



## בבית המשפט העליון

ע"א 7682/10

בפני: כבוד השופט י' דנציגר

המבקשים: 1. אליהו שני  
2. שרה שני

נגד

המשיב: 1. בנק מזרחי טפחות בע"מ (לשעבר בנק מזרחי  
המאוחד בע"מ)

בקשה למתן סעד זמני לתקופת הערעור

בשם המבקשים: עו"ד אוהד שני  
בשם המשיב: עו"ד לאה בראון; עו"ד ערן הלר

### החלטה

לפניי בקשה לסעד זמני בערעור שהוגש על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט ר' יעקובי) בת.א. 3115/09 שניתן ביום 11.8.2010, בו נמחקה תביעתם של המבקשים על הסף מחמת מעשה בית דין.

רקע עובדתי והליכים קודמים

1. כפי שעולה מהבקשה שלפניי, המשיב החל בהליכי מימוש משכון על דירת מגוריהם של המבקשים בהוצאה לפועל. בין יתר ההליכים שהתקיימו בין הצדדים, הגישו המבקשים כנגד המשיבים תובענה לבית המשפט המחוזי בירושלים ובגדרה טענו טענות שונות הנוגעות, בין היתר, לסוגיית חוקיות מימוש המשכון. כמו כן עולה מהבקשה כי במשך תקופת ההתדיינות בבית המשפט המחוזי עוכבו הליכי מימוש המשכון. ביום 11.8.2010 נתן בית המשפט המחוזי פסק דין לפיו נמחקה תובענתם של המבקשים על הסף מחמת קיומו של מעשה בית דין. ביום 25.8.2010, ובטרם הוגשה

הודעת הערעור מטעם המבקשים לבית משפט זה, הגישו המבקשים לבית המשפט המחוזי בקשה כי יורה על המשך עיכובם של הליכי מימוש המשכון בהוצאה לפועל. ביום 5.10.2010 הורה בית המשפט המחוזי כי בקשתם של המבקשים (אשר הוגשה כבקשה לעיכוב ביצוע והחלט על ידו כי אינה כזו אלא עסקינן בבקשה לסעד זמני לתקופת הערעור) תתקבל, כתנאי שעד ליום 15.11.2010 ישלמו המבקשים 15% מן החוב כפי סכומו במועד התשלום, ועד ליום 10.1.2011 ישלמו המבקשים סכום נוסף בשיעור 20% מיתרת החוב כפי סכומו במועד התשלום השני.

2. ביום 20.10.2010 הגישו המבקשים לבית משפט זה הודעת ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי וביום 28.10.2010 הגישו המבקשים בקשה לסעד זמני לתקופת הערעור, שפרטיה דומים לבקשה שנדונה על ידי בית המשפט המחוזי והוכרעה על ידו כמפורט לעיל.

נימוקי הבקשה הצריכים לעניין

3. בתמצית יאמר כי המבקשים טוענים שלמעשה בית המשפט המחוזי דחה את בקשתם לעיכוב הליכי מימוש המשכון בהוצאה לפועל, שכן משמעות התנאים שנקבעו על ידו לשם עיכוב ההליכים היא שעל המבקשים לשלם מיליון ש"ח בתוך ארבעה חודשים, ובהיעדר מקור מימוני אחר עליהם למכור את דירת מגוריהם, ובכך למעשה יתייתר הדין בערעור שהוגש על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. משדחה בית המשפט המחוזי את בקשתם לעיכוב הליכי מימוש המשכון, טוענים המבקשים כי עומדת להם הזכות לפנות בבקשה חדשה לבית משפט זה היות שהודעת הערעור מטעמם הוגשה זה לא מכבר.

