיר גם את דינו של המערער, כי אז חלק זה של פסק-דינו הוא בבחינת אפס גמור, שכן המערער לא היה בעל-דין לפניו, ובית-המשפט היה חסר סמכות לשפוט אותו." (בעמ' 678).

ניסוחים לא פחות חד משמעיים ניתן למצוא גם בפסק הדין ב-ע"א 256/71 אל סמאר נ' אבול-פאדל-אלעלמי, פ"ד כו(1) 505, 508 (1972) (ההדגשה הוספה – י" כ'):

"הלכה פסוקה מלפני בית-משפט זה היא, שאם נתן בית-משפט פסק-דין בלא לעשות אדם הנוגע בדבר בעל-דין, פסק-הדין הוא כאין וכאפס וכמוהו כלא היה."

לדוגמא ליישום האמור לעיל ראו גם את ד"נ 2/76 עזבון המנוח הרמן הלפרין נ' קהילת ציון אמריקאית, פ"ד ל(2) 373 (1976), ואת ע"א 411/81 זידאן נ' ע'דיר, פ"ד לח(3) 449, 455 (1984).

10. פסק דין נוסף שהינו לדעתי בעל חשיבות מיוחדת לענייננו הינו פסק דינו של בית משפט זה ב-ע"א 8659/99 חברת נוף ים כחול השקעות ופיתוח פרויקטים בע"מ נ' פיינרו, פ"ד נד(2) 625 (2000) (להלן: עניין נוף ים כחול).

הנסיבות מושא פסק הדין בעניין נוף ים כחול, הרלבנטיות גם לענייננו, היו, בתמצית, כדלקמן: המערערת הפקידה בחשבון נאמנות אצל עורך-דין, סכום כסף שאמור היה לשמש לתשלום תמורה למשיב 1 (להלן, לעניין זה: המשיב). המשיב הגיש תובענה, בדרך של המרצת פתיחה, ובגדרה בקשה לחייב את הנאמן להעביר לו את הסכום מכספי הנאמנות על פי ההסכם. לתובענה צירף המשיב, את המערערת, כמשיבה, בהיותה בעלת אינטרס בתביעה וזאת הגם שהסעד לא התבקש כנגדה אלא, כאמור, כנגד הנאמן. בית המשפט קיבל את התביעה וחייב את הנאמן להעביר את הכספים בחשבון הנאמנות למשיב, אולם פסק סעד נוסף במסגרתו חייב את המערערת להפקיד כספים נוספים בחשבון הנאמנות על מנת להשלים את הסכום שיש לשלם למשיב על פי ההסכם. המערערת הגישה ערעור ובמסגרתו טענה, בין היתר, כי נפסק כנגדה סעד הגם שבכתב התביעה לא נדרש כל סעד כנגדה, וכי לא ניתן לה יומה בבית המשפט בהקשר הסעד שנפסק.

פסק הדין בערעור ניתן על ידי השופטת א' פרוקצ'יה (ובהסכמת הנשיא א' ברק והשופט י' אנגלרד), וטענותיה של המערערת התקבלו. בית המשפט עמד על כך שבכתב התביעה לא נתבע כל סעד כנגד המערערת וכי האפשרות לפסוק סעד שלא התבקש בכתב התביעה אינה יכולה לעמוד "כנגד נתבע אשר כלפיו לא נתבקש סעד כזה כלל, וכאשר לא ניתנה לו הזדמנות להשמיע טיעוניו ולהתייחס לאפשרות כי יוטל עליו חיוב כזה או אחר." (שם, עמ' 633); והמסקנה:

"במקרה שלפנינו מדובר בסעד אשר כלל לא נתבקש כלפי המערערת, ולכן היא לא נדרשה להגיב לאפשרות כי יוטל עליה חיוב כלשהו. קולה לא נשמע בטרם פסק בית-משפט קמא כי עליה לשלם סכומי כסף למשיב לאחר שהעבירה את הסך 400,000 ש"ח לידי עורך-דין אזורי. מצב דברים זה שקול כהטלת חיוב על המערערת בלא שניתן לה יומה בבית-המשפט לטעון את טיעוניה, וברי כי הכרעה מעין זו אינה יכולה לעמוד." (שם, עמ' 633-634; ההדגשה הוספה – י' כ').

יישום פסק הדין בעניין נוף ים כחול לענייננו מלמד כי אף לו המשיבים דנן היו מגישים את תביעתם מלכתחילה גם כנגד רוכשי הקצה (ולא נמנעים מלעשות זאת במפגיע), די היה בכך שבכתב התביעה לא התבקש סעד כנגד רוכשי הקצה ובית המשפט העניק סעד שכזה בפסק-דינו, בלי להעניק לרוכשי הקצה זכות טיעון בהקשר זה, כדי שדין פסק הדין, ככל שהינו נוגע לסעד שנפסק כנגד רוכשי הקצה – להתבטל.

קל וחומר שזהו המצב בנסיבות דנן, כאשר, כאמור, המשיבים בחרו שלא לתבוע את רוכשי הקצה כלל.

11. פן אחר של אותו עקרון עליו עמדתי לעיל, מגולם בכלל לפיו אם וכאשר ניתן פסק דין כנגד אדם בלא שהיה צד להליך המשפטי במסגרתו ניתן הפסק (בין משום שלא זומן כדין, קל חומר אם לא נתבע כלל), דין הפסק להתבטל, וזאת אפילו פסק הדין צודק ובלא שמבקש הביטול נדרש לשכנע כי בצקלוננו טענות טובות לגופו של עניין. זאת, להבדיל ממצב בו בעל הדין זומן כדין ובשל תקלה לא הגיש כתב הגנה או לא התייצב לדיון וניתן כנגדו פסק דין בשל בכך, שאז הביטול הוא בשיקול דעת בית המשפט הבוחן גם את השאלה האם למבקש יש טענות של ממש לגופה של המחלוקת.

כלל זה מוכר בפסיקה עוד משנותיה הראשונות של המדינה ולימים עמדה עליו גם השופטת א' חיות ב-רע"א 5448/14 חב' אלגיר טכנולוגיות (2003) בע"מ נ' כונס נכסים על יתרות חייבים של חברת אינובד פתרונות בע"מ, פסקה 7 לפסק הדין (5.10.2014) (ההדגשה הוספה – י' כ'): :

"פסק דין שניתן במעמד צד-אחד בשל היעדר המצאה כדין למבקש הוא פסק דין פגום מעיקרו הטעון ביטול מחובת הצדק 'שכן בידי כל אדם קנויה הזכות שלא יינתן נגדו פסק דין, אפילו פסק דין נכון וצודק, אלא בדרך משפטית תקינה'."

וראו גם את החלטתו של השופט י' עמית ב-רע"א 5736/15 עובד נ' פקיד שומה טבריה, פסקה 5 להחלטה (8.10.2015) (הדגשה הוספה – י' כ'): :

"מקובל להבחין בין מקרה שבו נדרש ביטול פסק דין 'מתוך חובת הצדק' לבין מקרה שבו הביטול נתון לשיקול דעת בית המשפט. במקרה הראשון, כאשר ההליך פגום מעיקרו ולא בוצעה המצאה כדין, יבוטל פסק הדין ללא התייחסות לשיקולים נוספים."

