



**בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים**

ע"א 8553/19

ע"א 161/20

לפני: כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר  
כבוד השופט ד' מינץ  
כבוד השופט א' שטיין

המערערות בע"א 8553/19  
והמשיבות בע"א 161/20:

1. אלכסנדר אורן בע"מ
2. שרית שלו
3. סמדר מוזס אורן
4. פזית קיי אורן

נ ג ד

המשיבה בע"א 8553/19  
והמערערת בע"א 161/20:  
המשיבים בע"א 8553/19  
ובע"א 161/20:

1. יהודית כהן
2. רהיטי לואיס בע"מ
3. ד.כ. חנויות להשכרה בהרצליה הצעירה בע"מ
4. חנויות להשכרה בן גוריון ארלוזורוב בע"מ
5. חנויות להשכרת בגוש 6538 בע"מ
6. יעקב כהן
7. יאן ריהוט ישיר בע"מ
8. ברוך חכים

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-  
יפו (השופט ג' גונטובניק) שניתן ביום 26.11.2019 בת"א  
37447-04-17

תאריך הישיבה: ז' בתמוז התש"ף 29.06.20

בשם  
המערערות  
בע"א 8553/19  
והמשיבות  
בע"א 161/20: עו"ד חגי שלו; עו"ד מייק ביטון; עו"ד אלדר פדהצור

בשם המשיבה  
1 בע"א

8553/19  
 והמערערת עו"ד הנריק רוסטוביץ; עו"ד ערן פייביש  
 בע"א 161/20:

בשם המשיב עו"ד זיו כהן  
 : 8

## פסק-דין

השופט א' שטיין:

הערעורים

1. האם, מכוח מה, ובאלו תנאים ניתן להטיל אחריות כספית על בעל דין, לרבות אורגן של תאגיד, בגין שימוש לרעה בהליכי משפט אשר גרם נזק כלכלי לבעל הדין שכנגד?

שאלה מורכבת זו תעמוד להכרעתנו בגדרי הערעורים דכאן.

2. כמו כן יהא עלינו להכריע בשאלה כדלקמן:

האם נושה שלטובתו נרשם שעבוד של נכס כבטוחה לפירעון חוב כספי זכאי להיפרע מדמי השכירות אשר שולמו, או אמורים להשתלם, לבעל הנכס על ידי שוכרו?

3. שתי השאלות הללו נדונו והוכרעו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו (השופט ג' גונטובניק) אשר ניתן ביום 26.11.2019 בת"א 37447-04-17. השאלה שעניינה שימוש לרעה בהליכי משפט הוכרעה לטובת המשיבים בע"א 161/20 והמערערים בע"א 8553/19, אלכסנדר אורן בע"מ ואחרים (להלן: אורן), ולחובת המערערת בע"א 161/20 והמשיבה בע"א 8553/19, גב' יהודית כהן (להלן: גב' כהן). השאלה שנסובה על דמי השכרתו של הנכס המשועבד (להלן: דמי השכירות) הוכרעה נגד האינטרס של אורן ולטובתם של גב' כהן ושל בעלי דין נוספים אשר השתייכו לאותו מחנה, שניצב מול אורן (להלן: קבוצת כהן).

4. שאלות אלה והמענה שניתן להן על ידי בית משפט קמא קשורות לאותה מערכת עסקית אשר הולידה את הסכסוך שבין קבוצת כהן לבין אורן; ומכאן הערעורים ההדדיים שבהם אדון ואכריע להלן. אקדים ואומר כי אציע לחבריי לדחות את שני הערעורים ולאשר את פסק הדין קמא מטעמים שבחלקם יהיו שונים מאלו של בית משפט קמא.

5. אתחיל בקל ואסיים בכבוד: השאלה שנסובה על דמי השכירות תידון ותוכרע תחילה בפרק שיהיה קצר יחסית; אחרי פרק זה, יבוא דיון מורכב יותר, ומן הסתם גם ארוך יותר, בשאלה שעניינה שימוש לרעה בהליכי משפט על ידי בעל דין – שבמקרה דנן היה אורגן של תאגיד אשר נטל חלק בהתדיינות משפטית (גב' כהן) – והנזק שהתנהלות פסולה זו גרמה לבעל דין שכנגד (אורן). דיון כאמור יתקיים אחרי שאציג את העובדות הדרושות לעניינינו, ואליהן אגש כעת.

עיקרי העובדות

6. הסכסוך הממוני שבין קבוצת כהן לאורן מעסיק את בתי המשפט מזה כשלושים שנה. במרכזו עומד סכום כסף נכבד שהלווה אורן לקבוצת כהן במסגרתו של מיזם עסקי הקשור לנכס מקרקעין: מרכז מסחרי אשר נמצא בעיר הרצליה. המיזם נוהל על ידי קבוצת כהן אשר נזקקה לכסף כדי לקדמו. לאורן היה כסף פנוי והלה השקיעו במיזם של קבוצת כהן כנגד התחייבותה להחזר ולתשואה. כדי להבטיח לאורן את החזר כספו בתוספת התשואה המוסכמת, שיעבדה קבוצת כהן לטובתו של אורן את זכויותיה במקרקעי המיזם, לרבות חנות אשר נוהלה על ידי חברות בשליטתה החלקית והמלאה של גב' כהן (להלן: החנות). לימים, נקלעה קבוצת כהן לקשיים פיננסיים אשר הביאו לקריסת המיזם ולפתיחה של הליכי מימוש השעבוד על ידי אורן. קבוצת כהן הגיבה להליכים אלו במלחמה משפטית אשר נוהלה במתכונת של התשה והייתה ארוכת שנים. מלחמה זו כללה הגשת בקשות, התנגדויות, תביעות, תביעות שכנגד, וערעורים – הליכים אשר תועדו על גבי מאות עמודים, כילו את זמנם של שופטים ופרנסו את עורכי הדין. במסגרת הליכים אלו, העלתה קבוצת כהן טענות סרק רבות, אשר נדחו, זו אחר זו, על ידי בתי המשפט. במספר מקרים אשר צוינו בפסק הדין קמא (בעמודים 16-19), בתי המשפט ביקרו את התנהלותן של קבוצת כהן וגב' כהן במלים קשות (ראו, למשל, פסקה 16 להחלטתו של השופט ח' ברנר בפר"ק 1087-09 (22.3.2017)), אולם הדבר לא הועיל ומלחמת ההתשה נמשכה. מלחמה זו הסתיימה לבסוף בניצחוננו של אורן, אך ניצחון זה העמידו מול חברות שהתרוקנו, או שכמעט התרוקנו, מנכסיהן (ראו פסקאות 3-5 לפסק הדין קמא).

בנסיבות אלו, אורן – המנצח – יוכל לבוא על תיקונו רק אם יעלה בידו להיפרע מהאנשים אשר עמדו מאחורי החברות, או חלקן. בראש רשימתם של אנשים אלו, המזוהים, ללא יוצא מן הכלל, עם קבוצת כהן, עומדת גב' כהן.

7. דומני שלא אטעה אם אתאר את פועלה של גב' כהן במסגרת מלחמת ההתשה המשפטית, שכאמור נוהלה נגד אורן, כשוות ערך לפועלו של קצין אג"ם, אם לא של אלוף הפיקוד. גב' כהן והחברות שבשליטתה עשו כל שלא לידן כדי להכשיל את מימוש החנות המשועבדת לטובת אורן; וכך היא גם העידה על עצמה בריש גלי בעמדה בפני בית משפט קמא. כחלק מקבוצת כהן, גב' כהן גם היתה גורם משמעותי, אם לא דומיננטי, בהליכי סרק אשר נועדו לסכל או לדחות את מימושו של החוב הכולל שקבוצת כהן חבה לאורן. מדובר במעשים שנמשכו שנים רבות ואשר כללו – נוסף להתעלמותה הבוטה של קבוצת כהן מחובתה הברורה להחזיר לאורן את כספו – אי-קיום הוראות שניתנו על ידי בתי המשפט.

8. מעללים אלו, שגב' כהן עמדה במרכזם, נעשו בחלקם הגדול על רקע של הסכם מיום 3.12.1996, אשר נכרת בין אורן לקבוצת כהן. בהתאם למוסכם בין אורן לקבוצת כהן, הסכם זה (להלן: הסכם הבוררות או ההסכם) קיבל תוקף של פסק בורר שאושר על ידי בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו בתאריך 1.9.1997 בגדרי ה"פ 947/97 (השופט ע' סולומון צ'רניאק). הסכם הבוררות היווה קו פרשת המים בהסדרת החוב שקבוצת כהן חבה לאורן: הוא הגדיר מחדש את שיעור החוב; קבע את הריבית שתיוסף לקרן החוב הבלתי מסולקת; והסדיר את דרכי הפירעון של החוב על ידי מימוש הנכסים ששועבדו לטובתו של אורן (סעיפים 2-7 להסכם). במסגרת זו, פירט ההסכם וקבע כי השעבודים אשר נרשמו לטובת אורן על נכסי המיזם, כולל החנות, ימומשו באופן שיבטיח לאורן 25% מתמורתם (סעיפים 4 ו-5.2.1 להסכם). לבסוף קבע ההסכם כי הפרתו "על ידי צד באופן שתכשיל את ביצוע ההסכם תזכה את הצד הנפגע בפיצויים מוסכמים קבועים מראש בסכום של 125,000 דולר ארה"ב" – סכום שנקבע "בעיקר בהתחשב בעובדה כי סכום החוב איננו כולל את כל הסכומים להם אורן זכאי והוא ויתר עליהם כפוף לביצוע הסכם זה" (סעיף 9 להסכם). החברות שבשליטת גב' כהן הצהירו מצדן – בגוף ההסכם, שגם הן חתומות עליו – כי הן מסכימות לביצועו ולמימוש השעבודים על הנכסים, כולל החנות. ביחס להסכמה זו, ניתן פסק דין על ידי בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו בגדרו של ת"א 57401-01-13 (השופטת ד' אבניאלי) (28.11.2016) אשר קבע כי "הסכם הבוררות כולל התחייבות מפורשת בחתימתן של [החברות שבשליטת גב' כהן – א.ש.] כי הן מסכימות לכך שהחנות תשמש להבטחת החוב לאורן, ביחד עם נכסים אחרים. משכך, ההסכמות נושא הסכם הבוררות מחייבות את [החברות – א.ש.]" (שם, בפסקה 10). קביעה זו היא בגדר פלוגתא פסוקה שאין עליה עוררין במסגרת היחסים המשפטיים שבין החברות הללו, וגב' כהן עצמה, לבין אורן (ראו נינה זלצמן מעשה-בית-דין בהליך אזרחי 520-522 (1991)).

9. בעקבות אישורו של ההסכם כבעל תוקף של פסק בורר מחייב על ידי בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו, רוב המחלוקות שנתגלעו בין הצדדים באו על פתרון. החובות שתשלומם הובטח לאורן וכן זכותו להיפרע מהנכסים המשועבדים, כולל החנות, בשיעור של 25%, קיבלו תוקף של פסק דין (ראו: סעיף 23(א) לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968; אורי גורן בודרות 235-237 (2018)).

10. מעלליה של גב' כהן אשר סיכלו את החזרת החובות לאורן על ידי קבוצת כהן וטרפדו את מימוש הנכסים, לרבות החנות, הגיעו אפוא לכדי הפרה בוטה של פסק דין מחייב אשר ניתן על ידי בית משפט. התנהלות כאמור מהווה דוגמא קיצונית לשימוש לרעה בהליכי משפט, ועל כך עוד ידובר בהמשך. בנקודה זו, אציין רק כי החנות – שדמי מכירתה אמורים היו לשמש לכיסוי חובה של קבוצת כהן לאורן – פונתה רק בשנת 2017, אחרי הליכים של כינוס נכסים אשר כללו התדיינות ממושכת בפני בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו (פסקה 5 לפסק הדין קמא) והתדיינות נוספת, קצרה יחסית, בבית משפט זה (פסקה 39 לפסק הדין קמא). עוד אציין, כי מימוש החנות במסגרת הליכי הכינוס נעשה באמצעות מכירתה לאורן, ביום 12.1.2014, בדרך של קיזוז חלקי של חובות.

פסק הדין קמא

11. ההליך קמא נפתח עם הגשת כתב-תביעתו של אורן נגד קבוצת כהן, נגד גב' כהן והחברות שבשליטתה, וכן נגד נתבע נוסף, שבינתיים יצא מן התמונה בהסכמת יתר בעלי הדין. בכתב תביעה זה, דרש אורן כי הנתבעים ישלמו לו את אשר מגיע לו, לרבות פיצויים מוסכמים, לפי הסכם הבוררות. כמו כן ביקש אורן להטיל על גב' כהן אחריות אישית בגין כל החובות שתבע ולחייבה בפיצויים המוסכמים. בנוסף לכך, דרש אורן לקבל לידיו את דמי השכירות אשר שולמו, או אמורים להיות משולמים, לחברות שבשליטת גב' כהן בעד השכרת החנות בזמנים שזו היתה משועבדת לטובתו.

12. לאחר הוכחות, נתן בית משפט קמא את פסק דינו. בפסק דין זה, קיבל בית המשפט את תביעתו הכספית של אורן נגד גב' כהן במלואה. לצד זאת, דחה בית המשפט את דרישתו של אורן לקבלת דמי השכירות בגין התקופה שלפני יום 18.4.2013, אשר קדמה למימוש החנות במסגרת הליכי הכינוס. בית המשפט קבע כי אורן זכאי לקבל את דמי השכירות אשר שולמו בעד השכרת החנות בתקופת הכינוס בלבד: 18.4.2013 – 11.1.2014, עד למכירתה לאורן ביום 12.1.2014. קביעה זו נסמכה, בין השאר, על החלטתו של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו שניתנה במסגרתו של תיק פר"ק 1087-

09 על ידי השופטת ד' קרת-מאיר. בית משפט קמא ביסס את עיקר פסק-דינו על הסכם הבוררות ועל מסמכים נוספים, אשר כללו פסקי דין והחלטות שניתנו בהליכים קודמים בין בעלי הדין.