תגובת המשיב

4. ביום 28.10.2010 הוריתי על מתן סעד ארעי לפיו יעוכבו הליכי מימוש המשכון על דירת מגוריהם של המבקשים עד להחלטה אחרת. כמו כן, הוריתי למשיב להגיש תגובתו לבקשה עד ליום 4.11.2010. בתגובתו, מעלה המשיב טענות גם לגופו של עניין, אולם בשל התוצאה אליה הגעתי איני רואה צורך לפרטן. המשיב העלה טענה מקדמית לפיה שגו המבקשים משהגישו "בקשה" לסעד זמני לתקופת הערעור לבית משפט זה, שכן היה עליהם להגיש בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי, שכן הלכה למעשה מבקשים הם להשיג על החלטתה של הערכאה הדיונית בסוגיית הסעד הזמני שהיא "החלטה אחרת".

5. גדר המחלוקת בין הצדדים היא האם מי שבקשתו לסעד זמני נדונה ונדחתה על ידי הערכאה הדיונית טרם הגשת הערעור ועתה, לאחר הגשת הודעת הערעור, מעוניין הוא להשיג על החלטת הערכאה הדיונית בשאלת הסעד הזמני לפני ערכאת הערעור, רשאי להגיש לערכאת הערעור "בקשה" חדשה או שמא מוטלת עליו החובה לפנות לערכאת הערעור על דרך של "בקשת רשות ערעור"? זו השאלה העומדת לדיון.

דיון והכרעה

6. לאחר שעיינתי בבקשה ובתגובה לה על נספחיהן, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הבקשה להידחות על הסף, בסייגים מסוימים, משום שהדרך הדיונית בה היו צריכים המבקשים לנקוט היא הגשת בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בבקשתם לסעד זמני לתקופת הערעור.

7. כזכור, טענתם של המבקשים היא כי משנדחתה בקשתם לעיכוב הליכי מימוש המשכון בהוצאה לפועל הרי שבית משפט זה הוא בית המשפט המוסמך לדון בבקשה כאילו הוגשה אליו מלכתחילה. נדמה כי המבקשים הקישו בטענתם זו מההסדר הנורמטיבי הנוהג בעניין עיכוב ביצוע.

8. כך, תנאי לדיון של ערכאת הערעור בבקשה לעיכוב ביצוע הוא כי המבקש הגיש את הבקשה לערכאה הדיונית וזו דחתה את הבקשה (ראו: סעפים 467-468 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי); כן ראו למשל: החלטתה של השופטת מ' נאור בע"א 2212/07 פריצקר נ' עו"ד אביעזר חיון (לא פורסם, 28.6.2007) (להלן: עניין פריצקר), סעיף 8]. ברם, נקבע בפסיקה כי התניית תנאים מכבידים במסגרת החלטה בעניין עיכוב ביצוע שניתנה על ידי הערכאה הדיונית, כמוה כדחיית הבקשה ומשכך מוסמכת ערכאת הערעור לדון בבקשה לעיכוב ביצוע (כאילו ישבה כערכאה ראשונה) [ראו למשל: החלטתו של השופט ח' מלצר בע"א 4887/08 בנאי נ' סמולנסקי דיאמונד (ישראל) בע"מ (לא פורסם, 17.11.2008), סעיף 4 והאסמכתאות המובאות שם]. ברוח זו טוענים המבקשים כי משעה שנקבעו תנאים מכבידים כתנאי לקבלת בקשתם לעיכוב הליכי מימוש המשכון הרי שהלכה למעשה בקשתם נדחתה ומשכך רשאי בית משפט זה לדון בבקשתם בחזקת de novo, כ"בקשה", ולכן אין הם נדרשים להגיש בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי.