עוד ראו בספרו של יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 736 (מהדורה שביעית, 1995) (ההדגשה הוספה – י' כ'): :

"הצביע המבקש על פגם בהליך, אשר בעטיו חייב היה בית המשפט להימנע ממתן ההחלטה, זכותו של המבקש היא, [כי] ההחלטה תבוטל 'מתוך חובת הצדק'... עצם הפגם בהליך משמש עילה לביטול ההחלטה, ובית המשפט אינו רשאי לשקול, אם ההחלטה נכונה, לגופו של ענין, אם לאו."

וכן בספרו של אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי כרך א 916–917 (מהדורה שלוש

עשרה, 2013):

"כאשר פסק הדין שניתן במעמד צד אחד הוא פגום – ובדרך כלל נובע הפגם מהיעדר המצאה כדין למבקש – יבוטל פסק הדין בלי להתייחס כלל למשקל הטענות ולסיכויי ההצלחה. הלכה זו נסמכת על ההשקפה שלפיה בעל דין זכאי לקיומם התקין של ההליכים המקדמיים, עובר לפסק הדין. ביטול כזה נעשה 'מתוך חובת הצדק'... פסק דין כזה הוא פגום ומשום כך אין לקיימו, תהא אשר תהא הגנת הנתבע לגופו של עניין. בידי כל אדם קנויה הזכות שלא יינתן נגדו פסק דין, אפילו פסק דין נכון וצודק אלא בדרך משפטית תקינה."

וראו גם בספרו של שלמה לוין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד

247 (מהדורה שניה, 2008), המתאר את האמור כמבטא את "דעת הרוב".

12. בישום הכלל האמור לענייננו, סבור אני כי לא ניתן להשאיר על כנו את הסעד שפסק בית המשפט קמא נגד רוכשי הקצה, משאלו כלל לא היו צד להליך. זאת, על אחת כמה וכמה מקום בו המשיבים בחרו, במפגיע, שלא לכלול אותם כנתבעים בתביעה. לעניין זה, אין נפקא מינה אם הסעד שנפסק נגד רוכשי הקצה הוא צודק בנסיבות העניין, או אם נראה, על פניו, כי אין ממש בטענות ההגנה של רוכשי הקצה, לגופן. עצם העובדה שרוכשי הקצה לא היו צד להליך בבית המשפט קמא, הופך את פסק הדין לחסר תוקף כלפיהם.

13. חברתי, השופטת י' וילנר, סבורה כי ניתן להתגבר על הכלל האמור בנסיבות דנן, הואיל ורוכשי הקצה ידעו על ההליך המשפטי בבית המשפט קמא. חברתי מפנה גם לפסיקה הקובעת כי מי שטוען שנפגע מפסק דין בלא שנשמעו טענותיו, טענותיו בעניין זה לא תתקבלנה בדרך כלל באם ניתנה לו ההזדמנות להיות צד לדיון ולהשמיע את טענותיו והוא בחר שלא לעשות כן. אינני יכול להצטרף לעמדה זו.

לעניין זה, במישור העובדתי, אין חולק כי ב"כ רוכשי הקצה התייצב בפני בית המשפט קמא בדיון שהתקיים ביום 19.11.2020 ואף נשא דברים, לדבריו על מנת להביא את הצדדים לפשרה (לאירוע זה אתייחס, ביתר פירוט, בהמשך).

אלא שראוי לציין כי באותו מועד (ולמעשה כך עד למתן פסק הדין), ההליך עליו ידעו רוכשי הקצה היה הליך משפטי שאין הם נתבעים בו ושלא מבוקש במסגרתו כל סעד כנגדם.

רוכשי הקצה יכלו להעריך כי יכול והכרעות שתינתנה בהליך, בהעדרם, תהיינה בעלות השלכות על זכויותיהם. לעומת זאת, לא ניתן לדעתי לקבוע כי היה עליהם לצפות שיינתן סעד ישיר כנגדם, שלא התבקש כלל בכתב התביעה ושעה שאין הם צד להליך. לא ניתן על כן, לעמדותי, לראות ברוכשי הקצה כמי שהיו מודעים לכך שבמסגרת הליך משפטי עלול להינתן סעד משפטי כנגדם ובחרו ביודעין שלא לבקש להצטרף להליך.

לדעתי, די באמור לעיל כדי שהכלל המשפטי שחברתי נסמכת עליו לא ייושם בנסיבות העניין דנן.

14. זאת ועוד (ובמידה רבה מעבר לצורך), אציין כי להשקפתי יש לאבחן, בהקשר הנדון, בין מצב בו בית המשפט פוסק סעד כנגד ראובן, שיש בו כדי להשפיע גם על זכויותיו של שמעון, לבין מצב בו בית המשפט פוסק סעד ישיר כנגד שמעון.

במקרה הראשון עסקינן באי-צירופו של צד העלול להיפגע מסעד שיכול וייפסק על ידי בית המשפט כנגד בעל דין אחר. במקרה השני עסקינן בניהול הליך ובפסיקת סעד, כנגד אדם, בלא לעשותו בעל-דין.

המקרה השני הוא שלגביו נקבעו הכללים החד-משמעיים, עליהם עמדתי לעיל, לפיהם פסק הדין הינו חסר כל תוקף נגד אותו אדם שלא היה בעל דין. גם משום כך, לדעתי, רק המקרה הראשון הוא שמתאים ליישום ההלכה שחברתי הצביעה עליה לעניין מי שידע על ההליכים ולא ביקש להצטרף כנתבע.

בענייננו, הסעד למחיקת הערת האזהרה אשר לטובת רוכשי הקצה, מגלם את המקרה השני – פסיקת סעד כנגד מי שלא היה בעל דין. יתר קביעות פסק הדין וסעד המחיקה של הערת האזהרה לטובת החברה, משתייכים למקרה הראשון, בהיותם קביעות וסעדים שיכול בהחלט שיש להם השפעה על זכויותיהם של רוכשי הקצה, אולם לא מגיעים כדי פסיקת סעד ישיר כנגד רוכשי הקצה.

15. לדעתי, עיון בפסיקה המאוזכרת בחוות דעתה של חברתי, מחזק את המסקנה שאין עניינה בנסיבות הדומות לנסיבות דנן (פסיקת סעד כנגד מי שלא היה צד להליך):

ה"מ 676/61 צדוק נ' חברת מתיישבי ראשון-לציון בע"מ, פ"ד טז 144, 147–148 (1962) – מדובר היה במצב בו, במסגרת תביעה לפירוק שיתוף בנכס, נפסק כי הזכויות בנכס יימכרו לגוף מסוים. לאחר פסק הדין בערכאה הראשונה הנכס נרכש מאותו הגוף על ידי צדדים שלישיים אחרים, בהסתמך על התוצאה בפסק הדין. על פסק הדין בערכאה הראשונה הוגש ערעור על ידי המפסיד שם, ועלתה השאלה של צירופם של רוכשי הנכס כמשיבים בערעור. רוכשי הנכס התנגדו לבקשה לצירופם ונקבע כי משהתנגדו והעדיפו שלא להשתתף בערעור, הם יהיו מושתיקים מלכפור בתוצאת הערעור ומכאן שאין הכרח לצרפם. להשקפתי, מדובר במקרה מובהק שעניינו במי שעלול להיפגע מהליך משפטי ולא במי שמבוקש כנגדו סעד כלשהו, והדבר אף הובהר בהנמקת בית המשפט (ראו בעמ' 148 לפסק הדין).

