

פרק א':

מערכת היחסים המשפטיים בין בעל הקרקע והקבלן לבין רוכשי הדירות

1. היחסים המשפטיים בין מוכר הדירה לבין רוכש הדירה

א. מבוא

החוזים, הכלליים והמיוחדים, עליהם עמדנו בפרק הקודם, בדיוננו בסוגיית ההתקשרות בין בעל הקרקע והקבלן. הדינים וההלכות שנדונו שם חשובים גם להתקשרות רוכש הדירה ממוכר הדירה, ויחולו עליה בשינויים המחוייבים. מדובר כזכור, בכריתת החוזה, בסוגיית הכשרות המשפטית ועוד.

בדרך-כלל, חוזה הקומבינציה נכרת, כרונולוגית, לפני החוזים עם רוכשי הדירות, אך אין מניעה תיאורטית שהסדר הכרונולוגי יתהפך. זאת משום, שעל-פי הדין רשאי אדם להתחייב בהווה להעביר זכויות ונכסים שיגיעו לידיו רק בעתיד.

האמנם לא בכל עסקת קומבינציה נבנות ונמכרות דירות דווקא לצדדים שלישיים, אך זהו סוג העסקה הנפוץ ביותר, ואליו נתייחס להלן.

מהדינים ומההלכות שלהלן ניתן, ככל הנראה, להקיש גם לסוגי עסקאות קומבינציה אחרים. הכול כמובן, בכפוף לנסיבות העניין ושינויים המחוייבים.

בכל סוגיה בה קיים דין חקוק או הלכה פסוקה המתייחסים ספציפית לעסקת קומבינציה מסוג השונה מהעסקה "הקלאסית" הנ"ל, נציין זאת במפורש.

ההתקשרות בין רוכש הדירה לבין המוכר, בין אם האחרון הינו הקבלן ובין אם הינו בעל המקרקעין, כפופה לדיני

ב. תוכן חוזה רכישת הדירה

1. השפעת זהות המוכר (בעל הקרקע או הקבלן) על תוכן חוזה הרכישה

בפסקי-הדין שקבע את ההלכה. אשר-על-כן, בהמשך סקירתנו את סוגיית תוכן חוזה רכישת הדירה, לא הפרדנו בין ההלכות שנפסקו על רקע מכירה על-ידי הקבלן לבין אלו שנפסקו על רקע מכירה על-ידי בעל הקרקע, ובמקום זאת דאגנו לציין במפורש, בכל מקרה ומקרה, את זהות המוכר במקרה הנדון.

כאשר המוכר הוא הקבלן, מצבו המשפטי של רוכש הדירה מתקרב, במישורים רבים, למצבו המשפטי של בעל הקרקע ביחסים המשפטיים שלו עם הקבלן. לכן, ניכר שאת מרבית ההלכות שנפסקו בסוגיית תוכן חוזה הקומבינציה (בין הקבלן לבעלים), ולפחות אלו שנפסקו לגבי חיובי הקבלן, ניתן להחיל מדרך היקש, אם לא ישירות, בסוגיית תוכן חוזה רכישת הדירה על-ידי מי שאינו בעל הקרקע.

מרבית השאלות הכרוכות בסוגיית תוכן חוזה רכישת דירה, שנבנתה במסגרת עסקת קומבינציה, נדונו בפסקי-דין מעטים בלבד, אם בכלל. מדרך הטבע, ההלכות שנפסקו במקרים השונים נפסקו חלקן על רקע מכירת דירה על-ידי הקבלן וחלקן על רקע מכירת דירה על-ידי הבעלים. השאלה, אם ניתן להקיש מהלכה פסוקה, שנפסקה כשהמוכר היה בעל הקרקע, למצב בו המוכר הוא הקבלן, או להפך, אין לה תשובה חד-משמעית, והיא תלויה בחיוב הנדון ובשאר נסיבות המקרה הספציפי. אף-על-פי-כן, ברוב המקרים, אין השכל הישר רואה מניעה לבצע היקש כאמור. פסיקה שעסקה במועד קיום החיובים השונים, בחיוב המוכר למסור הדירה כשהיא גמורה ומושלמת וכו', אין על פני הדברים מניעה להחילה גם כשהות המוכר במקרה האקטואלי שונה מזהות המוכר במקרה שנדון

האמור. כאשר המוכר הוא בעל הקרקע, מנסה הוא לעיתים להתנער מחיובו כלפי רוכש הדירה בטענה שהחייב הינו הקבלן ולא הוא, או לחילופין, שהחייב פקע מטעם כלשהו הקשור בעסקת הקומבינציה בינו לבין הקבלן. כך לדוגמה, ב"ע"א 348/79², ביקש בא"כוח המוכרת לבסס טענתו, כי אין המוכר אחראי כלפי הקבלן, על כך שחוזה הקומבינציה הוא, כך טען, חוזה לטובת צד ג', ולחילופין, על כך שהימחה לרוכשים את זכויותיו כלפי הקבלן. במשמעות טענות אלו בהכרעת בית-המשפט לגביהן, נדון להלן.

יתר-על-כן, היקש ניתן לדעתנו להעשות, בכפוף לנסיבות העניין, גם בכיוון ההפוך. ב"ע"א 449/85¹, שעסק בהוראותיו של חוזה אחד למכר דירת מגורים, נבחנו היבטים רבים של יחסי הקבלן - רוכש הדירה, לאו דווקא כשברקע עסקת קומבינציה. בין היתר, נדונו שם: מועד מסירת הדירה, שיטת התשלום "cos-plas" חיוב הרוכשים להתקשר עם חברת שירותים, אילו מהוצאות הקבלן על הרוכשים לכסות, תניות פטור, תניה לפיה קבלת הדירה על-ידי הקונה תיחשב הוכחה למסירת הדירה כשהיא תקינה ונטולת פגם, ועוד. הקורא מופנה לפסק-הדין

2. הקשר בין החיובים בחוזה הקומבינציה לבין החיובים בחוזה בין רוכש ומוכר הדירה

ב. חיוב/ים בחוזה הקומבינציה מבטל/ים חיוב/ים בחוזה רכישת הדירה.
ג. חיוב/ים בחוזה הקומבינציה נקראים לתוך חוזה רכישת הדירה, והופכים לחלק ממנו.
ד. חיוב/ים בחוזה הקומבינציה משמשים כאמצעי לפירוש תוכן החיובים בחוזה רכישת הדירה.
סוגיית היחס בין חיובים בחוזה הקומבינציה לחיובים בחוזה רכישת הדירה נדונה בבית-המשפט מספר פעמים. להלן מובאות ההלכות שנפסקו בסוגיה זו.

סוגיה חשובה בכל עסקת קומבינציה בה חלק מהדירות הנבנות במסגרת העסקה נמכרות לרוכשי דירה, היא סוגיית היחס בין החיובים בשני החוזים - חוזה הקומבינציה, בין הקבלן לבעל הקרקע, וחוזי מכירת הדירות, בין מוכר לרוכש הדירה.
היחס בין חיובים בחוזה הקומבינציה לחיובים בחוזה רכישת הדירה יכול, לכאורה, ללבוש אחת מהצורות הבאות:
א. חיוב/ים בחוזה רכישת הדירה מותנה/ים בקיום חיוב/ים בחוזה הקומבינציה.

א. חיוב/ים בחוזה רכישת הדירה מותנה/ים בקיום חיוב/ים בחוזה הקומבינציה

מסירת הדירה נקבע ליום 22.2.74. מחר הדירה חולק למספר תשלומים, כשהאחרון ביניהם, בסך 20,000 ל"י, היה אמור להשתלם ביום מסירת הדירה.
בו ביום התקשרו הקונים בחוזה עם קונים מהם, בו מכרו את דירתם שלהם, והתחייבו למוסרה ב"1.5.74, תוך התחייבות לפצותם עם המסירה תאחר.
המוכרת לא קיבלה את הדירה מהקבלן ביום 21.2.74, ולכן לא נמסרה האחרונה לקונים ביום 22.2.74. הקונים נתבעו על-ידי הקונים מהם בגין אי-מסירת הדירה במועד. התביעה הסתיימה בפשרה, בה שילמו הקונים פיצויים בסך 2,165 ל"י. ביום 15.3.75 תפסו הקונים חוקה בדירה, וזאת ללא הסכמת המוכרת. אותה עת טרם הושלמה הדירה ולא היתה ראויה למגורים. הקונים תיקנו ושיפצו את הדירה על-חשבונם. הקונים תבעו את המוכרת:

ב"ע"א 348/79³ היו העובדות כדלהלן:
המערערת (להלן: המוכרת) היתה בעלים של חלקת אדמה. המשיב 3 היה קבלן. ביום 22.6.72 נערך בין המוכרת לקבלן הסכם קומבינציה, לפיו התחייב הקבלן, תמורת הבעלות בחלקה, להקים עליה בית ולרושמו כבית משותף, וליתן למוכרת, בין היתר, את אחת הדירות בבית, עד ליום 21.2.74, כשהיא "ראויה למגורים וגמורה לחלוטין". בהסכם נאמר כי אם יחול עיכוב בבניה "מסיבות בלתי-תלויות בקבלן", יידחה מועד סיום הבניה ומסירת הדירה, באותו פרק זמן בו חל העיכוב.
ביום 5.9.73, עוד בטרם הושלם הבניין, התקשרה המוכרת בהסכם עם המשיבים 1 ו-2 (להלן: "הקונים"), לפיו "היא מוכרת לקונים את כל הזכויות שיש לה בדירה הנבנית עבורה על-ידי הקבלן בהתאם למוסכם בינה לקבלן". מועד

1. ע"א 449/85 היועץ המשפטי נ' גד חברה לבניין בע"מ ואח', פ"ד מג(1) 183.

2. ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי, פ"ד לה(4) 31.

3. ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי, פ"ד לה(4) 31.

על אחריותו הבלעדית של הקבלן", וכי "המוכרת מצהירה כי תמורת כל התחייבויות של הקונים כפי שיפורטו להלן בהסכם זה היא מוכרת לקונים את כל הזכויות שיש לה ויהיו לה בדירה הנבנית עבורה על-ידי הקבלן בהתאם למוסכם בינה לקבלן".

השופט ברק דחה גם טענה זו של המוכרת, בקובעו, בעמ' 36:

"6. אין כל ממש בטענה זו. החוזה שבין המוכרת לבין הקונים אינו תלוי כלל בתנאי מתלה, שהקבלן יקיים את התחייבויותיו שלו כלפי המוכרת. אזכור התחייבויות הקבלן בא לתאר ולהגדיר התחייבויות אלה, אך לא להתנות את החוזה שבין המוכרת לבין הקונים בקיומן של אותן התחייבויות. כפי שנראה, תיאורן והגדרתן של התחייבויות הקבלן כלפי המוכרת חשובים הם לחוזה שבין המוכרת לבין הקונים, שכן זכויות המוכרת כלפי הקבלן הומחו לקונים, והמוכרת אף נטלה על עצמה התחייבויות משלה כלפי הקונים על בסיס התחייבות הקבלן כלפיה. אך קשר זה בין שני החוזים אין בו כדי ליצור מצב דברים, לפיו ביצועו כדין של החוזה הראשון (בין המוכרת לבין קבלן) הוא תנאי לתוקפו של החוזה השני (בין המוכרת לבין הקונים). קבלת השקפתו של בא"כוח המוכרת תביא לתוצאה, כי אם ראובן התחייב למכור נכס לשמעון, ושמעון מצדו התחייב למכור את זכותו זו ללוי, ישוחרר שמעון מהתחייבותו כלפי לוי, רק משום שראובן הפר את התחייבותו כלפי שמעון. זו תוצאה שהדעת אינה סובלתה. בדוגמה שהבאנו, התחייבותו של ראובן כלפי שמעון קובעת את תוכן הזכות, שאותה התחייב שמעון למכור, אך אין בה כדי להתלות את התחייבותו (ראה: ג' טדסקי, "חוזה שלביצועו דרושה הסכמת אדם שלישי ודמי תיווך", הפרקליט ל"ב (התשל"ט-התש"ם) 296). הוא הדין בעניין שלפנינו. התחייבות הקבלן כלפי המוכרת משפיעה על תוכן הזכות, שרכשו הקונים מהמוכרת, אך אינה מתנה את זכות הקונים במימוש התחייבות הקבלן".

א. לפיצוי בגין הנזק, שנגרם להם בשל אי-מסירת הדירה במועד, כולל נזק לא ממוני.

ב. לפיצוי בגין עבודות ההשלמה והתיקונים שעשו בדירה.

ג. לאכיפת התחייבותה לרשום את הדירה כדירה בבית משותף על-שם הקונים.

המוכרת שלחה הודעת צד ג' לקבלן, ודרשה שיפוי ממנו בגין כל הסעדים שתידרש ליתן למוכרים. בית-המשפט המחוזי נעתר לתביעה על כל ראשיה, וחייב את המשיב 3 לשפות את המערערת על רוב הפיצויים, שנפסקו נגדה.

טענתה המקדמית של המוכרת היתה כי לא נטלה על עצמה כל התחייבות כלפי הקונים, פרט להתחייבות לקיים את שקיבלה על עצמה כלפי הקבלן. מכיוון שכך, לטענתה אין לקונים כל עילה כלפיה, לא לפיצויים ולא לאכיפה.

השופט ברק דחה טענה זו, בהצביעו על שתי התחייבויות עיקריות שנטלה על עצמה המוכרת כלפי הקונים:

א. "למסור לקונים את החזקה בדירה לא יאוחר מיום 22.2.74".

ב. "להעביר את הדירה על-שם המוכרים (הקונים - המחבר) בלשכת רשום המקרקעין".

המוכרת המשיכה וטענה, כי החוזה שבינה לבין קוני הדירה ממנה כלל בתוכו תנאי מתלה, והוא - קיום התחייבויות הקבלן כלפי המוכרת. הטענה בוססה על איזכורים רבים של התחייבויות הקבלן כלפי המוכרת, במבוא ובגוף החוזה בין המוכרים לקונים:

1. במבוא להסכם, המהווה "חלק בלתי-נפרד ממנו", נקבע שההסכם בין המוכרת לבין הקבלן מהווה חלק בלתי-נפרד מההסכם בין המוכרת לבין הקונים, והמבוא אף מפנה פעמים מספר להתחייבויות הקבלן כלפי המוכרת.

2. בחוזה נאמר, בין היתר, כי "המוכרת מצהירה, כי היא מכרה את המגרש הנ"ל לקבלן על-פי הסכם מיום 22.6.72", כי "המוכרת מצהירה כי כל הוצאות בניית הדירה יהיו על-חשבונו המלא של הקבלן והדירה נבנית

ב. חיובים בחוזה הקומבינציה מבטלים חיובים בחוזה רכישת הדירה

"...נקבע בחוזה, כי 'המוכרת מצהירה כי תמורת כל ההתחייבויות של הקונים כפי שיפורטו להלן בהסכם זה היא מוכרת לקונים את כל הזכויות שיש לה ויהיו לה בדירה הנבנית עבורה על-ידי הקבלן בהתאם למוסכם בינה לקבלן'. זוהי הוראת המחאה. הוראה דומה מצויה במקום אחר בחוזה, בו נקבע לעניין הזכות של המוכרת כלפי הקבלן לדרוש רישום הבית כבית משותף, כי

בי"ע א' 348/79⁴, שעובדותיו הובאו לעיל, טענה המוכרת, בין היתר, כי בחוזה שבינה לבין רוכשי הדירה המחתה לאחרונים את זכויותיה כלפי הקבלן, וכי על-כן אין להם עילת תביעה כנגדה, אלא כנגדו בלבד.

השופט ברק קיבל את הטענה שזכויות המוכרות כלפי הקבלן הומחו לרוכשים, אך לא את המסקנה המשפטית שהמוכרת ביקשה להסיק מכך. וכך פסק, בעמ' 37-38:

4. ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי, פ"ד לה (4) 31.

מוכיל מאליו למסקנה, שעצם העובדה, שהמחאה יצרה קשר משפטי בין הנמחה לבין החייב, אין בה כדי למנוע קיומן של חובות, המוטלות על הממחה כלפי הנמחה. חובות אלה עשויות להתקיים, והריהן פרי הוראות החוזה והוראות הדין, החל בעניין. על-כן, המחאה זכות המוכרת כלפי הקבלן לידי הקונים בדרך של עסקת מכר ויצירת קשר משפטי ישיר בין הקונים לבין הקבלן אין בהם כדי למנוע קיום חובות על המוכרת-הממחה כלפי הקונים-הנמחים. לשם בחינתן של חובות אלה יש לפנות להוראות החוזה ולהוראות חוק המכר.⁵

באותו פסק-דין העלתה המוכרת טענה נוספת, שאילו נתקבלה משמע היה שהחובים מכוח חוזה הקומבינציה שללו את תוקף החיובים בחוזה רכישת הדירה.

המוכרת טענה כי החוזה בינה לבין הקבלן יצר זכות לטובתם של הקונים. מכיוון שחוזה הקומבינציה הוא חוזה לטובת צד שלישי (הקונים), נשללת זכות הקונים כלפי המוכרת על-פי החוזה שביניהם, ועליהם להפנות תביעתם כלפי הקבלן.

בדחתו טענה זו קבע השופט ברק, בעמ' 37:

"אפילו היה מקום לראות בחוזה שבין המוכרת לבין הקבלן חוזה לטובת הקונים, אין בכך משום שלילת זכותם של הקונים כלפי המוכרת, על-פי החוזה שנערך ביניהם. זכות הקונים כלפי הקבלן כמוטבים מכוח החוזה שבין המוכרת לבין הקבלן לחוד, וזכות הקונים כלפי המוכרת מכוח החוזה שבניהם לחוד."

המוכרת מתחייבת, איפוא, כי כל הזכויות שיש לה לפי סעיף זה מועברות ישירות לקונים. עולה מהאמור, כי זכות המוכרת כלפי הקבלן הומחאה לקונים. על-כן נתונה לקונים-הנושים זכות ישירה כלפי הקבלן-החייב. אך מכאן לא מתבקשת כלל המסקנה, כי לקונים-הנמחים אין כל זכות כלפי המוכרת-הממחה. המחאה זכות הממחה כלפי החייב לנמחה היא עניין אחד. שלילת זכות הנמחה כלפי הממחה היא עניין אחר לחלוטין. מעצם המחאה הזכות לא נובע כלל, כי אין לנמחה כל זכות כלפי הממחה. אסביר גישתי זו.

