

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 718/07

בפני :
כבוד השופט א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט י' אלון

המערערים :
1. הרב דניאל ביטון
2. משה זיגלבוים
3. נווה אור ניהול והשבחת נכסים בע"מ

נגד

המשיבים :
1. חברת העובדים השיתופית הכללית בארץ ישראל בע"מ
2. הבונה בע"מ
3. עו"ד וילי יחזקאל יצחקי
4. הסתדרות העובדים הכללית החדשה

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים
בת"א 7012/05 שניתן ביום 14.12.06

תאריך הישיבה : י"ז באדר ב התשס"ח (24.03.08)

בשם המערערים : עו"ד בנימין שור
בשם המשיבים 1-3 : עו"ד רחל בן-אורי
בשם המשיבה 4 : עו"ד אופיר רונן

פסק-דין

השופט י' אלון:

בפנינו ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט מ' דרורי) מיום 14.12.06, בגידרה נדחתה תביעת המערערים נגד המשיבים 1-3 ונקבע כי תובענת המערערים תמשיך להתברר כנגד המשיבה 4 בלבד (להלן: ההחלטה השנייה). כמו כן, מכוון הערעור כנגד החלטה קודמת של בית המשפט קמא מיום 27.7.06 ובה נעתר בית המשפט לבקשת המשיבים והורה על מחיקת משכנתאות שנרשמו על נכסי המשיבה 4 לטובת המערערת 3 והמרתם בבטחונות אחרים לזכות המערערים (להלן: ההחלטה הראשונה).

לאור העובדה שהחלטה השניה סיימה את הליכי התובענה בכל הקשור למשיבים 1-3, הערעור עליה הינו בזכות. לאור זאת, החליט הרשם של בית משפט זה ביום 25.4.07, כי הדיון בערעור זה מיותר הצורך בדיון בבקשת רשות הערעור שהגישו המערערים לעניין ההחלטה הראשונה (רע"א 8000/06), ובהתאם לכך הורה באותה ההחלטה על מחיקת בקשת רשות הערעור הנ"ל.

ההליכים בבית המשפט קמא

1. בכתב התביעה המקורי (הוגש ביום 1.1.05) ולאחר מכן המתוקן (18.7.05) נטענה על ידי המערערים כנגד המשיבים תמצית העובדות דלהלן: המשיבה 1 (להלן: חברת העובדים) והמשיבה 2 (להלן: הבונה בע"מ) הינן בעלות הזכויות הרשומות בנכס הידוע כ"בית ההסתדרות" בירושלים והרשום כחלקות 40, 41 ו-112 בגוש (שומה) 30065 בירושלים (להלן: הנכס). חברת העובדים והבונה נשלטות על ידי המשיבה 4, הסתדרות העובדים הכללית החדשה (להלן: ההסתדרות).

בחדש אפריל 1999 הלוותה המערערת 3 (להלן: המערערת), כנאמן עבור המערערים 1 ו-2, להסתדרות סכום העולה על ארבעה מיליון דולר, ולהבטחת פרעון ההלוואה מושכנו לזכותה במשכנתא רשומה זכויותיהם של חברת העובדים והבונה בע"מ בנכס. המשכנתא נרשמה (לזכות המערערת) בספרי רשם המקרקעין ביום 27.4.99 (להלן: המשכנתא).

בינואר 2002 נערך הסכם בין המערערת, חברת העובדים וההסתדרות, ובו פורטו התנאים והמועדים להחזר ההלוואה באחד עשר תשלומים חודשיים של 407,431 דולר כל אחד, אשר בכפוף לפרעונם "יתבטל השיעבוד הרובץ על זכויות חברת העובדים והבונה בע"מ בנכס" (סעיף 3.3 להסכם).

במעמד חתימת ההסכם חתמה המערערת על כל המסמכים הנדרשים להסרת ומחיקת המשכנתא (מסמכי הביטול). בסעיף 8.3 נקבע, כי מסמכי הביטול יופקדו בידי ב"כ המערערת, וכי זה יעבירם לידי הנאמנות של ב"כ חברת העובדים "לאחר פרעון התשלום השישי במספר". עוד נקבע, כי "ב"כ חברת העובדים יעביר את מסמכי הביטול לידי חברת העובדים במועדים הקבועים בהסכם זה, ובלבד שנוכח לדעת כי תשלומי החזר על חשבון ההלוואה התבצעו". לאור זאת, ולאחר שנפרע התשלום השישי, הועברו מסמכי הביטול לידי הנאמנות של ב"כ חברת העובדים, הלא הוא המשיב 3, עו"ד ו' יצחקי (להלן: הנאמן).