13. כמו כן קבע בית משפט קמא בפסק דינו כי הצדדים יעשו התחשבות וקיצוץ כספים לאור קביעותיו ויגישו פסיקתא לחתימתו; וכך נעשה. לפי הפסיקתא שאושרה ונתחמה על ידי בית המשפט ביום 19.12.2019 (להלן: הפסיקתא), גב' כהן חויבה לשלם לחברת אלכסנדר אורן בע"מ את הסכומים הבאים:

(1) בגין החוב הפסוק – סך של 3,313,838.02 ₪ בתוספת הפרשי הצמדה וריבית על פי דין החל מיום 27.11.2019 ועד לתשלום בפועל. יצויין, כי סכום זה חופף את סכום הפסיקתא הקודמת שאושרה ונחתמה בגדרי ההליך קמא (על ידי השופטת ל' ביבי) ביחס לחובה של חברת יאן ריהוט ישיר בע"מ (בשמה הקודם: י.כ. בינוי בע"מ) – אשר מצויה בשליטתה של גב' כהן – וביחס לחובו של מר יעקב כהן (בן זוגה לשעבר של גב' כהן) לאלכסנדר אורן בע"מ (3,162,671.16 ₪, נכון ליום 3.5.2018; להלן: הפסיקתא הקודמת).

(2) בגין הפיצויים המוסכמים – סך של 1,208,621.81 ₪ בתוספת הפרשי הצמדה וריבית על פי דין החל מיום 27.11.2019 ועד לתשלום בפועל. יצויין, כי סכום זה חופף את סכום הפסיקתא הקודמת (1,153,488.29 ₪, נכון ליום 3.5.2018).

(3) בגין דמי השכירות של החנות בתקופה שתחילתה 18.4.2013 וסופה 11.1.2014 – סך של 139,751.89 ₪ בתוספת הפרשי הצמדה וריבית על פי דין החל מיום 27.11.2019 ועד לתשלום בפועל (חיוב זה הוטל על גב' כהן ועל נתבעים נוספים ביחד ולחוד).

(4) סכומים כאמור יוקטנו בסך של 217,718 ₪ אחרי שזה ישולם לחברת אלכסנדר אורן בע"מ על ידי הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בהתאם לפסיקתא נפרדת שאושרה ונחתמה על ידי בית משפט קמא ביום 3.12.2019. כמו כן חויבו גב' כהן ונתבעים נוספים, ביחד ולחוד, לשלם לחברת אלכסנדר אורן בע"מ הוצאות משפט בסך כולל של 65,000 ₪ – וזאת תוך 30 ימים מיום 26.11.2019. סכום זה נושא הפרשי הצמדה וריבית על פי דין החל מיום 26.11.2019.

14. גב' כהן, מצד אחד, ואורן, מהצד השני, ערערו על פסק דין זה. ערעוריהם נסמכים על האמור בהסכם הבוררות ובמסמכים נוספים, תוך שהצדדים חוזרים על הטענות שהעלו בפני בית משפט קמא – זו בכה וזה בכה.

בטענות אלה אדון ואכריע כעת.

טענות הצדדים

15. לטענת אורן בערעורו, בית משפט קמא שגה בסרבו לפסוק לזכותו את מלוא דמי השכירות שתבע. לדבריו, דמי השכירות מהחנות שועבדו לטובתו באיגרת חוב שניתנה לו בשנת 1992 במסגרת הניסיון להסדיר את החוב שקבוצת כהן חבה לו. אורן הפנה אותנו גם לאינדיקציות נוספות, המתועדות במסמכים, מהן ניתן, לדבריו, ללמוד על כך שהינו זכאי למלוא דמי השכירות ולא רק לדמי השכירות ששולמו בתקופת הכינוס כמצויין לעיל.

מנגד, גב' כהן טוענת כי הסכם הבוררות, שכאמור נחתם ביום 3.12.1996, הסדיר את כל חובות העבר בקבעו, בין היתר, כי "כל תביעות אורן נגד יעקב כהן שעילתן עד ליום חתימת הסכם זה נדחות בזה ללא צו להוצאות" וכי "אורן מצהירים כי אין להם ולא יהיו להן [כך במקור – א.ש.] במישרין ו/או בעקיפין כל טענות ו/או דרישות ו/או תביעות מכל סוג שהוא בכל עניין שהוא נגד כהן [לרבות חברות כהן החתומות על ההסכם – א.ש.] שעילתו עד ליום חתימת הסכם זה" (סעיף 1 להסכם הבוררות).

16. לטענת גב' כהן בערעורה, בית משפט קמא שגה בהחליטו להטיל עליה אחריות אישית לכל החובות שקבוצת כהן חבה לאורן, וכי לכל היותר, ניתן היה לחייבה אך ורק בחובות שקשורות לחנות ולמימושה – זאת, מאחר שהחברות שבשליטתה החזיקו בחנות ותו לא, והסעד של הרמת מסך שבית המשפט ראה להעניק לאורן אינו יכול להתפרש מעבר לכך מבחינת היקפו. עוד טוענת גב' כהן, כי בפסק הדין קמא נפלה טעות קולמוס שעיוותה את חישוב החוב הכולל.

17. מנגד, אורן סומך את ידו על פסק הדין קמא ועל נימוקיו בכל הקשור לאחריותה של גב' כהן, תוך שהוא מדגיש את חלקה בשימוש לרעה בהליכי משפט אשר פגע בזכותו לקבלת הכספים המגיעים לו. בכל הקשור לחישובים אשר נעשו כדי לקבוע את הסכום שעל גב' כהן לשלם לו, מפנה אורן לפסיקתא ולפסיקתא הקודמת. לטענתו, פסיקתות אלה אושרו ונחתמו כדת וכדין על ידי בית משפט קמא ולא נפלה בהן שום טעות.

18. כפי שכבר ציינתי, סבורני כי עלינו לדחות את שני הערעורים; וכעת אנמק את מסקנתי זו.

ערעורו של אורן:

האם אורן זכאי להיפרע מדמי השכירות אשר שולמו בעד השכרת החנות לפני תחילת הכינוס?

19. לשאלה זו הנני משיב בלאו מוחלט.

20. סעיף 1 להסכם הבוררות קבע, ב"רחל בתך הקטנה", כי הסכם זה והחיובים שקבוצת כהן נטלה על עצמה במסגרתו באים להחליף את חובות העבר וכי חובות אלו מבוטלים בכפוף למימוש ההסכם. ואם בכך אין די, בא סעיף 9 להסכם, שעניינו פיצויים מוסכמים, וקובע כי סכום הפיצויים הללו נקבע "בעיקר בהתחשב בעובדה כי סכום החוב [אשר הוגדר מחדש בהסכם – א.ש.] איננו כולל את כל הסכומים להם זכאי אורן והוא ייתר עליהם כפוף לביצוע הסכם זה". הסכם זה נחתם, כאמור, ביום 3.12.1996.

21. עינינו הרואות: הסכם הבוררות מחק מניה וביה את חובות העבר של קבוצת כהן יחד עם כל תביעה שקשורה אליהם. החובות והתביעות שנמחקו כללו מן הסתם גם את החיוב להעביר לאורן את דמי השכירות בגין השכרת החנות, בהנחה שלחיוב כאמור יש בסיס בעובדות ובדין. ככל שהיה חיוב כזה, אורן ויתר על כל תביעה בקשר אליו והחיוב פס מן העולם.

22. הסכם הבוררות מעיד על עצמו כהסכם פשרה ממצה שנכרת בין בעלי דין מתוחכמים. ניכר הוא, שהסכם זה נערך על ידי עורכי דין מקצועיים על רקע של סכסוך מסחרי מר וממושך בין מרשיהם. הלכת ביבי כבישים – כפי שעולה מהחיבור שבין פסק דיני ובין פסק דינו של השופט ע' גרוסקופף, אשר זכו להסכמתו של השופט ע' פוגלמן – מורה לנו על-כן לפסוק את הדין במקרה דנן בהתבסס על מילותיו הבוררות של ההסכם (ראו ע"א 7649/18 ביבי כבישים ע"פ ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, פסקאות 11-17 לפסק דיני ופסקאות 5-7 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (20.11.2019) (להלן: עניין ביבי כבישים); דנ"א 8100/19 ביבי כבישים ע"פ ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ



(19.4.2020), פסקה 17 להחלטת הנשיאה 'א' (חיות); וכן ע"א 7669/18 זהבי נ' זהבי (8.12.2019), פסקאות 23 ו-30 לפסק דיני).

23. מילים ברורות אלה, שכאמור מופיעות בסעיפים 1 ו-9 להסכם הבוררות, אומרות לנו כי הצדדים ביטלו (בין היתר) את כלל חובות העבר של קבוצת כהן ואת כלל תביעות העבר של אורן נגד כהן. לפיכך, החיובים נשוא איגרת החוב משנת 1992, שעשייתה קדמה להסכם הבוררות, בטלים אף הם; והוא הדין לגבי האינדיקציות השונות אליהן הפנה בא-כוחו של אורן בטיעונו לפנינו – אלו אינן יכולות לשנות מילים מפורשות שנכתבו בהסכם (ראו עניין ביבי כבישים, פסקה 13 לפסק דיני). נמצא אפוא, כי אורן איננו זכאי לדמי-שכירות מעבר לאלו שנפסקו לטובתו בפסק הדין קמא, וכי בית משפט קמא צדק גם צדק בהגבילו את דמי השכירות מהחנות, שאורן זכאי לקבלם, לתקופת הכינוס: 18.4.2013 – 11.1.2014.

24. למעלה מן הנדרש וכדי להסיר ספקות, אתייחס במלים ספורות לטענתו של אורן כי הינו זכאי למלוא דמי השכירות מהחנות, בהיותו בעל שיעבוד, כעניין משפטי. טענה זו איננה נכונה. שיעבוד של נכס – הוא כשלעצמו – איננו מקנה למקבלו את הזכות להיפרע מדמי השכירות המשולמים לבעל הנכס המשועבד בעד השכרתו. בעל הנכס שבוחר לשעבדו ממשיך ליהנות ביחס אליו מאגד הזכויות ששמו "בעלות" ואשר כולל את החירות להשכיר, בכפוף להסכמה של מקבל המשכון, את הנכס ולקבל משוכרו את דמי השכירות. שיעבוד של נכס אינו אלא בטוחה קניינית אשר מקנה למקבלה אך ורק את הזכות העתידית לגבות את החוב שהחייב חייב לו מדמי מכירתו של הנכס (ראו: יהושע ויסמן דיני קניין: זכויות קדימה ופרקי משכון 129-135 (2014)). לפני מימושו של שיעבוד באמצעות מכירת הנכס בהליכי ההוצאה לפועל או במסגרת כינוס נכסים, אשר מתקיים עקב חדלות פירעון של בעל הנכס, דמי השכירות המשולמים בעד השכרת הנכס המשועבד מגיעים לבעליו, זולת אם הצדדים קבעו ביניהם הסדר אחר. מכאן חשיבותם המכרעת של פרטי ההתקשרות שבין הצדדים, ועל אלו כבר עמדתי.

ערעורה של גב' כהן:

האם, מכוח מה, ובאלו תנאים ניתן להטיל אחריות כספית על בעל דין בגין שימוש לרעה בהליכי משפט אשר גרם נזק כלכלי לבעל הדין שכנגד? האם אחריות כאמור חלה גם על אורגן של תאגיד, דוגמת גב' כהן?

25. בית משפט קמא קבע ממצאים עובדתיים ברורים וקשים בנוגע לשימוש לרעה שעשתה גב' כהן בהליכי משפט על מנת לסכל את מימוש החובות שקבוצת כהן חבה לאורן לפי הסכם הבוררות. ממצאים אלו מושתתים ברובם על קביעות שיפוטיות ביחס להתנהלותם של ה"ה כהן בהליכים קודמים, ובאלו אינני מוצא כל סיבה להתערב. בא-כוחה של גב' כהן ממילא לא ביקש מאתנו כי נתערב בממצאים כאמור. בקשתו היתה כי נבחן אך ורק את השלכותיהם המשפטיות ביחס למרשתו, וכך נעשה.

26. באשר להיבט המשפטי – המסקנה אליה הגעתי לאחר שקילת טענותיהם של הצדדים הינה זהה למסקנתו של בית משפט קמא בשורה התחתונה. כמו בית משפט קמא, הנני סבור כי מן הדין להטיל על גב' כהן אחריות ישירה ומלאה בגין החובות הבלתי מסולקים שקבוצת כהן חבה לאורן. ברם, אני מגיע למסקנה זו מטעמים משפטיים הנבדלים מאלו של בית משפט קמא בכמה היבטים חשובים; ואסביר.

