

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ה"פ 21558-05-18 אלחייאני ואח' נ' בובוב בע"מ
בקשה 1

לפני כב' הנשיא איתן אורנשטיין

המבקשת
הנתבעת

בובוב בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד שמעון שגיא

נגד

המשיבים
התובעים

1. משה יעקב אלחייאני
2. נופר אלחייאני
ע"י ב"כ עו"ד יובל כהן

חקיקה שאוזכרה:

[חוק הבוררות, תשכ"ח-1968: סע' 3, 5](#)

[חוק החוזים \(חלק כללי\), תשל"ג-1973: סע' 30](#)

ספרות:

[ישראל שמעוני, אופק חדש בבוררות \(מהד' 2, 2014\)](#)

מיני-רציו:

* ככלל, יש לכבד את רצון הצדדים כמות שנקבע בתניית בוררות ולהפנות את המחלוקת להליך זה ובלבד שמבקש הבוררות עשה הכל על מנת לקיים את הבוררות. בענייננו אין מקום להעברת המחלוקת לבוררות ממספר טעמים.

* בוררות – עיכוב הליכים – תניית בוררות

* בוררות – עיכוב הליכים – הימנעות ממנו

* בוררות – נושא לבוררות – נושא חוקתי

בקשה לעיכוב הליכים לפי סעיף 5 לחוק הבוררות, באשר לתובענה שהגישו המשיבים נגד המבקשת בעניין חיוב המבקשת להנפיק למשיבים אישור להעברת זכויות בדירתם לרוכשים ולביטול כתב התחייבות שנתנו המשיבים למבקשת.

בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה ופסק:

ככלל על בית המשפט לכבד את רצון הצדדים כמות שנקבע בתניית הבוררות ולהפנות את המחלוקת להליך זה ובלבד שמבקש הבוררות עשה הכל על מנת לקיים את הבוררות וזאת, בין היתר, בכך שטען לקיומה של הבוררות בהזדמנות הראשונה. בענייננו, אין מקום להעברת המחלוקת לבוררות ממספר

טעמים. הנתבעת לא פעלה לקיום הליך הבוררות בעת הנדרשת. בנסיבות דומות בתובענה אחרת בחרה הנתבעת לברר את המחלוקת בביהמ"ש ולא בבוררות. אין מקום שהבוררים יכריעו בשאלת תוקף כתב ההתחייבות ובאופן עקיף גם בשאלת סמכותו. קושי נוסף מתעורר בהינתן שקיים צד דרוש שאינו מחויב לתניית הבוררות – הרוכשים. קיים אינטרס ציבורי כי סוגיות של פגיעה בזכויות יסוד, אפליה ותקנת הציבור תידונה בפומבי בביהמ"ש ולא בבוררות.

החלטה

1. כללי

לפניי בקשה לעיכוב הליכים לפי [סעיף 5 לחוק הבוררות](#), התשכ"ח-1968, (להלן: "חוק הבוררות") באשר לתובענה שהגישו המשיבים נגד המבקשת בעניין חיוב המבקשת להנפיק למשיבים אישור להעברת זכויות בדירתם לרוכשים ולביטול כתב התחייבות שניתן על ידי המשיבים למבקשת.

2. רקע

2.1 המשיבים, ה"ה משה יעקב אלחיאני ונופר אלחיאני (להלן: "התובעים"), רכשו ביום 30.10.08 את הזכויות בדירה בת שני חדרים, כניסה ג', קומת קרקע ברחוב ניסנבוים 50/2 כניסה ג' בבת ים הידועה כחלק מחלקה 253 בגוש 7124 (להלן: "הדירה"). הבעלות בקרקע היא של קרן קיימת לישראל ועליה הוקם בית משותף בן 30 יחידות שטרם נרשם כבית משותף בפנקס רישום המקרקעין.

2.2 הדירה ממוקמת בשכונה הידועה בשם "קרית בובוב", שהינה קהילה חרדית והשכונה היא בעלת צביון דתי (להלן: "הקריה"). המשיבה חברת "בובוב בע"מ" (להלן: "הנתבעת"), היא חברה פרטית שבנתה את הקריה, מנהלת רישום של הבעלויות ביחידות והיא מנהלת את קהילת בובוב שבקריה (להלן: "הקהילה").