בתחילת שנת 2004 פרצה מחלוקת בין הצדדים לשאלת סילוק יתרת ההלוואה. בעקבות כך פנו המערערים ללשכת ההוצאה לפועל בבקשה למימוש המשכנתא, ובתגובה הגישו ההסתדרות וחברת העובדים בקשות בטענת "פרעתי". בשלב מסוים הודיע הנאמן למערערים, כי בכוונתו למסור מסמכי הביטול לידי חברת העובדים וההסתדרות לצורך ביטול המשכנתא ומחיקתה.

3. נוכח ההתרחשויות האמורות, הגישו המערערים את כתב התביעה המקורי לבית המשפט קמא (ביום 1.1.05) כנגד הנאמן. בתביעתם עתרו לצו מניעה קבוע שיאסור על הנאמן "לעשות כל פעולה או העברה שהיא במסמכי הנאמנות אלא לפי הוראת ערכאה שיפוטית מוסמכת, או לאחר שהסכסוך בין התובעים (המערערים) לחייבות (חברת העובדים וההסתדרות) ייושב בהסכמה או על ידי ערכאה שיפוטית מוסמכת".

לכתב התביעה המתוקן (שהוגש ב-18.7.05) צרפו המערערים כנתבעים נוספים את ההסתדרות, את חברת העובדים ואת הבונה בע"מ. נטען על ידם, כי יתרת החוב של ההסתדרות וחברת העובדים הינה 7,314,306 ש"ח, והסעדים שנעתרו היו צו מניעה קבוע נגד הנאמן (כנעתר בתביעה המקורית) ו"לדחות טענת 'פרעתי' של החייבות".

המשיבים, בכתבי ההגנה שהגישו, טענו כי אמנם נותרה יתרת חוב של ההסתדרות בסך 683,748 דולר לזכות המערערים (ולא כסכום הנטען על ידי המערערת), אולם לאור ההסכמים שבין הצדדים אין ביתרה זו (הנובעת בעיקרה מהפרשי שער) לעכב את ההוראות שניתנו לנאמן להעביר מסמכי הביטול לידי ההסתדרות וחברת העובדים.

4. בד בבד עם הגשת כתב ההגנה המתוקן פנו חברת העובדים והבונה בע"מ בבקשה לבית המשפט קמא (בש"א 2813/05), ובה ביקשו, כסעד ביניים, כי בית המשפט יורה על מחיקת המשכנתא כנגד המרתה ברישום שיעבוד לטובת המערערים על זכויות חברת העובדים בנכס אחר שבבעלותה (חלקה 196 בגוש 6126 ברמת גן – להלן: הנכס האחר). על פי הטענה, שוויו של בית ההסתדרות מוערך ב-9.5 מיליון דולר, ואילו גובה החוב הנטען על ידי המערערים הינו לא יותר מ-1.6 מיליון דולר (כאשר לטענת ההסתדרות גובה החוב הינו כ-658,000 דולר בלבד, וגם סכום זה – כך נטען על ידן – אינו מובטח במשכנתא על הנכס דנן).

על כן, כך טענו המשיבות בבקשתן, "אין כל הצדקה להותרת שעבוד על הנכס אשר כאמור ערכו עולה עשרות מונים על גובה הטענות הכספיות של המשיבים 1-3 (המערערים דנן), והותרתו מסיבה למבקשות נזקים כספיים רבים".

כבטוחה החלופית הציעו כאמור המשיבות נכס מקרקעין ברמת גן, כבעלות חברת העובדים, ובשווי לפי הערכת שמאי של 1.5 מיליון דולר. המשיבים באותה הבקשה (המערערים דנן) התנגדו לנעתר בה. לטענתם, זכות המשכנתא שבידיהם הינה זכות קניינית רשומה אשר על פי המוסכם היא תשאר בתוקפה עד לסילוק מלוא יתרת החוב. לטענתם, בית המשפט אינו מוסמך ואינו רשאי לשנות מתנאי הסכמי ההלוואה והשעבוד שנערכו בין הצדדים או לגרוע מזכויות הקניין של המערערים במשכנתא.

5. בהחלטה המפורטת והמנומקת עד למאוד מיום 27.7.06 (ההחלטה הראשונה) נעתר בית המשפט קמא לבקשת הביניים של חברת העובדים והבונה בע"מ, והורה, כסעד ביניים, על מחיקת המשכנתא מהנכס – "וזאת כנגד תשלום סך של 680,000 דולר (יתרת החוב שאינה שנויה במחלוקת – י"א), שעבוד הנכס האחר ברמת גן והמצאת ערבות בנקאית על סך 430,000 דולר". כבוד השופט מ' דרורי קבע, בין היתר, כי:

"סבור אני כי אין בהענות לבקשה משום עריכת חוזה חדש, אלא יישום של עקרון תום הלב, באופן שבו בית המשפט מורה למשיבים (המערערים – י"א) כי מכוח סעיף 39 לחוק החוזים היה עליהם להענות לבקשת המבקשות (להמרת המשכנתא – י"א), כאשר הן פנו אל המשיבים, ומשלא עשו כן המשיבים בית המשפט הוא זה אשר מפעיל, הלכה למעשה, את עקרון תום הלב" (סעיף 43 להחלטה).

