

פרק ב':

היחסים המשפטיים בין בעל הקרקע לבין רוכש דירה מהקבלן

1. האינטרסים המתנגשים של בעל הקרקע, הקבלן ורוכשי הדירות מהקבלן

לעיתים קרובות, מקור לצרות מרובות, שכן, לכאורה לפחות, נוצרת תלות בין כל אחד מן ה"צדדים" לאותו "משולש", ואם אחד מהם אינו מקיים את המוטל עליו - עלול הדבר להשפיע על זכויותיו של האחר.¹

ניגודי אינטרסים עשויים להתעורר, בסיטואציות שונות, בין רוכשי הדירות לבין עצמם. לדוגמה - אם הקבלן הפר את חיוביו ורוכשי הדירות ממנו תובעים סעדים בגין ההפרה, סביר שהרוכשים שדירותיהם כמעט והושלמו יעדיפו כסעד מינוי כונס נכסים שישלים את הבניה. ואילו הרוכשים שבניית הדירות שהובטחו להם נמצאת בשלביה הראשונים בלבד, יעדיפו לבטל את העסקה ולקבל חזרה את כספם.

השופטת אבנור, ב"ת"א (ת"א) 2182/82, החזיקה בגישה לפיה הערת אזהרה יוצרת זכות קניינית. כפי שנראה להלן, גישה זו אינה נקיה מספקות, אך לאורה עמדה השופטת על התנגשות אינטרסים נוספת האפשרית בין רוכשי הדירות לבין עצמם:

"קיים ניגוד אינטרסים בין רוכשי הדירות השונים במגרשים השונים: רוכשי דירות שלגביהם נרשמו הערות אזהרה בשעתו - כדן, ואשר המבנים המיועדים להם הם בשלבי בניה סופיים, מעוניינים כי זכותם תוכר כזכות קניין במקרקעין והמקרקעין והמבנה יוצאו מ"המסה" של רכוש החברה בפירוק. אותם רוכשי דירות, שאיתרע מזלם וטרם נרשמה הערת אזהרה לזכותם ו/או טרם נבנה המבנה - מעוניינים כי כל המבנים והזכויות במקרקעין יהיו שייכים ל"מסה" של רכוש החברה בפירוק - שכן אחרת לא יהיה להם ממה לגבות.

ההסדר המשפטי שבדין לסיטואציות השונות המתעוררות בעסקת הקומבינציה חייב על-כן ליצור איזון צודק ונכון בין האינטרסים המנוגדים (לעיתים) של שלושת הצדדים ל"משולש המשפטי" שהעסקה יוצרת."

עסקת הקומבינציה יוצרת מערכת יחסים משפטיים משולשת, ששלושת הצדדים הם בעל הקרקע, הקבלן ורוכשי הדירות. האינטרסים המניעים והמנחים כל אחד מהשלושה אינם חופפים.

הקבלן זקוק להון על-מנת שיוכל לעמוד בהתחייבויות השונות שנטל על עצמו בחוזה הקומבינציה ובחוזים עם רוכשי הדירות השונים. הקבלן מעוניין לכן למכור דירות רבות ככל האפשר בשלביה הראשונים של עבודת הבניה (ואפילו לפני תחילתה) וכך לגייס את ההון מהרוכשים עצמם.

עבור רוכשי הדירות, חוזה רכישת הדירה הוא פעמים רבות אחת מהעסקות הגדולות שעושים הם בחייהם, אם לא הגדולה בהן. הרוכש חייב על-כן בבוטחה יציבה להשקעתו הכספית. הדברים נכונים הן אם מדובר ברוכש דירה מבעל הקרקע ובין אם ברוכש דירה מהקבלן.

בעל הקרקע, המודע לעובדה שהקבלן מתחייב כלפי רוכשים שונים למכור להם דירה עוד לפני שהסתיימה הבניה (ולעיתים, כאמור אף לפני שהחלה) מעוניין להבטיח עצמו במובן זה, שאם מסיבה כלשהי תבטל העסקה בינו לקבלן לא יהא מנוע מלהתקשר עם קבלן אחר בעסקת קומבינציה חליפית או לממש את הנכס בדרך אחרת.

רישום הערת אזהרה הינו הבטחה הנפוצה ביותר כיום הניתנת לרוכש דירה מהקבלן בעסקת קומבינציה. בהמשך נעמוד על מהותה וחוזק ההגנה שמספקת ההערה, אך בכל מקרה ברור שכל שכוחה כבטוחה רב יותר, רוכשי הדירות מהקבלן, מחד, יהיו מעוניינים ברישומה על מקרקעי הבעלים, ואילו הבעלים, מאידך, יעדיף שמקרקעיו יהיו נקיים ככל האפשר מהערות אזהרה.

על התלות ההדדית בין שלושת הצדדים לעסקה עמד השופט אלוני ב"ה"פ (ת"א) 39/85¹, בעמ' 131: "ה"משולש" הנוצר בין האינטרסנטים השונים, הוא,

1. ה"פ (ת"א) 38/85 כהן נ' כדר, פ"מ תשמ"ה(ג) 129.

2. ת"א (ת"א) 2182/82 טורוקין נ' אחיעזר ואח', פ"מ תשמ"ג(ב) 299.

2. מודלים אפשריים לגבי היחס המשפטי בין בעלי הקרקע לבין רוכש הדירה מהקבלן

ומשבטלה הזכות המהותית שבהסכם, בטלה מאליה הזכות הנלווית של הקונה לרישום הערת אזהרה לפי יפוי-הכוח.³ ב. הערת אזהרה אינה יוצרת זכות בעלת תוכן קנייני (עמ' 364).

"לקונה לא קמה ולא יכלה לקום זכות קניינית, ובוודאי לא זכות עדיפה כלפי המשיבים מזו שמצויה בידי הקבלן כלפיהם, ומשבטלה זכותו של זה האחרון, בטלה מאליה גם זכותו של הראשון."

אך גישה זו, לפיה אין קשר משפטי בין בעל הקרקע לרוכש הדירה מהקבלן, טומנת בחובה סכנה מרובה לרוכש הדירה, ובעיקר אם הבטחה כנגד השקעתו היא הערת אזהרה שנרשמה על מקרקעי הבעלים. בכל פסקי-הדין שניתנו לאחר ע"א 3/78 הנ"ל בנושא הנדון, הכיר בית-המשפט בסכנה הנ"ל, ונפסק בהם, חד-משמעית, כי קיים קשר משפטי בין הרוכש לבעלים.

חשוב להדגיש, כי ע"א 3/78 הנ"ל, ייחודי בנסיבותיו: בכל פסקי-הדין שניתנו לאחריו בנושא הנדון בוטל חוזה הקומבינציה לאחר שכבר נרשמו הערות אזהרה לטובת רוכשי הדירות. מכאן שלא ברור עד כמה שינתה הפסיקה המאוחרת את שנקבע בע"א 3/78 הנ"ל.

על-אף שבשאלת עצם קיומו של קשר משפטי בין בעל הקרקע לרוכש הדירה מהקבלן קיימת היתה בפסיקה שלאחר ע"א 3/78 הנ"ל הסכמה כללית, הרי שגישות רבות ושונוות הובעו בפסיקה ובספרות המשפטית כאחד בנוגע לתוכן הקשר המשפטי הנ"ל, ובעיקר לגבי מקורו. להלן נעמוד על המודלים השונים שהוצעו:

הצדדים הפורמאליים לחוזה הקומבינציה הם בעל הקרקע והקבלן. הצדדים הפורמאליים לחוזה רכישת הדירה מהקבלן הם הקבלן ורוכש הדירה. לכאורה, אין קשר משפטי בין רוכשי הדירה מהקבלן לבין בעל הקרקע. ואכן, זו היתה מסקנת בית-המשפט, בע"א 3/78.³ באותו מקרה ביטלו בעלי הקרקע כדין את חוזה הקומבינציה עם הקבלן לפני שנרשמה הערת אזהרה לטובת רוכשי הדירה. לאחר הביטול רשם בא-כוח הקבלן הערת אזהרה לטובת רוכשי הדירה, בהסתמך על יפוי-כוח בלתי-חוזר שנתנו לו הבעלים לעשות כן. רוכשי הדירות תמכו טענתם שאין למחוק ההערה בשני נימוקים:

א. היות יפוי-הכוח בלתי-חוזר.

ב. היות הערת האזהרה, לטענתם, מבססת זכות קניינית. בית-המשפט קבע כי דין הערת האזהרה להימחק, ואלו נימוקיו, בעמ' 362:

א. "יפוי-הכוח הוא טפל לעסקה גופה, הוא בא כמכשיר בלבד לביצוע העסקה, ולשם הבטחת ביצוע ההסכם... הזכות המהותית בעניין שלפנינו היא ההסכם עליו באו המשיבים עם הקבלן, שלפיו זכאי לבנות על מגרשם של המשיבים את הבית ולמכור את הדירות אשר יבנה ואשר יעמדו לרשותו, והזכות הנלווית מצויה ביפוי-הכוח שנתנו המשיבים לעורך-דין מרקוביץ לרשום לטובת קוני הדירות האמורות הערת אזהרה למען הבטח את זכותם בדירה שקנו, ובכך משמש יפוי-הכוח כמכשיר להבטחת ביצוע ההסכם שבין המשיבים לבין הקבלן. הסכם זה בא לקיצו, כפי שכך קבע השופט המלומד בדין, משהופר על-ידי הקבלן ובוטל על-ידי המשיבים ביום 29.1.1976,

א. קשר משפטי ישיר בין בעל המקרקעין לבין רוכש הדירה ותוכנו של קשר זה

רוב, על יסוד התחייבותו והסכמתו של בעל הקרקע לרשום הערות אזהרה על רכישו לטובת רוכשי הדירות, שבלעדי התחייבות כזו כנראה לא היו מסכימים להתקשרות עם הקבלן, בעיקר כאשר ידוע ומוצהר, כי הקבלן עדיין אינו הבעלים של הקרקע. התחייבות קניינית אמנם אין כאן מצד בעל הקרקע כלפי רוכשי הדירות, אך התחייבות אישית יש ויש."

גישה זו אושרה בע"א 813/85⁵ על-ידי הנשיא שמגר, בעמ' 349:

"אף אני סבור, כי התחייבותו החוזית של בעל המקרקעין כלפי הקבלן לרשום הערת אזהרה לטובת רוכשי הדירות

תוכנו של קשר זה מתמצה בהסכמת בעל המקרקעין למכירת הדירות שייבנו על המקרקעין, ולכך שלא תרשמה עסקות הסותרות את זכותו של הקונה לקבל דירה מאת הקבלן.

זוהי ההלכה הפסוקה דהיום. מקורה בע"א 205/83,⁴ בפסק-דינו של השופט בייסקי, שקבע, בעמ' 106:

"מערכת ההתקשרויות שבין הקבלן לבין הרוכשים ממנו דירות היא אמנם נפרדת מהסכם הקומבינציה ואיננה מטילה חבויות ישירות על בעל הקרקע לבנות ולהשלים עבור הרוכשים את הדירות כפי שהקבלן התחייב. אך מערכת נפרדת זו של התקשרויות מתאפשרת וקמה, על-פי

3. ע"א 3/78 וינברנד נ' רוקמן, פ"ד לג(2) 359.

4. ע"א 205/83 חובני נ' דיקלה חברה לבניין והשקעות בע"מ, פ"ד מא(3) 96.

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

הקומבינציה בין הקבלן לבעל הקרקע נכרת ביום 28.6.82. דהיינו, העובדה שחווה הקומבינציה נכרת לאחר שנכרת חוזה רכישת הדירה לא הפריעה לבית-המשפט להחיל את ההלכה לפיה קם קשר משפטי ישיר בין בעל הקרקע לרוכשים מהקבלן.

יתר-על-כן, הודגש ב"ת"א (ת"א) 42/85 הנ"ל, בעמ' 106, כי:

"... (3) התנהגותם של הקונים ומידת הסתמכותם על רישומה של הערת האזהרה אינן המקור ליצירת התחייבותם של הבעלים. חשיבותן היא בתחום המניעות, והן עשויות לבוא במניין השיקולים כאשר בית-המשפט יתבקש להחליט, אם להתיר רישומה של עסקה הסותרת את הזכות שלהבטחתה נרשמה הערת האזהרה לטובת הקונים. אולם, אין להן ולא כלום עם יצירת התחייבותם של הבעלים, והן אינן תנאי ליצירת הקשר המשפטי הישיר בין הבעלים לבין הקונים."