10. חוק המחאה חיובים, התשכ"ט-1969 דן בעיקר במהות הזכות המועברת וביחס שבין הנמחה לבין החייב. אין חוק המחאה חיובים עוסק ביחסים שבין הממחה לבין הנמחה (ע"א 471/73 מקבלי נכסים זמניים ומינהליים נ' אלסינט בע"מ, פ"ד כט(1) 121, 126). תוצאה זו טבעית היא, שכן היא מתכונת אחת טיפוסית ליחסים שבין הממחה לבין הנמחה. יחסים אלה משתנים, והם נקבעים על-פי מהותה של המחאה ועל-פי המוסכם בין הצדדים...

אך טבעי הוא, כי היחסים המשפטיים שבין הממחה לבין הנמחה ייקבעו על-פי מהותה של המחאה. לא הרי חובתו של ממחה-מוכר כהרי חובתו של ממחה-נותן-מתנה... על-כן, מקום שעסקת המחאה היא עסקת מכר, יחולו בין הצדדים החובות והזכויות, הקבועות בחוזה המכר שביניהם, ובהוראות חוק המכר, התשכ"ח-1968, עד כמה שלא שונו או בוטלו על-ידי החוזה שבין הצדדים. ניתוח זה

ג. חיובים בחוזה הקומבינציה נקראים לתוך חוזה רכישת הדירה, והופכים לחלק ממנו

וגם זאת רק לאחר שניתן פסק-הדין בבית-המשפט המחוזי בתביעתה של המערערת כנגד המשיב. פסק-הדין ניתן בבית-המשפט המחוזי ב-12.9.86, כ-17 חודש לאחר שהוגש כתב התביעה.

המערערת תבעה פיצויים בגין האיחור במסירת הדירה. המשיב טען, לאור ההוראה "המוכר מתחייב למסור את הדירה לקונה בהתאם לחיובי הקבלן כלפיו", כי האיחור במסירת הדירה אינו כלל הפרה, שכן סיבתו שהקבלן איחר בקבלת היתר הבניה, ובהשלמת הבניה.

השופט י' מליץ, בבית-המשפט העליון, קבע, בעמ' 141: "...הצמידות לחיובו של הקבלן, שנקבעה בחוזה ושעליה מנסה המשיב להישען, אינה נוגעת אלא לצורת המבנה ולאביזרים המיוחדים שילוו אליו, ואין היא קשורה כלל לשאלת מועד המסירה."

ב-ע"א 675/86⁵ ביקש המשיב לקרוא לתוך חוזה רכישת הדירה את מועד מסירת הדירה על-ידי הקבלן בחוזה הקומבינציה.

העובדות: בעל קרקע (המשיב) התקשר עם קבלן בהסכם קומבינציה לפיו יקים הקבלן בניין על חלקה בבעלותו של בעל הקרקע, והאחרון יקבל מספר דירות בבניין. ביום 29.4.79 התקשר רוכש דירה (המערערת) עם בעל הקרקע בחוזה לפיו מוכר בעל הקרקע לרוכש הדירה, דירה ספציפית מתוך הדירות המגיעות לו בבניין. בחוזה התחייב המשיב למסור החזקה בדירה למערערת עד 1.3.81, כמו-כן, נאמר בחוזה כי "המוכר מתחייב למסור את הדירה לקונה בהתאם לחיוביו של הקבלן כלפיו".

הדירה לא נמסרה במועד. למעשה בתאריך הנקוב למסירתה טרם הוחל בבניית הבניין, ואפילו היתר בניה עוד לא ניתן. הדירה נמסרה רק ב-10.10.86 למערערת

5. ע"א 675/86 שמיסר נ' הורסמן, פ"ד מד(1) 133.

ד. חיובים בחוזה הקומבינציה משמשים כאמצעי לפירוש תוכן החיובים בחוזה רכישת הדירה

תביעה זו עברה גלגולים מספר, ונטענו בה - הן על-ידי המשיבים והן על-ידי המערערת - טיעונים רבים, אך לענייננו חשובים רק הפרטים הבאים:

שופט בית-המשפט המחוזי שוכנע, בין היתר, כי אכן המערערת לא שילמה למשיבים את התשלום האחרון. בנתחו את החוזה שבין המערערת לבין המשיבים הגיע למסקנה כי מאחר ובסעיף 4(4) לחוזה לא נקבע מועד להעברת המגרש על-שם המערערת, אזי מדובר בחיוב שלא נקבע לו מועד בחוזה, ולפיכך חל עליו סעיף 41 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, הקובע "מועד סביר". הוא קיבל את הצעת באת-כוה המשיבים לקבוע כי "מועד סביר" כזה הוא שלושה חודשים מיום חתימת החוזה - כלומר 24.9.74, וכי מתאריך זה ואילך הפרה המערערת את חיוב התשלום האחרון. לכן פסק השופט, בין היתר, כי המערערת תשלם למשיבים 200,000 ל"י בצירוף הפרשי הצמדה וריבית מיום 24.9.74.

השופט וייס, בבית-המשפט העליון, שלדעתו הצטרפו השופטים ברק ונתניהו, בדונו, בין היתר, בהחלטתו זו של בית-המשפט המחוזי, פסק, בעמ' 180-181:

"מוצדקת הקביעה העובדתית (של בית-המשפט המחוזי - המחבר) כי בידי המערערת היו כל הכלים כדי לבצע העברה זאת, לו חפצה בכך. אמת הדבר, כי יפוי-הכוח ת/8 (שמסרה למברג לעורכי-הדין שלה להבטחת ביצוע התחייבויותיה - המחבר) ניתן לעורכי-דין שייצגו את למברג ולא לעורכי-הדין של המערערת... אולם עורכי-דין אלה... קיבלו את יפוי-הכוח כנאמנים של המשיבים והיו חייבים לעשות בו שימוש לפי דרישת המשיבים ולהעביר את הקרקע על-שמם. לפי חומר הראיות אין ספק, כי ההעברה היתה מתבצעת, לו רק הסכימה המערערת (שההעברה תבוצע - המחבר)... אך משסירבה - אין לה להלין אלא על עצמה... לו היתה המערערת מסכימה לקבל את ההעברה, ועורכי-הדין... היו מסרבים - היו עומדים למשיבים סעדים כנגדם וכנגד למברג... אלא שכל האמור לעיל בדבר אפשרות ביצוע העסקה כוחו יפה, כל עוד קיימת מערכת יחסים בין בעלי הדין שלפנינו לבין עצמם...

אולם סבורני, שאין לקרוא את ההסכם ת/7 (החוזה בין המשיבים למערערת - המחבר) במנותק מן החיובים של ההסכם ת/6 (הסכם הקומבינציה בין המשיבים לחברת "למברג" - המחבר)... בשום מקרה לא יכלו המשיבים להעביר זכויות יותר מאלה שהיו להם על-פי ההסכם ת/6. מן האמור בהסכם ת/6... עולה, כי למברג והמשיבים ראו דרך אחת לבצע את רישום הזכויות שאותן רכשו

ב-ע"א 320/82⁶ נפסק כי אין לקרוא את הסכם רכישת הדירה במנותק מהסכם הקומבינציה. העובדות החשובות לענייננו: בשנת 1972 התקשרו המשיבים בעסקת קומבינציה עם חברה ושמה "למברג" שבבעלותה היתה חלקת הקרקע, עליה ניתן היה לבנות שלושה בניינים בני עשרים וארבע דירות כל אחד. על-פי העסקה התחייבו המשיבים לבנות את אחד הבניינים ולמסור ללמברג, כעיקר התמורה, חמש מתוך הדירות שבו. הבניין אמנם הוקם, על שליש בלתי-מוגדר של החלקה, ובידי המשיבים נותרו שני שלישים מהשטח וזכויות בניה לשני הבניינים הנוספים בני עשרים וארבע דירות כל אחד.

בסעיף 15 לחוזה נקבע כי הבניינים שיוקמו על החלקה ירשמו בפנקס הבתים המשותפים, וחמש הדירות שנועדו ללמברג תרשמה כחידות נפרדות.

בסעיף 22 לחוזה נקבע חד-משמעית כי, עד להשלמת בניית חמש הדירות והעברתן לחזקת למברג וסילוק כל חוב או התחייבות שנטלו המשיבים על עצמם. "...לא יהיו הקונים (המשיבים) זכאים להעברת הבעלות של הממכר לשמם ו/או לפקודתם. בהתאם לכך מוצהר ומוסכם כי חזקת הקונים בחזקה הנ"ל הינה חזקת בר-רשות בלבד..."

להבטחת ביצוע התחייבויותיה, מסרה למברג יפוי-כוח בלתי-חוזר לעורכי-הדין שייצגו אותה עצמה, שלא ניתן לפעול לפיו - על-פי סעיף 22 לחוזה - כל עוד לא קיימו המשיבים את התחייבויותיהם כלפי למברג. נקדים ונאמר, כי בפועל התגלע סכסוך בין המשיבים לבין למברג. סכסוך זה נבע עקב הפרת החוזה על-ידי המשיבים, והוא נפתר בהסכם פשרה שנחתם בין הצדדים ביום 15.2.76, ובו אישרה למברג את השימוש ביפוי-הכוח הנ"ל.

המשיבים התקשרו ביום 25.6.74 בחוזה עם החברה המערערת, שהיא חברה קבלנית לעבודות בניין, לפיו ימכרו המשיבים למערערת "את יתרת הקרקע פרט לבניין (הכוונה לבניין שכבר הוקם - המחבר) ואת יתרת הזכויות על-פי הרישיון ולבניית 48 דירות הנוספות עד ל-72 דירות בקרקע על-פי ההסכם והרישיון שהשיגו המוכרים". התמורה נקבעה ל-600,000 ל"י, וסכום זה חולק למספר תשלומים. התשלום האחרון בס"כ 200,000 ל"י נקבע לתשלום לפי סעיף 4(4) לחוזה זה - בעת העברת המגרש על-שם הקונה ו/או לפקודתה".

המשיבים הגישו ביום 24.2.80 תביעה כנגד המערערת לתשלום האחרון הנ"ל, וטענו כי המערערת מעכבת את ביצוע רישום החלקה וכן מעכבת תחת ידה את התשלום הנ"ל.

6. ע"א 320/82 חברת האחים מנשה ויקטור לוי בע"מ נ' כנפו ואח', פ"ד (2) 169.

200,000 ל"י ליום 24.9.74. כך שהושלם בניין א', ולמברג, שתבעה את המשיבים בגין הפרת ההסכם ת/6, באה על סיפוקה בהסכם פשרה שנחתם ביום 15.2.76 (מוצג ת/9) ואישרה את השימוש בפיזיקה כגוף אותו הסכם (מוצג ת/9 סיפא), הוסרו המכשולים לרשום את הזכויות בחלקה בתוך תקופה קצרה יחסית, ולעניין זה העמדת תקופה זו על מועד של שלושה חודשים מקובלת עלינו... מועד ההעברה בפועל הגיע רק לאחר שהמשיבים קיימו את חובותיהם כלפי למברג, דהיינו שלושה חודשים לאחר יום 15.2.76, הוא יום 15.5.76 תחת המועד של 24.9.74, כפי שנקבע על-ידי בית-המשפט קמא. לכן יש להצמיד את היתרה האמורה ממועד זה."

המשיבים, והיא רישום הבית בפנקס המשותפים. אגב רישום זה היתה הבעלות בחמש הדירות מתמזגת עם הבעלות הרשומה בשם למברג, ויתר הדירות היו מועברות למשיבים או לאחרים על-פי יפוי-הכוח. למברג היתה מעוניינת לקבל חמש דירות, שהבעלות עליהן נקיה משעבדים או שותפים, ולמנוע מהמשיבים קבלת זכויות הקניין בחלקה עד לקבלת החוקה בחמש הדירות, ולאחר קבלת החוקה לא היה לה כל עניין להישאר שותפה עם המשיבים באותן הדירות.

הדרך להבטיח זאת חייבה איפוא רישום הבית בפנקס הבתים המשותפים. הפועל היוצא מן האמור לעיל הוא, שהשופט המלומד החמיר עם המערערת, כאשר קבע, כאמור לעיל, את היום הקובע לתשלום הסכום האחרון בסך

3. תנאים בהתקשרות

הקבלנים... לבין מר אשד אברהם... יהיה בעל תוקף רק כאשר הדירה הנ"ל תשוחרר ממשפחת לובר (בעלי המקרקעין) ולא תהיה כל דרישה מצד הקונים לגבי הקבלנים."

בעלי המקרקעין צרפו להליך המשפטי שניהלו כנגד הקבלנים את המערערים (אשד) כנתבעים. השאלה שעל בית-המשפט היה להכריע בה היא - זכותם של מי בדירה המערבית גוברת - זכות בעלי המקרקעין או זכות המערערים?

בבית-המשפט השלום נפסק שזכותם של בעלי המקרקעין לדירה המערבית קודמת לשל המערערים וכי על הקבלנים למסרה להם. המערערים והקבלנים כאחד ערערו על קביעה זו לפני בית-המשפט המחוזי.

בית-המשפט המחוזי דחה את הערעורים, כאשר אחד מנימוקי הדחיה החלופיים היה סעיף 23 הנ"ל.

"לצורך פירוש הסעיף התייחס בית-המשפט המחוזי לממצאיו של בית-המשפט השלום. מצד אחד האמין שופט השלום המלומד לאשד כי הקבלנים הוננו אותם בהסתירם דבר קיומו של המשפט ושל צו המניעה. אולם מצד שני קבע שהם ידעו "שיש איזו סירחה לעסקה" וכי לאור סעיף 23 מוטל תוקף ההסכם נ/9 בספק מסויים, אף כי חומרתו ומהותו לא הובהרו להם. משלא פקחו עיניהם ולא הטריחו עצמם למשרד ספרי האחוזה, כדי לבדוק את הרישום שם - קבע בית-המשפט - אין להם להלין אלא על עצמם בלבד. מכל מקום, די בידיעתם כמתואר לעיל כדי לקבוע שאין לראות ב-נ/9 התקשרות בתום-לב (בצד התמורה הקיימת) שבכוחה להעניק לאשד זכות עדיפה על זכותם של

חוזה רכישת הדירה יכול שיכלול תנאים מתלים ו/או תנאים מפסיקים.

על תנאים אלו חלים דינים עליהם עמדנו בפרק הקודם, בדיון בסוגיית התנאת חוזה הקומבינציה. התנאים הנפוצים ביותר הם אלו הקשורים להשגת אישורים הקשורים לדיני התכנון והבניה, כגון השגת היתר הבניה.

תנאי מתלה יוצא-דופן בחוזה רכישת דירה, שנבנתה במסגרת עסקת קומבינציה נדון ב-ע"א 289/78.⁷

באותו מקרה הקבלנים (המשיבים 5-7) התקשרו בעסקת קומבינציה עם בעלי מקרקעין (המשיבים 1-4). בין הצדדים לעסקת הקומבינציה התגלע סכסוך בשאלה איזו דירה ("הדירה המערבית" או "הדירה המזרחית") הובטחה לבעלי המקרקעין. הסכסוך הובא לפני בית-המשפט, ובמרץ 1973 ניתן צו מניעה שאסר על הקבלנים להעביר את זכויותיהם בדירה המערבית, או ליצור קשר כלשהו העשוי להביא לתוצאה זו. בעוד הדיון נמשך, בנובמבר 1973, נתעורר חשש בלב בעלי המקרקעין שהדירה המערבית בכל זאת נמכרה. בא-כוח הקבלנים, בתשובה למכתב בעלי המקרקעין, הודיע שהדירה המערבית לא נמכרה וכי הקבלנים כלל אינם מתכוונים למכרה עד גמר המשפט וביטול צו המניעה.

אך הסתבר שהקבלנים הערימו לא רק על בעלי המקרקעין אלא גם על עורך-דינם שלהם, וכי התקשרו ביום 1.10.73 בהסכם עם המערערים בו התחייבו למכור למערערים את הדירה המערבית.

בחוזה זה קבע סעיף 23:

"מסוכם בזה בין הצדדים כי החוזה אשר נחתם בין

7. ע"א 289/78 אשד ואח' נ' לובר ואח', פ"ד לג(1) 13.

שנתגבשו לאחר שניתן פסק-הדין עליו הוגש הערעור הנדון.

בהמשך דנה השופטת בשאלה אם התנאי המתלה תקף כנגד שני בני-הזוג אשד, או רק כנגד הבעל, בעמ' 18:

"לא נעלם מעיני כי בסעיף 23 נזכר רק אברהם אשד, משל אין לסעיף תחולה אלא על הקשר עמו אך לא עם רעייתו. פירוש כזה, לפיו כפוף תוקף ההסכם לשחרור הדירה כמבואר רק לגביו, הוא על פניו אבסורדי ומרוקן את הכתוב מכל משמעות. על-כן אין לקבלו. כפי שקבע בית-משפט השלום, כממצא שאין בשלב זה להרהר אחריו, חתמו כל הצדדים לרבות ניצה אשד, מי בראשי תיבות ומי בשמו המלא, ליד הסעיף 23 בפנינתו הימנית העליונה. גם הידיעה הכללית על "סירחה כלשהי" וסיכון שמא לא יכנס ההסכם לתוקפו היתה נחלת שניהם."

ב-ע"א 348/79⁸ שעובדותיו נדונו לעיל בסוגיית "הקשר בין החיובים בחוזה הקומבינציה לחיובים בחוזה בין רוכש ומוכר הדירה", הועלתה הטענה כי חוזה רכישת הדירה כלל תנאי מתלה, לפיו לא יכנס לתוקף כל עוד לא קיים הקבלן את חיוביו על-פי חוזה הקומבינציה. הטענה נדחתה בנסיבות העניין. ראה שם.

המוכרים."

המערערים, והם בלבד, ביקשו רשות לערער על פסיקת בית-המשפט המחוזי. הרשות ניתנה, וכך פסקה השופטת בן-פורת בעניין סעיף 23 הנ"ל, בעמ' 17-18:

"לפי סעיף 23 יהיה מובנו המדוייק אשר יהיה, ברור שכניסת ההסכם נ/9 לתוקפו תלויה ב"שחרור" הדירה המערבית מבני משפחת לובר, הם "המוכרים". כל עוד היו בתוקפם צו המניעה הזמני והרישום בספרי האחווה, ברור שתנאי זה לא נתקיים. אולם אלה עומדים בתוקפם עד עצם היום הזה. להיפך, בינתיים משנדחה ערעורם של הקבלנים בבית-המשפט המחוזי מבלי שטרחו אף להגיש בקשה לרשות ערעור, נסתם הגולל על אפשרות השחרור. לפיכך, די לדעתי בעובדה שהקבלנים השלימו עם החיובים בפסק-הדין, שהפך בעבורם סופי ומחייב, כדי להוביל ממילא למסקנה שנ/9 הפך חסר תוקף ונפקות (פרט כבסיס לתביעת פיצויים בין אשד לקבלנים, בעיה שאינה מעניינתנו)."