עוד נקבע, כי:

"...במקרה שלפנינו, יש צורך חברתי לקבוע כי אכן חובת הצדדים לנהוג בהגינות ובתום לב, זה כלפי זה. ללווה יש ציפיות כי המלווה ינהג כלפיו בהגינות, וכל עוד לא פוגע הוא באינטרס הבסיסי של המלווה מצפה הלווה כי המלווה יפעל על פי מידה אנושית ולא ידבוק במידת סדום, אשר על פיה גם במקרה של 'זה נהנה וזה לא חסר' מסתתר הצד האחר מאחורי מילות החוזה או הקניין, על אף שפוגע הוא בצד השני מבלי שהדבר מביא לו תועלת (לעניין מידת סדום, נשוב ונדרש בהרחבה בחלק של ההחלטה העוסק במשפט העברי).

... מבחינה זו, אין על פני הדברים הבדל עקרוני בין 'גרירת המשכנתאות' בשוק הדירות יד שניה לבין המקרה שלפנינו. אמנם לא הובאו בפני ראיות בדבר חובת הבנקים (למשכנתאות – י"א) לגרור את המשכנתאות, ואם הדבר כלול בחוזי המשכנתא של כל בנק. אך מאחר ומדובר בתופעה רחבת היקף שניתן לומר כי ללא קיומה שוק מכירת הדירות יד שניה לא היה יכול לתפקד, אפשר לכנות את המצב של 'גרירת משכנתא' כ'דרך מקובלת'.

מכאן עולה, כי מי שאינו נוהג על פיה סוטה מהוראות סעיף 39 לחוק החוזים וניתן לסווג את סירובו לגרור את המשכנא כמעשה הסותר את ההגינות ואינו מתיישב עם עקרונות תום הלב והדרך המקובלת הקבועים בסעיף 39 הנ"ל (סעיף 51 להחלטה).

השופט מ' דרורי הוסיף וערך היקש לעניין זה מההלכות הפסוקות לעניין סמכות בית המשפט להמיר עיקול זמני מנכס אחד לנכס אחר (ע"א 96/90 "היגב" ארגון פועלים להתישבות שיתופית בע"מ נ' גרינברג, פ"ד יד 1555; ע"א 272/71 בן דוד נ' החברה להימורי ספורט בע"מ, פ"ד כו(2) 97, 103 (1972)), וקובע לעניין זה כי:

"עקרונות אלה ניתנים ליישום גם בפרשתנו. מטרת המשכון הוא יצירת בטוחה אשר תאפשר למלווים (המערערים דנן) לגבות את החוב המגיע להם מאת הלווה (ההסתדרות – י"א).

במקרה שלפנינו, החוב הובטח בדרך של משכנתא על בית ההסתדרות. מכאן, שהמלווים היו ערים לכך שאין בידם בטוחה נזילה, אלא משכנתא על נכס אשר לצורך הפיכתה לכסף נזיל מחייבת היא הליכי מימוש בהוצאה לפועל. ואכן, המלווים פתחו תיק בהוצאה לפועל נגד ההסתדרות. הצעת המבקשות בבקשה שלפנינו, להמרת המשכנתא על 'בית שטראוס' (בית ההסתדרות – י"א) במשכנתא על הנכס האחר ברמת גן, עונה למבחינים שנקבעו (לעניין המרת עיקול זמני – י"א) בפרשת היגב, כפי שפורשה בפרשת בן דוד" (סעיף 68 להחלטה).

בסעיפים 125-170 להחלטה עורך השופט דרורי מחקר מקיף ומעניין במקורות המשפט העברי לעניין חובת תום הלב ומשמעותה, וזאת בגידרם של עקרונות שונים שנקבעו לעניין זה במקורות התלמודיים וההלכתיים אשר בהם הוגדרו וכילו מידותיו של העקרון הגדול ולפיו "כופין על מידת סדום". כמו כן, נסקרים בהחלטה עקרונות נוספים מעולם ההלכה והתלמוד לעניין כפיית בעל דין לנהוג במקרים המחייבים זאת לפני משורת הדין, וביניהם "ועשיית הישר והטוב", החובה לשאת ולתת באמונה,

"מה ששנוא עליך לא תעשה לחברך", צדק כדין וצדק כלפנים משורת הדין, ועוד אוצרות רבים ומסולאים מפז שבמקורותינו.

