



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 1545/08

בפני : כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת א' חיות

המערערים : אברהם מוסקונה ואח'

נגד

המשיבה : סולל בונה בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה בת"א
751/07 שניתן ביום 08/01/2008 על ידי כבוד הרשמת ת'
שרון נתנאל

תאריך הישיבה : ט"ו בכסלו התש"ע (02.12.09)

בשם המערערים : עו"ד אביר אברם

בשם המשיבה : עו"ד אלעד קומיסר

פסק-דין

השופטת א' חיות:

זהו ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' הרשמת ת. שרון-
נתנאל) מיום 8.1.2008, בה קיבל את בקשת המשיבה לדחות על הסף מחמת מעשה
בית-דין תביעה שהגישו המערערים נגדה.

תמצית העובדות הצריכות לעניין

1. המערערים 1-64 הם בעלי הדירות בבניין בן 16 קומות ברחוב חיים הזז 3
בחיפה (להלן: הבניין), אשר נבנה בשנת 1985 על-ידי המשיבה, והמערערת 65 היא
נציגות הבניין (המערערים 1-65 ייקראו להלן: המערערים). במסגרת הבנייה נעשה על

קירות הבניין ציפוי חיצוני באמצעות לוחות גרנוליט (להלן: ציפוי הגרנוליט או הציפוי), אך לאחר כמה שנים, ובעקבות תלונות של בעלי הדירות דאז על חדירת רטיבות, נתגלה כשל בהידבקות הציפוי. בעלי הדירות דאז והמשיבה פנו בהסכמה לפרופסור יצחק סורוקה (להלן: פרופ' סורוקה) כדי שיחווה את דעתו בעניין הסיבות לכשל הידבקות ציפוי הגרנוליט ובעניין "האמצעים שיש לנקוט בהם כדי למנוע את נשירתו האפשרית". בחוות דעתו (שנמסרה אותה עת למשיבה בלבד) הציע פרופ' סורוקה כמה פתרונות לכשל ההידבקות, ובהן הידוק ציפוי הגרנוליט אל הקיר בעזרת ברגים, אך הדגיש כי פתרון זה "לא נותן תשובה לבעיית חדירת הרטיבות". בשנת 1990 הידקה המשיבה את ציפוי הגרנוליט אל הקיר בעזרת ברגים על-פי הצעתו של פרופ' סורוקה ובפיקוחו של המהנדס ד"ר עמי גלזמן (להלן בהתאמה: עבודות התיקון משנת 1990 ו-ד"ר גלזמן), אך לימים התברר כי חששו של פרופ' סורוקה מהמשך חדירת רטיבות התממש. בשל כך הגישו בעלי הדירות דאז לבית המשפט המחוזי בחיפה תובענה אזרחית נגד המשיבה ונגד נתבעים נוספים (ראו ת"א 535/91; להלן: ההליך הראשון). ביום 25.7.1995 התיר בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופט י' גריל) לתקן את כתב התביעה בהליך זה כך שבית המשפט יתבקש ליתן צו אכיפה המחייב את המשיבה לפרק את ציפוי הגרנוליט ולהתקין במקומו ציפוי חדש בפיקוח ועל-פי הנחיות של מומחה מטעם בית המשפט. ביום 16.7.1996 מינה בית המשפט המחוזי את ד"ר גלזמן כמומחה מטעמו, על מנת שיקבע האם יש ליקויים כלשהם בציפוי הגרנוליט וככל שקיימים כאלה יחווה דעתו לעניין אופן תיקונם. ביום 23.10.1996 הציע ד"ר גלזמן שלוש שיטות תיקון אפשריות וביום 21.9.1997 ניתן בבית המשפט המחוזי פסק-דין חלקי שסיים את כל המחלוקות בין הצדדים (לרבות צדדי ג') למעט זו הנוגעת לציפוי הגרנוליט. ביום 12.10.1997, ולאחר שד"ר גלזמן נחקר על חוות דעתו, נתן בית המשפט תוקף של החלטה להסדר דיוני מוסכם בין הצדדים (להלן: ההחלטה בהליך הראשון), לפיו המשיבה תתקן את ציפוי הגרנוליט בהתאם לאחת משלוש השיטות שהוצעו על-ידי ד"ר גלזמן "לפי בחירתה והבנתה"; כי ד"ר גלזמן יאשר שהתיקון בוצע כנדרש; וכי לאחר מתן האישור כאמור תמסור המשיבה לידי המערערים כתב אחריות "ביחס לציפוי הבניין" לתקופה בת שמונה שנים החל ממועד מתן האישור של ד"ר גלזמן (להלן בהתאמה: ההסדר במסגרת ההליך הראשון ו-כתב האחריות). על-פי המוסכם בהסדר בחרה המשיבה בשנת 1998 באחת משלוש השיטות שהציע ד"ר גלזמן – התזת חול, תיקון סדקים והתזת טמבורפלקס – וביצעה את התיקונים בשיטה זו (להלן בהתאמה: שיטת התיקון שנבחרה ו-עבודות התיקון משנת 1998). ביום 2.8.1998 אישר ד"ר גלזמן שהתיקון בוצע כנדרש וקבע כי "ו[ן]יש לקבל את העבודה כגמורה". בהתאם לכך מסרה המשיבה למערערים את כתב האחריות.