2.3 כל רוכש דירה חותם בעת הרכישה על כתב התחייבות כלפי החברה (להלן: "כתב ההתחייבות"). בכתב התחייבות מצהיר כל רוכש שידוע לו שקיימת סמכות רבנית בקריה וכי הוא מתחייב לקבל את סמכותה. עוד מוצהר על ידי הרוכש שהוא ובני ביתו מתחייבים למלא בהקפדה אחר כל תקנות הקריה.

בהמשך כתב ההתחייבות מופיעות תקנות הקריה (להלן: "תקנות הקריה"). בתקנות הקריה נקבעו שורת הוראות באשר לקיום אורח דתי בקריה שכוללות שמירה על דיני הצניעות, איסור להחזיק מקלט רדיו וטלוויזיה, איסור יסוד בית כנסת, תשלום הוצאות ומסים לצרכי הקהילה לרבות אחזקת מקווה, איסור תעמולה.

בסעיף ג' לכתב ההתחייבות נקבע שכל המחלוקות בקשר לקיום תקנות הקריה ימסרו להכרעת הנהלת הקריה או למי שיתמנה על ידה ו/או על ידי הרב מרדכי שיף שימשש בורר.

בסעיף ד' לכתב ההתחייבות נקבע שכל בעל זכויות בנכס בקריה שמבקש למכור או להשכיר את זכויותיו בנכס, חייב לבקש את אישור הנהלת הקריה מראש בטרם התקשרות בעסקה בקשר לזכויותיו בנכס. תנאי לדיון בבקשה לאישור כאמור הינו שהנעבר יחתום על בקשה להעברת זכויות חתומה על ידי המעביר ועל ידי הנעבר. להנהלת הקריה שיקול דעת בלעדי ומוחלט ליתן את האישור להעברת הזכויות או לסרב למתן האישור או להתנותו ללא כל צורך במתן נימוקים. עוד נקבע שתנאי ראשון למתן האישור הינו שהנעבר יחתום על כתב התחייבות.

2.4 המבקשים רכשו כאמור את הדירה, חתמו על כתב התחייבות והמשיבה הנפיקה ביום 26.1.09 אישור על מצב הזכויות בדירה שלפיו הם בעלי הזכויות הרשומים של הדירה.

2.5 התובעים היו מעוניינים למכור את הדירה. לדידם הערימה עליהם הנתבעת קשיים למכירה משיקולים זרים, תוך שימוש בזכויותיה שלפי כתב ההתחייבות ולטעמם של התובעים שלא כדין. משכך הוגשה התביעה נשוא הבקשה לעיכוב ההליכים, היא הבקשה שלפני. את הבקשה לעיכוב הליכים משתיתה הנתבעת על תניית הבוררות שבכתב ההתחייבות.

על מנת להבין את הבקשה, אציין את עיקרי התביעה.

3. עיקרי התביעה

3.1 הואיל והתובעים היו מעוניינים, כאמור, למכור את הזכויות בדירה לאחרים הם פנו לנתבעת מספר פעמים, לרבות בכתב כעולה מנספחי התביעה, לקבל אישור זכויות מעודכן. חרף הפניות, לא נענתה בקשתם ואישור זכויות לא ניתן.

לטענת התובעים וכנטען בתצהיר שצורף לתביעה, הסירוב היה נעוץ ברצון הנתבעת לרכוש את הדירה בעצמה לאור היתכנות של פרויקט פינוי בינוי של הקריה, דבר שישביח את הזכויות ביחידות. הסכום שהוצע על ידי הנתבעת לרכוש את הדירה היה נמוך במידה משמעותית מההצעות שקיבלו התובעים, לטענתם, ומשכך סירבו להצעת הנתבעת.

טעם נוסף שלטענת התובעים עמד ביסוד הסירוב להנפיק אישור זכויות הוא מוצאו הספרדי של התובע, לעומת הקהילה שהיא "אשכנזית". משכך, לטענתם, היא לא תשתף פעולה עם התובע למכירת הדירה אם לא ימכור לה את הדירה (סעיפים 12 ו-13 לתצהיר).