ע"א 499/79 בן דין נ' אי.די.אס. אינטרנשיונל בע"מ, פ"ד לח(2) 99 (1984) – בפסק דין זה נדונה, במה שלדעתי הינן אמרות אגב מובהקות, השאלה מהו הדין כאשר בסכסוך בין ראובן לשמעון נפסק כי על ראובן להעביר נכס שבידו לידי שמעון, וכעת לוי מבקש לטעון שהנכס בכלל שייך לו. האם לוי יכול להגיש תביעה הצהרתית בעניין זה בהתעלם מפסק הדין שניתן בסכסוך בין ראובן לבין שמעון, או שעליו להגיש תביעה לביטול פסק דין זה? (ראו בעמ' 112 לפסק הדין). עמדתה של המשנה לנשיא מ' בן-פורת בשאלה זו הייתה שעל לוי, אשר הוא בגדר מי ש- "נפגע על-ידי פסק-דין שניתן במשפט בין בעלי דין אחרים", להגיש תביעה לביטול פסק הדין, וזאת במיוחד משום שידע על ההליך. עמדתו של השופט א' ברק הייתה שלוי יכול להגיש תביעה הצהרתית בלא קשר לידיעתו על ההליך בין ראובן לבין שמעון, והשופט מ' בייסקי, הואיל ומדובר היה באמרות אגב, הצטרף לתוצאה של פסק הדין מבלי להביע דעה במחלוקת.

ע"א 570/84 חברת לירן – עסקי בידור ובתי מלון בע"מ נ' הרב אלתר, פ"ד לט(4) 613, 616 (1985) – במקרה זה דובר היה בתביעה נגזרת שהתבקש להגישה כנגד המשיבים ואשר נמחקה על הסף על יסוד הקביעה שיש לברר קודם מי הם בעלי המניות בחברה, ובהתאם גם את שאלת מיצוי ההליכים בגדר החברה. התובעת טענה, במסגרת הערעור, שהתביעה שנמחקה לא הייתה רק תביעה נגזרת, אלא גם תביעה למתן סעד הצהרתי לגבי זהותם של בעלי המניות בחברה, ולעניין זה צורפו המשיבים לתביעה ב- "כובעם" כבעלי מניות. עם זאת, המשיבים עמדו על כך שאין ברצונם להצטרף כבעלי דין לתביעה – ועל יסוד עמדתם זו דחה בית משפט זה את הערעור שהוגש. בית המשפט המחוזי, כמו גם בית משפט זה, תמה על אי-רצונם של אותם נתבעים מיועדים להיות צד

להליך שעניינו אישור הגשת תביעה נגזרת נגדם, ועמד על כך שלאור עמדתם, בעתיד, לא יוכלו לכפור בממצאים שייקבעו במסגרת הדיון בהגשת תביעה נגזרת ובזהותם של בעלי המניות. לדעתי, אף כאן מדובר במובהק במצב בו אין מדובר בסעד כנגד אדם אלא במצב בו יכול ולקביעה בהליך משפטי שאותו אדם בוחר שלא לבקש להיות צד לו תהיינה השלכות על האינטרסים שלו.

ע"א 7401/00 יחזקאלי נ' עו"ד גלוסקה, כונס נכסים, פ"ד נז(1) 289, 303–304 (2002) – במקרה זה עלתה השאלה, בהקשר טענה להתיישנות, האם ניתן לראות בבעל מניות שלא היה צד לתביעה שהחברה הייתה צד לה, ככבול לקביעות שניתנו במסגרתה. בית המשפט דן באפשרות זו ובאפשרות שידיעתו של בעל המניות על ההליך והימנעותו לבקש להצטרף להליך, תהינה בעלות משקל. בהקשר זה נאמר כי יכול ובנסיבות כאמור יהיה בעל המניות מושחק מלטעון שתוצאת ההליך מול החברה אינה מחייבת אותו. לענייננו חשוב לדעתי לשים לב כי לא דובר בסעד כנגד בעל מניות (אלא במידה רבה ההפך, שאלת מחויבותו של בעל המניות שלא לפעול לסיכול הסעד שיינתן כנגד החברה), ואף בהקשר זה, השונה מענייננו, אמירתו של בית המשפט הייתה לדעתי בגדר אמירת אגב (בית המשפט הבהיר שאין הוא נדרש להכריע כלל בסוגיה דלעיל שכן יש לדחות את הערעור לאור טענה אחרת).

16. חברתי מפנה לדעה שלפיה גם אם אין לראות את רוכשי הקצה כמושתקים עקב ידיעתם על ההליך והימנעותם מלבקש להצטרף להליך, הרי ניתן שלא לקבל את ערעורם של רוכשי הקצה משום שלאור טעמי יעילות דיונית וצדק מהותי יש מקום לבחון, במסגרת הערעור, האם יש באמתחתם של רוכשי הקצה טענות לגופו של עניין.

סבורני כי הפסיקה, החד-משמעית, עליה עמדתי לעיל, לעניין שיקול דעתו של בית משפט, בבקשה לביטול פסק דין "מחמת הצדק" – "...עצם הפגם בהליך משמש עילה לביטול ההחלטה, ובית המשפט אינו רשאי לשקול, אם ההחלטה נכונה, לגופו של עניין, אם לאו" – אינה מתיישבת עם דעה זו שהפנתה אליה חברתי.

חברתי מפנה בהקשר זה לפסק הדין שניתן ב-ע"א 263/73 ועד הר הכרמל (כולל אחוזה) אגודת התושבים נ' בנק ישראלי למשכנתאות בע"מ, פ"ד כט(1) 263 (1974) (להלן: עניין ועד הר הכרמל), אלא שלדעתי אין בפסק הדין כדי לתמוך במסקנה המוסקת ממנו: במקרה זה דובר בשאלת זכותם של בעלי משכנתא על זכות חכירה לבטל פסק דין שניתן בין המחכיר לחוכר (בו נקבע שאם לא יפרע החוכר חוב מסוים, הסכם החכירה יבוטל), בלא לצרף אותם. לדעתי חשוב לשים לב כי אין מדובר בביטול פסק דין שבו נפסק סעד כנגד בעלי המשכנתאות, אלא בפסק דין בו הסעד שניתן רק משפיע על זכויותיהם של

בעלי המשכנתאות: בית המשפט לא הורה על מחיקת המשכנתאות אלא על ביטול (מותנה) של זכות החכירה שמושכנה במסגרת המשכנתאות. ביישום לענייננו, הנסיבות של פסק הדין דומות למצב בו היה ניתן פסק דין על ידי בית המשפט קמא ללא הסעד של מחיקת הערות האזהרה לטובת רוכשי הקצה, אולם כן היה כולל את יתר הקביעות שבו, ורוכשי הקצה היו מבקשים לבטלו בטענה שהוא משמיט את הקרקע גם מתחת לזכויותיהם. אלא שבדיוק ההבדל הזה – ההבדל בין הקביעות לעניין מחיקתה של הערת האזהרה לטובת החברה, לבין פסיקת סעד למחיקת הערת האזהרה לטובת רוכשי הקצה – הוא ההבדל שביסוד הערעור דנן וביסודה של עמדתו בהקשר ערעור זה.