יש לשים-לב לכך כי השופטת בן-פורת, בוחנת את התקיימות התנאי המתלה גם על-פי עובדות שהתגבשו לאחר שנפתח ההליך המשפטי, ואפילו על עובדות

4. המחאת זכויות הבעלים כלפי הקבלן לרוכש הדירה

למסור לקונים דירה מושלמת וראויה למגורים. המוכרת הסתמכה על כך שבחווה הקומבינציה בינה לקבלן התחייב האחרון למסור לה את הדירה כשהיא "ראויה למגורים וגמורה לחלוטין", בעוד שבחווה בינה לקונים התחייבה המוכרת "למסור לקונים את החזקה בדירה" - ותו לא.

השופט ברק פסק, בעמ' 42-43:

"מקום שהמחאת זכות מהווה מכירת הזכות, נוטל על עצמו המוכר-הממחה חובות, שמקורן בחוק המכר מזה ובחווה המכר מזה. במסגרת החובות מכוח חוק המכר, ניתן לציין את חובתו של הממחה-המוכר, כי הנכס הנמכר מתאים למה שהוסכם בין הצדדים (סעיף 11 לחוק המכר). על-כן מפר הממחה-המוכר את חובותיו על-פי חוק המכר, אם הזכות הנמכרת היא פגומה, או אם יש לחייב הגנות טובות כלפיה, והנמחה-קונה אינו יודע על כך. לעומת זאת, הגישה המקובלת היא, כי אין הממחה-המוכר ערב לביצוע החיוב על-ידי החייב. כפי שנקבע ב- American Law, Contracts (St. Paul, 1932) vol I. 225 Institute: Restatement of the

'(2) An assignor does not by the mere fact of assigning warrant that the obligor is solvent or that

כאשר מוכר הדירה הינו בעל הקרקע, חוזה המכר עשוי לכלול תניה לפיה הבעלים ממחה לרוכשים את זכויותיו כלפי הקבלן.

המחאה כאמור נעשתה, לדוגמה, ב-ע"א 348/79 הנ"ל, השופט ברק הגיע למסקנה זו לאור הוראות החווה בין המוכרת לרוכשים, וקבע, בעמ' 37-38:

"...כך, למשל, נקבע בחווה, כי 'המוכרת מצהירה כי תמורת כל ההתחייבויות של הקונים כפי שיפורטו להלן בהסכם זה, היא מוכרת לקונים את כל הזכויות שיש לה ויהיו לה בדירה הנבנית עבורה על-ידי הקבלן בהתאם למוסכם בינה ולקבלן'. זוהי הוראת המחאה. הוראה דומה מצויה במקום אחר בחווה, בו נקבע לעניין הזכות של המוכרת כלפי הקבלן לדרוש רישום הבית כבית משותף, כי 'המוכרת מתחייבת, איפוא, כי כל הזכויות שיש לה לפי סעיף זה מועברות ישירות לקונים'. עולה מהאמור, כי זכות המוכרת כלפי הקבלן הומחאה לקונים. על-כן נתונה לקונים-הנושים זכות ישירה כלפי הקבלן החייב."

באותו מקרה, מסרה המוכרת לקונים את הדירה כשהיא בלתי-שלמה ולא ראויה למגורים. הקונים תבעו בשל כך פיצויים. המוכרת טענה שמלכתחילה לא היתה חייבת

8. ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי, פ"ד לה(4) 31.

625 (Contracts (St. Paul, vol, IV, 1951)). כמו־כן, אין כל דבר אשר ימנע מהממחה־המוכר מליטול על עצמו חבות עצמאית משלו לביצוע החיובים, המוטלים על החייב. אכן, השאלה הניצבת לפנינו היא, אם המוכרת נטלה על עצמה חבות עצמאית שכזו כלפי הקונים. על שאלה זו המשיבה הערכאה הראשונה בחיוב, ולדעתי הצדק עמה.

'he will perform his obligation'. גישה זו מתבקשת גם מחוק המכר (ראה: מ' בן־פורת בספרה הנ"ל, בעמ' 16, וכן מ' בן־פורת, "המחאת חיובים" עיוני משפט ד (תשל"ה-ל"ו) 671, 680). יחד עם זאת, אין כל דבר אשר ימנע מהממחה־המוכר מליטול על עצמו ערבות לקיום חיובי החייב (ראה: A.L. Corbin, On

5. מועד קיום החיובים

המחוזי, פירט את נימוקיו, בעמ' 179-180: "השופט המלומד לא חסך שבט ביקורתו על עמדה זאת וגינה אותה בצורה חריפה. הוא דחה את הטענה כטענה שאין הדעת סובלתה. גישתו בנקודה זאת היתה, שהתנאה בחוזה על תשלום "בעת העברת המגרש", ללא כל ציון מועד ההעברה, כמוה כאי־ציון מועד התשלום... מסקנת השופט המלומד בנקודה זאת היתה, שהנחת המערערת והשקפתה, כי אין העברה בלי פרצלציה, בטעות יסודן, וכי יש העברה בלי פרצלציה, כלומר העברת חלקים במשותף (מושע). בידי המערערת היו יפוי־הכוח של למברג (ת/8) ויפוי־הכוח לפרקליט של המערערת - עורך־הדין איזמן - (סעיף 17 לחוזה (ת/7)). כן היו בידי מר לוי כספים של המשיבים עם הוראות להוציא את כל ההוצאות הדרושות והתשלומים הנחוצים. לפיכך, כפי שכותב השופט המלומד, לא היתה כל סיבה סבירה, מדוע מר לוי לא ביצע את ההעברה תוך זמן סביר, הדרוש לכך באופן טכני. העיכוב היחידי לכך היה השקפתו של מר לוי, שניסוח החוזה הוא כזה, שלפיו חייבים המשיבים להמתין לתשלום עד שהוא יטפל בפרצלציה, ובינתיים הולך ומאבד כספים של המשיבים את ערכו מחודש לחודש ומשנה לשנה. מסקנת השופט המלומד היתה - על־סמך חומר הראיות ועל־סמך התרשמותו מן העדים שהופיעו לפניו - כי בעת חתימת החוזה היה ברור לצדדים, כי עניין ההעברה והתשלום האחרון בצדה הוא עניין קצר יחסית, התלוי בפרק הזמן הדרוש בדרך־כלל להשלמת פעולה בלשכת רישום מקרקעין, וכי המדובר הוא בהעברת הזכויות כמות שהן, במושע, וללא זיקה לעניין הפרצלציה. זאת משום שניסוחו של החוזה - וסעיף 16 הנ"ל בכלל זה - איננו מרמז כלל על תלות כלשהי בין מועד ההעברה לבין ביצוע הפרצלציה...

כתוצאה מגישה זאת הגיע השופט המלומד למסקנה, שהמדובר הוא בחיוב שלא נקבע לו מועד בחוזה, ולפיכך חל עליו סעיף 41 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, הקובע "מועד סביר". הוא קיבל את הצעת באת־כוח המשיבים לקבוע, כי "מועד סביר" כזה הוא

על־פי האמור בסעיפים 41-42 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, כל חיוב יש לקיים במועד שהוסכם על קיומו, וניתן אף לקיימו לפני מועדו אם הודיע החייב לנושה על כך זמן סביר מראש והדבר לא יפגע בנושה. במידה ולא הוסכם על מועד הקיום של חיוב פלוני, יש לקיימו זמן סביר לאחר כריתת החוזה, במועד שעליו הודיע הנושה לחייב זמן סביר מראש.

ב־ע"א 320/82⁹ הנ"ל התקשרו המשיבים בעסקת קומבינציה עם חברה ושמה "למברג" שבבעלותה היתה חלקת קרקע. על־פי העסקה בנו המשיבים בניין על החלקה ומסרו ל־"למברג" חמש מתוך הדירות שבו. בתמורה הוקנתה למשיבים, בין היתר, בעלות בלעדית בשני שלישים מהשטח.

המשיבים התקשרו בחוזה עם החברה המערערת, שהיא חברה קבלנית לעבודות בניין, לפיו ימכרו המשיבים למערערת את שני השלישים הנ"ל מהחלקה. במילים אחרות, לפנינו חוזה בו הצד שהיה "הקבלן" בעסקת הקומבינציה מוכר לצד ג', מקרקעין שהועברו לבעלותו על־פי העסקה. סעיף 16 בחוזה קובע כי - המוכרים אחראים לביצוע הפרצלציה עם דרישה". בערכאה הראשונה נקבע שעל־אף האמור בסעיף זה המערערת קיבלה על עצמה לטפל בעניין הפרצלציה.

התמורה, במקרה דנן, עבור הקרקע נקבעה ל־600,000 ל"י, וסכום זה חולק למספר תשלומים. התשלום האחרון, בסך 200,000 ל"י, נקבע לתשלום לפי סעיף 4(4) לחוזה זה - "בעת העברת המגרש על־שם הקונה ו/או לפקודתה". על־פי החוזה הופקד הטיפול בהעברת המגרש בידי המערערת, אך היא לא ביצעה את ההעברה, על־אף שהיו בידיה יפוי־כוח מטעם "למברג" (שעל־שמה היתה הקרקע רשומה), יפוי־כוח מהמשיבים וכספים של המשיבים עם הוראות להוציא את כל ההוצאות הדרושות והתשלומים הנחוצים להעברה. המערערת נימקה את אי־הטיפול בהעברת המגרש בכך שפרצלציה - לפי דעתה - היא תנאי מוקדם להעברה, וזו טרם בוצעה.

השופט י' וייס, בדונו בערעור על החלטת בית־המשפט

9. ע"א 320/82 חברת האחים מנשה ויקטור לוי בע"מ נ' כנפו ואח', פ"ד (2) 169.

ב"ע"א 675/86¹¹ התקשרה ביום 29.4.79 המערערת עם המשיב בחוזה לרכישת דירה, שהתייחס לדירה בבניין, שחברת פורר בע"מ (להלן: הקבלן) התחייבה להקים על מגרש בבעלות המשיב במסגרת עסקת קומבינציה.

בחווה התחייב המשיב למסור את החזקה בדירה למערערת עד ליום 1.3.81, אולם במועד זה טרם הוחל כלל בבניית הבניין, ואפילו היתר בניה, עוד לא ניתן. רק ביום 10.10.86 נמסרה החזקה בדירה למערערת. המערערת תבעה פיצוי בגין האיחור במסירת הדירה.

אחת הטענות בעזרתה ביקש המוכר להתגונן מפני התביעה היתה כי בחוזה נאמר גם, מלבד ציון יום מסירת הדירה, שהמוכר מתחייב למסור את הדירה לקונה בהתאם לחיוביו של הקבלן כלפיו. הואיל והקבלן הוא שאחר בהשגת ההיתר ובהשלמת הבניה, לא הפר המשיב את חיובו בכך משמסר את הדירה לאחר שקיבלה מהקבלן.

שופט בית המשפט המחוזי, השיב על טענה זו כדלקמן:

"המקום היחיד שבו נקבע תאריך למסירת החזקה בדירה לתובעת הוא בסעיף 7 לחוזה הנ"ל. אין ספק שהנתבע היה מודע, עת שכרת את החוזה הנ"ל, לאילוצים החיצוניים הפועלים בנושא קבלת היתר הבניה, שמטבע הדברים עשויים להשפיע על התחלת הבניה ומשכה. יש להניח כי הסכים לקביעת התאריך 1.3.81 לאחר ששקל את סבירות הזמן הדרוש להשגת ההיתר, והתחייב בתאריך זה. הנתבע לא בחר לנסח את הסעיף כך שתוך תקופת זמן מסויימת (...) מיום קבלת היתר הבניה תימסר הדירה המושלמת לתובעת, אלא ערך את חישובו ונקב בתאריך 1.3.81, המחייבו..."

כבר ציינו במקום אחר, שבערעור על פסק-דין זה הסכים השופט מלץ לדברים אלו של בית המשפט המחוזי, והוסיף שהצמידות לחיובו של הקבלן, שנקבעה בחוזה, אינה קשורה כלל לשאלת מועד המסירה, אלא נוגעת רק לצורת המבנה ולאביזרים המיוחדים שילוו אליו.

טענה אחרת, שהביא שם המוכר להגנתו, היתה כי העיכוב במתן ההיתר, שבגינו התאחר ביצוע החוזה, הוא סיבה שאין לו, כמוכר, שליטה עליה, ועל-כן אין בכך הפרת החוזה. זאת לאור סעיף 7 בחוזה, שקבע את מועד המסירה אך סייג מועד זה בעיכובים הנובעים מגורמים שאין למוכר שליטה עליהם.

השופט מלץ ציטט מ"ע"א 464/81¹² שם נפסק:

"כן נקבע בסעיף 22 לחוזה, כי מועדי ההסכם יידחו אוטומטית, אם יחולו עיכובים 'בעבודות בניין הבית ו/או השלמתו'. הכוונה כאן לעיכובים שונים העלולים להיגרם עקב התערבותו של כוח עליון, ובצדק קבע בית המשפט קמא, שסעיף זה יכול לחול רק על אירועים, אשר יתרחשו לאחר תחילת הבניה בפועל. אין לסעיף זה נפקות לגבי

שלושה חודשים מיום חתימת החוזה - כלומר 24.9.74, וכי מכאן ואילך עיכוב התשלום פירושו הפרה של החוזה..." השופט וייס, ועימו השופטים ברק ונתניהו, אימצו את קביעותיו הנ"ל של בית המשפט המחוזי.

נפוצות הרבה יותר הן העסקאות בהן מוכר הקבלן את הדירות שבנה במסגרת עסקת הקומבינציה ושנותרו בבעלותו לאחר תשלום התמורה לבעל הקרקע.

במקרים אלו מתעוררת לעיתים מחלוקת בדבר מועד מסירת הדירה לרוכשים.

ב"ע"א 348/79¹⁰ קבע סעיף 9 בחוזה בין המוכרת לבין הרוכשים:

"המוכרת מתחייבת למסור לקונים את החזקה בדירה לא יאוחר מיום 22.2.74 ובמידה והדירה לא תימסר לקונים בתאריך הנ"ל היא תפצה אותם בדמי הנזק שיגרם לקונים כתוצאה מאי-מסירת החזקה בדירה בזמן."

השופט ברק פסק, בעמ' 39:

"לפנינו התחייבות מפורשת ועצמאית של המוכרת כלפי הקונים למסור להם את הדירה לא יאוחר מיום 22.2.74. אין מחלוקת על כך, כי הדירה לא נמסרה במועדה, ועל-כן ברור הוא, כי המוכרת הפרה בכך את חובתה כלפי הקונים, וכי הקונים זכאים לפיצוי על כך."

באותו מקרה טענה המוכרת כי האיחור במסירה, בגינו אחראית המוכרת, אינו משתרע על 11 חודשים אלא על מחצית התקופה בלבד, שכן 4-6 חודשי איחור נבעו ממלחמת יום הכיפורים.

השופט ברק דחה טענה זו, וקבע בעמ' 40:

"בחוזה שבין המוכרת לבין הקבלן מצויה הוראה מפורשת, לפיה 'אם יחול עיכוב בבניית הבית ו/או הדירה ובהשלמתם, כתוצאה מסיבות בלתי-תלויות בקבלן לרבות כוח עליון ו/או שביתה כללית בענף הבניין, ידחה מועד השלמת הבית והדירה ומסירת הדירה לקבלן באותו פרק זמן שהיה העיכוב'. הוראה דומה אינה מצויה בחוזה שבין המוכרת לבין הקונים. על יסוד זאת פסקה הערכאה הראשונה, כי העיכוב, שנגרם בשל מלחמת יום הכיפורים, אין בו כדי להביא לדחיית מועד מסירת הדירה על-ידי המוכרת לידי הקונים. כנגד קביעה זו טוען בא-כוח המוכרת, כי ההוראה, הקבועה בחוזה שבין המוכרת לבין הקבלן, יש לראותה גם כחלק מההסכם שבין המוכרת לבין הקונים. כפי שראינו, בטענה זו אין כל ממש. הסייג, בו סוייגה חבות הקבלן כלפי המוכרת, אינו חל ביחסים שבין המוכרת לבין הקונים. יחסים אלה נקבעים על-פי הוראתו המפורשת של החוזה שביניהם, והוראה זו אינה מסייגת את חובת המסירה. על-כן, בדין נפסק, כי אין המוכרת יכולה ליהנות, ביחסיה עם הקונים, מהסייג, שנקבע לעניין יחסיה עם הקבלן."

10. ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי, פ"ד לה (4) 31.

11. ע"א 675/86 שמיסר נ' הורסמן, פ"ד מד (1) 133.

12. ע"א 464/81 מפעלי ברוך שמיר חברה לבניין ולהשקעות בע"מ נ' הוק, פ"ד לו (3) 393.

לבין חברת ההשקעות ביום 1.7.77, עוד בטרם חלפה שנת מעת מסירת הדירות למשיבים בסוף שנת 1976. לו נרשמה החכירה, לא היתה מניעה להוצאת תעודת גמר, הניתנת רק לאחר העברת שטחי הציבור לעירייה ובדיקת המבנה. כך העיד המהנדס. אך תעודת הגמר הוצאה רק בדצמבר 1981: לפי עדות המהנדס - בשל חוסר טיפול מצד הקבלן: לפי עדותו של עורך-דין שפירא - בשל בעיית תשלום מיסים על-ידי חברת ההשקעות, שללא תשלום לא ניתן היה לרשום את החכירה. גם האיחור ברישום הדירות לאחר דצמבר 1981 נגרם על-ידי בעיית תשלום מס הכנסה ומס רכוש על-ידי חברת ההשקעות. כך העיד עורך-דין שפירא. עדותו, שגם המשיבים תרמו לאיחור באי-שיתוף פעולה מצדם, נדחתה על-ידי השופט קמא, והוא רשאי היה לדחותה, משהמשיבים לא נחקרו כלל בשאלה זו ועורך-דין שפירא לא הצליח להראות, כי כתב להם בדרישה לקיים או לבצע דבר כלשהו שמעכב את רישום הדירות על-שםם.