- 3.2 ביום 7.7.17 מכרו התובעים את זכויותיהם בדירה לה"ה אביאל ורבקה אהרוני (להלן: "הרוכשים"). הרוכשים שילמו את מלוא התמורה וקיבלו את החזקה בדירה ביום 1.12.17 והם מתגוררים בדירה מאז מסירת החזקה.
- 3.3 לטענת התובעים, הנתבעת שהינה חברה משכנת לכל דבר ועניין, מונעת שלא כדין את השלמת העברת הזכויות ברישום מהתובעים לרוכשי הדירה.
- עוד טוענים התובעים, כי כתב ההתחייבות, נחתם על ידם בעל כורחם, הינו מסמך ריק מתוכן, סותר את זכות הקניין, והוא מסמך פסול שמטרתו ותוכנו הינם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים וסותרים את תקנת הציבור. מכאן, לדידם של התובעים, ובהתאם [לסעיף 30 לחוק החוזים](#) (חלק כללי), תשל"ג – 1973, הוא בטל ונעדר כל תוקף.
- עוד נטען שכתב ההתחייבות אינו יכול להגביל את התובעים, בכלל ובמכירת זכויותיהם לאחרים, בפרט.
- 3.4 התובעים הגישו תובענה שנתמכת בתצהיר התובע. בתביעה עותרים התובעים לסעדים הבאים:
- 3.4.1 על הנתבעת להמציא לתובעים אישור זכויות עדכני להעברת מלוא הזכויות בדירה מהם לרוכשים.
- 3.4.2 על הנתבעת למחוק מרישומיה, כמו גם מאישור הזכויות העדכני, התחייבות לרישום משכנתא לטובת "בנק דיסקונט", וזאת בהתאם לאישור הבנק לביטול התחייבות לרישום משכנתא המופנה לנתבעת.
- 3.4.3 לקבוע כי כתב ההתחייבות ובפרט סעיף ד' שבתוכו, אינו עומד בתקנת הציבור ו/או כי הוא נוגד את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ו/או כי מדובר בתנאי מקפח בחוזה אחיד ו/או כי הסעיף סותר את מהות הזכויות הקנייניות בנכס ועל כן בטל.
- 3.5 הנתבעת הגישה כאמור בקשה לעיכוב הליכים וכן הגישה בקשה להארכת מועד להגשת כתב הגנה כך שיוגש 30 יום לאחר מתן ההחלטה בבקשה לעיכוב הליכים. כב' הרשם שילה האריך את המועד להגשת כתב ההגנה.

4. הבקשה לעיכוב הליכים

- 4.1 עמדת הנתבעת
- המבקשת עותרת להעברת הסכסוך לבוררות בפני בית הדין של הרב נסים קרליץ שליט"א, שהוא מוסד רבני מוכר שמקובל על הציבור החרדי. זאת על יסוד תניית הבוררות וכן התנהגות הצדדים בהינתן שהצדדים התדיינו בעבר לפני אותם בוררים בקשר לתוספת בנייה שביצעו התובעים ברכוש המשותף. באותו עניין ניתן פסק בוררות שאושר בבית המשפט.

הנתבעת אף פנתה הלכה למעשה לבית דין צדק שזימן את הצדדים לדיון כאשר על הבוררות יחול דין תורה.

הבקשה נתמכת בתצהירו של מר רפאל שמעונוביץ שהינו מזכיר הקהילה.

עמדת התובעים

4.2

השתק וויתור - התובעים טוענים שמדובר בחוזה אחיד אשר בהקשר לו כבר התנהלו הליכים בבית המשפט האזרחי, בין הנתבעת לבין רוכשים אחרים באותה סוגיה, הליכים שיזמה הנתבעת. מכאן טענתם שקיים השתק ומניעות בידה לטעון שיש לברר את הטענות נשוא התביעה בבוררות. בהקשר זה מופנה בית המשפט לתביעת הנתבעת נגד דוד רוז ועמית מנשה (ת.א. 52054-02-13) [פורסם בנבו] (להלן: "התביעה האחרת").

כתב ההתחייבות ותניית הבוררות שבו חסר תוקף בהינתן שאין לנתבעת זכויות קנייניות בנכסים בתחום הקריה, היא לא בעלים ואף לא חוכרת של השטחים שעליהם בנויים הנכסים. בהקשר זה מפנים התובעים להליכים פליליים שהתנהלו נגד הנתבעת שבה נטען על ידה שאין לה זכויות כאמור.

עוד נטען, כי הטענות שביסוד התביעה אמורות להתברר בבית משפט ולא במסגרת בוררות.

התובעים גורסים שלא ניתנה הסכמה של הצדדים להתדיין לפי דין תורה שהוא הדין שאמור לחול בבוררות.