27. בית משפט קמא קבע, כאמור, כי גב' כהן עשתה שימוש לרעה בהליכי משפט, אשר נמשך שנים ומנע מאורן את גביית הכספים המגיעים לו מקבוצת כהן מכוחו של הסכם הבוררות, שקיבל תוקף של פסק דין. באשר לזכותו של אורן להיפרע מגב' כהן בגין הנזקים וההפסדים שהתנהלותה האמורה גרמה לו, מפסק הדין קמא משתמע כי זכות זו – זכות הנפגע לקבלת פיצויים – איננה נכללת בדוקטרינת השימוש לרעה גופה. פסק הדין קמא קבע, אפוא, כי המזור של אורן – הפיצוי הכספי המיוחל בגין נזקיו והפסדיו – יבוא, בסופו של יום, לא מדוקטרינת השימוש לרעה גופה, אלא מדוקטרינת הרשלנות של דיני הנזיקין. לדעת בית משפט קמא, שימוש לרעה בהליכי משפט אשר נעשה על ידי בעל דין או על ידי אורגן של תאגיד הנוטל חלק בהתדיינות, כמוהו כהתרשלות כלפי בעל הדין היריב אשר נפגע מאותה התנהלות פסולה; ואותו בעל-דין-יריב שנפגע – במקרה דנן, אורן – זכאי לקבל מהמזיק הרשולן – במקרה דנן, גב' כהן – פיצויים על נזקיו.

28. על שתי הקביעות הללו – המשתמעת והמפורשת – אבקש לחלוק. הדברים שאומר יתייחסו אך ורק להתדיינות אזרחית ולכלליה. סבורני, כי דוקטרינת השימוש לרעה מסמיכה את בית המשפט להטיל על מי שעושה שימוש לרעה בהליכי משפט – לצד סנקציות אחרות או במקומן – את החובה לפצות את הנפגע על נזקיו ועל הפסדיו. קיומה של תרופת פיצויים כאמור מייתר את ההיזקקות לעוולת הרשלנות כבסיס להטלת החובה לפצות את הנפגע על מי שהסב לאותו נפגע הפסדים או נזקים על ידי שימוש לרעה בהליכי משפט.

יתרה מכך: כפי שאראה להלן, הטלת אחריות נזיקית בגין התרשלות על תובע או על נתבע שעשה מעשה פסול כלפי יריבו בהתדיינות אזרחית תהא אפשרית אך ורק במקרים חריגים, כאשר בין השניים קיימים יחסים מיוחדים כמשמעם בדיני הנזיקין (ראו ישראל גלעד, דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך ב' 909-910 (2012) (להלן: גלעד)). באין יחסים מיוחדים כאמור, לא יתקיים היסוד של "קרבה" שעל בסיסו ניתן להטיל חובת זהירות על מי שברגיל אינו חב אותה לאדם שניצב מולו (ראו גלעד, בעמודים 811-812, 911-912, 921-925). בעל דין שנלחם ביריבו בהליך אזרחי זכאי להיות קרוב אצל עצמו, ואצל עצמו בלבד. הוא איננו חב לבעל-דין-יריב שום חובת זהירות במסגרת ניהול ההתדיינות, אלא בהתקיים יחסים מיוחדים כמפורט להלן. על כן, בעל דין כזה איננו יכול להיחשב לרשלן ולא תוטל עליו אחריות בנזיקין אלא בגין עוולה מכוונת ששמה נגישה, והיא איננה נוגעת לענייננו (ראו סעיף 60 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]). כך עולה מפסקי דיננו, שחלקם הובאו על ידי בית משפט קמא לתמיכה בעמדתו שלו. כבואם להטיל על בעל דין אחריות נזיקית כלפי יריבו, פסקי דין אלו לא השתמשו אמנם בביטוי "יחסים מיוחדים", אך הם הבהירו הבהר היטב כי חובת הזהירות הדרושה לא תקום מאליה, וכי בעל דין אשר טוען כי יריבו התרשל כלפיו בכך שהתנהל שלא כראוי בהליך משפטי וגרם לו נזקים יהא חייב להראות כי אותו בעל-דין-יריב חב לו חובת זהירות. במקרה רגיל, כאשר בין בעלי הדין היריבים, הנלחמים זה בזה, לא נוצרים יחסים מיוחדים – שעל טיבם אעמוד להלן – לא ניתן יהיה אפוא לחייב תובע או נתבע בחובת זהירות כלפי יריבו.

לצד זאת, בעל דין שעושה מעשה מכוון המהווה שימוש לרעה בהליכי משפט ועל ידי כך גורם נזק או הפסד לבעל דין יריב, יחוייב בפיצויים. חבות כאמור תוטל עליו מכוח הוראות הדין הכללי – סעיפים 39 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים) – ולא במסגרתה של עוולת הרשלנות.

29. בעניינים אלו אעסוק כעת. אקדים ואומר, כי במקרה דנן, אורן לא הוכיח שגב' כהן, או אחת החברות שבשליטתה, חבה לו חובת זהירות מיוחדת במסגרת מלחמת ההתשה המשפטית שאלה ניהלו נגדו כחלק מקבוצת כהן. ואולם, מלחמת ההתשה אשר נוהלה, כפי שנוהלה, בניצוחה של גב' כהן, היא-עצמה היתה בגדר שימוש לרעה בהליכי משפט, אשר נעשה במכוון ואשר גורר אחריו אחריות וחבות בפיצויים – ובזאת אציע לחברי להסתפק כדי לאשר את חלקו האופרטיבי של פסק הדין קמא ללא כל שינוי.

אחריותה של גב' כהן לנזקו הכספי של אורן מכוחה של דוקטרינת השימוש לרעה בהליכי משפט

30. משפטנו הכיר זה מכבר בדוקטרינת השימוש לרעה בהליכי משפט, שלימים שוכנה בחצרו של סעיפים 39 ו-61(ב) לחוק החוזים (ראו: ע"א 3496/15 הורמוזי בבבלפור נ' גבעת מדרום בע"מ (17.1.2017)) (פסקה 9 לפסק דינה של השופטת א' חיות (כתוארה אז) והאסמכתאות הנזכרות שם); וכן ע"א 765/18 חיון נ' חיון (1.5.2019) (פסקה 34 לפסק דיני).

31. סעיף 61(ב) לחוק החוזים מחיל את הוראות החוק – ובפרט את החובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת, אשר נקבעה בסעיף 39 לאותו חוק – על כל פעולה משפטית, בשינויים המתאימים. הביטוי "פעולה משפטית" מכיל בחובו, בין היתר, נקיטת הליכים משפטיים וכל פעולה אחרת אשר נעשית במסגרתה של התדיינות משפטית (ראו דודי שוורץ "תחולתו של עקרון תום-הלב בסדר-הדין האזרחי" עיוני משפט כ"א 295 (תשנ"ח)); וזהו הבסיס הפורמאלי של האיסור הכללי על שימוש לרעה בהליכי משפט, שהיה קיים במשפטנו גם לפני חקיקתו של חוק החוזים (ראו: המ' 280/57, ע"א 334/57 חכמוב נ' שמידט ואח' פ"ד יב 59, 67 (1958); בג"ץ 348/70 כפיר נ' המועצה הדתית של אשקלון, פ"ד כה (1) 685, 693 (1971); בג"ץ 337/71 אלמקדסה נ' שר הבטחון, פ"ד כו (1) 574, 586 (1972)). איסור זה חל על כל מעשה אשר פוגע, בכוונת מכוון, בתקינותו או ביעילותו של הליך משפטי כהליך אשר נועד להביא לבירור האמת ולמימוש הזכויות שבדין (ראו למשל: רע"א 8467/06 אבו עוקסה נ' בית הברזל טנוס בע"מ (8.7.2010), פסקאות 19-27).

32. דוקטרינת השימוש לרעה איננה מסתפקת בהטלת איסור כאמור. במסגרתה, בעל דין שעושה מעשה אשר מכוון לפגוע בתקינות ההליך המשפטי או ביעילותו חושף את עצמו לקשת רחבה של סנקציות משפטיות (ראו יששכר רוזן-צבי ההליך האזרחי 248-245 (2015)). סנקציות אלה כוללות ביטול הליך שנקט בחוסר תום-לב ושכל מטרתו היא להעמיד מכשול לבעל-דין-יריב (ראו דברי השופט א' ברק (כתוארו אז) בבר"ע 305/80 שילה נ' רצ'קובסקי, פ"ד לה (3) 449, 461-462 (1981)); חסימת טענות בדבר היעדר סמכותו העניינית של בית משפט, אשר מועלות באיחור כשהתדיינות כבר נמצאת בעיצומה או קרובה לסיום (ראו רע"א 11183/02 אבנר כלפה נ' רזיה זהבי, פ"ד נח (3) 49, 51-52 (2004)); סילוק תביעה על הסף כאשר מתברר כי זו הוגשה ממניעים זרים להליך ולא לשם בירור האמת ומיצוי זכויות שבדין (ראו ע"א 8/74 לייזרוביץ נ' לייזרוביץ, פ"ד כח (2) 436, 439-440 (1974)); מניעת חקירה קנטרנית של עד (ראו בג"ץ 91/74 גבארה נ' בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, פ"ד כח (2) 518, 525 (1974)); אי-מתן סעד הצהרתי (ראו ע"א 539/78 לואל נ' לויס, פ"ד לד (4) 286 (1980), פסקה 7 לפסק-דינו של השופט ש' לוי (כתוארו אז)); חסימת טענות התיישנות (ראו ע"א 3496/15 הורמוזי בבבלפור נ' ש' לוי (כתוארו אז)); חסימת טענות התיישנות (ראו ע"א 3496/15 הורמוזי בבבלפור נ' ש' לוי (כתוארו אז)); חסימת טענות התיישנות (ראו ע"א 3496/15 הורמוזי בבבלפור נ' ש' לוי (כתוארו אז)).

גבעת מרום בע"מ (17.1.2017), פסקאות 9-12; וכן ע"ע 533/09 אילן נ' שירותי בריאות כללית (15.6.2011), פסקאות 27-29; קביעת השתק דיוני שמונע העלאת טענה מסויימת או נקיטת הליך כזה או אחר (ראו ע"א 513/89 Interlego A/S נ' Exin-Line Bros. S.A., פ"ד מח(4) 133, 199-200 (1994); וכן רע"א 4224/04 בית ששון בע"מ נ' שיכון עובדים והשקעות בע"מ, פ"ד נט(6) 625, 632-633 (2005)); דחיית בקשה לביטול פסק דין שניתן במעמד צד אחד (ראו רע"א 3454/04 ורקר נ' הראל (5.6.2005), פסקה 4); אי-מתן אישור להסדר פשרה (ראו בש"א 2236/06 חממי נ' אוחיון (5.6.2006), פסקאות 10-12); דחיית בקשה למתן רשות ערעור (ראו רע"א 7474/06 לוי נ' בנק לאומי (12.12.2006)); מחיקת הליך של ערעור, אשר תוקף את חוקיות המצאת פסק הדין מושא הערעור לידי המערער, עקב התחמקותו של הלה מההמצאה (ראו בש"א 6479/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' שנפ (15.1.2007), פסקאות 4-8 ו-11; השתת הוצאות לטובת אוצר המדינה (ראו רע"א 1514/06 תדיראן מוצרי צריכה בע"מ נ' שאול (24.4.2006), פסקאות 6-8); קבלה או דחייה של תביעה, לפי העניין, כסנקציה בגין מסירת עדות שקר מכוונת בעניין מרכזי על ידי בעל דין (ראו עניין חיון, פסקה 35 לפסק דיני)).

33. סנקציות אלה משרתות שתי מטרות. הן נועדו להעניש את בעלי הדין שעושים שימוש לרעה בהליכי משפט ולהרתיע את אלו ששוקלים לעשות מעשים פסולים כאמור. כמו כן נועדו הסנקציות לספק סעד לבעל הדין הנפגע ועל ידי כך לכוון צדק מתקן (ראו (ERNEST J. WEINRIB, CORRECTIVE JUSTICE 87-88 (2012)).

מסיבה זו, סבורני כי נעשה נכון אם נוסיף לרשימת הסנקציות הללו – אשר לא נועדה להיות רשימה סגורה מלכתחילה – את חיובו של מי שפוגע בהליך משפטי תקין בכוונת מכוון בפיצויים לטובת הנפגע אשר סופג נזק או הפסד ממעשיו הפסולים. בהיבט המהותי, חיוב כאמור הינו דרוש מאחר שבלעדיו לא נוכל להביא את הנפגע על תיקונו. הסיבה לכך נעוצה בהבדל בין מקרים שבהם ניתן למנוע את השימוש לרעה בהליכי משפט לפני המעשה באמצעות מתן סעד דיוני מתאים, לבין מקרים קשים וקיצוניים, דוגמת זה שלפנינו, בהם המעשה החמור של שימוש לרעה כבר נעשה, הושלם והשיג את מטרתו באופן שאין שום תרופה זולת פיצויים אשר יכולה להועיל לנפגע. עבור נסיבות כגון אלו נקוט בדינו כלל משפטי עתיק יומין: *ubi jus, ibi remedium* (מקום שם הזכות – שם הסעד) (ראו: ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 593 (1995); בג"ץ – 2344/98 מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נד(5) 729, 753 (2000); ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289, 298 (2002)).

34. בהיבט הפורמאלי, מיקומה של דוקטרינת השימוש לרעה בחוק החוזים – וכן היותה מעין-חוזית, לפי המינוח של בית משפט קמא – מביאים להפעלתו של חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות) נגד מפרי האיסור שהדוקטרינה מטילה. חוק התרופות מחייב את מפר החוזה בפיצויים לטובת הנפגע (ראו סעיף 10 לחוק התרופות); וסבורני שלא נטעה אם נטיל חיוב כאמור, כאשר הוא הכרחי לתיקון הנזק שנגרם, על כל אדם או גוף אשר גרם לאותו נזק על ידי הפרת הוראות חוק החוזים, גם כשאלו חלות על המקרה מכוחו של סעיף 61(ב) לחוק. אעיר בהקשר זה, כי השופט י' טירקל גיבש דעה הזדהה לדעתי הנוכחית ברע"א 1565/95 סחר ושירותי ים בע"מ נ' חברת שלום וינשטיין בע"מ, פ"ד נד(5) 638, 665-666 (2000) (להלן: פרשת סחר ושירותי ים).