לגבי תוכן חיובו של בעל הקרקע כלפי רוכש הדירה, אין ספק כי הבעלים לא נוטל על עצמו, לא במפורש ולא מכללא, את חיובו של הקבלן בחוזהו עם רוכש הדירה לבנות על המקרקעין, או חיובים אחרים הכלולים באותו חוזה או נובעים ממנו. כך קובע השופט בייסקי, ב"ע"א 205/83,⁹ וחזרה על כך השופטת נתניהו ב"ע"א 617/88.¹⁰

פרופ' רייכמן במאמרו¹¹, בעמ' 347, אומר כי "כל חובתו (של הבעלים - המחבר) היא אך להקנות את הזכות במקרקעין - יהיה מצב המקרקעין והמחזורים עליהם ככל שיהיה באותה עת". דברים אלה צוטטו ב"ת"א (ת"א) 42/85 בעמ' 113.

י' עמית במאמרו המקיף¹³, מבקר בעמ' 616-617 את עמדת פרופ' רייכמן:

"כפי שנראה להלן, הפירוש המוצע על-ידי פרופ' רייכמן חורג מביסוס זכותו של רוכש הדירה ומשמש לו כ"חנית" ולא כ-"צינה" בלבד. ראשית - על-פי המודל המוצע הנ"ל מדוע לא יוכל רוכש הדירה לאכוף על בעל הקרקע את העברת הקרקע על-פי מצבה הנוכחי, במצב בו הפר הקבלן את ההסכם עם בעל הקרקע עוד טרם השלמת הבניה? ואכן, המחבר גורס כי 'עקרונית זכאי היה הקונה לתבוע מבעל המקרקעין להעביר לו את הבעלות על הדירה אולם הדירה אינה קיימת ולפיכך לא ינתן צו אכיפה להעברה'. בכך סותר פרופ' רייכמן את הפירוש בו הוא דוגל שהרי

מקימה קשר משפטי ישיר בין בעל המקרקעין לבין רוכשי הדירות. בלי לקבוע מסמרות בשאלת הסיווג המשפטי של היחס האמור, נוכל לומר, כי תוכנו של אותו יחס מתמצה בהסכמתו של בעל המקרקעין למכירת הדירות שייבנו על המקרקעין, ובכך שלא תירשמה עסקאות, הסותרות את זכותו של הקונה לקבל דירה מאת הקבלן."

הדברים אומצו בהסכמה על-ידי השופט חלימה, ב"ע"א 784/86,⁶ וחזרו ונתאשרו ב"ע"א 570/87.⁷

הלכה פסוקה זו של בית-המשפט העליון יושמה בפסיקת בתי-המשפט המחוזיים. ב"ת"א (ת"א) 42/85⁸ הדגיש השופט בן-יאיר את עצמאות חיובו של בעל הקרקע, בעמ' 104:

"... (2) המסקנה היא, איפוא, שמרגע היווצרה, התחייבותו של בעל המקרקעין כלפי לקוחו של הקבלן היא התחייבות עצמאית, המנותקת ונפרדת מבסיס יצירתה וממערכת החיובים ההדדיים שנוצרו בין בעל המקרקעין לבין הקבלן מכוחו של הסכם הקומבינציה. למה הדבר דומה? - למידת עצמאותם של הערבות הבנקאית האוטונומית ושל האשראי הדוקומנטרי הבלתי-הידר ולמידת ניתוקם מעסקת היסוד, שלהבטחת קיומה הם ניתנו.

על-כן, גם אם במערכת החיובים שבין בעל המקרקעין לבין הקבלן היה מעשה הפרה מצידו של האחרון, וגם אם מעשה ההפרה מוכה את בעל המקרקעין בביטול הסכם הקומבינציה, אין בכך, ואין בביטול עצמו, לגרוע מתוקף התחייבותו של בעל המקרקעין כלפי לקוחו של הקבלן. כל עוד זכאי הלקוח לקיום חיוביו של הקבלן כלפיו, ובתוכם - החיוב להקנות לו את הזכות שנרכשה במקרקעין, התחייבותו של בעל המקרקעין, להבטיח את אי-סתירתו של החיוב האמור, תהא שרירה וקיימת. ביטוייה המשפטי של התחייבות זאת - הערת האזהרה - תקף, והוא פועל, כאמור, כלפי כולי עלמא, ובתוך כך - כלפי בעל המקרקעין עצמו. כיוון שכך, בעל המקרקעין אינו רשאי לעשות עסקה סותרת לעסקת המקרקעין, שלהבטחת ביצועה נרשמה הערת האזהרה. ממילא, הוא אינו רשאי לבקש את מחיקתה של הערת האזהרה, על-מנת לסלקה מדרכו, ברצותו לעשות עסקה סותרת כאמור."

חשובה מאוד לענייננו היא העובדה, שבעסקת קומבינציה שנדונה ב"ת"א (ת"א) 42/85 הנ"ל, נחתם חוזה רכישת הדירה בין הקבלן לבין הקונים ביום 23.3.82, ואילו חוזה

6. ע"א 784/86 חברת גוש 6378 חלקה 74 בע"מ נ' צבי את עזרא חברה לבניין ולהשקעות בע"מ ואח', פ"ד מג(4) 441, 447.

7. ע"א 570/87 בורנשטיין נ' זאב לב הר חברה לבניין והשקעות בע"מ (בפירוק) ואח', פ"ד מד(2) 793.

8. ת"א (ת"א) 42/85 קאשי נ' ארוואסטי, פ"מ תש"ן(ג) 95.

9. ע"א 205/83 חובני נ' דיקלה חברה לבניין והשקעות בע"מ, פ"ד מא(3) 96, 108.

10. ע"א 617/88 אחים כדורי חברה קבלנית בע"מ נ' ולנסי יהושע, פ"ד מה(1) 225.

11. פרופ' רייכמן, "הערת האזהרה - מהות, יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות", עיוני משפט י' 297.

12. ת"א (ת"א) 42/85 קאשי נ' ארוואסטי, פ"מ תש"ן(ג) 95.

13. י' עמית, "עסקת קומבינציה - מבט על זכותו של רוכש דירה", הפרקליט לח 598.

תחילה, בחן בית-המשפט את היחסים בין הקונים לבעלי הקרקע וקבע כי נוצר קשר משפטי ישיר בין הבעלים לקונים, קשר שבא לידי ביטוי הן בחוזה בו התחייבו לרשום הערות אוהרה לטובת רוכשי דירות מהקבלן והן בפינוי-כוח בלתי-חוזר שנועד להבטיח את רישום ההערות האמורות. בית-המשפט הוסיף כי במישור היחסים שבין הקונים לבעלים אין כל רלוונטיות לשאלת רישומה או אי-רישומה של הערת אוהרה, אלא די בהתחייבות לרישום ההערה, שכן רישומה של הערת אוהרה נועד להבטיח את זכותם של התובעים כלפי צדדים שלישיים. הרישום איננו יוצר את הקשר המשפטי הישיר בין הקונים לבעלים אלא רק מביאו לידי ביטוי. "הקשר המשפטי נוצר, כאמור, בהתחייבות הבעלים כלפי הקבלן לאפשר לו למכור דירות ולרשום הערות אוהרה לזכות רוכשי הדירות".

בשלב מסוים החוזה בין הבעלים לקבלן בוטל כדין. לפיכך, בחן בית-המשפט את השפעת הביטול על מערכת היחסים שבין הקונים (התובעים) לבעלים (הנתבעים) 1 (21).

"אין ספק כי לו היתה נרשמת הערת אוהרה לזכות התובעים ב-24.9.81, הנתבעים 1 ו-2 לא היו זכאים לדרוש את מחיקתה רק משום שהחוזה ופיווי-הכוח עם הנתבעים 3 בוטלו. כך נקבע בשורה ארוכה של פסקי-דין שהראשון שבהם הוא ע"א 205/83 חובני נ' דקלה הנ"ל, וזאת לאור הקשר הישיר שנוצר בין בעלי מקרקעין לרוכשי הדירות, קשר שלא מתבטל עם ביטול הקשר שבין הבעלים והקבלן.

אמנם ב-ע"א 3/78 וינברנד נ' רוקמן, פ"ד לג(2) 359, עליו הסתמכו הנתבעים 1 ו-2 בסיכומיהם, הורה בית-המשפט למחוק הערת אוהרה שנרשמה לזכות רוכש דירה, אך לא זו בלבד שבכל פסקי-הדין שבאו אחריו נקבעה תוצאה אחרת, אלא שהעובדות בפסקי-דין וינברנד היו שונות: שם הערת האוהרה לטובת רוכש הדירה נרשמה לאחר שהחוזה ופיווי-הכוח עם הקבלן בוטלו כדין. במקרה שלפני, כפי שנאמר לעיל, הערת האוהרה, לו היתה נרשמת, היתה נרשמת 4 ימים לפני שהחוזה ופיווי-הכוח התבטלו.

על כל פנים, במקרה דנן לא נרשמה הערת אוהרה לטובת התובעים, אך כפי שכבר פרטתי לעיל, אין לכך כל חשיבות במישור היחסים שבין התובעים והנתבעים 1 ו-2. הקשר המשפטי הישיר שנוצר בין שני צדדים אלה, עוד ביום 28.11.80, יום החתימה על החוזה שבין התובעים לנתבע 3 בוטל כדין...

נותר לנו לבדוק מה טיבו של קשר זה, כלומר: מה חייבים הנתבעים 1 ו-2 לתובעים.

בא-כוח התובעים טוען בסיכומו כי מהות הקשר המשפטי שבין בעל מקרקעין לרוכש דירה מהקבלן, הזכאי שתרשם

לשיטתו התחייבות בעל הקרקע היא להעביר את הקרקע היא מצבה אשר יהא. שנית - גם אם נשלול את תרופת האכיפה, הרי לשיטתו בעל הקרקע יהא חייב, בכל מקרה, לפצות את רוכשי הדירות אם בוטל ההסכם בינו לבין הקבלן. "הפרה" מוגדרת בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 כ'מעשה או מחלל בניגוד לחוזה, משמע - אין צורך באשמה מצד בעל הקרקע על-מנת שיראו אותו כמפר התחייבותו להעביר את הקרקע יהא מצבה אשר יהא. כמפר, חייב בעל הקרקע בתשלום פיצויים ומכאן שתמיד תעמוד לרוכש הדירה האופציה לתבוע פיצויים מבעל הקרקע.

נראה לנו כי תוצאה זו מרחיקת לכת אפילו לדידם של אלו המבקשים להגן על רוכשי הדירות. כך, נפסק על-ידי השופט אלוני ב-ה"פ 568/85 שאין רוכשי הדירות יכולים לכוף על בעל הקרקע להשתתף במימון השלמת הבניה. בפסק-דינו אומר השופט כי יש להגדיר ולגדר את מעמדו של הרוכש באופן שימש כמגן בפני כוונת נישולו על-ידי בעל הקרקע אך לא שיהפוך לחנית לתקיפת בעל הקרקע. דומה כי הפירוש המרחיב מוצע על-ידי פרופ' רייכמן מרחיק לכת מעבר לגדרש על-מנת להגן על זכותו של רוכש הדירה ומחטיא את כוונת הצדדים כפי שמצאה ביטויה בהסכם הקומבינציה.

...יש לצמצם את התחייבות בעל הקרקע ולראותו כמי שהתחייב להעביר את הדירה על-שם רוכש הדירה אם וכאשר תושלם בנייתה. כך, אנו מונעים מחד גיסא את מחיקת הערת האוהרה לטובת רוכשי הדירות ואף אוכפים על בעל הקרקע לאפשר רישום זכותם, ומאידך גיסא - איננו רואים את בעל הקרקע כמפר בגין הפרת החוזה של הקבלן כלפיו.