9. איני מקבל את טענתם זו של המבקשים. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, בקשה לעיכוב ביצוע הליכי מימוש המשכון אינה בקשה לעיכוב ביצוע לפי סעיפים 467-468 לתקנות סדר הדין האזרחי, אלא עסקינן בבקשה לסעד זמני בערעור, שכן תביעתם של המבקשים בבית המשפט המחוזי נמחקה ומשכך אין כל פעולה אופרטיבית במסגרת פסק הדין עצמו שניתן לעכבה. כל שביקשו המבקשים לעשות הוא להאריך את תוקפו של הסעד הזמני שהיה תקף במהלך הדיון בבית המשפט המחוזי. משכך, לא בכדי הכתירו אף המבקשים עצמם את הבקשה שהוגשה לבית משפט זה במילים "בקשה לסעד זמני בערעור" [לגבי ההבחנה בין עיכוב ביצוע לבין סעד זמני לתקופת הערעור ראו למשל: החלטתה של השופטת א' פרוקצ'יה בע"א 4729/00 העדה האוונגלית אפיסקופלית נ' ניקולא (לא פורסם, 22.10.2000), סעיף 5; כן ראו: אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 680-681 (2009) (להלן: גורן)].

10. לפיכך, המסגרת הנורמטיבית המסדירה את הפעולות הדיוניות בגדריה של בקשה זו היא תקנה 471 לתקנות סדר הדין האזרחי. תקנה זו, בניגוד לתקנות 467-468 לתקנות סדר הדין האזרחי, אינה מחייבת את המבקש סעד זמני מערכאת הערעור לפנות תחילה לערכאה הדיונית [ראו למשל: עניין פריצקר הנ"ל, וכן יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי עמוד 865 (מהדורה שביעית, 1995) (להלן: זוסמן); גורן, בעמ' 681; משה קשת הזכויות הדיוניות וסדרי הדין במשפט האזרחי ב 1327-1328 (2007)]. ודוק, "כל עוד לא הוגש הערעור, שמורה הסמכות בידי בית המשפט הראשון" (זוסמן, בעמ' 866). כלומר, הסמכות ליתן סעד זמני לתקופת הערעור כל עוד לא הוגשה הודעת הערעור מסורה באופן ייחודי לערכאה הדיונית (ראו: תקנות 471(א) ו-471(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי). משכך, "דין הסמכות המיוחד לתקנה 471 מחייב מבקש, שפנה לפני הגשת הערעור אל הערכאה הראשונה, לדאוג לכך, שבקשתו תידון לפני שהוגש הערעור... שאם לא תידון עד אותו מועד, יהא בית המשפט נטול סמכות להיעתר לו" (שם).

11. יוצא איפוא כי קיים שוני יסודי בין המנגנון המסדיר את חלוקת הסמכויות בעניין עיכוב ביצוע לבין המנגנון המסדיר את חלוקת הסמכויות בין הערכאות בשאלת הסעד הזמני לתקופת הערעור. שאלת הסמכות לדון בבקשה לסעד זמני לתקופת הערעור תוכרע בהתאם למועד הגשת הודעת הערעור. דווקא בשל חלוקת הסמכויות המפורשת והבהירה בין הערכאות בסוגיית הסעד הזמני לתקופת הערעור, הרי שסבור אני כי לא ניתן להקיש מההסדר הנוהג בסוגיית עיכוב הביצוע. לטעמי, משהוגשה בקשה לסעד זמני בערעור לערכאה הדיונית והיא זו שדנה בבקשה מכוח סמכותה הייחודית לפי תקנה 471 הנ"ל, כי אז השגה על החלטתה, בין אם סייגה את הסעד

הזמני בתנאים ובין אם במסגרתה נדחתה הבקשה כליל, כמוה כתקיפה ערעורית של "החלטה אחרת", ומשכך זו תובא לפני ערכאת הערעור כבקשת רשות ערעור (ראו: סעיפים 41(ב) ו-52(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984) ולא כ"בקשה" המוגשת לערכאה ראשונה בבחינת *de novo*.