35. לנוכח הממצאים הקשים והחד-משמעיים אשר נקבעו בפסק הדין קמא ביחס לגב' כהן, סבורני כי עליה לשאת באחריות מלאה לתוצאותיו של השימוש לרעה בהליכי משפט, כמתואר לעיל. גב' כהן חייבת אפוא לפצות את אורן בגין כל ההפסדים שהתנהלות פסולה זו גרמה לו – זאת, מכוח האמור בסעיפים 39 ו-61(ב) לחוק החוזים, שהוראותיהם הופרו על ידיה בריש גלי ובאופן בוטה ומתמשך, וכן מכוח האמור בסעיף 10 לחוק התרופות.

הטלת אחריות על בעל דין כלפי משנהו בגדרה של עוולת הרשלנות: אימת?

36. בית משפט קמא סבר, כאמור, שמן הראוי להטיל על גב' כהן אחריות לנזקי אורן ולהפסדיו במסגרתה של עוולת הרשלנות. כפי שכבר צויין על ידי, מסגרת זו איננה מתאימה למקרה דנן, ועלינו לבסס את אחריותה של גב' כהן על דוקטרינת השימוש לרעה בהליכי משפט, שכאמור מביאה לתוצאה זהה. כפי שאראה להלן, במטרה להבהיר את המצב המשפטי מעבר לנדרש בתיק זה, הטלת אחריות על בעל דין כלפי יריבו בהתדיינות אזרחית במסגרת עוולת הרשלנות של דיני הנזיקין תתאפשר רק במצבים חריגים, בהם מתקיימים בין בעלי הדין יחסים מיוחדים אשר מטילים על בעל הדין הרשלן חובת זהירות מיוחדת כלפי יריבו. חובה כאמור איננה קמה מאליה, ואותה יש לבסס על יצירת היחסים המיוחדים שעל טיבם אעמוד מיד. כלל זה עולה מהפסיקה, והוא גם מתכתב עם ההגבלה אשר חלה על הטלת חובת הזהירות במקרים של גרימת נזק כלכלי טהור על ידי מעשה או מחדל רשלניים (ראו גלעד, בעמודים 811-812). היחסים המיוחדים הנדרשים יכולים להיווצר מכוח הוראת דין מיוחדת שמחוץ לעוולת הרשלנות, אשר מטילה על בעל דין חובה לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה, במטרה להגן על אינטרס של יריבו; וכן במקרים שבהם בעל דין יוצר אצל יריבו הסתמכות סבירה על ידי מתן הבטחה או מצג כי

יפעל בדרך מסויימת, אשר תואמת את האינטרס של היריב, ואחר כך פועל בניגוד להבטחה שנתן או למצג שיצר (ראו והשוו: גלעד, בעמודים 811-812, 911-912, 925-921). באין יחסים מיוחדים כאמור, ובכפוף לאיסור הכללי על שימוש לרעה בהליכי משפט כמעשה מכוון, לכל בעל דין נתונה הזכות לדאוג אך ורק לענייניו שלו ולנהל את ההתדיינות לפי ראות עיניו.

37. למיטב ידיעתי, עניינה של עוולת הרשלנות כבסיס לאחריות נזיקית של בעל דין כלפי יריבו נדון על ידינו לראשונה בע"א 732/80 ארנס ואח' נ' "בית אל – זיכרון-יעקב", פ"ד לח(2) 645 (1984). עניין זה עלה לדיון בהקשרו של מימוש הערבות שהופקדה על ידי בעל דין, אשר ביקש – וקיבל – צו מניעה זמני, כדי להבטיח כי יריבו יפוצה בגין הנזקים שיכול שייגרמו לו עקב הוצאת צו המניעה, אם יתברר שלצו זה לא היה מקום. השופט מ' שמגר (כתוארו אז), העיר כי "כאשר מדובר בעוולת רשלנות אין לשלול את האפשרות לפנות ולתבוע על יסודה, גם אם מדובר ברשלנות של מי שביקש והשיג את צו המניעה, כאשר יש קשר סיבתי בין הרשלנות האמורה לבין מתן הצו" (שם, עמוד 656).

38. המילים "אין לשלול", בהן עשה השופט שמגר שימוש, היו מדויקות להפליא. אכן יהא זה נכון להטיל אחריות בנזיקין על בעל-דין-מעוול אשר נהג ברשלנות כלפי יריבו וגרם לו נזק, כל אימת שבהתנהלותו של אותו בעל דין מתקיימים כל היסודות של עוולת הרשלנות, לרבות חובת הזהירות. ברי הוא, כי אדם שנוטל חלק בהתדיינות משפטית אינו יכול לפרוק מעצמו את עול האחריות בנזיקין רק בשל היותו בעל דין. פריקת עול כאמור תיתכן רק מכוחה של הוראת דין מפורשת, כדוגמת הפטורים מאחריות פלילית ונזיקית אשר ניתנו לבעלי דין שפגעו בשמם הטוב ובפרטיותם של אנשים אחרים על ידי העלאת טענות פוגעניות בפני בית משפט (ראו סעיף 13(5) לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965; וסעיף 18(1) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981).

39. מאוחר יותר, בע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 143-146 (1985) (להלן: עניין גורדון) קבע השופט א' ברק (כתוארו אז) כי התנהלותה הרשלנית של רשות שלטונית – הוצאה שגויה של דו"חות בגין עבירות חניה – אשר הביאה להליכים משפטיים ולמעצרו של אדם על לא עוול בכפו, גוררת אחריה חבות בפיצויים במסגרתה של עוולת הרשלנות. במקרה זה, כפי שנקבע על ידי השופט ברק, הרשות חבה לאזרח הנפגע חובת זהירות מושגית כחלק מחובות ההגינות שהשלטון חב לאזרח לפי המשפט המינהלי (ראו שם, בעמוד 136). כמו כן נקבע, כי בנסיבותיו המיוחדות של המקרה – אשר כללו את מודעות הרשות לשגיאה ברישומים ואת התחייבותה לתקנה –

חלה על הרשות חובת זהירות קונקרטיית כלפי האזרח הנפגע, אשר היה זכאי להסתמך על הבטחתה. הרשות הפרה חובה זו, ועל כן היא חוייבה לפצות את האזרח הנפגע על נזקיו (ראו שם, בעמוד 142).

40. בפרשת סחר ושירותי ים, בית משפט זה נתן פסק דין אשר נסוב על מקרה של תובעת בהתדיינות אזרחית שביקשה וקיבלה לידיה, במעמד צד אחד, צו עיקול זמני נגד הנתבעת. צו זה הוטל על יסוד האמור בתצהיר מטעם התובעת אשר הכיל עובדות בלתי נכונות באשר לשווי הרכוש המעוקל בהשוואה לסכום הכסף שנתבע בתביעה. על יסוד מצג מטעה זה, הטיל בית המשפט, במעמד צד אחד, עיקול זמני על מטען הנתבעת אשר הכיל טובין ששוויים עלה עשרות מונים על שווי התביעה. השופט א' מצא (כתוארו אז), שכתב את חוות הדעת העיקרית באותו פסק דין, קבע כי בעל דין העותר במעמד צד אחד לקבלת סעד זמני, בדמותו של עיקול או של צו מניעה, חב ליריבו, שקולו טרם נשמע, חובת זהירות; וכי התובעת הפרה חובה כאמור ביחסיה עם הנתבעת, ועל כן היא חייבת לפצות את הנתבעת על נזקיה (שם, בעמודים 656-660). השופט ט' שטרסברג-כהן הצטרפה לדבריו של השופט מצא, אולם היא ביקשה לצמצם את האחריות לנזקים למקרים של התרשלות רבתי מצדו של בעל דין – זאת, כדי לא להגביל את גישתם של אנשים לערכאות יתר על המידה (שם, בעמודים 663-664). השופט י' טירקל הסכים עם דברי חבריו למותב, תוך שהוא מוסיף כי הינו מצדד גם בהטלת אחריות כספית ישירה בגין הפרת החובה לנהוג בתום לב (שם, בעמודים 665-666); וזאת כבר ציינתי.

41. כפי שהדגישה השופטת שטרסברג-כהן, פסק דינו של השופט מצא בפרשת סחר ושירותי ים היה בגדר חידוש הלכה (שם, בעמוד 661). ואולם, בהיבט הקונצפטואלי של עולת הרשלנות, פסק דין זה לא חידש דבר – זאת, מאחר שדיני הסעדים הזמניים, בהיותם מושתתים על דיני היושר, מחייבים את מבקש הסעד במעמד צד אחד – לפני שיריבו קיבל הזדמנות לומר את דברו – לגלות לבית המשפט את כל העובדות הנכונות (ראו רע"א 4196/93 שפע בר ניהול ושירותים (1991) בע"מ נ' שפע מסעדות ייצור ושיווק ארוחות מוכנות 1984 בע"מ, פ"ד מז(5) 168, (1993); וכן בש"א 2236/06 חממי נ' אוחיון (5.6.2006), פסקאות 10-11). חובה זו נועדה להגן על האינטרסים של בעל הדין היריב שקולו טרם נשמע. קיומה יוצר אפוא יחסים מיוחדים בין בעלי הדין, שבמסגרתם תוטל אחריות נזיקית על מבקש הסעד הזמני שמחמת התרשלות או במזיד איננו מגלה לבית המשפט את כל העובדות הנכונות וזוכה לסעד לא לו, תוך הסבת נזקים או הפסדים ליריבו.



42. אחריות כאמור תוטל על בעל דין בגין כל הפרה של חובת זהירות שיש לה ביסוס בדין (ראו ע"א 2273/02 חברת פסל בע"מ נ' חברת העובדים השיתופית הכללית בארץ ישראל בע"מ פ"ד נח(2) 36 (2004) (להלן: עניין פסל)). השופטת א' חיות (כתוארה אז) הבהירה זאת במילים הבאות:

"אכן, בית-משפט זה הכיר בקיומה של חובת זהירות שחב בעל-דין כלפי יריבו בנוגע לפעולות המתבצעות במסגרת הליך שיפוטי [...] דברים אלה בפרשת סחר ושירותי ים מתייחסים לשימוש בלתי ראוי שנעשה במכשיר העיקול הזמני, וניתן ליישם גם באשר לפעולות אחרות שנקט בעל-דין במהלך התדיינות משפטית. אולם ברי כי גם אם עשויה לעמוד לבעל-דין עילת תביעה בגין התרשלות של אחר בהליך שיפוטי – התרשלות שגרמה לו נזק – הרי שלא בנקל יטיל בית-המשפט אחריות שכזו, ובדרך-כלל תידרש הוכחת התנהגות שאינה בתום-לב, התנהגות שיש עמה רשלנות בולטת או ניצול לרעה של הליכי משפט [...] למותר לציין כי יש צורך בהכרעה ברורה לגבי התקיימותם של יסודות עוולת הרשלנות, ובכלל זה קיומה של חובת זהירות, התנהגות בלתי סבירה המפרה את החובה וקשר סיבתי בין ההפרה לבין הנזק." (שם, בעמוד 45) (ההדגשה הוספה – א.ש.).

43. בעניין גורדון ובפרשת סחר ושירותי ים, חובת הזהירות המיוחדת, אשר הוטלה על בעלי הדין דשם, נגזרה מחובתו המשפטית של כל אחד מהם שלא לפגוע באינטרס יריבו. חובה זו יצרה יחסים מיוחדים בין בעלי הדין אשר הניחו תשתית משפטית להטלת האחריות בגדרה של עוולת הרשלנות. יחסים כאמור יכולים להיווצר גם מכוחה של הבטחה או מצג אחר, שבעל דין נותן ליריבו במסגרת התדיינות משפטית. טול מקרה שכיח למדי, שבו בעל דין אחד נוטל על עצמו למסור לבית המשפט הודעה משותפת שלו ושל יריבו. בכל מקרה כזה, מסירת הודעה בלתי נכונה או אי מסירתה עשויה לגרום אחריה אחריות בגין נזק או הפסד שנגרם לבעל הדין היריב. אחריות זו תתקיים בגדרה של דוקטרינת הרשלנות, בעקבות הוכחתם של כל אחד מיסודות ההתרשלות, לרבות חובת זהירות, שבמקרים כגון זה תיגזר אך ורק מהיחסים המיוחדים בין בעלי הדין היריבים.

44. הקפדה על קיומם של יחסים מיוחדים כאמור לעיל כבסיס לכינונה של חובת זהירות, הינה חשובה במיוחד לנוכח קולות האזהרה שהשמיעו כמה משופטיו של בית משפט זה ביחס להלכה אשר נקבעה בפרשת סחר ושירותי ים.