התובעים חולקים על טענת הנתבעת שנסמכת על ההליך הקודם שנוהל בין הצדדים בבית דין צדק. לעניין זה נטען שהתובעת 2 לא הייתה צד לאותו הליך ובעיקר שההליך האמור לא עסק בטענות קנייניות.

לעמדת התובעים, יש לראות בנתבעת כמי שזנחה את זכותה לברר את המחלוקת בבוררות משעה שלא נענתה לפניית התובעים למתן הסעדים מושא התביעה. נטען בהקשר זה שעל פי הדין היה על הנתבעת להודיע לתובעים במענה לאותן פניות שיש לברר את המחלוקת בבוררות.

טענה נוספת בפי התובעים הינה שההכרעה בתובענה משפיעה על צדדים שלישיים שהם הרוכשים שאינם חתומים על כתב ההתחייבות ועל תניית הבוררות שבו.

תשובת הנתבעת

4.3

הנתבעת השיבה לתגובה וטענה בין היתר:

הכלל הוא שיש לכבד תניית בוררות וכי לא קמו נסיבות חריגות או טעמים מיוחדים שבעטיים אין לברר את המחלוקת בבוררות כמות שהסכימו הצדדים.

לטענתה, משבחרו התובעים להתגורר בקריה, הם התחייבו מרצונם החופשי למלא את תנאי חוזה הרכישה וכתב ההתחייבות והם מחוייבים בכל סכסוך לפעול על פיו ולהתדיין בפני סמכות רבנית שנבחרה על ידי הנהלת הקריה, בית הדין של הרב קרליץ בבני ברק.

נטען שהתביעה האחרת אינה רלוונטית להליך שלפני, שכן באותו הליך לא חתם הרוכש על כתב ההתחייבות ובית המשפט התבקש ליתן פסק דין שמצהיר שהמכירה אינה בתוקף וברי שבורר לא היה מוסמך לדון בתביעה שעה שמדובר במי שאינו חתום על תניית בורות, לא כל שכן אותו רוכש סירב להתדיין בבוררות. עוד נטען שבתביעה האחרת נדרש גם צו מניעה זמני שהבורר אינו מוסמך לתת וגם בכך יש לאבחן מהמקרה שלפני.

הנתבעת גורסת שאין ממש בטענת התובעים שלפיה לא נקבע בתניית הבוררות שההליך יידון לפי דין תורה. בהקשר זה נטען שאכן לא נקבע בתניית הבוררות מהו הדין שחל אך ברי שבבית דין צדק יחול דין תורה.

לעמדת הנתבעת, אין מענה ענייני בפי התובעים באשר להסכמתם בעבר להתדיין לפי תניית הבוררות, דבר שמאושש את טענת הנתבעת שיש לדון בבוררות.

הנתבעת טוענת שאין לראות בה כמי שזנחה את הדרישה לפנות לבוררות. בהקשר זה נטען שאין בכך שלא הגיבה למכתבי הדרישה של התובעים ולא כלום שכן המועד הראשון שיש להעלות את הטענה בדבר תניית בורות מחייבת הוא במסגרת ההליך המשפטי שהוגש ולא במענה למכתבי התראה.

עוד סבורה הנתבעת שאין מקום להביא בחשבון את עניינם של הרוכשים שכן הם לא צד להליך, בהינתן שהתובעים עצמם בחרו שלא לצרפם להליך ובשים לב שאין להם עילת תביעה נגד הנתבעת.

באשר לטענת התובעים שמפנים להליך הפלילי שבו נאמר שאין לנתבעת זכויות, נטען שהמדובר היה באישום בנוגע להחזקת המבנים שבקריה ומאחר והנתבעת אינה מחזיקה את המבנים אלא רוכשי ושוכרי היחידות אין להטיל עליה כל אשם בעניין ומכל מקום אין בכך כדי לגרוע מתוקף כתב ההתחייבות.

5. דיון והכרעה

הצדדים לא ביקשו לקיים דיון במעמדם ולקיים חקירות של המצהירים, ומשכך ניתנת הכרעה זו על יסוד האמור בכתבי הטענות.

הדיון יתמקד מטבע הדברים רק בסוגיות הדרושות לעניין עיכוב ההליכים ולא בטענות לגופן, קרי, הסעדים המבוקשים.