הנה כי כן, העיכוב, שנגרם בשל הצורך ברפרצלציה ובהפקעה לצורכי הכביש, יכול היה להסתיים ב-1.7.77 או בסמוך לכך, בטרם עבור תקופת 12 החודשים, לא שילמה חברת ההשקעות את המיסים שהגיעו ממנה לרשויות. עיכוב זה נסתיים רק בדצמבר 1981 בשל מהדלה של חברת ההשקעות. היא אינה יכולה לכן להסתמך על החריג שבחווה, המאריך את המועד בשל אי-סיום הליכי ההפקעה. עליה היה לנהוג בתום-לב בקיום החווה ולנקוט את כל הצעדים הדרושים ובוזריזות הראויה כדי להביא לסיומם של הליכים אלה. וראה באנאלוגיה עם הוראות סעיפים 27 ו-28(א) של חוק חוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, לגבי אי-היכולת להסתמך על אי-קיומו של תנאי מתלה על-ידי צד שמנע את הקיום.

אשר לאיחור בתקופה שלאחר דצמבר 1981, הוא נגרם בשל אי-היכולת לבצע את הרישום על-שם המשיבים ללא תשלום המיסים על-ידי חברת ההשקעות, ודבר אין לו עם הרפרצלציה ועם הפקעת הכביש. לפיכך, הקביעה, כי המערערות הפרו את החוזים, בדין יסודה.

עיכובים בהשגת הרשיונות והיתרי הבניה.

והשופט מלץ הוסיף, בעמ' 142:

"ובעניין שלפנינו חל נימוק זה ביתר תוקף, הואיל ונקבע מפורשות, שרק גורמים שאין למוכר שליטה עליהם הינם סיבות לדחיה, ומועד קבלת רישיון בניה אינו אחד מאלה." מועד אחר רלוואנטי, בנוסף למועד החזקה בדירה, הוא מועד רישום הדירה על-שם הרוכשים. ב-ע"א 532/83¹³ נדונו המישה חווי רכישה בין חברת יהודה סיני השקעות בע"מ (המערערת 1, היא בעלת הקרקע) לבין רוכשי דירות (המשיבים 1 עד 5). תוכן החוזים הוצג על-ידי השופט נתניהו כדלהלן:

"בחווה עם המשיב הראשון, פישל, הוסכם, כי רישום הדירה על-שמו יבוצע תוך 12 חודשים מיום מסירתה, שנקבע ל-30.8.76 (סעיפים 1 ו-4 של החווה). בחוזים עם כל יתר המשיבים נקבע, כי הרישום יבוצע תוך 12 חודשים מתאריך מסירת הדירות (תאריכים שנקבעו - במועד שונה לכל אחד מהקונים - בשנת 1976, והמוקדם שבהם הוא 31.6.76, בחווה עם המשיב החמישי, לב), אך זאת 'פרט לעיכובים ברישום, אם יהיו, בגלל רפרצלציה ו/או הפקעה לצרכי כביש' (סעיף 6 של החווה עם המשיב השני, שינדלר, וסעיף 8 של החווה עם המשיב הרביעי, אוסדיטשר) או 'במקרה של רפרצלציה והפקעה לצרכי הכביש ידחה מועד ההעברה במשרד ספרי האחוזה עד לאפשרות הרישום' (סעיף 4 של החוזים עם המשיב השלישי, חורזבסקי, ועם המשיב החמישי, לב)."

בפועל, נמסרו כל הדירות לקונים בסוף 1976, כלומר, לכאורה, באיחור של חמש שנים. האם התקיים החריג, המאריך את תקופת 12 החודשים לרישום הדירות?

השופט נתניהו פסקה, בעמ' 326:

"הן לפי עדותו של המהנדס שולמן, הן על-פי עדותו של עורך-דין שפירא, היתה אמנם בעיה של רפרצלציה, שהיתה דרושה לצורך הפרשת שטח מתוך המגרש לצורכי כביש, והיתה בעיה של הפקעתו של אותו השטח שנועד לכביש. היתר הבניה הותנה, לכן, בהעברת השטח שנועד לכביש לבעלות העירייה. הבעיה נפתרה, כשהעירייה הסכימה לקבל את השטח בחכירה ונחתם שטר חכירה בינה

6. החיוב למסור דירה גמורה ומושלמת

בחלקה, להקים עליה בית ולרושמו כבית משותף וליתן למוכרת, בין היתר, אחת הדירות בבית, עד ליום 21.2.74, כשהיא "ראויה למגורים וגמורה לחלוטין". ביום 5.9.73, עוד בטרם הושלם הבניין, התקשרה המוכרת

ב-ע"א 348/79¹⁴, שחלק מעובדותיו כבר הובאו לעיל, התקשרה המערערת שהיתה בעלים של חלקת אדמה עם קבלן, שהינו המשיב 3 בערעור. ההסכם נחתם ביום 22.6.72, והקבלן התחייב על פיו, תמורת הבעלות

13. ע"א 532/83 יהודה סיני השקעות בע"מ ואח' נ' ישראל פישל ואח', פ"ד (4) 319.

14. ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי, פ"ד (4) 31.

במועד".

השופט ברק אימץ גישה זו, בעמ' 43:

"...המוכרת נטלה על עצמה חובה עצמאית משלה למסור לקונים את הדירה לא יאוחר מיום 22.2.74, לא יעלה על הדעת, כי המוכרת תצא ידי חובתה במסירת דירה, שאינה ראויה למגורים. מסירת הדירה פירושה, בהקשר זה, מסירת דירה שלמה וגמורה וראויה למגורים. כמובן, הצדדים רשאים לקבוע בהסכם שביניהם הסדר אחר, אך דבר זה לא נעשה. על-כן צדקה, לדעתי, הערכאה הראשונה בקבעה, כי המוכרת הפרה את חובתה כלפי הקונים, בכך שלא מסרה להם ביום 22.2.74 דירה שלמה ותקינה וראויה למגורים."

יצויין, כי לשם הבטחת קיום חיובו של המוכר למסור את הדירה גמורה ומושלמת, עשויים הצדדים להסכים כי המוכר ימציא לקונים "תעודת גמר בניה". כך היה, לדוגמה, בעסקה שנדונה ב-ע"א 795/86¹⁵, שם, אגב, טענה המוכרת שלתעודת הגמר אין כל חשיבות או ערך מעשי. בית-המשפט ראה עצמו פטור, באותו מקרה, מלדון בטענה זו.

בהסכם עם המשיבים 1 ו-2 (להלן: הקונים) לפיו "היא מוכרת לקונים את כל הזכויות שיש לה בדירה הנבנית עבורה על-ידי הקבלן בהתאם למוסכם בינה לקבלן". כן נאמר בו כי "המוכרת מתחייבת למסור לקונים את החזקה בדירה לא יאוחר מיום 22.2.74". הדירה נמסרה לקונים (לאחר התרחשויות שאינן לענייננו) כשהיא לא שלמה ולא ראויה למגורים. הקונים תבעו פיצוי בגין עובדה זו. המוכרת כפרה בבית-המשפט בחובתה לשלם פיצוי כלשהו בעניין זה. היא ביקשה להיתלות בכך שבחווה בין המוכרת לבין הקבלן התחייב האחרון למסור את הדירה למוכרת כשהיא "ראויה למגורים וגמורה לחלוטין", בעוד שבחווה עם הקונים כל שנאמר הוא שהמוכרת מתחייבת למסור לקונים "את החזקה בדירה". על-כן, טענה המערערת, מלכתחילה לא מחוייבת היתה למסור לקונים את הדירה כשהיא גמורה וראויה למגורים.

בבית-המשפט המחוזי נפסק כי מסירת הדירה במועדה, משמעותה מסירת דירה בנויה וגמורה. "לא ייתכן" - פסק בית-המשפט - "לייחס לצדדים כוונה אחרת שלפיה מסירת דירה בלתי-מושלמת ובלתי-ראויה למגורים תהווה מסירה

7. החיוב למכור לרוכש את הדירה הספציפית עליה הוסכם

פסק-הדין ע"א 289/78¹⁷. אם נתבונן עתה במקרה שנדון שם מנקודת מבטם של רוכשי הדירה, הרי שנעשו שם שתי התחייבויות סותרות:

הראשונה - בה ההתחייבות הראשונה היתה כלפי רוכש הדירה משה פוני, וההתחייבות השנייה כלפי בעלי הזכויות בקרקע, שעמם כרת הקבלן את חוזה הקומבינציה. השנייה - בה התחייבות הראשונה היתה כלפי בעלי הזכויות בקרקע, וההתחייבות השנייה כלפי הזוג אשד, הם המערערים שם.

כל שנאמר שם רלוואנטי כאן. ניתן אף, ככל הנראה, להתייחס לבעלי הזכויות בקרקע שם כרוכשי דירות "רגילים", ולהחיל גם את שנפסק לגביהם על רוכשי הדירות "רגילים" כאמור.

הקורא מופנה גם, בעניין זה, לדיוננו בסוגיית האכיפה בתרופות העומדות לרשות בעל הקרקע שבמקרה שכזה. ושוב - את האמור שם לגבי בעל הקרקע יש אפשרות, כנראה, להחיל על כל רוכש דירה. בנוסף על האמור שם וכאן, נדון להלן באפשרות רוכש הדירה לתקוף את תוקף ההתחייבות הסותרת שקדמה להתחייבות כלפיו לאור דרישת הכתב שבסעיף 8.

במסגרת עסקת הקומבינציה נבנה, בדרך-כלל, בית מגורים שבו מספר דירות. הן בידי הקבלן והן בידי בעל הקרקע נותרות, במרבית המקרים, עם תום הבניה מספר דירות שבאפשרותם למכור.

כל רוכש דירה, בין אם רוכש הוא מהקבלן ובין אם מבעל הקרקע, בוחר מבין הדירות שבבעלות המוכר, דירה ספציפית בה הוא מעוניין.

בשלב זה עשוי רוכש הדירה לעמוד מול בעיה: כל עוד לא נרשם הבית כבית משותף לא מגלה נסח הרישום אילו מדירות המוכר נמכרו ולמי. הסיבה לכך הוא שבשלב זה הערת האזהרה של כל רוכש דירה מתפשטת על כל חלקו המיועד של המוכר. רק בחוזה הרכישה מצויין איזו דירה הובטחה לכל רוכש.

הסכנה במצב זה ברורה - רוכשי הדירות הופכים לתלויים ביותר המוכר. עליהם לקוות שהדירה שקנו טרם נמכרה לאחר.

על בעיה זו עמד י' עמית במאמרו המקיף¹⁶.

בדיוננו בפרק הקודם במערכת היחסים המשפטיים שבין הקבלן לבעל הקרקע עמדנו על בעיה מקבילה מולה ניצב בעל הקרקע, שהובטחה לו דירה ספציפית. שם הבאנו את

15. ע"א 795/86 לודאית חברה לבניין בע"מ נ' השקעות שירליב בע"מ ואח', פ"ד מא(3) 645.

16. י' עמית, "עסקת קומבינציה - מבט על זכותו של רוכש הדירה", הפרקליט לח 598, 601.

17. ע"א 289/78 אשד ואח' נ' פישל לובר ואח', פ"ד לג(1) 13.

8. החיוב להתאמת הזכויות והנכסים המועברים למה שהוסכם

136-137:

"סעיף זה מעיד, כי המערערת נטלה על עצמה את הסיכון, שמא לא יאושרו חלקים מן התוכנית המקורית. היא ידעה, כי טרם הושג היתר בניה, ובהסכימה לסעיף 4 שמטה מתחתיה את הטענה בדבר אי-התאמת אפשריות. זאת, להוציא שני סוגים של שינויים, כפי שסעיף 4 סיפא מסייג: א. האם הדירה קטנה במימדיה מדירות אחרות באותו בניין;

ב. האם הדירה כוללת פחות מ-5 חדרים או חסרה אחד מן הפריטים שנקבעו במבוא לחוזה: מטבח, שירותים כפולים, כניסה נפרדת, מחסן וחניה פרטיים ומרפסת פתוחה.

כל שינוי אחר אינו מהווה הפרה של החוזה ואינו מזכה את המערערת בפיצויים. נימק זאת בית-המשפט המחוזי כך:

"אין ספק כי היקף וטיב השינויים בתוכנית לא היו בידיעתה של התובעת בעת גמירת החוזה הנ"ל, אך היא היתה מודעת לאפשרות שהתוכנית המקורית לא תאושר, וכי כתוצאה מכך צפויים בה שינויים... משהסכימה לאמור בסעיף 4 לחוזה הנ"ל יש לראותה כמי שידעה מראש על אי-התאמה הצפויה ואין היא זכאית להסתמך עליה, כאמור בסעיף 12 לחוק המכר, התשכ"ח-1968."

מכאן ואילך בחן השופט מלץ אם הוכיחה התובעת שינויים מהסוגים המנויים בסעיף 4 סיפא. בנסיבות העניין נפסק, שהוכחה רק אי-התאמה המתבטאת בעובדה שהדירה כוללת 4 חדרים במקום חמישה.

סעיפים 11 עד 17 בחוק המכר, התשכ"ח-1968, מסדירים את חובת ההתאמה של הממכר למוסכם. סקרנו סעיפים אלו בפרק הקודם, כשדנו בחיוב להעדר אי-התאמה. וראה שם.

חובת ההתאמה של הממכר למוסכם ניתנה להתנאה. לדוגמה - רשאים הצדדים (בכפוף לאמור בסעיף 4 בחוק המכר (דירות)), לקבוע כי אי-התאמה מסוג זה או אחר לא תהווה הפרה של החוזה וכו'. התנאה, כאמור, על חובת ההתאמה, נעשתה בין המשיב (בעל הקרקע) לבין התובעת (רוכשת הדירה ממנו) ב-ע"א 675/86¹⁸.

סעיף 4 בחוזה המכר שם קבע:

"מוסכם בין הצדדים כי במידה והתוכנית שהוגשה על-ידי המוכר לאישור ועדה מקומית לבניין ערים לא תאושר, יחולו שינויים בתוכניות הדירה, אך בשום מקרה לא תהיה הדירה קטנה יותר מכל יתר הדירות שתיבנה והמוכר מתחייב כי במקרה של שינויים כאמור לעיל, כל הדירות תהיינה שוות בשטחן, וכי הדירה הנ"ל תהיה בת 5 חדרים וכו', כאמור במבוא."

הדירה שנמסרה בסופו של דבר לתובעת שונה היתה באופן מהותי ממה שהובטח לה בחוזה: שטח קטן יותר, היא מכילה ארבעה חדרים במקום חמישה, המרפסת שימושית פחות וכיוצא בזה שינויים, הנובעים מכך שהתוכנית שאושרה היתה שונה מהתוכנית המקורית.

האם בכך הופר חיוב המשיב להתאמת הדירה למה שהוסכם?

השופט מלץ פתח בפירוש סעיף 4 הנ"ל בחוזה, בעמ'

9. רישום הבית המשותף

הדירה לקונים, התחייבה המוכרת (היא המערערת, בעלת הקרקע) כדלקמן: "המוכרת מתחייבת בזה שמיד לאחר שיהיה אפשר להעביר את הדירה על-שם המוכרים (צ"ל - הקונים) בלשכת רישום המקרקעין בחיפה לדאוג לכך שהדירה תועבר על-שם הקונים."

הקונים תבעו את המוכרת, ובין היתר, דרשו כי תצווה להעביר ולרשום את הדירה על-שם הקונים כיחידה נפרדת בבית משותף. כנגד טענת המוכרת, כי חובתה להעביר הדירה על-שם הקונים טרם נתגבשה, משני טעמים: ראשית - משום שעל הנכס רשומה הערת הזהרה.

במרבית המקרים נבנה, במסגרת עסקת הקומבינציה, בית מגורים, הכשיר להירשם כבית משותף. על-מנת שבית מגורים "רגיל" יהפוך ל-"בית משותף", הכפוף להסדר שבחוק המקרקעין, נדרש לרושמו כבית משותף.

היות וכך, נדרשת הסכמה, בין בעל הקרקע לקבלן, או בין בעל הקרקע לרוכשי הדירות, מי נושא בנטל רישום הבית כמשותף.

ב-ע"א 348/79¹⁹ שעובדותיו הוצגו לעיל, התחייב הקבלן, בחוזה הקומבינציה, לרשום את הבית כמשותף, תוך נשיאה בכל ההוצאות הכרוכות בכך. בחוזה מכירת

18. ע"א 675/86 שמייסר נ' הודסמן, פ"ד מד(1) 133.

19. ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי, פ"ד לה(4) 31.

חובה, שהמוכרת לא נטלה על עצמה בחוזה שבניה לבין הקונים. לשון אחר: החובה, שנטלה על עצמה המוכרת, שמייד לאחר שיהיה אפשר להעביר את הדירה על-שם המוכרים (צ"ל הקונים) בלשכת רישום המקרקעין בחיפה לדאוג לכך שהדירה תועבר על-שם הקונים, היא חובה לעשות כל הנדרש לרישום הדירה על-שם הקונים לאחר שהבית כבר נרשם בבית משותף. אין הוראה זו כוללת גם חובה לרשום את הבית בבית משותף. על-כן נראה לי, כי ראוי הוא לקבוע, כי חובתה של המוכרת להעביר ולרשום את הדירה כיחידה נפרדת בבית משותף - חובה שהוטלה עליה על-ידי הערכאה הראשונה.

בהקשר זה נזכיר כי כל עוד לא נרשם הבית בבית משותף עומד רוכש הדירה מול בעיה, בשל כך שאינו יכול לדעת אם הדירה הספציפית שמציע לו המוכר כבר הובטחה על-ידי האחרון לצד ג'.

עמדנו על בעיה זו בדיוננו בחיוב המוכר למכור לרוכש את הדירה הספציפית עליה הוסכם, וראה שם.

שנית - משום שלשם רישום הדירה כיחידה בבית משותף יש לרשום את הנכס כולו בבית משותף. התחייבות שכזו, שכרוך בה תשלום מיסים ופעולות אחרות, לא נטלה המוכרת על עצמה.

וכך פסק השופט ברק, בעמ' 43-44:

"בטעם הראשון מבין שני הטעמים הנוכחים אין כל ממש. כפי שציינה הערכאה הראשונה, אין בהערת האזהרה כדי למנוע את רישום הבית בבית משותף, אם כי יהיה מקום לרשום את הערת האזהרה על כל דירה או על חלק בלתי-מסויים מכל דירה, לפי העניין (סעיף 144(ה) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969). לעומת זאת סבור אני, כי יש טעם בטעמו השני של בא-כוח המוכרת. ביחסיה עם הקונים נטלה על עצמה המוכרת את החובה לרשום את הדירה, שרכשו הקונים, כדירה בבית משותף. המוכרת לא נטלה על עצמה את החובה לרשום את הבית בבית משותף. עניין זה הוטל ביחסים שבין המוכרת לבין הקבלן על זה האחרון. נראה לי איפוא, כי הטלת חובת רישום הבית בבית משותף על שכם המוכרת, ביחסיה עם הקונים, יהא בו משום הטלת

10. תניות מקפחות בחוזי רכישה אחידים

ביותר, על-פי שיקול-דעתו החד-צדדי של הקבלן, במצב דברים זה שרוי הרוכש באי-ידיעה לגבי נתון מרכזי בהתקשרות, דבר המנוע ממנו בצורה מוחלטת את ההערכות לקראת קבלת הדירה שרכש. קביעת מועד מסירת הדירה לפרק זמן בלתי-מוגבל הוא על-כן תנאי מקפח, שבגדר סעיף 4(2) בחוק.