6. ההחלטה הראשונה ניתנה כאמור ביום 27.7.06. שבועיים לאחר מכן, ביום 9.8.06, פנה ב"כ המערערים לבית המשפט קמא בבקשה לעכב את ביצוע ההחלטה "עד למתן פסק הדין בבקשת רשות ערעור שהמבקשים (המערערים – י"א) עומדים להגיש לבית המשפט העליון". בבקשת עיכוב הביצוע נטען ע"י המערערים, בין היתר, כי "אם תימחק המשכנתא (עפ"י ההחלטה הראשונה – י"א) לא רק שיהיה זה 'קשה באופן ממשי' להחזיר את המצב לקדמותו, אלא שהדבר יהיה בלתי אפשרי לחלוטין. הדבר עשוי להפוך את בקשת רשות הערעור לחסרת משמעות לחלוטין. גם אם המבקשים (המערערים – י"א) יזכו בבר"ע, יהיה נצחונם לנצחון פירוס".

בהשלמת טיעון בכתב לבקשת עיכוב הביצוע (מיום 20.8.06) הוסיפו המערערים וציינו כי הם "הסכימו כבר במהלך הדיונים, ואף עתה עומדת בעינה הסכמתם, שהפער בין ערך הנכס האחר ברמת גן יחד עם הסכום שייפרע במזומן (דהיינו 680,000 דולר – י"א) לבין סכום החוב הנטען, יובטח בערבות בנקאית או בכסף מזומן שיופקד בחשבון משותף של ב"כ הצדדים".

בתגובה לכך הודיעה ב"כ המשיבים בהודעה בכתב לבית המשפט, כי אמנם

"... בכוונת ההסתדרות ו/או המשיבות להמציא ערבות בנקאית ואין בכוונתן כרגע לבקש להמיר זאת במשכון נדל"ן נוסף (על הנכס האחר – י"א). המשיבות שומרות על זכותן להגיש בקשה לעניין זה בעתיד ... והבקשה תידון לגופה בהתאם לנסיבותיה".

ביום 21.9.06 דחה בית המשפט קמא את בקשת המערערים לעיכוב ביצוע ההחלטה הראשונה.

7. המערערים הגישו לבית המשפט העליון את בקשת רשות הערעור על ההחלטה הראשונה (מיום 27.7.06) רק ביום 3.10.06. הם לא הגישו בגידרה של אותה הבקשה בקשה לעיכוב ביצוע ההחלטה הראשונה או למתן סעד זמני בהליכי הערעור. חלף זאת, החלו הצדדים בהגשת בקשות מבקשות שונות לבית המשפט קמא למתן הוראות ו/או הבהרות כאלה ואחרות לעניין יישום ההחלטה הראשונה, לרבות בקשה של המערערים

לקיום דיון נוסף להגדרת הבטוחה החלופית, חילופי תגובות הדדיים לעניין נוסח הערכות הבנקאית ובקשות ותגובות לעניין ניסוחה של הפסיקתא להחלטה הראשונה.

בסופם של דברים, ביום 11.12.06 התבצעה ההחלטה הראשונה ככתבה וכלשונה. לאמור, המשכנתא על הנכס (בית ההסתדרות) נמחקה ובוטלה, ההסתדרות שילמה למערערים את יתרת החוב שלא היתה שנויה במחלוקת (כ-680,000 דולר), וביחס ליתרת סכום החוב השנוי במחלוקת נמסרו למערערים שתי הבטוחות, כפי שנקבעו בהחלטה הראשונה. דהיינו, ערכות בנקאית ע"ס 430,000 דולר ומשכנתא על הנכס האחר ברמת גן.

לאור זאת החליט בית המשפט קמא ביום 14.12.06 (ההחלטה השניה), כי:

"ככל שמדובר בתביעה העיקרית, אין מקום להשארת הנתבעים 1 (הנאמן, עו"ד ו' יצחקי), 3 (חברת העובדים) ו-4 (הבונה בע"מ), שכל כל זיקתם לתיק נובעת מכך שהבטוחה לחוב היתה בניין שטראוס (בית ההסתדרות) ... משמעות הדבר שיש לדחות את התביעה כלפיהם".

הליכי התובענה יימשכו, על פי ההחלטה השניה, בין המערערים (התובעים) לבין ההסתדרות לעניין בירור וקביעת יתרת החוב הנטענת ע"י התובעים ולעניין טענות ההסתדרות בתביעה שכנגד שהגישה לעניין זה נגד המערערים.

הערעור וטענותיו

8. הערעור דנן הוגש ביום 23.1.07 כנגד ההחלטה השניה, בהיותה למעשה פסק דין חלקי ובו נדחתה תביעת המערערים כנגד המשיבים 1-3, וזאת כמפורט לעיל, בהתבסס על ההחלטה הראשונה לעניין מחיקת המשכנתא, החלטה שביצועה הושלם הלכה למעשה ביום 11.12.06. מטבע הדברים מתמקדים ומתכנסים נימוקי הערעור בהחלטה הראשונה, שכן פסק הדין החלקי (ההחלטה השניה) אינו אלא פועל יוצא הכרחי ומתבקש מתוצאת ההחלטה הראשונה.