מה דינם של רוכשי דירה בעסקת קומבינציה שנכשלה, כאשר לא נרשמה לטובתם הערת אוהרה, מקום שלכאורה היתה צריכה להירשם, ובינתיים הקבלן פשט רגל, הבעלים התקשר עם קבלן אחר, בעסקת קומבינציה אחרת, ובמסגרתה נמכרה הדירה לצדדים שלישיים ואף נרשמה על-שמם? זאת השאלה שעמדה במרכז ת"א (ת"א) 2714/85¹⁴. לגבי התביעה של הקונים נגד הקבלן ומנהלו (שערב אישית להתחייבויות הקבלן) נקבע כי קיימת יריבות ישירה בין הצדדים. לא היה גם ספק כי הקבלן הפר את החוזה, שהרי הקונים שילמו את רוב בתמורה עבור הדירה והקבלן לא קיים את חלקו בחוזה ולא העביר לקונים את הדירה שרכשו. עם זאת, לא היו הקונים זכאים לכל סעד נגד הקבלן שפירוקו נסתיים, מלבד דיבידנד הפירוק שאותו קיבלו. כנגד המנהל - הסעד שנותר להם הוא סעד כספי. נותר לבית-המשפט להכריע בשני מישורים: האחד, הבעלים של הקרקע והאחר - רוכשי הדירות והקבלן החדש.

14. ת"א (ת"א) 2714/85 שלומית שפירא ואח' נ' חנה קרלין ואח', תק"מ 95 (1) 1152.

התחייבו למכור לתובעים. במילים אחרות: נעשו עסקאות נוגדות בדירה. הראשונה - לתובעים, השנייה - לנתבעים 6 ו-7.

סעיף 9 לחוק המקרקעין קובע כי בסיטואציה מעין זו גוברים בעלי ההתחייבות הראשונה, אלא אם בעל ההתחייבות השנייה רכשו את הדירה בתום-לב ובתמורה, והעסקה לטובתם נרשמה בעודם תמי-לב. מחומר הראיות שהובא בפני השתכנעתי כי הוראת סעיף 9 סיפא לא מסייעת לנתבעים 6 ו-7 שכן גם אם אניה שהם פעלו בתום-לב, בעת החתימה על החוזה ת/57, ושילמו תמורה מלאה בגין הדירה, הרי שכשהעסקה נרשמה לטובתם בשנת 91 (כעולה מנסח הרישום ת/59), הם כבר צורפו לתביעה זו וידעו על כך שהתובעים טוענים כי הם בעלי הזכויות בדירה. לכן לא ניתן לומר שהרישום נעשה לטובתם בעודם תמי-לב (כך גם הודע להם במפורש בדיון ב-המ' 198/87 בתיק זה). גם העובדה שהערת האזהרה שנרשמה לזכותם ב-30.1.86 (ראה ת/58) נרשמה בעודם תמי-לב לא מסייעת להם שכן הרישום עליו מדבר סעיף 9 הנ"ל הוא רישום העסקה עצמה (בעלות במקרה זה) ולא רישום הערת אזהרה...

בא-כוח הנתבעים 6 ו-7 ניסה גם לתלות את יתנו בסעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, הקובע כי בית-המשפט לא יתן לנפגע מהפרת חוזה סעד של אכיפה אם 'אכיפת החוזה היא בלתי-צודקת בנסיבות העניין'.

לטענת בא-כוח הנתבעים, סעיף 9 לחוק המקרקעין אינו אלא בבחינת הנחיה כללית ואינו שולל התחשבות בשיקולי צדק של הקונה השני.

דומה כי בא-כוח הנתבעים 6 ו-7 התעלם מההלכה שנפסקה ב-ד"נ 21/80 ורטהימר ואח' נ' הררי ואח', פ"ד לה(3) 253, שם נקבע בעמ' 265-266 כי מסעיף 9 לחוק המקרקעין מתבקשת המסקנה כי הקונה הראשון זכאי לאכיפת זכותו כלפי המוכר, חרף שיקולי הצדק העשויים לתמוך בזכותו של הקונה השני.

יחד עם זאת, סעיף 3(4) לחוק החוזים תרופות חל גם על החוזה שבין הקונה הראשון לבין המוכר ועדיין יש מקום לבדוק אם מוצדק הוא בנסיבות העניין לאכוף את החוזה שביניהם (ראה ד"נ 21/80 הנ"ל בעמ' 267 וכן ע"א 839/90 רז חברה לבניין בע"מ נ' אירנשטיין ואח', פ"ד מה(5) 739, 746 ד-ה).

לכן, בנסיבות מקרה זה היה מקום לבדוק אם אכיפת החוזה שבין התובעים לנתבעים 1 ו-2 היא צודקת בנסיבות העניין, בהתחשב בשרשרת התביעות שהדבר יגרום ובפיצויים שהנתבעים 1 ו-2 יאלצו לשלם לנתבעים 5, 6 ו-7 בעקבות האכיפה.

בא-כוח התובעים היה מודע לבעיה זו בסיכומיו ובסעיף 7.14 הוא כותב:

'כדי לחסוך את התסבוכת הנ"ל, מן הדין ומן הצדק לחייב את הקבלן בביצוע בקירוב של החוזה. שיתנו הם דירה לתובעים, או שווה ערך לדירה, ובכך תיחסך שרשרת התביעות הצפויה כתוצאה מכך ששלייפר יחייבו למסור

לזכותו הערת אזהרה, הוא כי בעל המקרקעין בא בנעליו של הקבלן, ועליו להעביר לרוכש את הדירה אותה רכש, או לפחות לבצע בקירוב את התחייבותו, קרי, להעביר לו דירה דומה; ואם גם זה לא אפשרי - לפצותו במחיר דירה דומה...

דומני שאין מקום לספק כי משבוטל הסכם הקומבינציה, בעל המקרקעין לא נכנס בנעליו של הקבלן במובן זה שהוא חייב למלא אחר חיוביו של הקבלן כלפי רוכש הדירות: להשלים את הבניה ולמסור להם את הדירות שרכשו...

במקרה דנן הדבר עוגן במפורש בהסכם הקומבינציה (ת/15), בסעיף 10(ד) הקובע:

'הקונה (הנתבעת 2 - י"ב) יהיה אחראי כלפי המוכרים (נתבעים 1 ו-2 - י"ב) בכל הנוגע לכל הדירות בבניין שאינן דירות התמורה. ויהיה אחראי בלעדית כנ"ל בכל הנוגע ו/או בכל הקשור למילוי התחייבויותיו כלפי הרוכשים של אותן יחידות, וכל האחריות לגבי זאת לא תהא על המוכרים...'

לפיכך אין לקבל את הטענה כי הנתבעים 1 ו-2 באו בנעליה של נתבעת 3 במובן זה שהיתה מוטלת עליהם החובה להשלים את הבניה ולהעביר לידי התובעים את הדירה שרכשו.

לאור הפסיקה שצוטטה לעיל סבורני כי הקשר המשפטי שבין בעל המקרקעין ורוכש דירה מהקבלן, הוא בעל אופי שלילי - שלא להתקשר בעסקה הסותרת את התחייבות הקבלן כלפי רוכש הדירה. קשר זה מקבל אופי חיובי רק כאשר הבניה מושלמת. או אז מחוייב בעל המקרקעין להעביר את הדירה שהושלמה לרוכש, בכפוף לחובתו של הרוכש לשלם את יתרת התמורה בגינה (שטרם שילם) ואת חלקו היחסי בהוצאות שנגרמו עקב החלפת הקבלנים. כמובן שזכותו החוזית של רוכש הדירה לדרוש אכיפה יכולה להידחות מפני זכותם של צדדים שלישיים שרכשו את הדירה בתמורה ובתום-לב, והדירה נרשמה על-שםם בעודם תמי-לב, זאת כאמור בסעיף 9 סיפא לחוק המקרקעין. מובן הוא שמצב מעין זה הוא בלתי-אפשרי מקום שלזכותו של רוכש הדירה נרשמה הערת אזהרה, שכן רישום זה מונע רישומה של כל עסקה סותרת, ויש בו בוודאי כדי לשלול את תום-ליבו של הצד השלישי.

במקרה דנן לא נרשמה בפועל הערת אזהרה לזכות התובעים. הנתבעים 1 ו-2 התקשרו בהסכם קומבינציה חדש עם הנתבעת 5 (ת/56) וזו השלימה את הבניה במגרש. אלא שהדירה שיועדה לתובעים לא נמסרה להם אלא נמכרה על-ידי הנתבעת 5 לנתבעים 6 ו-7 (ת/57).

מכאן כי הנתבעים 1 ו-2 הפרו את התחייבותם כלפי התובעים שעה שאפשרו עשיית עסקה נוגדת בדירה שיועדה לתובעים."

באשר למישור היחסים בין הקונים לצדדים שלישיים (הרוכשים האחרים של הדירה (שלייפר) והקבלן שסיים את הבניה) עתירת התובעים היא אכיפה.

"הדירה אותה רכשו הזוג שלייפר היא אותה דירה שהנתבעת 3 וכפי שניתחת לעיל גם הנתבעים 1 ו-2 -

מקרקעין בתום-לב ובתמורה, בהסתמכו על הרישום, כפוף לעסקה סותרת קודמת כל עוד העסקה שהוא עצמו ביצע לא נרשמה בעודו תם-לב. לכן גם אם הנתבעת 5 פעלה בתום-לב ובתמורה, הרי שהבעלות במקרקעין מעולם לא נרשמה על-שמה (להבדיל מהערת אזהרה) ולכן זכותה במקרקעין היתה כפופה לזכותם של התובעים.

זאת ועוד: מחומר הראיות שהובא בפני, ועדותו של מנהל הנתבעת 5 (ע"ה/4) השתכנעתי כי הנתבעת 5 ידעה על תביעתם של התובעים ולפיכך לא פעלה בתום-לב...

לפיכך, הזכויות במגרש, אותן רכשה הנתבעת 5 בחוזה ת/58, היו כפופות לזכות התובעים במגרש. ביצוע בקירוב

עתירתם החלופית של התובעים היא לביצוע בקירוב של התחייבות הנתבעים 1 ו-2 כלפיהם. במובן זה שתימסר לבעלותם וחוקתם אחת מ-2 הדירות שהם קיבלו לאחר שהנתבעת 5 השלימה את הבניה במגרש...

השאלה אם הסעד של ביצוע בקירוב חל במשפטנו לאחר חקיקת חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) טרם הוכרעה בפסיקה. סעיף 24 לחוק זה קובע כי בעניינים שבהם דן החוק לא יחול סימן 46 לדבר המלך במועצה, והלא זהו המקור שדרכו נקלט סעד הביצוע בקירוב למשפטנו.

במספר פסקי-דין נקבע אמנם, אגב אורחא, כי מן הראוי להמשיך ולתת סעד מעין זה מטעמים שונים אך העניין טרם הוכרע.

(ראה ע"א 256/89 פרץ נ' כובס, פ"ד מו(3) 557, 569 והאסמכתאות שם).

לא ראיתי לנכון להכריע בשאלה זו במקרה שלפני מאחר והתובעים לא הוכיחו כי מן הראוי לתת להם סעד בעניין זה. לא הובאו בפני כל ראיות בדבר מידת הקרבה שבין אכיפת החוזה המקורי שנערך בין התובעים לנתבעת 3 בדבר הדירה שיועדה להם בעסקה הקומבינציה המקורית, לבין מסירת אחת מדירות הנתבעים 1 ו-2 שנבנו על-ידי נתבעת 5 בעסקת הקומבינציה השניה. לא מצאתי בחומר הראיות גם כל מידע המאפשר לי להעריך מה הבדלי השווי בין 2 הדירות, ומהם התשלומים אם בכלל, שהתובעים יצטרכו לשאת בהם כדי לאזן בין שווי 2 הדירות.

לפיכך נראה לי כי בנסיבות המקרה שלפני אין לתת לתובעים סעד של ביצוע בקירוב. פיצויים

הסעד היחיד שנותר לרשות התובעים הוא פיצוי כספי. בסופו של דבר נקבע כי הנתבעים - הבעלים, מנהל הקבלן המקורי והקבלן המחליף - חייבים, יחד ולחוד, לפצות את הקונים-התובעים בשיעור שווי הדירה נשוא התביעה בהפחתת הסכומים שפורטו בפסק-הדין.

את דירתם לתובעים.

מבלי לנקוט עמדה, בשלב זה, בשאלת הביצוע בקירוב של החוזה, ובלי שהכרעתי בשאלת שיקול הצדק באכיפת ההתחייבות שבין התובעים והנתבעים 1 ו-2, מקובלת עלי דעתו של בא-כוח התובעים המלומד כי אין לחייב את הנתבעים 6 ו-7 למסור את דירתם לתובעים. דומה כי גם בא-כוח התובעים היה מודע לתוצאות הקשות שיגרמו לנתבעים 6 ו-7 באם יאלצו לפנות את הדירה שרכשו במיטב כספם, והתגוררו בה כ-9 השנים האחרונות, לעומת התובעים שיכולים לקבל סעד חלופי.

משקבעתי שאין לאכוף על הנתבעים 6 ו-7 למסור את הדירה לתובעים, הרי שגם הסעדים החלופיים אינם רלוונטים לגביהם שכן אין בינם לבין התובעים כל קשר חוץ שבאמצעותו ניתן לחייבם בביצוע בקירוב או בפיצויים.

לפיכך התביעה כנגד הנתבעים 6 ו-7 נדחת. הנתבעת 5-19.

הנתבעת 5 התקשרה בחוזה קומבינציה עם הנתבעים 1 ו-2 ביום 3.4.85 (ת/56) ובו התחייבה להמשיך את הבניה במגרש ולמסור לידי הנתבעים 1 ו-2 שתי דירות, ואילו את יתר הדירות למכור לכל דורש. את הדירה שיועדה לתובעים מכרה הנתבעת 5 לנתבעים 6 ו-7, כאמור, בחוזה ת/57.

ברור הוא שסעד האכיפה או סעד הביצוע בקירוב אינם ישימים לגבי הנתבעת 5 שכן הדירה והבניין שנבנו על המגרש כבר אינם בשליטתה ו/או בבעלותה. הנתבעת 5 קיבלה את תמורת הדירה, כאמור, מהנתבעים 6 ו-7 והסעד היחיד שיכול לעמוד כנגדה לרשות התובעים יכול שיהיה סעד כספי, של פיצויים, מכוח זכות העקיבה אחר תמורת הדירה שרכשו, וגם זאת רק במידה והתובעים לא יהיו זכאים לסעד של ביצוע בקירוב מצד הנתבעים 1 ו-2. עוד אעיר כי במידה והנתבעת 5 תחוייב בפיצויים, הרי שעל-פי סעיף 2.5 לחוזה ת/56, היא תהא זכאית לשיפוי מהנתבעים 1 ו-2 (אך זאת במישור היחסים שבין נתבעים 1, 2 ו-5 בלבד).

האם הנתבעת 5 פעלה בתום-לב?

בא-כוח הנתבעת 5 מסתמך בסיכומיו על סעיף 5 לחוק המקרקעין הקובע כי 'מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום-לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון'.

לטענתו בנסח הרישום בלשכת רישום המקרקעין עליו הסתמך לא היתה כל הגבלה לבצע עסקה במקרקעין ומהמידע שקיבל בא-כוח הנתבעים דאו, עורך-דין שילה, לא ידע כלל על זכותם של התובעים, אם היתה כזו.

מקובלת עלי טענת בא-כוח התובעים בסיכומיו כי הוראת סעיף 10 כפופה לסעיף 9 במובן זה שגם אדם שרכש

ב. חוזה לטובת צד שלישי

(הקומבינציה) לטובת צד ג' (רוכש הדירה), אינו רצוי לאור סעיף 37 בחוק החוזים, לפיו - "כל טענה שיש לחייב (בענייננו - בעל המקרקעין - המחבר) כלפי הנושה (אצלנו - הקבלן - המחבר) בקשר לחיוב תעמוד לו גם כלפי המוטב".

"עמית במאמרו הנ"ל¹⁷ הציע פתרון לקושי זה: "בעצם רישום הערת אזהרה בלתי-מסוייגת ומתן יפוי-כוח בלתי-מסוייג, רואים את הצדדים להסכם הקומבינציה כמי שהיתנו ביניהם על אי-תחולת סעיף 37 לחוק החוזים." יתרון מודל זה, כפי שמציין המחבר, בכך ש"הן המוטב (רוכש הדירה) והן הנושה (הקבלן) עומדים בעת ובעונה אחת כלפי החייב (בעל הקרקע)".

שימוש במודל של חוזה לטובת צד שלישי נעשה גם ביה"פ (ת"א) 18/85. שם הסיק בית-המשפט כי חוזה הקומבינציה והמסמכים שנלוו אליו (מכתב לרשם המקרקעין ומסמך שכותרתו "התחייבות לרישום משכנתה", שנחתמו על-ידי בעלי הקרקע) לימדו על כוונה להקנות לרוכש הדירה מעמד של מוטבים, הזכאים לדרוש מבעל הקרקע לרשום את הדירה על-שםם.

לפי גישה זו, התחייבות בעל המקרקעין בחוזה הקומבינציה, לרשום או לאפשר רישום הערות אזהרה לזכות רוכשי הדירות הופכת את חוזה הקומבינציה לחוזה לטובת צד ג' ואת רוכשי הדירות למוטבים מכוח החוזה. זו היתה גישת השופט לנדוי ב"ע"א 68/76¹⁵. שם כלל החוזה בין הקבלן (ממן) לבעלי המקרקעין (מילוא) התחייבות מצד מילוא:

"לרשום הערות אזהרה לזכות רוכשי דירות ועסקים בבית החדש לפי דרישת ממן ו/או הרוכש או להסמיך את מיופה-הכוח לכך עם חתימת הסכמי רכישה עם הרוכשים." השופט לנדוי פסק, בעמ' 530:

"סעיף זה מקנה את הזכות לדרוש את רישום ההערה לא רק לממן, אלא גם לרוכש הדירה במישרין. בזה יוצר ההסכם בין מילוא וממן זכות תביעה לטובת צד שלישי, שאינו צד להסכם, מן הסוג שעליו חלים עכשיו הסעיפים 34 עד 38 של חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973".

באותו פסק-דין היתה עמדת השופט ח' כהן כי דיני החוזים לטובת צד שלישי אינם רלוואנטיים כלל ועיקר. ב"ת"א 2182/82¹⁶ עמדה הנשיא התורן אבנור על כך שלכאורה מודל זה, לפיו הרוכש הוא מוטב מכוח חוזה

ג. המחאת זכויות

הקובע: "לחייב יעמדו כלפי הנמחה כל הטענות שעמדו לו כלפי הממחה בעת שנודע לו על ההמחאה." י' עמית במאמרו¹⁹ מציע להתגבר על הפגיעה שטומן סעיף 2(א) לזכויות רוכש הדירה על-ידי כך שנראה את בעל הקרקע והקבלן כמי שהתנו ביניהם מכללא כי סעיף 2(א) לא יחול. על האפשרות לראות בהתחייבות הקבלן כלפי רוכשי הדירות המחאת זכויות עמד אף הנשיא שמגר ב"ע"א 813/85²⁰.

"לשם הבטחת זכויותיהם של רוכשי הדירות מתחייב, בדרך-כלל, בעל המקרקעין, בהסכם הקומבינציה שהוא עורך עם הקבלן, לרשום הערת אזהרה לטובת רוכשי הדירות, בין במישרין ובין במסירת יפוי-כוח לכך לקבלן

ניתן לבסס את זכותו של הרוכש כלפי בעל הקרקע על התחייבות הקבלן כלפי הרוכש, על-ידי כך שנראה את התחייבות הקבלן כלפי הרוכש כהמחאת זכותו העתידית של הקבלן כלפי הבעלים (לקבל לבעלותו את החלק שרכש במגרש) לרוכש.

על מודל זה, בין היתר, ביססה הנשיא התורן אבנור את פסיקתה ב"ת"א 2182/82¹⁶ הנ"ל. השופטת עומדת שם על הצורך לבחון באם מדובר בחוזה רכישה הדירה בהמחאת זכות או בהתחייבות להעברת הזכות, לכשתגיע לידי הקבלן.

המחאה זו, לפי סעיף 1(א) לחוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969, אינה כפופה להסכמת החייב (וזולת אם נשללה או הוגבלה עבירותה לפי דין, לפי מהות הזכות או ההסכם). הקושי במודל זה טומן בסעיף 2(א) בחוק המחאת חיובים,

15. ע"א 68/76 אטיאס נ' הממונה על המרשם לפי חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, פ"ד (3) 527.

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

17. י' עמית, "עסקת קומבינציה - מבט על זכותו של רוכש דירה", הפרקליט לח 598, 611.

18. ה"פ (ת"א) 38/85 כהן נ' כדר, פ"מ תשמ"ה(ג) 129.

19. י' עמית, "עסקת קומבינציה - מבט על זכותו של רוכש דירה", הפרקליט לח 598.

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

מבקש להמחות לרוכשי הדירות, אשר יקבלו בסופו של דבר את הקניין בדירות, לאחר שזה יועבר מבעל המקרקעין לקבלן (או בהעברה ישירה מבעל המקרקעין לרוכשי הדירות).

או לבא-כוח אחר. התחייבותו של בעל המקרקעין מיועדת להגן על זכויותיהם של רוכשי הדירות בתקופת הביניים שבה נשאר הקניין בידי. לקבלן יש אך זכות חוזית לקבל את הקניין בקרקע בעתיד (בין אם זכות חוזית זו מוגנת כשלעצמה בהערת אזהרה ובין אם לאו), ואת זכותו זו הוא

ד. השתק, מניעות ותום-לב

אלא כל אשר בינתיים נבנה עליה וכפי שהיא הושבחה בכספי הרוכשים עד למועד ההפרה על-ידי הקבלן. דרישה לבטל את הערות האזהרה בנסיבות כאלה אין עמה מן תום-הלב. השארת הערות האזהרה גורמת אמנם תקלה ואי-נוחות לבעלים, אך להלכה אין הוא מנוע לעשות דיספוזיציה בקרקע בכפיפות להערות האזהרה ובכפוף למתחייב על-פי סעיף 9 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

ד. זאת ועוד: לאחר שעסקת הקומבינציה הופרה על-ידי הקבלן, השקיעו הרוכשים מכספם ובאמצעיהם הנוספים השלימו בניית דירותיהם, נטלו בהן חזקה ומאז הם גרים בהן. הבעלים לא רק שלא נקטו צעדים למנוע בעד הרוכשים לעשות כל אלה, אלא אף לא הזהירו אותם, כי הם עלולים לשים כספים נוספים על קרן הצבי. רק לאחר שבניית הדירות הושלמה על-ידי הרוכשים, נגד עיניהם של הבעלים, והחזקה בהן נתפסה, נפתח ההליך המשפטי, הכולל עתירה בדבר ביטול הערות האזהרה. בהתנהגותם זו גרמו הבעלים למשיכים להניח לא רק שאין להם התנגדות להשלמת הדירות אלא שאין בכוונתם להתכחש להערות האזהרה. בכך שינו הרוכשים את מצבם לרעה.

גם משום כך מנועים הבעלים מלהתכחש להתנגותם...
ב-ע"א 784/86²³ היו העובדות דומות. א. הרוכשים ידעו מראש על התחייבותו של הבעלים לרשום לזכותם הערת אזהרה. ב. לאחר שעסקת הקומבינציה הופרה על-ידי המשיבה-הקבלן, השקיעו הרוכשים ממיטב כספם להשלמת הבניה, כאשר חלק מהם גם תפסו חזקה בדירות שקנו, וכל זאת נעשה לעיני המערערת-בעל הקרקע, בלי שהאחרונה מחתה ובלי שמנעה מהם להמשיך בפעולותיהם) והשופט חלימה אימץ, בעמ' 447, את גישתו של השופט בייסקי, שהובעה בדברים שלעיל.

ב-ע"א 205/83²¹ ביסס השופט בייסקי את פסיקתו כי הבעלים אינם זכאים למחוק את הערת האזהרה שלטובת רוכשי הדירה, בין היתר, על דוקטרינת ההשתק והמניעות ועל דוקטרינת תום-הלב.

"...ב. כבר אמרנו לעיל, כי במהותה של עסקת קומבינציה טמונה הידיעה של בעל הקרקע, כי הקבלן ימכור דירות לרוכשים, ומתוך האינטרס המשותף לממש ולהשלים את העסקה לטובת השניים מסכים הבעלים להתחייב לרשום הערות אזהרה לכל מי שירכוש דירה מהקבלן. חיוב זה נובע מהסכם הקומבינציה הגם שניתן למי שאינו צד לאותו הסכם, בבחינת ערבות לחיובו של אחר. גם זאת כבר אמרנו, שאין לפרש חיוב זה כבא להבטיח קיום כל התחייבויות הקבלן כלפי רוכשי הדירות, והוא מצומצם אך להבטחת הצד השלישי שהוא ביסודה של הערת האזהרה, היינו - כי לא תירשם עסקה הסותרת אותה. חיוב כזה, שעל פיו פעלו הרוכשים, אין לבטל גם מטעמי מניעות."

השופט בייסקי הסתמך על פסיקת הנשיא שמגר ב-ע"א 118/83²², לפיה דברים הנאמרים בחוזה שנכרת בין ראובן לבין שמעון יכולים ליצור מניעות ביחסים בין ראובן לבין לוי, וכי די לעניין זה, שהדברים "נאמרו או נכתבו על-ידי ראובן בנסיבות כאלה, שהם עשויים להגיע לאוזניו או לעיניו של לוי, אשר יפעל על יסודם".

השופט בייסקי ממשיך ב-ע"א 205/83 הנ"ל וקובע:
"...ג. בענייננו קיים אף מעבר לכך! לא על-פי שמועה בלבד פעלו הרוכשים; הם ידעו על התחייבותו של הבעלים לרשום לזכותם הערות אזהרה, כחיוב הנובע מעסקת הקומבינציה, ולגביהם קויים חיוב זה הלכה למעשה. לא מן הדין ולא מן הצדק הוא לבטל חיוב זה מניה וביה, כאשר כתוצאה מכך תהא בידי הבעלים לא רק חלקת הקרקע,

21. ע"א 205/83 חובני נ' דיקלה חברה לבניין והשקעות בע"מ, פ"ד מא(3) 96.

22. ע"א 118/83 עמר נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לט(1) 693.

23. ע"א 784/86 חברת גוש 6378 חלקה 74 בע"מ נ' צבי את עזרא חברה לבניין ולהשקעות בע"מ ואח', פ"ד מג(4) 441.

ה. רוכש הדירה כבעל זכות קניין

שביישר, שבוטלה בחוק המקרקעין. את זכות הרוכש מבקשת השופטת לסמוך, בין היתר, על סעיפים 9 ו-10 לחוק המקרקעין. החלת סעיפים 9 ו-10 בסיטואציה הנדונה מעוררת קשיים מרובים, והקורא מופנה למאמרו הנ"ל של "עמית המפרט אותם.

על-פי גישה זו, הערת האזהרה הנרשמת לטובת רוכש הדירה מקנה לו זכות קניינית. זו עמדת השופטת אבנור, אותה הביעה ב"ת"א 2182/82²⁴. גישה זו נדחתה על-ידי בית-המשפט העליון. השופטת אבנור רואה בהערת האזהרה זכות במקרקעין המחליפה כיום את זכות הקניין

ו. רוכש הדירה כבעל זכות מכוח יפוי-הכוח הבלתי-חוזר שנתן בעל הקרקע לקבלן

מודל זה נדון בפסיקה מספר פעמים, ושתי גישות שונות הובעו לעניין מהות הזכות שמקים יפוי-הכוח לרוכש:

1. יפוי-הכוח כתחליף לבעלות

לגישת השופטת אבנור ב"ע"א 748/80²⁵, יפוי-הכוח יכול להוות תחליף מלא לבעלות. פרופ' ויסמן מתנגד לגישה זו וביקר אותה במאמרו²⁶.

2. יפוי-הכוח כיוצר שליחות להבטחת זכותו של אחר

חוזה הקומבינציה, התבטלה זכותו המהותית של הקבלן לבנות על מגרשו של בעל הקרקע, ועימה התבטלה גם הזכות הנלווית של הקונה לרישום הערת אזהרה לפי יפוי-הכוח. זו היתה גישת בית-המשפט ב"ע"א 3/78 הנ"ל. "עמית, במאמרו הנ"ל, מציע להתגבר על קושי זה על-ידי החלת הגישה לפיה אין תוקף להוראה הגורעת מהדירותה של ההרשאה אם זו לא הובאה לידיעת בעל הזכות. בעל הקרקע לא יחזיק למחוק את הערת האזהרה שנרשמה לזכות רוכש הדירה אם לא הסב את תשומת-לב רוכש הדירה לכך שזכותו כרוכש כפופה לקיום התחייבויות הקבלן כלפי בעל הקרקע. לגישת השופט בייסקי ב"ע"א 205/83, חובני נגד דיקלה חברה לבניין, פ"ד (מא) 3/96, חייבת התניה בדבר אפשרות מחיקת הערת האזהרה להיות מפורשת הן בהסכם הקומבינציה והן ביפוי-הכוח. ב"ע"א 1235/90²⁸ נדון המקרה הבא.

לפי גישה זו חל סעיף 14 לחוק השליחות, הקובע:

"14. סיום השליחות

א. השליחות מסתיימת בכיטולה על-ידי השולח או השלוח וכן במותו של אחד מהם, בגריעת כשרותו או בפשיטת רגלו או - אם היה תאגיד בפירוקו.

ב. הוראות סעיף זה לא יחולו אם ניתנה ההרשאה להבטחת זכותו של אדם אחר או של השלוח עצמו וזכותם תלויה בביצוע נשוא השליחות."

תחולת סעיף 14(ב) תלויה באפשרות לראות ברוכש הדירה "אדם אחר" כאמור בסעיף הנ"ל. אפשרות זו הושארה בצריך עיון ב"ע"א 3/78²⁷.

הקושי בגישה זו, אפילו נאמר שהרוכש יכול שיהיה "אדם אחר" כאמור, הוא שההלכה הפסוקה היא כי יפוי-הכוח הוא טפל לעסקה גופה, הוא בא כמכשיר בלבד לביצוע העסקה, ולשם הבטחת ביצוע ההסכם, ומכאן, לכאורה, שמשבתבטל

24. ת"א (ת"א) 2182/82 סורוקין נ' אחיעזר, פ"מ תשמ"ג(ב) 299.

25. ע"א 748/80 גולדשטיין נ' גוב ארי, פ"ד לח(1) 309.

26. פרופ' ויסמן, "יפוי-כוח כתחליף לבעלות", משפטים יד 572.

27. ע"א 3/78 וינברנד נ' רוקמן, פ"ד לג(2) 359, 362.

28. ע"א 1235/90 הרבסט נ' חברת אריאן בע"מ (לא פורסם).

יפוי-כוח בהסכמה גם למשכון הקרקע. מעבר לכך על-פי חומר הראיות, הבעלים, גב' גרבנאו, אף ידעה על משכון הנכס ונתנה הסכמתה לכך.

לכן - התחייבות הבעלים למשכון את הדירה למלווה הינה תקיפה.

כתוצאה מכך יש לנו כאן תחרות זכויות - הבעלים התחייב למכור את הנכס לבני-הזוג ויינברג, בכפוף למשכנתה לבנק, ובמקביל התחייב לתת משכנתה על הנכס למר הרבסט.

על-פי סעיף 9 לחוק המקרקעין ההתחייבות לתת משכנתה להרבסט גוברת על המכר לבני-הזוג ויינברג כי זו ההתחייבות הקודמת בזמן והמכר לא הסתיים ברישום. התוצאה מכך היא שהמכר אמנם תקף אך הוא כפוף למשכנתה של הרבסט. ייתכן אמנם שמכירת הדירה לויינברג מצמיחה להרבסט עילה חוזית כנגד הבעלים (כחווה ההלוואה נרשם איטור על העברת הבעלות בדירה - המחבר), אך לא נדון בכך כאן.

תחרות זכויות נוספת היא בין המשכנתה להרבסט למשכנתה לבנק - שוב הרבסט הוא המנצח שכן המשכנתה לבנק מאוחרת בזמן ולא נרשמה. העובדה שהבנק רשם הערת אזהרה אינה ממלאת את תנאי הרישום אשר דורש סעיף 9 לחוק המקרקעין.

בית-המשפט קמא הסתמך על כך שהקונים התחייבו כלפי הבנק לרשום את המשכנתה, כדי לקבוע שההתחייבות לבנק היא הגוברת. בכך שגה בית-הדין - על-פי סעיף 126 לחוק המקרקעין רישום הערת אזהרה אפשרי רק בהתבסס על הסכמה של בעל הנכס, ואכן מבחינה עובדתית ההסכם היה בין הבנק לבעלים ולא בין הבנק לבני-הזוג ויינברג. מכתב ההסכמה של הקונים לרישום הערת אזהרה לטובת הבנק נועדה רק לאפשר את רישום ההערה, בלא שהערת האזהרה הקודמת של הקונים תפריע. ואולם - גם אם נגיד שההתחייבות לרישום משכנתה היתה של הקונים, ויינברג, ולא של הבעלים, בהסתמך על הערת האזהרה שנרשמה לטובת הקונים (דבר שכיום הינו בלתי-אפשרי, שהרי לא ניתן לרשום הערת אזהרה על הערת אזהרה - המחבר), אין בכך כדי לשנות את התוצאה. שינוי התוצאה פירושו שמעמד רוכש דירה, שרשם לעצמו הערת אזהרה, עדיף על מעמד הבעלים עצמו. נטיית בית-המשפט היא לאמץ את הגדרתו של הנשיא לנדוי להערת אזהרה - הערת אזהרה אינה זכות במקרקעין אלא שיטת מחסום בפני רישום עסקות, למען שמירת כוחו של החיוב החוזי לרישום עסקה פלונית. זוהי זכות שלילית שמטרתה למנוע מאחרים רכישת זכות קניינית במקרקעין, ואין היא כשלעצמה יוצרת זכות קניינית כלשהי.

לכל הדעות, אין זה הגיוני שמצב הזכויות בנכס יתך על-פי ההתחייבות שנתן קונה שאינו בעל הנכס, אלא רק בעל הערת אזהרה בנכס, אשר התחייבותו החוזית כפופה ממילא לעסקאות הנוגדות שביצע הבעלים. לצורך הפעלת סעיף 9 אין כל משמעות להתחייבות שנתנו לכאורה הקונים לטובת הבנק, וגם רישום הערת אזהרה לטובתם

גב' גרבנאו (המשיבה 3) (להלן: "גב' גרבנאו"), בעלה ואישה נוספת היו בעלים של חלקת מקרקעין (להלן ביחד: "הבעלים"). ב-23.8.82 נתנו יפוי-כוח כללי לגב' אריאן (קרובה של גב' גרבנאו), כאשר הכוונה המקורית היתה שאריאן תבנה על החלקה בית דירות ותטפל במכירת הדירות. הבית נבנה על-ידי חברת בניה (המשיבה 1, חברת מ' אריאן קבלן לעבודות חשמל בע"מ, להלן: "חברת אריאן") שבשליטת בעלה של גב' אריאן ואחת הדירות נרשמה על-שם גב' גרבנאו.

ב-10.10.84 נחתם בין מר הרבסט, המערער, לחברת אריאן הסכם הלוואה, כאשר להבטחת החזר ההלוואה התחייבה חברת אריאן לוודא שגב' גרבנאו תרשום משכנתה בדרגה ראשונה על דירתה על-שם הרבסט. כמו-כן חברת אריאן התחייבה שלא תבוצע כל פעולה בנכס ללא הסכמת הרבסט.

ב-18.10.84 נחתם זכרון-דברים בין בני-הזוג ויינברג (להלן: "הקונים") לגב' גרבנאו, באמצעות גב' אריאן כמופת-כוח, למכר הדירה, וזאת ללא האישור הנדרש של הרבסט. ב-22.10.84 רשמו בני-הזוג ויינברג הערת אזהרה לטובתם לגבי הדירה, וב-1.11.84 חתמו הם על חוזה מפורט למכירת הדירה. גם בזכרון-הדברים וגם בחוזה ידעו בני-הזוג ויינברג בדבר המשכנתה שיש להרבסט על הדירה, והוסכם ביניהם כי בני-הזוג ויינברג יעבירו לגב' גרבנאו סך של 60K\$ וזו תדאג תוך שבוע להסרת המשכנתה של הרבסט (על-ידי פרעון חובו).

באותו יום ממש, ה-1.11.84, התחייבה גב' גרבנאו, באמצעות מיופת-כוחה גב' אריאן, לרשום הערת אזהרה לטובת הבנק בדבר משכנתה שהוא קיבל על הדירה, בגין הלוואה שהוא נתן לבני-הזוג ויינברג. על-פי התחייבות זו נרשמה ב-4.11.84 הערת אזהרה לטובת הבנק.

רק ב-6.12.84 נודע להרבסט על שתי הערות האזהרה, לטובת בני-הזוג ויינברג ולטובת הבנק, וזאת כאשר רצה הוא לרשום הערת אזהרה לזכותו בגין המשכנתה שיש לו על הנכס. כמובן שבקשתו סורבה בשל הערת האזהרה שהיתה לבנק. בכל זאת ב-24.12.84 הצליח הרבסט לרשום הערת אזהרה גם לזכותו.

בית-המשפט לערעורים בנתנו פרשנות מרחיבה לאפשרויות הפעולה על-פי יפוי-כוח כללי שלא הוגבל קובע כדלהלן.

יש לקבוע כי המשכון שניתן להרבסט בשל ההלוואה הוא נתן לחברת אריאן הינו במסגרת יפוי-כוח שניתן על-ידי גב' גרבנאו לגב' אריאן, שכן אך טבעי הוא שהחברה הבונה תיזקק לקבל הלוואות לצורך הבניה, ולשם כך תשעבד את הנכס. מדובר ביפוי-כוח כללי, ובעלת הקרקע ידעה כי הבניה מבוצעת על-ידי חברת בשליטת בעלה של מיופת-הכוח. כל זאת נכון גם לאור העובדה שההלוואה נלקחה לאחר השלמת הבניה, שכן חברת אריאן נתקלה בקשיים במכירת הדירות. סעיף 5(א) לחוק השליחות קובע כלל של פרשנות מרחיבה לגבי רצונו של השולח, כאשר אין הגבלה בהרשאה שהוא נתן לשלוח, ולכן די בהרשאה הכללית לבנות את הבית ולמכור את דירותיו כדי לכלול

אינו משנה.

לטענת המשיבים יש לשלול את זכותו של הרבסט גם בשל התרשלותו באירישום הערת אזהרה לגבי זכותו - לטענה זו ניתן להשיב כי אכן התרשל הרבסט בכך שלא רשם הערת אזהרה לגבי זכותו במשך חודשיים, אך על-פי הלכת רז אין ברשלנות הקונה הראשון שלא רשם הערת אזהרה כדי לפגוע בתוצאה הנובעת מסעיף 9. הלכה זו אינה פשוטה ויש לה פנים לכאן ולכאן - ניתן למשל לטעון שהקונה הראשון זוכה אך בשל התרשלותו, השני יכול לתבוע ממנו פיצויים בנוזיקין. עם זאת, ההלכה שהראשון בזמן הוא הגובר על-אף התרשלותו היא ההלכה לפיה בית-משפט זה פועל, ואת נושא האחריות בנוזיקין נשאיר לפי שעה בצריך עיון.

כפי שנפסק בהלכת ורטהיימר לא ניתן לשלול את תוצאות סעיף 9 על-ידי החלת שיקולי הצדק של הקונה השני מכוח סעיף 3(4) לחוק התרופות. לכן בענייננו אין להתחשב בנוק שיגרם לקונים ולבנק אם התחייבותו של הרבסט תימצא העדיפה.

התוצאה היא שהמשכנתה של הרבסט היא הראשונה והמשכנתה של הבנק היא השנייה.

המסקנות מפסק-דין זה הינן כדלהלן:

א. יש ליתן פרשנות רחבה ליפוי-כוח כללי שלא הוגבל - סעיף 5(א) לחוק השליחות קובע כלל של פרשנות מרחיבה לגבי רצונו של השולח כאשר אין הגבלה בהרשאה שהוא נתן לשלוח.

ב. יפוי-כוח כללי שניתן לפלוני, לגבי פעילות של בניית בניין ומכירת הדירות בו, כולל גם את הכוח לשעבד את הנכס בתמורה להלוואות, וזאת גם אם מדובר בהלוואות שהתקבלו לאחר השלמת הבניה בשל קשיים במכירת הדירות.

ג. כאשר להתנגשות זכויות בין משכנתה למשכנתה:

א. במידה והמשכנתה היא הגוברת, אזי המכר תקף אך בכפוף למשכנתה.

ב. כאשר להתנגשות זכויות בין משכנתה למשכנתה:

א. המשכנתה הגוברת תירשם כמשכנתה ראשונה והמשכנתה השניה תירשם כמשכנתה שניה.

ב. כאשר למהותה של הערת האזהרה:

א. הנטיה של בית-המשפט העליון בפסיקתו היא לאמץ את הגדרת השופט לנדוי, בפסק-דין אטיאס (ראה ה"ש

15):

* הערת אזהרה אינה יוצרת זכות קניינית במקרקעין אלא זכות שלילית המהווה שיטת מחסום בפני רכישת זכות קניינית במקרקעין על-ידי אחר באמצעות רישום עסקות, וזאת למען כוחו של החיוב החוזי לרשום עסקה פלונית.

ה. כאשר ליחס בין רישום הערת אזהרה לטובת המתקשר השני לדרישת הרישום של סעיף 9:

א. רישום הערת אזהרה על-ידי המתקשר השני אינה ממלאת את דרישת הרישום של סעיף 9 לחוק המקרקעין.

ב. כאשר להשפעת רישום הערת אזהרה לטובת צד ג' בשל התחייבות שנתן מי שאינו בעל הנכס, אך הוא בעל הערת אזהרה בנכס:

א. על-פי סעיף 126(א) לחוק המקרקעין - רישום הערת אזהרה לטובת צד ג' אפשרי רק בהתבסס על הסכמת בעל הנכס, ולא בהתבסס על הסכמה של הרוכש מבעל הנכס.

ב. גם אם נקבל שרישום הערת האזהרה לטובת צד ג' נבעה מהתחייבות של מי שאינו בעל הנכס אך הוא בעל הערת אזהרה בנכס - אין לחתוך את מצב הזכויות בנכס (על-ידי סעיף 9 לחוק המקרקעין) על-פי ההתחייבות של מי שהוא בעל זכות אובליגטורית בנכס ויש לו רק הערת אזהרה לגביו.

ההנמקה -

1) בשל מהותה של הערת האזהרה

2) זכותו החוזית של בעל הערת האזהרה בנכס כלפי בעל הנכס כפופה ממילא לעסקאות נוגדות שביצע הבעלים.

ז. כאשר לנפקות של אירישום הערת אזהרה על-ידי הקונה הראשון:

א. אירישום הערת אזהרה לגבי זכותו בנכס של המתקשר הראשון מהווה התרשלות.

ב. עם זאת - על-פי הלכת שי²⁹ אין בהתרשלות המתקשר הראשון שלא רשם הערת אזהרה לגבי זכותו כדי לפגוע בתוצאה הנובעת מסעיף 9 לחוק המקרקעין.

ה. כאשר לאי-שלילת תוצאות סעיף 9 בשל שיקולי הצדק של המתקשר השני:

א. על-פי הלכת ורטהיימר³⁰ - אין לשלול את תוצאות סעיף 9 לחוק המקרקעין על-ידי החלת שיקולי הצדק של הקונה השני מכוח סעיף 33(4) לחוק התרופות.

3. הסיכונים שנוטל על עצמו רוכש הדירה מהקבלן

הוא מול סיכונים העלולים להכשיל את השלמת העסקה לשביעות רצונו.

כל עוד לא הושלמה העסקה הקניינית, ולא הועברה לרוכש הדירה מהקבלן זכות קניין בדירה שביקש לרכוש, ניצב

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

30. ע"א 314/79 ורטהיימר ואח' נ' הררי ואח', פ"ד לה(3) 225.

דיני פשיטת הרגל, שכן במקרים מסויימים יכול הנאמן, שמונה על נכסי הקבלן, לכלול בין נכסיו את הנכס שהאחרון העביר לרוכש.

סוג סיכונים שני - סיכונים שמקורם בבעיות כלכליות של החייב

1. לאור בר"ע 178/70³² באם הינו בעל הנכס, גוברים על זכויותיו החוזיות של רוכש הדירה, מנגד - אם תתקבל גישת פרופ' רייכמן המכירה ב"נאמנות קונסטרוקטיבית" - רוכש הדירה מוגן.

2. אם הפר הקבלן את התחייבותו לבנות כלפי רוכש הדירה עקב קשיים כספיים, עלול בית המשפט שלא לאכוף את המשך הבניה אפילו אם אין אפשרות לגבות את הפיצוי הכספי על ההפרה.

3. חובות הקבלן לשלטונות המס עלולים אף הם לגבור על זכויות רוכש הדירה.

סוג סיכונים שלישי - סיכונים שמקורם בפעולות המימשל הקפאת בניה, שינוי יעוד, הטלת היטלים, הפקעת קרקעות - מסכנים כולם הן את הקבלן והן את רוכש הדירה. צו הריסה שייך אף הוא לקטגוריה זו, אך יוצא הדופן בכך שמקורו במעשה כלשהו שלא כדין.

הסיכונים המפורטים לעיל מחייבים מתן הגנה לרוכש דירה המשקיע את מיטב כספו בעסקה, שלעיתים רבות היא בין העסקאות הגדולות שעשה בחייו.

המחוקק העניק אפשרות בחירה בין 5 בטוחות המפורטות בחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974. במרבית המקרים נעשה השימוש בהערת אזהרה כבטוחה עבור רוכש הדירה. האם מתגבר רישום הערת אזהרה על הסיכונים שלעיל? בניתוחנו שלהלן ננסה לענות על שאלה זו.

פרופ' רייכמן במאמרו³¹ מנתח בהרחבה סיכונים אלו, והקורא המבקש להעמיק בסוגיה זו מופנה לאמור שם. להלן נפרט בקצרה את תמצית סיכונים אלו, עליהם עמד פרופ' רייכמן:

סוג סיכונים ראשון - סיכונים שמקורם בפגמים בזכות הקניין של הקבלן או בפגמים שיוצרת התנהגותו.

1. זכות הקניין שמתחייב הקבלן להעביר לרוכש לעיתים אינה בידו בעת כריתת הסכם הרכישה, וזאת, בין היתר, משום שבעל המקרקעין טרם העביר לקבלן זכות קניין בחלק הקרקע היחסי הנדון, או משום שהסכם הקומבינציה בוטל והקבלן השיב בעין לבעל המקרקעין את הקרקע.

2. הקבלן התחייב כלפי צד ג' התחייבות סותרת להתחייבותו כלפי רוכש הדירה, ולאור סעיף 9 בחוק המקרקעין עדיפה ההתחייבות כלפי צד ג' על ההתחייבות כלפי הרוכש, בין אם משום שההתחייבות כלפי צד ג' קדמה להתחייבות כלפי הרוכש, ובין אם משום שההתחייבות כלפי צד ג' הושלמה בתום לב ובתמורה.

3. צד ג' רכש את חלק הקרקע המתייחס לדירה הנדונה בתנאי תקנת השוק לפי סעיף 10 בחוק המקרקעין.

4. הקבלן נרשם בטעות כבעל חלקת הקרקע הנ"ל. כל עוד לא הועבר הקניין לרוכש הדירה יכול הבעלים האמיתי לזכות בתיקון הרישום.

5. זכות הקניין שהקבלן מתיימר להעביר לרוכש עלולה להיות כפופה לזכות השבה שבידי הבעלים המקורי, בין אם נפל פגם בכריתת הסכם הקומבינציה ובין אם ההסכם הופר. כל עוד לא הועבר הקניין לרוכש הדירה, בעל המקרקעין זכאי, ככל הנראה, להשבה בעין של חלק הקרקע הנדון.

6. זכות הקניין שבידי הקבלן עלולה להיות פגומה מכוח

4. חיוב הבעלים לרשום בית כמשותף ולרשום הדירות על-שם רוכשיהן

במכתב ללשכת רשם המקרקעין כתבו בעלי המקרקעין (המוכרים):

"אנו מסכימים לרשום הערות אזהרה לגבי מחצית החלקה לטובת אריה כהן... וגב' חנה כהן... וכן לטובת בנק לפיתוח ולמשכנתאות לישראל בע"מ לגבי הלוואה... שקיבלו הנ"ל."

בעלי המקרקעין חתמו על "התחייבות לרישום משכנתה", שנמסרה לבנק לפיתוח ולמשכנתאות לישראל בע"מ, ובה נאמר בין היתר:

"2. הלווים זכאים, בין השאר, לזכות הבלעדית לרישום על-שמותיהם של הבעלות או חכירה לדורות בדירה וכן

רכישת הדירה מושלמת עם רישום הדירות על-שם רוכשיהן.

בהסכם הקומבינציה שנדון ב"ה"פ (ת"א) 38/85³³, נאמר בסעיף 15:

"המוכרים מתחייבים כי לא יאוחר מ-15 יום מיום מתן היתר הבניה על-ידי ועדת בניין ערים, יחתמו על יפוי-כוח נוטריוני בלתי-חוזר לפיו יפוי-כוחו של טוביה לירון - עורך-דין, לפעול בהתאם לחוזה זה וכן לרשום הערת אזהרה בלשכת רשם המקרקעין לטובת רוכש הדירה בבית שיבנה על החלקה וכן לטובת בנקים למשכנתאות או כל בנק אחר, מהם יקבל רוכש הדירה משכנתאות."

31. פרופ' רייכמן, "הערת אזהרה - מהות יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות", עיוני משפט " 297.

32. בר"ע 178/70 בוקר נ' חברה אנגלוישראלית לניהול ואחריות בע"מ. פ"ד כהן (2) 121.

33. ה"פ (ת"א) 38/85 כהן נ' כדר ואח', פ"מ תשמ"ה(ג) 129.

(להלן: המוטב) מקנה למוטב את הזכות לדרוש את קיום החיוב, אם משתמעת מן החוזה כוונה להקנות לו זכות זו. סבור אני, שאכן החוזה והמסמכים הנלווים אליו, כמפורט לעיל, מלמדים על כוונה להקנות למבקשים מעמד של מוטבים, הזכאים לדרוש מאת המשיבים 2 מילוי התחייבויותיהם.

צריך להדגיש ולציין, כי בחוזה שבין המשיב 1 לבין המשיבים 2, לא מוטלים על המשיב 1 כל סייגים שהם לגבי יחסיו עם מי שירכש את הדירה ואין כל תניית-תלות בין מילוי התחייבויותיו של המשיב 1 כלפי המשיבים 2 לבין מימוש זכויותיו של רוכש הדירה.

אין צורך לחזור ולומר, כי חוזה יש לקיים בתום-לב ובדרך מקובלת. ניסיון התעלמותם של המשיבים 2 מן המבקשים והתנערותם מכל התחייבות כלפיהם, היא בבחינת ביצוע שאין עמו לא תום-לב ולא דרך מקובלת.

אשר-על-כן מגיע אני למסקנה כי המחלוקת שבין המשיב 1 לבין המשיבים 2, אין לה ולא כלום עם זכותם של המבקשים לרישום הדירה על-שםם.

לחוקה בלעדית בה.

לאחר-מכן, בא הסעיף 4, והוא בעל חשיבות מירבית: "4. מייד לכשתיווצר אפשרות לכך ובכל מקרה לא יאוחר מיום 30.6.84 נעביר את הבעלות או את החכירה לדורות בדירה על-שמות הלווים בלשכת רישום המקרקעין כשהיא חופשית מכל חוב, התחייבות, שעבוד, עיקול או זכות של צד שלישי."

בניית הדירות הושלמה, ואז נתגלע סכסוך בין בעלי המקרקעין לקבלן. בעל המקרקעין לא דרש למחוק את הערות האזהרה שלטובת הרוכשים, אך סירב לרשום הבית כבית משותף ולהעביר הדירות על-שם רוכשיהן.

השופט אלוני פסק, בעמ' 132:

"מערכת יחסים זו מעלה, לעניות-דעתי, אחת משתי מסקנות אלה:

(1) קיימת התחייבות ישירה מצד המשיבים 2 לרשום את זכויותיהם של המבקשים על הדירה.

(2) לפחות יש לראות את המבקשים כמוטבים לעניין זכות צד ג', על-פי הנאמר בסעיף 34 בחוק החוזים:

'חיוב שהתחייב אדם בחוזה לטובת מי שאינו צד לחוזה

5. בעל הקרקע בערב לחיובו של הקבלן

חיובו של בעל המקרקעין כמוגבל לערך המקרקעין בלבד. פרופ' רייכמן רואה בבעל הקרקע "כמי שערב בחלקתו לקיום חיוב ההעברה של היום. ערבות זו פירושה שבעל המקרקעין התחייב להעביר לקונה את הדירה אם יעמוד הוא בחיוביו כלפי היום."

במצב בו הקבלן הפר את חיובי הבניה שנטל על עצמו כלפי הרוכשים, גוררת ערבותו של הבעלים, לפי גישה זו, את התוצאה הבאה:

"... עקרונית, זכאי היה הקונה לתבוע מבעל המקרקעין להעביר לו את הבעלות על הדירה. אולם הדירה אינה קיימת ולפיכך לא יינתן צו אכיפה להעברה. מכיוון שבעל המקרקעין אינו חייב בבניה לא ניתן אף לכפותו "לייצר" את הדירה עבור הקונה. אך הקונה אינו נטול סעדים. הוא זכאי לתבוע פיצוי מבעל המקרקעין במסגרת הפרת ערבותו. עם תשלום הפיצוי תמומש הערבות, החיוב יבוא לידי סיום וההערה תימחק."

הסכום שזכאי רוכש הדירה לתבוע מבעל המקרקעין במסגרת תביעת הפיצויים הנ"ל מוגבל בשניים:

1. בערך זכותו היחסית של הקונה מתוך ערך החלקה של בעל המקרקעין.

השופט בייסקי, ב"ע"א 205/83³⁴ אומר, בעמ' 408:

"ב. כבר אמרנו לעיל, כי במהותה של עסקת קומבינציה טמונה הידיעה של בעל הקרקע, כי הקבלן ימכור דירות לרוכשים, ומתוך האינטרס המשותף לממש ולהשלים את העסקה לטובת השניים מסכים הבעלים להתחייב לרשום הערות אזהרה לכל מי שירכוש דירה מהקבלן. חיוב זה נובע מהסכם הקומבינציה, הגם שניתן למי שאינו צד לאותו הסכם, בבחינת ערבות חיובו של אחר. גם זאת כבר אמרנו, שאין לפרש חיוב זה כבא להבטיח קיום כל התחייבויות הקבלן כלפי רוכשי הדירות, והוא מצומצם אך להבטחת הצד השלילי שהוא ביסודה של הערת האזהרה, היינו - כי לא תירשם עסקה הסותרת אותה."

פרופ' רייכמן במאמרו³⁵, רואה בבעל המקרקעין ערב להתחייבות הקבלן. בעמ' 347 הוא קובע:

"יש לחזור ולהדגיש שראובן לא נוטל על עצמו, לא במפורש ולא מכללא, את חיובו של היזם לבנות על המקרקעין וחיובים אחרים הכלולים באותו חוזה או נובעים ממנו. כל חובתו היא אך להקנות את הזכות במקרקעין - יהיה מצב המקרקעין והמחויבים עליהם ככל שיהיה באותה עת. לפיכך, וכפי שיוסבר בהמשך, יש לראות את היקף

34. ע"א 205/83 חובני נ' דיקלה חברה לבניין והשקעות בע"מ ואח', פ"ד (מא) 96.

35. פרופ' רייכמן, "הערת אזהרה - מהות, יצירה והגנה מפני עסקאות נוגדות", עיוני משפט י' 297.

התוצאה הנ"ל, אליה הגיע הפרופ' רייכמן, בוקרה על-ידי י' עמית במאמרו³⁶. את ביקורתו הבאנו לעיל, בכוחנו את המודלים השונים ליחסי המוכר-הרוכש.

2. בנוקו של הרוכש עקב ההפרה. אפילו שילם רוכש הדירה בפועל מעבר לסכום המתקבל לעיל, לא יהא זכאי לתבוע ההפרש מהבעלים.

6. השתתפות הבעלים במימון השלמת הבניה המבוצעת ביוזמת רוכשי הדירות

לאינטרס בעל הקרקע. תביעת בעל הקרקע להשתתפות יכול שתעוגן בסעיף 5 בחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, או לחילופין בסעיף 1 שם. יצויין שפסיקת השופט אלוני אף עומדת בסתירה מסויימת לאוביטרים שנאמרו בבית-המשפט העליון על-ידי מ"מ הנשיא (כתוארו דאז) שמגר והשופטת בן-פורת ב"ע"א 647/82³⁸. לפסק-דין זה נתייחס להלן, במסגרת השאלה, הקרובה מאוד לענייננו, אם בעל הקרקע חייב בהשתתפות בתשלום שכר-טרחת כונס נכסים שרוכשי הדירה יזמו מינוי על-מנת שישלים הבניה.

ב"פ 568/85³⁷ שתמציתו הובאה על-ידי י' עמית, במאמרו הנ"ל, פסק השופט אלוני "שאינן רוכשי הדירות יכולים לכוף על בעל הקרקע להשתתף במימון השלמת הבניה... יש להגדיר ולגדר את מעמדו של הרוכש באופן שישמש כמגן בפני כוונת נישולו על-ידי בעל הקרקע, אך לא שיהפוך לחנית לתקיפת בעל הקרקע". ספק בעינינו אם מסקנתו החד-משמעית של השופט אלוני צודקת. אם במסגרת השלמת הבניה הושלמה גם הבניה שיוחדה על-ידי הקבלן לבעל הקרקע, הרי שהרוכשים הוציאו למעשה את עסקת הקומבינציה אל הפועל בהתאם

7. השתתפות הבעלים בשכר-טרחת כונס הנכסים שמונה ביוזמת רוכשי הדירות, על-מנת שתושלם הבניה

ממכירתן. בעלת המקרקעין, חברת גינדי, מיאנה להשתתף בצורה כלשהי בתשלום שכר-הטרחה של כונס הנכסים. בית-המשפט המחוזי אישר (בהליך שבו לא היתה חברת גינדי צד!) את עמדת חברת גינדי: "סבורתני כי למרות העובדה שהם (האחים גינדי - המחבר) מקבלים דירות במבנה - אין הם צריכים לשאת בשכר-הטרחה. הדירות - הם התמורה למקרקעין שבבעלותם, ולהם היתה זכות לבטל 'הסכם מכר' עקב הפרתו - והם לא היו מעוניינים מלכתחילה בהקמת המבנה לטובת הרוכשים (המעצרים - המחבר) פרט לכך, שרצו לקחת קבלן מטעמם ולהקים המבנה. אינני רואה סיבה לחייבם בתשלום". מ"מ הנשיא, השופט שמגר החליט להחזיק את הדיון לבית-המשפט המחוזי, על-מנת שיאפשר צירוף חברת גינדי כצד לדיון, ויבחן לעומקה את שאלת השתתפותה בהוצאות הכונס. הוא התייחס לנימוק הנ"ל של בית-המשפט המחוזי, בעמ' 238: "נימוק זה איננו נראה בעיניי, לכאורה, אם כי אין, כמובן,

אכיפת חוזה הבניה על הקבלן יכולה, כפי שנאמר לעיל, להתבצע על-ידי מינוי כונס נכסים. האם, בסיטואציה בה רוכשי הדירות הם שיוזמו את מינוי הכונס, עליהם לשאת בנטל תשלום שכר-טרחת הכונס לבדם, או שמא על בעל הקרקע להשתתף בהוצאות אלו? ב"ע"א 647/82 הנ"ל נדון מקרה בו מנהל החברה הקבלנית נפטר. המשיב נתמנה מטעם המעצרים על-מנת להשלים את משימת הבניה. הכונס מצא קבלן חליף. בכוונת בעלת הקרקע, היא חברת גינדי, היה לבטל את הסכם הקומבינציה ולתפוס חזקה במקרקעין. כונס הנכסים שכנע את חברת גינדי, שלא לבטל את ההסכם. הקבלן החדש השלים את הבניה, כשזו כללה את בניית דירות רוכשי הדירות מטעמם מונה, הדירות שהבטיח הקבלן המקורי לבעלת הקרקע, ושש הדירות, אשר נכללו בתוכנית הבניין, אך לא נמצאו להן רוכשים על-ידי הקבלן המנות. לרשות הכונס לא עמדו אמצעי מימון לכיסוי עלות הדירות הללו, אך הוא שכנע את הקבלן החדש להתחייב לבנות אותן על-חשבונו, על-מנת שהדירות תעמודנה לזכותו והוא יוכל להפיק רווחים

36. י' עמית, "עסקת קומבינציה - מבט על זכותו של רוכש דירה", הפרקליט לה 598, 617.

37. ה"פ 568/85 זלינגר ארנון ואח' נ' קוושנר ועורך-דין זהר גרינברג מפרק חיים שכטר חברה לבניין (לא פורסם).

38. ע"א 647/82 ממון ואח' נ' עורך-דין מוהר, כונס הנכסים קבוע של הבניין ברחוב האבות, פ"ד (4) 235.

את הכספים ששילמו לקבלן. במשא-ומתן הוזה ייצג הכונס את המערערים, כשהצד האחר, שאותו היה צריך לשכנע, היה חברת האחים גינדי. חברת האחים גינדי בוודאי אינה חייבת לשלם לכונס שכר-טרחה על שהוא שכנע אותה לוותר על כוונותיה המקוריות.

ב. בגין הדירות שחברת האחים גינדי קיבלה - במסגרת עסקת הקומבינציה - תמורת המקרקעין שהיא העמידה לרשות הקבלן המקורי ולאחר-מכן לרשות הקבלן המשלים את המבנה, אין החברה חייבת להשתתף בשכר-טרחת הכונס. אילו הקבלן המקורי היה משלים את הבניין, הוא היה חייב למסור לחברת האחים גינדי את הדירות הנדונות ללא תביעות של שכר-טרחה או טובת הנאה אחרת עבור תפקידו כמבצע הבניה. הדירות האלה היו, למעשה, אמצעי תשלום עבור המקרקעין ותו לא. ניתן לומר שהכונס, על-ידי התפקיד שקיבל על עצמו, יצר עבור המערערים את אמצעי התשלום, שבאמצעותם יכלו לשלם לחברת האחים גינדי את תמורת המקרקעין, שעליהם נבנו דירותיהם.

ג. חוץ מהדירות, שיועדו למסירה תמורת המקרקעין כאמור לעיל, היתה מוטלת על הכונס המשימה לדאוג למימון בנייתן של שש דירות, אשר נכללו בתוכנית הבניין, אך לא נמצאו להן רוכשים על-ידי הקבלן המנוח. ברור שלא עמדו לרשות הכונס אמצעי מימון לכיסוי עלות הדירות הללו. הפתרון שנמצא היה כדלקמן: הקבלן, אשר קיבל על עצמו את ביצוע העבודה, התחייב לבנות את שש הדירות על-חשבונו, על-מנת שהדירות תעמודנה לזכותו ושהוא יוכל להפיק את הרווחים ממכירתן. ייתכן שיש לאחים גנדי שליטה או אינטרס בחברה הקבלנית שהשלימה את הבניה, אך באופן פורמאלי חברה זו היא גוף משפטי נפרד, ולא ניתן לטעון, שחברת האחים גינדי קיבלה את שש הדירות הללו. אין כל הצדקה איפוא להטיל עליה השתתפות בשכר-טרחת הכונס בגין דירות אלו. גם החברה הקבלנית, שנטלה על עצמה את מימון שש הדירות הללו, אינה חייבת לשאת בשכר-טרחת הכונס, כיוון שהעסקה שהיא עשתה היתה עסקה עם הכונס על-מנת לשחרר אותו מן הנטל של מימון בנייתן של שש הדירות הנדונות.

מקום למסקנות החלטיות, כל עוד לא נשמעו טענות בעניין. גדר הספקות הוא כדלהלן: הדירות נבנו גם עבור חברת גינדי, היינו הוצאתה של עסקת קומבינציה מן הכוח אל הפועל, אחרי שביצעה הפך תחילה לבלתי-אפשרי, נעשתה לטובת כל אלה, אשר ציפו לקבלת דירות, יהיו אלה רוכשי הדירות במזומנים או יהיו אלה רוכשי הדירות על-ידי מתן תמורה במקרקעין. הדירות, שהוקצו לחברת גינדי, לא היו, כפי שיש להניח, בגדר המרת מקרקעין בדירות שוות ערך ותו לא, שהרי אחרת אין להבין, מדוע נערכת עסקת הקומבינציה. בעל מקרקעין נכנס לתוך עסקה כאמור, מכיוון שגם הוא מפיך תועלת מקבלת דירות עבור המקרקעין שלו, ולא התברר לפני בית-המשפט המחוזי, כי חברת גינדי היתה יוצאת-דופן במובן זה. לא נתאפשרה גם בדיקה עובדתית של הטענות האפשריות של החברה האמורה, כי זו זכתה בהשמעת גרסתה על כונס הנכסים שסבר ככל הנראה, מראש, שאין להפוך את החברה האמורה לצד, כאשר הוא מבקש מבית-המשפט כי יקבע את שכר-טרחתו. מובן שהמשיבים בבית-משפט קמא, שהם המערערים שלפנינו, יכלו לבקש בערכאה הראשונה את צירופה של חברת גינדי כמשיב נוסף, אך מן החומר שלפנינו אין עולה, שהמערערים, שלא היו מיוצגים בשלב האמור, הבינו אל נכון במה המדובר, וכי יכלו לדעת מראש ולפני הדיון, כי עומדים לפטור את חברת גינדי מכל השתתפות בנטל של כיסוי ההוצאות המשפטיות, הנתבעות על-ידי הכונס.

השופטת בן-פורת הסכימה, שאין זה ברור שחברת גינדי אינה חייבת לשאת בחלק בהוצאות הכונס, אם כי נמנעה מהבעת דעה בעניין זה ולו לכאורה.

השופט י' כהן, לעומת זאת, היה בדעה כי אין לחייב את חברת גינדי להשתתף בתשלום שכר-טרחת הכונס.

ואלו נימוקיו, בעמ' 242-243:

"א. המשיב נתמנה ככונס מטעם המערערים על-מנת להשלים את המשימה שקיבל על עצמו הקבלן המנוח יהושע קמל. תפקידו הראשון של המשיב היה לשכנע את האחים גינדי שלא יבטלו את ההסכם, שחתמו עם הקבלן המנוח, ושלא יתפסו את החזקה במקרקעין. אילו מימשו כוונה זו, היתה יורדת לטמיון השקעת הקבלן המנוח בשלד שהוא הספיק לבנות, ועמה סיכויים של המערערים לקבל בחזרה

8. חובת זהירות של בעל הקרקע כלפי רוכשי הדירה

10.7.74 בעסקת קומבינציה עם חברה קבלנית (המשיבה 5, להלן: חברת צוברי), עם חתימת ההסכם, חתמו ומסרו שרמן יפוי-כוח בלתי-חוזר לעורך-דין המאירי, ועל פיו

בי"ע א' 37/86³⁹ תבעו רוכשי הדירה את בעלי המקרקעין בגין יצירת מצג שווא רשלני. העובדות שם היו כדלהלן: בעלי הקרקע (המשיבים 1 ו-4, להלן: שרמן) התקשרו ביום

39. ע"א 37/86 לוי ואח' נ' שרמן ואח', פ"ד מד(4) 446.

שנדונו, למחוק את הערות האזהרה שלטובת הרוכשים, מתייחס לסיטואציה בה מעוניינים הרוכשים בהשלמת בניית דירותיהם. שונה הוא הדין, בסוגיית מחיקת הערה, במצב בו הרוכשים מוותרים על השלמת דירותיהם ומסתפקים בפיצויים ובהשבה.

עמד על כך השופט ד' לוי ב"ע"א 37/86⁴⁰. לוי תבעו, בין היתר, את חברת צוברי להשבה ולפיצויים בגין הפרת ההסכם. בית-המשפט המחוזי קיבל תביעה זו. שרמן תבעו, בין היתר, את מחיקת הערת האזהרה שנרשמה לטובת לוי. בית-המשפט המחוזי הורה, בין היתר, על מחיקת הערת האזהרה. לוי ערערו. השופט ד' לוי פסק:

"...מקובל על הכול, שאם רוכש דירה, שרשומה לטובתו הערת אזהרה, מעדיף לתבוע ממפירי ההסכם עמו השבת כספו ותשלום פיצויים ואין הוא תובע אכיפת החוזה, אין עוד לקיים את הערת האזהרה, שכן אין היא משרתת עוד כל תכלית.

19. במקרה דנן, לא זו בלבד שלוי ויתרו למעשה על תביעת אכיפה והסתפקו בתביעה להשבת כספם ולתשלום פיצוי על נזקיהם, אלא שגם זכו לפסק-דין מחייב כנגד הקבלנים שהתחייבו כלפיהם, גם להשבת כספם וגם לפיצוי, ופסק-דין זה ניתן להוצאה לפועל. לפיכך, מקובלת עלי מסקנת בית-המשפט המחוזי, כי בנסיבות המקרה דנן אין עוד סיבה וטעם להשאיר את הערות האזהרה בעינן, ודינן להימחק."

הוסמך הנ"ל לטפל מטעמם בביצוע העסקה וביישומה, תוך הבטחת זכויותיה של חברת צוברי (להלן: יפוי-הכוח). במשך שנים לא נעשה דבר בפועל לקידום העסקה. ביום 20.9.78 נערכה ביוזמת הצדדים תוספת להסכם המקורי ונקבע שהבניה תחל תוך 4 חודשים.

לאחר חתימת התוספת התקשרה חברת צוברי, בין היתר, עם רוכשי הדירה המערערים (להלן: לוי) בהסכם למכירת דירה בבניין שעמדה להקים על החלקה. עם חתימת ההסכם הרכישה, ביום 29.11.78, שילם לוי לחברת צוברי את מלוא התמורה המוסכמת. גם עסקה זו נכשלה: חברת צוברי לא השיגה היתרי בניה מהרשות, וממילא לא החלה בעבודות הבניה ולמעשה לא עמדה בהתחייבויות כלפי שרמן וכלפי לוי. ביום 30.9.80 הודיעו שרמן לחברת צוברי על ביטול ההסכם הקומבינציה. בדיעבד נקבע שהביטול היה כדין.

במסגרת התביעות השונות שהוגשו בפרשה זו, תבעו לוי את שרמן, על שבמתן יפוי-הכוח הבלתי-חוזר יצרו מצג, לפיו צד שלישי יכול לרכוש זכויות קנייניות בחלקה הרשומה בבעלותם, על שום שלא ביטלו את ההסכם ואת יפוי-הכוח הנ"ל, וכתוצאה מכך התאשרו לכאורה אמינותו ותוקפו של המצג על המשמעויות הנובעות מכך. בבית-המשפט המחוזי נדחתה תביעה זו. לוי לא ערערו על החלטתו זו של בית-המשפט המחוזי.

חשוב להדגיש, כי כל שנאמר לעיל בדבר אי-יכולתו של בעל הקרקע, על-פי הגישה הרווחת כיום ובכפוף לסייגים

40. ע"א 37/86 לוי ואח' נ' שרמן ואח', פ"ד מד (4) 446.