12. שיקול מדיניות נוסף התומך במסקנתי זו הוא הכלל בדבר כיבוד בין ערכאות. משדנה הערכאה הדיונית בבקשה לסעד זמני בערעור, במסגרת סמכותה הייחודית, לא יהיה זה יאה כי ערכאת הערעור תתערב בהחלטתה רק משום שיתכן כי ניתן היה לפסוק אחרת אילו הייתה יושבת כערכאה דיונית. הכלל בדבר כיבוד בין ערכאות מחייב כי התערבות בהחלטתה של הערכאה הדיונית שניתנה במסגרת סמכותה הייחודית תוגבל לכללי התערבות ערעורית ולא למעלה מכך. לכאורה, שיקול זה עשוי היה להיות יפה גם לעניין בקשה לעיכוב ביצוע, ובכל זאת קבע המחוקק לעניין עיכוב ביצוע כי ערכאת הערעור תדון בבקשה מחדש ולא ב"משקפיים" ערעוריות. ברם, סבור אני כי דווקא משום שבסוגיית עיכוב הביצוע נקבע בתקנות סדר הדין האזרחי במפורש כי בית המשפט שלערעור ידון כערכאה ראשונה בבקשה שנדחתה על ידי הערכאה הדיונית, ואילו הסדר שכזה לא צויין בתקנות בסוגיית הסעד הזמני לתקופת הערעור, הרי שמכלל ההן שומעים את הלאו, ואף ביתר שאת נוכח חלוקת הסמכויות המפורשת שנקבעה במסגרת תקנה 471 לתקנות סדר הדין האזרחי.

13. סבור אני כי בדרך זו יש גם כדי למנוע מתן החלטות סותרות, שכן יתכן שאם תדון ערכאת הערעור בבקשה כערכאה ראשונה עשויה היא להחליט באופן סותר ומנוגד להחלטתה של הערכאה הדיונית שדחתה את הבקשה לסעד זמני. ואולם, אם תדון ערכאת הערעור בבקשה על דרך של בקשת רשות ערעור הרי שאופן הפעלת הביקורת השיפוטית על ידה יהיה שונה ויוגבל לדרך שבה נבחנות טענות בעלות אופי ערעורי, באופן שימנע מתן החלטות סותרות.

14. מדיניות זו אף תמנע תופעה המוכרת בכינויה כ-"Forum Shopping". כך, לעיתים בעל דין עשוי להעדיף להגיש בקשתו לסעד זמני לתקופת הערעור לערכאה הדיונית מתוך הנחה כי סיכויי היעדרותה לבקשתו יהיו טובים יותר שכן הלכה למעשה מדובר על הארכת תוקפו של הסעד הזמני שהיה תקף עד להכרעה בתובענה, בבחינת שמירה על הקיים. לכן, יעכב בעל הדין את הגשת הודעת הערעור מטעמו על מנת להביא ל"לכידת" הדיון בבקשתו בתחום סמכותה הייחודית של הערכאה הדיונית. ברם, לאחר שבקשתו תידחה על ידי הערכאה הדיונית יזדרז בעל הדין ויגיש את הודעת הערעור מטעמו על מנת ליהנות מ"מקצה שיפורים" באופן שיוכל להגיש בשנית בקשתו

לסעד זמני והפעם לערכאת הערעור. שימוש זה לרעה בסדרי הדין תוך תמרון מועד הגשת הודעת הערעור יש למנוע וזאת באמצעות אימוצו של הכלל עליו הצבעתי לעיל.

15. ואולם, עשויה להישמע הטענה כי משהוגשה הודעת הערעור ממילא הסמכות לתת סעד זמני מוקנית באופן ייחודי לערכאת הערעור ונשללת סמכותה של הערכאה הדיונית לדון בכל עניין שהוא הנוגע לסעד זמני בתקופת הערעור, וזאת בהסתמך לכאורה על האמור בתקנה 471(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי הקובעת כי "הוגש ערעור או הוגשה בקשת רשות לערער, יהיו הסמכויות על פי תקנת משנה (א) נתונות לבית המשפט שלערעור". ברם, איני סבור כי בטענה זו יש ממש, שכן תקנת משנה (א) עוסקת בסמכות לתת סעד זמני בערעור מלכתחילה ולא בשאלת ההשגה על סעד זמני שכבר ניתן עובר להגשת הערעור. אין אנו עוסקים במצב בו הערכאה הדיונית מתבקשת ליתן סעד זמני לאחר שהוגשה הודעת הערעור, שאז ודאי אין היא מוסמכת לעשות כן, אלא עניין לנו בנסיבות בהן ניתן כבר סעד זמני על ידי הערכאה הדיונית בשעה שהיא הייתה מוסמכת לעשות כן באופן ייחודי. משכך, אין בעצם הגשת הודעת הערעור כדי לאיין את החלטה שניתנה על ידי הערכאה הדיונית, ובוודאי שאין בכך כדי להצדיק התעלמות מקיומה של החלטה שיפוטית בת תוקף בדרך של דיון מחודש באותה בקשה כדרכה של ערכאה ראשונה.