המערערים טוענים, בתמצית, כי ההלכה החדשנית שפסק בית המשפט קמא בהחלטה הראשונה מנוגדת לעקרונות ומושגי היסוד של דיני הקניין, מבטלת זכות קניינית ומתערבת באופן בוטה בחוזה שנערך בין הצדדים עד כדי ביטולו והמרתו בחוזה חדש ושונה שמעולם לא נערך ביניהם. לטענתם, המשכנתא שהיתה רשומה

לזכותם בנכס המקורי (בית ההסתדרות) הינה זכות קניינית אשר קיומה אינו מותנה בעקרונות תום הלב מתחום דיני החוזים וביצועם. זכותם הקניינית, על דרך משכון הנכס, מעוגנת בחוזה, לפיו המשכנתא לא תבוטל עד לסילוק המלא והמוחלט של ההלוואה. לבעלי הנכס, הלווים, אין זכות קנויה או אחרת לבטל זכות קניינית זו של בעל המשכנתא, אלא בהתאם לתנאי החוזה שביניהם. פועל יוצא מכך, כי לבית משפט אין סמכות לצוות על ביטול המשכנתא, גם לא תוך התניית הביטול בהמרתו במשכון אחר.

מעבר לליבת טענות אלה, מוסיפים המערערים השגות וטענות רבות לגופם ולפרטיהם של נימוקי ההחלטה הראשונה, הן אלה הנסמכים על השקפת בית המשפט קמא ופרשנותו פסקי דין שונים שניתנו בבית משפט זה והן על היסקיו ממקורות ההלכה והמשפט העברי.

9. המשיבים בטענותיהם סומכים כמובן ידיהם על ההחלטה הראשונה ועל נימוקיה. עם זאת, מעלים הם טענה מקדמית, ולפיה דין הערעור להדחות על הסף מחמת היותו תיאורטי ואקדמי ונוכח העובדה שעוד בטרם הוגש הערעור (ביום 23.1.07) היתה כבר ההחלטה הראשונה (מיום 27.7.06) למעשה עשוי אשר לא ניתן יהיה לשנותו גם אם יצדקו המערערים בטענותיהם לגופו של ערעור.

כמפורט לעיל, עוד ביום 11.12.06 נמחקה והוסרה המשכנתא נשוא הערעור, זאת לאחר שהמשיבים שלמו למערערים את סכום יתרת החוב שאינו שנוי במחלוקת (680,000 דולר), הפקידו ערבות בנקאית על סכום של 430,000 דולר ורשמו לזכות המערערים משכנתא על הנכס ברמת גן, הכל בהתאם להוראות בית המשפט קמא בהחלטה הראשונה. שלושה חודשים לאחר מכן, ביום 28.3.07, נרשמה משכנתא על הנכס, ללא הגבלה בסכום, לזכותו של בנק דיסקונט לישראל בע"מ, וזאת להבטחת אשראי שהעמיד להסתדרות.

המערערים לא פנו לבית משפט זה בבקשה לעכב את ביצוע ההחלטה הראשונה (מיום 27.7.06) בגדרה של בקשת רשות הערעור שהוגשה על ידם (כנגד ההחלטה הראשונה) ביום 3.10.06, ואף לא בגדרו של הערעור דנן (על ההחלטה השניה) שהוגש ביום 23.1.07. הם גם לא פנו לבית משפט זה בבקשה לסעד זמני בערעור. חלף זאת, כך טוענים המשיבים, המתינו המערערים לביצוע מלוא חלקם של המשיבים בהמרת המשכנתא (דהיינו, תשלום המזומן, הערבות הבנקאית ורישום המשכנתא החילופית) נשאו ונתנו כל אותם חודשים עם המשיבים בבית המשפט קמא לעניין יישום ההחלטה

הראשונה ואף הודיעו מפורשות לביהמ"ש קמא כי ישלימו עם ההחלטה הראשונה ובלבד שהבטחונות החלופיים יכללו את מרכיב הערבות הבנקאית, בנוסף למשכנתא החלופית.

לאור כל זאת, כך הטענה, גם אם תקבל ערכאת הערעור את טענות המערערים לגופה של ההחלטה הראשונה ונימוקיה – פסק דין שכזה לא יהיה ניתן לביצוע. ראשית, על הנכס המקורי נרשמה בינתיים משכנתא ללא הגבלת סכום לזכות בנק דיסקונט, וזאת להבטחת אשראי שהעמיד להסתדרות. שנית, המערערים קיבלו לידיהם את התשלום במזומן ואת הבטחות החלופיות, לרבות משכנתא שנרשמה לזכותם על הנכס האחר.

הכרעה

10. אין מנוס מהמסקנה, כי בנסיבות שנוצרו מאז ניתנה ההחלטה הראשונה – וההליכים השונים בעקבותיה – הגיעו הדברים לכלל "מעשה עשוי", ההופך את הערעור שבפנינו לאקדמי ולתיאורטי לחלוטין.