2. למרות עבודות התיקון שבוצעו בשנת 1998 לא פסקה הרטיבות וביום 23.6.2005 הגישו המערערים לבית המשפט המחוזי בחיפה בקשה לפי פקודת בזיון בית משפט (במסגרת ההליך הראשון), בה עתרו למתן צו המורה למשיבה להחליף את ציפוי הגרנוליט או לחלופין לשלם להם פיצוי כספי. ביום 8.9.2005 הציע בית המשפט המחוזי (כב' השופט י' גריל) לצדדים כי ימונה מומחה מוסכם אשר יבחן האם קיים קשר סיבתי בין עבודות התיקון משנת 1998 לבין הנזקים הנטענים על-ידי המערערים ויציע דרכים לתיקונם ככל שקשר סיבתי כזה אכן קיים. עוד הציע בית המשפט לצדדים כי "ככל שתהיה מחלוקת בין הצדדים לאחר מתן חוות דעתו של המומחה המוסכם, או לאחר גמר ביצוע העבודות לפי המלצת המומחה המוסכם, כי אז יוכלו [המערערים] במידת הצורך להגיש תובענה לבית המשפט" (ראו פסקה 7 להסדר; להלן: ההסדר במסגרת הבקשה לפי פקודת בזיון בית משפט). הצדדים נעתרו להצעה וביום 10.10.2005, לאחר שהוסכם כי המומחה שימונה הוא המהנדס ושמאי המקרקעין ד"ר יצחק ברמן (להלן: ד"ר ברמן), נתן בית המשפט המחוזי להסדר תוקף של החלטה. בחוות דעתו מיום 23.11.2006 קבע אמנם ד"ר ברמן כי יש נזקים חמורים בציפוי הגרנוליט, הפזורים בכל חזיתות הבניין והגורמים לחדירת רטיבות אל תוך הדירות, אך הדגיש כי מרבית הנזקים נגרמו מקורוזיה בברגים שהותקנו במסגרת עבודות התיקון משנת 1990, אשר דחפה החוצה את ציפוי הטמבורפלקס שביצעה המשיבה במסגרת עבודות התיקון משנת 1998. בהקשר זה ציין ד"ר ברמן כי גם על-פי חוות דעת שהוכנה על-ידי מומחית מטעם המערערים, חדירת הרטיבות נבעה מליקויים הקשורים לציפוי הגרנוליט המקורי ולא לציפוי הטמבורפלקס שנעשה במסגרת עבודות התיקון משנת 1998, וכך כתב:

יצויין כי עפ"י חוות הדעת של המומחית מטעם [המערערים], חדירת מי הגשמים נעשית דרך התנפחויות, תזוזות והיפרדויות של טיח הגרנוליט מהקיר. כלומר גם עפ"י טענה זו הנזקים קשורים לציפוי הגרנוליט המקורי שבוצע על קירות הבנין ולא לציפוי הטמבורפלקס שנעשה בשנת 1998. לענין זה יצויין כי ללא ספק אין לצפות מציפוי טמבורפלקס שיעמוד בפני תזוזות והיפרדויות של טיח הגרנוליט מהקיר (סעיף 8(א)(7) לחוות דעתו של ד"ר ברמן).

כן איתר ד"ר ברמן נזקים נוספים שמקורם בעבודות בניית הבניין הראשוניות (משנת 1985). אשר לנזקים שנגרמו כתוצאה מעבודות התיקון משנת 1998 ציין ד"ר ברמן כי "אין ניתן לשלול את האפשרות כי חלק קטן מאד של הסדקים הקיימים הינם בציפוי הטמבורפלקס עצמו וכתוצאה מכשל בציפוי זה" [ההדגשה הוספה]. לפיכך המליץ ד"ר ברמן כי המשיבה תתקן את אותם סדקים שביחס אליהם לא ניתן לקבוע שאינם קשורים בקשר סיבתי לעבודות התיקון משנת 1998. ביום 2.1.2007 במהלך דיון

בבקשה לפי פקודת בזיון בית משפט בו הלינו המערערים על הנזקים בבניין, קבע בית המשפט המחוזי כי "בשלב הנוכחי" בא אל סופו הדיון בבקשה, בציינו כי:

בהסדר מיום 8.9.05, עמ' 3 פסקה 7, צויין שאם תהא מחלוקת בין הצדדים לאחר מתן חוות הדעת של המומחה המוסכם, או לאחר גמר ביצוע העבודות לפי המלצת המומחה המוסכם, יוכלו [המערערים] במידת הצורך להגיש תובענה לביהמ"ש.

...

ככל [שהמערערים] חולקים על השאלה מה היקף התיקונים שיש לבצע, וככל [שהמערערים] חולקים על האמור בחוות הדעת של המומחה מר ברמן, רשאים הם כמובן לנקוט בהליך שצויין בפסקה 7 של ההסדר מיום 8.9.05 (פסקה 3).