ב. תשלום בשיטת Cost Plus - תנאי בחוזה הרכישה, לפיו מחוייב הרוכש לשלם על-פי שיטת Cost Plus, היינו סכום ההוצאות שהוציא הקבלן בתוספת 10% מסכום זה, הוא על פניו תנאי מקפח. רווחי הקבלן עומדים ביחס ישר להוצאותיו, ומכאן שככל שירבה בהוצאותיו כך יגדלו רווחיו. כל זאת כשהחוזה לא קובע שאותן הוצאות תהיינה סבירות, ואין בו כל הנחיה או מגבלה אחרת בדבר טיב אותן הוצאות.

ג. התנאת אפשרות רישום הערת האזהרה בהתקדמות הבניה - אף היא בגדר תנאי מקפח, שבגדר סעיף 4(6) בחוק החוזים האחידים. דברי בית-המשפט בעניין זה מובאים להלן, בדיוננו בנושא "הערת אזהרה".

ד. תנאי לפיו קבלת הדירה על-ידי רוכש הדירה תחשב להוכחה מכרעת לתקינות הדירה ולאי-קיום כל טענת אי-התאמה, הוא תנאי מקפח. הוא הדין בתנאי לפיו אישור מרשות מוסמכת או מאת מהנדס או יועץ של הקבלן או

חוזה רכישת הדירה בין המוכר לרוכש יכול שיהיה חוזה אחיד. הסיכוי שכך יהיה גדול יותר כאשר המוכר הוא הקבלן (תאורטית יכול גם חוזה הקומבינציה להיות חוזה אחיד, אך הסיכוי גם לכך מועט ביותר).

חוזה אחיד כפוף להוראות חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, ולענייננו חשוב בעיקר סעיף 3 לחוק הקובע:

"3. תנאי מקפח וביטולו

בית-המשפט ובית-הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו - בשים-לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות - משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי-הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות (להלן: תנאי מקפח).

בי"ע"א 449/85²⁰ ניתח הנשיא שמגר באריכות חוזה אחיד למכירת דירה. להלן תמצית העקרונות שקבע פסק-הדין, כשהם מיושמים לענייננו על מכירת דירה על-ידי הקבלן לרוכש במסגרת עסקת קומבינציה.

א. מועד מסירת הדירה - קביעת מועד מסירת הדירה לפרק זמן בלתי-מוגבל ובלתי-מתוחם וידוע מראש כופה על הרוכש אי-ודאות מכבידה ביותר, שהיא בלתי-מוצדקת בנסיבות העניין. באופן כזה לא נקבע, למעשה, מועד למסירת הדירה, שהרי פרק הזמן שבתוכו תבצע המסירה יכול להיות גם נקודת זמן כלשהי על פני תקופה ארוכה

20. ע"א 449/85 היועץ המשפטי נ' גד חברה לבניין בע"מ, פ"ד מג(1) 183.

שמעצם חוזה המכר יש לרוכשים זכות לרשום הערות אזהרה חדשות לטובתן, וזאת בלא קשר להסכמת בעל המקרקעין לכך. על פסק־דין זה הוגש הערעור על־ידי המערערות.

השופטת נתניהו קבעה כלהלן:

אין ספק כי מערכת ההסכמים שלפנינו הינה עסקת קומבינציה. מדובר במערכת הסכמים בעלי קשר כה הדוק עד כי אין להבין את האחד ללא הזיקה לשני. בית־המשפט לא יבחן את העסקה לפי ההפרדה הפורמאלית בין החוזים אלא על־פי מהותם. ממערכת החוזים למדים אנו כי מדובר בעסקת קומבינציה - בעל המקרקעין מתחייב להעביר לקבלן חלק מהמקרקעין בתמורה ליחידות שיבנו על המקרקעין. חלק בלתי־נפרד מעסקת הקומבינציה הוא התחייבות בעל המקרקעין לאפשר לקבלן למכור דירות לאחרים, ולאפשר לרוכשים לרשום הערות אזהרה על המקרקעין לטובתם על־מנת להבטיח את זכויותיהם החוזיות. הפסיקה הכירה בכך כי בין בעל הקרקע לבין רוכשי הדירות קיים קשר משפטי ישיר, ואולם אין להסיק מכך כי לקונה זכות לרשום הערת אזהרה, מכוח הסכם רכש הדירה, ללא צורך בהסכמת בעל הקרקע. אדרבא, ההיפך הוא הנכון. בעל הנכס רשאי לסייג את הסכמתו לרישום הערות אזהרה לטובת הקונים, ולהתנות אותה בתנאים. רשאי הוא להגביל את כוחו של מיופה־הכוח, אשר אמור לרשום את הערות האזהרה. ואולם, כל הגבלה כזו חייבת להיעשות בצורה ברורה אשר אינה משתמעת לשתי פנים. ב־ע"א 2205/83 אף צויין כי ההגבלה חייבת להופיע הן בהסכם שבין הקבלן לבעל הקרקע, והן ביפוי־הכוח (שניתן לקבלן או למישהו אחר מטעם הצדדים - המחבר) לרשום את הערות האזהרה. אכן, ב־ע"א 85/23813 נפסק כי ההתנאה על רישום הערת האזהרה אסור לה לחרוג מהצרכים הלגיטימיים של הספק (בענייננו, בעל המקרקעין - המחבר), ואולם כזכור שם נדונה התניה המסייגת את רישום הערות האזהרה בעת אישורו של חוזה אחיד בבית־הדין לחוזים אחדים, טרם רישום ההערות עצמן. בענייננו לא הועלתה הטענה כי סיוג כוחו של הקבלן לרשום את הערות האזהרה היא תנאי מקפח בהסכם אחיד.

השופטת נתניהו אינה שוללת את האפשרות כי הסעיף שבחוזה שבין הקבלן לבעל הקרקע, המסייג את כוח הקבלן לרשום הערות אזהרה לטובת הרוכשים, יכול - אם תועלה הטענה - להיחשב לסעיף בחוזה אחיד. סעיף זה למרות שלשונית נמצא הוא רק בחוזה אחד (בין בעל הקרקע לקבלן), הרי שמהותית חל הוא בכל החוזים שבין הקבלן והרוכשים, ולכן מהווה הוא, במהותו, סעיף בחוזה אחיד. לכן, אולי, ניתן לבחון אותו במשקפיים של חוק החוזים

אדריכל הבניין יחשב כהוכחה מכרעת לתקינות הרכוש המשותף בעת מסירתו.

ה. אין לראות "תנאי מקפח" בתנאי לפיו על רוכשי הדירות להתקשר בהסכמי השירות עם ספקי המתקנים. אין בהתקשרות כזאת כדי לגרוע מאחריות הקבלן לאותם מתקנים, אך תנאי כזה יוגבל למתקנים הדורשים תחזוקה שוטפת, שפרטיה ותנאיה ייקבעו בהסכם השירות, כגון מעליות.

ו. הגבלת אחריות הקבלן לפגמים וליקויים בדירה לתקופה של שנה בלבד - מקפחת את הרוכשים. זאת לאור מורכבות הממכר ומגוון הליקויים והפגמים העלולים להתגלות.

ז. הגבלת זכות הרוכש לבצע שינויים ותיקונים בדירה במשך תקופה ארוכה, תוך העמדת הדרישה שכל שינוי ותיקון תלויים בהסכמת המוכר, מקפחת את רוכש הדירה, ואפילו אם מטרת ההגבלה לשמור על מראית פני איזור המגורים. הגבלה על זכות הקונה להינות מהנכס היא כאן אינה סבירה.

ב־ע"א 617/88 נדון המקרה הבא.

המערערת, בעלת מקרקעין, כרתה מערכת הסכמים עם קבלן בשם קירשנבאום (להלן: "הקבלן"). לפי הסכם אחד על הקבלן לבצע עבודת בניה של בניין בן 15 דירות במקרקעין עבוד המערערת, בתמורה קבועה (להלן: "הסכם הבניה"). לפי הסכם שני המערערת התחייבה למכור לקבלן 8 מתוך הדירות שיבנו במבנה, בתמורה הגבוהה ב־\$50,000 מזו הנקובה בהסכם הבניה (להלן: "הסכם המכר"). בהסכם השלישי נקבעו הזיקות שבין שני ההסכמים הראשונים.

במסגרת חוזה המכר הותר, ממועד מסויים, לקבלן למכור דירות לרוכשים ולרשום הערות אזהרה לטובתם. הערות אזהרה כאלו אכן נרשמו לטובת הקונים, הם המשיבים.

ב־22.10.1985 הגישה המערערת תובענה כנגד הקבלן ורוכשי הדירות בבקשה להצהיר כי הערות האזהרה נרשמו שלא כדין. לטענת המערערת עורך־דינו של הקבלן רשם את ההערות לטובת הקונים, באמצעות יפוי־הכוח שנתנה המערערת. ואולם, את יפוי־הכוח יכלו להפעיל רק עורך־דין הקבלן ועורך־דין המערערים ביחד. לשם כך זיף, לטענת המערערת, עורך־דין הקבלן את יפוי־הכוח על־ידי הוספת המילים "ו/או" באופן המסמיק כל עורך־דין בנפרד להביא לרישום הערות האזהרה.

רוכשי הדירות הגישו מצידם בתאריך 11.8.1987 תובענה בה הם מבקשים להצהיר כי הערות האזהרה נרשמו כדין, ובכל אופן הם זכאים לרישום הערות אזהרה חדשות.

בית־המשפט קמא פסק לטובת הרוכשים. לשיטתו גם אם רישום הערות האזהרה מלכתחילה נעשה שלא כדין, הרי

21. ע"א 617/88 אהים כדורי חברה קבלנית בע"מ נ' ולנסי ואח', פ"ד מח(1) 225.

22. ע"א 205/83 חובני נ' דיקלה, פ"ד מא(3) 96.

23. ע"א 813/85 נחשון נ' שי, פ"ד מב(1) 340.

האחידים.

אכן ב"ע"א 243/78 נמחקה הערת האזהרה שנרשמה לטובת הקונים, ואולם שם ההערה נרשמה לאחר ביטול יפוי-הכוח, ומכך ניתן ללמוד על הכלל לפיו ההסכמה של בעל המקרקעין הינה תנאי הכרחי לרישום הערת האזהרה. בענייננו נתנה המערערת התחייבות עקרונית לרישום הערות אזהרה, אולם התנתה זאת בהסכמתה בכל מקרה ומקרה. ניתן להבין שהתנאה זאת באה על-מנת לאפשר לבעל המקרקעין לשקול, טרם שהוא נותן את הסכמתו, האם הקבלן מילא את כל חיוביו כלפיו עד אותה נקודת זמן, שהרי, כפי שראינו, הפרה מאוחרת של הקבלן לא תוכל להביא למחיקת הערות האזהרה שכבר נרשמו, גם אם יש בה כדי לאפשר את ביטול הסכם הקומבינציה. התניה נוספת של הסכמת המערערת לרישום הערת האזהרה היתה בכך שנדרש היתר בניה כתנאי הכרחי לתוקף ההסכם. התניה זו צויינה במפורש בסעיף 5 להסכם (הוא הסעיף המתיר את רישום הערות האזהרה לטובת

הרוכשים - המחבר).

לפיכך נראה כי השאלה העיקרית בענייננו היא האם עורך-דין הקבלן היה מוסמך לחייב את המערערת בחתימתו היחידה, לחילופין האם המערערת אישרה בדיעבד את מעשיו, ולחילופין האם המערערת מנועה מלעורר כלפי הקונים את השאלה האם בא-כוח הקבלן פעל שלא בהסכמתה. בשולי הדברים טוענת המערערת כי הקבלן הפר את הסכם הקומבינציה. כבר למדנו כי גם אם הדבר נכון אין בכך כדי להביא למחיקת הערות האזהרה, בתנאי שהללו נרשמו כדן, אלא-אם-כן הותנה כך במפורש בהסכם הקומבינציה והדברים הובאו לידיעת הרוכשים. לפיכך - יש להחזיר את התיק לבית-המשפט קמא על-מנת שיכריע בשאלות הנ"ל, לגבי הסכמתה של המערערת לרישום הערות האזהרה לטובת הרוכשים. השופטים ד' לוין ואור: מסכימים.

ג. תרופות

1. דרישת תוס-לב בתביעת הסעדים

עמדנו לעיל, בפרק הקודם, על כך שזכות הנפגע לבחור בין הסעדים הנתונים לו, וכן הפעלת זכויות אלו הלכה למעשה, כפופות לעיקרון תוס-הלב. דרישה זו נדונה בפסיקה גם בנוגע לסעדים בגין הפרת החוזה למכירת הדירה. ב"ע"א 25795/86 היו העובדות כדלהלן: המערערת התקשרה בעסקת קומבינציה עם בעלי מקרקעין לבניית שני בניינים לתעשייה קלה עליהם, האחד יועד לבעלי המקרקעין והאחר יועד למערערת למכירה. המערערת מכרה למשיבות 26 יחידות בבניינה. על-פי סעיף 22(א) בכל אחד מן החוזים - צד לחוזה יהא זכאי לפיצוי מוסכם של 10% במקרה שהצד השני יפר את החוזה הפרה יסודית. על-פי סעיף 22(ב) - "מסירת היחידות ביום הנקבע למכירתן הוא תנאי יסודי לחוזה". בכל אחד מהחוזים התחייבה המערערת למסור את החזקה למשיבה הרוכשת, ביחידה שרכשה האחרונה כשהיא גמורה ומושלמת תוך 26 חודשים מיום קבלת היתר הבניה. היתר הבניה ניתן למערערת ביום 3 ביולי 1979. המערערת אחרה למעלה משנה במסירת היחידות, וזאת גם לאחר שהמשיבות הסכימו לדחיית מועד מסירתן בחודש. החזקה נמסרה למשיבות ב-2 באוקטובר 1983. לעיכוב

הבניה לא היו המשיבות אחראיות. בתחילת 1983 עתרו המשיבות למינוי כונס נכסים שישלים את הבניה במקום המערערת וימסור את החזקה ביחידות למשיבות. כן ביקשו רשות לפיצול סעדים לשמירת זכויותיהן לתבוע פיצויים בתביעה נפרדת. במסגרת בקשה זו הגיעו הצדדים להסכם פשרה, שאושר וקיבל תוקף של פסק-דין. ואלו עיקריו: "א. ינתן צו נגד המשיבה (היא המערערת אצלנו - המחבר) כי תמסור את היחידות הנזכרות בתיק זה למבקשת (המשיבות אצלנו - המחבר) מייד, כנגד תשלום למשיבה של \$130,000. ב. המערערת תמציא תעודת גמר בניה למשיבות לא יאוחר מיום 20.10.83 כנגד תשלום יתרת התמורה בסך של כ-\$31,000. ג. הסעדים בתביעות של המשיבות יפוצלו. ד. המבקשות יוותרו על כל תביעותיהן נגד המשיבה כפוף לקיום האמור בסעיף 2 לעיל (סעיף ב' הנ"ל) על-ידי המשיבה. למען הסר ספק יודגש כי אי-השגת תעודת גמר בניה על-ידי המשיבה לא תהווה ביזיון בית-המשפט." על-אף האמור בהסכם הפשרה לא המציאה המערערת למשיבות תעודת גמר בניה.

24. ע"א 3/78 וינברד נ' רוקמן, פ"ד (ג) 359.

25. ע"א 795/86 לודאית חברה לבניין בע"מ נ' השקעות שירליב בע"מ ואח', פ"ד מא(3) 645.

ההסכמים בין הצדדים. אינני סבור, שמי שעומד על זכותו ותובע קיום התחייבויות שניתנו כלפיו, יוכל להיחשב כמי שפועל פעולה הנעדרת תום-לב (ראה: ע"א 158/80 שלום נ' מוטה, פ"ד לו(4) 793, 812; ע"א 524/83, 528 קל תור ואח' נ' אלון, פ"ד מ(2) 533, 553, שצוטטו על-ידי בא"כוח המשיבות). לדעתי, הטענה של 'קיום שלא בתום-לב של ההסכם' מפי המערערת צורמת, שכן המערערת היתה זו שבמשך שנתיים לא קיימה את התחייבותה למסור את החוקה במושכר למשיבות, וזו שלא עמדה בהתחייבותה למסור תעודת גמר לא רק תוך חודש - כפי שהתחייבה - אלא עד היום, שלוש שנים וחצי לאחר אותו מועד. אני מציע לדחות את טענת המערערת ולקבוע, כי המשיבות זכאיות לתבוע הפיצויים המוסכמים מראש שנקבעו בהסכמים המקוריים.