הערעור מכוון כנגד דחיית תובענת המערערים נגד המשיבים 1-3 (חברת העובדים, הבונה בע"מ והנאמן עו"ד נ' יצחקי) בגדרו של פסק הדין החלקי שבהחלטה השניה. הסעד לו עתרו המערערים כנגד שלושת המשיבים הנ"ל היה, כמפורט לעיל, לצו מניעה קבוע שיאסור על הנאמן לבצע כל פעולה להסרת רישום המשכנתא על הנכס של "בית ההסתדרות".

בעקבות ההחלטה הראשונה (מיום 27.7.06) ובהמשך להתדיינויות שונות שניהלו הצדדים בבית המשפט קמא לעניין דרכי יישומה – בוטלה המשכנתא ונמחקה מספרי רשם המקרקעין ביום 11.12.06, וביום 28.3.07 נרשמה משכנתא ללא הגבלת סכום על הנכס לטובת בנק דיסקונט כבטוחה לאשראי שהעמיד להסתדרות, הלא היא המשיבה 4.

בנסיבות אלה, אפילו היו מתקבלות טענות הערעור לגופה ולנימוקיה של ההחלטה הראשונה, לא היו המערערים יכולים להשיג את הסעד אותו תבעו מהמשיבים 1-3, דהיינו צו מניעה שיאסור על ביטול המשכנתא. זאת, מן הטעם הפשוט שהמשכנתא בוטלה ונמחקה זה מכבר ולאחר מכן אף נרשמה משכנתא על אותו הנכס לזכות בנק דיסקונט.

למותר לציין, כי בנק דיסקונט איננו צד כלל להליכי ערעור זה, וגם בכך די להביא למסקנה כי המדובר במעשה עשוי, בסעד שאינו ניתן ליישום וממילא בערעור שכל כולו אקדמי ותיאורטי.

11. תוצאה זו מעוררת לכאורה את הקושי עליו עמד בית משפט זה ברע"א 8129/02 ארגיל שירותי הובלה (1993) בע"מ נ' הנאמן על חברת דן רולידר בע"מ (בהקפאת הליכים) (פ"ד נז(5) 481, 489 (2003)), מפי השופט א' גרוניס:

"יכולה להישאל השאלה אם היה ניתן לפעול בדרך כלשהי למנוע מצב שייווצר בו 'מעשה עשוי', שהרי קשה להעלות על הדעת שתישלל למעשה זכותו של בעל-דין לתקוף בפני ערכאת הערעור החלטה שניתנה לחובתו. תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 כוללות שני אמצעים שמכוונים למנוע את המצב הנזכר. כוונתנו לעיכוב ביצוע של החלטה (לרבות פסק-דין) ולסעד זמני בערכאת הערעור.

באמצעי הראשון נעשה שימוש כאשר בית-המשפט נעתר לבקשה או מקבל תביעה, בעוד שהאמצעי האחר מיועד למקרה שבו בקשה או תביעה נדחות...

...היה ולא יתבקש סעד זמני או שיתבקש ויינתן, אלא שלא ימולא התנאי (למתן ערובה להבטחת אלה העלולים להינזק עקב עיכוב הביצוע – י"א), עלול אותו בעל-דין למצוא עצמו בפני מצב בלתי הפיך בשעה שיידון ההליך העיקרי. במקרה מעין זה, וכפי שקרה בענייננו, כאשר מתברר כי נוצרה מציאות חדשה שאינה הדירה, לא יהיה מקום לפסוק לזכותו של אותו בעל-דין אף אם צודק הוא לגופם של דברים".

בעניין דנן ניתנה החלטת בית המשפט (הראשונה) ביום 27.7.06. המערערים הגישו לביהמ"ש קמא (ביום 9.8.06) בקשה לעיכוב ביצוע ההחלטה "עד למתן פסק הדין בבקשת רשות ערעור שהם עומדים להגיש לבית המשפט העליון". בקשת עיכוב הביצוע נדחתה על ידי בית המשפט קמא ביום 21.9.06. המערערים לא הגישו את בקשת רשות הערעור אלא ביום 3.10.06, ולא הגישו בגידרה בקשה לעיכוב ביצוע ההחלטה הראשונה או לסעד זמני בערעור.

ההחלטה השניה (נשוא ערעור זה) ניתנה על ידי בית המשפט קמא ביום 14.12.06. את הערעור הגישו המערערים רק ביום 23.1.07. גם הפעם לא כרכו בגדרו של הערעור בקשה לעיכוב ביצוע או לסעד זמני.

המשכנתא שהיתה רשומה לזכות המערערים נמחקה כעבור כחודשיים נוספים, וביום 28.3.07 נרשמה משכנתא על הנכס לזכות בנק דיסקונט.

הנה כי כן, היה למערערים זמן למכביר לפנות בבקשה המתאימה לבית משפט זה, שמונה חודשים תמימים מאז ניתנה ההחלטה הראשונה ועד שנרשמה המשכנתא לזכות הבנק.