ביום 31.5.2007 הודיעה המשיבה למערערים כי היא נכונה לבצע את התיקונים בהתאם להמלצתו של ד"ר ברמן, כלומר ביחס לאותם נזקים אשר לא נשללה האפשרות כי מקורם בעבודות התיקון משנת 1998 ואשר היוו כאמור רק "חלק קטן מאד" מן הסדקים בבניין. לחלופין, ונוכח חוסר התוחלת בביצוע תיקונים אשר לא יפתרו את בעיית הרטיבות, הציעה המשיבה לשלם למערערים פיצוי בגובה עלות ביצוע עבודות התיקון הנדרשות אך המערערים סירבו להצעות אלה, אף שלא חלקו על חוות דעתו של ד"ר ברמן לגופם של דברים.

3. זמן קצר לאחר מכן, ביום 19.7.2007, הגישו המערערים נגד המשיבה תובענה אזרחית בבית המשפט המחוזי בחיפה והסעד היחיד שביקשו בה היה "צו עשה לתיקון הליקויים", אותו הסבירו בכתב התביעה כך:

אשר על כן יתבקש כבוד ביהמ"ש להזמין את [המשיבה] לדין ולחייבה בהחלפת ציפוי הגרנוליט הקיים וכן בשכ"ט עו"ד בתוספת מע"מ והוצאות משפט (סעיף 66 לכתב התביעה).

בין היתר טענו המערערים כי המשיבה התרשלה בעבודות התיקון שביצעה בשנת 1990; כי התרשלה בכך שבמסגרת עבודות התיקון משנת 1998 בחרה לתקן את הליקויים בציפוי הגרנוליט באמצעות התזת חול, תיקון סדקים והתזת טמבורפלס (השיטה הזולה מבין שלוש השיטות שהוצעה על-ידי ד"ר גלזמן); כי הפרה חובות שהוטלו עליה בחיקוקים שונים וכי התנערה מהתחייבויותיה כלפיהם בחוסר תום-לב.

המשיבה, מצידה, הגישה ביום 30.10.2007 את הבקשה נשוא הערעור שבכאן, לדחות את התביעה על הסף. בבקשה טענה המשיבה כי ההחלטה בהליך הראשון מקימה מעשה בית-דין ביחס לטענות המערערים הנוגעות לציפוי הגרנוליט ועל כן המערערים מושתקים מלהעלות טענות נגדה בעניין זה (להבדיל מטענות בעניין ציפוי הטמבורפלקס שנעשה במסגרת עבודות התיקון משנת 1998, עליו חל כתב האחריות). לחלופין טענה המשיבה כי מאחורי התביעה לצו עשה מסתתר סעד שעלותו מיליוני שקלים וכי דיון בסעד למתן צו עשה, להבדיל מדיון בסעד כספי שלא נתבקש על-ידם, יש בו כדי למנוע את הבירור העובדתי הנדרש לצורך הטלת אחריות נזיקית עליה ובכך יש לטענתה כדי לפגוע בזכותה לצרף להליך צדדים רלוונטיים. עוד טענה המשיבה בבקשה כי עילת התביעה בגין עבודות התיקון משנת 1990 התיישנה זה מכבר וכי תקופת האחריות והבדק על-פי חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973 חלפה אף היא, שכן היא נוגעת לעבודות התיקון משנת 1990. המערערים טענו כי יש לדחות את הבקשה לדחיית התביעה על הסף, בין היתר כיוון שלא קם בעניינם מעשה בית-דין וכיוון שההסדר במסגרת הבקשה לפי פקודת בזיון בית משפט הוא שפתח בפניהם את הפתח להגיש תובענה חדשה ועצמאית לבית המשפט – גם בעניין ציפוי הגרנוליט. עוד טענו המערערים כי אין כל מניעה שהסעד היחיד המבוקש יהיה צו עשה לתיקון נזקים; כי דין טענת ההתיישנות להידחות; וכי זכות הגישה שלהם לערכאות גוברת במקרה דנן על זכותה של המשיבה לסופיות ההליך.

פסק-דין של בית משפט קמא

4. ביום 8.1.2008 קיבל בית משפט קמא את בקשת המשיבה ודחה על הסף את תביעת המערערים. בהחלטתו קבע בית המשפט כי ההחלטה בהליך הראשון סיימה את המחלוקת בין הצדדים בנוגע לציפוי הגרנוליט שנעשה במסגרת עבודות התיקון משנת 1990 וכי העילה בבסיס התביעה שבגינה הגישה המשיבה את הבקשה לדחייה על הסף (החלפת ציפוי הגרנוליט), זהה לעילת התביעה בהליך הראשון. זאת, במיוחד נוכח תיקון כתב התביעה כאמור שאושר ביום 25.7.1995. לפיכך קבע בית משפט קמא כי קם במקרה דנן מעשה בית-דין מסוג השתק עילה, המצדיק את דחייתה של התובענה על הסף. מכל מקום ולמעלה מן הדרוש קבע בית משפט קמא כי מתקיים במקרה דנן גם השתק פלוגתא משום שהטענה בדבר ליקוי חמור בציפוי הגרנוליט נידונה בתביעה הראשונה והסתיימה בהכרעה פוזיטיבית, שהייתה "לב ליבה" של אותה תביעה. על-כן קבע בית המשפט כי:

ההסדר, הכולל את תעודת האחריות, שניתנה לאחר מתן האישור (כפי המוסכם בהסדר), מהווה מעשה בית-דין לגבי העילות אשר נכללו בתביעה הראשונה והפלוגתאות אשר נכללו בה, דהיינו – חיפוי הגרנוליט, ולא ניתן להגיש תביעה חדשה בגין אותה עילה (שס, 13). פסקה 13).

בית משפט קמא הוסיף והעיר כי טענותיהם של המערערים מתבססות על חוסר שביעות רצון מן הפתרון שהציע ד"ר גלזמן בשנת 1996 לתיקון הליקויים ואשר נבחר על-ידי המשיבה. עם זאת הדגיש בית המשפט כי אפילו היה ממש בטענותיהם של המערערים בהקשר זה, אין הם יכולים לשוב ולתבוע את המשיבה בגין הליקויים בציפוי הגרנוליט, וכדבריו:

תביעות בגין ליקויי בנייה נדונות ומוכרעות, דרך כלל, על פי חו"ד מומחים. לאחר שמוכרעת התביעה (בין בפסק דין ובין בהסדר פשרה), אין צד יכול להגיש תביעה נוספת בגין אותם ליקויי הבנייה וזאת – גם אם מתברר לו שעשה מקח טעות ואף אם מתברר כי קיימים ליקויים נוספים, אשר לא ניתן להם ביטוי, בין בחו"ד המומחה, בין בפסק הדין ובין בהסדר הפשרה (שס, 15). ההדגשה הוספה).

עוד קבע בית משפט קמא כי העילה היחידה שיכולה הייתה לקום למערערים היא מכוח כתב האחריות, היינו עילת תביעה המתייחסת אך ורק לעבודות התיקון משנת 1998 בעוד אשר תביעתם הנוכחית אינה מדברת בעוולה נוספת (או בהפרת חוזה נוספת), כטענת המערערים, אלא בתביעה נוספת בגין אותם הליקויים אשר התגלו לפני שנת 1990, טופלו בשנת 1990 ועמדו בבסיס כתב התביעה המתוקן שהוגש בהליך הראשון. לבסוף קבע בית משפט קמא כי לא ניתן לראות בנכונותה של המשיבה לתקן את הליקויים אשר ייתכן שיש להם קשר לעבודות התיקון משנת 1998 (כאמור בחוות דעתו של ד"ר ברמן), כהודאה בחובתה לפרק את ציפוי הגרנוליט ולהתקין ציפוי חדש במקומו. בהקשר זה ציין בית המשפט כי המערערים לא חלקו על חוות דעתו של ד"ר ברמן והמשיבה הביעה נכונות לתקן את הליקויים אשר ייתכן כי נגרמו במסגרת עבודות התיקון משנת 1998. עוד קבע בית המשפט כי אין מקום לאפשר למערערים לתקן את תביעתם "ע"י העמדתה על תיקונים אלה בלבד". נוכח מסקנותיו המפורטות לעיל ומשקבע כי יש להיעתר לבקשה לדחיית התובענה על הסף, סבר בית המשפט כי מתייטר הצורך לדון ביתר טענותיה של המשיבה, ובהן טענת ההתיישנות.

מכאן הערעור.

5. המערערים טוענים כי שגה בית משפט קמא בקביעתו שהחלטה בהליך הראשון מקימה מעשה בית-דין, בפרט נוכח העובדה שלא דן בטענתם כי מדובר בעוולה נמשכת. המערערים טוענים לעניין זה כי "אופייה המתחדש של העילה" (דהיינו הנזקים השונים בבניין הממשיכים להיווצר לאורך השנים) יוצר מצב עובדתי ומשפטי חדש, אשר אין כל מניעה להגיש בגינו תביעה נוספת. המערערים מוסיפים וטוענים כי זהו הדין גם אם העוולה בוצעה טרם הגשת התביעה הראשונה אך הנזק, שהוא יסוד מיסודות העוולה, נמשך לאחר שהוגשה. המערערים טוענים שהמשיבה, חברת בנייה ותיקה ומנוסה, ידעה כי שיטת התיקון שנבחרה לא תפתור את בעיית חדירת הרטיבות ואילו הם כהדיוטות בתחום הבניין לא שיערו שההליך הראשון יותיר אותם ללא פתרון למצוקתם. בעניין זה טוענים המערערים כי ההסדר במסגרת ההליך הראשון, אשר קיבל תוקף של החלטת בית משפט, אינו קובע דבר באשר למצב שבו השיטה הנבחרת על-ידי המשיבה (מתוך שלוש השיטות אותן הציע ד"ר גלזמן) לא יהא בה כדי לתקן את הליקויים. לטענת המערערים, חשיפת הסיבות לליקויים בציפוי הגרנוליט בחוות דעתו של ד"ר ברמן היא בגדר שינוי נסיבות, המצדיק לקיים בעניין דיון מחודש. כמו כן טוענים המערערים כי לא קם במקרה דנן השתק פלוגתא כיוון שרכיבי הפלוגתאות בהליך הראשון שונים בתכלית מהפלוגתאות בהליך שהתנהל בבית משפט קמא. המערערים מדגישים כי לא ויתרו על פירוק ציפוי הגרנוליט והרכבתו של ציפוי חדש במקומו, ולחלופין הם טוענים כי הוויתור על פירוק ציפוי הגרנוליט הותנה על-ידם בכך שהתיקון שייעשה יפתור סופית את בעיית הרטיבות. כן טוענים המערערים כי זכות הגישה שלהם לערכאות עדיפה על זכותה של המשיבה לסופיות ההליך וכי לפיכך אין לדחות את תביעתם על הסף. לבסוף טוענים המערערים כי שיקולי צדק תומכים בקבלת הערעור.