המשיבות פנו על-כן לבית-משפט בתביעה בסדר דין מקוצר כנגד המערערת ותבעו ממנה את הפיצויים המוסכמים שנקבעו בחוזה. ההפרה מצד המערערת עליה מבוססת התביעה היא האיחור במסירת היחידות (ולא אי-המצאת תעודת גמר הבניה!). הוויתור על הפרה זו כעילת תביעה בהסכם הפשרה היה כאמור מותנה בהמצאת התעודה הנ"ל, ותנאי זה לא התקיים. המערערת טענה כלפי המשיבות "שההיתפסות הדווקנית לתנאי יש בה משום קיום שלא בתום-לב של ההסכם". וכך פסק השופט וינוגרד:

"צודק בא"כוח המשיבות בהשיבו לכך בסיכומיו (עמ' 4), כי הטענה הזו מועלית לראשונה בסיכומים אלו. היא לא נטענה בכתב ההגנה ולא היתה נושא הדיון בבית-המשפט קמא ואף לא נזכרה בהודעת הערעור. כבר בשל כך היה מקום לדחותה, אך גם לגופה אין בה ממש: העובדות אינן מצביעות על כל חוסר תום-לב מצד המשיבות בקיומם של

2. אכיפה

א. זכותו של הרוכש לאכיפה במידה והחברה הקבלנית, ממנה רכש, התפרקה

התשכ"ט-1969, הכיר בזכות שביושר במקרקעין. בפקודת החברות אין סעיף המשחרר חברה שנכנסה לפירוק, מקיום התחייבויות של החברה. החברה אשר היתה חבה חובה אובליגטורית, עדיין חבה חובה זו. הנושה שיש לו זכות תביעה נגד החברה - צריך לתבעה כיום, לא בבית-המשפט, אלא על-ידי הגשת הוכחת חוב למפרק. בטיעוניו של עורך-דין חריש, מטעמים של נושים-רוכשים, יש התייחסות לנושא זה כדלקמן: מן הבחינה המהותית, חברה בהליכי פירוק ממשיכה להיות נושא לזכויות וחובות וניתן להגיש נגדה תביעה לאכיפת התחייבות. מן מבחינה הדיונית, קיימות הוראות בסעיף 156 לפקודת החברות כדלקמן: א. כשניתן צו לפירוק עסקים או כשנתמנה מפרק עסקים זמני, לא ימשיכו כל משפט או משא-ומתן משפטי ולא יתחילו באלה נגד החברה אלא על-פי רשות מבית-המשפט ובאותם התנאים שבית-המשפט ימצא לנכון להטיל. מכאן אתה למד, שאפשר להרשות המשך דיון משפטי נגד החברה. בתי-המשפט קיבצו רשות זו, ונהגו להרשות רק אם היה ספק באם יוכל תובע להוכיח תביעתו כיאות בהליכי הפירוק.

האם רוכש הדירה, שנבנתה במסגרת עסקת הקומבינציה, מחברה קבלנית, זכאי לאכיפת החוזה כלפי החברה הקבלנית גם לאחר שניתן צו פירוק נגדה? ב-ת"א (ת"א) 2182/82²⁶ השיבה השופטת אבנור תשובה חיובית חד-משמעית לשאלה זו. העובדות שם היו כלהלן: הקבלן החל לבנות מבנים ולמכור דירות. משהסתבכו העניינים הפסיק לבנות והגיע לסף פשיטת רגל, מונה קדם-מפרק וניתן צו פירוק. על-פי הצעת בית-המשפט לקדם-המפרק העמיד האחרון לדיון, בין היתר, את השאלה דנן.

וכך נימקה השופטת אבנור את תשובתה החיובית, בעמ' 301-304:

"נראה לי, כי הדרך שבה אלך על-מנת להשיב על השאלה, או השאלות שיבואו אחריה, תהיה הדרך הכרונוולוגית: מה היה הדין לפי פקודת החברות, והאם חוקים מאוחרים יותר (חוק החוזים, חוק המקרקעין) שינו את הדין. בחרתי בשאלה זו כראשונה, משום שסבורתי כי את התשובה לשאלה יש לחפש בפקודת החברות בלבד. אין לשכוח, כי פקודת החברות בישראל היא העתק (כמעט זהה) של דיני החברות באנגליה, וכי החוק שם, כמו החוק בא"י ובישראל, עד לחקיקתו של חוק המקרקעין,

26. ת"א (ת"א) 2182/82 סרוקין נ' אחיעזר, פ"מ תשמ"ג(ג) 299.

לפירוק החברה. פלוני מגיש תביעה לאכיפת הסכם המכר (אכיפה לפי חוק החוזים ולא ביצוע בעין לפי דיני היושר). בית-המשפט יכול להתיר לו להגיש תביעתו (סעיף 156 לפקודת החברות).

אפילו נתייחס להסכם כהתחייבות אובליגטורית גרידה, חייבת החברה לקיימה (אלא אם שוחררה לפי סעיף 220ג) יינתן, איפוא, צו לאכיפה ופלוני יזכה במקרקעין וזאת למרות שאין החוזה מכיר עוד בנכות שביושר.

ד"ר אמנון גולדברג, במאמרו "חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, הוראות מעבר ומורשת העבר", מתייחס לנושא הנדון ומסתמך על סעיף 163 לחוק המקרקעין הקובע: הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לעניין הנדון.

יוצא, כי מקום שבחוק אחר מוענקת הכרה לזכויות שביושר במקרקעין, ימשיכו אלה להתקיים לצורך העניינים המוסדרים על-פי אותו חוק.

פקודת פשיטת הרגל ופקודת החברות הם החוקים אשר מכירים בזכויות שביושר בפשיטת רגל ופירוק חברה (סעיף 137) בפקודת פשיטת רגל הישנה או סעיף 86 בפקודה החדשה).

ב-ע"א 218/57 מקבל הנכסים הרשמי נ' מאיר ואח', פ"ד יב(2) 1696 וב-ע"א 307/64 חברת ההלוואות בע"מ נ' קדר, פ"ד יח(4) 483, הוסבר אופי "הנאמנות" של פושט הרגל והוכרה הזכות שביושר של צד ג' לעומת כלל הנושים.

פסקי-דין אלה מתייחסים לתקופה שלפני חוק המקרקעין, אולם הובאו כאן על-מנת להסביר כי ההכרה בזכויות שביושר בפשיטת רגל ופירוק - היתה קיימת ויש להכיר בה כממשיכה להתקיים לאור סעיף 163 לחוק המקרקעין.

מבחינה מהותית, במה שזוכה התובע - הוא זוכה לטובת כלל הנושים, שכן קיים העיקרון כי אין להעדיף נושה.

ב. לשאלה אם יורשה התובע לתבוע אכיפת הסכם להעברת מקרקעין - יש להשיב מנקודת ראות מהותית ולא מנקודת ראות דיונית: דהיינו, האם לתובע יש זכות קניינית במקרקעין הנ"ל?

הגישה בדיני פירוק חברות היתה, כי במקרה כגון דא, יש לאפשר לתובע לתבוע את אכיפת הסכם שבבית-המשפט, כי תביעה זו לא תזכה להכרה בהליכי הפירוק...

במילים אחרות: יש זכות תביעה לאכיפת הסכם בניה נגד חברה בפירוק, והיתה זכות תביעה לאכיפת הסכם מכר מקרקעין נגד חברה בפירוק.

הזכות לדרוש ולקבל את המקרקעין נבעה מכך, שלפי דיני היושר ראו את הקונה בהסכם כבעלים שביושר, ונכס המקרקעין נחשב לנכס שאינו נכלל במסה של רכוש החברה בפירוק. זה היה, הדין באנגליה, וזה היה הדין בישראל עד לחוק המקרקעין אשר ביטל את הזיקה לדיני היושר האנגליים.

אם היה, איפוא, מצב לפיו החברה היא בעלת המקרקעין והיא מתחייבת לבנות - רשאי היה הרוכש לתבוע את אכיפת הסכם הבניה ו/או אכיפת הסכם המכר מהחברה בפירוק, והיה זוכה במקרקעין למרות הפירוק.

ג. חוק המקרקעין התשכ"ט-1969 ביטל את הזכויות שביושר במקרקעין, אך לא בוטל במפורש שום סעיף מסעיפי פקודת החברות. וזה מקורה של אי-ההבנה הראשונה: בדיני החברות, עדיין מכירים בזכות שביושר, אך בדיני המקרקעין בוטלה הזכות. מה הדין? אמחיש את השאלה בדוגמה:

החברה התחייבה למכור מגרש מסויים לפלוני. ניתן צו

ב. אפשרות האכיפה על-ידי מינוי כונס נכסים ביוזמת הרוכש מהקבלן

במידה והרוכשים הם שיזמו את מינוי הכונס, מתעוררת השאלה אם על בעל המקרקעין להשתתף בתשלום שכר-טרחת הכונס. שאלה זו נדונה בפסקי-הדין הנ"ל, ואנו נייחד לה דיון בהמשך, במסגרת בחינת היחסים המשפטיים בין רוכשי דירות מהקבלן לבין בעל הקרקע.

האפשרות לאכוף על הקבלן את ביצוע חיוביו הוכרה ב-ה"פ (ת"א) 4629/75²⁷, פסקי-הדין אושר בבית-המשפט העליון ב-ע"א 846/75²⁸ שם מונה כונס הנכסים ביוזמה משותפת של רוכשי הדירות ובעל הקרקע.

מינוי הכונס יכול אף שיתבצע ביוזמתם הבלעדית של רוכשי הדירות, כך היה, לדוגמה, ב-ע"א 647/82²⁹.

27. ה"פ (ת"א) 4629/75 דויטש נ' עוניסון, חברה לבניין בע"מ חולון, פ"מ תשל"ו(א) 221.

28. ע"א 846/75 עוניסון - חברה לבניין בע"מ ואח' נ' דויטש, פ"ד (2) 398.

29. ע"א 647/82 ממון ואח' נ' עורך-דין מוהר, כונס נכסים קבוע של הבניין ברח' האבות ראשון לציון של בנייני קמל יהושע ושות' חברה לבניין בע"מ, פ"ד (4) 235.

ג. אכיפת ביצוע חיובים שאינם חיובי הבניה

סביב שאלת עצם קיום החיוב או ההפרה, אך משהוכח קיומם של שני אלו, אין מניעה לאכיפה. דוגמה לאכיפת חיוב לתשלום כספי על-ידי הרוכש מהקבלן כנגד האחרון הינו ע"א 320/82³⁰. משהגיע שם בית-משפט למסקנה כי החברה הקבלנית הפרה את חיובה לתשלום 200,000 ל"י לרוכשים (המשיבים) קיבל בית-המשפט את תביעת האכיפה, תוך הצמדת החוב מיום ההפרה.

החווה בין הקבלן לבין הרוכש כולל כמובן חיובים נוספים מלבד חיוב הקבלן לבנות את הדירות, כשאלו בעיקר חיובים כספיים, אם בניית הדירות נשלמה לפני מכירתן אין החווה כולל חיובי בניה כלל, וזאת בין אם המוכר הוא הקבלן ובין אם הוא בעל הקרקע (אם מוכר הדירה הוא בעל הקרקע, ייתכן וימחה את זכותו לבניה על-ידי הקבלן לרוכשים).

אכיפתם של החיובים שאינם חיובי הבניה והכרוכים בה אינה מעוררת בעיות מיוחדות. הדיון במקרים אלו נסוב

3. ביטול

המערערת במסגרת עסקת קומבינציה שעשתה האחרונה עם בעלי מקרקעין, בכל אחד מהחוזים התחייבה המערערת למסור את החזקה למשיבה הרוכשת, ביחידה שנרכשה על ידה, כשהיא גמורה ומושלמת, תוך 26 חודשים מיום קבלת היתר הבניה. בסעיף 22(ב) בכל חוזה נקבע כי "מסירת היחידות ביום הנקבע למסירתן הוא תנאי יסודי לחוזה". באותו מקרה נפסק, לאור הוראה זו בחוזה, כי המערערת הפרה את החוזה הפרה יסודית.

זכותו של רוכש הדירה לבטל את חוזהו עם מוכר הדירה מוסדרת בסעיף 7 בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, שעל ההסדר המשפטי שהוא קובע, עמדנו בפרק הקודם.

רוכש הדירה זכאי לבטל את החוזה ללא מתן ארכה נוספת לקיומו אם הפרת החוזה היתה יסודית. "הפרה יסודית", יכולה להיות מוסכמת או מסתברת.

דוגמה להפרה יסודית מוסכמת ניתן למצוא ב-ע"א 795/86³¹. שם רכשו המשיבות 26 יחידות בבניין שבנתה

4. פיצויים - פיצויים בגין נזק שנגרם בפועל, לפי סעיף 10 לחוק חוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)

א. נזק ממוני

1. פיצוי בגין הנזק הממוני לו גרם האיחור במסירת הדירה לרוכש

בפועל מסרה בעלת הקרקע את הדירות לרוכשים ממנה באיחור של 11 חודש. הרוכשים נתבעו על-ידי הקונים מהם בגין אי-מסירת דירתם שלהם במועד ושילמו לאחרונים פיצויים בסך 2,165 ל"י. רוכשי הדירה תבעו פיצויים מבעלת הקרקע, ובין היתר, תבעו פיצוי בגין הסכום האמור לעיל שהתחייבו בתשלומם. בית-המשפט המחוזי קיבל תביעה זו, ובעלת הקרקע לא ערערה על

ב-ע"א 348/79³² בעלת קרקע (המערערת), שהתקשרה בעסקת קומבינציה עם קבלן (המשיבה 3), מכרה למשיבים 2-1 את הדירה שהקבלן התחייב לבנות עבורה. בחוזה המכר התחייבה בעלת הקרקע למסור את הדירה לא יאוחר מיום 22.2.74. רוכשי הדירה (המשיבים 2-1) מכרו את הדירה שהובטחה להם לקונים מהם, והתחייבו למוסרה ביום 1.5.74.

30. ע"א 320/82 חברת האחים מנשה ויקטור לוי בע"מ נ' רפאל כנפו ואח', פ"ד (2) 169.

31. ע"א 795/86 לודאית חברה לבניין בע"מ נ' השקעות שירליב בע"מ ואח', פ"ד מא(3) 645.

32. ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי ואח', פ"ד לה(4) 31.

המשיב, וצדק השופט המחוזי, שאמד את הנוק על-פי חוות-דעתו של שמאי המקרקעין.

10. אשר לטענת המערער, כי ראוי היה לחשב את הפסד דמי השכירות עד ליום מתן פסק-הדין, דהיינו תוספת של 17 חודשים לעומת התקופה שבית-המשפט קמא חישב, בהגבילו את התקופה עד ליום הגשת כתב התביעה, התלבטתי לא מעט בשאלה זו. מן הבחינה העניינית, יש בטענת המערער טעם רב, שהרי הנוק שבגינו נפסק הפיצוי, הפסד דמי השכירות בגין אי-מסירת הדירה, המשיך להתגבש גם לאחר הגשת כתב התביעה. הנימוקים שעמדו ביסוד ההחלטה לפצות את המערער בראש נזק זה תקפים באותה מידה גם בנוגע לתקופה שעד יום מתן פסק-הדין.

יחד עם זאת, עמדה לנגד עיני הפסיקה העקבית של בית-משפט זה, לפיה אין בית-המשפט פוסק פיצויים בגין עילה שנולדה לאחר הגשת כתב התביעה. כך במקרה שלפנינו, הפיגור במסירת הדירה בתקופה שמיום הגשת כתב התביעה הינו עילה עצמאית, אשר טרם היתה קיימת בעת פתיחת ההליך, ומטיבה היא מתחדשת ככל שנמשכת הפרת החוזה (וראה: ע"א 477/68 הופמן נ' מיכאלי-לויטל, פ"ד כג(2) 52, 56; ע"א 367/83 שושן בע"מ נ' גזית בע"מ, פ"ד לט(1) 633, 638).

לאחר שקילת הדברים הגעתי לכלל מסקנה כי מן הדין לפצות את המערער גם בעבור הפיגור שנמשך לאחר יום הגשת כתב התביעה, עד ליום מתן פסק-הדין. דרישתה זו עלתה כבר בערכאה הקודמת, עת הובאה על ידיה חוות-הדעת של השמאי, שפירטה את גובה דמי השכירות שהפסידה המערער. לעדות זו של השמאי המשיב לא התנגד, וגם לאחר שבא-כוחה הבלית דרישה זו בסיכומיו לפני בית-המשפט קמא, לא הועלתה כל טענת הגנה המיוחדת לתקופה של עד מתן פסק-הדין. הייתי רואה בכך, בנסיבות העניין, "הרחבת היריעה", דבר המאפשר לפסוק למערער פיצויים גם על התקופה המאוחרת. אשר-על-כן אני מציע, כי נוסף לסכום הפיצויים שפסק בית-המשפט קמא בגין האיחור במסירת הדירה סכום של 4,250 דולר, עבור 17 חודשי הפיגור הנוספים, אשר ישולם לפי השער היציג ביום מתן פסק-הדין של בית-המשפט קמא, ויישא ריבית והצמדה מאותו יום ועד לתשלום בפועל.

פסקתו זו.

ב-ע"א 675/86³³ רכשה המערער דירה מהמשיב, כשדירה זו נמסרה למשיב במסגרת עסקת קומבינציה שעשה עם קבלן. בעל הקרקע (המשיב) התחייב למסור הדירה לרוכשת ביום 1.3.81. הדירה נמסרה רק ביום 10.10.86.

על-אף שהחוזה קובע פיצוי מוסכם עבור כל יום איחור במסירת הדירה, פסק בית-המשפט המחוזי שמדובר במקרה חריג, בו הפיצויים המוסכמים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לחזותו בעת כריתת החוזה, והעדר הסבירות כה בולט לעין, עד כי מן הראוי להפחיתם. הוא העמיד את נזקי האיחור, בגובהם של דמי השכירות אשר הרוכשת היתה צפויה לשלם עבור דירה וזה במשך כל תקופת הפיגור, מיום המסירה המיועד ועד יום הגשת כתב התביעה המתוקן, בסך 15,250 דולר.

הרוכשת לא ערערה על עצם הפחתת הפיצויים המוסכמים, אך טענה שהיה צריך לחשב את דמי השכירות עד יום מסירת החוזה בפועל, ולא עד יום הגשת כתב התביעה. מדובר ב-17 חודשי פיגור נוספים, שלפי הסכום החודשי שקבע השופט המחוזי, 250 דולר, מסתכמים ב-4,250 דולר. בערעור שכנגד טען המשיב (בעל הקרקע) שהסכום שנפסק גבוה מדי, מאחר ובכתב התביעה המקורי ביקשה המערער סכום פחות, ובכך הגבילה את תקרת הפיצוי.

וכך פסק השופט מלץ, בעמ' 140-141:

"9. אדון תחילה בטענת הערעור שכנגד. אכן, בכתב התביעה תבעה המערער סכום של 9,400 דולר, הנמוך מזה שנפסק לה בפסק-הדין. אולם אין חולק על העובדה, כי במהלך המשפט הובאה עדותו של שמאי המקרקעין, שקבע, כי דמי השכירות אשר הפסידה המערער גבוהים יותר. על-סמך התמונה העובדתית, שהצטיירה בעת בירור המשפט, אף שינתה המערער בסיכומיה את הסכום שתבעה והעמידה אותו על סך של 19,500 דולר. סכום זה הוא הסכום שהוכיח השמאי בזמן המשפט. כאשר הובאו לפני בית-המשפט ראיות אלה, לפיהן נזקי הפיגור עולים על מה שנדרש בכתב התביעה, לא הביע בא-כוח המשיב את התנגדותו לקבלתן ולא טען, כי יש בכך חריגה מכתבי הטענות, ובכך הורחבה יריעת המחלוקת בהסכמה גם לסכום הגבוה יותר. משום כך אין לראות בהעלאת התביעה המורחבת במסגרת הסכומים משום הפתעה של

2. פיצוי בגין אי-השלמה וליקויים בדירה

והיא לא היתה ראויה למגורים. הקונים ביצעו בה תיקונים והשלמות על-חשבונם.