תניית הבוררות אשר בסעיף 1.ג לכתב ההתחייבות קובעת:

"כל סכסוך ו/או חילוקי דעות הקשורים לאי קיום 'תקנות קריית באבוב' דהיום וכפי שיותקנו מעת לעת ימסרו להכרעתה של הנהלת הקריה ומוסדותיה או למי שימונה על ידה ו/או ע"י הרב מרדכי שיף אשר ישמש בורר בין הצדדים."

6. המתווה הנורמטיבי

סעיף 5 לחוק הבוררות קובע:

"(א) הוגשה תובענה לבית משפט בסכסוך שהוסכם למסרו לבוררות וביקש בעל-דין שהוא צד להסכם הבוררות לעכב את ההליכים בתובענה, יעכב בית המשפט את ההליכים בין הצדדים להסכם, ובלבד שהמבקש היה מוכן לעשות כל הדרוש לקיום הבוררות ולהמשכה ועדיין הוא מוכן לכך.
(ב) בקשה לעיכוב הליכים יכול שתוגש בכתב ההגנה או בדרך אחרת, אך לא יאוחר מהיום שטען המבקש לראשונה לגופו של ענין התובענה.
(ג) בית המשפט רשאי שלא לעכב את ההליכים אם ראה טעם מיוחד שהסכסוך לא יידון בבוררות."

קרי, ככלל על בית המשפט לכבד את רצון הצדדים כמות שנקבע בתניית הבוררות ולהפנות את המחלוקת להליך זה. זאת ובלבד שמבקש הבוררות עשה הכל על מנת לקיים את הבוררות וזאת, בין היתר, בכך שטען לקיומה של הבוררות בהזדמנות הראשונה.

רק בנסיבות חריגות ושעה שקיים טעם מיוחד, יורה בית המשפט שההליך לא יידון בבוררות. בהקשר זה אפנה לדברי בית המשפט העליון ברע"א 6353/17 אלברט פוני נ' אופק עד פיננסים (2014) בע"מ, (פורסם במאגרים המשפטיים [פורסם בנבו] ביום 29.10.17) נקבע:

"רק בנסיבות חריגות ומטעמים מיוחדים יסטה בית משפט מתניית בוררות שעליה הסכימו הצדדים ויימנע מלכבד את רצונם של הצדדים כפי שהביעו בהסכם ביניהם. לא ניתן להסכין עם מצב שבו מותירים בידי הנתבע את הבחירה – בדיעבד - אם לפנות להליך בוררות או לבית המשפט, במקרה בו יועלו טענות אזרחיות-חוזיות-מסחריות הקשורות בתרמית, מצגי שווא וכיוצא באלה, באופן המנוגד להסכמתם הא-פריורית של הצדדים. את הסמכות לסטות מתניית בוררות מוסכמת יש להותיר למקרים חריגים בהן מדובר בטענות חמורות במיוחד (כגון בעניין חברת החשמל לעיל) או כאשר מדובר באינטרס ציבורי כבד משקל שמצדיק דיון פומבי (כגון בעניין טבע לעיל)."

7. לאחר שעיינתי בכתבי הטענות, נתתי דעתי לכל הדרוש ויישמתי את הוראות החוק וההלכה הפסוקה הגעתי לידי מסקנה שדין הבקשה להידחות הן מטעמים דיוניים והן מטעמים מהותיים.

אפתח בטעמים הדיוניים ואעבור בהמשך למהותיים;

8. זניחת הזכות להתדיין בבוררות

דומה שיש ממש בטענת התובעים באשר לכך שהנתבעת לא פעלה לקיום הליך הבוררות בעת הנדרשת. לעניין זה נקבע בפסיקה, שלא בהכרח ההזדמנות הראשונה היא עם הגשת כתב ההגנה ויכולות להיות נסיבות שבהן שומה היה על הנתבע לעורר את הטענה עוד קודם לכן. בהקשר זה אפנה לרע"א [4464/12 MINTER PROPERTIES LIMITED נ' הפטריארכיה היוונית האורתודוקסית של ירושלים](#) (פורסם במאגרים המשפטיים [פורסם בנבו] ביום 25.11.12).