אוסף ואציין, מעבר לצורך, כי האמירה בפסק הדין בעניין ועד הר הכרמל בדבר הצורך בבחינת קיומן של טענות טובות לגופו של עניין, נותרה, במידה רבה, בגדר אמרת אגב, שכן נקבע שקיימות טענות שכאלו וערעור המחכיר נדחה.

חברתי מוסיפה ומפנה גם לפסק הדין בעניין ע"א 73/53 זילברשטיין נ' פלק, פ"ד ט 57, 75 (1955) (להלן: עניין זילברשטיין), ולדעתי אף הוא אינו תומך במסקנה כי ניתן, בנסיבות מסוג הנסיבות דנן (פסיקת סעד כנגד אדם בלא שהיה בעל דין), שלא לבטל את פסק הדין בשל עמדה לגבי מידת חוזקן של טענותיו של מבקש הביטול לגופו של עניין. בפסק הדין בעניין זילברשטיין דובר במוכר של נכס שהתנער מעסקת המכר. הרוכש הגיש תביעה שנדחתה על ידי בית המשפט בערכאה הראשונה. הרוכש ערער על פסק הדין אולם בינתיים, לאחר פסק הדין בערכאה הראשונה, נמכר הנכס לצד שלישי (בעסקה שלא הושלמה). בית המשפט העליון קיבל את ערעור הרוכש וקבע שהרוכש היה זכאי לסעד של אכיפה. אגב כך נזקק בית המשפט לטענה שלאור המכר לצד שלישי, אין להורות על אכיפה לטובת המערער. בית המשפט התייחס לקושי שנוצר במקרה אחר שנדון בפסיקה ובו לא צורף הרוכש המאוחר לערעור, ועמד על כך שהואיל והרוכש המאוחר בנסיבות שבפניו כן צורף לערעור, ניתן להכריע בשאלת העדיפות בין הרוכשים המקוריים לבינו במסגרת הדיון בערעור. אין מדובר אפוא במי שיכול לטעון שהיה צריך להיות צד להליך בערכאה הדיונית ובוודאי לא במי שניתן כנגדו פסק דין על ידי הערכאה הדיונית בלא שהיה צד להליך (מדובר היה, כאמור, במי שרכש את זכויותיו לאחר פסק הדין בערכאה הדיונית); ולכן, לדעתי, גם פסק דין זה אינו מתאים ליישום על נסיבות דנן.

17. להשקפתי, התוצאה העולה מן האמור הינה שאם ניתן בפסק דין סעד כנגד אדם שלא היה צד להליך, אותו אדם זכאי לביטול אותו חלק של פסק הדין בו נפסק סעד כנגדו, לרבות ביטול שייעשה על ידי ערכאת ערעור, ואין לחייבו לשכנע כי באמתחתו טענות טובות גם לגופו של עניין.

בהשאלה מהמונחים המוכרים מהליך סדר הדין המקוצר, שנהג לפני כניסתו לתוקף של תקנות סדר הדין האזרחי החדשות, עמדתי היא כי מי שנפסק כנגדו סעד בלא שהיה צד להליך המשפטי, הינו מי שזכאי להתגונן (לרבות הליכי ביניים, שמיעת ראיות והגשת סיכומים) ואין הוא בגדר מי שמבקש רשות להתגונן ועליו לשכנע, לשם קבלת הרשות, כי יש לו טענות טובות לגופו של עניין.

18. חברתי סבורה כי בנסיבות העניין, ובפרט בהתחשב בחוסר תום-ליבם של רוכשי הקצה, לא הופרו כללי הצדק הטבעי באופן המצדיק, כשלעצמו, את ביטול פסק הדין; וכי בנסיבות אלו יש לבחון אם עומדת לרוכשי הקצה הגנה, ולו לכאורה, לגוף הדברים. חברתי מוסיפה כי דרך זו תואמת גם את הכלל לפיו לערכאת הערעור מוקנות כל הסמכויות שהיו מוקנות לערכאה הדיונית.

בהקשר זה אבקש לציין, תחילה, כי רוכשי הקצה הקפידו מאוד להדגיש כי ערעורם מתמקד בתוקף פסק הדין שניתן כנגדם, וכי טענותיהם לגופו של עניין מובאות רק לחלופין. יתר על כן, כפי שצוין בפתח חוות דעתי זו, רוכשי הקצה אף ניסו "לבודד" את טענת הבטלות של פסק הדין באמצעות הגשת עתירה לבית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, אולם נדחו בשל קיומו של סעד חלופי המגולם באפשרות לבקש להצטרף לערעור. שמיעת הערעור נעשתה באופן שלא אפשר לרוכשי הקצה לעמוד על הכרעה בטענותיהם לגבי תוקף פסק הדין, תחילה, ורק לאחר מכן ואם טענותיהם בעניין זה לא תתקבלנה, לטעון לגופם של דברים.

לדעתי, לו בשל האמור לעיל לבדו, קיים קושי ניכר לקבוע כי הפגם שנפל בפסק הדין של בית המשפט קמא אינו חמור ברמה שהוא מצדיק, כשלעצמו, את ביטול פסק הדין; וכי הפגם "תוקן" בכך שבמסגרת הערעור נשמעו גם טענותיהם של רוכשי הקצה לגופו של עניין.

19. בנוסף לאמור לעיל, הנני סבור כי גם מהבחינה המשפטית האמירה לפיה לערכאת הערעור מוקנות הסמכויות שהיו מוקנות לערכאה הדיונית, אינה מביאה לדחיית ערעורם של רוכשי הקצה אלא ההפך – לקבלתו.

מה שהונח בפני בית משפט זה במסגרת ערעורם של רוכשי הקצה הוא טיעון המבקש לשכנע כי יש לבטל את פסק הדין, בהקשר הסעד שנפסק כנגד רוכשי הקצה, הואיל ורוכשי הקצה לא היו צד להליך, ורק לחלופין גם טענות לגופו של עניין. לו הייתה מוגשת בקשה שכזו לבית המשפט קמא, הוא לא יכול היה, לדעתי, מהטעמים עליהם עמדתי לעיל, לדחות את רוכשי הקצה על סמך התייחסות לטענותיהם לגופו של עניין. לו

הייתה מוגשת בקשה שכזו לבית המשפט קמא, היה עליו, לדעתי ולאור פסיקה ברורה ועקבית, לבטל את אותו מרכיב של פסק הדין בו ניתן סעד כנגד רוכשי הקצה, ולאפשר להם קיום דיוני הממש את כל זכויותיהם הדיוניות, בלא קשר להשקפתו על משקלן לכאורה של טענותיהם לגופו של עניין. בית משפט זה, בהקשר ערעורם של רוכשי הקצה, נמצא באותה הנקודה ולכן, לדעתי, אף אנו איננו יכולים לדחות את פנייתם של רוכשי הקצה על יסוד השקפתנו לגבי חוזק טענותיהם לגופו של עניין, אלא לאפשר להם דיון הממש את כלל זכויותיהם הדיוניות.