אחד מקולות אלה הוא קולה של השופטת ד' דורנר, שאמרה דברים כדלקמן:

"הגישה לבית-המשפט היא זכות יסוד של האדם, ויש אף הסבורים כי ניתן להכיר בה כזכות יסוד חוקתית ולהפעיל ביקורת שיפוטית על תחיקה המצמצמת אותה. [...] הפעלת הזכות, מטבע הדברים, פוגעת בנתבע. היא כשלעצמה מחייבת אותו בהוצאות כספיות, וצווים זמניים המוצאים כנגדו גורמים לו לנזק. ברם אין בכל אלה כדי לשלול את זכות היסוד ולסגור את דלתות בית-המשפט בפני התובע על-ידי יצירת עילה לחיובו בתשלום כל נזקי התביעה, תהא היא חסרת סיכוי ככל שתהא, שכן יצירת עילה שכזו מביאה להרתעת-יתר מפני הגשת תביעות, והיא פוגעת בזכות הגישה לבית-המשפט מעבר למידה הדרושה. משכך, ככלל, האיזון הראוי בין הזכויות והאינטרסים המתנגשים נעשה בדין המסמיך את בית-המשפט לזכות את הצד הזוכה בהוצאות משפט ולחייב את המבקש סעד זמני בהבטחת החזר נזקיו, כגון על-ידי המצאת ערבויות, כפי שאף נעשה בענייננו. אמנם, שאלה היא אם ניתן במקרים קיצוניים לראות בפתיחת הליכי משפט שעיקר מטרתם אינו הזכייה בהם, משום שימוש לרעה בזכות [...] אך במקרה שבפנינו לא הוכח שלא הוגשה התביעה מטעמים ענייניים, ואף ניתנו צווי-מניעה על-ידי בתי-משפט שבדקו את הראיות בתיק, וממילא ניתן להשאיר שאלה זו בצריך עיון." ראו ע"א 4980/01 עו"ד שלום כהן, כונס נכסים נ' גלאם, פ"ד נח(5) 625, 630-629 (2004).

45. דברי אזהרה דומים נאמרו בע"א 1617/04 כים ניר שירותי תעופה בע"מ נ' הבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ (29.6.2008) – פסק הדין אשר נסוב, בין היתר, על האפשרות לחייב בעל דין בפיצויים בגין הנזקים שנגרמו ליריבו כתוצאה מעיכוב ביצועו של פסק דין.

השופטת ע' ארבל אמרה בעניין זה את הדברים הבאים:

"בית המשפט קמא מצא כי הגם שאין מניעה לבחון את חבותה של הבורסה לנזקים שנגרמו עקב ההחלטה לעכב את ביצוע פסק הדין, שכן היא לא שקלה את הנזקים שעלולים להיגרם לחברה כתוצאה מהבקשה, הרי שהבורסה לא פעלה באופן רשלני בהחלטה לבקש את עיכוב הביצוע. קביעה זו מקובלת עלי במישור העקרוני, אולם יישומה במקרה דנן מעורר קושי בעיניי.

כידוע, בעבר, שלטה במשפט הישראלי הגישה לפיה אין בכוחו של פסק דין או צו שיפוטי אחר להזיק, כך שבעל דין הפועל על-פיו נחשב כמי שפועל לפי סמכות שבדין והינו חסין מתביעה [...] עם זאת, ברבות השנים נקבע בפסקי דין שונים כי החסינות הנזכרת לא תחול על מי שפתח בהליכים משפטיים ברשלנות [...] הפסיקה פירשה את חובת הזהירות המוטלת על בעל דין בהקשר זה כחובה

לפעול בסבירות, בהגינות ובתום-לב, ובעיקר תוך פריסת התמונה העובדתית המלאה הדרושה להכרעה במחלוקת בפני בית המשפט [...] עוד נקבע כי מידת תום-הלב הדיוני הנדרשת מצד להליך תלויה באופיו של ההליך הנוגע בדבר ובטיב הנושא הנדון בו.

[...] יש להיזהר בהטלת חובות יתר על בעל דין בהקשר של פתיחה בהליכים, שכן הדבר עלול לפגוע בזכות היסוד לגישה לערכאות [...] מה גם, שבענייננו מדובר כבעל דין המייצג את האינטרס הציבורי של כלל המשקיעים אשר אינם בעלי הידע המקצועי והמומחיות הנתונים לבורסה. מנגד, ערה אני לקושי הגלום בהליך בו מתבקש בית המשפט ליתן סעד זמני שעה שהתמונה העובדתית העומדת בפניו אינה בהירה לחלוטין וכאשר סעד זה עשוי לפגוע בזכויות של בעל הדין שכנגד [...] על כן, סבורה אני, כאמור, כי על הבורסה לשקול את כלל השיקולים – ובכללם הנזק שייגרם לחברה כתוצאה מעיכוב הביצוע – טרם הגשת הבקשה ועל בסיס המידע שבידה. זאת, מתוך הנחה שהצד שכנגד יפרוס אף הוא את טענותיו במלואן ויוכל להעמיד את בית המשפט על תמונת הנזקים שיגרמו לו באופן מפורט, שכן מידע זה נמצא באופן טבעי בידיו.

לטעמי, הבורסה עמדה בחובה המוטלת עליה בהקשר זה..."

ראו שם, פסקאות 29-32 (ציטוטים הושמטו – א.ש.). כמו כן ראו דברי השופט צ' זילברטל אשר נאמרו ברע"א 3909/12 ישעיהו נ' שטרדייכר (3.6.2012), פסקאות 4-6.

סיכום:

הבדלים בין אחריות בגין שימוש לרעה בהליכי משפט לבין אחריות בגין התרשלות כלפי יריב בהתדיינות

46. כאן המקום לסכם את ההבדלים שבין אחריות בגין שימוש לרעה בהליכי משפט לבין אחריות בגין התרשלות כלפי יריב בהתדיינות אזרחית.

47. דוקטרינת השימוש לרעה בהליכי משפט, כשמה כן היא, נועדה למנוע שימוש לרעה בהליכים וכן בזכויות ובכוחות שכללי הפרוצדורה מקנים לבעלי דין – זאת, על מנת למנוע בזבוז זמן שיפוטי, למזער את העלות החברתית הכוללת של התדיינות, וכן כדי להגן על בעלי דין מפני התנהלות פסולה ומזיקה של יריביהם. כדי להגשים יעדים אלה, מסמיכה הדוקטרינה את בתי המשפט להטיל סנקציות שונות על בעלי דין שעושים שימוש לרעה בהליכים. מטרתן של סנקציות אלה היא ליצור הרתעה מפני שימוש לרעה בהליכים ולהגן על כל אותם בעלי דין אשר נפגעים מהשימוש לרעה. הדוקטרינה מטילה

סנקציות אלה רק על מי שעשה שימוש לרעה בהליכי משפט בכוונת מכוון – זאת, כדי למנוע הרתעת יתר של תובעים ושל נתבעים ועל מנת שלא לחסום את גישתם של אנשים לבתי המשפט. דוקטרינת השימוש לרעה נטועה אפוא הן במשפט הציבורי – בהיותה מכשיר אשר בא להבטיח את פועלה התקיין של המערכת המשפטית – והן במשפט הפרטי, בהיותה מכשיר שנועד לכונן צדק מתקן בין הפוגע לנפגע. מדובר בדוקטרינה משפטית כללית שחלה על כל מעשה אשר מהווה שימוש לרעה בהליכי משפט ואשר נעשה במתכוון, להבדיל מרשלנות או שגגה גרידא.

48. לאחריות בגין התרשלות כלפי בעל דין יריב, מאידך, יש מתווה צר מאד. אחריות זו מוטלת על בעל דין אשר פוגע באינטרס של יריבו על ידי הפרתה של חובת זהירות שמקורה ביחסים מיוחדים בין השניים. יחסים כאמור נוצרים מכוח הוראת דין או, לחלופין, בהתבסס על הבטחה או על מצג שבעל הדין הפוגע נתן לנפגע כדי ליצור אצלו הסתמכות. מדובר אפוא באחריות נזיקית אשר נטועה, רובה ככולה, במשפט הפרטי ומטרתה היא השגת הצדק המתקן בין הנפגע לפוגע. כפי שנאמר לא אחת בפסיקתנו, בהטלת אחריות כאמור יש להקפיד על כלליה כדי לא ליצור אפקט מצנן אצל מתדיינים המבקשים למצות את זכויותיהם בתום לב ובדרך ארץ (כמובהר, בין היתר, על ידי השופטת חיות בעניין 709, בעמוד 45 לפסק דינה).

49. ודוק: היעדר אחריות לנזק שבעל דין גורם ליריבו על ידי התרשלותו, אין פירושו שאותו בעל דין, שאינו חב ליריבו חובת זהירות, יכול לעשות בהליך ככל העולה על רוחו – עליו לפעול למיצוי זכויותיו שבדין תוך הימנעות מעשיית שימוש לרעה בהליך המשפטי. במילים אחרות ופשוטות יותר: העובדה שלבעל דין מותר להיות רשלן כלפי יריבו כאשר הוא איננו חב לאותו יריב חובת זהירות מיוחדת, איננה משחררת אותו מן החובה להימנע מפגיעה מכוונת בתקינותו של ההליך המשפטי; והדברים ברורים.

50. לנוכח האמור לעיל, ניתן לקבוע בקלות שגב' כהן לא חבה לאורן שום חובת זהירות (במובן של חובה שלא להתרשל כלפיו) במסגרת ההתדיינות המשפטיות שאורן וקבוצת כהן ניהלו ביניהם בערכאות השונות. פשיטא הוא, שבין אורן לבין גב' כהן לא התקיימו שום יחסים מיוחדים מכוח דין או מצג. מטעם זה, לא ניתן היה לבסס את אחריותה של גב' כהן כלפי אורן על עוולת הרשלנות של דיני הנזיקין, כפי שנעשה בפסק הדין קמא.

ברם, גב' כהן פעלה, כאמור, בכוונת מכוון כדי לסכל את מימוש זכויותיו של אורן לפי הסכם הבוררות שקיבל תוקף של פסק דין. כחלק מקבוצת כהן, היא ניהלה נגד אורן מלחמת התשה משפטית רוויית מהלכים פסולים אשר היוו שימוש לרעה בהליכי משפט. מטעמים אלה, כפי שכבר צויין על ידי, מן הדין להטיל על גב' כהן את החובה לפצות את אורן על מלוא הפסדיו ונזקיו במסגרתה של דוקטרינת השימוש לרעה בהליכי משפט.

הרמת מסך שלא היתה

51. גב' כהן מלינה על כך שבית משפט קמא הרים את מסך ההתאגדות, אשר הפריד בינה לבין החברות שבשליטתה, כדי להטיל עליה אחריות כספית לנזקיו ולהפסדיו של אורן.

52. דא עקא, לתלונה זו אין כל בסיס מאחר שבית משפט קמא הטיל על גב' כהן אחריות אישית בגין מעשיה שלה וצייין זאת במפורש בפסק דינו (ראו פסקאות 33-35 לפסק הדין קמא). בעניין זה, בית משפט קמא צדק לחלוטין: אדם שפועל בשמו של תאגיד כאחד האורגנים שלו איננו מפסיק לשאת באחריות בגין מעשיו הוא, כאחד האדם (ראו ע"א 725/78 בריטיש קנדיאן בילדרס בע"מ נ' אורן, פ"ד לה(4) 253, 259 (1981); ע"א 230/80 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לה(2) 713, 727-723 (1981); עניין פסל 42-43; ע"א 8133/03 יצחק נ' לוטם שיווק בע"מ, פ"ד נט(3) 66, 74-77 (2004); ע"א 313/08 נשאשיבי נ' דינראוי (1.8.2010), פסקה 49).

53. הנני מציע אפוא לדחות את טענותיה של גב' כהן בעניינה של הרמת המסך, שלא היתה.

שיעור הפיצויים

54. גב' כהן מעלה שתי טרוניות בעניין שיעור הפיצויים אשר נפסקו לחובתה בפסק הדין קמא. הראשונה מבין טרוניות אלה מייחסת לבית משפט קמא כְּשֶׁל לוגי, ואילו הטרוניה השנייה מייחסת לו טעות סופר.

בטרוניות אלה אדון כעת לפי סדרן.

55. לטענת גב' כהן, היקף האחריות שלה לנזקיו ולהפסדיו של אורן אינו יכול לחרוג מגבולות האחריות שניתן היה להטיל על החברות שמאחוריהן היא עמדה ופעלה; ואחריותן של חברות אלו היתה מוגבלת מעיקרה לשווי החנות – בטוחה שאורן הצליח לממש, בסופו של יום. לשיטתה של גב' כהן, בית משפט קמא עשה קפיצה לוגית בלתי מבוססת בהטילו עליה אחריות כוללת למלוא ההפסד או הנזק שנגרם לאורן. בא-כוחה של גב' כהן אף הרחיק לכת והדגים את הכשל הלוגי המיוחס לבית משפט קמא על ידי דוגמאות מתמטיות אשר הופיעו בסיכומיו.

56. בטרוניה זו אין ממש. גב' כהן מייחסת לבית משפט קמא כשל לוגי, בשעה שטענתה שלה לוקה בהנחת המבוקש ועל ידי כך מפרה את כללי ההיגיון הבסיסיים. כפי שכבר ציינתי, בית משפט קמא לא הטיל על גב' כהן אחריות של אורגן תאגידי, אשר מושתתת על דוקטרינת הרמת המסך. הוא השית על גב' כהן אחריות אישית שאיננה מוגבלת למידת אחריותן של החברות אשר הופעלו על ידיה כפי שהופעלו. היקפה של אחריות אישית זאת נקבע, כמקובל, לפי היקף הנזק וההפסד שגב' כהן גרמה לאורן בהתנהגותה שלה, שכאמור היתה בגדר שימוש לרעה בהליכים. קביעה זו התבססה על כללי הקשר הסיבתי הרגילים, אשר הופעלו על ידי בית משפט קמא כדבעי. על יסוד כללים אלה נקבע, כעניין שבעובדה, שגב' כהן גרמה למלוא הנזקים וההפסדים של אורן. לגרימה זו של הנזקים וההפסדים היו לה, לגב' כהן, שותפים, אולם קיומם איננו מפחית מאחריותה האישית. גב' כהן ושותפיה מקבוצת כהן אחראיים למלוא נזקיו והפסדיו של אורן ביחד ולחוד. כפועל יוצא מכך, אורן זכאי לכך שגב' כהן תפצה אותו על מלוא נזקיו והפסדיו. בגדרי האחריות הסולידרית, אשר חלה על כל בני הקבוצה ביחד ולחוד, הנושה זכאי לבחור את החייב או את החייבים שבדעתו לתבוע כדי להיפרע ולבוא על תיקונו (ראו ד"נ 15/88 מלך נ' קורנהויזר, פ"ד מד(2) 89, 103 (1990); וכן ע"א 7008/09 אל רחים נ' אל קאדר (7.9.2010), פסקה 36) – כפי שנעשה במקרה דנן.