ביישום לענייננו;

לכתב התביעה ולתצהירו של התובע צורפו העתק של שלוש פניות של באי כוח התובע להמצאת אישור זכויות, הוא הסעד הראשון בתובענה. שעה שלא התקבלה כל תגובה של הנתבעת הודיע לה ב"כ התובעים שהם "יפנו לערכאות שיפוטיות למיצוי זכויותיהם החוקיות", מכתב מיום 5.6.17 (נספח 4). הנתבעת לא השיבה לאף אחת מהפניות, ולא הועילו גם שיחות עם נציגי הנתבעת כאמור בתצהיר שגם בהן לא הודיעה הנתבעת לתובעים שעליהם לפנות לבוררות (סעיפים 11-14). הנתבעת גם לא נתנה הסבר ענייני בבקשה וכן בתשובה לתגובה לכך שנמנעה פעם אחר פעם מלהגיב לפניות של התובעים בנושא התובענה. בנסיבות אלה, סבורני שיש לראות את הנתבעת כמי שלא טענה ב"הזדמנות הראשונה" שיש להפנות את הסכסוך לבוררות, הגם שהיו בידה מספר הזדמנויות לעשות כן, אך היא בחרה להחריש. לא התעלמתי שהבקשה לעיכוב הליכים הוגשה סמוך לאחר הגשת התביעה, אך לטעמי אין בכך כדי לרפא את הפגם שבהתנהלות הנתבעת בהקשר זה כמבואר לעיל.

השתק ומניעות

.9

סבורני שקיימת בעייתיות בהתנהלות הנתבעת אשר בחרה בנסיבות דומות לברר את המחלוקת בבית המשפט ולא בבוררות, זאת כאמור בתובענה האחרת. לא ראיתי באבחנה שלה טוען ב"כ הנתבעת בין שני המקרים, זה שלפניי והתביעה האחרת משום אבחנה עניינית. עיינתי בכתבי הטענות שהוגשו בתביעה האחרת ובאלו שלפני; בשני המקרים הסוגיה נסבה בשאלת כתב ההוראות, החוקיות שלו, זכות הנתבעת לאכוף את תנאיה ולמנוע העברת זכויות שלא לפיה. לכך אוסיף שעסקינן באותו מסמך ובאותה תנייה כך שאין למעשה אבחנה עניינית בין המקרים. התביעה האחרת לא הגיעה לידי הכרעה שכן הושגה פשרה שלפיה רכשה הנתבעת את הזכויות בדירה, אך הנתבעת גילתה את דעתה שיש לברר את המחלוקת בבתי המשפט ולא בהליכי בוררות. לא התעלמתי מטענת הנתבעת שלפיה בתביעה האחרת היא נדרשה לסעד זמני ומשכך היא נאלצה להגיש תביעה לבית המשפט, אך אין בידי לקבל טענתה.

בהתאם ל**חוק הבוררות**, יכולה היתה הנתבעת לעתור לסעד זמני בבית המשפט ואת ההליך העיקרי לברר בבוררות ולכן אין בהנמקה שהיא נדרשה לסעד זמני כדי לבסס את האבחנה הנטענת בין שני המקרים. לכך קושי נוסף שניצב בהקשר זה לפני הנתבעת שכן כעולה מנספחי הבקשה, הוציא בית הדין לצדק, לבקשתה, צו זמני שאוסר על העברת הזכויות לרוכשים. משכך, התנהגותה של הנתבעת שעה שבחרה בעבר לברר את המחלוקת מושא

התובענה בבית משפט אזרחי ולא בהליך בוררות בהתאם לתניית הבוררות, בהינתן שלא ניתן כל טעם ענייני לפשר ההתנהלות האמורה, עומדת בעוכריה.

ומכאן לטעמים המהותיים;

10. העדר תוקף לכתב ההתחייבות

סבורני שהקושי העיקרי שעומד בעוכרי הנתבעת נעוץ בכך שנשוא המחלוקת הוא בשאלת תוקפו של כתב ההתחייבות ואבהיר;

טענתם המרכזית של התובעים הינה, כי הוראות כתב ההתחייבות ככלל ובפרט סעיף ד' לו, שעניינו איסור להעברת זכויות בקניינם לאחר ללא קבלת אישור מראש של הנתבעת וכל זאת מבלי שתידרש לנמק את סירובה, בטל. זאת מחמת נימוקים שונים ובכללם אי עמידה בתקנת הציבור, הוא נוגד את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, היותו פוגע בזכויות קנייניות ועוד. ככל שכך הוא, קרי, דין כתב ההתחייבות בטלות, ממילא בטלה גם תניית הבוררות.

לטעמי, אין מקום שהבוררים יכריעו בשאלת תוקף כתב ההתחייבות וממילא בשאלת סמכותו ואבהיר.