ב-ע"א 348/79 הנ"ל, שעובדותיו הובאו לעיל, כאשר תפסו הרוכשים חזקה בדירה טרם הושלמה בנייתה של זו

33. ע"א 675/86 שמיסר נ' הודסמן, פ"ד מד(1) 133.

בעלת הקרקע לא ערערה על גובה הפיצויים, אלא על עצם חובתה לשלם פיצוי כלשהו. משנדחתה טענתה כי לא הוטל עליה חיוב חדר-משמעי למסור דירה בנויה וגמורה אישר בית-המשפט העליון את פסיקת הפיצויים, בהקשר זה, של בית-המשפט המחוזי.

הרוכשים תבעו, בין היתר, פיצוי בגין עבודות ההשלמה והתיקונים הנ"ל. בית-המשפט, קיבל את התביעה, תוך שהוא קובע שהמוכרת (בעלת הקרקע) זכאית לקבל שיפוי על כך מהקבלן.

3. פיצוי בגין אי-התאמת הדירה למוסכם

"שהרי לא בין ירידת שטח הדירה זכאית המערערת לפיצוי, אלא אך בעבור התכנון הפנימי שכלל חדר אחד פחות". מעיון בשרטוטי הבניין, כפי שתוכנן, וכפי שהושלם, ובחוות-דעת השמאי, הגיע השופט מלץ להערכה שגובהו של הנזק הוא 10,000 ש"ח. זהו הפיצוי שפסק למערערת (הרוכשת).

ב-ע"א 675/86 הנ"ל, שעובדותיו הובאו לעיל, נמסרה הדירה לרוכשת כשהיא שונה באופן מהותי ממה שהובטח בחוזה. היא הכילה ארבעה חדרים במקום חמישה. עובדה זו צויינה במפורש בחוות-דעת שמאי המקרקעין, שהעיד מטעם הרוכשת. השופט מלץ פסק כי נזקה של הרוכשת, במישור זה, עומד על-סך ההפרש בין שווי הדירה כיום לבין שווייה אילו היתה כוללת חמישה חדרים על שטח זהה,

ב. נזק לא ממוני

פיצוי בגין אי-הנוחות והסבל הפיזי והנפשי להם גרם האיחור במסירת הדירה

בעלת הקרקע ערערה על גובה הפיצויים שנפסקו. וכך פסק השופט ברק, בעמ' 41-42:
 "18. בעניין שלפנינו נערך חוזה בין המוכרת לבין הקונים למסירת דירה במועד מסויים. אין לפנינו כל ראיות לעניין צפייתם הספציפית של הצדדים, ועל-כן עלינו לבחון את צפייתו של האדם הסביר. לעניין זה נראה לי, כי מתקשר חוזי סביר היה צופה, כי איחור במסירתה של דירת מגורים יגרום סבל נפשי ועגמת נפש לקונה המאוכזב. מכיוון שנוק לא ממוני זה נגרם עקב ההפרה, הריהו בר-פיצוי על-פי חוק התרופות. לעומת זאת, לא נראה לי, כי עגמת הנפש המיוחדת, שנגרמה לקונים בשל השהות בת השבוע בדירה ללא מים, והשהות בת השבועיים ללא חשמל, היא בת פיצוי. אין כל הוכחה, כי נזק לא ממוני זה היה נגד עיניהם של הצדדים לחוזה, ואדם סביר לא צריך היה לצפות לכך, שהקונים יפרו את החוק ויעשו דין לעצמם, וייכנסו לדירה בלא היתר הבעלים. מהאמור עולה, כי הנזק הלא ממוני, שבגינו זכאים הקונים לפיצוי, הוא בעצם עגמת הנפש והסבל שנגרמו להם בשל כך, שבמשך תקופה של אחד-עשר חודשים הם ביקשו להיכנס לדירה שקנו, אך הדבר נמנע מהם. מוכן אני להניח, כי

ב-ע"א 348/79³⁴ שעובדותיו הובאו לעיל, נמסרה הדירה לקונים באיחור של אחד-עשר חודש. השופט נתניהו, בשבתה בבית-המשפט המחוזי, פסקה שהקונים זכאים לפיצוי בגין אי-הנוחות, הסבל ועגמת-הנפש, שנגרמו לקונים בשל האיחור במסירת הדירה. פיצוי זה הועמד על סך 20,000 ל"י. השופט חייבה את הקבלן לשפות את בעלת הקרקע (המוכרת) על נזק זה. בקובעה סכום זה התחשבה השופטת בעובדה שעורך-הדין מטעם בעלת הקרקע (ואשר על התנהגותו הכללית מתחה השופטת ביקורת קשה, ואף הורתה להעביר פסק-דינה ללשכת עורכי-הדין, על-מנת שתחליט אם לקיים בירור בדבר התפקיד, שהוא מילא בפרשה עליה נסב במשפט), גילה כלפי הקונים "התנהגות של אי-איכפתיות שגבלה בנעור חוצנו מהתחייבויות שבהסכם, ולא היתה כל נכונות מצידו לפעול או לדאוג לביצוע ההתחייבויות או ללכת לקראת התובעים במציאת פתרון מעשי לבעיה שנוצרה". כן לקחה השופטת בחשבון את העובדה שבעת שתפסו הרוכשים את החזקה בדירה (מיוזמתם!), היתה זו ללא חלונות ודלתות, לא מוסיידת, ובלא שהצבע יהא גמור. ימים מספר לא היו מים בדירה, וכמה שבועות לא היה חשמל.

34. ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי ואח', פ"ד לה (4) 31.

מהקבלן במסגרת עסקת הקומבינציה, לרוכשת הדירה באיחור של למעלה מחמש שנים.
השופט מלץ קבע כי, רוכשת הדירה זכאית לפיצוי על הנזק הלא ממוני, היינו הסבל ואי-הנוחות שנגרמו לה כתוצאה מאי-מסירת הדירה במועד. בקביעתו הסתמך על פסיקת השופט ברק ב-ע"א 348/79 הנ"ל, שהובא לעיל. השופט דחה את הטענה שבא-כוח הרוכשת החליט לזנוח את טענתו בדבר נזק זה, וחייב את בעל הקרקע בפיצוי בסך 10,000 ש"ח בגין ראש נזק זה.

התנהגותו של בא-כוח המוכרת היה בא כדי להגביר סבל זה. בנסיבות אלה נראה לי, כי הסכום של 20,000 ל"י, שנפסק על-ידי הערכאה הראשונה, אינו גבוה יתר-על-המידה, באופן המצדיק את התערבותנו. סכום זה יישא ריבית והצמדה מיום מתן פסק-הדין בערכאה הראשונה. לעומת זאת, אין כל צידוק בעניין שלפנינו ליתן פיצוי בגין עגמת נפש, שהקונים גרמו לעצמם במעשה הבלתי-חוקי שהם עשו, בנטלם את החוק לידיהם."
ב-ע"א 675/86³⁵ מסר בעל הקרקע את הדירה, שקיבל

5. פיצויים מוסכמים

א. פרשנות התניה

השונים נקבעו תאריכי מסירה שונים. כשהמוקדם ביניהם 31.6.76. כל הדירות נמסרו לקונים בסוף שנת 1976. הרישום בלשכת המקרקעין בוצע רק בתחילת 1983. רוכשי הדירות תבעו את תשלום הפיצויים המוסכמים. התביעה נתקבלה. בערעור טענו המערערות שהפרה אינה יסודית.
השופטת נתניהו דחתה טענה זו בקובעה שהפיצוי שנקבע בחוזים הינו בגין "הפרה" ולא "הפרה יסודית", ועל-כן אין חשיבות לשאלה אם ההפרה יסודית אם לאו.

ב-ע"א 532/83³⁶ התקשרו המערערות 1 ו-2 בעסקת קומבינציה שהיותה הסכם שותפות. המשיבים התקשרו בחוזים, שהצדדים להם היו הם כקוני דירות והמערערת 1 כמוכרת. כל אחד מהחוזים הכיל סעיף פיצויים מוסכמים למקרה של הפרה. סכום הפיצויים שונה מחוזה לחוזה, וגם נוסח הסעיף לא היה אחיד, אך בכולם דובר באופן גורף בפיצוי קבוע של "הפרת חוזה", בלי להבחין בין הפרה להפרה. בחוזים השונים נקבע שרישום הדירות יבוצע תוך שנים-עשר חודשים מתאריך מסירת הדירות. בחוזים

ב. העדר הצורך בהוכחת נזק

סעיף 15. הפיצוי המוסכם ייפסק ללא הוכחת נזק (בכפוף לסמכות בית-המשפט להפחיתו כאמור) ואף אם בפועל לא נגרם כלל נזק... (עמ' 328-329).

ב-ע"א 532/83 הנ"ל, טענו המערערות, בין היתר, כי קוני הדירות לא הוכיחו קיומו של נזק. הטענה נדחתה - "אי-הוכחתו של נזק... אינה רלוואנטית. הרי זו משמעות

ג. הפחתת הפיצוי המוסכם

וכך פסקה השופטת נתניהו, בעמ' 327-328:
"היותו של תנאי הפיצויים תנאי גורף חושפת אותו, כאמור, לבדיקה, אם הפיצויים המוסכמים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק, שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של אותה הפרה, שבגינה נתבע

ב-ע"א 532/83, שעובדותיו הובאו לעיל, דן בית-המשפט בשאלה אם יש מקום להפחית את הפיצוי המוסכם לאור זאת שבכל סעיפי הפיצויים המוסכמים דובר באופן גורף בפיצוי קבוע על "הפרת החוזה", בלי להבחין בין הפרה להפרה.

35. ע"א 675/86 שמייסדר נ' הורסמן, פ"ד מד(1) 133.

36. ע"א 532/83 יהודה סיני השקעות בע"מ ואח' נ' פישל ואח', פ"ד מ(4) 319.

להתעניין בדירה בלי להעמיק חקר בסיבת העיכוב. אמנם, לא היחס בין סכום הפיצוי המוסכם, למחיר הדירה שאותו בחן השופט קמא, הוא הקובע, אלא היחס בין הפיצוי המוסכם לבין הנזק הצפוי באופן סביר. אך שיעורו של הנזק הצפוי מושפע במידה רבה גם משווי הדירה. שיקול של בית-המשפט, שקבע כי הפיצוי המוסכם עומד ביחס סביר לנזק, הינו שיקול נכון ואין מקום שנתערב בו.³⁷ ב"ע"א 675/86 נקבע בחוזה בין רוכשת הדירה לבין בעל הקרקע פיצוי מוסכם עבור כל יום איחור במסירת הדירה. בפועל נמסרה הדירה באיחור של למעלה מחמש שנים. בית-המשפט המחוזי הסיק שמדובר במקרה חריג, בו הפיצויים המוסכמים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לחזותו בעת כריתת החוזה, והעדר הסבירות כה בולט לעין, עד כי מן הראוי להפחיתם. על-כן העמיד את נזקי האיחור בגובהם של דמי השכירות אשר המערערת היתה צפויה לשלם עבור הדירה במשך כל תקופת הפיגור. המערערת לא ערערה על עצם הפחתת הפיצוי המוסכם.

הפיצוי. ההצדקה לכך עולה מנוסח התנאי עצמו וללא צורך בראיה מיוחדת לשם כך... עלינו לבחון איפוא אם יש יחס סביר בין הפיצויים הקבועים בחוזים לבין הנזק שניתן היה לראותו בעת כריתתם כתוצאה מסתברת מהפרה זו, שמדובר בה כאן, של איחור של כחמש שנים ברישום הדירות. אם לא כן, רשאים אנו להפחית מסכום הפיצויים הקבועים. לעניין זה לא טרח באיכות המערערות להביא לפנינו לא ראייה אף לא טענה שתוכל להנחותנו. השופט קמא סבר, ששיעור הפיצוי המוסכם, המגיע לכ-10% מסכום החוזה, אינו עומד ללא יחס סביר לנזק הצפוי, כי איחור ברישום הבעלות עלול למנוע מכירת הדירה על-ידי הקונה בעת הצורך ולגרם לו נזק רב. מקובלת עלי דעתו זו. קונה פוטנציאלי עשוי להירתע מעסקה במקרקעין, שזמן כה רב לא נרשמו על-שם המוכר. עיכוב כה ממושך עשוי לעורר בלבו של קונה כזה חשש, שמא יש פגם בזכויותיו של המוכר, ולגרם לכך, שיחדל

ד. שיערוך הפיצוי המוסכם

המוסכם, אל לבית-המשפט להתערב ולשנות את המוסכם ביניהם (ראה ע"א 222/81 (ב"ש 746/83) חננאל נ' סוסנובסקי, פ"ד לז(4) 471, 475). אמנם הפסיקה הדגישה כי כלל זה חל רק בתקופה החוזית, להבדיל מתקופת ההפרה (ראה: ע"א 260/80, 265 נוביץ נ' ליבוניץ, פ"ד לו(1) 537; ע"א 222/81 (ב"ש 746/83) הנ"ל, בעמ' 474-475). הטעם לכן הוא, כי בדרך-כלל לגבי תקופת ההפרה הדין הוא הקובע את תוצאותיה ואת התרופות, שהנפגע זכאי להן בגינה. אך גם בתקופת ההפרה יכול בית-המשפט לתת ביטוי להשפעת האינפלציה רק בהתבסס על הוראת הדין. פתרונות במסגרת הדין בתקופת ההפרה נמצאו בסוגיית הפיצויים הרגילים, הבלתי-מוסכמים מראש, תוך שימוש בעיקרון צפיית הנזק במסגרת הוראת סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) ובסוגיית אכיפת חוזה שהופר, תוך הפעלת שיקולי הצדק על-פי הוראת סעיף 4 לחוק, וכן בסוגיית ההשבה עקב ביטולו של חוזה תוך שימוש בעיקרון מניעת התעשרות שלא כדין (ראה ע"א 222/81 (ב"ש 746/83) הנ"ל, שם). שונה המצב בסוגיית הפיצויים המוסכמים. אף-על-פי שהזכות לפיצויים אלה משתייכת לתקופת ההפרה, הם בתחום ההוראות ההסכמיות שבחוזה, המתייחסות לתקופת ההפרה. כחיוב בשיעורן יהיה בו התערבות בהוראות אלה.

בית-המשפט רשאי לשערך את הפיצוי המוסכם. ב"ע"א 532/83³⁸, שעובדותיו הובאו לעיל, הצמיד בית-המשפט המחוזי את הפיצויים ליום ההפרה. המשיבים, הם רוכשי הדירות מהמערערות, טענו שיש להצמידו למועד מוקדם יותר למועד חתימת החוזים. נימוקם - שסכום הפיצוי שנקבע מראש בעת כריתת החוזה, נשחק ערכו, ועל-כן יש לפוסקו במונחים ריאליים. השופטת נתניהו דחתה טענה זו, בעמ' 329-330: "טענה זו אינה מקובלת עלי, ואסביר את שיקולי. הרעיון שבפסיקת הפיצוי הקבוע על-פי סעיף 15 של חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), הוא, שהסכום נקבע בהסכמה על-ידי הצדדים תוך יחס סביר לנזק, שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה. הצפיה החוזית הסבירה לתשלום הפיצוי עקב ההפרה מתייחסת למועד הביצוע המיועד. תאריך ההפרה הוא שצריך, לכן, להוות את הבסיס להצמדתו של סכום הפיצוי המוסכם. כך הוחלט ב"ע"א 281/83 סוליימן נ' עזבון חליפה, פ"ד לט(4) 20, 25. כך הדבר בהעדר הוראה מוסכמת אחרת בחוזה. הצדדים עצמם הם הקובעים את תוכן החוזה ותנאיו. כשם שבידיהם סכום הפיצוי הצפוי מראש, כך גם בידיהם להתנות, על-פי אלו ערכים ישולם. האינפלציה כבר היתה תופעה מוכרת בעת כריתת החוזים עם המשיבים, ואם חרף זאת נמנעו הצדדים מלקבוע הוראת הצמדה של הפיצוי

37. ע"א 675/86 שמייסר נ' הודסמן, פ"ד מד(1) 133.

38. ע"א 532/83 יהודה סיני השקעות בע"מ ואח' נ' פישל ואח', פ"ד מ(4) 319.

6. פיצויים עונשיים

עונשיים בדיני החוזים. מכאן, שזודנו של המפר עשוי להיות רלוואנטי, רק במידה שהוא משפיע על חומרת הפגיעה של הנפגע (aggravated damages).³⁹ כך פסק השופט ברק ב"ע"א 348/79 אגב דיון בתיבת רוכשי דירה כנגד בעלת קרקע שמכרה להם דירה שקיבלה מקבלן במסגרת עסקת קומבינציה עימו.

"בפסיקת הפיצויים על בית-המשפט לשוות לנגד עיניו את העיקרון, כי מטרת הפיצוי היא החזרת המצב לקדמותו, ואין מטרתו הענשת המפר. בהפעלת שיקול-הדעת השיפוטי במסגרת סעיף 13 לחוק התרופות, על בית-המשפט לשאוף לפיצוי הנפגע, ולא להענשת המפר. סעיף 13 לחוק התרופות לא נועד להוות מנוף לפסיקת פיצויים

7. מימוש בטוחות

כלאחר-יד, מבטלת למעשה אחת מתוך חמש בטוחות שקבע המחוקק בחוק זה (חוק המכר (דירות)), אשר נועדו להבטיח את השקעתו של רוכש הדירה; ומכאן שמחיקת הערת האזהרה, כאשר זו נרשמה בהתאם להוראות חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1975, צריכה להיות אפשרית רק עם מימושה (רישום הבעלות על-שם הרוכש) או בהסכמת הרוכש שלטובתו היא נרשמה, או כאשר רוכש הדירה לא עמד בתנאי ההסכם שעל פיו נרשמה ההערה.