20. בהקשר האמור לעיל אתייחס, בקצרה, לפסיקה המובאת על ידי חברתי לעניין האפשרות שעצם קיום דיון לגופו של עניין בערכאת הערעור יצדיק את דחיית הערעור, על אף הפגם שנפל בפסק הדין נושא הערעור.

בהחלטה ב-דנ"מ 10205/17 חיפה כימיקלים בע"מ נ' עיריית חיפה (15.12.2020), בפסקה 48 אליה מפנה חברתי, נדון מצב בו הערכאה הראשונה הכריעה, לטובת הנתבע, על יסוד טענה משפטית מסוימת. נשאלה השאלה האם ערכאת הערעור, בהחליטה להפוך את הקביעה הנ"ל, חייבת להחזיר את הדיון לבית המשפט קמא או שהינה יכולה להמשיך ולהכריע ביתר הטענות, שהערכאה הדיונית לא נזקקה להן.

בפסק הדין ב-בג"ץ 1666/22 אלמגור נ' בית הדין הארצי לעבודה (12.12.2022), נדון מצב בו נפל פגם באופן בו נתנה הערכאה הדיונית את פסק הדין (לא הייתה טענה לעניין אופן ניהול הדיון עד למתן פסק הדין). בית משפט זה קבע כי יכול הוא ליתן את פסק הדין לגופו של עניין, ולא להחזיר את הדיון לבית המשפט קמא.

איני סבור שנסיונות המקרה דנן מתאימות ליישום ההלכות דלעיל – מהטעמים שהובאו בפסקה 19 לעיל.

21. בנוסף, הנני סבור כי התוצאה שתתקבל, אם יתקבל ערעור רוכשי הקצה לעניין ביטול הסעד של מחיקת הערות האזהרה לטובתם, הינה גם מוצדקת שכן הינה תואמת את הסיכונים והסיכויים המשפטיים ששני הצדדים לקחו על עצמם.

להבהרת דבריי אבקש לחזור אל אותו דיון, בבית המשפט קמא, אליו התייצב ב"כ רוכשי הקצה.

עיון בפרוטוקול הדיון מלמד כי ב"כ רוכשי הקצה הבהיר הבהר היטב כי לאחר הכרעה בהליך המשפטי שרוכשי הקצה אינם צד לו, והיה ותביעת המשיבים כנגד החברה תתקבל, עתידים רוכשי הקצה לעמוד על זכותם, המוגנת בהערות האזהרה לטובתם, לבוא

בנעליה של החברה. להשקפתם של רוכשי הקצה זכות זו מתגבשת דווקא אם וכאשר מתקבלות הטענות של המשיבים כנגד החברה.

לאחר שנאמרו דברים אלו, הן המשיבים והן רוכשי הקצה, כשהם מיוצגים, היו מודעים היטב לצעדים שהינם יכולים לנקוט ולסיכוי ולסיכון הכרוכים בהם. שני הצדדים (ולמעשה כל אחד מהם לחוד), החליטו שלא לנקוט בצעדים בהם יכלו לנקוט, וחזקה, בהיותם מיוצגים, שהיו מודעים היטב להשלכות החלטותיהם:

רוכשי הקצה – יכלו לבקש להצטרף להליך. משמעות ההחלטה שלא לעשות כן הינה שייתכן בהחלט שקביעות שתינתנה בהליך אל מול החברה תחייבנה אותם ותפגענה (ואולי אף תפגענה אנושות), בזכויותיהם. זאת על דרך "השתק פלוגתא" ולאור היותם של רוכשי הקצה מי שלטענתם שלהם הינם מי שמבקשים לבוא בנעליה של החברה, והעובדה שידעו על ההליך ועל הטענות העתידות להיות מוכרעות במסגרתו ולמרות זאת לא ביקשו להצטרף להליך. דוגמא בולטת לכך יכול ותהיה הקביעה שהתנאים המתלים להסכם שבין החברה לבין המשיבים לא התקיימו, על ההשלכות שיכול ותהינה לפסיקה לפיה קביעה זו מחייבת גם את רוכשי הקצה, על טענותיהם של רוכשי הקצה, לגופו של עניין.

המשיבים – יכלו, בעקבות דבריו המפורשים של ב"כ רוכשי הקצה בדיון, לבקש לתקן את כתב התביעה, לצרף את רוכשי הקצה, ולעתור להוספת סעדים בדבר העדר כל זכויות לרוכשי הקצה ומחיקת הערות האזהרה לטובתם. בהחלטה שלא לעשות כן, לקחו עליהם המשיבים, במודע, את הסיכון עליו עמד ב"כ רוכשי הקצה בדיון אליו התייזב – שלאחר זכייה במאבק המשפטי אל מול החברה, יהיה עליהם להתמודד ב-"סיבוב שני", אל מול רוכשי הקצה.

התוצאה של חוות דעתי, מביאה בדיוק להתממשות האמור לעיל.

22. וממש לפני סיום, הערה נוספת: לא נעלם מעיניי אינטרס היעילות הדיונית שחברתי נתנה לו משקל בהכרעתה. יש טעם רב בדברים: התוצאה המתקבלת על פי חוות דעתי הינה, במידת סבירות גבוהה, הכרח לקיים הליך משפטי בין המשיבים לבין רוכשי הקצה. יש גם טעם בהערכה שלפיה האתגר שיעמוד בפני רוכשי הקצה, באם יבקשו לטעון (בין כתובעים ובין כנתבעים) לזכויות בבניין, הינו קשה. זאת, הן לאור ניתוח סעיפי ההסכמים הרלבנטיים והן לאור האמור לעיל לעניין האפשרות שקביעות מכריעות המצויות בפסק הדין של בית המשפט קמא תחייבנה, על דרך השתק פלוגתא, את רוכשי הקצה בכל מאבק משפטי אל מול המשיבים. קיים גם חשש שעצם הצורך ב-"סיבוב שני"

כאמור, מהווה כלי בידי רוכשי הקצה כנגד המשיבים (ויש בדבריו של ב"כ רוכשי הקצה בדיון בבית המשפט קמא כדי לבסס חשש כזה).

עדיין, סבור אני, כי העיקרון לפיו פסק דין בו נפסק סעד כנגד אדם, בלא שהיה צד להליך (משום שהתובע בחר והמשיך במפגיע לבחור שלא לתובעו), אינו יכול לעמוד, והכלל לפיו אדם זכאי שקודם שייפסק כנגדו סעד ינוהל הליך משפטי כדין, הינם בעלי חשיבות רבה וגוברים על שיקולי היעילות דלעיל. מכאן עמדתי.

23. מכל הנימוקים דלעיל, לו דעתי נשמעת, דין ערעור רוכשי הקצה להתקבל במובן זה שהסעד שנפסק על ידי בית המשפט קמא בדבר מחיקתן של הערות האזהרה לטובת רוכשי הקצה, יבוטל.