11. הבורר אמור להכריע בסמכותו

קבלת הבקשה משמעה שבית הדין לצדק, יכריע בשאלת תוקף כתב ההתחייבות, משמע יכריע באופן עקיף גם בשאלת סמכותו, שכן זו יונקת את סמכותה מכתב ההתחייבות. אמנם, ככלל כאשר חוזה מבוטל, תניית הבוררות ממשיכה לחול, אך כאשר החוזה בטל מעיקרו, בטלה גם תניית הבוררות. לכן, קבלת הבקשה משמעה שהבורר, קרי, בית הדין לצדק, אמור להכריע גם בסמכותו וכזאת לא ניתן.

יפים לעניין זה דברי כב' השופט דנציגר ברע"א 4986/08 - TYCO BUILDING SERVIE

נ' אלבקס וידיאו בע"מ ואח', (פורסם במאגרים המשפטיים [פורסם בנבו] ביום 12.4.10):

"לעתים הקניית תוקף לתניית בוררות עלולה להביא למצב של "מעגל שוטה". כך למשל, אם תובא בפני הבורר השאלה בדבר תקפותו של ההסכם הכללי והבורר יקבע כי ההסכם נוגד את תקנת הציבור ולכן בטל לפי סעיף 30 לחוק החוזים, אזי מניין נובעת סמכותו של הבורר להכריע במחלוקת הנוגעת להסכם זה? כדברי אוטולנגי בספרה:

'אם יגיע הבורר למסקנה שבאמת לא היה החוזה בר תוקף, בעצם החלטה זו הוא משמיט את הבסיס לסמכותו" (שם, עמ' 243). יחד עם זאת, לדעתה של אוטולנגי, אם הבורר הוסמך במפורש (בהסכם הבוררות או בחוק) להחליט בשאלת סמכותו (כלומר בשאלת תוקפו של ההסכם), אזי הוא יהיה רשאי לעשות כן (שם, עמ' 244)..."

אפנה גם לספרו של שטרוזמן "ספר הבוררות" תשס"א – 2001, בעמוד 24:

"כאשר אחד הצדדים לחוזה מבטל, או מבקש לבטל, את החוזה שחתם עם משנהו בגלל טעות, הטעייה, כפייה או עשק, יתקיים הדיון בדבר תוקפו של החוזה, או למתן הרשות לבטלו, בבית המשפט, שהרי אם לקה החוזה באחד מהמעשים הנ"ל, כמשמעם בחוק, החוזה בטל או יבוטל על ידי בית המשפט. ביטול זה יגרוף עמו גם את סעיף הבוררות המהווה חלק ממנו".

קיימת גישה שלפיה הצדדים יכולים להסמיך את הבורר לדון בשאלת סמכותו. אין חולק כי במקרה שלפני לא הוסמכו הבוררים לדון בסמכותם ומשכך איני נדרש לסוגיה.

לענייננו, וכפי שפורט לעיל, אין הבורר יכול לדון בשאלת סמכותו, שכן החלטתו יכול ותשמיט את הבסיס לסמכותו.

12. צד דרוש

במקרה שלפני מתעורר קושי נוסף בהינתן שקיים צד דרוש שאינו מחויב לתניית הבוררות, הם הרוכשים.

השאיפה לרכז את כל התביעות בהליך אחד, אין בה כדי לשמש לבדה "טעם מיוחד" שלא לעכב את ההליכים. יש איפוא מקום לקיים מבחן דו שלבי: "נחיצות דיונית" קרי, אם צורף לתובענה מי שאינו צד להסכם הבוררות רק לשם התחמקות מהתחייבותו ליישב את הסכסוך בבוררות. "נחיצות מהותית" קרי, אם חיוני הוא כדי שיהיה בידי התובע לזכות בסעד אפקטיבי שהדיון יתנהל כמקשה אחת ולא יפוצל. (ר' [רע"א 985/93 - אלרינה אינוסטמנט נ' ברקי פטה המפרים, פד מח\(1\), 397\(01/09/1993\)](#)).

אמנם יכולים התובעים לזכות בסעדים, גם ללא צירופם של הרוכשים, אולם לסעדים המבוקשים יש השלכה על הרוכשים, שכאמור, כבר רכשו את הזכויות בדירה. ודוק: קביעה כי כתב ההתחייבות תקף ויש לפעול על פיו, תוביל למסקנה כי היה מקום לבקש את אישור הנהלת הקריה למכירה, על כל המשתמע מכך.

ממילא, אין בצירופם, גם אם הוא בגדר אופציה, כדי לחמוק מבוררות, אלא כדי לייעל את ההליכים ומתוך הכרה בכך שבית המשפט הוא הערכאה המוסמכת לדון הן בסוגיית חוקיות כתב ההתחייבות והן, גם אם בעקיפין, בשאלת מכירת הזכויות לצדדים שלישיים.

אפנה בהקשר זה לספרו של ד"ר ישראל שמעוני "דיני בוררות אופק חדש בבוררות", מהדורה שנייה מורחבת, בעמ' 92: "בורר אינו מוסמך להכריע בעניין תוקפן של זכויות קנייניות נגד מי שאינו צד להסכם הבוררות."

13. עניין שאינו יכול לשמש נושא להסכם בין הצדדים

לטעמי, השאלות הדרושות להכרעה בתובענה וביניהן תקנת הציבור, חורגות מהעניינים שעליהם ניתן להכריע בבוררות וכקבוע [בסעיף 3 לחוק הבוררות](#) לאמור: "עניין שאינו יכול לשמש נושא להסכם בין הצדדים".

טענות הנוגעות לאי חוקיות, כבמקרה דנן, אינן יכולות לשמש נושא לבוררות בין הצדדים; בייחוד כאשר יש צורך בבחינה מעמיקה של הדברים. (ר' לעניין זה [רע"א 6233-02 - אקסטל בעמ' נ' 1. קאלמא ווי תעשיה](#), (פורסם במאגרים המשפטיים [פורסם בנבן] ביום 4.2.01).

אציין, כי במקרה שלפני יהיה מקום להידרש לתוקפו של כתב ההתחייבות בהיותו, כנטען, נוגד את תקנת הציבור ו/או חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וסותר זכויות קנייניות. בחינה מעין זו אינה מתאימה להידון בהליך של בוררות, שהינו מטבעו הליך קצר וממוקד, כשלבבורר סמכויות מוגבלות.

מבלי לקבוע מסמרות לגופן של הטענות, שממילא תידונה בהליך עצמו, אפנה להלכה הפסוקה שלפיה עניינים מהותיים "היורדים לשורש תקנת הציבור בישראל, בין במישור המהותי ובין במישור הדיוני, עשויים להצדיק סירוב לעכב הליכים גם בבוררות הכפופה לאמנה בינלאומית. (רע"א 1817/08 טבע תעשיות פרמצבטיית בע"מ נ' Pronauron Biotechnologies, Inc, פורסם במאגרים המשפטיים [פורסם בנבן] ביום 11.10.09)

(ר' גם ספרה של פרופ' אוטולנגי "בוררות דין ונוהל", כרך א', מהדורה רביעית ומיוחדת, בעמ' 289 - 294)

הטענות המועלות בתביעה הנדונה הינן טענות כבדות משקל שנוגעות לסוגיות של פגיעה בזכויות יסוד, אפליה ותקנת הציבור ואשר מצריכות קביעות עקרוניות. משכך, קיים אינטרס ציבורי כי אלה תידונה בפומבי בבית המשפט ולא בבוררות (ר' [רע"א 6353/17 אלברט פוני נ' אופק עד פיננסים](#) [פורסם בנבן] שאוזכר לעיל). אדגיש בהקשר זה שעניינים בעלי צביון "חוקתי" ראוי שיתבררו בבית המשפט ולא בבוררות (ר' "דיני בוררות", ד"ר שמעוני בעמ' 83).

14. סוף דבר

מכל הטעמים האמורים, דין הבקשה לעיכוב הליכים להידחות.

הנתבעת תישא בהוצאות התובעים בסך כולל של 8,750 ₪.

הנתבעת תגיש כתב הגנה לא יאוחר מיום 6.9.18. עותק כתב ההגנה יוגש למזכירות בנוסף לעותק בנט המשפט. במקביל על ב"כ התובעים להמציא עותק של כתב התביעה על נספחיו למזכירות בנוסף לעותק שהוגש בנט המשפט ואף זאת תעשה עד ליום 6.9.18.

המזכירות תשלח את ההחלטה לב"כ הצדדים.

התיק יובא לעיוני בתום המועד להגשת כתב הגנה.

מעקב מזכירות.

ניתנה היום, כ"ו אב תשע"ח, 07 אוגוסט 2018, בהעדר הצדדים.

איתן אורנשטיין 54678313
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)