השופט אלון דחה טענה זו וקבע, בעמ' 363: "טענה זו אין בה ממש. סעיף 2 לחוק המכר (דירות) מונה בטוחות שונות אשר קונה דירה זכאי להן (באורח אלטרנטיבי) לשם הבטחת השקעתו, ואחת מביניהן היא - רישום 'הערת אזהרה על מכירת הדירה בהתאם להוראות סעיף 126 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969'. אין החוק האמור קובע דבר באשר לאפשרות מחיקת הערה כזו, ועילות המחיקה לעניין חוק זה הן עילות המחיקה המנויות בסעיף 132(א) ו-(ב) לחוק המקרקעין, וביניהן מנויה 'עילת ההערה בטלה' (סעיף 132(א)(2)), והוא הוא המקרה שלפנינו, כאמור לעיל, שעם ביטול ההסכם שבין המשיבים לבין הקבלן, בטלה ממילא העילה לרישום הערת האזהרה. לקונה אין לו אלא להלין על עצמו על שלא בדק את הסיכונים כראוי, שכן לו עשה כך, יכול היה לדרוש מהקבלן בטוחה אחרת מבין הבטוחות המנויות בסעיף 2 לחוק המכר (דירות) לשם הבטחת השקעתו, ועל כל פנים יכול היה לקבוע בתנאי החוזה שבינו לבין הקבלן שלא יחוייב בהמשך התשלומים עד שיתברר כי אין ההסכם שבין הקבלן לבין המשיבים עומד בסכנה של ביטול."

בפרק הקודם עמדנו על ההגנה המיוחדת שמספק חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974, לרוכש הדירה. סעיף 2 בחוק מחייב, כאמור, את הקבלן להבטיח את כספי הרוכש באחת מחמש הדרכים המנויות בסעיף, במידה והוסכם שיקבל סכום העולה על המישה-עשר אחוזים מהמחיר. אחת מחמש הבטוחות היא רישום הערת אזהרה על מכירת הדירה, כאמור בסעיף 2(4).

בנושא הערת האזהרה הנרשמת לטובת רוכש הדירה נדון בהרחבה בהמשך, במסגרת הדיון ביחסים המשפטיים שבין רוכש הדירה מהקבלן לבין בעל הקרקע. ב"ע"א 3/78⁴⁰ נדון מקרה בו ביום 6.7.72, התקשרו בעלי הקרקע (המשיבים) עם קבלן (המערער 1) בעסקת קומבינציה. בעלי הקרקע חתמו על יפוי-כוח בלתי-חוזר לעורך-דין הקבלנים, בו הוסמך לרשום הערות אזהרה לטובת קוני הדירות מהקבלן. ביום 16.10.75 התקשר הקבלן בחוזה עם קונה (המערער 2) בו התחייב למכור לו דירה בבניין. ביום 29.1.76 ביטלו בעלי הקרקע כדין את ההסכם עם הקבלן, עקב אי-התחלת הבניה. ביום 15.2.76 רשם עורך-דין הקבלנים הערת אזהרה לטובת הקונים בפנקסי המקרקעין. בעלי המקרקעין תבעו בבית-משפט המחוזי שהערת האזהרה תימחק, ובקשתם נתקבלה. הקבלן ורוכש הדירה ערערו. המערערים טענו, בין היתר, כי שונה הערת אזהרה הבאה להבטיח השקעתו של רוכש דירה מהערת אזהרה הבאה בעניין כל עסקה אחרת, משום: "שהאפשרות לבטל את הערת האזהרה של רוכש הדירה,

39. ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי ואח', פ"ד לה (4) 31, 41.

40. ע"א 3/78 וינברנד ואח' נ' רוקמן ואח', פ"ד לג (2) 350.

8. סיכול

כוח עליון ו/או שבייתה כללית בענף הבניין, ידחה מועד השלמת הבית והדירה ומסירת הדירה לקבלן באותו פרק זמן שהיה העיכוב.

הוראה דומה לא נכללה בחוזה שבין המוכרת לבין הקונים. המוכרת טענה כי יש לראות את ההוראה, הקבועה בחוזה שבין המוכרת לבין הקבלן, כנכללת בהסכם שבין המוכרת לבין הקונים. בית המשפט דחה טענה זו, בקובעו שהיחסים בין המוכרת לקונים נקבעים על-פי הוראות המפורשות של החוזה שביניהם, והוראה זו אינה מסייגת את חובת המסירה.

אך לענייננו חשובים הדברים שאמר השופט ברק בהמשך לקביעתו הנ"ל, בעמ' 40:

"שאלה אחרת היא, אם אין עומדת למוכרת הטענה, כי מכוח הדין הכללי - ולא מכוח הוראה חוזית מיוחדת - אין היא חייבת בפצייתם בשל העיכוב שנגרם עקב מלחמת יום הכיפורים. סעיף 18 לחוק התרופות משחרר מחובת פצייתם אדם, שהפר את החוזה בשל אונס או סיכול. דא עקא, שהמוכרת לא העלתה טענה זו במהלך הדיון, ולא ניסתה להראות, כי היסודות העובדתיים, הנדרשים על-פי הוראה זו, מתקיימים בעניין שלפנינו. בנסיבות אלה איני חושב, כי יאה זה נכון להעלות מיוזמתנו שלנו עניין זה בשלב הערעור."

טענת ה"סיכול" עומדת לנתבע, לפי סעיף 18 בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, רק אם מדובר בנסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, "לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ולא היה עליו לראותן מראש". כאשר בעל הקרקע מתחייב כלפי קונה להעביר לו דירה, שהקבלן התחייב לבנות עבורו במסגרת עסקת הקומבינציה, אין ספק כי אי-קיום חיובי הקבלן עלול למנוע מבעל הקרקע אפשרות לעמוד בחיוביו כלפי רוכש הדירה.

האם בנסיבות אלו תעמוד לבעל הקרקע טענת סיכול? ב"ע"א 348/79⁴¹ שעובדותיו הובאו בתחילת שער זה, דחה כב' השופט ברק דחה טענה זו וקבע, בעמ' 37: "טענה זו אין בה כל ממש. באפשרות, כי הקבלן יפר את חוזהו עם המוכרת, היא אפשרות, שהמוכרת היתה צריכה לדעת עליה ולראותה מראש. די בכך כדי להשמיט את הבסיס העובדתי מטענת הסיכול."

טענת הגנה אחרת שהעלתה המוכרת היתה, כי האיחור במסירה, בגינו היא אחראית, אינו משתרע על 11 חודשים אלא על מחצית התקופה בלבד, שכן 4-6 חודשי איחור נבעו ממלחמת יום הכיפורים.

בחוזה שבין המוכרת לבין הקבלן נכללה הוראה מפורשת, לפיה "אם יחול עיכוב בבניית הבית ו/או הדירה ובהשלמתם, כתוצאה מסיבות בלתי-תלויות בקבלן לרבות

9. עסקות סותרות שביצע המוכר בדירה הספציפית שהובטחה לרוכש הדירה

המציב את דרישת הכתב? ב"ע"א 289/78⁴² ביקשו המערערים, שהיו רוכשי דירה שכלפיהם התחייבו הקבלנים ביום 1.10.73 למכור להם את "הדירה המערבית", לטעון שהתחייבות בה התחייבו הקבלנים קודם לתאריך הנ"ל כלפי צד ג' (שבמקרה היה בעל הזכויות בקרקע, עימם כרתו הקבלנים את עסקת הקומבינציה - אך נראה שאין לכך נפקות לענייננו) לא עמדה בדרישת סעיף 8 לכתב, ועל-כן סעיף 9 כלל אינו חל. הקבלנים הצטרפו לטענה זו של רוכשי הדירה המערערים.

וכך פסקה השופטת בן-פורת, בעמ' 18-19: "אשר לסעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: "חוק המקרקעין"), בהיות זכותם של בני-החוג אשר תלויה כל כולה בפתרון סכסוך בין אחרים בינם לבין עצמם

עמדנו על כך שקיימת סכנה שמוכר הדירה יתחייב בהתחייבות סותרת לגבי הדירה שהבטיח לרוכש דירה פלוני. התחייבות סותרת כנ"ל יכולה כאמור להעשות לפני ההתחייבות כלפי הרוכש פלוני, או אחריה.

בפרק ב' לעיל, במסגרת היחסים המשפטיים בין הקבלן לבין בעל הקרקע, דנו בתוצאות המשפטיות של התחייבויות לגבי הדירה שהובטחה לבעל הקרקע, שעשה הקבלן. כל שנאמר שם ניתן להחלה, בשינויים המחוייבים, גם כאן.

מעבר לאמור שם, נדונה בפסיקה השאלה הבאה: האם רוכש דירה פלוני, שקודם להתחייבות כלפיו התחייב הקבלן בהתחייבות סותרת לגבי אותה דירה כלפי רוכש דירה אלמוני, יכול לתקוף ההתחייבות המאוחרת בטענה שההקשרות אינה עומדת במבחן סעיף 8 לחוק המקרקעין

41. ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי ואח', פ"ד לה (4) 31.

42. ע"א 289/78 אשר ואח' נ' לובר ואח', פ"ד לג (1) 13.

עצמו ביצע. לפיכך היו הקבלנים מנועים, לדעתי, מלטעון שת/2 אינו בגדר התחייבות בכתב לעשות עסק במקרקעין בכל הנוגע לדירה המערבית. ההסכם נערך כדבעי ובמדוייק לפי מה שהוסכם אותה שעה. כתמורה צויינה הדירה המזרחית משום שהמוכרים רצו בה והקבלנים התחייבו לספק להם, קרוב לוודאי בידיעה שכבר נמכרה או לפחות מתוך רשלנות. מכאן שהיטעו את המוכרים. בנסיבות אלה לא יעלה על הדעת שישמעו בטענה שהתמורה שהמוכרים דורשים בעתירתם החלופית לא מצאה ביטוי בת/2 ועל-כן אינה "עסקה" העומדת במבחן סעיף 8 לחוק המקרקעין, ואם כך הדבר, ברי שגם אשד מנועים מלהעלותה, שהרי בינם לבין המוכרים אין כלל יריבות וזכותם לדירה המערבית באה להם (אם בכלל) מכוח הסכם עם אותם קבלנים.

לאור המסקנה אליה הגעתי ממילא, מוטב להשאיר בצריך עיון את השאלה היותר רחבה אם בדרך-כלל רשאי אדם לתקוף הסכם שהוא עצמו לא היה צד לו, בטענה שאין הוא מקיים את דרישות סעיף 8 לחוק המקרקעין, אפילו יכולה פסילתו של אותו הסכם להשליך על גיבושה או אי-גיבושה של זכותו שלו לנכס נשוא ההסכם."

כמתואר, אין הם שותפים לישוב המחלוקת וכבר מטעם זה אין הם יכולים גם להישמע בטענה כי ת/2, אינו עומד במבחן סעיף 8 לחוק המקרקעין. בדיון בין המוכרים לקבלנים שנגמר בהכרעה שיפוטית סופית נקבע שדין הטענה להידחות. קביעה זו היא סוף פסוק גם לגביהם. זאת ועוד: גם לעיצומה אין הטענה עשויה לעזור לאשד. הכתב הנדרש בסעיף 8 לחוק המקרקעין הוא אמנם מהותי: ע"א 726/71 גרוסמן ואח' נ' בירמן ואח', פ"ד כו(2) 781, ע"א 649/73 קפולסקי נ' גולן בע"מ ואח', פ"ד כה(2) 291 ו-בר"ע 59/73 לוי ואח' נ' מיכלין ואח', פ"ד כז(1) 827, 830 ואחת הדרישות, בלעדיהן אין ההתחייבות תופסת, היא שהכתב יכלול (בין היתר) את תיאור התמורה או המחיר עליהם הוסכם: ע"א 285/75 זינגר נ' קימלמן, פ"ד ל(1) 804, 808 ועוד. אולם, סטיה מדרישה זו אינה פוגעת רק בתמורה שלא צויינה כדבעי (או שלא צויינה כלל), כי אם בעסקה כולה. פירוש הדבר בענייננו שכל ת/2 היה נפסל כהתחייבות למכור את המגרש לקבלנים, שהרי ההתחייבות בכתב היא של המוכר. בתוצאה זו אין לאשד כל עניין, שכן ברור שבנפול ת/2 נופל נ/9 עמו. והרי עוד שיקול המוביל לאותה מסקנה: כלל הוא שאין אדם יכול להשתית טענתו על עוול שהוא

10. השבה

עלתה סוגיה זו. העובדות שם היו כדלהלן: המערערים היו עובון המנוחה ויורשיה. המנוחה התקשרה בעסקת קומבינציה עם קבלן, לפיה יקים האחרון בית על החלקה שבבעלותה וימכור את דירותיו, חוץ משתיים שהיו מיועדות לה. היא נתנה יפוי-כוח בלתי-חוזר לעורך-דין אשר לרישום הבית כבית משותף ולהעברת דירותיו ישירות לקונים. הקבלן הקים את הבית ומכר את הדירות למשיבים. משהגיעו לשלב רישום הדירות על-שמותיהם, נתברר שנדרש תשלום מס שבת. מס זה הוטל על המנוחה, בגין מכירת החלקה לקבלן, והן על הקבלן, בגין מכירת הדירות למשיבים. בינתיים עזב הקבלן את הארץ. עורך-דין אשל דרש את המס, המוטל על המנוחה, מהמשיבים. הוא לא דרשו מהמנוחה עצמה ביודעו שהיא מסרבת לשלמו, בטענה שיש לה תביעות נגד הקבלן. המשיבים ראו עצמם נאלצים לשלם את המס, ותבעו את השבתו מיורשי המנוחה - המערערים.

השופט ויתקן הפריד בין שתי שאלות, בעמ' 339-340: "שאלה אחת היא אם המנוחה היתה חייבת לשלם מס שבת

דיני ההשבה, או בשמם האחר - דיני עשיית עושר ולא במשפט (חלק כללי), התשל"ג-1973, באים לביטוי בפרקטיקה בעיקר בשלב שלאחר ביטול חוזה. או אז, קובע סעיף 21 בחוק החוזים, "חייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על-פי החוזה, ואם ההשבה היתה בלתי-אפשרית או בלתי-סבירה - לשלם לו את שוויו של מה שקיבל". אך שאלות הקשורות לדיני השבה יכולות להתעורר במישורים רבים נוספים. סוגיה מעניינת במיוחד בתחום זה היא זכותו של מי שפרע את חובו של אחר. חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, קובע בסעיף 4:

"4. דין הפורע חוב הזולת

מי שפרע חובו של אדם אחר בלי שהיה חייב לכך כלפיו, אינו זכאי להשבה אלא אם לא היתה לזוכה סיבה סבירה להתנגד לפרעון החוב, כולו או מקצתו, ואינו זכאי להשבה זו אלא כדי מה שנתן לפרעון החוב." ב-ע"א 596/68⁴³ שנדון טרם תחילת חוק עשיית עושר,

43. ע"א 596/68 עובון המנוחה קלמנטינסקי כץ ואח' נ' דניאל ואח', פ"ד כג(1) 338.

ושהיא ידעה כי החלקה מיועדת לבניה והדירות סופן להימכר. אך אין אני סבור שבוה הקנתה המנוחה למשיבים זכויות כלשהן כלפיה, ולא מצאתי אסמכתא (וכאמור, הפרקליטים לא הביאו כזאת) שבה נאלץ קונה של נכס לסלק חוב, אך החוב אינו חובו של המוכר אלא של מי שקדם למוכר בבעלותו.

לא מעט התלבטו משפטנים להגדיר, מה הזיקה (privity) שצריכה להתקיים בין תובע ונתבע כדי לבסס עילה מעין חונית. נכון שזיקה זו יכולה להיווצר גם כאשר לא קדמה לתשלום, שהתובע דורש את השבתו, עסקה כלשהי בינו ובין הנתבע. מקרה טיפוסי הוא, למשל, שבעל חפץ נאלץ לשלם חובו של פלוני כדי להסיר מחפצו עיקול או זכות עיכוב הרובצים עליו בשל אותו חוב. זכות הבעלות די בה כדי להטיל חובה על פלוני שלא יקפח, על-ידי אי-סילוק חובו, את זכות הבעלות של הזולת. זוהי הזיקה שלמעשה (factual relationship) הנזכרת ב-Chitty על חוים, מהדורה 22, סעיף 1546. אך נראה לי שזה לא המקרה שלנו. חוב המס של המנוחה קדם לזכות המשיבים בדירות. הללו באו לרכוש את הדירות ומצאו "פגומות" במובן זה שהיה צורך להסיר מכשול מהדרך, שמנע את העברתן. היה צורך לשלם את המס. מעולם לא התחייבה המנוחה כלפי המשיבים להסיר מכשול זה, ולא היתה זו חובתה כלפי כולי עלמא או סתם כלפי מאן דהוא העתיד לרכוש את הדירות. החובה לפרוע את המס היתה קיימת כלפי האוצר אולי כלפי הקבלן, אך לא כלפי המשיבים.¹ בית המשפט דחה על-כן את התביעה.

כפי שנדרשה לשלם, ושאלה אחרת היא, אם היתה זו חובה שהיא חבה גם כלפי המשיבים. השופטת וינוגרדוב השיבה על שתי שאלות אלו בשלילה, ואילו שופטי הרוב - בחיוב. כאשר לשאלה הראשונה, אם אמנם הוכח חיובה של המנוחה כלפי אוצר המדינה לשלם מס שבת, מוכן אני להצטרף לדעת הרוב, ולו אך מהנימוק כי בכתב הגנתם לא הכחישו המערערים את החיוב אלא בצורה כללית וסתמית. אך נראה לי כי על השאלה השניה יש לענות כפי שענתה השופטת וינוגרדוב.

אילו המדובר היה בחוב של מיסים, שעל הקבלן היה לסלקו בטרם אפשר היה להעביר את הדירות על-שם המשיבים, לא היה לי ספק שהללו היו רשאים לראות את עצמם נאלצים לשלם את החוב ולתבוע את השבתו מהקבלן. קיים ביניהם קשר חוזי ישיר, ואף אם אין למצוא בחוזה גופו התחייבות מפורשת או מכללא מצד הקבלן לשלם חוב כזה, הדין יוצר חובה כזו על בסיס של "מעין חוזה". אך מה הקשר בין המשיבים והמנוחה? את החוים עם המשיבים עשה הקבלן בשמו הוא, בהצהירו בהם שהוא בעלה החוקי של החלקה. ולפי דברי עורך-דין אשל לא ידעו המשיבים "מי זאת המנוחה". אין אפילו לומר איפוא, שהקבלן פעל בשם מרשה נסתר. נראה לי שחל על המצב הזה האמור בעניין "במאי" אגודה שיתופית נגד "מבנה" חברה לדיר, ע"א 168/60, 191/60 "במאי" בע"מ ואח' נ' מבנה בע"מ ואח', פ"ד טו(3) 2401, מפי השופט זוסמן, והדברים אפילו קל וחומר הם. כבי' השופט כהן מייחס חשיבות רבה לעובדה שהמנוחה נתנה יפוי-כוח בלתי-חוזר