חדלונם של המערערים מהגשת בקשה שכזו, הוא שיצר את המצב הבלתי הדין, הוא שגרם לכך כי הערעור לגופו הפך תיאורטי בלבד והוא שהוביל למצב לפיו דין הערעור להדחות, אפילו אם היה נמצא, בנסיבות אחרות, כי טענותיהם צודקות לגופם של דברים.

12. בנסיבות הפרטניות של העניין דנן, יש להוסיף על מחדלם האמור של המערערים גם את התנהלותם בהליכי בית המשפט קמא משך התקופה שממתן ההחלטה הראשונה (27.7.06) ועד למתן ההחלטה השניה (14.12.06). משך כל אותה התקופה, במסגרת בקשות ביניים ובקשות הבהרה שונות, נשאו ונתנו המערערים עם המשיבים לעניין הדרכים ליישום ההחלטה הראשונה ובניסוח מסמכי הבטוחות החלופיות.

זאת ועוד. בהודעה שהגישו המערערים לבית המשפט קמא, תוך כדי הדיון בבקשת עיכוב הביצוע, הם הביעו למעשה את הסכמתם לאשכול הערובות החלופיות למשכנתא (דהיינו, ערבות בנקאית על סך 430,000 דולר ומשכנתא על הנכס האחר ברמת גן), והודיעו כי התנגדותם היחידה להמרת המשכנתא מתייחסת לאפשרות שפורטה בהחלטה הראשונה, לפיה רשאים יהיו המשיבים להמיר הערובה הבנקאית הנ"ל במשכנתא על נכס נוסף. כמפורט לעיל, המשיבים הודיעו לבית המשפט קמא כי אין בכוונתם לעשות שימוש באפשרות זו, אלא אם כן יודיעו על כך מראש לבית המשפט, יבקשו את אישורו ויתקיים דיון לעניין זה.

לטעמי, צירוף הנתונים הנ"ל יש בו כדי ללמד כי הימנעות המערערים מלבקש בערכאת הערעור עיכוב ביצוע או סעד זמני אינה נובעת מטעות או שכחה, אלא היא נובעת ממהלך מחושב ומתוכנן אשר ביטא השלמה מצידם עם תוצאת ההחלטה הראשונה אשר בהיבטים רבים היטיבה הלכה למעשה את טיב הבטוחות שנותרו בידיהם. לאמור, פרעון הסכום שלא היה שנוי במחלוקת (648,000 דולר), ערבות

בנקאית על סך 430,000 דולר, ובכך צמצום יתרת החוב (השנויה במחלוקת) המובטחת "רק" במשכנתא לסכום של כ-300,000 דולר בלבד.

הדברים מקהים עד למאד, כמעט מאיינים, את תחושת אי הנוחות הלכאורית שיכולה היתה להתעורר כתוצאה מדחיית הערעור בשל "מעשה עשוי" מבלי בחינת טענות הערעור לגופן.

13. לאור תוצאת דברים זו, דין הערעור להדחות וזאת מבלי להזקק לטענות המערערים לגופה של ההחלטה הראשונה.

נציין, כי הסוגיה שנתעוררה בהחלטה הראשונה טרם נבחנה בפסיקת בית משפט זה וראויה היא, מחמת חשיבותה והשלכותיה הרוחביות, להתייחסות מעמיקה ומפורטת בבוא העת כשנצטרך להכרעה שכזו לגופה של הסוגיה.

החלטתנו לדחות את הערעור נובעת כמפורט לעיל מתוך נסיבות "המעשה העשוי" שבעניין דנן, ומתוך כך בלבד.

לאור זאת, פסיקתו של בית המשפט קמא בהחלטה הראשונה לגופה של הסוגיה בדבר זכותו הנטענת של לווה או ממשכן להמרת משכנתא, או בטוחות אחרות, בהתבסס על דוקטרינת תום הלב – תשאר לעת הזו בצריך עיון.

14. סיכומם של דברים, אציע לחברי למושב כי נדחה את הערעור, וזאת מתוך היותו אקדמי ותיאורטי ובנסיבות של מעשה עשוי השולל כל נפקות מעשית מהכרעה לגופן של טענות הערעור.

לאור הנסיבות המפורטות בסעיף 12 לעיל, אוסיף ואציע כי נחייב את המערערים בהוצאות המשיבים 1-3 בסכום של 20,000 ש"ח ובהוצאות המשיבה 4 בסכום של 15,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

א. מסכים אני לפסק דינו של חברי השופט אלון. לאחר עיון בפסק דינו המקיף של השופט דרורי בבית המשפט קמא, הכולל מסה רחבת יריעה בדבר "כופין על מידת סדום" במשפט העברי, אוסיף דברים על כך ויהיו אלה קצרים, כדי שלא אהיה בבחינת המוסיף גורע. כיוון שחברי השופט אלון מיקד את הכרעתו בכך שהערעור הפך תיאורטי, אולי יהיו דברי בחינת "יגדיל תורה ויאדיר".