16. תתכן טענה לפיה מהאמור בהחלטתה של השופטת א' חיות בע"א 1103/04 רוזנצוויג נ' מפרק גדרם שמנים בע"מ (בפירוק ובכינוס נכסים), פ"ד נט 3 125 (2004), ניתן ללמוד לכאורה כי משהוגשה הודעת הערעור עוברת סמכות הדיון בסוגיית הסעד הזמני בכל מקרה לערכאת הערעור, לאור אמירתה כי:

"... הליכי ביניים מעצם טיבם אינם אלא הליכי לוויין להליך העיקרי, ומשהוגש הערעור זהו ההליך שיש לראותו כהליך העיקרי העומד על הפרק. על כן ראוי שבקשות ביניים המועלות לאחר הגשתו תתבררנה ככלל בפני ערכאת ערעור, והיא אשר תבחן ותשקול את מכלול השיקולים הצריכים לעניין, לרבות שאלת סיכויי הערעור וכן השאלה אם ללא הסעד הזמני שנתבקשה לתתו או לבטלו יש חשש כי תסוכל מטרת הערעור, ולא יהיה בו עוד טעם" (שם, עמ' 130).

17. ברם, הנני סבור כי בדברים אלה יש אך כדי לחזק את המסקנה אליה הגעתי.

ראשית, הדברים הנ"ל נאמרו בקשר לבקשות ביניים המוגשות לאחר הגשת הערעור, בעוד שבנסיבות דנן עסקינן בבקשה שהוגשה לערכאה הדיונית עובר להגשת הערעור ומשכך "נלכדה" בסמכותה הייחודית של הערכאה הדיונית.

שנית, בין אם בדרך של "בקשת רשות ערעור" או בדרך של "בקשה" הרי שבנסיבות דנן ובדומותיהן ערכאת הערעור היא שתדון בבקשה בכל מקרה, שכן עסקינן בהשגה על קביעתה של הערכאה הדיונית. לכן השאלה בנסיבות אלה אינה איזו מהערכאות תדון בבקשה, תשובה זו ברורה מאליה עוד מראשית הדיון, אלא מהי הדרך הפרוצדוראלית הנכונה בגדריה תדון ערכאת הערעור בבקשה – על דרך הערעור (באמצעות בקשת רשות ערעור) או כערכאה ראשונה (בדרך של "בקשה"). תשובתי היא כי בנסיבות כגון דא על ערכאת הערעור לדון בבקשה על דרך של "בקשת רשות ערעור" מהטעמים המפורטים לעיל.

18. משכך, ועל מנת למנוע נזק בלתי הפיך למבקשים שזוהי להם דירת מגוריהם, הנני מורה בשלב זה על הארכת הסעד הארעי שניתן על ידי בעניינם, ובתנאי שהמבקשים יתקנו את בקשתם באופן שיגישו תחתייה בקשת רשות ערעור ויחד עמה בקשה לסעד ארעי עד להכרעה בבקשת רשות הערעור, תוך עשרה ימים החל ממועד מתן החלטתי זו. אם לא יעשו כן יפקע הסעד הארעי עליו הוריתי.

19. אשר על כן, הבקשה נדחית על הסף בכפוף לסייגים המפורטים לעיל. בנסיבות העניין לא מצאתי מקום לעשות צו להוצאות.

ניתנה היום, ל' בחשוון התשע"א (7.11.2010).

ש ו פ ט