57. באשר לטענתה של גב' כהן בדבר טעות סופר – בניגוד לאמור בסיכומיה ולמה שנאמר לנו מטעמה במהלכו של טיעון משלים בעל-פה, בית משפט קמא לא החליף בחישוביו שקלים ישראליים בדולרים של ארצות הברית, או להיפך. כך עולה בבירור מהאמור בפסיקתא שנחתמה כאמור לעיל וכן מהפסיקתא הקודמת. זאת ועוד: אם גב' כהן אכן מאמינה בטענתה בדבר טעות סופר, היה עליה להגיש לבית משפט קמא בקשה מתאימה לפי סעיף 81 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. דבר זה לא נעשה, ואי-עשייתו אף היא אומרת דרשני.

58. סבורני אפוא, כי טענותיה של גב' כהן אשר מייחסות לבית משפט קמא טעות בקביעת שיעור הפיצויים, שאותם היא חוייבה לשלם לאורן, אינן מבוססות ודינן להידחות.

סוף דבר

59. מהטעמים דלעיל, הנני מציע לחבריי לדחות את שני הערעורים ללא צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט ד' מינץ:

מצטרף אני למסקנה אליה הגיע חברי השופט א' שטיין כי יש לדחות את שני הערעורים. ברם, אינני שותף לחלק מקביעותיו.

שעבוד דמי השכירות

1. סעיף 5 לאגרת החוב משנת 1992 קובע כי השעבוד חל גם על דמי השכירות בגין הנכסים המשועבדים. כך נאמר בו מפורשות: "השעבוד הנוצר על פי האג"ח יחול גם על כל טובת הנאה, דמי שכירות וכל זכות ללא יוצא מן הכלל שתהיה למשעבדות בגין הרכוש המשועבד או בקשר אליו...". אכן, כפי שקבע בית המשפט המחוזי וכפי שציין חברי השופט שטיין, הסכם הבוררות מיום 3.12.1996 קבע באופן מפורש וברור כי כל הזכויות והתביעות כלפי קבוצת כהן שעמדו לפני חתימת הסכם הבוררות, בטלים, כאשר "אורן מצהירים כי אין להם ולא יהיו... כל טענות ו/או דרישות ו/או תביעות מכל סוג שהוא בכל עניין שהוא נגד כהן שעילתו עד ליום חתימת הסכם זה" (סעיף 1 להסכם הבוררות). בכך די כדי לסתום את הגולל על פני טענת אורן כי הוא זכאי להיפרע מדמי השכירות אשר שולמו בעד השכרת החנות, מכוח השעבוד שנוצר באיגרת החוב משנת 1992 ולא רק לתקופת הכינוס.

2. אולם, בהקשר זה, אינני יכול שלא להרחיב קמעא בקשר להערת חברי, שנאמרה אך "למעלה מן הנדרש", בפסקה 24 לחוות דעתו, בעניין הזכות להיפרע מפירותיו של נכס משועבד. מדובר בסוגיה סבוכה שאיננה נדרשת להכרעה מבוררת במקרה זה, והיא מתעוררת כאמור אך בשולי הדברים. ברם, נוכח קביעתו החד-משמעית של חברי שבעל נכס משועבד זכאי לקבל את דמי השכירות המשולמים בעד השכרת הנכס המגיעים

לבעליו, זולת אם הצדדים קבעו ביניהם הסדר אחר, אייחד לה מספר מילים. כפי שנראה, קביעה זו אינה כה פשוטה.

3. על העקרונות הכלליים העומדים בבסיס דיני השעבודים, כמו גם על יסוד ההסכמה עליו הם מושתתים, עמדתי זה מכבר בעניין רע"א 2512/17 פינצב נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (10.4.2018) (להלן: עניין פינצב). כפי שציינתי שם, דיני השעבודים עוסקים בהסכמים שבין הנושה לבין החייב, לפיהם נכס מסוים של החייב יעמוד לרשות הנושה באופן בלעדי על מנת לפרוע ממנו את החוב כלפיו אם החייב לא יעמוד בהסכם ההלוואה עמו. זאת תוך ייחוד הנכס לטובת הנושה, קודם שהנכס יעמוד למימוש לפני נושיו האחרים של החייב (שלום לרנר שעבוד נכסי החברה 340 (תשנ"ז) (להלן: לרנר)). הענקה זו של זכות הקניין על ידי אדם לזולתו, אשר באה לידי ביטוי ביצירת שעבוד, מבוססת על דוקטרינת "חופש החוזים" (לרנר, בעמ' 16-12). כשם שאדם יכול להקנות את מלוא זכויותיו לאדם אחר באמצעות מכר או מתנה, ודאי שהוא יכול להקנות לזולתו זכות קניינית מתונה יותר, על דרך שעבוד הנכס לטובתו, בו נשארות בידי המשעבד חלקן של הזכויות הקנייניות (ראו: Thomas H. Jackson and Anthony T. Kronman, "Secured Financing and Priorities among Creditors", 88 Yale L.J. 1143 (1978-1979)). על כן, הסכמה שבין הנושה/המלווה לבין החייב/הלווה היא דרך המלך ליצירת שעבוד.

4. הדין הכללי המרכזי המסדיר את דיני השעבודים הוא חוק המשכון, התשכ"ז-1967 (להלן: חוק המשכון), כאשר סעיף 2(ב) שבו מחיל את הוראותיו על כל "עיסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא כינויה של עסקה אשר יהא". חוק המשכון נותן משקל משמעותי לרישום השעבוד, שכן על פי סעיף 4 לחוק, שעבוד לא רשום אינו תקף כלפי יתר הנושים אלא רק בין הצדדים לבין עצמם.

5. על פי סעיף 1 לחוק המשכון, מישכון הוא "שעבוד נכס כערובה לחיוב" והוא מזכה את הנושה בזכות להיפרע מהמשכון אם לא סולק החיוב. עדיפות זו נוצרת בשל הזכות הקניינית המוענקת לנושה בנכס על פי דין. וכדברי בית המשפט:

"בעל המשכון קודם על שום שזכותו היא זכות חפצית, שמפצלת את הזכויות בנכס לשתיים: לזכותו העדיפה של בעל המשכון ולזכותו העודפת של הבעל-הממשכן שבידו נשארה רק השארית. כפועל יוצא מכך, מי שיש לו חוב על הממשכן אינו יכול להיפרע אלא ממה שנשאר לו לחייב ואחת היא אם החוב הוא רגיל או מועדף" (בג"ץ 42/64 בנק הפועלים בע"מ נ' יושב ראש משרדי ההוצאה לפועל



שליד בית משפט השלום בעכו ובנהריה, פ"ד יח (3) 116,  
124 (1964)).

אופיו הקנייני "החפצי" (in rem) של המשכון בא לידי ביטוי בשני מובנים שביניהם קיים קשר הדוק. במובן הראשון והפשוט, המשכון מאפשר לנושה להיפרע מהחייב מתוך הנכס הממושכן (סעיף 1(א) לחוק המשכון). המובן השני והעיקרי בו מתבטא אופיו החפצי של המשכון, טמון בעדיפות המוענקת למקבל המשכון, על פני נושים אחרים של החייב, בכל הנוגע לזכות להיפרע מתוך הנכס הממושכן. זכות הקניין פועלת כלפי הנכס גופו וכלפי כולי עלמא, ולא רק כלפי אדם מסוים (יהושע ויסמן, חוק המשכון, תשכ"ז-1967, 14 (פירוש לחוקי חוזים בעריכת ג' טדסקי, 1974) (להלן: ויסמן, חוק המשכון); יהושע ויסמן דיני קניין: זכויות קדימה ופרקי משכון 129 (2014) (להלן: ויסמן, זכויות קדימה ופרקי משכון); ע"א 706/74 יראוני נ' הלוואה וחטכון ירושלים, אגודה הדדית בע"מ, פ"ד כט (2) 365, 370 (1975)). וזאת בכפוף כאמור לרישום המשכון על פי הוראות החוק (סעיף 4).

6. אך דיני שעבודים אינם מוסדרים כולם בחוק המשכון. הם כוללים מעגל רחב יותר של הוראות חוק. זאת בהתייחס לנושאים נוספים הטעונים השלמה, בהתאם לנסיבות המקרה. כך למשל נקבעו הוראות שונות בתחום השעבודים גם במסגרת פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 (להלן: פקודת החברות) וחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין). על קצה המזלג, יצוין כי על פי סעיף 1 לפקודת החברות, "שעבוד" משמעותו "משכנתה וכל צורה אחרת של מתן נכסים כערוכה". אולם על אף שהוראות הפקודה מתייחסות לנושאים שונים בתחום השעבודים, ישנם עניינים שונים, וביניהם תחולת השעבוד על פירות הנכס, אשר אינם מוסדרים בו (וראו: לדנר, עמ' 36). באשר למשכון מקרקעין, סעיף 91 לחוק המקרקעין קובע כי בכפוף להוראות פרק ז' לאותו חוק, על משכנתה יחולו הוראות חוק המשכון "אולם אין למשכן מקרקעין או שכירות רשומה במקרקעין אלא על ידי משכנתא". משמעות הדברים היא כי כל עוד לא נרשמה משכנתה על המקרקעין במרשם המקרקעין, תוקפו של המשכון האמור (גם אם נרשם, אך לא בדרך של משכנתא) יהיה כתוקפו של משכון בהסכם (בלבד) והוא לא יכול נושים אחרים של החייב (רע"א 8792/00 שטיינמץ נ' בנק "משכון", בנק הפועלים למשכנתאות, פ"ד נו(5) 593, 603 (2002); ע"א 7261/15 מועדי נ' שוקחה, פסקה 35 (5.9.2018); ע"א 8947/18 ליבמן נ' אס.אר. אקורד בע"מ, פסקה 8 (4.3.2020)). כאשר מדובר בשעבוד שנוצר על ידי חברה, יהיה כוחו של שעבוד יפה כלפי נושים אחרים, רק אם נרשם השעבוד גם ברשם החברות (סעיף 178 לפקודת החברות).

7. השאלה האם ובאיזה אופן יכול הממשכן לבצע עסקה בנכס ממושכן, ומהי הנפקות של עסקה מעין זו היא סבוכה ותלויה נסיבות (ראו גם: ויסמן, זכויות קדימה ופרקי משכון 129-154). היא גם נעוצה בראש ובראשונה באופן שבו הוגדר הסכם המשכון וההגבלות שנקבעו בו.

8. בפקודת החברות ובחוק המקרקעין אין התייחסות ישירה לסוגיית תחולת השעבוד על פירות הנכס המשועבד (אם כי מהוראות סעיפים 12 ו-13 לחוק המקרקעין ניתן ללמוד מעט על היקפה של "עסקה במקרקעין" ביחס ל"בנוי ונטוע עליה" (וראו: ויסמן, חוק המשכון 206)). ההוראות בחוק המשכון שעניינן "פירות המשכון" (סעיף 8) ו"הנאה מהמשכון ופירותיו" (סעיף 10) הן בעלות אופי דיספוזיטיבי, והן חלות "באין קביעה אחרת" בהסכם המשכון. ברם, יש בהוראות אלה כדי לקבוע "ברירת מחדל" באשר לדין שיחול בהיעדר הסכמה בין הצדדים. אביאן להלן כלשונן.

סעיף 8 לחוק המשכון קובע כך:

הופקד המשכון בידי הנושה או בידי שומר מטעם הנושה,  
יחול המישכון גם על פירות המשכון; והוא באין קביעה  
אחרת בהסכם המישכון.

במבט ראשון ועל פני הדברים, הקביעה שבסעיף פשוטה: אם אין הסכמה אחרת בין הצדדים, הכלל הוא כי המשכון חל גם על פירותיו. מכאן אתה למד, כי בעת מימוש המשכון, בעל המשכון רשאי לגבות את חובו לא רק מדמי מכירת הנכס, כי אם גם מדמי פירות הנכס שהופקו במשך השנים עד למימוש. ברם, על פניו, תנאי לתחולת הסעיף הוא שהמשכון הופקד. על כן, לכאורה, בהיעדר הוראה מפורשת בהסכם משכון שאינו מופקד, למשל משכון רשום, המישכון לא יחול על הפירות (וראו: ויסמן, חוק המשכון 206). משמעותו של דבר, תוך החלת חוק המשכון על שיעבוד מקרקעין במשכנתא רשומה או באיגרת חוב רשומה, כי דמי שכירות המתקבלים מהשכרת נכס מקרקעין משועבד, אינם משועבדים לטובת הנושה ובעל המקרקעין ייהנה מדמי השכירות כל אימת שהוא ממלא אחר ההסכם העומד ביסוד המישכון. אלא שהדברים האמורים אינם חד-משמעיים וישנן רגליים לסברה כי הסעיף חל גם על מקרים שבהם נרשם משכון, גם אם לא הופקד.