6. המשיבה, מצידה, סומכת ידיה על החלטתו של בית משפט קמא וטוענת כי התביעה השנייה שהגישו המערערים אינה אלא ניסיון לעקוף את ההחלטה בהליך הראשון שנתנה תוקף להסדר שהושג במסגרתו לפיו על המשיבה לתקן את הליקויים לפי אחת משלוש השיטות אותן הציע ד"ר גלזמן. בעניין זה טוענת המשיבה כי עילת התביעה בהליך הראשון זהה לעילה שבבסיס התביעה נשוא בקשתה לדחייה על הסף וכי בשני ההליכים בעלי הדין זהים, מדובר באותו בניין והסעד המבוקש זהה. המשיבה סבורה, אפוא, כי בדין דחה בית משפט קמא את התובענה בשל השתק עילה ולחלופין השתק פלוגתא. המשיבה טוענת עוד כי המערערים אימצו את ההסדר המתבסס על חוות

הדעת של ד"ר ברמן וכי כעת הם מבקשים להתנער מהסכמה זו ולטענתה אילו סברו המערערים שעל-פי האמור בחוות הדעת של ד"ר ברמן לא ניתן לפתור את בעיית הרטיבות, יכולים היו להמשיך בניהול ההליך המשפטי במסגרת הבקשה לפי פקודת בזיון בית משפט. כמו כן טוענת המשיבה כי המערערים מעלים טענות אשר במהותן נוגעות לפגמים ברצון שנפלו כביכול כמתן ההסכמה להסדר בהליך הראשון, ולשיטתה יש לדחותן שכן לא יעלה על הדעת שהיא זו שתידרש לשאת בעלויות הנובעות מכך.

המשיבה מדגישה כי הסכימה למינויו של ד"ר ברמן כמומחה מטעם בית המשפט (במסגרת הבקשה לפי פקודת בזיון בית משפט) אך ורק על מנת שיבדוק האם מתקיים קשר סיבתי בין עבודות התיקון משנת 1998 לבין הנזקים הנטענים על-ידי המערערים. עוד מדגישה המשיבה כי הסכמתה לבצע תיקונים שונים בעקבות חוות הדעת נגעה לליקויים אשר ביחס אליהם לא נשללה האפשרות שמקורם בעבודות התיקון משנת 1998, הא ותו לא, וכי תיקונים אלה שאותם נכונה הייתה לבצע לא בוצעו אך ורק בשל התנגדותם של המערערים. המשיבה טוענת כי לאורך השנים פעלה בתום-לב ובהגינות, ביצעה את עבודות התיקון משנת 1990, ביצעה את עבודות התיקון משנת 1998 ואף הביעה נכונות לבצע תיקונים בהתאם לכתב האחריות ובהתאם לחוות הדעת של ד"ר ברמן. לבסוף מציינת המשיבה כי היא עומדת על יתר טענותיה בבקשה לדחיית התביעה על הסף (התיישנות וחלוף תקופת האחריות), אשר לא נדונו ולא הוכרעו על-ידי בית משפט קמא נוכח קביעתו בדבר קיומו של מעשה בית-דין.

ד"ר

7. בית משפט קמא קיבל, כאמור, את בקשת המשיבה לדחות על הסף את תביעת המערערים בשל מעשה בית דין, בקובעו כי ההסדר במסגרת ההליך הראשון שקיבל תוקף של החלטת בית משפט, מקים השתק עילה ולמצער השתק פלוגתא. הכלל בדבר מעשה בית דין, ככל שהוא נוגע להשתק עילה, קובע כי אם תביעה נדונה לגופה והוכרעה על-ידי בית משפט מוסמך – בית המשפט לא ייזקק לתביעה נוספת בין אותם הצדדים או חליפיהם אם היא מבוססת על עילה זהה (ראו: ע"א 823/08 חזן נ' רשות המסים – פקיד שומה נתניה, פסקה 7 (טרם פורסם, 4.1.2009) (להלן: עניין חזן); נינה זלצמן מעשה-בית-דין בהליך אזרחי 29-30 (1991) (להלן: זלצמן)). כאשר צד להליך מעלה טענה בדבר השתק עילה בשל עילות תביעה זהות, המבחן לו נזקק בית המשפט חורג מן הבחינה הפרטנית של שני כתבי התביעה זה מול זה. הוא בוחן האם על-פי מהות הדברים מדובר בשתי התדיינויות הנוגעות לאותו עניין עצמו והאם הזכות או האינטרס המוגן שנפגעו בשתי התביעות זהים. כמו כן בוחן בית המשפט את מידת

הדמיון בתשתית העובדתית הניצבת ביסוד שני ההליכים. (ראו: ע"א 1650/00 זיטר נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נז(5) 166, 181 (2003) (להלן: עניין זיטר); עניין חזן, פסקה 7; אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 112-114 (מהדורה עשירית, 2009) (להלן: גורן)). עוד נפסק כי מקום שהתובע יכול היה לרכז את כל העובדות ואת כל הטענות הנוגעות למעשה במסגרת ההתדיינות הראשונה, תיחשבנה שתי התובעות כנסמכות על עילות זהות (ראו: עניין זיטר, 181; ע"א 2035/03 לב יסמין בע"מ נ' ת.ג.י. בע"מ, פ"ד נח(6) 447, 453 (2004); עניין חזן, פסקה 7; גורן, 113). ודוק: אין צורך שההליך הראשון יכלול את כל המרכיבים הנכללים בהליך הנוסף וכדברי השופטת א' פרוקצ'יה:

מבחן "זהות העילות" בהקשר של עקרון מעשה-בית-דין זכה לפירוש רחב למדי בפסיקת בתי-המשפט. הוא מתקיים מקום ששתי התביעות מבוססות על עילות זהות בבסיסן, גם אם בתביעה המאוחרת נכללים פרטים ומרכיבים נוספים שלא פורטו בתביעה הקודמת (עניין זיטר, 181).

ויוטעם – לצורך החלתו של הכלל בדבר השתק עילה, אחת היא אם מדובר בפסק-דין הנותן תוקף להסכמה שהושגה בין בעלי הדין או בפסק-דין שיש בו הכרעה במחלוקת שבין הצדדים לאחר ניהול ההליך בפני הערכאה המבררת (ראו זלצמן, 330).

8. במקרה דנן מתקיים מבחן "זהות העילות" שכן הרוב המכריע של הרכיבים בשתי התביעות (זו הנוכחית וזו משנת 1991) זהה, ושתייהן כאחת עניינן בנוקי רטיבות שנגרמו לבניין בשל ליקויים בציפוי הגרנוליט. התביעה הראשונה מבין השתיים שהוגשה כאמור עוד בשנת 1991, נסתיימה בהחלטת בית משפט הנותנת תוקף להסדר מקיף אליו הגיעו הצדדים לאחר משא-ומתן ובדיקות מקצועיות של הליקויים בבניין. משכך צדק בית משפט קמא בקובעו כי החלטה זו מקימה מעשה בית דין מסוג השתק עילה, המונע מן המערערים להגיש תביעה חדשה בגין אותה עילה. המערערים טענו כי מדובר בעוולה נמשכת וכי לפיכך לא קם מעשה בית-דין מסוג השתק עילה. טענה זו דינה להידחות. עוולה נמשכת היא עוולה אשר עילתה במעשה נזיקין המתחדש מדי יום ביומו מה שאין כן במקרה דנן, בו מבוססת עילת התביעה בעיקרו של דבר על מעשים ומחדלים שנשלמו עוד טרם הגשתה של התביעה הראשונה, אך הנזק בגינם הולך ונמשך, (ראו: ע"א 9292/07 חברות שדמות הדרום בע"מ נ' וועדה מקומית לתכנון ובנייה "שמעוניים", פסקאות 11-12 (טרם פורסם, 6.1.2010); זלצמן, 74-75). העובדה שעל-פי קביעתו של ד"ר ברמן ייתכן כי "חלק קטן מאד" מן הנזקים מקורם בעבודות התיקון

משנת 1998, אין בה כדי לשנות ממסקנה זו, משהביעה המשיבה הסכמה מלאה לתקן חלק זה של הנזקים או לחלופין לפצות את המערערים בכסף בגינם.

9. המסקנה לפיה קם במקרה דנן מעשה בית-דין מסוג השתק עילה די בה להצדיק את דחיית הערעור. למעלה מן הצורך ראיתי לציין כי צדק בית משפט קמא בקביעתו הנוספת לפיה קם במקרה דנן מעשה בית-דין גם מכוח הכלל בדבר השתק פלוגתא. השתק פלוגתא מותנה בהתקיימם של ארבעה תנאים ואלה הם: הפלוגתא העולה בכל התדיינות היא אותה פלוגתא, על רכיביה המשפטיים והעובדתיים; בהליך הראשון קיימו הצדדים התדיינות בכל הנוגע לאותה פלוגתא; ההתדיינות הסתיימה בהכרעה מפורשת או משתמעת ונקבע לגביה ממצא פוזיטיבי; ההכרעה בפלוגתא הייתה חיונית לצורך פסק-הדין הראשון (ראו: ע"א 4087/04 גורה נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פסקה 7 (לא פורסם, 8.9.2005); זלצמן, 141). באותם המקרים שבהם ניתן תוקף של פסק-דין להסכמת הצדדים עלולים להתעורר קשיים בשאלת התקיימותם של התנאים המפורטים לעיל, כולם או חלקם (ראו והשוו: ע"א 3820/03 דמארי נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 10 (לא פורסם, 5.9.2005); זלצמן, 335-336). אולם נראה כי בנסיבות המקרה דנן קושי כזה אינו מתעורר, נוכח השלב בו הושג ההסדר שקיבל תוקף של החלטת בית משפט וכן נוכח תוכנו של ההסדר שהושג כאמור. שאלת הליקויים בציפוי הגרנוליט נדונה בהליך הראשון ובית המשפט המחוזי מינה את ד"ר גלזמן על מנת שיחווה את דעתו בעניין וימליץ על דרכים לתקנם, ככל שנדרשים תיקונים (ראו החלטה מיום 16.7.1996). ד"ר גלזמן הגיש ביום 23.10.1996 את חוות דעתו, הכוללת שלוש שיטות אפשריות לתיקון הליקויים בציפוי הגרנוליט, והוא אף נחקר על חוות דעתו בבית המשפט על-ידי בא-כוח המערערים ועל-ידי בית המשפט (ראו פרוטוקול הדיון מיום 8.10.1997). על כן מתקיים במקרה דנן התנאי הדורש קיומה של התדיינות בין הצדדים בנוגע לפלוגתא שביניהם. רק לאחר ההתדיינות המתוארת לעיל הגיעו הצדדים ביום 12.10.1997 להסכמה והושג ההסדר במסגרת ההליך הראשון, אשר קיבל תוקף של החלטת בית משפט. הסדר זה כולל התייחסות פרטנית לנזקים נשוא המחלוקת ואפשרויות שונות לתיקונם. משכך ניתן לראות בהסדר ובהחלטה הנותנת לו תוקף משום הכרעה מפורשת או משתמעת בסכסוך שבו התדיינו הצדדים, תוך קביעת ממצאים פוזיטיביים בפלוגתאות שעלו ביניהם. בנסיבות אלה, ניתן לגישתי להחיל במקרה דנן את הכלל בדבר השתק פלוגתא ובדין קבע, אפוא, בית משפט קמא כי השתק כזה קם אף הוא בין הצדדים וחוסם את דרכם של המערערים מלהגיש את התביעה הנוספת שהגישו.

10. המערערים טענו כי דחייתה של התובענה על הסף בשל מעשה בית-דין משמעה אי-בירור טענותיהם לגופו של עניין ופגיעה קשה בזכות הגישה שלהם לערכאות. בין היתר, טוענים המערערים בהקשר זה כי בעת מתן ההסכמה להסדר במסגרת ההליך הראשון נעלם מעיניהם שאין בהסדר המוצע כדי להביא לפתרון של בעיית חדירת הרטיבות משום שלפחות אחת משיטות התיקון אותן הציע ד"ר גלזמן (זו שבסופו של דבר נבחרה על-ידי המשיבה), לא יכולה הייתה לפתור את בעיית חדירת הרטיבות וכי המשיבה הולכה אותם שולל בהקשר זה.

טענה זו דינה להידחות.

11. פסק-דין בהסכמה (ובעניינינו, החלטת בית משפט הנותנת תוקף להסכם בין בעלי דין) ממזג תכונות של הסכם ושל פסק-דין או כדברי בית משפט זה בבג"ץ 6103/93 לוי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(4) 591 (1994):

פסק-דין המעניק תוקף להסכם שעשו בעלי דין הינו בבחינת יצור כלאיים: ראשו של היצור הוא פסק הדין וגופו הוא ההסכם (שם, 605; כמו כן ראו: ע"א 8129/06 פרץ נ' עיריית ירושלים – הועדה המקומית לתכנון ובניה, פסקה 14 (טרם פורסם, 27.10.2009); משה קשת הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי הלכה ומעשה כרך ב, 1238-1239 (מהדורה חמש-עשרה, 2007) (להלן: קשת); גורן, 344).

ההבחנה בין הפן ה"הסכמי" לפן ה"שיפוטי" של פסק-הדין יש לה חשיבות לעניין המסלול הדיוני המתאים לביטול ההחלטה הנותנת תוקף של החלטת בית משפט לאותו הסכם. עמדה על כך כב' השופטת ט' שטרסברג-כהן ברע"פ 7148/98 עזרא נ' זלזניאק, פ"ד נג(3) 337 (1999) (להלן: עניין עזרא) באומרה:

כאשר צד להסכם מבקש לבטל את פסק-הדין מחמת פגם הקשור להסכם עצמו (כגון: טעות, הטעיה, אי-חוקיות, הפרה או שינוי מהותי בנסיבות), הפן ה"הסכמי" מאפשר לו להגיש תביעה חדשה שעילתה הפגם שנתגלה בהסכם. על-ידי הגשת תביעה כזו, ממילא מתבקש ביטול פסק-הדין. הגשת תביעה לבית-משפט לביטולם של הסכם הפשרה ושל פסק-הדין שאישר אותו, דרושה לשם השגת הביטול ולא ניתן להשיג אותה תכלית בדרך אינצידנטלית, כגון: על-ידי הגנה מפני תביעה אחרת... מהיבט הפן ה"שיפוטי" – היינו, האישור שניתן להסכם על-ידי שופט – כאשר צד מבקש לבטל את פסק-הדין מחמת שנפל פגם בהליכי המשפט, לרבות בסדרי הדין,

פתוחה בפניו הדרך לנקוט הליכי ערעור רגילים (שס),
 345. ההדגשות במקור; כמו כן ראו: ע"א 5914/03
 שוחט נ' "כלל" חברה לביטוח, פסקה 6 (לא פורסם,
 1.5.2005) (להלן: עניין שוחט); זלצמן, 329; גורן 345).

הנה כי כן, בעל דין המבקש לבטל פסק-דין הנותן תוקף להסכם פשרה בשל פגם שנפל לטענתו בכריתת ההסכם, רשאי להגיש בעניין זה תביעה חדשה לבית המשפט שנתן את פסק-הדין ולעתור במסגרתה לביטול ההסכם ובעקבות כך לביטול פסק-הדין, בשל אותו הפגם "בבחינת הלך החבל אחר הדלי" (ראו: עניין עזרא, 345; ע"א 1351/06 ח'ורי נ' חברת ארמון ההגמון (קסר אלמוטראן) בע"מ, פסקה כ"ט (טרם פורסם, 17.9.2007)). אך ביטול ההסכם ופסק-הדין הנותן לו תוקף כאמור אינו יכול להיעשות בדרך אינצידנטאלית (ראו: ב"ש 215/83 ספטי נ' ספטי, פ"ד לז(2) 181, 185 (1983); ע"א 4272/91 ברבי נ' ברבי, פ"ד מח(4) 689, 699 (1994); עניין עזרא, 345; עניין שוחט, פסקה 6; קשת, 1239; גורן, 345). במקרה דנן לא עתרו המערערים לביטול ההסדר שהושג במסגרת ההליך הראשון בשל פגם בכריתתו ולביטול ההחלטה בהליך הראשון הנותנת לו תוקף. הסעד היחיד שנתבקש על-ידם בתובענה הוא כאמור "צו עשה לתיקון הליקויים". משכך, לא היה מקום לדון בטענות שהעלו המערערים בהקשר זה בתשובה לבקשת המשיבה לדחות את התביעה הנוספת על הסף.

אין לכחד כי התוצאה אליה הגענו, אף שהיא מחויבת מן הבחינה המשפטית, אינה מניחה את הדעת. המערערים מנסים לאורך שנים למצוא פתרון לבעיית הרטיבות בבניין שבו הם מתגוררים ולמרות ההליכים הרבים שניהלו עד כה בעניין זה הרטיבות נמשכת ופתרון אין. דא עקא, מן הסיבות שפירטנו לא ניתן להושיט למערערים סעד בהליך דנן. אין אנו מביעים עמדה לגבי זכותם של המערערים לנקוט הליך נוסף הנוגע לביטול ההסדר שהושג במסגרת ההליך הראשון מחמת טעות, נוכח ממצאיו החדשים של ד"ר ברמן באשר לסיבת הרטיבות.

בשל כל הטעמים המפורטים לעיל, אציע לחברי לדחות את הערעור אך בנסיבות העניין הייתי נמנעת מחיוב המערערים בהוצאות.

ש ו פ ט ת

השופט א' גרוניס:

אני מסכים.

שופט

השופטת מ' נאור:

לצערי לא ראיתי אף אני מנוס מן התוצאה אליה הגיעה חברתי השופטת חיות. למעשה, המערערים לא זכו מעולם לקבל מידי המשיבה דירות שאין בהן רטיבות, למרות כל ההליכים המשפטיים שנקטו. אפשר ועשו מקח טעות בהליך הראשון. למעשה, גם אם היה נקבע לטובת המערערים בהליך הראשון פיצוי כספי על סמך חוות דעת של מומחה, עלול היה לקרות שבסופו של דבר אין בסכום שנפסק כדי לפתור את בעיית הרטיבות. בכפוף לאפשרויות המוגבלות הקיימות בדין להגשת תביעה לביטול הסכם שקיבל תוקף של פסק דין - עקרון הסופיות גובר. בין הצדדים קיים, כפי שהראתה חברתי, מעשה בית דין. לבי למערערים אך לא ניתן להושיט להם סעד, בוודאי לא במסגרת הליך זה.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, י"ח אדר, תש"ע (04.03.2010).

שופטת

שופטת

שופט