ש ו פ ט

השופט ד' מיינץ:

מסכים אני עם חבריי כי דין ערעורה של מערערת 1 (להלן: החברה), להידחות. בכל הנוגע למחלוקת הנטושה בין חבריי ביחס לערעורם של מערערים 2-7 (להלן: רוכשי הקצה), דעתי כדעת חברתי השופטת י' וילנר כי גם דינו להידחות.

1. אכן, כפי שציין חברי השופט י' כשר בחוות דעתו, מקדמת דנא השתרשה בפסיקתנו העמדה לפיה פסק דין בו ניתן סעד נגד מי שלא היה צד להליך, חסר תוקף כלפיו (ע"א 63/48 גבעוני נ' רזנברג, פ"ד ד 344 (1950)). עם זאת, עיון מעמיק בפסיקה אליה הפנה חברי מלמד כי המקרים בהם יושמה עמדה זו, הם מקרים שבהם הגורם החיצוני להליך כלל לא ידע על קיומו או שלא ניתנה לו כל הזדמנות להשמיע את טענותיו (ראו למשל: ע"א 256/71 אל סמאר נ' אבול-פאדל-אלעלמי, פ"ד כו (1) 505 (1972); ע"א 411/81 זידאן נ' ע'דיר, פ"ד לח (3) 449 (1984); ע"א 8659/99 חברת נופים כחול השקעות ופיתוח פרויקטים בע"מ נ' פיינר, פ"ד נד (2) 625 (2000)). כפי שהעירה חברתי בחוות דעתה וכפי שיתואר להלן, לא זה המצב במקרה שלפנינו. מכל מקום, אף אם אניח כדעת חברי כי במקרה זה מבחינה מהותית יש בסיס לטענה כי קביעותיו של פסק הדין אינן מחייבות את רוכשי הקצה, לדעתי רוכשי הקצה מנועים מלטעון זאת נוכח התנהלותם הדיונית.

2. ובמה דברים אמורים. עיקרון תום הלב הוא עיקרון יסודי בשיטת משפטנו, החולש על כלל ענפיה וזרועותיה (ע"א 700/81 פז נ' פז, פ"ד לח(2) 736, 742 (1984); ע"א 6907/16 אקרמן נ' כפיר קבלנות בניין בע"מ, פסקה 36 (20.12.2017); ע"א 6021/06 פיגון נ' כונס הנכסים הרישמי, פסקה 22 (9.8.2009)). בין היתר חל עיקרון זה על התנהלותו הדיונית של בעל דין, ומכוחו מוטלת עליו החובה "להפעיל את כוחותיו המשפטיים-דיוניים 'בדרך מקובלת ובתום לב'" (בר"ע 305/80 שילה נ' רצקובסקי, פ"ד לה(3) 449, 461 (1981); רע"א 4705/22 אליהו נ' ישראל-פור (אליהו), פסקה 10 (29.9.2022); ע"א 3496/15 בבלפור נ' גבעת מרום בע"מ, פסקה 9 (17.1.2017)). חובה זו תוארה כך:

"עיקרון תום הלב מטיל על בעלי דין לנהוג בהגינות וביושר האחד כלפי השני. 'שדה הקרב' המשפטי אינו נטול רסן גם אם מחוצה לו בעלי-הדין חשים איבה עמוקה ואף פעלו בחוסר תום לב האחד כלפי השני במישורים משפטיים אחרים. תום הלב בהקשר הנידון תפקידו ליצור גבולות נורמטיביים של המותר והאסור בגדרו של המאבק המשפטי... החיקוקים המסדירים את סדרי הדין אומנם מסדירים את 'כללי המשחק', אולם המשפט אינו מתמצה בהם בלבד. חובת תום הלב בהקשר הדיוני מטילה על בעלי הדין חובה לפעול לשם בירור המחלוקות העומדות ביניהם, לצד זכויותיהם הדיוניות, ולא לנצלן כדי להשיג יתרונות החורגים מתכליתן של זכויות אלו" (רע"א 8467/06 אבו עוקסה נ' בית הברזל טנוס בע"מ, פסקאות 24-25 (8.7.2010)).

פועל יוצא של חובת תום הלב הדיונית המוטלת על בעל הדין, הוא האיסור על שימוש בהליכי משפט לרעה. תכליתו של איסור זה לשמור על תקינות ההליך השיפוטי ולמנוע תוצאות בלתי הוגנות בין בעלי הדין (ע"א 513/89 Interlego A/S 'J Exin-Lines Bros. S. A., פ"ד מח(4) 133, 199-200 (1994) (להלן: עניין אינטרלגו); רע"א 3025/21 אנגל נ' בית הספר תגליות בע"מ, פסקה 13 (18.7.2021); רע"א 1239/19 שאול נ' חברת ניידלי תקשורת בע"מ, פסקה 53 (8.1.2020)). האיסור על שימוש לרעה בהליכי משפט גם עוגן לאחרונה בתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: התקנות), המורות כי "לא יעשה בעל דין או בא כוחו שימוש לרעה בהליכי משפט ובכלל זאת פעולה בהליך שמטרתה או תוצאתה לשבשו, להשהותו או להטריד בעל דין, לרבות פעולה בלתי מידתית לאופי הדיון, לעלותו או למורכבותו" (תקנה 4; ראו גם תקנה 42 המאפשרת לבית המשפט למחוק כתב טענות של בעל דין שעשה שימוש לרעה בהליכי משפט, ותקנה 151(ג) המאפשרת לחייב בעל דין בהוצאות ואף את בא-כוחו אם סבר בית המשפט שבעל

דין עשה שימוש לרעה בהליכי משפט; וראו לעניין זה: רע"א 7770/21 מרעי נ' בריה, פסקאות 16-18 (8.2.2022).

3. לצד האיסור המוטל על בעל הדין, מוקנית לבית המשפט סמכות טבועה ליתן סעד בגין שימוש לרעה בגין הליכי משפט. כפי שנאמר בבש"א 6479/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' שנפ (15.1.2007) (להלן: עניין בנק דיסקונט):

"סמכות זו הינה חלק מהסמכויות הנתונות בידי בית- המשפט בשל עצם אופיו של המוסד השיפוטי ולשם הסדרת התנהלותו התקינה של הדיון השיפוטי, במטרה לאפשר לבית-המשפט להכריע בסכסוכים המובאים בפניו. מדובר ב'אותה סמכות מינימאלית בענייני נוהלי יעילות המשפט וצידקתו, הדרושה לבית המשפט כדי שיוכל למלא את התפקיד שלמענו הוא קיים: עשיית משפט צדק'" (שם, פסקה 6; ראו גם: ע"א 8166/11 חברת אלי ראובן בנייה והשקעות בע"מ (בפירוק) נ' נ. אלה ובניו חברה קבלנית לבניין (1972) בע"מ, פסקה 22 (12.4.2015); בג"ץ 5918/07 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד סג(2) 247, 302 (2009) (להלן: עניין פלונית)).

מכוח סמכות זו נפסק לאורך השנים מגוון רחב של סעדים ובהם סילוק תובענה על הסף, קבלת טענה בדבר השתק דיוני, סירוב ליתן סעד, דחיית בקשה, הטלת הוצאות ועוד (וראו למשל: עניין בנק דיסקונט, פסקה 7 והאסמכתאות שם; ע"א 8553/19 אלכסנדר אורן בע"מ נ' כהן, פסקה 32 והאסמכתאות שם (17.11.2020); ארנה רבינוביץ'- עיני ודורון דורפמן, "שימוש לרעה וחוסר תום לב בהליך האזרחי: הפער שבין מודל דיוני פוסט-אדברסרי למודל ייצוג מסורתי" ספר שלמה לוין 255, 270-273 (2013) (להלן: רבינוביץ'-עיני ודורפמן)).

4. בבואו של בית המשפט לעשות שימוש בסמכות הנתונה לו ולפסוק סעד בגין שימוש לרעה בהליכי משפט, עליו לאזן בין האינטרס שבשמירה על הגינות ההליך השיפוטי והגנה על התכליות המונחות בבסיס סדרי הדין, לבין זכות הגישה לערכאות של בעל הדין וזכותו לקבל הזדמנות מלאה לבירור עניינו בבית המשפט. במסגרת זו על בית המשפט להביא בחשבון את טיב התנהגותו של בעל הדין; את השאלה האם פעל במתכוון או שמא מתוך טעות או רשלנות; את היקף ועוצמת הפגיעה בכללי הפרוצדורה ובתקינות ההליך; ואת מידתיות הסעד (עניין בנק דיסקונט, פסקה 8; ראו גם, למשל: רע"א 4625/22 נענה נ' כץ, פסקה 44 (10.1.2023)).

5. אין לכחד, הגדרת המונח שימוש לרעה בהליכי משפט ותיחום המקרים שיבואו בגדרו, אינם מלאכה פשוטה. עמד על כך בית משפט זה בעניין פלונית כדלקמן:

”כמו העיקרון בדבר תום הלב, אף גבולות האיסור על שימוש לרעה בהליכי משפט אינם ניתנים לתחימה מראש, שכן מדובר במושגים דינמיים ויחסיים המקבלים את תוכנם המהותי בהתאם לנסיבות העניין ולדרך בה יושמו ממקרה למקרה. ככלל, התפישת המנחה בהקשר זה היא כי השמירה על האינטרס האישי של בעל דין צריך שתיעשה בהתחשב בציפיות הדיוניות המוצדקות של הצדדים האחרים להליך ותוך מילוי חובותיו של בעל דין כלפי בית המשפט” (שם, עמ’ 301; ראו גם: עניין בנק דיסקונט, פסקה 5; רבינוביץ-עיני ודורפמן, עמ’ 255, 259-258).

עם זאת במקרים רבים הקביעה כי בעל דין עשה שימוש לרעה בהליכי משפט אינה מעוררת כל קושי, שכן התנהלותו הפסולה עולה בבירור מעובדות המקרה. וכפי שנאמר בעניין זה, ”קשה להגדיר מראש מתי תעלה התנהגות של בעל-דין כדי ניצול לרעה של ההליך השיפוטי; קל יותר לזהות את הפסול שבהתנהגות זו כאשר נתקלים בה” (עניין בנק דיסקונט, פסקה 5). כך הוא המקרה שלפנינו.

6. כפי שצינו חבריי, אין חולק כי רוכשי הקצה ידעו ידוע היטב על ההליך המשפטי המתנהל בין המשיבים לבין החברה. בא-כוחם דאז התייצב לדיון שהתקיים לפני בית המשפט המחוזי ביום 19.11.2020 והשמיע את טענותיו במסגרתו. ככל שמדובר במערער 4, הוא ידע על קיומו של ההליך אף שנים קודם לכן, שהרי כבר בחודש ינואר 2018 הגיש בקשה לעיון בתיק בית המשפט.

7. זאת ועוד, לא יכולה להיות מחלוקת של ממש כי רוכשי הקצה היו ערים להשפעה האפשרית של ההליך המתנהל בין החברה לבין המשיבים על זכויותיהם. ראשית, כפי שציננה חברתי, הדבר עולה באופן ברור מעיון בכתב התביעה שהגישו המשיבים נגד החברה, אשר אין חולק כי רוכשי הקצה היו ערים לו.

כך, במסגרת תביעתם ביקשו המשיבים מבית המשפט ”למחוק את הערות האזהרה שנרשמו שלא על פי ההסכם על החלק המשותף” (סעיף 77 לכתב התביעה). אף אם אצא מנקודת הנחה שסעד זה לא חל במישרין גם על הערות האזהרה שנרשמו לטובת רוכשי הקצה (ואינני משוכנע כי כך הדבר, בין היתר בשים לב לתוכנו של כתב התביעה) – ברור כי יש בו כדי להשפיע על הערות אלו. זאת נוכח סעיף 124 להסכם בין החברה

למשיבים (להלן: הסכם החיזוק) בו צוין כי "החברה תהיה רשאית לרשום הערות אזהרה לטובת רוכשי הדירות הנוספות, אך ורק תחת הערת האזהרה אשר תרשם לטובתה" (סעיף 124 להסכם החיזוק; ההדגשה הוספה). לא למותר לציין כי במסגרת ההסכם שנחתם בין החברה לבין רוכשי הקצה (להלן: הסכם רוכשי הקצה) הם הצהירו כי קראו את הסכם החיזוק והבינו את תוכנו (סעיף 3.5) כאשר הסכם החיזוק אף צורף כנספח לו.

כמו כן, אחד הסעדים הנוספים שהתבקשו בכתב התביעה היה ביטול הסכם החיזוק מחמת אי-התקיימותם של תנאים מתלים שנכללו בו. בהינתן שרישום הערות האזהרה לטובת רוכשי הקצה התאפשר מכוח הסכם זה, ובהינתן שכלל הסכם על תנאים מתלים שלא התקיימו תנאיו כלא היה (ראו למשל: רע"א 4986/08 TYCO BUILDING SERVICES נ' אלבקס וידיאו בע"מ, פסקה 37 (12.4.2010); גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 602 (מהדורה רביעית, 2019)), האפשרות שסעד זה ישפיע על זכויותיהם של רוכשי הקצה אף היא ניכרת בבירור.

ואם לא די בכך, הרי שטענה חלופית שהועלתה בתביעה הייתה כי החברה הפרה את הסכם החיזוק הפרות יסודיות. על פי הוראות הסכם החיזוק, הפרות יסודיות מצד החברה מקנות למשיבים זכות בלעדית ובלתי מסויגת למחוק את הערות האזהרה אשר נרשמו לטובת רוכשי הקצה (סעיף 128.1 להסכם האמור), והוראה דומה נכללה גם בהסכם רוכשי הקצה עצמו (סעיף 10.13).

8. יתרה מכך, וזהו העיקר, במסגרת הדיון בו נכח בא-כוחם ציין בית המשפט בהחלטתו כי רוכשי הקצה "יושפעו מתוצאותיו של ההליך" (עמ' 57 לפרוטוקול, שורה 24). הנה כי כן, לא זו בלבד שהעובדה שלהליך עשויה להיות השפעה על זכויותיהם של רוכשי הקצה ניכרת בבירור מכתב התביעה שבא-כוחם התוודע אליו היטב, הדבר גם נאמר להם מפורשות בדיון בו נכח. במצב דברים זה, ניתן היה לצפות כי רוכשי הקצה יפעלו להצטרף להליך כבעלי דין על מנת להגן על זכויותיהם. אם היו מצטרפים להליך, ניתן היה לברר את טענתם לפיה עומדת להם הזכות לבוא בנעליה של החברה באמצעות קבלן מטעמם ולהשלים את הבניה, ובכך ניתן היה להגיע להכרעה כוללת ומלאה במחלוקות בין כלל הצדדים ובזכויותיהם. אלא שהם לא עשו כן (לדעה לפיה הימנעות של גורם מלבקש להצטרף להליך בנסיבות מעין אלו מביאה כשלעצמה למסקנה כי הוא מושתק מלכפור בתוצאת פסק הדין, ראו: שלמה לויין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 245 (מהדורה שניה, 2008); ע"א 499/79 בן דיין נ' אי.די.אס. אינטרנשיונל בע"מ, פ"ד לח(2) 99, 110 (1984); ע"א 7401/00 יחזקאלי נ' מרדכי גלוסקה, עו"ד בתפקידו ככונס נכסים לביצוע פסק-דין, פ"ד נז(1) 304, 289 (2003)).

9. יתר על כן, העובדה שרוכשי הקצה לא היו "צד של ממש" להליך, לא הפריעה להם לנסות להשפיע עליו "מבחוץ" ולהביא לתוצאה הרצויה בעינם. כאמור לעיל, בא-כוח רוכשי הקצה התייצב לדיון שהתנהל בהליך בין החברה לבין המשיבים. זאת הגם שרוכשי הקצה כלל לא זומנו לאותו דיון ולא התבקשו להתייצב בו. האמתלה שמסר בא-כוחם בהקשר זה בפתח דבריו הייתה כי הגיע לדיון רק על מנת להציע לצדדים "פשרה", תוך שהדגיש כי מרשיו אינם "צד פורמלי" להתדיינות וכי ככל שיבוטל הסכם החיזוק, הם יפעלו למימוש זכותם לבוא בנעלי החברה. אלא מאי, שאותה "פשרה" שהוצעה על ידי בא-כוח רוכשי הקצה הייתה, כי המשיבים יתקשרו עם חברה קבלנית שאותרה על ידי רוכשי הקצה ותיכנס בנעליה של החברה לצורך ביצוע הפרויקט. במילים אחרות, מדובר בהצעה לממש את מלוא חפצם ואת מלוא זכותם הנטענת של רוכשי הקצה לבוא בנעלי החברה. התנהלות זו מעוררת תמיהות רבות בלשון המעטה. אם אכן סברו רוכשי הקצה כי הזכות להיכנס בנעלי החברה עומדת להם אם תקבל תביעת המשיבים, מדוע טרחו לשלוח את בא-כוחם לדיון אליו לא הוזמנו, בהליך שאינו נוגע להם לשיטתם, ולשאת בשכרו בגין כך? לכאורה, כל שהיה עליהם לעשות הוא להמתין לסיום ההליך ולפעול למיצוי זכויותיהם. מדבריו של בא-כוחם בדיון משתמע כי התייצבותו נועדה להחיש את סיום הסכסוך ולהביא להשלמת הבנייה, אולם אם כך הדבר – מדוע לא ביקשו להצטרף להליך והביאו את טענתם לפיה הם זכאים להיכנס בנעלי החברה להכרעה שיפוטית? שהרי ברור שבכך לא היה כל צורך להיתלות ברצונם הטוב של החברה והמשיבים להגיע לכדי פשרה, וניתן היה להביא את הסוגיה לכדי סיום כולל ומהיר ללא צורך בנקיטת הליך נוסף מטעמם.

10. התנהלותם המתוארת של רוכשי הקצה אינה מותירה מקום לספק כי מדובר בניסיון מכוון, מתוכנן ומחושב לאחוז את החבל משני קצותיו – מחד גיסא, להתחמק ממתן הכרעה שיפוטית מחייבת בנוגע לזכותם הנטענת להיכנס בנעלי הקבלן; ומאידך גיסא, להשפיע על תוצאות ההליך ולהביא לתוצאה ההולמת את רצונם. בכך הם קיוו להשיג יתרון אסטרטגי ברור: תצלח הצעתם לבוא בנעלי החברה בדרך "עקיפה" – ירוויחו; לא תצלח – ההכרעה בהליך לא תחייב אותם שעה שלא לקחו בו חלק פורמלי. כמאמר החכם מכל אדם, "תאחז בזה וגם מזה אל תנח את ירך" (קהלת ז, 18).

11. מכל האמור עולה בבירור כי ניסיונם של רוכשי הקצה להיבנות כיום מהימנעותם מלהצטרף להליך בעבר, מהווה שימוש לרעה בהליכי משפט. הסעד המתבקש בנסיבות אלה הוא הקמת מניעות החוסמת את דרכם של רוכשי הקצה מלטעון שאין להחיל עליהם

את קביעותיו של בית המשפט המחוזי מאחר שלא היו צד להליך (ראו והשוו: עניין אינטרלוג, עמ' 199-200; עניין בנק דיסקונט, פסקה 11; רע"א 7831/99 צוריאנו נ' צוריאנו, פ"ד נז(1) 673 (2003)). בכך יש כדי לאזן כיאות בין האינטרס שבשמירה על הגינות ההליך השיפוטי והגנה על התכליות המונחות בבסיס סדרי הדין, לבין זכות הגישה לערכאות של רוכשי הקצה אשר הלכה למעשה קיבלו הזדמנות לברר את עניינם בבית המשפט ונמנעו מכך ביודעין ובכוונת מכוון.

12. ויודגש, לא נעלמה מעיני העובדה שהמשיבים יכולים היו, ושלא אף צריכים היו, לבקש את צירופם של רוכשי הקצה כצד להליך. ברם אין בכך כדי ליטול את העוקץ מהתנהלותם הפסולה המתוארת של רוכשי הקצה, אשר הלכה למעשה ביקשו לנצל לרעה את אי-צירופם על ידי המשיבים. לא למותר לציין בהקשר זה כי התביעה מושא ענייננו הוגשה כתביעה שכנגד מצד המשיבים. לתביעה זו קדמה התביעה העיקרית שהגישה החברה נגד המשיבים בשנת 2015 לאכיפת ההסכם, בה לא כללה את רוכשי הקצה וגם לא ביקשה את צירופם לאחר שהמשיבים טענו בכתב הגנתם כי אין להורות על אכיפת ההסכם שכן הוא בטל. בנסיבות אלו, קשה לבוא חשבון נוקב עם המשיבים על כך שהם אלו אשר לא ראו לנכון לצרף את רוכשי הקצה כבעלי דין בהליך.

סיכומי של דבר, מסכים אני עם התוצאה אליה הגיעה חברתי כי גם דין ערעורם של רוכשי הקצה להידחות.

ש ו פ ט

הוחלט פה אחד לדחות את ערעור החברה; וברוב דעות (השופטים מיינץ ו-וילנר) – לדחות את ערעור רוכשי הקצה, כאמור בפסק-דינה של השופטת וילנר וכנגד דעתו החולקת של השופט כשר.

ניתנה היום, ל' בסיון התשפ"ג (19.6.2023).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