9. הינה כי כן, על פי סעיפים 4(2) ו-4(3) לחוק המשכון, משכון "משתכלל" באחת משתי הדרכים: או באמצעות הפקדתו או באמצעות רישומו. אף כי מבחינה היסטורית שכלול משכון בדרך של הפקדה קדם לשכלול בדרך של רישום, הרי שחוק המשכון הקנה

מעמד בכורה לשכלול באמצעות רישום במרשמים מסודרים זאת בד בבד עם התמורות שחלו בעולם המודרני במסגרתן נכסים מסוג "זכויות" הפכו להיות לנכסים מרכזיים (ע"א 1339/12 בנק מזרחי טפחות בע"מ נ' אי.סי.אם יצרני מיזוג אוויר בע"מ (בפירוק), פסקאות 18-19 (27.4.2014); וראו בעניין מהותו של משכון במשפט העברי: שו"ע, חו"מ סימן ע"ב הלכה ב', בו נאמר כי דינו של הנושה המחזיק במשכון כ"שומר שכר"; וראו עוד רמב"ם מלוה ומלוה פ"ג; ככלל, במשפט העברי שונה המשכון משעבוד נכסים במסמך בכתב (בשטר). בעוד שהמשכון הוא החזקת הנכס בפועל בידי הנושה כערובה לפירעון החוב כלפיו, נכס משועבד כתוצאה ממתן הלוואה בשטר הוא נכס המצוי בחזקת החייב והיכול אף למכרו).

10. מתוך פרספקטיבה זו, נדמה על פני הדברים ניתן לקרוא לתוך סעיף 8 לחוק המשכון, הדין במשכון שהשתכלל ב"הפקדה", גם משכון שהשתכלל בדרך אחרת, היינו, בדרך של רישום (ראו ויסמן, חוק המשכון 226-227 לעניין סעיף 10). אכן, פרשנות מעין זו, מרחיקת לכת בתוצאותיה, שכן במקרה שכזה, פירות הנכס הממושכן, למשל דמי שכירות המתקבלים מהשכרת הנכס המשועבד (יהיה זה נכס מיטלטלין או נכס מקרקעין), יהיו משועבדים לנושה כל עוד הנכס ממושכן לטובתו. זאת אפילו עובר למימוש הנכס בעת אי פירעון החוב (והשוו לעניין ההבחנה הקיימת בין שעבוד קבוע לשעבוד צף כהגדרתו בפקודת החברות – שמשמעותו מתן אפשרות למכור, לסחור ולמשכן את הנכסים המשועבדים עד למועד גיבושו של השעבוד, או אז "יורד" השעבוד ולווד ברשתו את אותם נכסים מבין הנכסים ששועבדו המצויים באותה שעה בידי החברה. וראו למשל בעניין זה: ע"א 10907/03 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פסקה 9 (22.6.2005)).

11. כאמור, גם סעיף 10 לחוק המשכון מתייחס ל"פירות המשכון", בקבעו כך:

- (א) הופקד המשכון בידי הנושה או בידי שומר מטעם הנושה שאיננו החייב (לשניהם ייקרא להלן – המחזיק), לא יהיה המחזיק רשאי להשתמש במשכון או לזכות בפירותיו, אלא אם הרשה זאת החייב בהסכם המישכון או לאחר מכן.
- (ב) הרשה החייב את השימוש במשכון או הזכיה בפירותיו, ישלם לו המחזיק, באין הסכם אחר, את התמורה הראויה.
- (ג) היה המשכון נושא פירות שמטבעם אינם משתמרים, חזקה על החייב שהרשה למחזיק לזכות בהם.

הווה אומר, באין קביעה אחרת בהסכם, "השימוש" במשכון מופקד בידי נושה או "זכיה בפירותיו" תתאפשר רק אם הממשכן הסכים לכך (סעיף 10(א)). במקרה שכזה על הנושה המחזיק במשכון לשלם לחייב-הממשכן תמורה ראויה בגין השימוש (סעיף 10(ב); וראו: ויסמן, חוק המשכון 204-205, 228-229). הסעיף מתייחס למצב שבו החייב מאפשר לנושה, אשר מחזיק בשעבוד, לעשות שימוש בנכס או לזכות בפירותיו. מדובר אפוא ב"הנאה" שיכול הנושה להפיק מהמשכון. אם השתמש בעל המשכון בנכס ללא רשות או הפיק ממנו פירות, הוא חייב בהשבת ההנאה לבעלים (דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 528 (מהדורה שניה, 1998); יצוין כי גם סעיף זה חל כאמור רק על "משכון מופקד". אך יש הסוברים כי במקרה זה אין קושי להחיל את הדין בדבר "משכון מופקד" גם על משכון רשום, שעה שממילא לצורך יישום הסעיף נדרש תנאי של הסכמה מצד החייב (ויסמן, חוק המשכון 226-227)). בכל מקרה, אין בסעיף כדי לקבוע כי המשכון חל על פירות הנכס שהופקו מהנכס על ידי החייב.

12. סוגיית גורל פירות נכס משועבד אינה אפוא סוגיה פשוטה ולולי הסכמתם המפורשת של הצדדים לשעבד את דמי השכירות באיגרת החוב, ולולי ויתרו אורן על זכותם זו באופן מפורש וברור במסגרת הסכם הבוררות משנת 1996, נאלצים היינו להתחקות אחר כוחו של שעבוד זה. אלא שדיה לשמחה זו בשעתה הראויה.

עוולת הרשלנות

13. חברי השופט שטיין הגיע למסקנה כי יש להטיל על כהן אחריות ישירה ומלאה בגין החובות לאורן, אך זאת שלא כפי שקבע בית המשפט המחוזי, בהתבסס על עוולת הרשלנות, כי אם מכוח דוקטרינת השימוש לרעה בהליכי משפט. זאת מכיוון שלא התקיימו בין אורן לגב' כהן "יחסים מיוחדים" מכוח דין או מצג. כשלעצמי אינני סבור כי נפל פגם בהכרעת בית המשפט המחוזי המטילה אחריות על כהן מכוח עוולת הרשלנות. ואסביר.

14. כפי שציין חברי, בית משפט זה הכיר באפשרות של הטלת אחריות בנוזיקין, בגין עוולת הרשלנות, בשל נזק כלכלי שגרם בעל דין לבעל דין אחר, אגב ניהול הליכים משפטיים (ראו: רע"א 1565/95 סחר ושירותי ים בע"מ נ' חברת שלום וינשטיין בע"מ, פ"ד נד(5) 638 (2000) (להלן: עניין סחר ושירותי ים); ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך ב' 910 (2012) (להלן: גלעד)). אמנם, נקודת המוצא לדיון היא כי נדרשת זהירות בהטלת חובות יתר על בעל דין בקשר לניהול הליכים משפטיים, וזו לא תוטל בנקל. זאת בין היתר בהתחשב בחשש ליצירת הרעת-יתר מפני הגשת תביעות; החשש מפני פגיעה בזכות הגישה לערכאות; הפגיעה בעיקרון סופיות הדיון ועוד (ראו

האסמכתאות אליהן הפנה חברי בפסקאות 44-45 לחוות דעתו). ברם, במקרים המתאימים, בוודאי כאשר מדובר ברשלנות בולטת או בניצול לרעה של הליכי משפט, נפגע מהליך משפטי אשר ננקט על ידי יריבו עשוי למצוא מרפא לנזקיו באמצעות עוולת הרשלנות, אם התקיימו יסודותיה (ע"א 2273/02 חברת פסל בע"מ נ' חברת העובדים השיתופית הכללית בארץ ישראל בע"מ, פ"ד נח(2) 36, 45 (2003) (להלן: עניין פסל)). גם מבחינת מדיניות משפטית ראויה ומנקודת מוצא של חשיבותה ומעמדה של זכות הגישה לערכאות, הרי שיש מקום להימנע משמירת-יתר על זכות הגישה לערכאות, כאשר מדובר בהליכים לא-ראויים, שננקטים תוך שימוש לרעה ובחוסר תום לב מובהק (ראו גם: משה בר עם "הליכי סרק אזרחיים" עלי משפט ו 184-195 (תשס"ז) (להלן: בר עם, הליכי סרק אזרחיים)).

15. השאלה היא אפוא, האם התקיימו במקרה זה יסודות עוולת הרשלנות ובכלל זה חובת הזהירות ולא אם התקיימו "יחסים מיוחדים", כעמדת חברי. אין מדובר במבחן שאין בלתו, גם אם ניתן לומר כי אכן קיימת נטייה להטיל אחריות בנזיקין באותם מקרים שבהם התקיימו בין הצדדים "יחסים מיוחדים" (ראו למשל: ע"א 3510/99 ולעס נ' אגד – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל, פ"ד נה(5) 826, 840 (2001); ראו גם: גלעד, 905 המגדיר את דרישת "היחסים המיוחדים" כאחת מ"משבצות האחריות המסורתיות לנזק כלכלי טהור"). אף צוין מפורשות בעניין פסל, כי בית משפט זה "הכיר בקיומה של חובת זהירות שחב בעל-דין כלפי יריבו בנוגע לפעולות המתבצעות במסגרת הליך שיפוטי" (שם, פסקה 12), בהבהירו כי על אף שבעניין סחר ושירותי ים דובר על שימוש בלתי ראוי שנעשה במכשיר העיקול הזמני, ניתן ליישם גם בקשר לפעולות אחרות שנקט בעל-דין במהלך התדיינות משפטית. כאשר, כפי כבר הובהר בעניין סחר ושירותי ים, השאלה אם קיימת חובת זהירות (מושגית או קונקרטי) אם לאו, היא שאלה אשר נבחנת בעיקר על פי מבחן הצפיות. היינו, האם ניתן היה לצפות את הנזק שנגרם והאם ראוי להטיל אחריות בגינו, אלא אם כן קיימים שיקולים של מדיניות משפטית השוללים את החובה (ע"א 8133/03 יצחק נ' לוטם שיווק בע"מ, פ"ד נט(3) 66, 79 (2004) (להלן: עניין לוטם); ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 131 (1985); ע"א 3521/11 וגנר נ' עבדי, פ"ד סז(1) 84, 108 (2014)).

16. אכן לא על כל מתדיין חלה חובת זהירות מושגית כלפי יריבו. חובת זהירות של בעל דין כלפי בעל דין אחר אגב נקיטת הליכים משפטיים הוכרה כאמור בפסיקה, אם כי לא הוצבו לה גדרים וגבולות ברורים (ראו: ש' גנוסר "מיטרד ליריב – נגישה, קינטור וטרדנות בהליכי משפט" משפטים ב 221, 553 (התש"ל-התשל"א); ברעם, הליכי סרק אזרחיים). מכל מקום קיומה של חובת זהירות והיקפה נלמדת ממקרה למקרה ומשתנה

בהתאם לנסיבות העניין הקונקרטי (ראו למשל: ע"א 2599/13 עו"ד משה הרמן נ' עלדור, פסקה 32 (3.9.2015)). כפי שציין חברי, בנקיטת הליך שהוא "פעולה משפטית" כמשמעה בסעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, חלה חובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב, ויש גם בהוראה זו כדי להשפיע על היקפה של חובת הזהירות המושגית שיש להטיל על נוקט הליכים כלפי הצד שכנגד (ראו גם: עניין סחר ושירותי ים, עמ' 657-658).

17. מכל מקום, בענייננו, לא הייתה כל מחלוקת בדבר קיומה של חובת זהירות מושגית או קונקרטית, והצדדים לא העלו כל טענות בעניין זה. תמים דעים אני גם עם קביעת בית המשפט המחוזי כי במקרה זה לא מתעורר הצורך להכריע בדבר גבולותיה המדויקים של האחריות הנזיקית, נוכח התנהלות כהן אשר ניתן לאפיינה כהתנהלות קיצונית וחריגה. לא למותר לציין כי כאשר ניתן בנקל לצפות נזק, הרי שקיימת גם חובת זהירות מושגית, אלא אם קיימים שיקולי מדיניות השוללים את החובה (ע"א 145/80 ועניין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 113 (1982)). די לטעמי בכך שבנסיבות העניין, ניתן היה לצפות כי פעולות מהסוג שננקטו יגרמו לנזק. כמו כן, מקרה זה אינו מעורר שאלה ביחס להתקיימותה של חובת זהירות קונקרטית. שכן לא רק שכהן יכלה לצפות באופן סביר כי יגרם נזק לאורן, ולא רק שהיא צפתה נזק זה בפועל, אלא גם שמההליך שהתנהל לפני בית המשפט המחוזי עולה כי היא יחלה והתכוונה להתקיימות נזק זה (מתוך חקירתה הנגדית: "אנחנו עשינו הכל בשביל להכשיל את ההחלטה" (עמ' 106 שורה 9 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי)). כך כהן גם הדגישה בערעורה כי אינה חולקת על פסיקת בית המשפט המחוזי כי "כאורגן של החברה הקבלנית, ניסתה לסכל את מכירתה של חנות הרהיטים" (פסקה 4 לערעור). גם מבחינת מדיניות שיפוטית, צריך לומר שמדובר בסוג המקרים אשר אין כל מקום לסייג לגביו את תחולת דיני הנזיקין, ובכלל זה התכלית ההרתעתית שבהם.

18. נזכיר בקצרה על קצה המזלג את נסיבות המקרה. פסק הבוררות אשר קיבל תוקף של פסק דין בשנת 1997 (1.9.1997), אשר הגדיר חובות פסוקים להם זכאים אורן ונכסים מהם ימומשו זכויותיהם סוכל על ידי כהן במשך שנים רבות. אורן עתרו למינוי כונס נכסים לצורך מימוש נכסיהם, ובקשתם התקבלה (פר"ק 1087/09). אולם חרף פסיקת הערכאות השונות כי על קבוצת כהן לפעול לביצוע פסק הבוררות ומימוש הנכסים ללא הפרעה, זו מנעה במשך שנים את מימוש זכויות אורן ולמעשה הצליחו באופן חלקי ביותר לממש חלק מזכויותיהם. ובמילותיו של בית המשפט המחוזי (פר"ק 1087-09 בהחלטה מיום 22.3.2017):

"...תיק כינוס סטנדרטי, שאמור היה להסתיים תוך פרק זמן קצר, הלך ותפח בעטיים של המשיבים למימדים של תיק ענק. עד כה הוגשו בתיק זה לבדו למעלה מ-100 בקשות, ניתנו בו 414 החלטות ועוד היד נטויה. במקביל מעסיקים בעלי הדין כמעט כל ערכאה אפשרית, וקשה למנות את מספר המוטבים שנדרשו עד היום לדון בפרטי הסכסוך, שהלך והסתבך עד בלי די. לצערי עליי לקבוע כי המשיבים עושים כל שלא ידם על מנת להכשיל את הליך הכינוס, ולכל הפחות, לתקוע מקלות בגלגליו, וזאת הם עושים בכשרון דיוני בלתי מבוטל, תוך שהם מציגים את עצמם בהליכים אחרים כבעלי הזכויות בחנות, אגב הכשלת כל נסיון של הכונס להשלים את מלאכתו..." (שם, פסקה 16).

כהן לא בחלה בנקיטת צעדים חמורים במיוחד. גם לאחר שהצליח לבסוף מימושה של "חנות 33" (אחת משתי יחידות הפרויקט מושא הסכם הבוררות והליכי הכינוס), וזו נמכרה לאורן על פי פסק דין, כהן המשיכה לפעול למניעת רישום הבעלות על שם אורן. כך, ובניגוד מפורש לפסיקת בית המשפט, היא רשמה הערת אזהרה לטובתה על החנות, תוך הכשלת רשם המקרקעין והכל על מנת למנוע מהכונס להשלים את הליכי הרישום (פר"ק 1087-09 מיום 22.3.2017).

19. בענייננו מדובר אפוא בפעילות ברשלנות גסה ובחוסר תום לב מובהק. מקרה זה עומד ממילא באמת המידה המחמירה שהציעה השופטת ט' שטרסברג-כהן בעניין סחר ושירותים ים לגבי מידת הרשלנות, היינו "רשלנות גסה או רשלנות רבתי או התנהגות בזדון או בחוסר תום לב על מנת להעמיד לנתבע עילת תביעה ברשלנות" (שם, עמ' 644) ואף "התנהגות שיש עמה רשלנות בולטת או ניצול לרעה של הליכי משפט" (עניין 99, פסקה 12).

20. בנסיבות אלו, אינני מוצא לנכון להביע עמדה באשר להתאמתה של דוקטרינת השימוש לרעה בהליכי משפט כמקור עצמאי להטלת חובה על כהן לפצות את אורן על מלוא הפסדיו ונזקיו, כפי שמצא חברי השופט שטיין לעשות.

אחריות אישית בנוזיקין

21. כפי שציין חברי, כהן בערעורה טוענת כי בית המשפט "הרים את מסך ההתאגדות" בינה לבין החברות שבשליטתה. בעניין זה נפלה כהן לכלל טעות. יש להבחין בין הטלת אחריות אישית בנוזיקין על אורגן של החברה לבין הרמת מסך ההתאגדות, השייכת לתחום משפטי אחר (ע"א 393/08 שגיא נ' כפר ביאליק כפר שיתופי להתתייבות חקלאית בע"מ, פסקה 16 (23.2.2010)). משמעותה של הטלת אחריות אישית

אינה הרמת מסך ההתאגדות של החברה, כאשר בהטלת אחריות אישית על נושא משרה בחברה נשמר הכלל בדבר אישיותיה המשפטית הנפרדת של החברה (ע"א 313/08 נשאשיבי נ' רינראוי, פ"ד סד(1) 398 (2010)). לפיכך אף נקבע כי ראוי להעדיף את מודל האחריות האישית על פני מודל הרמת המסך (ע"א 9916/02 אהרן נ' שולדר חברה לבניה בע"מ (5.2.2004)):

"אחריות אישית הינה תופעה נורמטיבית שונה בתכלית מהרמת מסך ההתאגדות של החברה. אחריות אישית פירושה הטלת חבות על האורגן עצמו, באופן אישי, בשל פעולותיו. הרמת מסך היא תרופה. מהותה של התרופה – התעלמות מהאישיות המשפטית של החברה ויצירת קשר משפטי ישיר בין צד שלישי לבין בעלי המניות בחברה. יש להדגיש, כי האחריות האישית מקיימת את העיקרון היסודי בדבר אישיותה המשפטית הנפרדת של החברה. הרמת המסך מכרסמת באותו עיקרון על-ידי התעלמותה ממנו. יתרונה של האחריות האישית הינו בהצלחתה להרחיב את מעגל היריבויות ולתרום לפיתוחם של סטנדרטים לאחריות אישית של נושאי משרה ובעלי שליטה בחברה, מבלי לכרסם בכלליותו של עיקרון האישיות המשפטית הנפרדת". (שם, פסקה 42).

ממילא אפוא, כאשר נמצא בסיס אחר לאחריות במסגרת דיני הנזיקין מכוחו ניתן להטיל חבות אישית על נושאי המשרה, שוב אין מקום להיזקק לדוקטרינה של הרמת מסך (וראו גם: עניין לוטס, עמ' 74-75).

22. מודל האחריות האישית קובע כי לנושא משרה בחברה אין חסינות לעוולות נזיקיות שביצע באופן אישי רק משום שהוא אורגן של החברה. פעולותיו של נושא המשרה צריכות להיבחן ככל אדם פרטי, והוא יחוב בנזיקין בהתאם לכללים הקובעים חבות זו (עניין לוטס; ע"א 8910/05 א. אדמון בע"מ נ' וינבלט (20.9.2007)). מדובר באחריות אישית הנובעת ישירות ממעשיו וממחדליו של נושא המשרה ואינה תלויה בחבותה של החברה (ע"א 6507/11 מפעלי לוקי לבניה בע"מ נ' ג. עיט חברה לשירותים בע"מ, פסקה 15 (11.3.2014)).

23. ביתר פירוט, ייחוס אחריות בנזיקין לנושא המשרה שגרם לעוולה, נובעת מעיקרון היסוד של דיני הנזיקין, כי מי שמקיים את היסודות של עוולה נזיקית, אחראי למעשיו שלו, כמו גם לחוסר תום לבו שלו. אין במעמדו של המעוול בתאגיד כדי לשחררו מאחריותו האישית על מעשיו שלו (רע"א 7875/06 זלץ נ' הכשרת היישוב חברה לביטוח בע"מ (29.11.2009); ע"א 407/89 צוק אור בע"מ נ' קאר סקירטי בע"מ, פ"ד מח(5) 661,



697 (1994)). עצם העובדה שאדם מבצע עוולה לא למען עצמו, אלא כעובד או כשלוח של אחר, אין בה כדי לשחררו מאחריות אישית בנזיקין. בדומה, עצם העובדה שאדם מבצע עוולה בנושא משרה של תאגיד, אין בה כדי לשחררו מאחריות ביצוע עוולה (ע"א 148/82 גליק נ' ארמון, פ"ד מה(3) 401, 404 (1991)). וכפי שאמר בית המשפט: "עמדתם של דיני הנזיקין היא העמדה האינדיבידואליסטית, לפיה כל אדם חטאו יישא" (ע"א 507/79 ראוונדאף נ' חכים, פ"ד לו(2) 757, 794 (1982)). ויודגש, אחריותו הנזיקית של נושא המשרה היא אחריותו שלו. היא אינה אחריותה של החברה. אכן, החברה עלולה לשאת יחד עמו באחריות, אך אחריותו של נושא המשרה במקרה כזה נובעת ממעשיו וממחדליו שלו.

24. המבחן לצורך הטלת אחריות אישית על נושא משרה בחברה, הוא אותו מבחן "רגיל" הקיים בדיני הנזיקין, קרי קיום יסודות העוולה. יחד עם זאת, על המבקש להטיל אחריות אישית על נושא משרה בחברה, ישנה חובה להצביע על עילה ספציפית נגדו ולהניח תשתית ראייתית אשר ממנה עולה כי נושא המשרה קיים את יסודותיה. אם לא כן, ניתן אולי להיפרע מן החברה, אך לא מנושא המשרה עצמו (עניין פסל, עמ' 43). במסגרת זו אין די להיווכח כדרישת הדין בדרך כלל, כי נורמת תום-הלב המכתיבה רמת התנהגות אובייקטיבית הופרה, אלא יש להראות שעל נושא המשרה רובץ אשם אישי סובייקטיבי למעשים או למחדלים שיש בהם משום ביצוע עוולה או הפרת חובה חוקית (ע"א 9183/99 פניגשטיין נ' חברת חברי המהפך מס' 1 (מחצבות) בע"מ, פ"ד נח(4) 693, 701 (2004); ע"א 10385/02 מכנס נ' ריג'נט השקעות בע"מ, פ"ד נח(2) 53, 58 (2003)). הטלת אחריות אישית בנזיקין על מנהל חברה מותנית בכך שבמעשיו או במחדליו התקיימו כל היסודות הנדרשים לגיבושה של אחריות על פי דיני הנזיקין (ע"א 4612/95 מתתיהו נ' שטיל, פ"ד נא(4) 769 (1997)).

25. בענייננו כאמור, בית המשפט הטיל על כהן אחריות אישית בגין מעשיה, לאחר שמצא כי היא הייתה הגורם הדומיננטי שעמד מאחורי הפעולות והצעדים שננקטו שוב ושוב לסיכול מימוש הנכסים. כהן עצמה הבהירה במסגרת הערעור שלפנינו כי היא אינה חולקת על כך שהיא זו שעמדה מאחורי סיכול מימוש הנכסים. לא רק שלא מדובר כלל ב"הרמת מסך", אלא שבנסיבות העניין, גם בגוף ההחלטה בדבר הטלת אחריות אישית על כהן לא נפל כל פגם.

סוף דבר, מצטרף אני כאמור לתוצאה אליה הגיע חברי השופט שטיין כי דין שני הערעורים להידחות.

## שׁוֹפֵט

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. הנני מצטרף לתוצאה שאליה הגיעו חבריי: השופט א' שטיין והשופט ד' מינץ כי יש לדחות את שני הערעורים.
2. בין חבריי הנ"ל נפלו עם זאת מחלוקות משפטיות ביחס לעילת החיוב שהושת על גב' יהודית כהן, וביחס לסוגיית שעבוד דמי השכירות (נושא שממילא הדיון בו היה "למעלה מן הנדרש" נוכח הוויתור הלכאורי של קבוצת אורן על זכויות ותביעות שהיו לה כלפי קבוצת כהן לפני חתימת הסכם הבוררות – בתאריך 03.12.1996).
3. במחלוקת המשפטית הראשונה הנ"ל – אני נוטה לדעה שאותה הציג חברי, השופט א' שטיין, כי קיימת עילה עצמאית מכח סעיף 39, בצירוף סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, המאפשרת הגשה של תביעה לפיצויים בגין שימוש לרעה בהליכי משפט שנפתחים, או מתנהלים שלא בדרך מקובלת ובחוסר תום לב בוטה. גישה זו מבטאת איזון ראוי וזהיר בין הזכויות החוקתיות הרלבנטיות לגישה לערכאות (וההגבלות האמורות לחול עליהן), העומדות הן לתובע והן לנתבע (ראו: אבישי אדו, שימוש לרעה בהליכי משפט – הגנה דיונית מפני ניצול לרעה של זכות הגישה לערכאות, 72-30 (2013)).
- בצידה של עילה זו אני סבור, כמו חברי השופט א' שטיין, כי ניתן לפצות בשל שימוש לרעה בהליכי משפט אף בעילה של רשלנות, ואולם זאת במתווה צר יחסית, כאשר בעל דין פוגע באינטרס של יריבו ע"י הפרתה של חובת זהירות, שמקורה ביחסים מיוחדים בין השניים, אשר נוצרים מכוח הדין, או מכוח הבטחות, או מצגים, שניתנו במסגרת מערכת היחסים הרלוונטית. יחד עם זאת, לשיטתי, בסייג האמור – אין מדובר ב"רשימה סגורה" של מצבים וניתן להכליל בגדר חובת הזהירות המושגית והקונקרטי גם קטגוריות מצומצמות נוספות, והכל בהתאם לנסיבות.
4. במחלוקת המשפטית השנייה הנ"ל – אני מצדד בגישתו של חברי, השופט ד' מינץ, ואולם אני מעדיף להשאיר סוגיה זו כולה בצריך עיון, שכן היא לא נדרשת כאמור להכרעה במכלול שלפנינו, בשים לב לויתור הלכאורי של קבוצת אורן הנ"ל (נקטתי כאן בביטוי: לכאורי, שכן מחילת החיובים הייתה כפופה פה למימוש הסכם הבוררות מתאריך 03.12.1996, וזה הופר ע"י קבוצת כהן – עד שזו חויבה לבצעו).

המשנה לנשיאה

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שטיין.

ניתן היום, א' בכסלו התשפ"א (17.11.2020).

שופט

שופט

המשנה לנשיאה