ב. בעיני יסוד היסודות לתפיסת תום הלב במשפטנו ולהוֹרְקָה "ועשית הישר והטוב" במשפט העברי היא העיקרון המוסרי (ראו גם ע"א 105882/02 בן אבו נ' דלתות חמדיה (לא פורסם) – שהזכיר השופט דרורי – פסקה ט"ז(1) והאסמכתאות דשם). עיקרון זה צועד יד ביד עם עשיית צדק. תדיר שואל אני את עוזרי ומתמחי בדוננו בתיק פלוני, האם התוצאה תביא לצדק, ואם לאו, כיצד נביא לצדק. "כופין על מידת סדום", קרי כופים כדי שלא להגיע למידת סדום, הוא כלל הבא ליתן תוקף למידות הגונות בהתנהגותם של בני אדם, והשימוש בשמה של סדום ובהליכותיה כפי שהם מתוארים במקרא ובפירוט בפי חז"ל בא להנגיד הליכות אלה למידות טובות. אברהם אבינו מנהל את "פרשת ההגנה" כלפי בורא עולם בנסותו להציל את סדום מ"חטאתם כי כבדה מאוד", בשונה מדרך ה' שהיא "דרך צדקה ומשפט" שעל אברהם לצוותה לבניו (בראשית ט"ו, י"ט, ואחר כך המשך הפרק עד תומו). הנביא ישעיהו משוה שלטון רשע ל"קציני סדום" ואת העם שבעקבותיהם ל"עם עמורה" (ישעיהו א', י'), שאֵל מולם "ציון במשפט תפדה ושביה בצדקה" (שם א', כ"ז). הנביא יחזקאל (ט"ז, מ"ט) מטיל בממלכת יהודה את "עוון סדום אחותך גאון שבעת לחם ושלות השקט היה לה ולבנותיה, ויד עני ואביון לא החזיקה" (ראו גם משה וינפלד, משפט וצדקה בישראל ובעמים (תשמ"ה), 15, וכן ראו שם, 126-127). מידת סדום שראשיתה – דומה – ללא כפיה (ראו הרב ד"ר ש' פדרבוש, המוסר והמשפט בישראל (תשל"ג) 92-94), ושחלופתה הלכאורית "מידה בינונית" (אבות ה', י') של שמירה על זכויות קנייניות, עלתה מניה וביה לדרגת "כופין על מידת סדום" (בבלי בבא בתרא י"ב, ב'), כפי שתיאר השופט דרורי (וראו גם מאמרו של ד"ר א' וינרוט "שימוש לרעה בזכות במשפט העברי (כופין על מידת סדום)" דיני ישראל י"ח (תשנ"ה-תשנ"ו) נ"ג, שאליו נדרש בית המשפט קמא). בדומה, אף עקרון "לפנים משורת הדין", שראשיתו כמשמעו, עלה לדרגת חיוב (ראו הרב ד"ר א' ליכטנשטיין, "מוסר והלכה במסורת היהודית", דעות מ"ו (תשל"ז) 5; למתח שבין הלכה לאתיקה ולמאמץ המיזוג ביניהן, בין השאר בהגות הרמב"ן מזה והרמב"ם מזה, ראו גם ד"ר מ' זילברג, כך דרכו של תלמוד (תשכ"ד), פרק שביעי

(משפט ויושר), עמ' 97 ואילך. לעניין "מידת סדום" ראו גם אביעד הכהן, "ביקור" בעיר החטאים", פרשת השבוע 1 (תשס"א); מ' ויגודה, "בתום לבכי ובנקיון כפי", על תום הלב במשפט", פרשת השבוע 184 (תשס"ה); הרב ח' שלמה שאנן, "חיוב דייר להסכים לתוספת בניה של שכנו", תחומין י"ט (תשנ"ט) 60).

ג. אסיים בדברי הרב אליהו בקשי-דורון, ספר בנין אב חלק שני, סימן ע"ב, שכותרתו "צדקה ומשפט" (עמ' ש"ב):

"חביבותו (של אברהם אבינו – א"ר) לפני הקב"ה שחי והתנהג לאור האמונה בדרך ה' לעשות צדקה ומשפט. שראה בדרך זו יסוד האמונה וקיומה לדורות וציוה את הדרך לבניו וביתו אחריו. סדום ואנשיה הרעים והחטאים הם הדוגמא הקיצונית של משפט ללא אמונה. לפי שכל קיומו של עולם הוא במשפט וצדקה... המסר בהפיכת סדום שחברה ללא צדק ומשפט אין לה זכות קיום... [הבטחת הארץ] יסוד קיומה בעשיית צדקה ומשפט, לפי שציון במשפט תפדה ושביה בצדקה".

דברים אלה יפים למשפט במדינה יהודית ודמוקרטית.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' אלון.

ניתן היום, ז' בתשרי תשס"ט (6.10.2008).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט