

פרק ג':

הערת אזהרה לטובת רוכשי הדירה

א. כללי

דין.
(ג) עסקה המקנה חלק ממקרקעין, בבעלות או בתכירה לדורות, לרשות מקומית למטרת דרכים או מדרכות או הרחבתם, המתחייבת מתוכנית שאושרה לפי חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, לא יראו בעסקה הסותרת הערת אזהרה, ובלבד ששלושים יום לפני רישום העסקה נשלחה הודעה על כך לזכאי על-פי הערת האזהרה.¹
סוגיית יעילות ההגנה שמקנה הערת האזהרה באופן כללי נדונה בהרחבה בפסיקה ובספרות המשפטית. העמקה בסוגיה זו חורגת ממסגרת דיונו כאן. הקורא מופנה לניתוחו המעמיק של פרופ' רייכמן במאמרו בנושא זה.²
מבין השאלות הכלליות שמעוררת הערת האזהרה בחרנו להתמקד בהשוואה בינה לבין בטוחות אחרות ובשאלה אם רישומה יוצר זכות קניינית. לאחר בחינת שאלות אלו נעבור לבחון בהרחבה את השאלות הספציפיות שהתעוררו בנוגע להערת אזהרה לטובת רוכש דירה מקבלן בעסקת קומבינציה.

סעיף 127 לחוק המקרקעין קובע:
"127. תוצאות של הערת אזהרה (תיקונים: התשל"ג, התשל"ח, התשנ"ד)
(א) נרשמה הערת אזהרה וכל עוד לא נמחקה, לא תירשם עסקה הסותרת את תוכן ההערה, אלא בהסכמת הזכאי או לפי צו בית-המשפט.
(ב) נרשמה הערת אזהרה ולאחר-מכן הוטל עיקול על המקרקעין או על הזכות במקרקעין נשוא ההערה, או שניתן צו לקבלת נכסים בפשיטת רגל או צו פירוק נגד בעל המקרקעין או בעל הזכות במקרקעין, או שנתמנה כונס נכסים על רכושו, הרי כל עוד לא נמחקה ההערה, לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מהתחייבות נשוא ההערה, ובלבד שהטענה לביטול העסקה מחמת פשיטת הרגל או הפירוק שהיתה עומדת אילו בוצעה העסקה במועדה, תעמוד גם נגד ההתחייבות האמורה.
(ב1) הערת אזהרה שנרשמה כאמור בסעיף 126, אינה טעונה רישום בכל מרשם או פנקס אחר המתנהל על-פי

ב. השוואה בין הערת אזהרה לבין בטוחות אחרות לפי חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974

לקונה כשהם צמודים לאינדקס כלכלי כלשהו, ואי-כיסוי מספר רב של סיכונים משמעותיים. הערבות הבנקאית ופוליסת הביטוח מזכות את הקונה בהשבת כספיו רק אם לא הקנה לו המוכר את הבעלות או החכירה לדורות בנכס בשל אחת מהעילות הבאות: עיקול הנכס, צו לקבלת נכסים, צו פירוק או למינוי כונס נכסים, שניתנו נגד המוכר או נגד בעל הקרקע (במקרה שהמוכר בונה במקרקעי הזולת). רשימת עילות זו מתייחסת רק לחלק מהסיכונים הנובעים מבעיות כלכליות של החייב. חובת

חוק המכר² (להלן: "החוק") מפרט שתי בטוחות פיננסיות ושלוש בטוחות קנייניות, וקובע כי גביית למעלה מ-15% ממחיר דירה חדשה אסורה כל עוד לא הובטחו זכויות הקונה באחת מחמש הבטוחות.
פרופ' רייכמן במאמרו הנ"ל, סוקר את החסרונות שבבטוחות השונות:
"הבטוחות הפיננסיות הן ביטוח וערבות בנקאית. לשתיהן חסרונות ניכרים הנובעים ממחירן הגבוה, הגורם ליקור מחיר הדירות, הקושי בהשגתן, אי-חובת השבת הכספים

1. פרופ' רייכמן, "הערת האזהרה - מהות, יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות", עיוני משפט י' 297, 331-358.

2. חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974.

הראשונים אותם הוא מונה: "ראשית, שלא כבחלופת העברת הבעלות, נשמרת ליום הבניה הבעלות והשליטה במקרקעין עד להשלמת הבניה. שנית, הערת האזהרה מקנה לקונה במפורש את ההגנה בפני הסיכונים הנובעים מבעיות כלכליות של החייב, באותה מידה שהערבות הבנקאית והביטוח עושים זאת. אולם, בעוד שבשני המקרים האחרונים ובמקרה המשכנתה, מומר החיוב לקבלת הקניין בהשבה של מזומנים, הרי שהערת האזהרה באה להבטיח את קבלת הנכס המבוטח עצמו.

שלישית, הערת האזהרה מקנה יתרון נוסף בכך שהיא יוצרת מעין עיכובן רישומי ומונעת העברות לאחרים שיש בהם כדי לסתור את תוכן ההערה.

רביעית, ההערה זולה, ניתנת לרישום גם על-ידי הזכאי בלבד וצורת רישומה פשוטה, דבר המזויל את הוצאות העסקה ומייתר ניסוח מסמכים נוספים (כמו הסכם שיתוף או שטר משכנתה).

בית-המשפט העליון אימץ את ההבחנה בין הבטוחות הקנייניות לבין הבטוחות הפיננסיות שבחוק, ב"ע"א 570/87³, שם עלתה חשיבות ההבחנה הנ"ל בדיון בראציונאל הדרישה (עליה נעמוד להלן בהרחבה) כי ההתנאה על אפשרות מחיקת הערת האזהרה תהא מפורשת. וכך אמר בית-המשפט:

"הטעם להקפדה על כך שתימצא הוראה מפורשת בדבר האפשרות למחוק הערת אזהרה הוא בהכרח להעמיד את רוכשי הדירות על הצורך לדרוש מן הקבלן בטוחה אחרת. "אילו לא היה בעל המקרקעין רושם את ההערה או היה מסייגה במפורש, עשוי היה הקונה לתבוע מהיום בטוחה אחרת" (פרופ' א' רייכמן, "הערת אזהרה - מהות, יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות", עיוני משפט י (תשמ"ד-מ"ה) 297, 345). בענייננו, התחייב הקבלן להעניק לרוכשי הדירות בטוחה אחרת (פוליסת ביטוח ב"קידום" על-פי סעיף 111 להסכם הקומבינציה), אך אין בכך כדי להשלים את שלא נאמר בהסכם במפורש, שכן לא הרי בטוחה פינאנסית (ביטוח או ערבות בנקאית) כבטוחה קניינית. רוכש דירה מן הקבלן זכאי לדעת את המצב המשפטי לאשורו ולכלכל צעדיו בהתאם לכך."

ההשבה אינה חלה בכל אותם מקרים, שנמנו לעיל, בהם נמנע מהקונה לקבל את הקניין בשל פגמים בזכות המוכר או בעטייה של התנהגותו. גם אם ינתן לבסוף כנגד המוכר צו פירוק או למינוי כונס נכסים, כתוצאה מתביעת הקונה בגין ההפרה, הרי לא יהיה הקונה זכאי להשבה. הטעם לדבר נעוץ בכך שהסיבה לאי-העברת הבעלות מקורה בפגם שבזכות המוכר ולא בצו הפירוק או למינוי כונס נכסים. ערבות בנקאית וביטוח המזכים את הקונה רק בזכויות הקבועות בחוק הבטחת רוכשי דירות, מותירים איפוא את הקונה חשוף בפני סיכונים לא מבוטלים. יתר-על-כן, תנאי פוליסת הביטוח והערבויות הבנקאיות אינם מפורטים בחוק או בתקנות וניסוחם נתון איפוא לשיקול-דעת הבנקים וחברות הביטוח. אם נוסף לרשימה זו של מגרעות את העובדה שבטוחה פיננסית אינה מיועדת ואין בה להבטיח את קבלת הדירה עצמה, ברור מדוע אין שתי החלופות הראשונות שבחוק קוסמות במיוחד.

הבטוחות הקנייניות הקבועות בחוק הן: בעלות משותפת, משכנתה והערת אזהרה. הרעיון להעביר בעלות משותפת לכל הקונים בחלקה עליה נבנה הבית - לא יראה בוודאי ליום הבניה. גם אם שריין היום לעצמו את זכות החזקה בשטח עד להשלמת הבניה, הרי הפרת חוזה מצידו עלולה לגרום לסילוקו מאתר הבניה. די שאחד הקונים יהיה קצר רוח, או ישאף לרווח נסתר, והכול יעמדו בפני תביעה לפירוק השיתוף. הליך זה עלול לגרום נזק של ממש ליום ולקונים האחרים כאחד. ניתן אמנם למנוע קושי זה באמצעות הסכם שיתוף אך לפתרון זה מגבלות משלו, בהיותו מייקר את העסקה ומסבך את המשא-ומתן.

המשכנתה, כבטוחות הפיננסיות, אינה מבטיחה את קבלת הנכס נשוא החוזה עצמו, אלא פיצוי כספי, וההכנסות מממוש הנכס ייתכן שלא יפצו את הקונים באופן הולם. התנאים למימוש המשכנתה הקבועים בחוק זהים לתנאים שצוינו לגבי גביית הערבות הבנקאית וכספי הביטוח. מטעם זה לא יהיו הקונים זכאים לממש את המשכנתה בשל הפרות חוזה על-ידי הקבלן (לרבות הפסקת בניה לתקופה ממושכת).

בהמשך, בעמ' 309-310, עומד פרופ' רייכמן על יתרונות הערת האזהרה, כפי שאלו מתגלים מעיון ראשוני בסעיף 127 בחוק המקרקעין. לענייננו חשובים ארבעת היתרונות

ג. הערת אזהרה - זכות קניינית?

מחזקת באופן ניכר את מעמדו של רוכש הדירה מהקבלן, ומגנה עליו מפני מרבית הסיכונים הניצבים לפניו שעליהם עמדנו לעיל.

השאלה הנדונה, אם רישום הערת אזהרה לטובת רוכש הדירה מקנה לו זכות קניין, נדונה רבות בפסיקה ובספרות המשפטית. ברור הוא, כי תשובה חיובית על השאלה דגן

3. ע"א 570/87 בורשטיין נ' זאב לב הר חברה לבניין והשקעות בע"מ (כפירוק), פ"ד מד(2) 793.

1. הגישה שאינה מקובלת - הערת האזהרה הינה זכות קניינית

ראה המחוקק להגדיר "זכות במקרקעין" מהי; אמנם מלמד אותנו סעיף 161 כי "אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק" - אבל השלילה הזאת אינה מוציאה מכלל אפשרות שיש ברישום הערה בפנקס המקרקעין כדי ליצור זכות במקרקעין, שהרי זכות זו בוודאי נוצרה מכוח החוק המאפשר את רישום ההערה. כבר אמר השופט לנדוי (ב"ב"ע 178/70 בוקר נ' אנגלו ישראלית בע"מ, פ"ד כה(2) 121, 135), כי "רישום ההערה נותן לצד הזכאי על פיה הגנה מעין קניינית על זכותו החוזית..."; ואם נאמרו הדברים לגבי ההערה כפי שפעלה לפני תיקון החוק, עתה משתוקן החוק (בשנת התשל"ג-1973) וניתנה להערת האזהרה עדיפות על פני עיקולים וצווי קבלת נכסים וצווי פשיטת רגל וצווי פירוק, לא כל שכן שהערת האזהרה אמנם משקפת "זכות" של ממש, אם לא קניינית כי אז על כל פנים מעין קניינית".

גישה זו הובעה על-ידי השופטת אבנור ב"ת"א (ת"א) 2182/82 בעמ' 307:
 "...לטובת הקבלן היתה רשומה הערת אזהרה על-סמך ההסכם שבינו ובין הבעלים. הערת האזהרה היא זכות במקרקעין. הקבלן היה רשאי לרשום הערת אזהרה לטובת הרוכש, על-סמך ההסכם שבינו ובין הבעלים. הרוכש זכה בהערת אזהרה לטובתו - בתום-לב ובתמורה (סעיפים 9 ו-12 לחוק המקרקעין) ובהסתמכו על הרישום.
 (ניכר כי הכוונה לסעיפים 9 ו-10 בחוק המקרקעין, ולא ל-9 ו-12 - המחבר).
 השופט ח' כהן, ב"ע"א 68/76⁵, השאיר את השאלה בצריך עיון, אך אמר בהקשר זה, בעמ' 529:
 "אומר אך זאת בלבד שלא שוכנעתי כלל שבעל זכות במקרקעין, לעניין סעיף 126, הוא אך ורק בעל אחת הזכויות הקנייניות אשר החוק דן בהן במפורש, והן שכירות, משכנתה, זיקת הנאה וזכות קדימה. לא בכדי לא

2. הגישה המקובלת - הערת אזהרה אינה זכות קניינית

הנימוק שביסוד דעת השופט לנדוי הוא, כאמור, היות הערת האזהרה יוצרת, לדעתו, זכות שלילית בלבד. השופט בייסקי, ב"ע"א 205/83¹⁰, הוסיף נימוקים נוספים לגישה זו:
 "המשותף לזכויות הקנייניות היא יכולת הניצול, ההנאה והמימוש. ואילו הערת אזהרה נועדה כל כולה למנוע רישום עסקה הסותרת את ההתחייבות שעל פיה היא נרשמה. בצדק אומר פרופ' רייכמן, במאמרו הנ"ל, בעמ' 315:
 'מעבר לאיבחון ההגנה השלילית יש איפוא לבחון האם הוענקה שליטה כלשהי לבעל הזכות. כאשר לפנינו רק הגנה שלילית, ובוודאי כאשר זו טכנית במהותה, חסר רכיב מובהק של הזכות הקניינית."
 על נימוקים אלו לגישה הנ"ל מתח פרופ' י' ויסמן ביקורת במאמרו¹¹. ביקורת זו ניתנת לחלוקה ל-2 מישורים:
 א. הערת אזהרה מקנה יותר מאשר הגנה שלילית בלבד. זאת לאור סעיף 127(ב) בחוק המקרקעין, לפיו, משנרשמה הערת אזהרה לא יהיה בכוחם של האירועים השונים

ב"ע"א 68/76 הנ"ל השאיר אף השופט לנדוי את השאלה דנן בצריך עיון, אך אמר בהקשר זה, בעמ' 531-532:
 "...ואומר על כך רק זאת אגב אורחא: מצד אחד, יש להערת האזהרה סממנים של זכות חפצית (in rem) כי היא תופסת לא רק בין הצדדים להתחייבות שעל יסודה נרשמה האזהרה, אלא גם כלפי אחרים, דהיינו כלפי כל מי שבדעתו להתקשר בעסקה הסותרת את הזכות שלהגנתה נרשמה ההערה. אך מצד שני - והוא נראה לי הצד המכריע - אין הערת האזהרה בכחינת זכות במקרקעין, כי כל עיקרה אינו אלא שיטת מחסום בפני רישום עסקות במקרקעין למען שמור על כוחו של החיוב החוזי לרישום עסקה פלוגנית. זוהי איפוא זכות שלילית מעצם טבעה, למנוע מאחרים רכישת זכות קניינית במקרקעין, ואין היא, כשלעצמה, יוצרת זכות בעלת תוכן קנייני למאן דהוא."
 גישה זהה הביעו השופט אלון, ב"ע"א 3/78⁶, השופט גולדברג, ב"ע"א 813/85⁷ והשופט א' חלימה, ב"ע"א 784/86⁸. גישה זו אומצה אף על-ידי פרופ' רייכמן, במאמרו⁹.

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

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

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

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

8. 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.

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

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

11. פרופ' י' ויסמן, "זכות קנייני" בפסיקה: התאוריה בשירותי הפרקטיקה", עיוני משפט טו 53.

לקנייניות? זכות העדיפה בפשיטת רגל היא מתכונת היסוד של הזכות הקניינית, כפי שהסבירה השופטת כן פורת בעניין רייזמן, שנדון על ידנו לעיל. על שום מה איפוא רואה השופט בייסקי את תכונת העדיפות בפשיטת רגל כתכונה שולית, והוא מבסס את כל עמדתו, הרואה בהערת אזהרה זכות שאינה קניינית, על כך, ש"מעבר לאותה הגנה" אין הזכות קניינית. קנייניות הזכות היא הגורמת לתוצאה שהזכות משוריינת מפני מעקלים וגוברת על זכויות נושים בהליכי פשיטת רגל, פירוק ויתר האירועים המנויים בסעיף 127 לחוק המקרקעין, המובא לעיל.

...בדברינו אלה טמונה גם השגה על הנחתו האחרת של השופט בייסקי, שלפיה, 'המשותף לזכויות הקנייניות הוא יכולת הניצול, ההנאה והמימוש', יכולת שאינה מצויה בהערת אזהרה, המעניקה "רק" עדיפות בפשיטת רגל. לא מקובלת עלינו ההנחה, שזכות שכל תוכנה הוא שריונה בפשיטת רגל ובפירוק אינה יכולה להיחשב לזכות קניין. הענף המרכזי דיני קניין של סוגיית הבטוחות (ובכלל זה זכויות העיכבון השונות) לא היה לו מקום דיני קניין אם נכונה היתה הנחתו של השופט."

המנויים בסעיף (עיקול, פשיטת רגל וכו'), כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מההתחייבות נשוא ההערה. ב. אפילו היתה הערת האזהרה מקנה הגנה שלילית בלבד, אין בכך כדי לשלול את אפשרות היותה זכות קניין.

וכך כותב בהקשר זה פרופ' ויסמן:

"...אף תכונה זו אינה מעידה, לדעתנו, שהזכות אינה קניינית. זכויות קניין מובהקות מאופיינות לעיתים בתכונתן השלילית גרידא. כך, למשל, זכות הפטנט אינה מעניקה לבעליה זכות חיובית, המתירה לו לנצל את ההמצאה נשוא הפטנט. להשתמש בהמצאה היה הממציא יכול אף בטרם הוענק לו הפטנט. כל שהפטנט נתן לו הוא היכולת להניא אחרים מלנצל את ההמצאה.

כלום אין העובדה שזכות מסוימת מוגנת מפני צדדים שלישיים, כך שבעל הזכות אינו נפגע מפשיטת רגלו של החייב, מספקת כדי לאפיין את הזכות כקניינית? מדוע נדרש שמעבר למעמד של עדיפות בפשיטת רגל ובפירוק, יהיו תכונות נוספות, שרק בהתקיימן תיחשב הזכות לקניינית? וכי מה יש לבעל זכות עיכבון או משכון מעבר למעמד המיוחד בפשיטת רגל, מעמד ההופך זכויות אלה

3. הערת אזהרה כ-"שיעבוד" כמשמעו לפי פקודת החברות

נרשמו לטובת אותן משפחות. לאחר-מכן נחתם שטר המשכנתה לטובת המלווה, והשיעבודים, שכללו את הדירות שנמכרו, נרשמו בפנקס שיעבודי החברה. עם זאת, המשכנתה לא נרשמה במרשם המקרקעין.

גם כאן נכנסה החברה הקבלנית לפירוק, ושוב הורה בית-המשפט למחוק את הערות האזהרה. לטענתו הערות האזהרה הן שיעבוד, והן לא נרשמו כנדרש ולכן הן בטלות כלפי המפרק. אמנם המשכנתה נרשמה בפנקס השיעבודים, אך זו היתה לאחר יצירת ההתחייבות למכור את הדירות.

3. שוב חברה קבלנית התחייבה לרשום משכנתה, לטובת בנק שהלווה לה כספים, על חלקים מבניין שהיא בנתה על מקרקעין שבבעלותה, וזאת מייד כשיתאפשר רישומו כבית משותף. בנוסף חתמה החברה הקבלנית יפוי-כוח בלתי-חוזר לטובת המלווה שיאפשר לו לרשום את המשכנתה. בגין ההתחייבות לרשום את המשכנתה נרשמו הערות אזהרה על הנכס. ואולם, ההערות לא נרשמו בפנקס השיעבודים של החברה הקבלנית.

שוב נכנסה החברה הקבלנית לפירוק, ושוב הורה בית-המשפט קמא על מחיקת הערות האזהרה, כי הן לא נרשמו אצל רשם החברות. לדעת בית-המשפט קמא יש להבחין

הערת אזהרה שעניינה משכון מקרקעין דורשת רישום אצל רשם השיעבודים. יפוי-כוח הניתן למלווה לרשום את המשכנתה. היינו בגדר שיעבוד. סוגיה זו נדונה ב"ע"א 12425/88 אשר דן בשלוש פרשיות. תמצית וניתוח הפסיקה תוך הבאת עיקרי העובדות הינה כדלהלן.

1. חברה קבלנית שערכה הסכם קומבינציה, משכנה מספר דירות מהבניין שיבנה כדי להבטיח את חובה לחברה שסיפקה לה חומרי בניה. הערות אזהרה בגין המשכנתה, בהסכמת בעלי הקרקע, נרשמו בפנקסי המקרקעין. חברת חומרי הבניה ביקשה לרשום את ההתחייבות גם בפנקס השיעבודים של הקבלן, אך בקשתה סורבה כי דובר בהתחייבות לרישום משכנתה ולא משכנתה ממש.

עם הזמן נכנסה החברה הקבלנית לפירוק, ובפני בית-המשפט עלתה שאלת גורל הערות האזהרה של המלווה. בית-המשפט קמא הורה למחקן, שכן ההתחייבות הנדונה והערות האזהרה הן בגדר שיעבוד, אשר לא נרשם.

2. שוב חברה קבלנית התחייבה לרשום משכנתה לטובת מלווה, ונרשמו הערות אזהרה לטובת המלווה, הפעם על מקרקעין שהיו בבעלותה הישירה של החברה הקבלנית. אחר-כך התחייבה החברה הקבלנית למכור מספר דירות שהיו במקרקעין הנ"ל למספר משפחות, והערות אזהרה

12. ע"א 425/88, 793, 261, 558 איטונג בע"מ נ' לוי דוד ובניו בפירוק, פ"ד (מח) 102.

ב"ערוכה".
 האם הערת אזהרה היא משכנתה?
 התשובה לכך היא שלילית - משכנתה היא זכות במקרקעין הטעונה רישום, ואילו הערת אזהרה נרשמת רק עבור השלב הראשון, השלב החוזי. עם השלמת העסקה ורישום המשכנתה נמחקת הערת האזהרה. לכן מדובר בשני מוסדות שונים. הערת האזהרה קיימת רק בשלב החוזי ועם יצירת המשכנתה ממש היא נמחקת.
 האם הערת אזהרה היא "צורה אחרת של מתן נכסים בערובה"?
 ערובה היא בטוחה לקיום חוב כלשהו, ומטרתה לחזק את מעמד הנושה ולהפכו לנושה מובטח. כנושה מובטח יש לנושה זכות בעלת גוון קנייני בנכס המחייבת כלפי כולי עלמא, כך נושים אחרים לא יכולים להיפרע מהנכס המשועבד בטרם כובדה זכותו של בעל הערובה.
 מכך נובע שאם הערת אזהרה היא בבחינת שיעבוד על-ידי מתן ערובה, אזי בעל ההערה הוא בבחינת נושה מובטח. האם זה כך?

בין הערת אזהרה שעניינה מכר המקרקעין, ואינה דורשת רישום אצל רשם השיעבודים, לבין הערת אזהרה שעניין משכון המקרקעין הדורשת רישום אצל רשם השיעבודים. לדעת בית-המשפט קמא גם יפוי-הכוח שניתן למלווה לרשום את המשכנתה הינו בגדר שיעבוד.
 לכל הפרשיות הנ"ל שאלה משפטית משותפת - האם הערת אזהרה שעניינה התחייבות לרשום משכנתה על נכס מקרקעין שבבעלות חברה חייב ברישום אצל רשם החברות, בנוסף לרישום במרשם המקרקעין.
 חובת רישום שיעבוד של החברה אצל רשם השיעבודים מעוגנת בסעיף 178 לפקודת החברות, וכוללת גם שיעבוד נכס מקרקעין או שיעבוד של עניין בנכס מקרקעין (סעיף 178(2) לפקח"ב). השאלה היא האם הערת אזהרה הינה בגדר המונח "שיעבוד" בין כשיעבוד נכס מקרקעין ובין כשיעבוד עניין בנכס מקרקעין.
 סעיף 1 לפקודת החברות בהגדרת "שיעבוד" מבחין בין שני סוגים של שיעבוד: 1. משכנתה; 2. שיעבוד כללי ובעל תוכן משתנה - "כל צורה אחרת של מתן נכסים

4. טיבה ומהותה של הערת האזהרה - כללי

בה סממנים קנייניים בולטים.
 לזכות הקניינית שני סממנים מרכזיים: זכות העקיבה - לבעל הזכות יכולת לאכוף את זכותו כלפי כל המחזיק בנכס; זכות העדיפות - לבעל זכות קניינית עדיפות על כל מי שירכוש אחריו זכויות קניין בנכס ועל כל מי שיטען לזכות אישית בנכס.
 הערת האזהרה עונה רק בחלקה על שתי תכונות אלו: לגבי העקיבה - אכן לא ניתן להעביר בעלות בנכס, אלא אם נקבע במפורש בחוזה המכר כי הבעלות מועברת בכפוף להערה, ולכן לכאורה זכות העקיבה המתקיימת גם לגבי הערת האזהרה. אבל תכונת העקיבה הזו נובעת מהמחסום הרישומי שיוצרת ההערה ואין היא טבועה בהערה גופא. לגבי העדיפות - שוב פעם, אכן לא ניתן לרכוש זכות קניינית בנכס אלא בכפוף להערה, אבל עובדה זו נובעת רק מהמחסום הרישומי ולא מדובר כאן בעדיפות מהותית. לעומת זאת בנסיבות שלסעיף 127(ב) נותנת הערת האזהרה לבעליה עדיפות מהותית מכוחה היא ולעדיפות זו גוון קנייני בולט. עיקרון מקובל הוא שעמידותה של הזכות במצבי חדלות פרעון היא אחד המבחנים החשובים לגבי קנייניותה.
 לכן - הערת האזהרה איננה קניינית באופן מלא, אבל יש בה מתכונות היסוד של הזכות הקניינית. לכן יש לראות בהערת האזהרה יצור כלאיים, אשר אופיה מתגלה באופן שונה בנסיבות השונות. לכן אין לחפש הגדרה גורפת

קיימות שתי עמדות בסיסיות לגבי מהותה של הערת האזהרה:
 1. הערת האזהרה אינה בבחינת זכות במקרקעין שכן פועלה הוא שלילי-מניעתי בלבד. עמדה זו נתמכת על-ידי השופט לנדוי בהלכת אטיאס¹³, השופט ד' לוי בהלכת חובני¹⁴ ופרופ' רייכמן.
 2. הערת האזהרה משקפת זכות מעין קניינית. עמדה זו נתמכת על-ידי השופט ח' כהן בהלכת אטיאס ופרופ' ויסמן. פרופ' פרוקצ'יה אף רואה בהערת האזהרה זכות קניינית של ממש.
 הסיבה לגישות המנוגדות נעוצה בסעיף 127 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: "חוק המקרקעין"). סעיף 127(א) לחוק המקרקעין יוצר הוראה טכנית-מניעית המונעת רישום עסקאות סותרות. סעיף 127(ב) קובע עדיפות מהותית של בעל הערת האזהרה על פני נושים אחרים של החייב, בקבעו כי בעל ההערה לא יפגע מעיקול מאוחר או מחדלות פרעון של החייב.
 לפי הגישה הראשונה סעיף 127(א) יוצר מוסד שאופיו שלילי בלבד - מניעת רישום עסקה סותרת, ואין היא בגדר זכות קניינית.
 עם זאת, סעיף 127(ב) הרחיב את הערת האזהרה אל מעבר למישור המניעתי ונתן לה צביון פוזיטיבי מהותי.
 שניות זו גורמת לכך שהערת האזהרה לא תהא קניינית לחלוטין אך מאידך אין לומר שהיא לא-קניינית, שכן יש

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

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

יוכרע על-פי אלו מהמאפיינים שלה אשר להן ביטוי מיוחד באותו הקשר.

וממצה להערת האזהרה אלא יש לבחנה בכל מקרה ומקרה על רקע הסיטואציה המשפטית העובדתית הקונקרטית. סיווגה ומיונה של הערת האזהרה, ככל שהדבר נדרש,

5. הערת אזהרה כשיעבוד על-פי פקודת החברות

ההקשר הספציפי שלאורו עלינו לבחון את מהותה של הערת האזהרה.

כזכור, הערת האזהרה חייבת ברישום בפנקסי השיעבודים שאצל רשם החברות רק אם היא בגדר "שיעבוד". זהו

(א) הערת האזהרה כשיעבוד - בחינה עיונית

להטלת ערובה - שניהם הופכים את בעליהם לנושה מובטח. האם די בכך כדי להפוך את הערת האזהרה ל"ערובה לחיוב"? האם המכריע הוא אופיה הבטוחתי של הערובה, הבא לידי ביטוי בעיקר במצבים של חדלות פרעון?

התשובה לכך היא חיובית. הדבר דומה לזכות העכבון - גם לו שני פנים: פן פרוצדוראלי, הזכות לעכב את הנכס כדין, ופן בטוחתי, בעל העכבון הופך לנושה מובטח. לכן זכות העכבון הינה בחוקת "ערובה לחוב" (ראה הגדרת "נושה מובטח" בסעיף 1 לפקודת פשיטת רגל, וסעיף 11(א) לחוק המיטלטלין). לכן רואים אנו שאין מניעה עקרונית שערובה תהא כזו שפועלה העיקרי הוא במצבי חדלות פרעון של החייב. כך גם הוא טיבה של הערת האזהרה.

לסיכום - הערת האזהרה הופכת את בעליה למעשה לנושה מובטח ולכן יש לראות ברישומה משום יצירת ערובה להבטחת זכותו של הזכאי על פיה ולכן היא בגדר "שיעבוד", כמוגדר בסעיף 1 לפקודת החברות. זוהי גם דעתו של פרופ' פרוקצ'יה. אכן הערת האזהרה אינה מיטיבה את מצב הנושה כמו משכנתה: במשכנתה הנושה יכול להיפרע ישירות מהנכס עצמו, והוא אינו נדרש לצו שיפוטי והוא יכול לעשות זאת אף טרם הפך החייב לחדל פרעון. ואולם הערת אזהרה עונה על החלק השני של הגדרת "שיעבוד", ולעניין זה די שמתקיימים בה תכונות היסוד של מוסד הערובה. גם אם אין היא "ערובה" במובן הקלאסי של מונח זה, הרי שתוצאות פעולתה משווים לה אופי כזה ולכן ניתן לראות בה סוג מיוחד של ערובה ושיעבוד.

יתרונו של הנושה המובטח הוא בעיקר במצבים של חדלות פרעון של החייב. מאחר שקבענו שיש לבחון את אופיה של הערת האזהרה על-פי ההקשר המתאים, אזי עלינו לבחון במסגרת השאלה האם הערת האזהרה הופכת את הזכאי לנושה מובטח, ואת פועלה של הערת האזהרה בעיקר במצבים של חדלות פרעון.

על-פי סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין במצבים של חדלות פרעון ההערה מעניקה לבעליה עדיפות על שאר נושי החייב. גם אם לא תוענק לבעל ההערה הזכות שהובטחה לו, עדיין יזכה הוא בתמורה כספית בגין הסכמתו למחוק את ההערה לבקשת בעל הקרקע, וזאת כדי לאפשר לו לבצע עסקאות בקרקע. השופט אף מציין כי הוא נוטה לגישה לפיה היתרון המתגלם בהערת האזהרה אף יאפשר לרשום את הזכות נשוא ההערה, וזאת גם בהתרחש האירוע המפורט בסעיף 127(ב).

בכל מקרה רואים אנו כי במצבים של חדלות פרעון הערת האזהרה מקנה לבעליה עדיפות על יתר נושי החייב, ודי בכך כדי לשוות לבעל ההערה מעמד של נושה מובטח, שנבחן בראש ובראשונה במידת עמידתו במצבים של חדלות פרעון של החייב.

גם אם נפעיל את המבחן של השופט ש' לויין - על פיו נושה מובטח הוא נושה שבידו שיעבוד אשר ויתור עליו מגדיל את נכסי החייב, ברור הוא כי בעל הערת האזהרה הוא בבחינת נושה מובטח, שכן ויתור על הערת האזהרה תגדיל את ערך מצבת הנכסים של החייב. אלמלא הויתור, הנכס היה מועבר לבעל ההערה או שהוא היה נמכר בכפוף להערה, דבר שמקטין את ערכו. מכך רואים אנו כי יש דמיון בין רישום הערת האזהרה

(ב) הערת אזהרה כשיעבוד - תכלית החקיקה

הסיטואציה הנדונה וההסדר החקיקתי הרלוואנטי. מהי תכלית ההוראות המחייבות רישום בפנקס שיעבודים

הבחינה על-פי תכלית החקיקה עונה על הכלל לפיו יש למיין את הערת האזהרה בכל מקרה לגופו על-פי

נוסף כלשהו, מעבר לרישום בפנקסי המקרקעין. בטענה זו אין ממש, שכן העדיפות חלה "כל עוד לא נמחקה ההערה" ומשלא נרשמה בפנקס החברות דינה להימחק. ניתן גם לטעון שלאור סעיף 163 לחוק המקרקעין (הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות) ההסדר שבפקודת החברות הוא הקובע.

לסיכום כללי - הערת אזהרה היא סוג מיוחד של "שיעבוד", על-פי הגדרתו בסעיף 1 לפקודת החברות, ולכן היא טעונה רישום בפנקס שיעבודי החברה, על-פי סעיפים 178-179 לפקודת החברות. יצוין כי הלכה זו רלוואנטית ל-"שיעבוד" על-פי הגדרתו בפקודת החברות בלבד. עוד יש לציין כי הערת האזהרה לגבי המקרקעין היא שיעבוד של המקרקעין עצמו ולא שיעבוד של עניין בנכס מקרקעין. החלופה של "שיעבוד... עניין בנכס מקרקעין" תחול רק כאשר החברה משעבדת נכס מקרקעין שאינו בבעלותה אלא שיש לה זכות חוזית או קניינית לגביו.

לכן - יש למחוק את כל הערות האזהרה נשוא הערעורים הנ"ל, שכן הם לא נרשמו תוך 21 יום מיום אישור שטר ההתחייבות, שמכותו נרשמו ההערות, לרישום במרשם המקרקעין.

עם זאת - בכל אחד מהערעורים הועלו מספר טענות הגנה ספציפיות.

שהוטלו על נכסי החברה?

המטרה היא שכל מעוניין יוכל לעמוד על קיומם בקלות ובעלות נמוכה. על-פי סעיף 178 לפקודת החברות הרישום ברשם החברות הוא תנאי הכרחי לתוקף השיעבוד כלפי צד ג', וכל רישום אחר, אצל רשם המשכונות או רשם המקרקעין למשל, אינו מחליפו. הסיבה לכך היא שלעיתים פלוני מעוניין לקבל מידע על החברה כולה, ולא על נכס ספציפי שלה, ואז המקום היחיד בו הוא יוכל לעשות זאת בנוחות זה אצל רשם החברות. היגיון זה כוחו יפה גם לגבי הערות אזהרה שנרשמו על מקרקעי החברה. להערת האזהרה סממנים קנייניים הבאים לידי ביטוי במיוחד כאשר החברה מגיעה לפירוק, שאז בעל הערת האזהרה זוכה בנכס או יכול לדרוש "כופר" לפדיון הערת האזהרה. לכן חשוב למי שמעוניין לדעת את מצבה הכלכלי של החברה שידע גם על הערות האזהרה שנרשמו על מקרקעיה, בנוסף למידע על המשכנתאות שעליהם. לצורך מטרה זו אין גם חשיבות לסוג ההתחייבות המובטחת על-ידי הערת האזהרה, שכן כל הערת אזהרה מעניקה לבעליה יתרון על פני נושים אחרים כאשר החברה מגיעה לפירוק. לכן אין להבחין בין הערת אזהרה כשהתחייבות היא מכר לבין הערת אזהרה כשהתחייבות היא משכנתה. הצדדים הרלוואנטים העלו טענה לפיה סעיף 127(ב) לא מתנה את עדיפותה של הערת האזהרה בעת פירוק ברישום

פרשה 1

הבעלים הרשום בשל התחייבותו, והערת האזהרה השניה נרשמת על זכותו של בעל ההערה הראשונה.

לכאורה ישנה בעייתיות בהכרה בהערות אזהרה אנכיות שכן סעיף 126(א) מדבר על "בעל מקרקעין או בעל זכות במקרקעין" אשר יוצר התחייבות לגבי המקרקעין, אך מכוח הכלל כי הערת האזהרה תיבחן בכל עניין והקשר לגופו, נראה שדי במאפייניה הקנייניים כדי לשוות לה צביון קנייני כך שתבוא היא בגדר סעיף 126(א) וניתן יהיה לרשום מכותה גם הערת אזהרה נוספת.

במקרה של הערות אזהרה אנכיות אין בעל המקרקעין מחוייב על-פי ההערה השניה שכן אין כל זיקה בינו לבינה, כמו-כן בעל ההערה השניה מובטח רק ככל שבעל ההערה הראשונה מובטח בזכותו שלו. לכן בהתבטל הערת האזהרה הראשונה מתבטלת גם הערת האזהרה השניה. בהתאם לכך אין גם צורך בהסכמת בעל המקרקעין לשם רישום הערות האזהרה האנכיות.

בענייננו אין המדובר רק בהערות אזהרה אנכיות שכן ההתחייבות היא גם התחייבותם של בעלי המקרקעין, ולכן הערות האזהרה רשומות למעשה גם על זכויותיהם. יש להזכיר כי הערת אזהרה אנכית כלל אינה טעונה הסכמה או שיתוף פעולה של בעל המקרקעין, ולכן אם זה היה המקרה כאן לא היתה נדרשת כלל חתימה של בעל

כאן החברה הממשכנת אינה הבעלים של הקרקע אלא לזכותה רק הערת אזהרה לגביה, כפי שנרשמה במסגרת הסכם הקומבינציה שערכה עם בעל המקרקעין. בהסכמת בעל המקרקעין נרשמה הערת אזהרה גם לטובת המלווה, כאשר נשוא ההתחייבות הוא משכנתה, לטובת המלווה, בדירות.

מקרה זה הוא קצת מסובך על-פי חוזה ההלוואה יש כאן שתי התחייבויות - התחייבות של החברה הקבלנית לרשום משכנתה על הדירות שיועברו לבעלותה, והתחייבות של בעל המקרקעין לרשום משכנתה אם עד תאריך מסויים לא יועברו הדירות לבעלות החברה הקבלנית או אם יוצא צו פירוק או צו כינוס נכסים נגד החברה, או אם יוטל עיקול על הנכס. יודגש כי גם בעל המקרקעין חתם על חוזה ההלוואה, ובכך הפך זה להיות חוזה משולש המחייב את כל הצדדים.

במצב של ריבוי הערות אזהרה יש להבחין בין שני מקרים:

1. הערות אזהרה אופקיות - מספר הערות אזהרה בשל התחייבויות של בעל המקרקעין (למשל: התחייבות להשכיר חלק פלוני והתחייבות להשכיר חלק אלמוני של המקרקעין).

2. הערות אזהרה אנכיות (הערת אזהרה על גבי הערת אזהרה) - הערת אזהרה ראשונה נרשמת על זכויותיו של

לכן הערת האזהרה שהינה על התחייבות בעל המקרקעין שרירה וקיימת גם ללא הרישום אצל רשם החברות. אין בבטלות הערת האזהרה על הזכות של החברה כדי לשנות מתוקפה של הערת האזהרה כלפי הבעלים. לכן רשאית המלווה לדרוש מבעלי המקרקעין לרשום את המשכנתה כפי שהובטח לה, ולכן מבחינת ההתחייבות של בעל המקרקעין אין למחוק את הערת האזהרה. לאור האמור לעיל לא נכריע במשמעות של פניית המלווה לרשם החברות לרשום את הערת האזהרה כשיעבוד, אשר נדחתה בנימוק כי אין לרשום את הערת האזהרה אלא נדרש שטר משכנתה של ממש.

המקרקעין.

בענייננו נראה כי בהערת האזהרה מגולמות שתי הערות אזהרה שונות: האחת על זכותה האובליגטורית של החברה המובטחת בעצמה על-ידי הערת אזהרה. זוהי הערה אנכית. ההערה השניה רשומה על הקרקע עצמה ומבטיחה את רישום המשכנתה על-ידי בעל המקרקעין בהתקיים אחת העילות לכך, על-פי חוזה ההלוואה עליו גם הוא חתום. זוהי הערה אופקית המתקיימת לצד הערת האזהרה של החברה הקבלנית מכוח הסכם הקומבינציה. גם אם מסיבה כלשהי תימחק הערת האזהרה מכוח הסכם הקומבינציה תישאר הערת האזהרה לטובת המלווה ותחייב את הבעלים.

פרשה 2 - רישום שטר המשכנתה אצל רשם החברות

פרוצדוראלי, שכן הרישום משקף זכות שיעבוד שטרם נוצרה. לכאורה רשם החברות רשם משכנתה על מקרקעין של החברה, אך משכנתה זו כלל אינה קיימת, שהרי טרם אושרה לרישום במרשם המקרקעין, ובלא אישור זה אינה יכולה להירשם ולהגיע לכלל השלמה. יש לציין כי שטר המשכנתה עצמו, טרם אישורו, אינו יוצר כל שיעבוד שהוא שנדרש לרשמו אצל רשם החברות. רישום שיעבוד על-פי השטר בלבד הינו רישום של שיעבוד שאינו קיים ולכן הינו שגוי, מוטעה ומטעה. אמנם סעיף 185 לפקודת החברות קובע כי תעודה מאת הרשם מהווה "ראיה חלוטה שנתמלאו כל הדרישות בנוגע לרישום", ואולם הראיה החלוטה היא רק לגבי הדרישות הנוגעות לרישום בפנקס החברות, ואין עניינה בתוכנו ותוקפו של השיעבוד עצמו. הדין הוא שכאשר נרשם אצל רשם החברות שיעבוד חסר תוקף אין בכוחו של הרישום להעניק לו תוקף, ואף סעיף 185 לפקודת החברות לא קובע אחרת. כאשר על-פי החיקוק החיצוני לפקודת החברות, היוצר את השיעבוד, השיעבוד בטל או טרם נוצר כבענייננו, אין הרישום בפנקס השיעבודים של החברות כדי לתת לו חיים. לכן - מאחר שהמשכנתה שנרשמה בפנקס השיעבודים הינה חסרת תוקף, ומאחר שההערות האזהרה נרשמו רק במרשם המקרקעין ולא בפנקס השיעבודים אזי גם תוקפן לא השתכלל כלפי מפרקי החברה ונושיה. לכן - בדין הורה בית-המשפט קמא על מחיקת הערות האזהרה שנרשמו לטובת המלווה.

בפרשה זו לאחר רישום הערות האזהרה נחתם על-ידי החברה שטר משכנתה, אשר מכוחו נרשם שיעבוד אצל רשם החברות. ביני לביני נרשמו הערות אזהרה לטובת רוכשי הדירות על-פי הסכמי המכר בינם לבין החברה הקבלנית.

לניתוח הפרשה יש לציין כי רישום השיעבוד לא היה של הערות האזהרה אלא של המשכנתה עצמה. ההתחייבות למשכנתה והמשכנתה הינם מוסדות שונים - הראשון הוא התחייבות חוזית לרישום משכנתה בעתיד, רישום הערת האזהרה מתייחס להסכם החוזי הנ"ל. לעומת זאת, שטר המשכנתה מבטא את הסכמת הצדדים ליצירת השיעבוד באותו מועד עצמו (או לכל המאוחר כאשר השטר מוגש לאישור). כלומר המשכנתה היא עסקה קניינית מלאה.

שטר המשכנתה חייב להיות מוגש לרשם המקרקעין כדי שזה יאשרו וירשמו על-פי תקנות המקרקעין (ניהול ורישום). כך רואים אנו שאישור רשם המקרקעין הוא תנאי חיוני להשלמת העסקה במקרקעין.

אישור ההתחייבות החוזית לרישום משכנתה ורישום הערת האזהרה כתוצאה מכך אינם שקולים לאישור שטר המשכנתה עצמו, שכן מדובר בשני מוסדות שונים.

בענייננו המשכנתה עצמה נרשמה על-ידי רשם החברות, טרם שנרשמה בפנקסי המקרקעין. בכך נפל פגם חמור, שכן על-פי סעיף 179(א)(2) לפקודת החברות טרם רישום המשכנתה בפנקסי השיעבודים צריכה היא לשאת את אישורו של רשם המקרקעין. אין המדובר בפגם

פרשה 3 - תוקפו של יפוי-הכוח לרישום המשכנתה

את המשכנתה לטובת הבנק. לטענת הבנק גם אם יש למחוק את הערות האזהרה שנרשמו בשל ההתחייבות

כאן חתמה החברה הקבלנית על יפוי-כוח בלתי-חוזר שבו הסמיכה את עורך-הדין של הבנק המלווה לרשום בשמה

הכלל הוא שלשלוה אין כוחות וזכויות עודפים על אלו של שולחו. לכן אם הוגבל או נשלל כוחו של השולח לבצע פעולה כלשהי בנכס גם ישלל כוחו של השולח לעשות כן, וזאת אף אם יחסי השליחות כשלעצמם ממשיכים. במקרה דנן - יפוי-הכוח נועד להבטיח את זכותו של המלווה שתירשם לזכותו משכנתה. המשכנתה עצמה טרם נרשמה והערת האזהרה לטובת המערער אינה עומדת לו עוד בשל אי-רישומה אצל רשם החברות. לכן המערער הוא בגדר נושה בלתי-מובטח, ומכך נובע כי אין החברה רשאית להעניק לו את המשכנתה להבטחת פרעונו המלא של החוב שהיא חייבת לו. בכך תהא העדפה פסולה הפוגעת בעיקרון השיוויון בין הנושים מאותו המעמד. מאותו הרגע בו הוגבל כוחה של החברה להקנות זכויות בנכסיה על-פי דיני פירוק החברות הוגבל גם כוחו של השולח לפעול על-פי יפוי-הכוח ולבצע פעולות אלו. כפי שנאמר בהלכת הנאמנים לנכסי רפיח ובורקין - היפוי-כוח הוא בלתי-חוזר במובן זה שהשולח אינו יכול לבטל את השליחות, והשולח רשאי לבצע את השליחות במקומו על-אף התנגדותו, ואולם זאת כל עוד השולח יכול ורשאי לעשות זאת בעצמו. לכן - יש לדחות את טענת הבנק המלווה כי יפוי-הכוח תקף ויש לרשום על פיו את המשכנתה לטובתו. השופטים שמגר, בך, אור, מצא: מסכימים.

לרשום משכנתה, הרי שיפוי-הכוח עדיין קיים והבנק זכאי שיעשה בו שימוש לרשום משכנתה לזכותו. יפוי-הכוח אינו יוצר זכות מהותית אלא הוא מכשיר להבטחת מימוש זכות קיימת שנוצרה מחוצה לו. יפוי-הכוח אינו יוצר לזכאי על פיו זכויות נלוות בעלות אופי בטוחתי. כך אם החייב הופך לחדל פרעון אין יפוי-הכוח הופך את הזכאי על פיו לנושה מובטח. לכן יפוי-הכוח אינו "שיעבוד", כמובנו בפקודת החברות, כמו שסבר בית-המשפט קמא. המערער טוען כי על-פי סעיף 14 לחוק השליחות יפוי-הכוח עדיין תקף, על-אף פירוק החברה. מכוח סעיף 14 הנ"ל השליחות לא מסתיימת עם פירוקו של התאגיד, אם ההרשאה ניתנה להבטחת זכותו של אדם אחר או השלוח עצמו, וזכותם תלויה בביצוע השליחות. בענייננו יפוי-הכוח בא להבטיח את זכותו של הבנק, ולכן מבחינת דיני השליחות אין בפירוק החברה כשלעצמו להביא לביטול יפוי-הכוח. יש לציין כי את מונח "פירוק" בסעיף 14 לחוק השליחות יש לפרש כחל גם על חברה שעוד לא פורקה אלא אך נפתחו הליכים לפירוקה. ואולם - שאלה נפרדת היא האם הזכות הבסיסית שלהבטחתה בא יפוי-הכוח מלכתחילה לא נפגעת מפיטת הרגל או הפירוק. שאלה זו אינה מוסדרת בדיני השליחות, אלא בדיני פשיטת הרגל ופירוק החברות.

ד. הזכות לרשום הערת אזהרה לטובת הרוכש

מיופה-הכוח לכך עם חתימת הסכמי רכישה עם הרוכשים. כל שופטי ההרכב הסכימו שרוכש הדירה זכאי לרשום הערת אזהרה לטובתו. השופט ח' כהן פסק, בעמ' 529: "4. לפי הנוסח המקורי של סעיף 127(א) לחוק המקרקעין, יכול והבקשה לרישום הערה תוגש על-ידי בעל המקרקעין או בעל הזכות בהם, או על-ידי הזכאי כשנקבע בהתחייבות שרישום הערה יוכל להיעשות לפי בקשתו. התיקון משנת התשל"ג-1973 הסיר את הצורך בקביעה מפורשת תוך ההתחייבות, שיש בה כדי להסמיך את הזכאי לבקש רישום הערה; עתה יוכל הזכאי על-פי ההתחייבות לבקש רישום הערה, בין אם הוסמך לכך בהתחייבות ובין אם לאו. אך עדיין יכול ובעל המקרקעין יסמיך, בהתחייבות כלפי פלוני לעשות עסקה במקרקעין, את פלוני או את פלוני לרשום הערת אזהרה על מקרקעיו - פלוני, שהרי התחייבות היא כלפיו, והוא הזכאי המיידית על פיה;

סעיף 126(א) לחוק המקרקעין קובע: "126. הערת אזהרה (תיקונים: התשל"ג, התשנ"ד) (א) הוכח להנחת-דעתו של הרשם כי בעל מקרקעין, או בעל זכות שכירות, שאילה וזיקת הנאה, זכות קדימה או משכנתה, התחייב בכתב לעשות בהם עסקה, או להימנע מעשות בהם עסקה, ירשום הרשם, על-פי בקשת מי שהתחייב או מי שזכאי לפי ההתחייבות (להלן: הזכאי), הערה על כך; לעניין זה אין נפקא מינה אם ההתחייבות היתה בהסכם, בהרשאה בלתי-חוזרת או במסמך אחר, ואם היתה מפורשת או משתמעת, מוחלטת או מותנית." רוכש הדירה אינו צד להסכם הקומבינציה. אף-על-פי-כן, במרבית עסקאות הקומבינציה, זכאי הוא לרשום בעצמו את הערת האזהרה לטובתו (להבדיל מרישומה על-ידי הקבלן). ב-ע"א 68/76¹⁵ כלל הסכם הקומבינציה בין מילוא (בעל המקרקעין) לבין ממן (הקבלן) סעיף, שלפיו התחייב מילוא: "לרשום הערות אזהרה לזכות רוכשי דירות ועסקים בבית החדש לפי דרישת ממן ו/או הרוכש או להסמיך את

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

נרשמה...".

באותה פרשה הועלתה אף השאלה אם הסכמת הבעלים לרישום הערת האזהרה יכולה להינתן בדיעבד, ולחילופין - אם ייתכן שהבעלים יהיו מנועים מלערוך את הטענה שהערת האזהרה נרשמה שלא בהסכמתם. שאלה זו התעוררה עקב טענת הבעלים שם שעורך־הדין דגן, שהיה אחד מבין שני עורכי־דין שלידי שניהם נמסר יפוי־כוח מטעם כדורי - הבעלים, רשם הערת אזהרה לטובת הרוכשים על דעת עצמו, בעוד שביפוי־הכוח המקורי שנתנו הבעלים נאמר שעורך־הדין דגן מוסמך לפעול על־פי יפוי־הכוח אך ורק עם עורך־הדין וילכה, השופטת נתניהו החזירה את התיק לבית־המשפט המחוזי על־מנת שידון בשאלה הנ"ל.

ב"ה"פ (ת"א) 975/85¹⁹, דן בית־המשפט המחוזי בסוגיות אליהן היפנה בית־המשפט העליון (ב"ע"א 617/88 הנ"ל). תחילה, נבחנה השאלה אם השימוש שעשה עורך־דין דגן ביפוי־הכוח, לרישום הערות האזהרה לטובת הקונים, נעשה בהסכמת בעלת הקרקע, כנדרש על־פי ההסכם בין בעלת הקרקע והקבלן. תשובת בית־המשפט היתה שלילית, כלומר - שהערת האזהרה נרשמה ללא ידיעה, ובוודאי שללא הסכמה, מצד בעלת הקרקע. בית־המשפט הוסיף כי העובדה שיפוי־הכוח הבלתי־חוזר לא נזכר בחוזה שבין בעלת הקרקע לבין הקבלן - אינה מעלה ואינה מורידה.

"שימוש תקין ביפוי־כוח מטעם בעלת הקרקע נתפש כטכניקה בה ניתנה ההסכמה גם מבלי שיהיה מעוגן בחוזה".

השאלה השניה שנבחנה היתה האם, כטענת הקונים, מנועה בעלת הקרקע מלערוך כלפיהם את הטענה שהערת האזהרה נרשמה ללא הסכמתה.

בסיכומים מטעמים הצביעו הקונים על כך שבעלת הקרקע הסכימה לדחות את הדיון בעתירתם (להצהיר על כך שהערת האזהרה לטובת הרוכשים נרשמה שלא כדין) בחמישה חודשים, על־מנת לאפשר את השלמת הבניין, וזאת בעקבות הצהרה מפי בא־כוחו של הקבלן, שהבניין אכן יושלם בתקופה זו. לטענת הקונים, בכך "ויתרה כדורי על טענה זאת שכן כל שהיה לנגד עיניה התמצה בהשלמת דירתיה בבניין".

טענה זו לא היתה מקובלת על בית־המשפט.

"אין ספק שלו היה הבניין מושלם כמתוכנן, ולא היו מתגלעות בעיות ביישום הסכם הקומבינציה, לא היתה לחברה כל סיבה להתנגד לרישום הערות האזהרה לטובת הקונים. אין זה סוד שקיום ההסכם מצד הקבלן - הוא האינטרס שקידומו עמד בראש מעייניה של החברה, ועל כך

ופלמוני, מקום שההתחייבות כלפי פלוני נעשית על־מנת שפלוני יתחייב כלפי פלמוני להעניק לו, כאילו מטעם בעל המקרקעין, זכות במקרקעין אלה. כשם שבעל המקרקעין מבטיח לפלוני, על־ידי רישום ההערה, את קיום התחייבותו כלפיו, כן מבטיח הוא לפלמוני, על־ידי רישום ההערה, את קיום ההתחייבות שפלוני התחייב כלפי פלמוני מכות התחייבותו של בעל המקרקעין כלפי פלוני". השופט כהן הסיק כי בחוזה היתה הסמכה של צד שלישי לרישום הערה. לדבריו, בעמ' 530:

"...לעניין זה אין נפקא מינה שהחווה נוקט לשון "התחייבות" לרישום הערה - כשם שאין נפקא מינה שלעניין ההערה לטובת הקבלן עצמו ההתחייבות היא להרשות לו לרשמה, ואילו לעניין ההערות לטובת רוכשי הדירות ההתחייבות היא לרשמן. בין כה וכה הביע בעל המקרקעין בהתחייבות זו את הסכמתו מראש לכך שהערת הללו יירשמו".

בפסקי־דין מאוחרים יותר נשנתה ההלכה לפיה הסכמת בעל הנכס לרישום הערת אזהרה לטובת קונה הדירה מקנה לקונה הדירה עצמו זכות לרישום הערת אזהרה לטובתו, אף שאינו צד להסכם הקומבינציה.

מאידך גיסא, הסכמת בעל הקרקע כאמור היא תנאי הכרחי לקיום זכות הרוכש לרישום הערת אזהרה לטובתו.

על כך ניתן ללמוד, בין היתר, מ"ע"א 205/83¹⁶ ומ"ע"א 813/85¹⁷. לאחרונה נשנתה הלכה זו ב"ע"א 617/88¹⁸.

לעניין זה הוסיפה השופטת נתניהו ב"ע"א 617/88 הנ"ל: "על הסכמה זו ניתן ללמוד מהוראה בחוזה שבינו לבין הקבלן או ממתן יפוי־כוח בלתי־חוזר שנותן בעל הנכס להבטיח את זכויות הקונים, בו הוא מסמיך את מורשהו לרישום הערת אזהרה, או משני אלה גם יחד".

בהסכם הקומבינציה שנדון שם, נאמר בסעיף 5:

"ממועדי קבלת ההיתר יהיה קירשנבאום זכאי למכור דירות לקונים לרישום הערות אזהרה לטובתם, בהסכמת 'כדורי'".

באותה פרשה, בה חברת אחים כדורי היתה בעלת הקרקע וקירשנבאום היה הקבלן, לא הועלתה כל טענה נגד הוראה גורפת זו, שהתנתה את קיום התחייבות בעל הנכס לרישום הערות אזהרה בהסכמה ספציפית בכל מקרה ומקרה, והשופטת לא התייחסה על־כך לשאלה זו. היא ציינה אך זאת:

"ניתן להבין את ההתנאה הזאת מבחינתו של בעל הנכס המבקש להבטיח את עצמו כלפי הקבלן כי האחרון יעמוד כלפיו באותן התחייבויות שמילויין קודם לרישום ההערה, להבדיל מהפרה מאוחרת שאף כשהיא מקנה זכות לביטול הסכם הקומבינציה אין בה כדי לבטל הערה שכבר

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

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

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

19. ה"פ (ת"א) 975/85 אחים כדורי חברה לבניין נ' ולנסי והרשע ואח', תק"מח (1) 121.

בטענת השיהוי שהועלתה בהקשר זה...
 14. אף העובדה שהחברה לא התלוננה במטרה כנגד עורך-דין דגן (סעיף 15.3.1 לסיכומים מטעם הקונים) אינה מעידה על ידיעה מצידה על השימוש בפיגור-הכוח "מתוקן", או על אישורו בדיעבד של הפעולות שנעשו מכוחו. יתכן שבהגשתה של תלונה כזו היה כדי לחוק במידת מה את גרסת החברה ואנשיה, אך כאמור – גירסה זו (על-פי דיני הראיות במשפטים אזרחיים) אמינה עלי גם כן, ובא-הגשת התלונה איני רואה ראייה משמעותית לכיוון השני.

15. מן הדברים שנאמרו עד כאן ברור כי גם הטענה המובעת בסעיף 15.4 לסיכומים מטעם הקונים, לפיה החברה מנועה מלטעון כנגד תוקפן של הערות האזהרה מאחר ולא נקטה בצעדים שנועדו למנוע מן הקונים להשקיע את כספם בדירות מבלי שיוכלו רשום הערות אזהרה לטובתם – דינה להידחות, וזאת לאור העובדה שהחברה לא ידעה על רישום הערות האזהרה, ומנהלה סבר בתום-לב כי כל עוד לא נתן אישור מפורש לרשום הערות אזהרה לעורכי-הדין זילכה ודגן יחד – לא נמכרו דירות. העובדה שהוא התבקש לאשר מכירה של דירה אחת – עשויה היתה לחוק סברה זו שלו...

לסיכום: בירור שתי השאלות שהיפנה בית-המשפט העליון לבית-משפט זה העלה כי השימוש בפיגור-הכוח על-ידי עורך-דין דגן לצורך רישום הערות האזהרה לטובת הקונים נעשה שלא בהסכמת החברה, וכי האחרונה אינה מנועה מלעורר טענה זו כלפיהם.

הקונים חזרו והגישו לבית-המשפט המחוזי תובענה חדשה. בכתב תביעתם ביקשו להצהיר שהם הבעלים החוקיים ובעלי זכות החוקה בדירות וכי הם זכאים להירשם כבעלי הזכויות בדירות. כן ביקשו להצהיר שהם זכאים לרישום מחודש של הערות אזהרה לטובתם וכן לרישום הבית כבית משותף.

בית-המשפט המחוזי (כב' השופטת ד"ר ד' פלפל), בפסק-דינו מיום 17.8.94, נעתר לבקשת הרוכשים וקבע "שלדיירים זכות עקרונית לכך שהבעלות בדירות שרכשו תירשם על-שמם".

עוד קבע ש-"על-מנת שתמומש הזכות העקרונית של הדיירים לכך שהבעלות בדירות תירשם על - שמם, עליהם לשאת, (כולם ביחד) חצי בחצי עם הנתבעת מס' 1 בכל התשלומים הנחוצים כדי לאפשר רישום הבעלות, ואשר היו מוטלים על-פי החוזה או על-פי דין על הקבלן. כן זכאים התובעים שתירשם הערת אזהרה כדין לטובתם על הדירות שרכשו. לאחר מילוי התחייבויותיהם לשאת במחצית התשלומים כנ"ל, יהיה על הנתבעת מס' 1 לאפשר להם לרשום את הבניין כבית משותף על כל הנובע מכך.

מכאן הערעור²⁰, אשר נדחה. טענותיה העיקריות של המערערת היו כי בהליכים שקדמו

שנתנה לקבלן הודמנות נוספות – אין "להענישה" ולראותה כמי שוויתרה על טענתה כנגד חוקיות רישום ההערות.

11. אף העובדה שהחברה בעלת הקרקע לא נקטה בכל הליך שמטרתו ביטול ההסכמים שנכרתו בינה לבין הקבלן – אינה רלוונטית כאן. צודק פרקליט החברה בהצביעו על כך שבפסק-הדין שבערעור נקבע כי הסכמת בעל הנכס לרישום הערות אזהרה חייבת להתקיים, מבלי שהעניין יקשר בדרך כלשהי לקיומה של כוונה לבטל את הסכם הקומבינציה מכיוון שכך, הרי שטענה זו כלל אינה נמצאת במסגרת הדיון שהיקצה לי בית-המשפט העליון.

12. באשר לטענה כי עורך-דין דגן היה מוסמך לחייב את החברה בחתימתו היחידה (סעיף 14 לסיכומים מטעם הקונים) – אף טענה זו אינה מקובלת עלי. כאמור – יפוי-הכוח המקורי הסמיך, אמנם, את עורך-דין דגן לפעול בשם החברה – אך רק בצוותא עם עורך-דין נוסף. הוא כשלעצמו, בבחינת יחיד, לא הוסמך, ולכן לא ניתן לראות בו מיופה-כוחה של החברה. לצורך העניין – איני סבור שיש הבדל בין מקרה זה לבין מקרה בו אדם שכלל לא נמנה מקודם על מיופה-הכוח היה מוסיף את שמו ליפוי-הכוח ופועל מכוחו. בשני המקרים – שונתה הזהות של מיופה-הכוח, וסולפה בכך כוונתו של מיפה-הכוח. כאמור – החברה הסמיכה את עורך-דין זילכה ועורך-דין דגן ביחד, ולא הסמיכה את עורך-דין דגן בעצמו. כאמור (ראה פסקה 5 לפסק-דיני זה) – מר כדורי, מנהל החברה, אף הסתמך על עובדה זו, ולכן היה סמוך ובטוח כי לא נרשמו כל הערות אזהרה מעבר לזו שלרישומה הסכים.

13. הטענה הבאה המובעת מטעם הקונים הינה כי:

"אף אם ימצא כי עורך-דין דגן חרג מההרשאה שניתנה לו, הרי שכדורי הסכימה למעשים ואישרה אותם בדיעבד, ובכך היקנתה להם תוקף מוחלט שאין בו כדי לערער תקפות רישום האזהרה." (סעיף 15 לסיכומים מטעם הקונים)

אודה כי קבלתה של טענה זו נראתה בתחילה מוצא יעיל מן התוצאה הלא נוחה של קבלת התובענה של החברה ומחיקת הערות האזהרה. אך עם כל הסימפטיה לטענה זו, הרי שבדיקה דקדוקית של העובדות, ושל הטענות הכאות לתמוך בה, לימדה אותי שאין מקום לקבלה.

כאמור – העובדה שהחברה לא ביטלה את הסכמיה עם הקבלן אינה מהווה אינדיקציה כלשהי בכיוון של אישורו בדיעבד.

מעבר לזאת – אין הקונים יכולים להסתמך על שתיקת השולח (ראה סעיף 15.2 לסיכומים מטעמם). כבר ציינתי כאן כי אמינה עלי גרסתו של מר כדורי, לפיה לא ידע בשעת מעשה על רישום הערות האזהרה. מרגע שנודע לו על הדבר – חלף זמן קצר (כחודש) עד להגשתה של התובענה ב-ה"פ 975/85. על רקע זה איני מוצא ממש אף

20. ע"א 5350/94 האחים כדורי חברה קבלנית לבניין והשקעות בע"מ נ' יהושע ולנסי ואח', תק"על (1998) 37.

האזהרה לטובתו העלה י' רינת במאמרו²¹:
 "לדעתי, על-פי המשפט המצוי והרצוי, הערות אזהרה
 במתכונת המקובלת כיום, לא היו צריכות להיות רשומות
 כלל ואין לרשמן בעתיד.

הנוהג של רישום הערות כאלה הינו כדלהלן: הזכאי, הוא
 לקוחו של הקבלן, פונה לרשם המקרקעין בבקשה לרשום
 את ההערה ומציג בפניו את החוזה בינו לבין הקבלן וכתב
 ההסכמה של בעל המקרקעין. כאשר הוא נשאל על-ידי
 הרשם איזו עסקה התחייב בעל המקרקעין לעשות בהם, או
 איזו עסקה התחייב להימנע מעשות, שולף הזכאי עותק של
 פסק-דין אטיאס והרשם ממחר לרשום את ההערה (בין אם
 הלכת אטיאס הובנה כראוי, בין אם לאו).

הצעתי חותרת, כמובן, לעיון מחדש בהלכת אטיאס
 (כאשר כוונתי, לא רק לפסק-דין זה, אלא לנוהג אשר
 התפתח לפניו ואחריו ואשר מצא בו את שיא הצדקתו).

האם היה מצליח הזכאי לשכנע את הרשם לגבי זכאותו,
 כאשר לפניו רק סעיף 126 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-
 1969 כפי שתוקן בתשל"ג? סעיף 126(א) לחוק המקרקעין
 קובע כי הרשם ירשום הערה אם 'הוכח בהנחת-דעתו... כי
 בעל מקרקעין, או בעל זכות במקרקעין, התחייב בכתב
 לעשות בהם עסקה, או להימנע מעשות בהם עסקה...'. מהי
 אותה עסקה אשר הזכאי בכוח יטען כי בעל המקרקעין
 התחייב לעשותה? נראה כי העסקה אשר בעל המקרקעין
 התחייב לעשותה ואשר אמורה להיות הנושא לרישום
 הערת האזהרה, הינה התחייבותו לרשום הערת אזהרה!

נראה כי יש כאן לא רק מבנה הגיוני רעוע, חסר עקביות
 פנימית, אלא גם סתירה לדיעה לה נוטה השופט לנדוי
 במשפט אטיאס עצמו כי 'אין הערת האזהרה בבחינת זכות
 במקרקעין' ועל-כן ההתחייבות לרישומה אינה התחייבות
 לעשות עסקה כמובנה בסעיף 6 לחוק המקרקעין. לפיכך,
 דעתי היא, כי הערות אשר נרשמו כנ"ל לא נרשמו כדין.
 ובכל זאת, יש לצקת תוכן בהתחייבותו של הקבלן לרשום
 הערות אזהרה, כי הרי בחוזה לא נאמרות מילים בעלמא.
 לדעתי, ההתחייבות "המשתמעת" (כלשון הסיפא של
 סעיף-קטן 126(א)) מאחורי סעיף זה, הינה לרישום הערה
 לפי אחת משתי החלופות הבאות:

א. הסכמה לרשום 'הערת אזהרה על גבי הערת אזהרה
 אחרת' על-פי היות המבקש, דהיינו הקבלן, 'בעל זכות
 במקרקעין', אפשרות אשר הושארה בצריך עיון בפסק-דין
 אטיאס.

ב. מתן התחייבות כלפי כל רוכש שאם הקבלן יעמוד
 בהתחייבויותיו כלפיו ויהיה זכאי להעברת הזכויות בקרקע
 - בכל זאת הוא לא יעביר לו זכויות אלה אלא-אם-כן
 באותו מעמד יעביר הלה לרוכש את הזכויות המגיעות לו.
 נראה לי כי התחייבות זאת להימנע מעשות עסקה, עשויה
 לשמש נושא לגיטימי להערת אזהרה וביצוע נאות של

לפסק-הדין נוצר מעשה בית-דין, הן מכוח השתק עילה והן
 מכוח השתק פלוגתא, וכי טעה בית-המשפט כשהסיק
 מהעדויות שהמערערת הסכימה למכור את הדירות
 לרוכשים. מכל מקום, כך טענה, חלה על הסכמה שכזאת
 דרישת הכתב שלא התקיימה במקרה זה. כן השיגה
 המערערת על קביעותיו של בית-המשפט לפיהן היתה
 מנועה מלטעון נגד העברת הזכויות בדירות לרוכשים ועל
 שאמר, אגב אורחא, ש"התנהגה בחוסר תום-לב בתקופה
 שלאחר חתימת הסכמי המכר ועד להגשת התביעה בה היא
 מתכחשת להסכמה או לידיעה כלשהי אודות מכירת
 הדירות".

לבסוף טענה שבית-המשפט השית עליה חיובים כספיים
 שלא נתבעו בכתב התביעה.

לעניין טענת מעשה בית-דין קבע בית-המשפט העליון כי
 לא נוצרו במקרה זה השתק עילה או השתק פלוגתא.

"הרוכשים ביקשו אמנם גם בהליכים הקודמים לרשום
 לטובתם הערות אזהרה חדשות, אם יימחקו הערות האזהרה
 הרשומות, אולם בקשתם לא נדונה לגופה ולא הוכרעה.
 בפסק-דינו הראשון קבע בית-המשפט (השופט ש' אלוני)
 שהערות האזהרה ישארו בתקפן שכן המערערת הסכימה
 למכור את הדירות לרוכשים; בפסק-דינו השני נמנע
 בית-המשפט (השופט א' גורן) מלדון בבקשת הרוכשים
 לרשום הערות אזהרה חדשות לטובתם משום שסבר,
 כאמור, שהטענה אינה נמצאת במסגרת הדיון שתחם לו
 בית-המשפט העליון.

במצב דברים זה לא היו הרוכשים מושתקים מלטעון שהם
 זכאים לרישום של הערות אזהרה חדשות ולפיכך רשאי
 היה בית-המשפט לפטוק בעניין זה."

לגבי הטענה כי המערערת לא הסכימה למכור את הדירות
 לרוכשים נקבע כי היה יסוד איתן לקביעת בית-המשפט
 קמא כי המערערת ידעה אודות מכירת הדירות והסכימה
 לכך במפורש ובהתנהגות. הטענה לגבי הצורך במסמך
 בכתב נדחתה אף היא.

"נעשתה כאן מערכת של הסכמים בכתב בין כל הצדדים
 לעסקות, הכרוכים זה בזה והמשקפים את העסקות.

כפי שקבע בית-המשפט, לא הוטל ספק בתקפם של
 הסכמים אלה. כאמור לעיל, נכללה בהסכם המכר
 התחייבות עקרונית להתיר רישום הערות אזהרה.
 התחייבות זאת הותנתה בפירוש בהסכמתה של המערערת,
 אך לא נדרשה הסכמה נוספת ומיוחדת שלה למכירת
 הדירות לקונים. במצב דברים זה, אפילו היה צורך
 בהסכמתה של המערערת, אין לראות הסכמה זאת
 כ"עסקה" נפרדת המצריכה מסמך נוסף.

לעצם העניין הוכחה, כאמור, הסכמתה של המערערת
 למכור את הדירות לרוכשים."

סימני שאלה, בדבר זכות רוכש הדירה לרשום את הערת

21. י' רינת, "הערה להערות אזהרה לטובת רוכשי דירות בעסקאות קומביניציה", הפרקליט לח 200.

השליחות, עמ' 491) - ומאחר שהדבר אינו דרוש לצורך הכרעה בענייננו משאיר אני שאלה זו בצריך עיון - ודאי הוא, אליבא דכולי עלמא, שהזכות לביצוע השליחות, היינו לביצוע האמור ביפוי-הכוח, אינה זכות מהותית העומדת בפני עצמה אלא מהווה היא זכות לוואי בלבד למימושה של הזכות העיקרית, המהותית, שנוצרה וקיימת מחוץ ובנפרד מיפוי-הכוח. "יפוי-הכוח הוא טפל לעסקה גופה, הוא בא כמכשיר בלבד לביצוע העסקה, ולשם הבטחת ביצוע ההסכם" (מדברי השופט קיסטר ב"ע"א 283/67 הנאמנים לנכסי א' כפית נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(1), 124, 137; וכן ראה ע"א 14/74 ספיר נ' אשר, פ"ד כח(2), 153, 162, ו"ע"א 726/76 נימר נ' רשם המקרקעין, פ"ד לב(1), 44, 45-46). ומאחר שכך, משבטלה הזכות העיקרית, הלוא היא העסקה גופה, ממילא בטלה הזכות הנלווית שיפוי-הכוח, שכל כולה לא באה אלא להבטיח ביצועה של העסקה גופה, בחינת "וכשל עוזר - ונפל עוזר." (ישעיה, לא, ג).

הזכות המהותית בעניין שלפנינו היא ההסכם עליו באו המשיבים עם הקבלן, שלפיו זכאי הוא 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, ומשבטלה הזכות המהותית שבהסכם, בטלה מאליה הזכות הנלווית של הקונה לרישום הערת אזהרה לפי יפוי-הכוח. הטענה שהתייחסה להערת האזהרה נדחתה, כאמור, אף היא. נקבע, בעמ' 363-364:

"...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 זה הן עילות המחיקה המנויות בסעיף 132(א) ו-132(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

התחייבות בעל המקרקעין לגבי רישומה. לדעתי, הפרשנות המקובלת של הלכת אטיאס יצרה מוסד משפטי מטעה אשר אינו מסוגל לענות לציפיות שתולים בו כי אינו מבוסס על מציאות כלכלית. הצדקתה של ההערה הנרשמת על פיה מושתתת, כביכול, על התחייבות לעשות עסקה אשר בעצם איש לא התכוון לה, בין אם הגדרתה תהא של חוזה לטובת צד ג', שליחות, המחאת זכות או כדומה. נוצרת הגדרה משפטית מלאכותית אשר איש אינו יכול לשער תוצאותיה, כאשר בהמשך מוסקות מסקנות מרחיקות לכת מההגדרה אשר ניתנה להתחייבות, אשר כל הכוונה בנתינתה היתה להצביע על קיום התחייבות משמעת אשר מצילה את קיום ההערה.

אם להתחקות בכנות אחרי כוונת הצדדים המעורבים בשעת כריתת שתי העסקאות, בהנחה שהם פועלים בתום-לב ועירניים לזכויותיהם, הרי שאין לי ספק כי בעל המקרקעין אינו מתכוון לוותר על-אף סנטימטר של קרקע אלא כנגד קבלת התמורה המגיעה לו מהקבלן וכי רוכש הדירה אינו מצפה כי הקבלן מסוגל להעניק לו זכויות בקרקע שהקבלן טרם נעשה זכאי לה."

ביקורת י' רינת על הפרקטיקה הקיימת לא זכתה עדיין להתייחסות בפסיקה. ב"ע"א 223/78 רשם בא-כוח הקבלן, בהסתמך על יפוי-כוח בלתי-חוזר שנתנו לו בעלי הקרקע, הערת אזהרה לטובת רוכשי הדירות.

המיוחד בסיטואציה זו היה שההערות נרשמו לאחר שבוטל הסכם הקומבינציה על-ידי בעלי קרקע תבעו מחיקת ההערות בטענה שמלכתחילה לא היתה זכות לרושמן במועד בו נרשמו. הטענה נתקבלה וההערה נמחקה.

הרוכשים ביססו טעוניהם על היות יפוי-הכוח שנתנו הבעלים בלתי-חוזר, ועל ייחודה, לטענתם, של הערת אזהרה הנרשמת לטובת רוכשי הדירה.

לעניין יפוי-הכוח פסק בית-המשפט, בעמ' 361-362: "כדי שהשליחות לא תבוא לסיומה, על-אף ביטולה על-ידי השולח, צריך שההרשאה ניתנה 'להבטחת זכותו של אדם אחר'. יכול ומלשון זה עולה שבעת מתן יפוי-הכוח צריך שתהא כבר קיימת הזכות לאדם אחר, ולא די בכך שהזכות תבוא לעולם רק לאחר מתן יפוי-הכוח, כפי שכך היה הדין בעת מלוך המגילה (ראה ע"א 424/73 סטפניה נ' מקליס, (1), בעמ' 542); ואם כך נפרש, הרי הוראות הסעיף אינן חלות כל עיקר בעניין שלפנינו, כי בשעה שהמשיבים יפו את כוחו של עורך-דין מרקוביץ, בתאריך 11.8.1972, לא היתה לקונה, שבא על החוזה עם הקבלן רק בתאריך 16.10.1975, כל זכות קיימת שתירשם לטובתו הערת אזהרה. אך גם אם נגרוס שהמילים 'להבטחת זכותו של אדם אחר' פירושו בין זכות שקיימת כבר ובין זכות שעתידיה לבוא, (ראה פרופ' א' ברק בספרו על חוק

אשר-על-כן, לכאורה, לפחות, ע"א 3/78 הנ"ל מהווה את ההלכה הפסוקה דהיום, ועל פיה אין לרוכשי הדירה מהקבלן זכות לרשום הערת אזהרה לטובתם, לאחר שבוטל הסכם הקומבינציה.

טענה כי פסקי-הדין האחרונים הנ"ל הפכו גם את הלכת ע"א 3/78 הנ"ל, למרות הבדלי הנסיבות, איננה, כמובן, בלתי-סבירה על פניה.

סיטואציה ייחודית נוספת היא זו, בה הסכם רכישת הדירה נכרת לאחר שהסכם הקומבינציה בוטל. ניכר, לאור העיקרון שאין אדם יכול להעביר יותר ממה שיש לו, שהקבלן לא יכול להקנות לרוכש הדירה זכות שכבר לא היתה בידי בעת כריתת ההסכם. לא ניתן ליחס לבעל הקרקע במועד כריתת הסכם רכישת הדירה כוונה להתחייב כלפי רוכש הדירה.

היות וכך, גם בסיטואציה זו, אין מלכתחילה אפשרות לקבלן ו/או לרוכשים לרשום הערת אזהרה לטובת הרוכשים על מקרקעי הבעלים.

היה ובכל זאת נרשמה הערת האזהרה בנסיבות אלו - זכאי הבעלים עקרונית למוחקה. על הבעלים להקפיד שלא לנהוג בסיטואציה זו באופן שייצור השתק כלפיו וימנע ממנו את זכותו הנ"ל. לדוגמה - עליו לדאוג למוחק את הערת האזהרה שנרשמה לטובת הקבלן בסמוך ככל האפשר לביטול הסכם הקומבינציה ו/או לדרוש מהקבלן את החזרת יפוי-הכוח שהוענק לו.

החווה שבינו לבין הקבלן שלא יחוייב בהמשך התשלומים עד שיתברר כי אין ההסכם שבין הקבלן לבין המשיבים עומד בסכנה של ביטול...

המשיבים חייבים היו למסור את החזקה בקרקע באם וכאשר הקבלן יעמוד בהתחייבויותיו, והערת האזהרה באה להבטיח שהמשיבים לא יעניקו חזקה באותה קרקע למי שלא בא בהסכם עם הקבלן, שהרי הצד המכריע בהערת אזהרה הוא 'כי כל עיקרה אינו אלא שימת מחסום בפני רישום עסקאות במקרקעין למען שמור על כוחו של החיוב החווי לרישום עסקה פלונית. זוהי, איפוא, זכות שלילית מעצם טבעה, למנוע מאחרים רכישת זכות קניינית במקרקעין, ואין היא, כשלעצמה, יוצרת זכות בעלת תוכן קנייני למאן דהוא' (מדברי מ"מ הנשיא, השופט לנדוי, ב-ע"א 68/76 אטיאס נ' הממונה על המרשם לפי חוק המקרקעין, פ"ד ל(3) 527, 531). לקונה לא קמה ולא יכלה לקום זכות קניינית, ובוודאי לא זכות עדיפה כלפי המשיבים מזו שמצויה בידי הקבלן כלפיהם, ומשכבטלה זכותו של זה אחרון, בטלה מאליה גם זכותו של הראשון."

ככל הידוע לנו, זה המקרה היחיד בפסיקה בו נדון תוקפן של הערות אזהרה שנרשמו לאחר ביטול הסכם הקומבינציה. כל פסקי-הדין האחרונים, אותם סקרנו בהרחבה, שאימצו וביססו את ההלכה שאין הבעלים זכאי למוחק את הערת האזהרה שלטובת הרוכשים (בכפוף לסייגים), עסקו בסיטואציות בהן ההערות נרשמו לפני ביטול הסכם הקומבינציה.

ה. התנאת אפשרות רישום הערת האזהרה בהתקדמות הבניה

העומדת לו מכוח החוזה, או...'. בין אם תאמר, כי הזכות לרישום של הערת אזהרה היא על-פי הדין, ובין אם תאמר שהיא מכוח חוזה (שהרי בלעדי ההתחייבות לעשות עסקה במקרקעין אין על מה לרשום הערה), המדובר בזכות, שחשיבותה ויתרונה תוארו לעיל, ועל שכם הספק מוטל הנטל להראות, כי האינטרס הלגיטימי שלו בהגבלת הזכות הוא כה מוצדק, עד כי יש בו כדי לגבור על האינטרסים של רוכשי הדירות, שנועדו להיות מוגנים על-ידי ההסדר של הערת האזהרה. בהקשר זה העלו המשיבים שלושה נימוקים, ונדון בהם אחד לאחד...

נימוקם השני של המשיבים נסמך על חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974. סעיף 2 לחוק זה קובע, כי 'לא יקבל מוכר מקונה... (כמשמעותם בחוק) 'סכום העולה על חמישה-עשר אחוזים

ב-ע"א 449/85²³ דן בית-המשפט העליון בערעור על פסיקת בית-הדין לחוזים אחידים לגבי תניה בחוזה אחיד בין קבלן לרוכשי דירה ממנו (ולאו דווקא במסגרת עסקת קומבינציה), שעל פיה - 'הקונה לא יהא רשאי לרשום הסכם זה כהערת אזהרה בלשכת רישום המקרקעין כל עוד לא נבנו מחיצות כל הדירות בבניין וכל עוד לא נרשמה הדירה כיחידה נפרדת בבית במשותף."

הנשיא שמגר עמד על חשיבותה ויתרונה של הערת אזהרה, והמשיך וקבע:

"10. התנייתה של האפשרות לרשום הערת אזהרה בהתקדמות הפיסית של הבניה (בניית המחיצות החיצוניות של הדירה) נופלת בגדר חזקת הקיפוח האמורה בסעיף 64(6) לחוק;

'תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדת ללקוח על-פי דין, או המסייג באופן בלתי-סביר זכות או תרופה

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

על הקרקע כולה, ובבוא העת, לכשיעמדו המשיבים בפני הצורך לשנות ולהסדיר את ענייני המרשם, ובפרט כאשר יבקשו להעביר את הדירות על-שם הקונים, די בכך שיהא קונה סרבן אחד, שלא יסכים לבטל את ההערה שרשם לטובתו, כדי לסכל את הסדר זכויותיהם של הקונים האחרים.

טענה זו יש בה ממש, אולם אין בה כדי להצדיק אישורו של סעיף 9 להסכם המכר כפי שהוא עומד היום. התנאה על זכויות הקונים אפשרית, אם היא מממשת אינטרס לגיטימי של הספק. לא נאמר, שאין להתנות כלל על האפשרות לרשום הערת אזהרה. להיפך, בשני העניינים שאוזכרו לעיל (ע"א 205/83 חובני נ' דיקלה, פ"ד מא(3) 96 ו-ע"א 813/83, 81/86, 117 שי נ' נחשון, פ"ד מב(1) 340) הוזכרה במפורש האפשרות להתנות על הזכות לרישום הערת אזהרה, אם כי הדבק הדברים היה שונה.

כך אמרתי ב-ע"א 813/85, 81/86, 117 הנ"ל בעמ' 349: 'מסכים אני לגישתו של חברי הנכבד השופט בייסקי ב-ע"א 205/83 הנ"ל, בעמ' 107-108, לפיה בעל המקרקעין חופשי לסייג את היקפה של הערת האזהרה ולהתנות בה תנאים, ומשלא עשה כן, אין לקרוא לתוך התחייבותו תנאי מכללא בדבר בטלות ההערה עם ביטול הסכם הקומבינציה...'

לדברים אלה יש להוסיף, כי כאשר המדובר בחוזה אחד העומד לביקורת בית-הדין, יש לוודא שאין המדובר בהתנאה החורגת מן הצרכים הלגיטימיים של הספק, הטעם שהוזכר לעיל יכול בהחלט למצוא ביטוי בהוראה חוזית, אשר תמנע עשיית שימוש לרעה בזכות להתנגד למחיקתה של הערת אזהרה, משבטלה העילה לרישומה.

סיכומה של נקודה זו, הייתי מקבל את הערעור ומוחק את סעיף 9 להסכם המכר, בנוסחו הנוכחי. אם רצונם בכך, יכולים המשיבים להציע הוראה אשר תעגן הסדר כנ"ל בדבר אפשרות מחיקתה של הערה שנרשמה בנסיבות כמתואר. הוראה כאמור טובא לאישורו של בית-הדין, אשר ינהג בה על-פי אמות-המידה שהותנו לעיל."

מהמחיר, אלא אם עשה אחת מאלה...'. בהמשכו של הסעיף מנויות חמש דרכים, בהן יבטיח המוכר את כספי הקונה: ערבות בנקאית להבטחת הכספים, ביטוח השבת הכספים, משכנתה ראשונה לטובת הקונה, הערת אזהרה או העברת חלק יחסי מזכות הבעלות או החכירה לידי הקונה. טענת המשיבים היא, כי רישומה של הערת אזהרה אינו מחוייב מבחינתם, ובלבד שתינתן לרוכשי הדירות הגנה בדמות אחת החלופות האחרות האמורות שמניינו לעיל.

טענה זו אינה מקובלת עלי. אין לכרוך בהקשר זה את זכויותיהם של הקונים על-פי סעיף 2 לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), יחד עם האפשרות לרשום הערת אזהרה על-פי סעיפים 126 ו-127 לחוק המקרקעין. שני דברי חקיקה אלה נועדו להגשים תכליות שונות, ולכל אחד מהם ערך מוגן משל עצמו. במה דברים אמורים: הוראת סעיף 2 לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי הדירות) הנ"ל היא הוראה קוגנטית שאין להתנות עליה, והתנאה כאמור מהווה עבירה פלילית כקבוע בסעיף 4 של אותו חוק. הוראה זו ביקשה להבטיח את כספיהם של הקונים, אם המוכר יהפוך לחדל פירעון. החלופות המבטיחות כספים אלה ברישום הערת אזהרה או משכנתה אינן חובה, אלא רק חלק ממיגוון האפשרויות שעל המוכר חובה לבור אחת מהן. אין בכך כדי לגרוע מפועלן של ההוראות בדבר הערת אזהרה בחוק המקרקעין, שתכליתן שונה, היינו, להבטיח את מימוש הפן הקנייני של עסקת המכר. לשון אחר, הרישום של האזהרה בא להבטיח, שהקונה יקבל אותו הנכס שבחר ואשר עברו שילם. זאת ועוד אין גם הצדקה להגבלת זכות הבחירה של הקונה בין החלופות על-ידי שלילתה מראש של האפשרות לרשום הערה.

הנימוק השלישי שבפי המשיבים להצדקת שלילתה של הזכות לרשום הערת אזהרה הוא הבא: המשיבים טוענים, כי רישום הערות האזהרה על-ידי רוכשי הדירות עלול להקשות עליהם ולכבול את ידיהם, בשל כך שהערת האזהרה באותו שלב (שלב ההתקשרות החוזית) נרשמת

ו. רישום הערת האזהרה לטובת הרוכש על-גבי ההערה לטובת הקבלן

כן, אין לדבר סוף; ואלה יגידו, חזקה על המחוקק שהתכוון להגדיל ישועות ולהרבות סעדים."

השופט לנדוי השאיר אף הוא שאלה זו בצריך עיון, תוך שצייין שהוא נוטה להשיב עליה בשלילה, שכן נוטה הוא לדעה שהערת אזהרה אינה יוצרת זכות קניין במקרקעין, ועל כך עמדנו לעיל.

פרופ' רייכמן, במאמרו הנ"ל, קובע, לאור גישתו כי הערת

אפשרות זו הושארה בצריך עיון ב-ע"א 68/76.²⁴

השופט ח' כהן אמר, בעמ' 529:

"אלא צריך הדבר עיון אם, בנקטו לשון 'בעל זכות במקרקעין' בסעיף 126, התכוון המחוקק להרחיב את היריעה ולכלול גם את בעל הזכות הנובעת מרישום הערה, או שמא פירושו הנכון של החוק הוא שאין לרשום הערת אזהרה על גבי הערת אזהרה. אלא יגידו, שאם לא תאמר

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

עלולה לדרוש דיון משפטי לשם שמיעת בעל ההערה הנוספת; אין להרחיב את ההגנה מפני תביעות נושים בפשיטת רגל גם על התחייבויות אנשים שאינם בעלי הקרקע; הערת אזהרה על-גבי הערת אזהרה תקנה הגנה מצומצמת יחסית להגנה שמקנה הערת אזהרה על-גבי התחייבות בעל המקרקעין.

בעד - התחייבות על-גבי התחייבות במקרקעין היא תופעה שכיחה ויש להקנות הגנה לרוכשים; רישום הערת אזהרה על-גבי הערת אזהרה יאפשר לצד ג' לדעת על התחייבות בעל ההערה ויאפשר לו להימנע מכניסה להתחייבות נוגדת.

אזהרה אינה יוצרת זכות קניין לרוכש הדירה, כי לא ניתן לרשום הערת אזהרה על גבי הערת אזהרה, שכן סעיף 126(א), בהתייחסו ל"בעל מקרקעין או בעל זכות המקרקעין", התכוון, לדעתו, לבעלים הרשום של זכויות אלה.

פרופ' רייכמן מביא שיקולים שונים בעד ונגד רישום הערת אזהרה על-גבי הערת אזהרה אחרת:

נגד - רישום הערות על-גבי הערות ייצור קשיים מינהליים וימנע ברור פשוט ומהיר של הזכויות באמצעות עיון בפנקסי המקרקעין; יהא זה נטל על בעל הקרקע אם יבקש לסחור בנכס כי קונים ירתעו מרכישה. מחיקת ההערה

ז. מחיקת הערת האזהרה לטובת רוכש הדירה על-ידי בעל הקרקע

יתאפשר רישום עסקה סותרת. יפוי-הכוח נוסח על-ידי הבעלים, וההרשאה הבלתי-מסוייגת לרשום הערת אזהרה על כל משמעויותיה לא הציבה בפני הרוכשים את הצורך לדרוש מהקבלן בטוחה אחרת. בנסיבות כאלה, הדרישה המינימלית היא, כי התניה בדבר אפשרות ביטול הערת אזהרה, למקרה שיבוטל הסכם הקומבינציה עקב הפרה מצד הקבלן, חייבת להיות מפורשת, הן בהסכם גופו והן בפוי-הכוח, על-מנת שידיעה על הסייגים תגיע לרוכש הדירה בעת רישום ההערה.

הלכה זו יושמה לאחרונה ב"ע"א 570/87 הנ"ל. באותה פרשה התקשרו המערערים (בעלי המקרקעין) עם המשיבה (הקבלן) בעסקת קומבינציה. לענייננו חשוב סעיף 11 בהסכם הקומבינציה, ולהלן נוסחו:

"11. רישום הערות אזהרה

(א) המוכר יתן את הסכמתו לרשום הערות אזהרה לגבי החלקה ו/או חלקים ממנה לזכות רוכשי דירות הקונה וכן יתן את הסכמתו לרישום הערות אזהרה כנ"ל לזכות בנקים אשר ילוו כספים לאותם רוכשי דירות, בהתאם להתחייבות בלתי-חוזרת כשתחתמנה על-ידי הקונה בלבד וכן לטובת קידום חברה לביטוח, וזאת בכפוף לכך כי לא תירשם לגבי החלקה כל הערת אזהרה לזכות אותם רוכשי דירות ולזכות הבנקים לטובת קידום אלא בהתאם להתקדמות בניית הבניין כמפורט להלן:

(1) לאחר הוצאת היתר הבניה כחוק והצגתו בפני המוכר יהיה הקונה זכאי לגרום לרישום שלוש הערות אזהרה לטובת רוכשי שלוש דירות בבניין.

(2) לאחר השלמת יציקת גג הקומה השניה יהיה המוכר זכאי לגרום לרישום הערת אזהרה אחת נוספת (רביעית

אפשרות בעל הקרקע למחוק את הערת האזהרה לאחר שבוטל חוזה הקומבינציה עקב הפרתו על-ידי הקבלן תלויה ביחס המשפטי שבין בעל הקרקע לרוכשי הדירות. ההלכה הפסוקה בעניין זה, כאמור לעיל, היא, שהתחייבותו של בעל הקרקע לרשום הערות אזהרה על המקרקעין שבבעלותו לטובת רוכשי הדירות מקימה קשר משפטי ישיר בין בעל המקרקעין לבין רוכשי הדירות, שתוכנו מתמזה בהסכמת בעל המקרקעין למכירת הדירות שייבנו על המקרקעין, ולכך שלא תרשמנה עסקאות הסותרות את זכות הקונה לקבל דירה מאת הקבלן. הלכה זו מקורה כאמור בפסק-דינו של השופט בייסקי ב"ע"א 205/83²⁵, שאומץ, בין היתר, ב"ע"א 813/85²⁶ וב"ע"א 570/87²⁷.

אפשרות בעל הקרקע למחוק את הערת האזהרה תלויה על-כן בשאלה האם התחייבותו הנ"ל כלפי רוכשי הדירה היא מסוייגת, אם לאו.

ההלכה הפסוקה היא על-כן, כי "בעל המקרקעין חופשי לסייג את היקפה של הערת האזהרה ולהתנות בה תנאים, ומשלא עשה כן, אין לקרוא לתוך התחייבותו תנאי מכללא בדבר בטלות ההערה עם ביטול הסכם הקומבינציה". הלכה זו נפסקה, בין היתר, ב"ע"א 813/85 הנ"ל, ומבוססת אף היא על פסק-דינו של השופט בייסקי ב"ע"א 205/83 הנ"ל:

"אין לבעלים להלין אלא על עצמם על שלא התנו בטוחות נוספות למקרה של הפרת ההסכם על-ידי הקבלן ולא קבעו תניות מסוייגות ביחס להערות האזהרה. מבחינתם של הרוכשים, אף שלא היו צד להסכם הקומבינציה, נוצרה התחייבות בלתי-מסוייגת גם מטעם הבעלים, כי לא

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

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

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

נאמר מפי בית-המשפט לגבי משמעות הסעיף הנ"ל בהסכם הקומבינציה:

"5. האם לפנינו התניה מפורשת על תוקפן או היקפן של הערות האזהרה שנרשמו לטובת רוכשי הדירות כפי שנדרש?

דעתי היא, כי בנסיבות העניין שלפנינו התשובה היא שלילית.

ראשית, קביעה מפורשת, כי הערות יימחקו אם וכאשר יתבטל הסכם הקומבינציה - אינה קיימת. המערערים טרחו להסדיר בפרוטרוט את דבר רישומן של הערות האזהרה והתנו את הרישום בקצב הבניה, מחד גיסא, ובהכנסת נוסחו של סעיף 11(ד) לכל אחד מן החוזים שייערכו עם רוכשי הדירות, מאידך גיסא. לעומת זאת, אין כל אמירה מפורשת לגבי האפשרות, כי ההערות יימחקו מטעם כלשהו או עם קרות אירוע כלשהו. וזאת יש להדגיש: אף לא באחד מן המסמכים המשפטיים שנערכו בהקשר עם עסקת הקומבינציה צויינה האפשרות כי הערות האזהרה, שנרשמו לטובת רוכשי הדירות, יימחקו מטעם כלשהו, ובוודאי לא מחמת פקיעת זכויותיו של הקבלן. הוראה כאמור איננה בנמצא - לא בהסכם הקומבינציה, לא בחוזי הרכישה עם רוכשי הדירות ולא ביפוי-הכוח שנעשה מכוחה של הוראת סעיף 11(ב) להסכם הקומבינציה.

כפי שצויין, תומכים המערערים את טענתם בהוראת סעיף 11(ד) להסכם הקומבינציה, בו הם רואים מקור למחיקת הערות האזהרה. איני סבור, כי ניתן לקרוא להוראות סעיף 11(ד) תניה מעין זו. סעיף זה מדבר בזכויות המוכר (היינו - הקבלן) במגרש, זכויות הנובעות ותלויות בהסכם הקומבינציה. דא עקא, הערת האזהרה לא נרשמה מכוח זכויותיו של הקבלן במגרש, אלא מכוח זכויותיהם של המערערים, בעלי המגרש; שהרי סעיף 126 לחוק המקרקעין מאפשר רישומה של הערת אזהרה על התחייבותו של בעל זכות המקרקעין כלפי אדם אחר לעשות בהם עסקה. בעל הקרקע הוא המתחייב, שכן בידו זכות במקרקעין. בידי הקבלן, באותו שלב, אין אלא זכות חוזית לקבל את הקניין בקרקע בעתיד.

למקרה הוראת סעיף 11(ד) הנ"ל קשה לעמוד על פועלה ותכליתה. ייתכן, שכוונת המערערים מנסחי הסעיף היתה לעגן בה הסדר בדבר מחיקת הערות האזהרה עם פקיעת זכויות הקבלן על-פי הסכם הקומבינציה. דא עקא, גם אם אכן היתה כוונה כזו, לא השכילו עורכי ההסכם לצקת אותה לתוך מסגרת משפטית אשר תביע אותה באופן ברור וחד-משמעי. בכוונות סמויות מן העין לא סגי; הקובע הוא נוסחה של התניה החוזית, המונחת לפנינו לצורך פירושה והחלתה.

סיכומה של נקודה זו: לא ניתן לקרוא לתוך סעיף 11(ד) להסכם הקומבינציה, על דרך של פרשנות, הסכמה בדבר מחיקת הערות האזהרה עם ביטולו של הסכם הקומבינציה עם הקבלן. בעל הקרקע, המסכים לרישומן של הערות אזהרה לטובתם של רוכשי הדירות מן הקבלן, מופקד על ניסוח גבולות החיוב שהוא נוטל על עצמו, וזאת בלשון ברורה וחד-משמעית."

בסה"כ).

(3) לאחר השלמת יציקת גג הקומה החמישית יהיה המוכר זכאי לגרום לרישום שתי הערות אזהרה נוספות (חמישית ושישית בסה"כ).

(4) לאחר השלמת כל שלב הטיח בתוך כל הבניין ומחוצה לו יהיה הקונה זכאי לגרום לרישום שתי הערות אזהרה נוספות (שביעית ושמינית בסה"כ).

(5) לאחר השלמת כל הריצוף בכל הבניין יהיה הקונה זכאי לגרום לרישום שתי הערות אזהרה נוספות (תשיעית ועשירית בסה"כ).

(ב) המוכר יעשה ויחתום על יפוי-כוח נוטריוני בלתי-חוזר שיסמך את עורך-הדין שמואל אריאלי מרחוב שער הגיא 3 בנתניה ביחס עם אבינועם רוזן מרחובות לרשום הערות אזהרה לטובת רוכשי דירות הקונה וכן לטובת בנקים למשכנתאות וכן לטובת קידום בע"מ בתנאי כי רישום הערות האזהרה הנ"ל יהיה על-פי האמור בהסכם זה. ואולם, ניתנת בזה הוראה למיופה-הכוח שלא לפעול על-פי יפוי-הכוח אלא אם קיים הקונה את התחייבויותיו על-פי הסכם זה, עד למועד בו ידרש מיופה-הכוח לפעול על-פי יפוי-הכוח.

ג) הערות האזהרה האמורות בסעיף-קטן א' יוחדו וירשמו על דירות הקונה בלבד עם רישום הבניין בפנקס הכתים המשותפים כחוק.

ד) מוסכם בזה בפירוש, והדבר מהווה תנאי מוקדם לרישום הערות אזהרה כלשהן על החלקה, כי בכל הסכם שיערוך הקונה עם רוכשי דירות יכתב הסעיף המנוסח להלן והקונה מתחייב לגרום לחתימת כל רוכש דירה בצד הסעיף לאישור ההסכמה לתוכנו.

'הקונה מצהיר מאשר ומתחייב כי עובר לחתימתו על הסכם זה הוצג בפניו ההסכם מיום 22.5.81 שבין שושנה בורנשטיין, יואל בורשטיין, רחל הרן ורבקה שפירא לבין המוכר, וכי הובהר לו שזכויות המוכר במגרש נובעות ותלויות בהסכם הנ"ל והקונה חותם בצד סעיף זה לאישור בלתי-חוזר להסכמתו לכך'.

ה) בשים-לב לאמור בסעיף-קטן (ד) מתחייב הקונה להביא לידיעת המוכר באמצעות בא-כוח ש' אריאלי עורך-דין, כל הסכם שיערוך עם רוכש דירה מייד לאחר כריתת ההסכם ולעולם לפני רישום הערת אזהרה על פיו, ולהימנע מכל ניסיון לרשום הערת אזהרה כלשהי אלא על-סמך בקשה לרישום הערת אזהרה שתהיה חתומה על-ידי עורך-דין ש' אריאלי.

ו) הקונה מתחייב התחייבות עיקרית, יסודית ובלתי-חוזרת, לבטח את כספי רוכשי דירות הקונה באמצעות 'קידום' וזאת אף אם יודיעו רוכשי דירות או חלק מהם על סירוב ו/או ויתור על ביטוח כנ"ל."

הקבלן מכר דירות לרוכשים. בכל הסכמי הרכישה הוכנס סעיף בנוסח האמור בסעיף 11(ד) להסכם הקומבינציה ונחתם בצידו על-ידי כל אחד מרוכשי הדירות.

הקבלן (המשיבה) הפר את הסכם הקומבינציה ובעל הקרקע ביטל את ההסכם. טענת בעל המקרקעין היתה, שזכאי הוא למחוק את הערות האזהרה לטובת רוכשי הדירות.

בשולי הדברים הוסיף בית המשפט:

"הטעם להקפדה על כך שתימצא הוראה מפורשת בדבר האפשרות למחוק הערת אזהרה הוא בהכרח להעמיד את רוכשי הדירות על הצורך לדרוש מן הקבלן בטוחה אחרת. אילו לא היה בעל המקרקעין רושם את ההערה או היה מסייגה במפורש, עשוי היה הקונה לתבוע מהיום בטוחה אחרת (פרופ' א' רייכמן, "הערת אזהרה - מהות, יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות" עיוני משפט י' (תשמ"ד - מ"ה) 297, 345). בענייננו, התחייב הקבלן להעניק לרוכשי הדירות בטוחה אחרת (פוליסת ביטוח ב"קידום" על-פי סעיף 11(1) להסכם הקומבינציה), אך אין בכך כדי להשלים את שלא נאמר בהסכם במפורש, שכן לא הרי בטוחה פינאנסית (ביטוח או ערבות בנקאית) כבטוחה קניינית. רוכש דירה מן הקבלן זכאי לדעת את המצב המשפטי לאשורו ולכלכל צעדיו בהתאם לכך."

פתרון שאלת תוקף הערת האזהרה ואפשרות בעל המקרקעין למחקה לא מושפע מנתונים עובדתיים בנוגע לקצב התקדמות הבניה. כך פסק הנושיא שמגר ב"ע"א 813/85²⁸, שם לא התיר בית המשפט מחיקת ההערות על-אף שהסכם הקומבינציה בוטל טרם שהחלה הבניה. הלכה זו יושמה ב"ת"א (ת"א) 42/85²⁹. השופט מ' בן-יאיר פסק שם, כי "על-אף שהקבלן לא החל בבניה ועל-אף שלא קיבל כלל היתר לבנות, התחייבותם הישירה והעצמאית של הבעלים כלפי הקונים לא איבדה מתוקפה. כלומר, התחייבותם של הבעלים כלפי הקונים היתה שרירה ותקפה למרות שכישלוננו של הקבלן בקיום חיוביו כלפי הבעלים היה מלא ומוחלט".

בהקשר זה מציע י' עמית, במאמרו³⁰ בעמ' 619:

"על בית המשפט להגביל את רוכשי הדירות לתקופה מסוימת במהלכה יהא עליהם לדאוג להתחלת הבניה ולאחריה יהיה בעל הקרקע זכאי להשתחרר מאותן הערות אזהרה. תוצאה זו ניתן לעגן בעיקרון תום-הלב עליו הצבענו כבסיס אפשרי לעיגון זכותו של רוכש הדירה כלפי בעל הקרקע. עיקרון תום-הלב ראוי שיחול דו-סטרית ויש להכיר בו כבסיס לזכותו של בעל הקרקע למחוק את הערות האזהרה לזכות רוכשי הדירות, מקום בו השארת ההערות בתוקפן משמעה הקפאת הקרקע לאורך זמן.

אפשרות אחרת היא להכיר בזכותו של בעל הקרקע לבטל את הערות האזהרה אך בכפוף לחובת השבת הכספים ששילמו רוכשי הדירות לקבלן. פתרון זה מעניק, מחד גיסא, הגנה לרוכשי הדירות מפני אבדן כספים ומאידך גיסא, מאפשר לבעל הקרקע לפדות את הערות האזהרה

ולשחרר את הנכס לצורך התקשרות חדשה."

ב"ת"א (ת"א) 42/25 הנ"ל, אומצה ההצעה לאפשר לבעל הקרקע לפדות את הערות האזהרה, אך שם היו הנסיבות מיוחדות - רוכשי הדירה ובעלי המקרקעין הגיעו בהסכמה לפשרה לפיה ינתקו הקשר המשפטי ביניהם. הרוכשים תבעו לבטל את הסכם הפשרה בגין עילת טעות ובית המשפט הכריע שאכן ההסכם נכרת עקב טעות לא ידועה (סעיף 14(ב) לחוק החוזים). בית המשפט שם, ביסס כוחו לאפשר לבעלים לפדות את הערת האזהרה על שיקול-הדעת שמקנה לו סעיף 14(ב) לסייג את זכות הביטול של הטועה.

במקרה "רגיל", בהעדר הנסיבות שלהלן, ייתכן ובית המשפט יעגן סמכותו בסעיף 127(ב) סיפא.

יש להדגיש, כי נדרשת הבחנה בין שאלת תוקף הערת האזהרה שלטובת רוכשי הדירה (היא השאלה שבחנו כאן, בדבר אפשרות בעל הקרקע למחוק ההערה) לבין שאלת איוון האינטרסים בין הבעלים לרוכשים, איוון שבכוח בית המשפט לבצע על-פי שיקול-דעתו לפי סעיף 127(א) סיפא לחוק המקרקעין.

במילים אחרות - אף אם לא תימחק הערת האזהרה, עדיין ייתכן שבית המשפט יתיר לבעל המקרקעין לבצע עסקה הסותרת את האמור בהערת האזהרה.

עמד על כך השופט גולדברג, ב"ע"א 813/85³¹:

"...גם אם עקרונית לא נראית לי הדעה, כי עם ביטול ההסכם בין בעל הקרקע לבין הקבלן בטלה עמו גם הערת האזהרה לזכותו של הקונה, אין המסקנה המתבקשת, כי בכך נחרצת סופית נפקותה של הערת האזהרה. שכן לפי סעיף 127(א) לחוק המקרקעין, לא תירשם עסקה סותרת אלא בהסכמת הזכאי או לפי צו בית המשפט. משמעוה של הוראה אחרונה זו, כי בבוא בית המשפט לפסוק בשאלה אם לרשום עסקה, הסותרת את הערת האזהרה שנרשמה לזכות הקונה, יביא הוא בחשבון שיקוליו את מכלול הנסיבות, ואת 'שיקולי הצדק' המתבקשים מן הנסיבות, כשעוד להכרעה זו לא נשמטת מן הקונה הבטוחה שקיבל עם רישום ההערה, והערה זו עומדת בעינה."

נסיבות ביטול החוזה יכול שתילקחנה, אם כן, בחשבון במסגרת שיקול-דעת בית המשפט לעניין סעיף 127(א) סיפא.

נפקות מחיקת הערת האזהרה על-ידי הבעלים, ככל הנראה, כרוכה בתשלום השבה מצידו, של לפחות חלק מהכספים ששילמו הקונים לקבלן. מסקנה זו עולה ב"ת"א (ת"א) 42/85³² שם נפסק כי בעל המקרקעין קיבל

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

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

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

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

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

המשכון, ואין אנו אומרים בגלל כן שהמשכון אינו זכות קניין. מעמדו של בעל הערת האזהרה דומה למעמדו של מקבל משכון על נכס שהוא חיוב. המסד שעליו בנויה ההערה הוא חוזה הקומבינציה, והתמוטטות המסד גוררת עימה גם את התמוטטות מה שהיה בנוי עליו.

לפי זה, כל הדיון המעניין בעניין חובני, אם הערת אזהרה היא זכות קניין, היה שלא לצורך, כי לא היה בו כדי לקדם את בירור השאלה, אם עשויה ההערה שתישאר בתוקף לאחר שהופר חוזה הקומבינציה.

מעמדה של הערת אזהרה לטובת רוכשי דירות חוזר ונדון בסדרת פסקי-דין.

1. ע"א 540/88³⁷ נדון בפני כב' השופט אור: המערערים 2 ו-3 (להלן: "המערערים") היו בעלים של חלקת מקרקעין ברעננה, וכתרו הסכם קומבינציה עם המערערת 1 (להלן: "החברה"). המערערים התחייבו להעביר לחברה 2/3 מהחלקה, ובתמורה לקבל דירת גג בבניין שיבנה בחלקה, וכן שלוש דירות נוספות בבניינים אחרים אותה בונה החברה.

בתאריך 7.7.81 נערך הסכם מכר בין החברה לבין המשיבים 2 ו-3 (להלן: "הקונים") לגבי דירה בבניין שעל החלקה. התמורה בגין קבלת הדירה נקבעה לסכום של 500,000 ש"ח שישולם לא במזומן כי אם בעבודות חשמל שיבצעו הקונים בבניינים שונים אותם בונה החברה. הקונים תפסו חזקה בדירה, בידיעת המערערים.

עם הזמן התברר כי הקונים לא השלימו את מתן התמורה החוזית לחברה. למרות זאת נרשמה הערת אזהרה לטובת הקונים. ביני לבני נכנסה החברה להליכי פירוק, וכמובן שלא השלימה את התחייבויותיה כלפי המערערים.

תביעתם של המערערים לבית-המשפט קמה היתה להורות על מחיקת הערת האזהרה שנרשמה לזכות הקונים.

סוגיית הערת האזהרה במסגרת עסקת הקומבינציה לובנה בפסקי-דין רבים, מהם עולה כי רוכש דירה זכאי להערת אזהרה, וזאת גם אם ההתחייבות או ההסכמה לרישום ההערה באה לידי ביטוי רק בחוזה שבין הקבלן לבין בעל המקרקעין. התחייבות בעל המקרקעין כלפי הקבלן לאפשר לו לרשום הערות אזהרה לטובת הקונים, מחייבת אותו באופן ישיר ועצמאי גם כלפי הקונים. לפיכך, בהעדר התנאה נוגדת בהסכם שבין הקבלן לבעל המקרקעין, אין בהפרת ההסכם על-ידי הקבלן כדי להביא לביטול הערת האזהרה על שנרשמה לטובת הקונים. בכך יש אמנם סיכון המוטל על בעל המקרקעין, אך זהו סיכון מודע אותו הוא נוטל על עצמו במסגרת עסקה ארוכת טווח.

"במישור הנורמטיבי" את הסכומים שהרוכשים שילמו לקבלן. באותה פרשה נותק הקשר המשפטי בין הבעלים לרוכשים בהסכמה, אך ניכר שחובת ההשבה שהטיל בית-המשפט על הבעלים קיימת גם אם הניתוק היה חד-צדדי - על-ידי הבעלים. ראה בנושא זה להלן, בתת-פרק ט', בדיונו "ניתוק בהסכמה של הקשר המשפטי בין בעל המקרקע לבין הרוכשים מהקבלן".

כל שנאמר לעיל, בדבר אפשרות בעל המקרקעין למחוק את הערת האזהרה שלטובת רוכשי הדירות, נאמר על בסיס הגישה, שהיא ההלכה הפסוקה היום, כאמור, שהתחייבות הבעלים לרשום הערות אזהרה לטובת הרוכשים יוצרת קשר משפטי ישיר בינו לרוכשים.

לפני שהתגבשה הלכה פסוקה זו, נסוב בפסיקה הדיון בדבר זכות הבעלים למחוק את הערת האזהרה סביב שאלת היותה זכות קניין אם לאו:

ב-ע"א 33/78³³ קבע השופט אלון כי ביטול חוזה הקומבינציה על-ידי הבעלים עקב הפרת הקבלן, מקנה זכות לבעלים למחוק את הערת האזהרה שנרשמה לטובת הרוכשים. בין היתר, ביסס השופט מסקנתו על הגישה שהערת האזהרה אינה יוצרת זכות קניין לרוכשים. יודגש שבאותה פרשה היו נסיבות ייחודיות: הערת האזהרה נרשמה לאחר ביטול הסכם הקומבינציה. לכן בית-המשפט, שם, ביסס פסק-דינו על העדר זכות לרוכשים לרשום ההערה מלכתחילה, ולא על זכות הבעלים למחוק הערה תקפה. השופטת אבנור, ב-ת"א (ת"א) 2182/82³⁴ אימצה גישה הפוכה לגבי מהות הערת האזהרה, דהיינו שהיא מהווה זכות קניין, ומכאן הסיקה שאין הבעלים זכאי למחוקה.

אף ב-ע"א 205/83³⁵ התנהל כל הדיון בהנחה, שאם הזכות קניינית, אזי ביטול חוזה הקומבינציה לא יכול לפגוע בה.

פרופ' ויסמן במאמרו³⁶, ביקר את ההנחה הנ"ל:

"...הנחה זו מוקשית בעינינו. אין קשר הכרחי בין היות הזכות קניינית לבין השאלה אם היא עשויה להתבטל. לשון אחרת, אפילו נקבל שהערת האזהרה היא קניינית, אין דבר זה אומר שאין היא עלולה להתבטל כתוצאה מביטול החוזה שבהסתמך עליו נרשמה ההערה. למה הדבר דומה, למשכון הנרשם על נכס שהוא זכות חוזית (כגון משכנתה על שכירות מקרקעין או משכון חיוב כלשהו). ביטול החכירה או החיוב עקב הפרתה יגרור אחריו את ביטול המשכון שחל עליהם, בדומה למקרה שבו נשמד נכס מוחשי שמושכן. חדל להתקיים הנכס נשוא המשכון, פוקע

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

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

35. ע"א 205/83 חובני נ' ריקלה חברה לבניין ולהשקעות בע"מ, פ"ד מא(3) 96.

36. פרופ' ויסמן, "זכות קניין" בפסיקה - התיאוריה בשירות הפרקטיקה, עיוני משפט טו 53.

37. ע"א 540/88 גי.אי.גי. השקעות (כפירוק) ואח' נ' רשם המקרקעין בפ"ת ואח', פ"ד מט(2) 736.

המשנה לנשיא ש' לויין ציין כי בית-המשפט קבע, על יסוד העובדות ששימשו תשתית לדיון שלפניו, שהסכמת הבעלים לרישום הערת אזהרה לטובת קונים פרוספקטיביים של הדירות היתה תלויה בתנאים מפורשים שלא נתמלאו, ולכן דין ההערה להימחק. לקביעה זו תימוכין בהלכות בית-המשפט העליון ואין לראותה כהלכה חדשה המצדיקה דיון נוסף.

"הלכה זו מטילה על קוני דירות בעסקת קומבינציה את הנטל לוודא אם לפי תנאי הסכם המפורשים שבין הבעלים לבין הקבלן וכאם הקונים, עם חתימת הסכם ביניהם לבין הקבלן, לרשום לזכותם הערת אזהרה ללא תנאי וגם בכך אין חידוש."

2. ב"ע"א 5413/93³⁹ עובדות המקרה היו כדלהלן: המערערת, בעלת מקרקעין, והמשיבה 2, חברה קבלנית (להלן: "הקבלן"), כרתו הסכם קומבינציה, לפיו הקבלן יבנה על המקרקעין שני בניינים, ויתן לה דירות בתמורה. הקבלן נקלע לקשיים כלכליים, ולא השלים את בניית הבניין השני. לפיכך נאלצו רוכשי הדירות בבניין השני, באמצעות כונס, נכסים, להשלים מכספם את בנייתו, תוך הסתייעות בחברה קבלנית אחרת, היא המשיבה 3 ומנהלה, המשיב 4. במסגרת רוכשי דירות אלו נמצאת גם המערערת.

המשיבה 1 (להלן: "הרוכשת") רכשה דירה בבניין שהושלם, שילמה את התמורה, ותפסה חזקה בדירה. עם זאת, לא נרשמה הערת אזהרה לזכותה. הרוכשת הגישה תביעה כנגד הבעלים, היא המערערת, וכנגד המשיבים 2 עד 4, הם שתי חברות הקבלניות ומנהלן. בית-המשפט קמא נענה לתביעה, ונתן צו לאכיפת ההסכם בין הרוכשת לבין הקבלן הראשון. תוך שהוא מוסיף כי אינו רואה שעל-ידי פסק-הדין יפגעו זכויותיהם של הבעלים, היא המערערת.

בית-משפט של ערעור קבע כי אין מקום לקבל את הערעור של המערערת ככל שזה נוגע לאכיפת ההסכם שבין הקבלן לבין הרוכשת. הקבלן לא התנגד לצו זה, ואילו הרוכשת שילמה לקבלן את מלוא התמורה. עם זאת, אין להסכים לעמדתו של השופט קמא כי אין באכיפה כדי לפגוע במערערת. עקב צו האכיפה נרשמה הערת אזהרה לטובת הרוכשת, וכעת המערערת אינה יכולה למכור את דירתה של הרוכשת לאחר. דירה זו מכר הקבלן לרוכשת, תוך הפרת ההתחייבויות כלפי המערערת מכוח הסכם הקומבינציה. ייתכן ופגיעה זו תעמיד למערערת סעדים כנגד הרוכשת, ואולם על כך אין בית-המשפט מחווה דעה. ולכן - הערעור התקבל באופן חלקי, כך שבוטל חלק פסק-הדין המתייחס לבעלת הקרקע, המערערת, ולנושא

עם זאת יש לחזור ולהדגיש כי הואיל ורישום הערת האזהרה לטובת הקונים מותנית בהסכמת הבעלים, הרי שהרישום צריך להיעשות על-פי תנאיה וסייגיה של אותה ההסכמה. לפיכך יכול בעל המקרקעין לשמור לעצמו את הזכות לבטל את הערות האזהרה שנרשמו לטובת הקונים. אולם שמירת זכות זו צריכה להיעשות במפורש, והיא לא תוסק מכללא מעצם ביטול הסכם הקומבינציה בינו לבין הקבלן.

בענייננו אין ספק כי הבעלים נתנו את הסכמתם, במסגרת הסכם הקומבינציה, לרישום הערות אזהרה לטובת רוכשי הדירות. להסכמה זו נלווה מנגנון לפיו עורך-דין אחד מכל צד (החברה והבעלים) צריכים לפעול ביחד לרישום הערת האזהרה.

אין מחלוקת כי הערת האזהרה שרשמו הקונים דגן לא היתה באמצעות המנגנון המתואר לעיל.

מעבר לכך ביפוי-הכוח שניתן לעורכי-הדין להביא לרישום הערת אזהרה לטובת הקונים הפוטנציאליים, נכתב כי השימוש ביפוי-הכוח ייעשה רק לאחר שיוברר שבחווה שבין החברה לבין הקונה הפוטנציאלי קיים סעיף המאפשר את מחיקת הערת האזהרה אם החברה תפר את התחייבותה לבעלים. גם תנאי זה לא התקיים במקרה דגן.

באמצעות מנגנון זה וסעיף זה ביפוי-הכוח ביקשו המערערים להבטיח את עצמם כנגד רישום הערות אזהרה לטובת הקונים.

בהעדר עמידה בתנאים אלו, יש לקבוע כי רישום הערת האזהרה לטובת הקונים לא מילא את התנאים שליוו את הסכמת הבעלים לאפשר את רישום הערות האזהרה לטובת הקונים הפוטנציאליים. כמוכן שעצם הרישום על-ידי רשם המקרקעין אינו מקנה לקונים את הזכות להערת האזהרה, ולכן יש להיענות לבקשת המערערים ולהורות על מחיקת הערת האזהרה.

אכן זו תוצאה קשה מבחינת הקונים, אך היא נובעת מכך שלא דאגו הם לוודא כי על-פי ההסכם שבין החברה לבין הבעלים וכאיים הם לרישום הערת אזהרה לטובתם ללא כל תנאי. הם גם לא טרחו לברר האם רישום הערת האזהרה נעשתה בהתאם להסכמה של הבעלים כלפי החברה. בהקשר זה אין כל נפקות לכך שהקונים כבר תפסו חזקה בדירה.

הקונים יכולים להתנחם בזכותם האובליגטורית כלפי מפרקי החברה, כיתר נושיה של החברה. אין להם כל זכות קניינית בדירה, לא בעלות או שיעבוד וגם לא חזקה. לפיכך - יש לקבל את הערעור.

הנשיא ברק והשופט ד' לויין: מסכימים.
בקשה לדיון נוסף על פסק-הדין נדחתה³⁸.

38. דנ"א 7957/95 מרדכי כהן ואח' נ' שמואל בורוכוב ואח', תק"על 96 (2) 1204.

39. ע"א 5413/93 בן דרור נ' פקטור ואח', תק"על 96 (2) 47.

"מסמך זה נועד להגן על המבקש מפני תביעה (לטענתו הוא) ולא ייתכן שהמשיב יוותר תמורת הקדמת הרישום, על הרישום המהותי שהוא זכאי לו על-פי החוזים (חוזה הקבלנות וחווה הרכישה)."

4. ב"ה"פ (ת"א) 915/86⁴¹ נטען כי הערת אזהרה, אשר נרשמה לטובת רוכש דירה מקבלן בעסקת קומבינציה, דינה להימחק בעקבות ביטול הסכם הקומבינציה. הטעם שניתן לכך הוא שביטול הסכם הקומבינציה מהווה ביטול של העילה לרישומה של הערת האזהרה.

בית-המשפט הבהיר כי במקרה זה הערת האזהרה נרשמה לטובת המבקש – הרוכש זמן רב לפני שבוטל הסכם הקומבינציה.

"לפי ההלכה שהתגבשה בפסיקה, בדבר זכותם של רוכשי דירות בעסקאות קומבינציה, התחייבותו של בעל המקרקעין, לרשום הערת אזהרה לטובתו של קונה מהקבלן, מקימה זיקה משפטית ישירה בין הקונה לבין הבעלים. התחייבות זו נועדה להקנות לקונה ביטחון בביצוע העסקה, וזאת כחלק מחיוביו של הבעלים כלפי הקבלן לפי הסכם הקומבינציה. התחייבות זו ניתנת מתוך אינטרס של הבעלים להקל על הקבלן למכור את דירותיו, שכן התמורה ממכירתן משמשת למימון הבניה ולהשבתת מקרקעיו של הבעלים. אכן, מקורה של זיקה ישירה זו הוא במישור היחסים המשפטיים שבין הבעלים לבין הקבלן, אולם משקמה הזיקה, יש לה קיום נפרד, כמובן זה, שהיא אינה תלויה עוד בקיומם של היחסים המשפטיים בין הבעלים לבין הקבלן. קשר משפטי ישיר זה הוא עצמאי, ואינו נשלל מחמת פקיעתם של היחסים המשפטיים בין הבעלים לבין הקבלן, בשל ביטול הסכם הקומבינציה.

הפסיקה טרם השלימה את גיבוש תוכנה ומהותה של הזיקה המשפטית הישירה האמורה. עם זאת, מוסכם היום על הכל, שזיקה זו כוללת, בראש ובראשונה, מחויבות של בעל המקרקעין לכך שלא תירשמה עסקאות הסותרות את זכותו של הקונה, שלהבטחתה נרשמה הערת האזהרה. מחויבות זו גלומה בהתחייבותו של בעל המקרקעין להתיר את רישומן של הערות אזהרה על-ידי הקבלן, לטובת רוכשי הדירות ממנו. התחייבותו זו ורישום הערת האזהרה בפועל, מבטאים את מחויבותו האמורה של הבעלים ומשקפים אותה...

בשל הקשר המשפטי הישיר, שנתגבש במישור היחסים שבין בעל המקרקעין לבין רוכשי הדירות, מכוח התחייבותו של הבעלים כלפי הקבלן לרשום לטובתם הערות אזהרה (ראה, גם: ע"א 449/85 היועץ המשפטי נ' גד חברה לבניין בע"מ, פ"ד (מג) 183, 194), יש לדחות את הטענה, לפיה ביטול הסכם הקומבינציה מביא עימו לפקיעת העילה לרישום הערת האזהרה. העילה להערת האזהרה יונקת מהתחייבותו של בעל המקרקעין להבטיח

הפגיעה בזכויותיה.

3. ב"ה"פ (ת"א) 832/89⁴⁰, הגיש המבקש - בעל הקרקע, תובענה למתן סעד הצהרתי שלפיו יוצהר כי הערות אזהרה שנרשמו לזכות המשיבים - הקונים על קרקע של המבקש - הינן בטלות ומבוטלות ויש למחקן.

יצויין כי לפי ההסכם עם הקבלן בעסקת הקומבינציה תירשם הערת אזהרה רק לאחר יציאת המקלט. המשיבים הגיעו להסכם ישיר עם המבקש לפיו הוא יאפשר להם רישום מיידי של הערת אזהרה (למרות שטרם נוצרו התנאים המקדמיים על-פי ההסכם עם הקבלן). ההבנה שנוצרה בין הצדדים האמורים הגיעה לכלל ביטוי במסמך, המנוסח בדרך של התחייבות של המשיבים כלפי המבקש כדלקמן -

"1. רכשנו מאת צבי את עזרא חברה לבניין והשקעות בע"מ (להלן: החברה) דירה...

2. המגרש עליו תיבנה הדירה הוא עדיין בבעלתו של מר ששון פרג' (להלן: הבעלים). הבעלים מסכים לפנים משורת הדין לרשום לטובתנו וכן/או לטובת בנק למשכנתאות בגין הלוואה שנקבל או נגרו, לרשום הערת אזהרה על החלקה הנ"ל.

3. אין הבעלים אחראי כלפינו בכל עניין ואינו חייב כלפינו בשום התחייבות ואם העסקה שבינו לבין החברה בעניין הבניה על החלקה הנ"ל לא תצא לפועל או הבניין לא ייגמר, אנחנו אחראים כלפי הבעלים גם לביטול הערות האזהרה שתירשמה לטובתנו ולטובת הבנק כאמור לעיל, וגם - או לפצות את הבעלים בגין כל נזק שייגרם לו, אם ייגרם, בגין רישום הערות האזהרה האמורות."

התחייבות זו נערבה על-ידי החברה הקבלנית. על-סמך התחייבות זו של הרוכשים - המשיבים הוגשה תובענה זו של בעל הקרקע.

מבחינה עובדתית התקיימו התנאים המקדמיים המקיימים את זכות המבקש לעתור לביטול הערת האזהרה שכן הבניה לא נסתיימה. אולם, טענת המשיבים היא כי הסכמת המבקש בזמנו לרישום ההערה היתה לפנים משורת הדין אך בינתיים קמה למשיבים זכות מן הדין לרישום ההערה שכן הבניה הגיעה לשלב המצדיק והמאפשר רישום הערת אזהרה לזכותם. כתב ההתחייבות הנ"ל מוגבל, לדבריהם, רק עד למועד שבו תקום זכותם לרישום ההערה ללא צורך והזיקקות להסכמת המבקש. מסקנת בית-המשפט היתה כי אכן הגיעה הבניה לאותו שלב המאפשר למשיבים לרשום הערת אזהרה בזכות ולא בחסד.

מנוסח כתב ההתחייבות, מנסובות חתימתו ומתוך הסברי הצדדים לגביו הסיק בית-המשפט כי מדובר במסמך שנועד להגן על המבקש בתקופת הביניים, שבין מועד פתיחתו ועד למועד התגבש הזכות לרישום הערת אזהרה על-פי דין.

40. ה"פ (ת"א) 832/89 ששון פרג' נ' אליהו ולאח בוארון, תק"מ (3) 91, 70.

41. ה"פ (ת"א) 915/86 אייל רפאלי נ' עזבון המנוח אברהם שניטמן ז"ל ואח', תק"מ (3) 92, 1426.

כאן ראוי להבהיר, ש"עסקה סותרת" כאמור מהווה גם רישום הבעלות בדירה על-ידי בעל המקרקעין על-שמו הוא, שכן רישום זה סותר את זכותו של הקונה לקבל את הבעלות בדירה.

את זכותו של הקונה ולהימנע מרישום עסקאות הנוגדות את זכותו. התחייבות זו נפרדת ובלתי-תלויה במערכת היחסים המשפטיים שבין בעל המקרקעין לבין הקבלן, ולכן היא עומדת בתוקפה גם לאחר פקיעת הסכם הקומבינציה, אם בשל ביטולו בידי הצדדים, ואם בשל מיצויו...

ח. מחיקת הערת האזהרה לטובת הבנקים למשכנתאות על-ידי בעל הקרקע

בית-המשפט. המערער, בעל מקרקעין, התקשר בעסקת קומבינציה עם המשיבה 4, חברה קבלנית (להלן: "החברה"). במסגרת ההסכם ניתן יפוי-כוח נוטריוני בלתי-חוזר לעורך-דין, המוסכם על שני הצדדים, לפיו הלה יוכל להעביר את הנכס על-שם החברה ולרשום הערת אזהרה לטובת הרוכשים, בכפוף לקצב התקדמות הבניה (היינו - ככל שהחברה מתקדמת בשלבי הבניה הנקובים בחוזה כך מותר לה לרשום יותר הערות אזהרה, כאשר מספר הערות האזהרה המותרות בכל שלב מפורט בחוזה).

המשיבים הינם שני זוגות אשר רכשו דירות בבניין הנבנה על-ידי החברה (להלן: "הרוכשים"). מאחר שהדירות נרכשו בשלב בו עדיין לא ניתן היה לרשום הערת אזהרה לטובת הרוכשים הרי שהמערער נדרש להביע את הסכמתו באופן מפורש על-מנת לאפשר את רישום הערת האזהרה לטובת הרוכשים, ואילו הרוכשים הצהירו כי במידה והעסקה שבין החברה והמערער לא תצא אל הפועל, אזי הם יבטלו את הערות האזהרה שרשמו לטובתם ולטובת הבנק שהעניק להם משכנתה.

תביעתו של המערער היתה למחוק את רישום הערות האזהרה לטובת הרוכשים, לאחר שהעסקה שבינו לבין החברה עלתה על שרטון. תביעה זו נדחתה בפני בית-משפט קמא, ומכך הערער.

בית-משפט פסק כדלהלן:

להערת האזהרה מספר מטרות. האחת לשמש זכות שלילית המונעת רישום עסקה סותרת. מטרה שניה היא לאפשר לרוכשים לגייס את הסכומים הנדרשים לרכישת הדירה, על-פי הרוב באמצעות עסקאות משכנתה עם בנק. המטרה השלישית היא להבטיח את כספם של הרוכשים אשר ניתנו לחברה הקבלנית (ראה סעיף 2(4) לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974).

טענתו הראשונה של המערער היא שטרם הגיעו השלבים בבניה המאפשרים את רישום הערת האזהרה לטובת הרוכשים, טענה זו יש לדחות, מאחר ובית-המשפט קמא קבע - כעניין שבעובדה - ממצא אחר. הסכמתו של

הבנק מעניק הלוואה לרוכש הדירה, ובתמורה מקבל התחייבות לרישום משכנתה בה מתחייב בעל הקרקע לרשום בעצמו או להתיר רישום משכנתה לטובת הבנק עם רישום הזכויות בדירה על-שם רוכשי הדירה. זוהי התחייבות ישירה של בעל הקרקע כלפי הבנק, ומכוחה נרשמת הערת אזהרה לזכות הבנק, מכאן שיש קשר קרוב בין הערת האזהרה שלטובת רוכשי הדירה ובין הערת האזהרה לטובת הבנק, וניכר שאין להבחין בין השתיים בשאלת תוקפן לאחר ביטול הסכם הקומבינציה. זוהי גם גישת י' עמית במאמרו הנ"ל, בעמ' 608:

"אין זה הגיוני להבחין בין השתיים (ההערה לטובת הרוכשים וההערה לטובת הבנק) וליתן לבנק מעמד עצמאי וטוב יותר כלפי בעל הקרקע מאשר יש לרוכש הדירה כלפיו."

בית-המשפט העליון הלך אף הוא בדרך זו. ב-ע"א 813/85⁴² לאחר שהכריע כי אין בעל המקרקעין זכאי למחוק את הערות האזהרה שלטובת רוכשי הדירות, עבר הנשיא שמגר לבחון את תוקף הערת האזהרה שנרשמה לטובת הבנק, וזו מסקנתו:

"...הוא הדין גם לגבי הערת האזהרה לטובת הבנק. לכאורה, נרשמה הערה זו לגבי התחייבותה הישירה של המשיבה, ביחד עם הקבלן, כלפי הבנק לרשום משכנתה על הדירה שתיבנה. התחייבות זו אינה מותנית, לפי תוכנה, בעסקת הקומבינציה, וזו אינה מאוזכרת בה כלל, בין כך ובין כך, התחייבה המשיבה בסעיף 9(ב) להסכם הקומבינציה, ישירות, להתיר את רישום הערת אזהרה לטובת בנקים או מוסדות פיננסיים, שייתנו הלוואות לרוכשי יחידות, בגין אותן הלוואות. לגבי התחייבות זו יפות מסקנותינו מן הדיון בהתחייבות החוזית המקבילה כלפי רוכשי הדירות, כאמור בסעיף 9(א) לחוזה. אשר-על-כן, דין הערת האזהרה שנרשמה לטובת הבנק כדין הערות האזהרה שנרשמו לטובת הקונים."

ב-ע"א 3380/92⁴³ קבע בית-משפט כי זכותם של רוכשי דירות גובשה עם הגיע שלב הבניה. משום כך גם הערות האזהרה תישמרנה. להלן עובדות המקרה ופסיקת

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

43. ע"א 3380/92, 3382 פרג' נ' דוד ואח', פ"ד מט(2) 61.

נעשתה על-ידי מפרק החברה הקבלנית, ואילו בעניינינו לעסקה עדיין צדדים הכורתיים המקוריים שלה. בפסק-דין זה אף צויין במפורש כי פשיטת הרגל כשלעצמה אין בה כדי לפגוע בזכויות של מי שהערה נרשמה לזכותו.

לפיכך - אין בכישלון עסקת הקומבינציה כדי לפגוע ברישום הערות האזהרה לטובת הרוכשים. לכן יש לדחות את הערעור.

בשולי הדברים מנתח הנשיא שמגר טענה דיونית לפיה תצהירים שהוגשו לבית-המשפט קמא מטעם הרוכשים נחתמו רק על-ידי אחד מבני-הזוג. בשל כך טוען המערער, נפגעה זכותו לחקירה נגדית של שני בני-הזוג. הנשיא שמגר אינו רואה בכך כל פגם דיוני, שכן אכן מדובר בשני רוכשים בכל עסקה ואולם האינטרס המשותף שביניהם הוא כה בולט והמסכת העובדתית כורכת ביניהם כאחד, עד שאין לדרוש מכל אחד מבני-הזוג תצהיר עצמאי.

לסיכום - בשלב הביניים היתה הערת האזהרה אכן מסוייגת, אולם עם הגיע שלב הבניה הרי שזכותם של הרוכשים "לשימור ההערות, או לרישומן המחודש המיידית" מכוח הסכם הקומבינציה עצמו, עומדת, ואין בה כל סייג.

לגבי הערות האזהרה שנרשמו לטובת הבנק. הערות אלו מלכתחילה לא סוייגו, ולכן ניתן היה למחקן רק אם ניתן היה למחוק את הערות האזהרה שנרשמו לטובת הרוכשים. מאחר שמחיקה כזו אינה כדין, הרי שממילא נופלת התביעה של המערער כנגד הבנק.

השופטים גולדברג וחשין: מסכימים.

ב-ע"א 250/89⁴⁹ נדון המקרה הבא:

ב-25.10.82 חתמו המשיבים שפוך ושנייר, בעלים של נכס מקרקעין בעפולה (להלן: "הבעלים"), על הסכם קומבינציה עם חברת פואד בע"מ (להלן: "הקבלן"), לפיו הקבלן יבנה בניין על החלקות שבבעלותם, והם יקבלו 3 דירות מהבניין. בהסכם הקומבינציה הביעו הבעלים את הסכמתם לרישום הערות האזהרה לטובת רוכשי הדירות, וכן חתמו על יפוי-כוח בלתי-חוזר המייפה את כוחו של עורך-דין שוטן לרשום הערות אזהרה וכו' לטובת רוכשי הדירות, או לטובת בנקים שילוו לרוכשים כספים.

בנק עצמאות מימן רכישת דירות של שתי משפחות, וב-3.1.84 וב-30.1.84 נרשמו לטובתו הערות אזהרה, כל זאת טרם ביטול הסכם הקומבינציה (כפי שיתואר להלן).

הקבלן לא עמד בתנאי הסכם הקומבינציה, ובעלי הקרקע עתרו לבית-המשפט קמא לסעד הצהרתי של ביטול ההסכם וביטול הערות האזהרה שנרשמו לטובת הבנק המערער.

המערער לרישום הערות האזהרה עוד טרם הגיע השלב המאפשר זאת לפי הסכם הקומבינציה, אינו מהווה ויתור או ביטול של הרוכשים על זכותם לרישום הערת אזהרה בלתי-מסוייגת לטובתם לפי הסכם הרכישה של הדירה. אין זה מתקבל על הדעת כי הרוכשים בחרו להקדים את רישום ההערות במספר חודשים בלבד תוך סיוג כוחן באופן גורף, כאשר במועד קצר לאחר-מכן היו יכולים לקבל הערות אזהרה נקיות מכל סייג, בהתאם להסכם הקומבינציה. מדובר על הגנה עם סייגים לתקופת הביניים בלבד, כאשר כוונת הצדדים היתה שעם הגיע המועד המאפשר את רישום הערת האזהרה על-פי הסכם הקומבינציה, אזי ישמטו גם הסייגים.

מהו אפוא מעמדן של הערות האזהרה?

עסקת הקומבינציה קושרת בדרך-כלל שלושה צדדים: בעל מקרקעין, קבלן, ורוכשי הדירות. לעיתים נוסף גורם רביעי, והוא הבנק המממן את הרוכשים. הפסיקה בעשור האחרון קבעה כי למרות שאין חוזה פורמאלי בין הבעלים לבין הרוכשים, הרי שהתחייבות אישית, חוזית ומחייבת נוצרה בין השניים בשל טבעה של עסקת הקומבינציה (ראה ע"א 205/83⁴⁴; ע"א 813/85⁴⁵; ע"א 784/86⁴⁶; ע"א 2444/90⁴⁷). תוכנה של אותה התחייבות היא הסכמת הבעלים למכירת הדירה אשר יוחדה בהערות האזהרה לרוכש, והסכמתו להימנע מעסקאות סותרות. לפיכך אין בביטול עסקת הקומבינציה שבין החברה לבעלים, כדי להביא לביטול אוטומטי של הערות האזהרה שנרשמו לטובת הרוכשים.

גישה זו מביאה אכן לסיכון המוטל על בעל המקרקעין. סיכון זה יכול בעל המקרקעין להחליש, על-ידי סיווג והגבלת היקפה ותוקפה של הערת האזהרה. ואולם, סיוג כזה חייב להיעשות במפורש, ובלשון ברורה וחד-משמעית. יתר-על-כן - הסייגים הנ"ל יבחנו על-ידי בית-המשפט לפי מבחני תום-הלב.

בעניינינו - בשלב הביניים (עד הגיע שלב הבניה המאפשר לפי הסכם הקומבינציה את רישום הערות האזהרה) אכן סייג המערער את תוקפם של הערות האזהרה. ואולם משעבר הקבלן את שלבי הבניה המאפשרים את רישום הערות האזהרה, הרי שלפי הסכם הקומבינציה מדובר בהערות אזהרה בעלות תוקף בלתי-מסוייג.

המערער הפנה לפסק-דין ע"א 184/77⁴⁸. שם איפשר בית-המשפט למפרק החברה הקבלנית להתנער מחוזה מכר כ-"נכס מכביד", לפי סעיף 220(ג) לפקודת החברות. ואולם, אין הנדון דומה לראיה. שם הפניה לבית-המשפט

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

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

46. ע"א 784/86 חברה גוש חלקה 6378 נ' צבי את עזרא... פ"ד מג(4) 441.

47. ע"א 2444/90 ארואסטי נ' קאשי ואח', פ"ד מח(2) 513.

48. ע"א 184/77 שגיב נ' וולובסקי, פ"ד לב(1) 265.

49. ע"א 250/89 בנק עצמאות למשכנתאות ופיתוח בע"מ נ' שפוך ואח', פ"ד מד(1) 595.

הלוואה למימון רכישת דירה רק לאחר גמר מועד החפירה, וזאת לאחר שווידא כי הלווה קיבל מהמוכר ביטחונות מתאימים לפי חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי הדירות); כל זאת למעט מספר מגזרים המפורטים בהוראות, של זכאי משרד השיכון שהופנו על-ידי רשות ממלכתית.

בענייננו רשאי היה הבנק להסתמך על ההצהרות של המוכר והקונה בדבר מצב הבניה, ולכן לא נדרש הוא לצאת לשטח לבדוק את מצב הבניה. כאשר מוצגים בפני הבנק מצגים סבירים לגבי מצב הבניה, רשאי הוא להסתמך עליהם, והסתמכותו לא תיבחן כפי שבוחן בית-משפט זה - לאחר מעשה - את האותנטיות של המצגים. לכן לא הפר הבנק את הוראות בנק ישראל.

ואולם אם גם היתה הפרה של הוראות בנק ישראל לא היה בכך כדי לשנות את המצב. הפרה זו, לו היתה, היתה במישור היחסים שבין הבנק לבנק ישראל. צד ג' אינו יכול להיבנה מהפרת ההוראות של בנק ישראל, אלא אם מדובר בהפרה כה יסודית עד שהסכם ההלוואה עצמו בטל מעיקרו, בבחינת יצור שאף פעם לא בא אל העולם. למשל במקרה של חוסר סמכות, מירמה, זיוף וכו'. גם מקרה של טעות, הטעיה, עושק או כפייה אין בהם כדי להביא את ההסכם לבטלות מעיקרו אלא להיות בגדר ניתן לביטול בלבד.

בענייננו הסכם ההלוואה אינו בטל מעיקרו. אם אכן הצהירה אודות מצב הבניה היתה מזוייפת, הרי כל שיש בכך הוא לתת לבנק דווקא עילה לביטול הסכם ההלוואה. לפיכך צד ג', ובענייננו הבעלים, אינם יכולים להיבנות מהפרה על-ידי הבנק של הוראות בנק ישראל (לו היתה). הזכות לבטל את החוזה לחוד והמעמד הקנייני של הערות האזהרה לחוד.

בית-המשפט קמא קיבל את התביעה, ועל כך הערעור. בית-משפט בדהותו את הערעור קבע כדלהלן:

כידוע הזכאי לרשום הערת אזהרה אינו חייב להיות צד לחוזה עם מקנה הזכות, אלא יכול הוא להיות המוטב בחוזה לטובת צד ג'. הדבר מותנה כמובן בהסכמת בעל הקרקע, על-פי ההסכם עם הקבלן, או בהתחייבותו להסמיך את המוטב לרשום הערת אזהרה. התחייבותו של בעל המקרקעין במסגרת הסכם הקומבינציה נועדה לאפשר לקבלן להתחייב כלפי הרוכשים והבנקים המממנים, כאילו בשם בעל המקרקעין. כך מוגנת גם זכויותיהם של הצדדים השלישיים ההכרחיים לעסקת הקומבינציה - רוכשי הדירות והבנקים המממנים.

השאלה המשפטית היא מה דינן של הערות האזהרה שנרשמו לטובת הבנק עם ביטול הסכם הקומבינציה. השופט ד' לוין מצטט בהרחבה את כל הלכת נחשון⁵⁰ ומביע את הסכמתו לה. לדעתו אין הבדל בין צד שלישי שעתידי לקבל זכות קניינית של בעלות בדירה שתושלם (הרוכשים), וצד שלישי אחר שעתידי לקבל זכות קניינית של משכנתה בדירה שתושלם (הבנקים). זו המסקנה גם של פסק-דין נחשון. גם הבנק מבקש לממש את הפן הקנייני של העסקה באמצעות הערת האזהרה, ועל-ידי הסכמתם לרשום הערות אזהרה לטובת בנקים נוטלים בעלי המקרקעין חלק בהגנה על הזכויות החוזיות של הבנק על-ידי הבטחה שלא תירשם עסקה הסותרת את זכותו. ההסכמה של המוכרים לרשום הערות אזהרה גם לטובת בנקים היא הנותנת שאין לבטל הערות אלו בשל ביטול הסכם הקומבינציה.

טענה חלופית של בעלי הקרקע היא שהבנק, בנתנו את ההלוואה טרם תחילת הבניה, הפר את הוראות בנק ישראל, ולכן לא זכאי הוא לסעד. הוראות בנק ישראל קובעות כי בנק למשכנתאות לא יתן

ט. ניתוק בהסכמה של הקשר המשפטי בין בעל הקרקע לבין הרוכש מהקבלן

הקבלן לא עמד בהתחייבויותיו ולא החל כלל בבניה. עקב זאת ביטלו הבעלים את ההסכם עמו. הקונים והבעלים הגיעו לפשרה, שקיבלה תוקף של פסק-דין, לפיה הסכימו הקונים למחיקת הערת האזהרה שנרשמה לזכותם. בהליך הנדון תבעו הקונים כי הסכם הפשרה יבוטל, וכי הערת האזהרה תרשם מחדש. לחילופין, הם תבעו לחייב את הבעלים לשלם להם את שווייה הריאלי של התמורה שהם שילמו לקבלן בעד הדירה. התביעה לביטול הסכם הפשרה בוססה על עילת הטעות.

ב"ת"א (ת"א) 42/85⁵¹ נדון מקרה בו בעלי מגרש התקשרו בעסקת קומבינציה עם קבלן, לפיה מכרו לו 60% מזכויותיהם במגרש תמורת מספר דירות בבניין שהוא יקים עליו. במקביל, התקשר הקבלן עם קונים (הם התובעים) והם רכשו את אחת הדירות בבניין שיוקם. התמורה שהוסכמה בעד בניית הדירה, מסירתה והעברת הבעלות בה לקונים היתה 1,040,000 שקל. הקונים מלאו את כל התחייבויותיהם לפי הסכם המכר ושילמו לקבלן את מלוא התמורה.

⁵⁰ ע"א 813/85 נחשון נ' שי, פ"ד מב(1) 340, המסוכם בנפרד.

⁵¹ ת"א (ת"א) 42/85 קאשי נ' ארואסטי, פ"מ תש"ן(ג) 95. בערעור שיידון הלהלן הפך בית-המשפט העליון את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי.

השיקולים המשפטיים, שאינם עולים אלא לכדי טעות בהערכת סיכוייה של ההתדיינות. אולם, הבעלים לא ידעו, וגם לא היה עליהם לדעת, על יסודיותה של טעות הקונים. היות וכך, אין תחולה במקרה הנדון לסעיף 14(א) בחוק החוזים. יודגש כי בית-המשפט העליון, בהפכו את פסיקת בית-המשפט המחוזי, דחה את קביעות בית-המשפט קמא.

מאידך, הסיק בית-המשפט, כי במקרה הנדון היתה טעות משותפת, דהיינו, גם מצד בעלי הקרקע היתה טעות כנ"ל שבחוק.

סעיף 14(ב) מקנה לבית-המשפט שיקול-דעת לבטל הסכם לפי בקשת הצד שטעה, ומנחה אותו לשיקול שיקולים של צדק.

בית-המשפט פסק, בעמ' 111-112:

"לדעת, שקלול האינטרסים של הצדדים לעסקת הקומבינציה, הסיכונים שכל אחד מהם נוטל, והתוכן שיצקו בתי-המשפט 'לאותה צלע מצלעות המשולש - שבקצותיה בעל המקרקעין ורוכשי הדירות...' (פרשת נחשון, ע"א 813/85 נחשון נ' שי, פ"ד מב(1) 340, 348)

מחייבים את המסקנה, שלפיה יש לאפשר לקונים לבטל את הסכמתם לביטול רישומה של הערת האזהרה. הנימוקים לכן בוארו, בהרחבה, למעלה מכאן, הן במסגרת הבחינה העקרונית של יחסי בעלי מקרקעין ולקוחו של קבלן, והן במסגרת הבחינה הקונקרטית של יחסיהם של הבעלים והקונים שבענייננו.

הראוי רק להוסיף ולהדגיש, שלמרות שתוצאתו של הביטול פוגעת בזכות הקניין של הבעלים ומטילה עליהם נטל כספי, שמידתו טרם זכתה לתיחום ברור בפסיקה, 'לבעלים ודאי לא היתה ולא יכלה להיות צפיה, כי במקרה שהקבלן יפר את ההסכם עמו ובעקבות ההפרה יבוטל ההסכם, תבוטל גם הערת האזהרה, שהבעלים הסכים לרשום לזכות הרוכשים' (פרשת חובני, ע"א 205/83 חובני נ' דיקלה, פ"ד מא(3) 96, 107).

המסקנה היא, איפוא, שמן הצדק יהיה לבטל את הסכם הפרשה, וממילא - לבטל גם את פסק-הדין שניתן לפיו בעתירת הביטול.

עם זאת, קבע בית-המשפט כי זכות הביטול של הצד שטעה לא תופעל אם ימלא הצד שכנגד תנאים מסויימים.

בית-המשפט המשיך וקבע, בעמ' 112:

"... (ב) (1) הנטל אותו יש להטיל על הבעלים, כדי לשלול את זכות הביטול של הקונים, קשור, בראש ובראשונה, להיקף המחוייבות שנוטל על עצמו בעל המקרקעין משנוצר יחס משפטי ישיר בינו לבין רוכש הדירה. יחד עם זאת, יש לזכור, שהנטל בו אנו דנים כאן הוא תולדה של שלילת זכות הביטול של הקונים. הוא אינו נובע, באופן ישיר, מהיקף ההגנה לה זוכה רוכש הדירה, שגרשמה לטובתו הערת האזהרה, אלא משיקולי הצדק המנחים אותנו בסייג זכות הביטול. תחום הפרישה של הגנת הערת האזהרה אינו מהווה אלא שיקול, המסייע בעיצובו של הנטל שיש להטיל על הבעלים.

כבואנו לעצב נטל זה, יש להכיר בכך, ש"הערת האזהרה בא להבטיח את מימוש הפן הקנייני של הסכם הרכישה

הקונים, ביחד עם בא-כוחם, האמינו, בעת שחתמו על הסכם הפרשה, שעם ביטולו של ההסכם בין הבעלים לבין הקבלן בטלה גם העילה לרישומה של הערת האזהרה. בית-המשפט קבע, בעמ' 109, כי:

"...אמונה זאת התחזקה על-ידי החלטת בית-המשפט בעתירת הביטול מיום 21.2.84, שלפיה 'נראה בעליל על פני הדברים שאין כל יסוד להגנת המשיבים (הקונים מ' ב') כנגד הבקשה...' (ה"פ 1065/83, פרטיכל, עמ' 3). היא חורה והתחזקה בשל הבעת-דעתו של בית-המשפט שם, לפיה אין כל סיכוי להתנגדותם של הקונים למחיקתה של הערת האזהרה ולפיה הם עלולים להתחייב בתשלום הוצאותיהם של הבעלים (ראה: פרטיכל, עמ' 2-3).

על-מנת להכריע אם אכן טעו הקונים טעות שבגדר "טעות שבחוק", בחן בית-המשפט את המצב המשפטי בסוגיית התחייבות בעל הקרקע כלפי רוכש הדירה מהקבלן בעת כריתת הסכם הפרשה, בעמ' 108:

"...ביום כריתתו של הסכם הפרשה היו ידועים שלושה פסקי-דין שבהם את הסוגיה הנדונה. פסקי-הדין הם אלה שניתנו בפרשת אטיאס, ע"א 68/76 אטיאס נ' הממונה על המרשם, פ"ד (3) 527, בפרשת וינברנד, ע"א 3/78 וינברנד נ' רוקמן, פ"ד לג(2) 359 ובפרשת סורוקין, ת"א (ת"א) 2182/82 סורוקין נ' אחיעזר, פ"מ תשמ"ג(ב) 299. פסקי-הדין בפרשת אטיאס הנ"ל דן בכוחה של הערת האזהרה, והסתמנה בו מגמה של מציאת קשר משפטי ישיר בין בעל המקרקעין לבין לקוחו של הקבלן. בפסקי-הדין בפרשת וינברנד הנ"ל חלה נסיגה במציאתו של קשר משפטי ישיר כאמור, ונקבעה תלותה של הערת האזהרה בבסיס יצירתה. בפסקי-הדין בפרשת סורוקין הנ"ל נקבע כוחה הקנייני של הערת האזהרה, ללא תלות במערכת היחסים ההדדיים שבין בעל המקרקעין לבין הקבלן. אם נוסף למשקלם המצטבר של פסקי-הדין האלה את הגישה שהובעה בפסקי-הדין בפרשה רוטי-שופה (6), בדבר אמות-המידה המיוחדות שראויות להינקט בנוגע לזכויות קנייניות בדירת מגורים, נגיע למסקנה, שבזמן כריתתו של הסכם הפרשה הסתמנה, בבירור, הלכה בזכות עצמאותה של התחייבותו של בעל המקרקעין כלפי לקוחו של הקבלן.

לעומת זאת, היה ראוי להבחין, כבר אז, בנסיבותיה המיוחדות של פרשת וינברנד הנ"ל, שהביאו לתוצאה המשפטית השונה שנקבעה בה.

המסקנה היא, שבזמן כריתתו של הסכם הפרשה הסתמנה הלכה בזכות עצמאותה של התחייבותו של בעל מקרקעין כלפי לקוחו של הקבלן, ומכל מקום - לא היתה הלכה בלתי-מעוררת, ששוללת את עצמאותה של התחייבות האמורה."

לאור מסקנה זו, מצא בית-המשפט כי הקונים טעו בעת כריתת הסכם הפרשה טעות שבגדר "טעות שבחוק", לעניין סעיף 14(ב) לחוק החוזים. בית-המשפט קבע כי טעותם היתה יסודית, שכן היא נגעה לעצם קיומה של זכות הנובעת מהרישום של הערת האזהרה לטובתם, בשונה מטעות ביעוץ המשפטי או מאיזון בלתי-ראוי במכלול

הנטל שיוטל על הבעלים ויאפשר להם לשלול את זכות הביטול של הקונים.

(2) פרופ' רייכמן בדעה, ש"סכום התביעה המירבי של הקונה מוגבל בשניים: בערך המקרקעין ובנוקו הממשי. בהגבלת הפיצוי בערך המקרקעין הכוונה היא לזכות היחסית של הקונה מתוך ערך החלקה במצבה הנוכחי, ששיעורה הוא כיחס שבין שווי הדירה שהובטחה לקונה לשווי כל הדירות שתוכננו בבית. להמחשה, בהנחה שהתוכנית שבגינה ניתן רישיון הבניה, והיא היוותה הבסיס להסכמים ב"עסקה המשולבת", כללה עשר דירות שוות ערך - יהיה הקונה זכאי, לכל היותר, לעשרה אחוזים מערך החלקה והמחזברים שעליה באותה עת. תקרת פיצוי זו תישאר בעינה גם אם שילם הקונה בפועל ליוזם סכום גדול יותר' (רייכמן, בעמ' 348 (18)). בענייננו, אין בחומר הראיות די נתונים כדי לפעול לפי קריטריון זה, אך, לדעתי, ממילא אין הוא ישים לענייננו.

(3) כזכור, קבע סעיף 108) להסכם הקומבינציה לוח זמנים לרישום הערות אזהרה, וזאת לפי קצב התקדמות הבניה. עם תמימת הסכם הקומבינציה, היה הקבלן רשאי לרשום הערת אזהרה רק לטובת רוכשי הדירה הראשונה. מכך, יש להסיק, לדעתי, כי היקף המחוייבות של הבעלים, לפחות בשלב שבו טרם נרשמו הערות אזהרה נוספות לטובת רוכשים אחרים, משתרע על מלוא זכותם של הקונים. ממילא, אין לומר, שהיקף המחוייבות משתרע רק על זכותו היחסית של הקונה מתוך ערך החלקה במצבה הנוכחי, ששיעורה הוא כיחס שבין שווי הדירה שהובטחה לקונה לשווי כל הדירות שתוכננו בבית' (שם (18), שם). ההגבלה היחידה היא, כמובן, שהיקף המחוייבות של הבעלים לא יוכל לעלות על ערך המקרקעין. כאשר מאפשר בעל המקרקעין לרשום הערות אזהרה לטובת רוכשי דירות בכפוף לקצב התקדמות הבניה, חבותו של בעל המקרקעין משתרעת על מלוא ערך המקרקעין שלו להגנה בלעדית, לפחות למשך פרק זמן מסוים, עד שתהיה התקדמות בבניה ותרשמנה הערות אזהרה נוספות, על זכותו של רוכש אחד, והגנה זאת אינה מתפצלת בין רוכשים אחרים. כך, באמצעות הרחבת היקף ההגנה, ניתן לפצות את הרוכש הראשון, שקונה דירה "על הניר" מבלי שהתחילו בבניה, ונוטל על עצמו סיכון גדול במיוחד.

(4) המסקנה היא, שבמקרה שבפנינו, ערכה הכספי של הערת האזהרה הוא בגובה הסכומים שהקונים שילמו לקבלן, לאמור סך כולל של 1,040 ש"ח, בערכם הריאלי דאז. גובהו של הסכום לא הוכחש על-ידי הבעלים.

(5) על-פי האמור, לא תופעל זכות הביטול של הקונים אם ישלמו להם הבעלים את הסך של 1,040 ש"ח, בצירוף הפרשי הצמדה למדד התשומות בבניה החל מאמצע תקופת התשלום, מיום 1.7.82, ועד לפרעון המלא.⁵² ב"ע"א 2444/90⁵² בהפכו את פסיקת בית-המשפט המחוזי

שבין הקבלן לקונה' (פרשת נחשון (1), בעמ' 349), כך שמחוייבותם של הבעלים שקולה להתחייבות שלא לסתור את הזכות הקניינית של הקונים.

(2) הבעלים '...לא נוטל על עצמו, לא במפורש ולא מכללא, את חיובו של היוזם לבנות על המקרקעין וחייבים אחרים הכלולים באותו חוזה או נובעים ממנו. כל חובתו היא אך להקנות את הזכות במקרקעין - יהיה מצב המקרקעין והמחזברים עליהם ככל שהיה באותה עת' (רייכמן, בעמ' 347 (18)). לפי גישה זאת, להערת האזהרה יש ערך כספי, שניתן לתבוע אותו מן הבעלים.

גישה זאת זוכה לחיזוק גם בשל כך, שמשמעותו המעשית של פדיונה של הערת האזהרה היא ביטולו של היחס המשפטי שנוצר בין הבעלים לבין הקונים, בשל חוסר יכולתם של הבעלים לקיים את ההתחייבות שנטלו על עצמם, להגן על זכותם הקניינית של הקונים. עם ביטולו של היחס המשפטי הזה, חב כל צד בחובת ההשבה. כך הם הדברים, אם נגדיר את היחס בין הבעלים לבין הקונים כיחס חוזי. במקרה כזה, יהיה המקור לחובת ההשבה הוראות סעיף 9(א) לחוק התרופות (16). אם נמנע מלהגדיר את היחס כיחס חוזי, יהיה המקור לחובת ההשבה הוראות הדין הכללי, בתחום דיני עשיית עושר ולא במשפט. הטעם לכך הוא, שבחוק התרופות אין סעיף דוגמת סעיף 61(ב) לחוק החוזים (13), המאפשר להחיל את הוראותיו של חוק החוזים גם על פעולות משפטיות שאינן יוצרות יחסים חוזיים בין הצדדים.

(3) עם ביטול היחס המשפטי בין הבעלים לבין הקונים, הבעלים יחוב בחובת השבה של לפחות חלק מן הכספים ששילמו הקונים לקבלן, שכן 'במישור הנורמטיבי, יש לראותו כמי שקיבל את התשלום' (ע"א 186/77 סוכניות (השכרת רכב) בע"מ נ' טרבלוס, פ"ד לג(1) 205). 'שמעון (בעל המקרקעין) 'קיבל' את הסכומים שראובן (רוכש הדירה) שילם ללוי (הקבלן), שכן זה בדיוק ה-bargain לו הוא שאף' (שם (11) בעמ' 206). ההבדל בין המקרה שנדון בפרשת סוכניות (השכרת רכב) (11) הנ"ל למקרה בו נטיל חובת השבה על הבעלים בשל קבלה נורמטיבית של הכספים ששולמו לקבלן הוא, שבמקרה של עסקת קומבינציה חובת ההשבה של הבעלים אינה משתרעת, בהכרח, על כל הסכומים שקיבל הקבלן מהקונים, שכן התחייבותו של הבעלים היא התחייבות מוגבלת. בכל מקרה, ניתן לומר, שהקשר בין הבעלים לבין הקבלן '...יצר זיקה משותפת לחיוב בהשבה' (פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט - תוספות, (תשמ"ט), 81 (21)), הנובעת בין היתר, מכך שחלק מהתשלומים לקבלן נועדו לאפשר לבעלים להפיק טובת הנאה.

(ג) (1) משקבענו, שלהערת אזהרה יש ערך כספי אותו יכולים לתבוע הקונים, שלטובתם נרשמה הערת אזהרה, נותר לקבוע מהו ערך כספי זה. וכל זאת, כדי לעצב את

52. ע"א 2444/90 אראסטי ואח' נ' קאשי ואח', פ"ד מח(2) 513.

הראשון של בית-המשפט קמא מתמוטט. בית-המשפט קמא קבע, באופן חלופי, כי מאחר ופרשנות החקיקה היא דקלראטיבית, הרי שגם אם מצב ההלכה בעת כריתת ההסכם לא הכיר בקשר הישיר בין הבעלים לקונים, אזי עדיין זכאים הקונים ליהנות מכללי הטעות שבדין. אכן, הדין הישראלי (בניגוד לדין האנגלי) מכיר גם בטעות שבחוק כטעות. עם זאת, למען הוודאות והיציבות, יש לצמצם את גדר הטעות שבחוק, שהרי החוק מעצם טבעו משתנה ומתחלף. לפיכך הכרה רחבה בטעות שבחוק, יכולה לערער את יציבות החוזים. התוצאה היא שיש לקבוע שתי מגבלות לטעות בחוק:

1. החוק שהמתקשר טעה בו חייב להיות ברור וודאי כמו עובדה - למשל: תשלום מס במקום בו יש פטור.
 2. פרשנות מאוחרת של החוק, ששינתה את משמעותו, כפי שהבין אותה המתקשר בשעתו, אינה יכולה להיחשב כטעות בחוק.
- לפיכך, לא ניתן לבטל הסכם פשרה, הבנוי על הנחה מסוימת שבדין, רק משום שהנחה זו השתנתה.
- נראה כי ניתן לאבחן עמדה זו מעמדת בית-המשפט בפסק-דין כנפי, שם קבע בית-המשפט העליון כי טעות של נכה עבודה בחוק, מאפשרת את ביטול ההסכמה שנתן הנכה לקבלת מענק מהוון במקום קיצבה. בזמן ההסכמה היה נוהג של הביטוח הלאומי שבמקרה ונכה, אשר קיבל מענק מהוון, מצבו מחמיר, זכאי הוא לקיצבה נוספת. בית-הדין הארצי לעבודה שינה באחד הימים הלכה זו, וקבע כי קבלת מענק מהוון מפקיעה את הזכות לקיצבת נכות, ולכן לא ניתן לבקש את הגדלתו בעתיד. הנכה, באותו מקרה, עתר לבג"צ וטען לטעות בחוק, וטענתו - כאמור - התקבלה. עם זאת ענייננו שונה מהלכת כנפי, שכן הלכה זו עוסקת במערכת יחסים מתמשכת ורבת שנים בין הצדדים, בה הצדדים סברו מחמת הנחה מוטעית כי ניתן יהיה לשנות את המצב בעתיד. ענייננו לעומת זאת עוסק בחוזה, שעם ביצועו, בא הקץ על הקשר המשפטי בין הצדדים לו.
- לפיכך - לא עומדים לקונים הטענה של טעות בחוק. ניתן לראות את טעותם של הקונים כטעות בכדאיות העסקה, וזאת לפי פרשנותו של פרופ' פרידמן, הגורסת כי טעות בכדאיות פירושה טעות ביחס לסיכון שנטל עליו צד מסויים לחוזה. בהסכמי פשרות הצדדים נוטלים על עצמם את הסיכון לשינוי הדין, ולכן התממשות הסיכון אינה מזכה בביטול ההסכם. פרשנות זו של פרופ' פרידמן נראה כי יש מקום לאמץ.
- לפיכך - יש לקבל את הערעור. השופטים ברק וד' לויין: מסכימים.

קבע בית-משפט של הערעור כי לא תעמוד לקונים הטענה של טעות שבחוק. להלן מובאת תמצית פסק-הדין המכילה את העובדות.

המערערים, בעלי מקרקעין בפתח תקווה (להלן: "הבעלים"), התקשרו בעסקת קומבינציה עם חברה קבלנית (להלן: "הקבלן"), לפיו הבעלים יהיו זכאים לשלוש משמונה הדירות שייבנו על המקרקעין. המשיבים (להלן: "הקונים") הינם רוכשי דירות מהקבלן בבניין שתוכנן על המקרקעין. לטובת הקונים נרשמה הערת אזהרה על המקרקעין, ותוך מספר חודשים השלימו הם את התשלום עבור הדירה.

הקבלן התמוטט ומונה לו כונס נכסים לפני תחילת הבניה. לפיכך הודיעו הבעלים לקבלן על ביטול עסקת הקומבינציה. כן הגישו הבעלים תובענה לבית-המשפט בבקשה לסעד הצהרתי בדבר ביטול ההסכם, וכן מחיקת הערת האזהרה שנרשמו מכוחו. הקונים והבעלים הגיעו להסכם פשרה שקיבל תוקף של פסק-דין לפיו יימחקו הערות האזהרה שנרשמו לטובתם, ובתמורה הקונים לא יחוייבו בהוצאות.

כחצי שנה לאחר-מכן הגישו הקונים תובענה כנגד הבעלים בה ביקשו לבטל את הסכמתם למחיקת הערת האזהרה, ואת פסק-הדין שנתן תוקף להסכמה זו.

בית-המשפט המחוזי קיבל את טענתם של הקונים.

בית-המשפט ניתח את התפתחות הפסיקה החל מפסק-דין חובני ועד פסק-דין נחשון, וקבע כי קיים קשר ישיר בין בעל המקרקעין לקונה. קשר אשר ביטולו של הסכם הקומבינציה שבין הקבלן לבעלים אינו פוגע בו.

מאחר שהלכה זו הסתיימה עוד בעת הפשרה בתובענה הקודמת, ומאחר וההלכה שקובע בית-המשפט העליון הינה דקלראטיבית, הרי שההסכמה שהובילה לפשרה נגועה בטעות (טעות בדין). הביטול עקב טעות, לפי סעיף 14(ב) לחוק החוזים, מותנה בשיקולי צדק, אך כאן - לפי בית-המשפט קמא - שיקולי צדק מחייבים התחשבות בקונים, ולפיכך את ביטול הסכם הפשרה.

משכך חבים הבעלים בחובת השבה של הכספים ששילמו הקונים לקבלן. חובת השבה מכוח דיני החוזים או מכוח דיני עשיית עושר. אם הבעלים לא ישלמו את הסכום אזי תוחזר הערת האזהרה על נכסם.

השופט טל מנתח את הפסיקה לגבי הערת האזהרה לטובת הרוכש בעסקת קומבינציה. משני פסקי-הדין שניתנו לפני הסכם הפשרה (פסק-דין אטיאס ופסק-דין וינברד) עולה כי אין קשר ישיר בין בעל המקרקעין לבין רוכשי הדירות. רק בפסקי-הדין שניתנו לאחר הפשרה (פסק-דין חובני, ופסק-דין נחשון) החל השינוי בגישה זו. לפיכך יתוו

י. זכותו הדיונית של רוכש הדירה מהקבלן להצטרף כצד לסכסוך בין בעל הקרקע לקבלן

משעלו יחסי הקבלן-בעל הקרקע על שרטון עולה השאלה אם זכאי רוכש הדירה להצטרף כצד לדין המשפטי שביניהם. ככל הנראה נתונה לו זכות זו, וזאת לאור

ההלכה הפסוקה לפיה אין לפגוע בזכויות צד שלישי שאינו צד לדין. ראה לדוגמה ע"א 411/81⁵³ וראה י' זוסמן בספרו⁵⁴.

יא. היחסים המשפטיים בין הקבלן לבין רוכש הדירה מבעל הקרקע

מודלים אפשריים לגבי היחס המשפטי בין הקבלן לבין רוכש הדירה מבעל הקרקע

היחסים המשפטיים בין רוכש הדירה לבין הקבלן (אם בכלל קיים קשר משפטי כלשהו ביניהם), הפסיקה דלה ביותר. פסקי-הדין היחיד, ככל הידוע לנו, בו נדונה שאלה זו, הוא ע"א 348/79⁵⁵.

בעסקאות קומבינציה רבות מוכר אף הבעלים, ולא רק הקבלן, דירה. עמדנו לעיל על מערכת היחסים שבין בעל הקרקע לבין רוכשי הדירות מהקבלן, לגבי הסיטואציה דנן בה בעל הקרקע הוא מוכר הדירה, והשאלה היא מה מהות

1. חוזה לטובת צד שלישי

ליצור זכות לטובת הבא מכוח פקודתה של המוכרת אלא אך זכות של המוכרת כלפי הקבלן לרשום את הבית לזכותו של הבא מכוח פקודתה. יש להדגיש כי אין בפסק-דינו של השופט ברק פסילה על-הסף של אפשרות היות חוזה הקומבינציה חוזה לטובת צד ג' בו הקבלן יהא "החייב" ורוכש הדירה מבעל הקרקע יהא "המוטב", אלא הכרעה לאור נסיבות החוזה שנדון שם בלבד.

בחווה הקומבינציה שנדון ב-ע"א 348/79 הנ"ל, נאמר כי "הקבלן מתחייב לרשום את הבית כמשותף ולהעביר על-שם המוכרת או לפקודתה, את הדירה בלשכת רישום המקרקעין כיחידה נפרדת". השופט ברק דחה את הטענה כי חוזה הקומבינציה הוא חוזה לטובת צד שלישי. לדעתו - אין בחוזה כל כוונה להקנות למוטב כלשהו את הזכות לדרוש את קיום החיוב החוזי. לשון ההוראה החוזית הנ"ל, לדעתו, אין בה כדי

2. המחאת זכויות הבעלים כלפי הקבלן לרוכש

הקבלן לדרוש רישום הבית כבית משותף, כי "המוכרת מתחייבת איפוא, כי כל הזכויות שיש לה לפי סעיף זה מועברות ישירות לקונים". השופט ברק פסק כי יש בחוזה משום המחאת זכותה של המוכרת כלפי הקבלן לקונים, וזאת לאור ההוראות הנ"ל והוראות נוספות בחוזה. היות וכך, פסק השופט, נתונה לקונים-הנושים זכות ישירה כלפי הקבלן-החייב.

בחווה שבין בעלת הקרקע לרוכשי הדירה, שנדון ב-ע"א 348/79 הנ"ל, נאמר בין היתר: "המוכרת מצהירה כי תמורת כל ההתחייבויות של הקונים כפי שיפורטו להלן בהסכם מזה היא מוכרת לקונים את כל הזכויות שיש לה בדירה הנבנית עבורה על-ידי הקבלן בהתאם למוסכם בינה לקבלן". במקום אחר בחוזה נקבע, לעניין הזכות של המוכרת כלפי

53. ע"א 411/81 זירדאן נ' עדיר, פ"ד לח(3) 449, 455.

54. י' זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית - 1995), 180, 185-186.

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

יב. מעורבים נוספים בעסקת הקומבינציה

א. עורך-הדין

1. ייצוג הצדדים השונים בעסקת הקומבינציה לאור כללי לשכת עורכי-הדין

ולרכוש גם יחד.
 (ב) עורך-דין המייצג את הקבלן רשאי לקבל מן הרוכש את שכרו בעד הטיפול ברישום הרכישה.
 הוראות מיוחדות אלו מבחינות בין שלב עריכת החוזה לבין שלב רישום העסקה.
 לגבי תחולת הכללים השונים בעסקאות דנן:
 אין ספק כי בעסקאות בין רוכשי דירות מהקבלן לבין הקבלן חלים הכללים המיוחדים. כך גם אין ספק כי הכללים המיוחדים אינם חלים בעסקאות בין רוכשי דירה מבעל הקרקע לבין בעל הקרקע (בהנחה שבעל הקרקע אינו בעצמו קבלן). בעסקאות אלו יחולו כללי לשכת עורכי-הדין (אתיקה מקצועית) שלעיל.
 לגבי עסקת הקומבינציה שבין בעל הקרקע לבין הקבלן, הרי שהכללים המיוחדים יחולו בכל מקרה בו חלק מהתמורה לה זכאי בעל הקרקע, או כולה, הוא דירה/ות בבניין שיקים הקבלן.
 יצויין כי בעבר הדין היה שונה. לאור כלל 26 בכללי לשכת עורכי-הדין (אתיקה מקצועית), התשכ"ו-1966, וכללי לשכת עורכי-הדין (יצוג צדדים בעסקאות בדירות ובתי-עסק), התשכ"ד-1963, היה מותר לאותו עורך-דין לטפל בעריכת החוזה הן בשם הקבלן והן בשם רוכשי הדירה. ראה בעניין זה את התייחסות בית-המשפט לטיפולו של עורך-דין שפירא בעריכת חוזה רכישת הדירות במסגרת עסקת הקומבינציה שנדונה ב"ע"א 532/83.⁵⁶
 ב"ע"א 37/86⁵⁷ ציין בית-המשפט כי חובותיו של עורך-דין המייצג שני לקוחות בעלי אינטרסים מנוגדים, במקום שהדבר אפשרי, כלפי כל אחד משני הלקוחות, אינן שונות מחובותיו כלפי לקוחו כאשר הוא מייצג אותו, ואותו בלבד. דהיינו - מחובותו, על-אף שהדבר מטיל עליו מעמסה קשה, לפעול לטובת כל אחד מהם בנאמנות ובמסירות, ועורך-הדין יישא בתוצאות המשמעותיות והאזרחיות הנובעות מהפרת חובתו כלפי אחד מהם.
 ב"ע"א 37/86 הנ"ל, נדרש בית-המשפט לשאלה אם עורך-הדין מאירי, שייצג את החברה הקבלנית צוברי, ייצג גם את רוכשי הדירות לוי. הספק התעורר לאור העובדה שלוי שילמו שכר-טרחת לעורך-הדין מאירי. האם שכר זה ניתן בשל עריכת ההסכם על-ידי עורך-הדין מאירי, או עבור רישום הדירה בבוא העת? השופט ד' לוי, הגיע למסקנה שהשכר שולם עבור רישום הדירה בעתיד. זאת

האם רשאי אותו עורך-דין לייצג הן את הקבלן והן את בעל הקרקע בעניין עסקת הקומבינציה? האם רשאי אותו עורך-דין לייצג הן את מוכר הדירה (בין אם זהו הקבלן ובין אם בעל הקרקע) והן את רוכש הדירה בעניין עסקת רכישת הדירה? האם יש להבחין בשאלות הנ"ל בין שלב עריכת חוזה לבין שלב רישום העסקה?
 כללי לשכת עורכי-הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986, קובעים את ההוראות הבאות:
 כלל 14(ב):
 "לא ייצג עורך-דין צדדים בעלי אינטרסים מנוגדים באותו עניין."
 מטרת הכלל למנוע מצב שעורך-הדין לא יוכל לפעול בנאמנות בגלל האינטרסים המנוגדים של לקוחותיו.
 כלל 14(ג):
 "בעניין שצד בו לקוח קובע של עורך-דין לא ייצג עורך-דין צד אחר, גם אם באותו עניין אין עורך-הדין מייצג את הלקוח הקבוע; לעניין הוראה זו "לקוח קבוע" - לקוח שעורך-הדין נותן לו שירותים דרך קבע."
 שירות דרך קבע אין פירושו ייצוג בלעדי של אותו לקוח.
 כלל 14(ד) קובע חריג:
 "הוראות סעיף-קטן (ב) ו-1(ג) לא יחולו על עריכת הסכם ועל טיפול בעניין שהצדדים הסכימו בכתב, כי יעשה בידי אותו עורך-דין."
 הוראות מיוחדות יחסית לנ"ל קבועות בכללי לשכת עורכי-הדין (ייצוג בעסקאות בדירות), התשל"ז-1977. הכללים העיקריים לענייננו:
 1. בתקנות אלה, "קבלן" - מי שמוכר דירה או מחכיר דירה שבנה או שעתיד לבנות בעצמו או על-ידי אדם אחר, על קרקע שלו או של זולתו, על-מנת למכרה או להחכירה לדורות.
 2. בעסקה לרכישת דירה מאת קבלן, לרבות רכישת זכויות בה, לא ייצג אותו עורך-דין את הקבלן ואת הרוכש, אלא לפי הוראות סעיף 5.
 3. לא יקבל עורך-דין מרוכש כאמור בסעיף 2, במישרין או בעקיפין, שכר בעד שירות שהוא נתן לקבלן.
 4. עורך-דין המייצג את הקבלן בעסקה כאמור בסעיף 2 חייב לציין בחוזה הרכישה כי אין הוא מייצג את הרוכש באותה עסקה.
 5. (א) עורך-דין המייצג את הקבלן רשאי לטפל בביצוע רישום הרכישה ויפעל בעניין זה מתוך נאמנות לקבלן

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

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

אין זה מעלה ואין זה מוריד, אם משה לוי אומר בעדות, כי שילם את השכר עבור ההסכם, שכן ההסכם מדבר בעד עצמו, והדעת נותנת, כי שילם את השכר על-פי ההסכם ואולי, בלשונו - בשביל ההסכם, כשהתשלום הזה מיועד לפעולת הרישום, על כל הכרוך בכך.

ג. פרשנות זו לחוזה, ככל שמדובר בתפקידו של עורך-הדין על-פי החוזה, תחום הפעולות שיבצע עבור הקונה ותשלום השכר עבורם, מתיישבת עם כללי לשכת עורכי-הדין ותואמת אותם, והרי חוקה עלינו שיש ליתן למסמך פרשנות התואמת את החוק ומתיישבת אתו על פני פרשנות אשר בעקבותיה ייצא בעל דין מפר את הדין.

באותו עניין הוסיף השופט ד' לוי כי מקובלת עליו עמדת המערער - עורך-הדין מאירי לפיה:

"...אין כל נפקות משפטיות לאמון שרוחש פלוני לעורך-דין אלמוני, ואין בכך כדי ליצור יחסי עורך-דין לקוח ביניהם. לדעתו, כי לקבוע אם אמנם קיימים יחסים כאלו, יש לבדוק את מכלול הנסיבות של המקרה, ולשאל: האם הלקוח פנה לעורך-הדין בבקשה כי ייצג אותו? האם עורך-הדין קיבל על עצמו לייצג את הלקוח? האם ניתן לטובת עורך-הדין יפוי-כוח לטפל במקרה הנבדק? האם שולם שכר-טרח עבור הטיפול? האם נערכה בין עורך-הדין ללקוח ישיבה בה פירט הלקוח בפני עורך-הדין את דרישותיו? המערער טוען, כי במקרה נושא הערעור תשובה לכל השאלות הללו היא שלילית, ועל-כן יש להסיק מכך, כי עורך-הדין המאירי לא היה עורך-דינו של לוי. גם בנדון דידן, כדי לקבוע שאמנם המאירי ייצג את לוי כלקוח, לא די בכך שלוי האמינו בכנותו ובדרך פעולתו של המאירי כדי לתלות באמון זה מערכת יחסים וחובות של עורך-דין-לקוח. דברים אלה מקובלים עלי."

לאור החוקה שעורך-דין מאיר פעל על-פי כללי לשכת עורך-הדין שפורטו לעיל, ומהטעמים הנוספים הבאים:

א. סעיף 16 לחוזה שבין לוי לבין הקבלן קובע, כי הקונה מתחייב בתשלום סכומים מסויימים הקשורים בביצוע העסקה, ואלה הם: 'לשלם ביול החוזה, השתתפות בהוצאות רישום בית זה כבית משותף, הכנת תוכניות לרישום כבית משותף, והעברת הדירה על-שם הקונה. ביול ההסכם והוצאות משפטיות בשיעור של 1% וחצי משיעור הדירה הנרכשת...'. אתה למד מכך, כי עבור ניסוח ההסכם אין הקונה נדרש לשלם דבר (בכך נושא למעשה הקבלן במסגרת היחסים החוזיים שבינו לבין עורך-הדין המאירי שמייצגו, כמשתמע מסעיף 35 לחוזה). התשלום בשיעור 1.5%, שבו מתחייב הקונה כלפי הקבלן והמועבר למעשה לעורך-הדין המטפל בעסקה, נעשה בעיקרו עבור הפעולות הקשורות ברישום הבית המשותף, בהכנת התוכניות לרישום ובהעברת הדירה על-שם הקונה. זה עיקר תפקידו של עורך-הדין, זו טרחתו בעניין (טרחת לא מועטה), ובשל כך מקבל הוא שכר על-פי מחיר הדירה הנרכשת, כאמור בסעיף 16 הנ"ל.

ב. סעיף 35 לחוזה, שכבר צוטט לעיל, אומר במפורש, כי 'הקונה מאשר בזה שעורך-הדין יהודה המאירי, מטפל ברישום הבית כבית משותף והעברת הדירות בבית הנ"ל על-שם רוכשהו במשרד רשם המקרקעין...'. הוזה אומר, זהו התפקיד שממלא עורך-דין המאירי ביחסים שבין הקבלן לבין הקונה; בשל טרחתו זו הוא זכאי לשכר-טרחת; בשל אלה, ולא בשל עצם ניסוחו של ההסכם, שהוא הסכם שבלוני על טופס וזה לכל קונה דירה ושכל שנעשה בו הוא התאמתו על-ידי השלמת הפרטים החסרים או תוספת שוליות בעת חתימת ההסכם.

2. חובות עורך-הדין המייצג צד בעסקת קומבינציה כלפי לקוחו

חתימת התוספת. גם תוספת זו נוסחה על-ידי עורך-הדין המאירי.

לאחר חתימת התוספת התקשרה חברת צוברי עם קונים למכירת דירות בבניין שהיא עמדה להקים על החלקה, וביניהם המערערים (להלן: לוי). עם חתימת הסכם הרכישה, ביום 29.11.78, שילם לוי לחברת צוברי את מלוא התמורה המוסכמת, אך הערות האזהרה לטובת לוי, שאמורות היו להרשם להבטחת זכויותיו, נרשמו בפועל באיחור רב, והיינו ביום 18.2.80. גם עסקה זו נכשלה; חברת צוברי לא השיגה היתרי בניה מהרשות, ממילא לא החלה בעבודות הבניה ולמעשה לא עמדה בהתחייבויות כלפי שרמן וכלפי לוי.

נושא חובותיו של עורך-הדין המייצג צד בעסקת קומבינציה כלפי לקוחו נבחן בהרחבה ב"ע"א 37/86⁵⁸. באותה פרשה התקשרו המשיבים 1-4 (בעלי הקרקע, להלן: שרמן) עם המשיבה 5 (החברה הקבלנית, להלן: חברת צוברי) ביום 10.7.74 בעסקת קומבינציה. עם חתימת ההסכם, חתמו ומסרו שרמן יפוי-כוח בלתי-חוזר לעורך-דין המאירי, ועל פיו הוסמך הנ"ל לטפל מטעמם בביצוע העסקה וביישומה, תוך הבטחת זכויותיה של חברת צוברי (להלן: יפוי-הכוח). במשך שנים לא נעשה בפועל דבר לקידום העסקה נושא ההסכם. ביום 20.9.78 נערכה ביוזמת הצדדים תוספת להסכם המקורי (להלן: התוספת להסכם), לפיה נקבע שהבניה תחל תוך 4 חודשים מיום

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

(22).

עורך-דין, שעורך חוזה מכר ופינוי של דירה, התרשל בכך שלא בדק את חוזה השכירות כדי לעמוד על בעלי הזכויות בדירה ועל טיב זכויותיהם (ע"א 420/75 כהן נ' אייזן, פ"ד ל(2) 29).

בפסק-דין בעניין (23) *Spector v. Ageda* (1973) נקבע, כי עורך-דין חייב לפצות את לקוחו על נזק שנגרם לו בשל אי-מסירת עובדות ופרטים רלוואנטים, שהיו בידיעתו והוא נמנע מלמוסרם ללקוח...

עוד נפסק, כי עורך-הדין מחוייב להודיע ללקוחו על מצב הדברים לאשורו, בכל הקשור להוראות החוק ולפסיקה החלות על מקרהו (ראה ע"א 479/65 הנ"ל, בעמ' 471, בעקבות פסק-דין *Fletcher & Son v. Jubb, Booth & Son* (1920) 281, at 281. *Helliwell*). כמו-כן, נדרש עורך-דין להסביר ללקוחו את משמעותו של כל מסמך עליו הוא חותם, אם זו צוואה (25) *Morrell v. Morrel* (1882), at 73, אם אלו חוזים למיניהם...

אמור מעתה - עורך-דין חב חובת זהירות והפעלת מיומנות סבירה בטפלו בענייני לקוחו ביעוץ, בייצוג ובכל דרך שהיא. מובן שמידתן של אלה רבה, אם לא החלטית, אך עם זאת לא כל כישלון של עורך-דין ייתפס כהפרת החובה, שכן למרות הטלת חובות אלה, שהן רחבות למדי, מכירים עדיין בכך, שלא ניתנה תורת עריכת-הדין למלאכי השרת; גם הם עלולים לטעות בשיקול-דעת. טעות כזו אין בה כדי לחייב עורך-דין ברשלנות.

26. חובות נוספות, המיוחדות לעורך-דין בתור שכזה עורך-דין צריך, כאמור, לפעול עבור לקוחו כאיש מקצוע מיומן וזהיר, כנדרש מבעלי מקצוע דרך-כלל במתן שירות על ידיהם. אולם מעורך-דין כאיש מקצוע שחובת נאמנות והתנהגות שביושר ובהדר הן מיסודותיו נדרש הרבה יותר. הבסיס לכך - לחובות המיוחדות החלות עליו - מצוי בסעיף 54 לחוק לשכת עורכי-הדין, הקובע לאמור: 'במילוי תפקידו יפעל עורך-דין לטובת שולחו בנאמנות ובמסירות...'

בכללי לשכת עורכי-הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986, המחייבים כל עורך-דין, יחד פרק ב', שכותרתו: 'הוראת יסוד', לכלל אחד ויחיד, שהוא מוטו לנדרש ולנתבע מעורך-דין הזוכה לאמון לקוחו, (כלל 2) שזה לשונו:

'עורך-דין ייצג את לקוחו בנאמנות, במסירות, ללא מורא, תוך שמירה על הגינות, על כבוד המקצוע ועל יחס כבוד לבית-המשפט...'

28. גם עניין זה נדגים בהפניה לפסיקה, המלמדת כיצד נתפרשו עקרונות חשובים אלה בחיי המעשה.

עורך-דין ערך חוזה בין מוכרים לבין קונים, ששניהם היו לקוחותיו. עורך-הדין לא דאג שתיכנס לחוזה תניה, אשר תבטיח את הקונים מפני הפרת התחייבותם של המוכרים כלפיהם. עורך-הדין טען, כי זה היה רצון הלקוחות וכי החוזה משקף את כל אשר הסכימו ביניהם, ואין לו לעורך-דין לעשות חוזים במקומם או להכתיב להם הסכם שלא הסכימו לו. לכך התייחסנו ב"על"ע 2/80 פלוני נ'

ביום 30.9.80 הודיעו שרמן לחברת צוברי על ביטול הסכם הקומבינציה. בדיעבד נקבע שהביטול היה מוצדק וכדון. הן שרמן והן לוי תבעו, בין היתר, את עורך-דין המאירי אישית.

שרמן טענו כנגד המאירי שהשתמש שלא כדין ביפוי-הכוח הבלתי-חוזר שניתן לו, תוך שהוא מתרשל במילוי תפקידו ומפר את האמון שניתן בו. היה וכך חייב הוא, כך טענו, לפצותם על הנוקים שנגרמו להם. לוי טענו כנגד המאירי שהוא התרשל בכיצוע תפקידו והפר את חובת הנאמנות שחלה עליו כלפי לוי, שכן הוא היה זה שניסח את ההסכמים, הוא זה שהיה בקיא בעובדות, וכי שפעל, לטענת לוי, גם כעורך-דינם, היה חייב להעמידם על העובדות כהווייתן ועל המשתמע מהן.

השופט ד' לוי, שלפסק-דינו הצטרפו השופטים ברק ו-ש' לוי, בחן את חובות עורך-הדין כלפי לקוחו:

"25. עורך-דין כבעל מקצוע

עורך-דין, המקבל על עצמו טיפול בענייניו של לקוח - אם ביעוץ, אם בהופעה בערכאות, אם בעריכת חוזים, רישום תאגידים וכיוצא באלה - רואים אותו כמי שמציג לפניו מצג מכללא 'לפיו הוא בעל הכישורים המתאימים, הידע והיכולת להבין ולנהל את הבעיה המוצגת בפניו וכי הוא מתעתד להפעיל מידה של אחריות סבירה שבה היה נוהג עורך-דין רגיל בנסיבות דומות' (שנהב ולויתן, במאמרם "אחריותו המקצועית של עורך-דין, ניהול סיכונים וביטוח החבות", הפרקליט לב, תשל"ח 177, 181; וראה האסמכתאות, שם, בעמ' 182).

אדגים השקפה זו, המעוגנת בפסיקה מגוונת, בהפניה להלכות שנפסקו בנדון.

מעורך-דין, העושה מלאכתו למען לקוחו, נדרשת רמה מסויימת בכל הקשור לידיעת החוק. בהקשר זה אמרנו: 'אין לצפות שעורך-דין יידע את תכנם של כל חוקי המדינה, אבל יש חוקים שימושיים שהוא חייב לדעתם, בייחוד אותם החוקים הנוגעים לעניין שהוא מסכים לטפל בו עבור לקוח' (ע"א 479/65 (8). הנ"ל, בעמ' 471; וראה עוד במקורות שהובאו אצל שנהב ולויתן, במאמרם הנ"ל, בעמ' 183).

על עורך-הדין לעמוד בלוח זמנים, והדברים אמורים הן בכל הקשור למגבלות זמן שנקבעו בחוק והן בנוגע למגבלות זמן הקבועות בהוראות שנותן הלקוח לעורך-דינו. כך, למשל, חייב עורך-דין להזהיר את לקוחו לגבי תקופת התיישנות של התביעה שבידו, ובמיוחד כאשר קיימת תקופת התיישנות מיוחדת (ע"א 479/65 וידר נ' הרנוי, פ"ד (1) 468, 474; וראה עוד במקורות שהובאו אצל שנהב ולויתן, במאמרם הנ"ל, בעמ' 183).

על עורך-הדין מוטלת החובה להכין כראוי את התביעה ולפעול בהתאם לסדרי הדין, להופיע כנדרש בבתי-המשפט ולנהל את הדיונים שם כראוי...

גם במתן ייעוץ המשפטי ובפעילויות של עורך-דין מחוץ לכותלי בית-המשפט מוטלת על עורך-הדין החובה לנהוג כפי שהיה נוהג עורך-דין סביר העוסק באותו נושא ברמה סבירה (ראה *Simmons v. Pannington & son* (1955)

לטובת שולחו בנאמנות ובמסירות, יש שימצא את עצמו מסובך ומחוייב מכמה בחינות:

א. יש שימצא עצמו, על-פי נסיבות המקרה, עובר על הוראות המשמעת שבכללי לשכת עורכי-הדין, והוא ידרש לתת את הדין על כך.

ב. יש שהוא ימצא עצמו מפר את חובותיו כלפי לקוחו בשל הפרת ההסכם שנכרת ביניהם ושאהד מעיקריו הוא מתן שירות נאמן ואחראי ללקוח. זאת, אם משום שנהג בלקוחות בחוסר תום-לב בעת המשא-ומתן לקראת ההתקשרות או בקיומו של החוזה לאחר שנכרת, ואם משום שלא מילא את המוטל עליו על-פי ההסכם שביניהם.

ג. יש שהוא ימצא עצמו חב בנויקין כלפי לקוחו, על שום שהתרשל במתן השירות כלפיו ולא נהג במיומנות הצפויה הנדרשת ממנו כבעל מקצוע, והבאנו לעיל דוגמאות לכך.

חובות אלה עומדות כל אחת בפני עצמה, והפרתה של אחת אינה מביאה בהכרח להפרתה של השניה. אם כי יש שאותה התנהגות עצמה תביא להפרתה של יותר מחובה אחת.

ב-ע"א 37/86 הנ"ל, בעמ' 472-474, בחן השופט ד' לוי, את חובותיו של עורך-דין המייצג רוכש דירה. מדבריו עולה כי עורך-דין של הרוכשים חייב לנסח את החוזה תוך שמירה על האינטרסים שלהם, לגלות להם מידע רלוואנטי לסיכון שהם נוטלים, אם זה מצוי בידו, ולפעול להשגת מידע רלוואנטי שאינו מצוי בידו, במידה שהדבר אפשרי, במאמץ סביר, וכן לפעול, בין היתר, להבטחת השקעתם של רוכשי הדירות, לרבות רישום הערת אזהרה לטובתם. השופט ד' לוי, פסק כי בפרשה הנדונה ידע עורך-הדין המאירי על מצבם הכללי של המשיבים 5 ו-6 ועל העובדה שלא עמדו בתנאי ההסכם עם המשיבים 1 ו-4, אך לא הפנה את תשומת-לב המערערים לכל אותם נתונים ולבעיות הסבוכות העוללות לנבוע מהם, ולא דאג להבטחת השקעתם, במקרה שהמשיבה 5 לא תעמוד בהתחייבויותיה.

לאור כל זאת קבע השופט כי לו היה מקום לראות את עורך-הדין המאירי, כעורך-דינם של לוי (הרוכשים) בשעת כריתת ההסכמים בינם לבין החברה הקבלנית צוברי, אזי היה מקום לפצות את המערערים.

יצויין כי מסקנתו הסופית היתה כי עורך-הדין המאירי לא ייצג את לוי = הרוכשים, ועל-כן, בנסיבות האמורות, אין לו חבות כלפיהם.

אשר לתביעת בעל הקרקע (שרמן) כנגד עורך-הדין המאירי, הרי שבית-המשפט המחוזי פסק כי יש לראות את עורך-דין המאירי כמי שייצג גם את צוברי וגם את שרמן, ומכיוון שכך לא עמד בחובות הנדרשות ממנו כלפי שרמן (אם מכוח חוק השליחות, התשכ"ה-1965, ואם מכוח פקודת הנויקין (נוסח חדש)). לאור זאת, הטיל השופט על עורך-דין המאירי לשאת יחד ולחוד עם החברה הקבלנית צוברי בפיצוי שנפסק לטובת שרמן על עגמת הנפש שנגרמה להם. עורך-הדין המאירי בחר שלא לערער כנגד חלק זה בפסק-דין בית-המשפט המחוזי.

הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין תל-אביב, פ"ד לד(4) 707, וקבענו הלכה לאמור (שם, בעמ' 708):

'חייב עורך-הדין להכין ללקוחות שלו חוזה אשר יבטיח את זכויותיהם על הצד המועיל ביותר; ואם לאחר שהכין להם חוזה כאמור, יסרבו הם לחתום על תניה זו או אחרת, גם לאחר שעורך-הדין הסביר להם את משמעותה ונחיצותה, רק אז ייתכן שיצא עורך-הדין ידי חובתו כלפיהם אף אם התניה תימחק מן החוזה.'

עורך-דין הורשע בבתי-הדין המשמעתיים של לשכת עורכי-הדין בעבירות משמעת בשל הפרת החובה לפעול לטובת הלקוח בנאמנות ובמסירות. העבירות התבטאו בכך שלא גילה קיומה של משכנתה על דירה שבגינה ערך חוזה מכר בשביל לקוח והיה אמור לטפל ברישום ההעברה בפנקסי המקרקעין, ושלפני עריכת החוזה לא וידא אם קיימים עיקולים על הדירה.

ב-ע"ע 7/73 עורך-דין פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין תל-אביב-יפו, פ"ד כח(1) 679 נחלקו הדעות בין השופטים: בעוד שהשופט ברנזון והשופט אשר קבעו, כי היה על עורך-הדין לבדוק אם הרישומים בפנקסי המקרקעין לפני עריכת חוזה המכר, סבר השופט (כתוארו אז) י' כהן, כי תוצאתה של פסיקה כעין זו תהיה, 'שבכל מקרה כשעורך-דין עורך עבור לקוחו חוזה לקניית נכס, מחובתו לערוך בדיקה סמוך לפני עריכת החוזה, כדי לברר אם אין שעבודים או עיקולים על הנכס, במידה שניתן לעשות בדיקה כזו בפנקס המתנהל על-פי דין' (עמ' 685). על-כן הביע דעתו הוא לאמור 'אין ספק שבדיקה כזו היא רצויה, אך מכאן ועד קביעה שהעדר בדיקה מהווה עבירה משמעתית הדרך היא רחוקה' (שם). ועוד: 'מן הראוי לציין שעריכת בדיקה לפני עשיית החוזה רחוקה מלהבטיח את זכויות הקונה... המערער לא הואשם ולא הורשע בכך, שהוא לא הסביר ללקוח סיכונים אלה, וסביר להניח שכל קונה נבון יודע שכל עוד לא נרשם הנכס על-שמו, הוא צפוי לסכנה שהקבלן לא ימלא את התחייבויותיו' (שם). לאור כל זאת הסיק השופט י' כהן באותה פרשה, בעמ' 686, כי:

'יצא במקרה דנא המערער ידי חובתו כלפי לקוחו כשכלל בחוזה הוראה לפיה התחייב הקבלן שהנכס יהיה חופשי משעבוד או מעיקול בזמן ההעברה. הייתי מסכים שיש מקום להרשעה, לו היה המערער יודע על קיום העיקולים והמשכנתה ולא היה מגלה עובדה זו ללקוח, אך בית-הדין האמין למערער שהוא לא ידע על כך.'

אם כשמדובר היה בהרשעה משמעתית שמשמעותה חמורה ומרחיקה לכת הושמעה השקפתו המקילה של השופט י' כהן, שבדעת מיעוט היתה וכזו נשארה, ולדעתי, בכל הכבוד, בצדק, דומה, שככל שנתייחס לאותה מסכת עובדתית מבחינת עוולתו של עורך-הדין ברשלנות כלפי הלקוח, לא יכלה להישמע הסתייגות מהמסקנה, שבנסיבות כאלה התרשל עורך-הדין וחלה עליו אחריות כזו, המזכה בפיצוי.

ניתן לומר, כי עורך-דין החוטא לחובות המיוחדות המוטלות עליו מעצם היותו עורך-דין, החייב לפעול

3. חובות עורך-הדין המיוצג צד בעסקת קומבינציה כלפי צד לעסקה שאינו לקוח

לזין, תימצת טענות המאירי, לפיהן: "...אין זה מתפקידו של עורך-דין לברר ולחקור ולדווח לצד כלשהו לחוזה על מצבו הכלכלי של הקבלן ועל התקדמות עבודתו. אין זה מתפקידו של עורך-דין לערוך חקירות ולהזהיר את הקונה, ואין הוא "כלב שמירה" של רוכש הדירה. לטענת המאירי, אין זה מתפקידו של עורך-דין לברר את יכולת לקוחו לעמוד במילוי התחייבויותיו ואת כוונותיו לקיים או להפר את ההסכם ולדווח על כך לצד השני או להזהירו בפני סיכונים ובעיות אפשריים בעתיד, אם הקבלן לא יעמוד בהתחייבויותיו.

המאירי מתריע, כי אם ייקבע כי אכן חבות עורך-הדין היא כה מקיפה, כי אז תהיה זו גזירה, שציבור עורך-הדין לא יוכל לעמוד בה ולא צריך לעמוד בה. לטענתו, ייווצר למשל מצב בו עורך-דין תל-אביבי, אשר משרדו מייצג חברת בניה גדולה הבונה בכל רחבי הארץ, ובין השאר מוכרת "על הנייר" דירות בצפון הארץ, ימצא עצמו במצב בלתי-אפשרי. אין לדרוש ממנו לבקר באתר הבניה ובמשרדי המכירות של החברה בכל אתר. עורך-הדין חי ופועל במקרה כזה רק מפי לקוחו ומהמידע שזו מספק לו בכל הקשור להתחלת הבניה, היקפה ומועד סיומה. לטענת בא-כוחו של המאירי, לא ניתן לחייב עורך-דין ברשלנות כלפי רוכש הדירה, כאשר מסתבר כי למרות האמור בהסכם הרכישה שנוסח על ידיו לא קיבל הקבלן היתר בניה באתר."

השופט ד' לזין קיבל טענת עורך-הדין המאירי, שלוי לא היו לקוחותיו, ועל בסיס מסקנה זו פסק כדלהלן: "49. המסקנה היא, כי לא היה כל יסוד לראות את עורך-הדין המאירי כמי שייצג את לזין. ממילא לא חלות עליו חובות ואחריות כפי שחלות על עורך-דין המייצג לקוח. ראינו לעיל, שבמסגרת חובות עורך-דין כלפי מי שאינו לקוחו, לא היה חייב עורך-הדין המאירי בהקשר זה לעמוד בכל החובות שלוי טענו שהוא חב כלפיהם. ככל שרואים בלוי צד זר, הרי המאירי נהג עמם בקורקטיות קרה, כפי שרשאי היה.

כל זאת פרט לעובדה אחת, שבה לא היתה התנהגותו של המאירי נקיה מכל רבב: בבואו לרשום את הערת האזהרה לטובת לזין כבר ידע על עמדתם הנחרצת של שרמן שלא להמשיך בעסקה, ועל-כן היה עליו לפחות להפנות את תשומת-ליבם של לזין שקיימת בעיה בקשר לכך ולעובדה שהרישום מתבצע על-אף התנגדותם של שרמן. לגילוי עובדה זו נודעת משמעות, שכן ייתכן שלוי ידעו לזין על כך, היו דורשים ביטחונות נוספים מצוברי. כאן אמנם לא נהג עורך-דין המאירי כשורה, אלא שבמחדל זה אין כדי לחייבו בתשלום פיצויים ללזין, שכן לא הוכח כי נגרם ללזין נזק כתוצאה מהתנהגות זו."

ייתכן מצב בו עורך-דין של צד אחד בעסקת קומבינציה יהיה נאמן של צד אחר בעסקה. מצב שכזה התהווה ב-ע"א

ייתכן שעורך-דין יישא באחריות לנוקיו של מי שאינו לקוח שלו בשל נזק שגרם לו. בדרך-כלל מקור חבות זו הוא פקודת הנוזיקין. מבין העוולות הנוזיקיות הרלוואנטיות החשובה מכל היא עוולת הרשלנות (סעיף 35 לפקודה). חבות זו ייתכן ותוטל על עורך-דין גם כלפי צד לעסקת קומבינציה, בה היה מעורב כבא-כוח אחד הצדדים. שאינו לקוחו של עורך-הדין. עורך-הדין של הקבלן יכול שייחוב כלפי רוכשי הדירות ו/או בעל הקרקע.

ב-ע"א 37/86 הנ"ל, בחן בית-המשפט גם את חובות עורך-הדין כלפי צד לעסקה שאינו לקוחו: "מקרים קשים יותר הם אלה אשר מייצג עורך-דין צד אחד לעסקה, ומבקשים להטיל עליו חובות גם כלפי צד אחר לאותה עסקה.

השופט י' לם, המנוח, שאיש עקרונות וליברל גדול היה בתפיסת עולמו וראייתו המשפטית, ראה במקרה מסויים לקבוע, כי:

"כלל ידוע הוא כי עורך-דין אשר מטפל בעניינים משותפים ושואין אחד הצדדים בהם מיוצג על-ידי פרקליט, צריך לשמור על האינטרסים של הצד אשר מאמין כי ענייניו יעשו כהלכה." (ת"א (ת"א) 1856/52 קאופמן נ' לידגי, פ"מ יא 115, 122)

זו בעיני גישה נאורה אך מרחיקת לכת משפטית, אולם בהחלט יש בה מוסר השכל, שאם תוחמים אנו אותו במסגרת ההלכה בסוגיית הרשלנות, ניתן לומר, כי כאשר עורך-דין מייצג לקוח פלוני ואילו הצד האחר לעסקה אינו מיוצג כלל, נדרשות ממנו מיומנות וזהירות רבה יותר בהצגת העניין, לבל ישליל במודע או בהיסח-דעת נמהר את הצד האחר, כשהוא יכול להניח שזה סומך על אמינותו, יושרו ומיומנותו.

יצוין, כי חובתו של עורך-הדין כלפי הצד הבלתי-מיוצג עומדת על רגליה היא, ואין היא נגזרת או קשורה לחובתו של הלקוח, אותו מייצג עורך-הדין, כלפי הצד הבלתי-מיוצג. אכן, הן עורך-הדין והן לקוחו חייבים לנקוט זהירות סבירה כלפי הצד הבלתי-מיוצג. אלא שתוכן הפעולות הנדרשות מהם בהקשר זה מושפע ממעמדם השונה של הלקוח ושל עורך-הדין. על-כן עשוי עורך-הדין לחוב בחובות של גילוי, אזהרה וחובות אחרות, הנובעות ממעמדו המיוחד כעורך-דין, שלקוחו אינו חב בהם.

זאת ועוד, במסגרת החובות כלפי צד שלישי, אף שאינו לקוחו של עורך-הדין, ניתן להכליל כלל נוסף שראוי שייחייב את ציבור עורכי-הדין: כשמדובר בעסקה מורכבת וסבוכה מבחינה משפטית, ובה עורך-הדין מייצג צד אחד לעסקה בעוד הצד שכנגד אינו מיוצג, יפנה עורך-הדין את תשומת-ליבו של הצד השני באופן ברור לכך שייטיב לעשות אם יהיה גם הוא מיוצג על-ידי עורך-דין..."

באותה פרשה טען עורך-הדין המאירי כי אין להטיל עליו חבות כנגד רוכשי הדירה, שלא היו לקוחותיו. השופט ד'

וייס, בשבתו בערעור בבית-המשפט העליון, אימץ עמדת בית-המשפט המחוזי:

"כך מוצדקת הקביעה העובדתית, כי בידי המערערת היו כל הכלים כדי לבצע העברה זאת, לו חפצה בכך. אמת הדבר, כי יפוי-הכוח ת/8 ניתן לעורכי-הדין שייצגו את למברג ולא לעורכי-הדין של המערערת, וזאת על-מנת להבטיח את ביצוע העסקה בין המשיבים לבין למברג. אולם עורכי-דין אלה (גויכנברג ואיזנברג) קיבלו את יפוי-הכוח כנאמנים של המשיבים והיו חייבים לעשות בו שימוש לפי דרישת המשיבים ולהעביר את הקרקע על-שם. לפי חומר הראיות אין ספק, כי ההעברה היתה מתבצעת, לו רק הסכימה המערערת לקבל את הקרקע במושע..."

צודקת בא-כוח המשיבים בסיכומיה (עמ' 13), כי לו היתה המערערת מסכימה לקבל את ההעברה, ועורכי-הדין גויכנברג ואיזנברג היו מסרבים - היו עומדים למשיבים סעדים כנגדם וכנגד למברג..."

320/82⁵⁹. באותה פרשה התקשרו המשיבים בעסקת קומביניציה עם חברה בשם "למברג" שהיתה בעלת קרקע. המשיבים התחייבו לבנות בניין על שלישי לא מוגדר של החלקה ולמסור ללמברג 5 דירות בו, והוסכם שכתמורה ישארו בידיהם שני שלישים מהשטח ויתרת זכויות הבניה.

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

להבטחת ביצוע התחייבויותיה מסרה למברג יפוי-כוח בלתי-חוזר לעורכי-הדין של עצמה, הם עורכי-הדין ד"ר אברהם גויכנברג ושושנה איזנברג, שלא ניתן לפעול לפיו כל עוד לא קיימו המשיבים את התחייבויותיהם כלפי למברג (סעיף 22 לחווה).

המשיבים התקשרו בחווה עם החברה המערערת, לפיו ימכרו לה את יתרת הקרקע פרט לבניין ואת יתרת הזכויות שקיבלו מלמברג.

המשיבים טענו כי המערערת מעכבת את רישום החלקה על-שמה. בית-המשפט המחוזי קיבל טענה זו, והשופט י

4. עורך-הדין לא יחוב בשל חוסר תום-לב במשא-ומתן לקראת ההסכמים שבמסגרת עסקת הקומביניציה

הוכן על-ידי המאירי כחווה סטנדרטי לכל קוני הדירות, אולם ההתקשרות נעשתה ישירות בין הקבלן לבין לוי; היו להם קשרים עסקיים גם קודם-לכן, והמאירי לא נטל חלק פעיל בכריתת ההסכם.

זאת ועוד: מחומר הראיות עולה, כי הקבלן קיבל מלוי ומאחר תשלום נכבד מייד עם ההתקשרות, כדרך למימון הפעולות הראשוניות שנדרשו ממנו לשם קבלת היתר בניה. באותו שלב עדיין לא הופר ההסכם שבין הקבלן צוברי לבין שרמן, וניתן להניח מהמצב העובדתי באותו שלב, כי המאירי קיווה כי זו הפעם תצא העסקה אל הפועל."

ב-ע"א 37/86⁶⁰ שעובדותיו הובאו לעיל, העלה בית-המשפט מיוזמתו את השאלה האם יש לחייב את עורך-הדין המאירי בגין חוסר תום-לב כלפי רוכשי הדירה במהלך המשא-ומתן לקראת גיבוש חווה רכישת הדירה. זאת לאור מעורבותו בכריתת ההסכם בין לוי והקבלן, ובין היתר, בשל כך שלא גילה ללוי את דבר היחסים שבין הקבלן לשרמן - אי-ביצוע ההסכם הראשון וחוסר הוודאות שיתקבל היתר בניה, גם בעקבות ההסכם השני שבין הקבלן לבעלי הקרקע.

השופט ד' לויין, פסק:

"גם בעניין זה התשובה היא שלילית, והמסקנה היא, שאין להטיל על המאירי אחריות במסגרת הזו, שכן החווה אמנם

5. שכר-טרחת עורך-דין

אם עסקה נכשלה בשל אשם הנעוץ בצדדים עצמם יהא עורך-הדין זכאי לתמורה. ב-ת"א 616/94⁶¹, בפני כב' השופט ברלינר, נדון העניין הבא.

הכלל הינו כי עורך-דין לא יהא זכאי לתמורה, אם בהסכם מופיע תנאי על פיו אם תיכשל העסקה מסיבות אובייקטיביות לא יהא עורך-הדין זכאי לתמורה. ואולם,

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

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

61. ת"א 616/94 תירוש ואח' נ' הנאמנים של הקדש ג'אמע אל אסתקאלאל ואח', תק"מח (3) 1003.

לפיכך - גם הווקף וגם הנתבע צריכים לשאת בשכרו של התובע. אכן הצדדים הסכימו כי עם העסקה תיכשל מסיבות אובייקטיביות לא יזכה התובע בשכר, אך הם לא הסכימו להסדר דומה אם העסקה תיכשל בשל אשם הנעוץ בצדדים עצמם. ניתן להחיל על מצב זה, בהתאמה הדרושה, את הוראת סעיף 28 לחוק החוזים הקובע כי צד שמנע קיומו של תנאי מתלה, אינו יכול להסתמך על אי-קיומו.

לפיכך - יש לקבל את התביעה, והווקף והנתבע ישאו בחלקים שווים בשכרו של התובע בסך \$40,000. במידה ועסקת הקומבינציה תצא בעתיד לפועל בשיתוף התובע - יקוּזו שכר זה משכר-טרחתו של התובע.

ב"ת"א (אשרד) 110/92⁶², נטוּש היה הסכסוך בין הצדדים סביב שאלת שכר-טרחתו של התובע בגין מגוון שירותים משפטיים שהעניק, במשך כ-18 שנים, לנתבעות ולאביהן המנוח, בקשר עם פרוייקט בניה שתוכנן והוצא אל הפועל במתכונת של עסקת קומבינציה.

לטענת התובע, הוסכם בינו לבין המנוח, ולאחר-מכן גם בינו לבין הנתבעות, כי ישולם לו שכר-טרחה בגין כל פעולותיו ושירותיו הנ"ל אף כי לא הוסכם, בשום שלב, על שיעור שכר-טרחה בגינם. לפיכך, ומשלטענתו, לא שולם לו דבר בגין שירותיו עתר הוא לחייב את הנתבעות לשלם לו שכר ראוי בסך 331,391 ש"ח, נכון ליום הגשת כתב התביעה בגין מגוון הפעולות והשירותים המשפטיים שאותם פירט בנספח לכתב התביעה.

הנתבעות טענו, בין היתר, כי ביחס לאותן פעולות ושירותים שלגביהם הוגשה התביעה לאחר חלוף שבע שנים מעת נתינתם, התביעה התיישנה.

בית-המשפט קבע כי לא עלה בידי התובע להתגבר על טענת התיישנות זאת. בית-המשפט ציין כי אין לראות במקרה זה את פעולות התובע במשך השנים כ"חבילה אחת" אלא יש לראותן כפעולות עצמאיות, שבגין כל אחת מהן זכאי היה התובע לשכר.

טענה נוספת בפי התובע להדיפת טענת ההתיישנות היתה שהנתבעות הודו במשך השנים, במפורש, ואף בהתנהגותן, בקיומו של החוב ולכן יש למנות את תקופת ההתיישנות מיום ההודאה האחרונה בחוב. גם טענה זאת נדחתה.

"אכן, הודאת נתבע בקיום זכותו המהותית של תובע - הגם שזו התיישנה - יש בה כדי להקים מחדש את זכותו הדיונית של התובע לתובע את מימוש הזכות המהותית שהתיישנה, משכנסיות שכאלו מועד ההודאה מתחיל, מחדש, את מירוץ תקופת ההתיישנות. ואולם, לשם כך, על ההודאה זו לעמוד בתנאים של סעיף 9 לחוק ההתיישנות - אשר הוא זה המתייחס להודאה האמורה, ובו נקבעו השלכותיה - וביניהם, התנאי כי ההודאה תהא בכתב (או

השופט ברלינר:

הנתבע 1 (להלן: "הווקף") הינו הבעלים של מספר חלקות מקרקעין בחיפה. הווקף נעזר בשירותים המשפטיים לגבי המקרקעין בנתבע 2 (להלן: "הנתבע"), אשר הינו עורך-דין, וזה האחרון נעזר בתובע 1 (להלן: "התובע") אשר גם הוא עורך-דין. התובע טוען כי הוא זכאי לשכר ראוי בגין שירותיו.

רקע הדברים הוא ניסיון הווקף להקים על המקרקעין מבנים למסחר ומשרדים. לשם כך פנה הנתבע לתובע, אשר הוא עורך-דין מנוסה בתחום זה, וביקש את סיועו. הסיוע נדרש לשם העברת יעוד השטח ממגורים למסחר ומשרדים. משרד השיכון התנגד לכך, ובשל כך עתרו התובע והנתבע, בשם הווקף, לבג"צ - ואף זכו בעתירתם. במהלך אותה תקופה, עוד טרם העתירה, פנה התובע לנתבע בבקשה להסדיר את שכר-טרחתו. התובע אף פנה במכתב עם נוסח של הסכם שכר-טרחה לווקף ולנתבע, ואולם נוסח הסכם זה מעולם לא נחתם. למרות זאת המשיך התובע לטפל בעניין העתירה לבג"צ.

לאחר הזכיה בבג"צ נותק התובע מהעשייה במקרקעין, ולא עורב בעסקת קומבינציה שנכרתה לגבי המקרקעין. עסקה שעלתה על השרטון, בשל סיבות מספר, בתקופה שלאחר כריכתה.

כלל ידוע הוא כי אין אדם נותן שירותיו בלא תמורה. הצדדים במקרה דנן צפו כי לאחר שינוי היעוד יכרת הסכם קומבינציה, ומתשלומי הרוכשים יזכה התובע לשכר-טרחתו. אכן יתכנו הסכמי שכר-טרחה, אשר בהם שכר-טרחה מותנה בהצלחת העסקה, ובכך עורך-הדין נוטל על עצמו את הסיכון של כישלון העסקה. אולם להסכמה כזו יש לתת ביטוי מפורש בהסכם. אם העסקה שבה השכר הינו מותנה אינה יוצאת לבסוף לפועל משיקולים של הצד להסדר (משלם השכר - המחבר), בין אם אלו מוצדקים ובין אם לאו, לא תישמע טענתו של אותו צד כי השכר היה מותנה בהשלמת העסקה.

בענייננו התובע ידע כי הנתבע נטל על עצמו לסייע לווקף בשירותים משפטיים, כאשר את שכרו יקטוף רק אם תהיה עסקת קומבינציה. לפיכך אין לקבל את גרסת התובע כאילו הווקף או הנתבע התחייבו לשלם לו בגין סיועו בהליכים בבג"צ.

מאידך - עסקת הקומבינציה אותה יום הנתבע עלתה על שרטון, באשמתו של הנתבע ובאופן חלקי גם באשמת הווקף, אשר נכנעו ללחצים של גורמים דתיים קיצוניים. הצדדים להתדיינות זו לא העלו על דעתם את כישלון העסקה בשל טיפול משפטי לא מוצלח של הנתבע או בשל נסיגה של הווקף בשל לחץ של גורמים דתיים. במצב כזה היו הם אומרים כי זכאי התובע לשכר-טרחתו.

62. ת"א (אשרד) 110/92 יוסף שמואל ושות', עורך-דין ואח' נ' שולמית רייב ואח', תק"ש 197 (3) 1356.

בפני בית-המשפט) וכן התנאי כי לא נתלווה אליה טיעון בדבר התיישנות...

ברם, במקרה דנן, שני תנאים אלה לא נתקיימו באותה 'הודאה' משנת 1989 - לה טוען התובע - ועל-כן, אין בה כדי להדוף את טענת ההתיישנות, ואין בה כדי לחדש את מרוץ תקופת ההתיישנות. 'הודאה' זו - כך על-פי טענתו שלו בסיכומיו - רואה התובע, כזכור, בכך שהנתבעות ביקשו ממנו להגיש להן חשבון, כפי שהעיד הוא (בעמ' 6 לפרוטוקול, שורה 21), ובעקבות בקשה זו הגיש להן את החשבון - הוא נספח א'. ואולם, אין כל ראיה, ואף אין טענה, כי בקשה זו הובעה בכתב - שלא לדבר על כך שאין לראות מדוע יש להסיק מבקשה שכזו כי מקפלת היא בתוכה, בהכרח, הודאה בקיום זכות של התובע או בקיום חובה, מגד, של הנתבעות. יתר-על-כן - ולפנים מן הדרוש, ואף שהדבר לא נטען בסיכומי התובע, ולא על כך מבוססת הטענה האמורה - נפנית, ביוזמתי, לעיון במכתב מיום 28.7.89, שבו הגיבו הנתבעות על אותו חשבון שפורט בנספח א' הנ"ל (הוא המכתב - נספח ב' לכתב התביעה, שנתקבל, בהסכמה, כמוצג). במכתב זה - ולאחר שהנתבעות הביעו תדהמתן על הפירוט שבאותו נספח א', והעלו עוד מספר טענות נגדו הציעו לתובע, בכל זאת, (סיפא למכתב), כי יחזור בו 'מהחשבון הזה ומערכת היחסים (טרחה ושכר), תוסדר כיאות'. אולם, גם אם, ובדוחק, נראה בהצעה זו שבמכתב משום 'הודאה' או 'מקצת הודאה' (בכתב) - וכך אף לא נטען בפני, כאמור - הרי שבאותו מכתב גם עמדו הנתבעות על טענתן, בין יתר טענותיהן, בדבר התיישנות התביעה (ראה סעיף 1 למכתב). לפיכך, גם התנאי הנוסף בדבר אי-סיוג 'ההודאה', בטענת התיישנות - לא נתקיים.

ברם, את 'ההודאה', מצד הנתבעות, בקיום זכותו של התובע - ועדיין, בהקשר של טענת ההתיישנות - מבקש התובע, בסיכומיו, לנעוץ גם 'בעצם העובדה שהנתבעות טענו כי השכר עבור ניהול המשפטים נגד חברת פלקון (בשנים 1884-1982) כבר שולם מתוך הפיקדון'. על-פי הטענה - כך טוען התובע בסיכומיו - זוהי 'הודאה בקיום החובה לשלם שכר, לפחות לגבי המשפטים, והודאה זו מופיעה הן בכתב ההגנה והן בעדויות מטעם הנתבעות' (סעיף 9 לסיכומי באי-כוח התובע), גם טענה זו אין בידינו לקבל...

ראשית - וכפי שעולה מגוף הטענה עצמה - הרי שגם בהנחה שיש לראות בטענת הנתבעות משום הודאה, הרי שזו מתייחסת, לכל היותר ואם בכלל, לזכותו של התובע לשכר-טרחה בגין הטיפול המשפטי בפרשת חברת פלקון (שכלל, בין היתר, ובעיקר, ניהול הידינויות נגד זו), אך אין היא יכולה, בשום פנים, להתפרש כהודאה המתייחסת לכלל מרכיבי תביעתו של התובע, באופן המביא לסילוק טענת ההתיישנות בכללותה, גם ביחס ליתר המרכיבים, כאמור; ואם מבקשים אנו לשבץ את הדברים בקונטקסט המשפטי של לשון סעיף 9 לחוק ההתיישנות - וכך אף לא עשו באי-כוח התובע המלומדים בסיכומיהם - הרי שטענתו זו של התובע, מרמות, לכאורה, על המילים: 'ומעשה שיש

בו ביצוע מקצת הזכות - דינו כהודאה לעניין סעיף זה'. אלא שלדעתנו - ולצורך זה אף נניח, לעת עתה, כי התשלום לתובע מתוך אותו פיקדון של חברת פלקון שחולט הימנה, אמנם נועד לתשלום חלק משכר-טרחת התובע, המגיע לו, לטענתו, מאת הנתבעות, בגין אותו טיפול משפטי בפרשת חברת פלקון - הרי שאותה 'זכות', האמורה בחלק זה של הסעיף אשר צוטט ואשר 'מקצתה' בוצע, לכאורה, (לטענת התובע), אינה מתייחסת ל'זכות' הכוללת של התובע לשכר-טרחה בגין כלל מרכיבי תביעתו, אלא, ולכל היותר, לזכות לשכר-טרחה בגין הטיפול האמור בפרשת פלקון - ולה בלבד - ועל-כן אין במילים אלו של סעיף 9 כדי להדוף את טענת ההתיישנות בכללותה. מסקנה זו מתבקשת מאליה, גם נוכח טענתו הבסיסית של התובע (והמכחשת את טענתו - הבסיסית אף היא - של הנתבעות) כי הסיכום עימן ועם המנוח היה כי ישולם לו שכרו בגין כל פעולה ופעולה שעשה, ואם כך, הרי שברור שגם אליבא דהתובע לא יכולה 'ההודאה' או 'הזכות שמקצתה' בוצע, להתייחס ליותר מאשר לטיפול בפרשת פלקון, כאמור. שנית, מהמוצג 'צב' (ממוצגי התובע) ואשר נוסח על-ידי התובע עצמו (ועליו, בין היתר, גם מתבסס הוא כדי לסתור את טענת הנתבעות כי אותו חלק של הפיקדון שנטל הוא, בהסכמת הנתבעות, שימש על-חשבון שכר-הטרחה המגיע לו מהנתבעות) עולה, מפורשות, כי חלק זה של הפיקדון שימש, בפועל, 'לתשלום חוב הקבלן (חברת פלקון - ח' ע') לעורך-דין סמואל (התובע)'.

לגבי הסכם שכר-הטרחה אם היה נאמר כי מדובר בעדות יחיד של בעל דין וככזו טעונה היא סיוע אותו לא מצא בית-המשפט. בית-המשפט ציין כי מדברי התובע עולה שאינו מתיימר להעיד כי המנוח התחייב לשלם לו שכר-טרחה נפרד בגין כל פעולה ופעולה שעשה או שיעשה לקידום עסקת הקומבינציה או כי המנוח התחייב והסכים לתשלום כזה במנותק ממהותה וטיבה של העסקה הכוללת שבטיפולו. לדברי בית-המשפט מן הדברים שהובאו לפניו עולה, לכל היותר, כי דובר באורח כללי בין התובע לבין המנוח על שכר-טרחה, אך לא על סכומים ובוודאי לא כי כל פעולה שיבצע תזכה אותו בשכר-טרחה בנוסף לשכר-הטרחה שיתקבל מרוכשי הדירות, כמקובל בסוג זה של עסקאות.

למעשה, אמר בית-המשפט, הודה התובע בנוהג המקובל, כי במסגרת עסקת קומבינציה בא עורך-דין על שכרו (אם באורח בלבדי, ואם בנוסף - במידה שהוסכם אחרת) בכך שהדירות שתיכנה תימכרנה באמצעותו, תוך שהוא גובה שכר-טרחה מהקבלן - וליתר דיוק, וכמקובל - מאת הרוכשים של הדירות.

במקרה זה הודה התובע כי כלל לא דובר בינו לבין המנוח על שכר-טרחה נוסף על זה שייגבה מקבלן או מרוכשי הדירות.

"העולה מן המקובץ הוא כי, ולמצער, לא הוכיח התובע, כלל ועיקר, כי הוסכם בינו לבין המנוח או בינו לבין הנתבעות, כי ישולם לו שכר-טרחה בגין כל פעולה

הזכויות בדירות על-שם. משוהו הבסיס והאמצעי לתשלום שכר-טרחתו של עורך-הדין בגין פעולותיו וטיפולו בעסקה, בכללותה, עבור הקבלן או בעל המגרש, גם מתחייבים אלו לגרום לכך שמלאכת עריכת החוזים עם הרוכשים והעברת הדירות על-שם, תעשה באמצעות אותו עורך-דין - כפי שהיה גם במקרה דנן - ואין צריך לומר שהשכר הנגבה בגין מלאכה זו, שאינה סבוכה, במיוחד, והיא טכנית במהותה, כידוע, הינו נכבד והגון ביותר, וכלל בלתי-מבוטל...

ראוי להביא בחשבון, במסגרת אותן 'נסיבות', שעל יסודן נקבע השכר הראוי, גם את טיבן ומהותן של הפעולות שבוצעו בפועל, לצורך הטיפול בעסקת הקומבינציה הנדונה וקידומה, היינו, האם ועד כמה יש בהן כאלה החורגות מטיפול שיגרתי הנדרש במהלך הדברים הרגיל המאפיין עסקה שכזו, או שאין הן קשורות בה, בהכרח. בגין פעולות חריגות שכאלה, זכאי עורך-הדין לשכר ראוי - אם לא הוסכם, מפורשות, כבמקרה דנן, על שכר קצוב ומסויים בגינן - וזאת, בנוסף, לשכר המקובל, הנגבה כאמור, מאת רוכשי הדירות. לפיכך, ומשאינן מחלוקת כי התובע זכאי לשכר-טרחה המקובל מאת רוכשי הדירות (ומשלטענת הנתבעות, זהו גם השכר שסוכם עם התובע) הרי שהשאלה אותה יש לבחון עתה, היא האם כוללות הפעולות שנעשו לאחר יום 5.8.84 גם פעולות חריגות, כאמור, ואם כן - מהו השכר הראוי בגינן, בנוסף לאותו שכר-טרחה מקובל."

נקבע כי על-פי הראיות שהובאו לפני בית-המשפט זכאי התובע לסכומים נוספים עבור פעולות שונות שביצע כמפורט בפסק-הדין.

ופעולה מבין אלו שביצע, ובמנותק ממתכונת שכר-הטרחה המקובל בסוג זה של עסקאות או ובנוסף לו."

אולם, גם גרסת הנתבעות, לפיה שכר-הטרחה של התובע יתמצה ויסתכם אך בשכר-הטרחה שייגבה מהקבלן או מרוכשי הדירות, ובלא קשר לטיב ומהות הפעולות הרבות שביצע, לא הוכחה. בעניין זה ציין בית-המשפט כי התובע ביצע במשך השנים פעולות רבות אשר בחלקן חורגות מהטיפול השגרתי בעסקת קומבינציה רגילה. לאור האמור, ובהעדר הסכם מוגדר ומגובש בין הצדדים ביחס לשיעור שכר-הטרחה לו זכאי התובע ולהיקפו יש, לדברי בית-המשפט, לקבוע את זה על יסוד "שכר ראוי".

"כעולה מסעיף 46 הנ"ל לחוק החוזים, נקבע, איפוא, השכר הראוי 'לפי הנסיבות בעת כריתת החוזה'. לעניות-דעתנו - כך נקדים ונאמר, כבר עתה - אותן 'נסיבות' שהן הרלוונטיות לענייננו, והן הבסיס הראשוני בבחינת שאלת שיעור השכר הראוי, נעוצות, בראש ובראשונה, במהות וטיב העסקה נשוא טיפולו של התובע, וכפועל יוצא מכך - השכר המקובל והנהוג בטיפול בעסקה מסוג זה. זהו הבסיס הראשוני, והוא נקודת המוצא. ואכן, וכפי שהוכח - וכפי שנראה להלן - השכר המקובל והנהוג בעסקאות ממין העסקה דנן (בין אם מדובר במגרש שבעליו בונה עליו בעצמו ומוכר את היחידות שבנה לרוכשים, ובין אם מדובר במגרש שהבניה עליו מתבצעת במתכונת של עסקת קומבינציה, כבמקרה דנן), הוא כי, עורך-הדין המטפל בעסקה כזו, מתחילתה ועד סופה בא על שכרו בגין כלל טיפולו ופעולותיו, מאותו שכר-טרחה שהוא גובה מרוכשי הדירות, אשר מבחינתם של אלו, משולם הוא לעורך-הדין בגין עריכת החוזים הספציפיים עמם והעברת

6. רשלנות עורך-דין

חובות אלו אינן נובעות מיחסים חוזיים (שאינם קיימים כי אם מדיני הנזיקין בלבד. חובות אלו למעשה קיימות כלפי הציבור בכללותו, ונובעות הן מהעיקרון של HEDLY ו-BYRNE אחריות בעל מקצוע לחוות-דעת רשלנית. עוללת הרשלנות פורשת את תחולתה גם לגבי התנהגותו של עורך-הדין כלפי אנשים שאינם לקוחותיו. אחריותו של עורך-הדין כלפי צדדים שלישיים באה לידי ביטוי מיוחד במספר סיטואציות. כך למשל כאשר עורך-הדין מייצג צד אחד לעסקה, והצד השני אינו מיוצג כלל. במקרה כזה על עורך-הדין חלות חובות הגילוי, ההזרה וכו'. חובות אלו מיוחדות לעורך-הדין כעורך-דין, ואינן חלות למשל על לקוחו (כלפי הצד שכנגד), למרות שחובת הוזהרות

בי"ע"א 58/86, 63³⁷ נדונו טענות נגד עורך-דין בשלושה מישורים: הפרה משמעתית של כללי לשכת עורך-דין, תבע נזיקית בגין רשלנות, והפרת חוזה בשל חוסר תום-לב במשא-ומתן לכריתתו או בקיומו או בשל הפרת תניה חוזית של יחסי נאמנות.

בית-המשפט דן בסוגיה זו וקיבל במקרה דנן את ערעורו של עורך-הדין.

טענתם של רוכשי הדירות היתה כי יש לחייב את עורך-דין המאירי, עורך-דינם של הבעלים והקבלן, גם כן בנזיקיהם, בשל התנהגותו הרשלנית כלפיהם. נפנה איפוא בראש מעיינינו, כפי שמחוייב הוא לגבי כל לקוח.

חובות עורך-הדין קיימות גם כלפי הצד שכנגד למרשו.

63. ע"א 58/86, 37 לוי ואח' נ' שרמן ואח', פ"ד מד(4) 446.

עורך-הדין כבעל מקצוע - עורך-הדין המקבל על עצמו לטפל בלקוח יוצר מצג לפיו הוא בעל כישורים ויכולת של עורך-דין רגיל. ממצג זה משתמעות חובות כגון: ידיעת החוק בנושאים שבטיפולו, עמידה בזמנים כנדרש על-ידי החוק (התיישנות למשל) והלקוח, הכנת התביעה כראוי ובהתאם לסדרי הדין, יעוץ להגשת ערעור רק כשזה רלוואנטי. חובות אלו מוטלות על עורך-הדין גם בפעולות משפטיות מחוץ לבית-המשפט. חובות נוספות של עורך-הדין הן: הסבר ללקוח על מצבו המשפטי, הסבר ללקוח לגבי משמעות כל מסמך עליו הוא חותם, הבטחת הלקוח בצורה הטובה ביותר האפשרית ועוד. חובות אלו אינן אמורות שאסור לעורך-הדין לטעות, אבל אסור לו להיות רשלן.

חובות מיוחדות לעורך-הדין - בנוסף לחובות הרגילות המוטלות על כל בעל מקצוע, על עורך-הדין, מתוקף תפקידו המבוסס על יושר ונאמנות, קיימות חובות מיוחדות. סעיף 54 לחוק לשכת עורכי-הדין וכלל 2 לכללי לשכת עורכי-הדין קובעים את חובת הנאמנות של עורך-הדין ללקוחו. מה כוללת חובת הנאמנות? למשל, כוללת היא את חובת עורך-הדין לנסח את החוזה בצורה הטובה ביותר האפשרית עבור לקוחו, ולהסביר את משמעות תנאיו. כולל חובתו לוודא עבור לקוחו כי נכס אותו הוא רוכש הינו נקי מזכויות צד ג', כאשר הדבר ניתן לבדיקה.

הפרת חובות עורך-הדין יכולה להוביל לשלוש תוצאות: הפרה משמעתית של כללי לשכת עורכי-הדין, חבות נזיקית בגין רשלנות, והפרת חוזה בשל חוסר תום-לב במשא-ומתן לכריתתו או בקיומו או בשל הפרת תניה חוזית של יחס נאמנות.

תוצאות אלו עומדות כל אחת בפני עצמה, אם כי, כמובן, יכול שהתנהגות אחת תוביל לכמה מן התוצאות. מה דינו של עורך-דין המייצג שני לקוחות בעלי אינטרסים מנוגדים, כאשר דבר זה אפשרי?

גם אם עורך-הדין מייצג שני לקוחות בעלי אינטרסים מנוגדים, עדיין נשארת חובת הנאמנות שלו כלפי כל אחד מהם. עדיין חובה עליו להגן על האינטרס של הלקוח לפיכך, יש לקבוע כי עורך-דין המאירי לא היה עורך-דינם של הרוכשים, ולא היה מחוייב הוא כלפיהם בחובות של עורך-הדין כלפי לקוחו. רשאי היה הוא להתייחס אל רוכשי הדירות "בקורקטיות קרה". למרות זאת נציין כי בנקודה אחת הפר עורך-דין המאירי את חובתו כלפי הקונים - בכואו לרשום את הערת האזהרה לטובת הקונים ידע כבר על עמדתו הנחרצת של בעל המקרקעין לבטל את ההסכם. לכן היה על עורך-דין המאירי להפנות את תשומת-לב הקונים לכך, על-מנת שיוכלו לדרוש ביטחונות נוספים מהקבלן. בנקודה זו לא נהג עורך-דין המאירי כשורה, ואולם לא הוכח כי נגרם לקונים נזק כתוצאה מכך, ולכן אין מקום לפסיקת פיצויים בגין התנהגות זו של עורך-דין המאירי.

על עורך-דין המאירי אין להטיל חבות גם בגין עילה של חוסר תום-לב במשא-ומתן, בעת כריתת ההסכם בין

הנזיקית חלה גם על הלקוח. חובה נוספת שחב עורך-הדין כלפי הצד שאינו מיוצג היא ליעוץ לו לשכור עורך-דין, כאשר מדובר בעסקה מסובכת. עם זאת - סיוע בלתי-מתחייב לצד השני יכול להיות הפרה של חובת הנאמנות של עורך-הדין כלפי לקוחו.

נחזור כעת לענייננו. נראה כי אם היה עורך-דין המאירי בגדר עורך-דינם של רוכשי הדירות, או מחוייב היה הוא לברר, במאמץ סביר, את הפרטים הנדרשים לגבי יציבותו של הקבלן. כן, לאור ידיעתו על אי-יציבותו של הקבלן, חייב היה הוא לדאוג לבטוחות לכספיים שהעבירו הרוכשים לקבלן. התנהגות אחרת תהווה עוולה נזיקית. ואולם אם היה עורך-דין המאירי עורך-דינו של הקבלן, אזי לא היה מחוייב לסיוע ולעזרה בלתי-מחייבת לקונים, אשר האינטרסים שלהם מנוגדים לאלו של הקבלן. אדרבא - סיוע כזה יכול להוות אף הפרה של חובת עורך-דין המאירי כלפי הקבלן.

כללי לשכת עורכי-הדין קובעים כי עורך-הדין לא ייצג בעסקת מכר דירה גם את הקבלן וגם את רוכש הדירה, אלא לגבי רישום הרכישה (סעיפים 2 ו-5 לכללי לשכת עורכי-הדין (יצוג צדדים בעסקאות בדירות), התשל"ז-1977). לפיכך אם נעמיד את עורך-דין המאירי בחוקה כי פעל בהתאם לכללי לשכת עורכי-הדין, אזי אין לראות בו את עורך-דינו של לוי. אכן, עורך-דין המאירי קיבל תשלום מהקונים, ואולם תשלום זה נעשה עבור רישום רכישת הדירה ורישום הבית המשותף, אשר היא כאמור פעולה שמותר לעורך-דין הקבלן לעשות עבור הרוכש. כך גם קובע למעשה ההסכם בין רוכשי הדירה לקבלן. בהתאם לכלל הפרשני לפיו יש לפרש את החוזה כתואם את החוק, נראה כי אין מניעה מלקבוע כי עורך-דין המאירי לא היה עורך-דינם של הקונים, פרט לסוגיות הרישומיות.

רוכשי הדירות ניסו להעלות לטובת עצמם את הטענה כי רחשו אמון רב לעורך-דין המאירי, והלה אכזבם. טענה זו אין מקום לקבל. העובדה כי הקונה במקרה דנן רכש אמון לעורך-הדין אינה מעלה או מורידה. יש לבחון האם עורך-הדין בפועל שימש כעורך-דינו של הקונה - האם הוא הלקוח פנה אליו על-מנת שייצגו? האם עורך-הדין הסכים לייצגו? האם עורך-הדין קיבל יפוי-כוח? האם שולם שכר-טרח? וכו'. מבחנים אלו הם הקובעים את יצירת יחסי עורך-דין-לקוח, ולא מידת האמון שרוכש פלוני לעורך-הדין.

נבחן כעת את הטענה הזו.

היחס בין עורך-הדין ללקוחו הוא יחס חוזי, כאשר התרשלות או הפרת אמונים יכולה להוביל לתביעה על הפרת חוזה.

דרך אחרת לקבל סעד בגין פעולת עורך-הדין הינה על בסיס עוולת הרשלנות הנזיקית. מבחינה זו אין הבדל בין העילה החוזית לבין העילה הנזיקית (בשורש שתיהן עומדת הפרת חובת הזהירות - המחבר). את אמות-המידה לקביעת הרשלנות ניתן לקבוע על-פי ההלכה הפסוקה הכללית לגבי חובת הזהירות של בעלי מקצוע, וכן על-פי החוק, במקרה זה חוק לשכת עורכי-הדין.

"4. הערכת הראיות והמסקנות

א. נוסח הסכם מוצא 61

1) כפי שהתובע הצהיר בסעיף 12, התובע היה זקוק עובר לחתימת הסכם מוצא 61 לכסף למימון פרויקט אחר - כנראה הבניה על החלקה - ולכן נזקק למכירה בהקדם של הדירה לקונה שהיה מוכן לשלם מיד את כל מחירה, אך תמורת זאת נדרש ממנו על-ידי הקונה לקבל על עצמו התחייבויות חריגות כגון בנושאי הערבויות הבנקאיות הבלתי-מותנות, שהיוו פיצוי מוסכם מראש להפרת התחייבויות שבגינן ניתנו.

2) מאמין אני לנתבע כי בירר את מצב זכויות התובע לפני עריכת ההסכם ונתן להן ביטוי בהסכם, כאשר התובע מודע לכך כי למרות האמור במבואו ביחס למילוי כל התחייבויותיו כלפי שביט, אין הדבר כן כמובח מה"פ 3336/86 ומתביעת שביט נגדו שהיתה בהכנה.

3) על רקע האמור והסכמת שדלו לדחיית ביצוע התחייבויות ל-3 שנים לעניין הכשרת הבניה ול-4 שנים לעניין הרישום, איני מאמין כי הנתבע הצהיר בפני התובע כי סעיף 20 להסכם נותן לו הגנה מלאה במקרה שהזכויות לא תירשמה על-שם שדלו, שכן מטרת הסעיף כפי שמציין הנתבע בעמ' 43 לחקירתו, היתה להגן על שדלו ששילם את מלוא המחיר ולכן זכות הביטול וההשבה עקב אי-הרישום במועד 'מכל סיבה שהיא' הוענקה רק לשדלו.

4) איני מאמין לתובע כי הערבויות הבנקאיות שנכללו בהסכם נקבעו על-ידי הנתבע, אלא הן נקבעו על-ידי הצדדים לאחר משא-ומתן כלכלי ובעקבות דרישת שדלו לבטחונות כספיים משמעותיים בשל בקשות הקשורות בבניין ובבנייתו וברישומו והתובע עצמו מודה בכך שהוא הציג ליתן ערבות בנקאית למילוי התחייבות רישום הדירה.

אמנם בשלב מסויים של עריכת טיוטות ההסכם הועלתה ההצעה המופיעה ב-נ/4 לפיה מימוש הערבויות הבנקאיות שידחה, אם סיבת אי-מילוי ההתחייבויות אינה תלויה בתובע-המוכר, אך הצעה זו לא נתקבלה על-ידי שדלו - הקונים שעמדו על ניסוח בלתי-מותנה שיחד עם הוראות סעיף 23 להסכם קובע פיצוי מראש של 100,000 דולר בנוסף לכל פיצוי אחר.

5) איני מאמין כי קבלן מנוסה כפי שהתובע מעיד על עצמו לא הבין את משמעות הערבויות הבלתי-מותנות - המבטיחות פרעון מיידי של פיצוי הקבוע ומוערך מראש, ואת הוראות סעיף 20 ו-23 להסכם כלשונן, היה מודע לחומרתן ואיני מאמין כי הוא סמך לחלוטין על הנתבע ולכן חתם על ההסכם מבלי אפילו לקוראו בשלמותו.

6) אין ספק כי הוראות הפיצוי שבהסכם הן יוצאות-דופן בחומרתן מבחינת התובע, אך מאמין אני לנתבע כי התובע

הקונים לקבלן. למרות שנוסח ההסכם הוכן על-ידי עורך-דין המאירי, הרי שהוא הכינו כנוסח סטנדרטי עבור כל הקונים הפוטנציאליים. ההסכם הספציפי בין לוי לקבלן נכרת ללא מעורבותו הפעילה של עורך-דין המאירי. ב-ע"א 2533/91⁶⁴ נדון המקרה הבא.

המערער התקשרה בהסכם קומבינציה עם המשיבים. ב-7.8.1979 מינה כל אחד מהצדדים עורך-דין מטעמו, על-מנת שיוציאו בפועל ביחד את ההסכם שביניהם. ב-23.2.1981 ניתן יפוי-כוח דומה, אך על פיו רשאי כל אחד מעורכי-הדין לפעול בנפרד.

עורך-הדין מטעמם של המערערים נפטר, והם ביקשו למנות אחר במקומו. המשיבים אמרו כי הם מוכנים להחלפת עורך-הדין, אך אשר יפעל ביחד עם עורך-הדין מטעמם ולא בנפרד.

בית-המשפט דחה את בקשתם של המערערים, וקיבל את עמדת המשיבים.

בית-משפט של ערעור דחה את הערעור בקבעו כי אין בערעור כל ממש. בהעדר הסכמה בין הצדדים אין בית-המשפט יכול להכתיב לצדדים מי יהיה מיופה-כוחם במקום עורך-הדין שנפטר, בין אם המדובר ביפוי-כוח שהצדדים נותנים לו לפעול לחוד ובין אם מדובר ביפוי-כוח שהצדדים נותנים לו לפעול ביחד עם עורך-הדין מטעם המשיבים.

ב-ת"א 101/95⁶⁵ נדונה תביעה נגד עורך-דין בעילות בגין רשלנות והפרת חובה חקוקה, שעיקרן הוא כמפורט להלן:

א. ניסוח רשלני, תוך הפרת חובת הנאמנות של עורך-דין כלפי לקוח וייצוג מנוגד של הסכם מכר דירה שבין התובע לבין גרושתו ובנו של התובע (להלן: הרוכשים) לבין בני-הזוג שדלו (להלן: שדלו) מיום 3.2.88 הוא נ/6 (להלן: הסכם מוצא 61).

ב. יעוץ רשלני ביחס להגשת תביעה ב-ת"א 401/88 נגד שדלו שהיתה תביעת סרק וניהול כושל של הליכי תביעה זו, ללא דיווח הולם.

ג. העדר ייעוץ והדרכה הולמים בקשר לעסקות נשוא ההסכמים הנ"ל ולביצוען.

ד. ניהול כושל של הגנת התובע ב-ת"א 626/88 בבית-משפט השלום בירושלים, כולל הפסקת ייצוג ללא רשות ואי-הגשת סיכומים.

ה. ניסוח רשלני, תוך הפרת חובת נאמנות וייצוג מנוגד, של הסכם שבין שדלו לבין התובע מיום 1.1.88 (להלן: הסכם מוצא 67). הנתבע מכחיש את פרטי עילות התביעה וטוען כי ייצג את התובע בנאמנות ובמסירות, אך תוך הכחשת ייצוגו בעריכת הסכם מוצא 67.

נפסק כי:

64. ע"א 2533/91 שחף לבניין והשקעות בע"מ נ' גבעוני ואח', תק-על (1993) 68.

65. ת"א (י"ם) 101/95 שמואל שם טוב נ' ירון רבינוביץ, תק-מח (1997) 2041.

את הדירה וזכויות אלו היו עוברות על-שם שדלו ובכך היה נמנע מימוש הערבות על סך 60,000 דולר. אך התובע גרם במחדליו למימוש ולתוצאותיו החמורות לפי סעיף 23א' ו-ג' להסכם.

4) איני מאמין לנתבע כי שביט מנעו ממנו מלהיכנס לחלקם בבניין כדי לבצע תיקונים. לעדות זו אין תימוכין ולא סביר כי, למרות החלטות המומחה, הם ימנעו זאת מהתובע.

סרוב כזה היה גם מגיע לידיעת המומחה שבעדותו בפני העיד כי אינו זוכר תלונה כזו (עמ' 35). מכל מקום, גם אם נמנעו מהתובע תיקונים, יכול היה לעתור לבית-המשפט בעניין זה וכדי למנוע מימוש ערבויות יכול היה לשלם, תחת מחאה, את עלויות התיקונים והשינויים ולהשיג את רישום הזכויות.

5) איני מאמין כי הנתבע לא העמיד את התובע על חומרת אי-ביצוע התיקונים בדירת שביט שהיווה תנאי להעברת רישום הזכויות על-שמו, כפי שאיני מאמין כי לא העמידו על חומרת אי-הגשת התוכניות המתאימות לצורך הכשרת הבניה.

סוף דבר, התובע הוא האחראי והגורם למימוש כל הערבויות, שכן הונח את מילוי ההתחייבויות על-פי ההסכם.

6) התובע לא הוכיח כי הסיכוכים ברישומי קרקעות האגודה, עליהם הצהיר בא-כוח האגודה בפני כב' השופטת אור במסגרת ה"פ 3336/89, התייחסו לרישום המגרש על-שם חוכריו, קרי: שביט, וכי קשיים אלו מנעו רישום הזכויות עד 31.12.91 מועד מימוש הערבות כנ"ל. ג. ניהול ת"א 401/88 (בית-משפט מחוזי) ו-ת"א 626/88 (בית-משפט השלום)

ת"א 401/88

מתוכנו של פסק-הדין בתיק זה נראה כי הנתבע התרשל ביעוץ בכל הנוגע להגשת התביעה, שכן כאמור לעיל בסעיף 2א(5) ראוי היה להימנע מהגשת התביעה.

אמנם מעמ' 9-10 לפסק-הדין נראה כי לא הובאו די ראיות להוכחת הנטען בכתב התביעה, אך כאמור, זה נאמר 'למעלה מן הצורך' ולא הוכח כי אי-הגשת הראיות מקורה בנתבע. אי-לכך, ניתן ליחס לנתבע רק יעוץ לא נכון בקשר להגשת התביעה.

ת"א 626/88

ביחס לתביעה זו, כאמור, ניתן בה פסק-דין בהעדר סיכומים מטעם התובע, שלפי סדרי הדין על הנתבע היה מוטל להגישם משלא שוחרר מייצוג. ברם, בעניין זה התובע אמר היה, לאור מחוייבותו על-פי הסכם נ/16 (=נ/א5), לדאוג למחליף שיתעניין בגורל התיק, ולכן על-אף שהנתבע לא נהג כראוי באי-הגשת הסיכומים, או לפחות בהעדר הפניית תשומת-לב התובע לצורך בהגשתם, איני סבור שיש להטיל עליו אחריות לפיצוי התובע. מה גם שלא נתברר כלל למה היו מועילים הסיכומים לנוכח ההסדר וחוות-דעת המומחה. מכל מקום, ניתן היה לערער על פסק-הדין, דבר שלא נעשה.

לאור האמור, אין הצדקה לחיוב הנתבע בפיצוי התובע

הסכים לנוסח ולהתניות הנ"ל בהיותו זקוק מיידית לכסף כאמור, ובהיותו משוכנע כי התקופות הארוכות שנקבעו למילוי התחייבויותיו כנ"ל יאפשרו לו למלאן ללא כל חשש מימוש.

יצויין בהקשר זה, שאין בנוסח ההסכם הוראה השוללת את תחולת הוראת סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1971 (להלן: החוק), ומכל מקום אם בית-המשפט יאכוף על התובע את ביצוע רישום הדירה על-שם שדלו לפי הוראת סעיף 23 להסכם, מבלי להתנות את הביצוע בהחזר כלשהו מכספי הערבות על-סך 60,000 דולר - כפי שניתן לעשות כן לפי סעיף 4 לחוק - והתובע יאלץ כתנאי לביצוע הרישום על-ידי שביט לשלם את כל חובו להם כפי שנצטבר בתיק הוצאה לפועל כנ"ל - זכאי לכאורה התובע - בשם מרשיו - להפחתת הפיצויים הקבועים מראש, לפי הוראת סעיף 15(א) לחוק - לפחות ביהם ל-60,000 דולר שהוא 30% ממחיר הדירה, וניתן בגין הפרת התחייבות הרישום ותו לא.

ב. אי-ביצוע התחייבויות סעיפים 15-18 להסכם מוצא 61

1) אף אם הנתבע התרשל בכך שלא ניסח הסכם המתנה את מימוש הערבויות בסיבות תלויות בתובע והמאפשר לתובע לבטל את ההסכם אם הרישום בלתי-אפשרי מסיבות שאינן תלויות בו, התובע לא הוכיח כי סיבות שאינן תלויות בו הן שמנעו את ביצוע התחייבויותיו להכשרת הבניה לתעודת גמר ולרישום כנ"ל.

2) למרות אפשרות השגת חתימות שביט וכבר עם חתימת ההסכם - לאור האפשרות שניתנה לתובע בהחלטת אור - הוא לא עשה כן ואף לאחר ההסדר מ-6/88, שביטל מתן ערבות על סך 30,000 ש"ח כתנאי לחתימה, התובע לא הכין את התוכניות הדרושות להכשרת הבניה אלא באיחור רב כמוכח מתשובותיו בעמ' 24:

ת'. ...אני יודע הגשתי לה תוכניות לחתימה...

ש. ומה קרה?

ת'. לא יודע, זה מה שאני עשיתי... העיריה טיפלה בתיק, שלחתי אדריכל שטיפל לי בזה והוצא היתר. לא זוכר מתי מסרתי את התוכניות לאדריכל ב-90/89!!

אמנם כבר ב-10/88 הוגשו לשביט תוכניות, אך הן לא תאמו את הבניה שבבניין כולו והוחזרו לתובע ולאחר שאושרה הקלה לפי סעיף 149 לחוק התכנון והבניה הוצא היתר רק ב-4/91 - לאחר חלוף מועד מימוש הערבויות על סך 20,000 דולר כל אחת.

3) גם בנושא רישום הזכויות, התובע הוא שגרם לאי-רישום הזכויות במועדן, שכן למרות ההסדר נ/12 שאיפשר בסעיף XI את העברת הרישום על-שמו, הוא לא ביצע את התיקונים שנדרשו על-ידי המומחה בהחלטתו נ/14 מ-10/90, כאשר בישיבת הבוררות מ-16.4.91 הוא מודה במפורש שלא ביצע כל תיקון ולא קבע מועד לכך (ראה עדות המומחה בעמ' 35), והוא לא עשה כן גם לאחר חוות-דעתו הסופית של המומחה ב-5/91, כאשר לפי סעיף XI הנ"ל תוך 90 יום מגמר ביצוע התיקונים או תשלום תמורתם שביט היו מעבירים על-שמו את חלקם בבית, קרי:

בגין החיוב שעל-פי פסק-הדין שניתן ב"ת"א 626/88 שמקורו בליקויי בניה שהוא גרם להם במחדליו. מהו הפיצוי המגיע לתובע עקב היעוץ הלקוי ביחס להגשת ת"א 401/88? אקדים כי איני מאמין לנתבע בהעידו שלא קיבל כל שכר-טרחה ביחס לשרותים המקצועיים שנתן לתובע בהליך זה. לנוכח ההתקשרויות הכספיות שבין הצדדים בקשר למקרקעי גילה, משלא הוכחה בראיות עצמאיות עדות הנתבע בדבר תשלום סך 370,000 דולר שהגיע מרוכשו המקרקעין, בעוד הוא מודה ב"ת/5 מ-15.8.90, כי למרות האמור בסעיף 4(א) להסכם מ-14.8.90 לא שילם סך של 270,000 דולר - מעדיף אני את עדות התובע בדבר תשלום שכר-טרחה עבור שרותי הנתבע עבורו על דרך קיוזו מהמגיע ממנו, בהיקף שלא נתברר, אך נע בסביבות 40,000 דולר.

לפיכך, משלא נתברר מהו השכר שנגבה מהתובע עבור ניהול ת"א 401/88, אני קובע על דרך אומדן, פיצוי המגיע לתובע בגין הוצאות הליך זה, כולל הוצאות אגרת התביעה משוערכות להיום, עוגמת-נפש וטרחת שווא, בסך כולל של 35,000 ש"ח.

ד. נוסח הסכם מוצא 67

1) על-אף שאין ספק כי הנתבע שימש כנאמן של התובע מ' שדלו ו-י' טייטל בקשר להבטחת ביצוע ההתחייבויות שעל-פי התקשרויות מ' שדלו - טייטל ומ' שדלו - תובע. עריכת ההסכם ת/20 על ידו נעשתה לבקשת מ' שדלו ונחתם בסמוך לעריכתו תוך תיקון סעיף 9 בו כאמור, לאחר ישיבה אחת במשרד הנתבע, מבלי שיוכח כי הנתבע היה מעורב במשא-ומתן שקדם לחתימת ההסכם.

2) ההסכם ת/20 לא נוסח כהסכם קומבינציה רגיל, שכן הצדדים לא היו מעוניינים שתכללנה בו הוראות בדבר העברת בעלות על רבע מהחלקה והדירה הרביעית, בעיקר מטעמי מיסוי, והנתבע מילא את בקשתם.

3) נוסח ההסכם מאפשר גם מימוש זכותו של התובע לרישום 1/4 מהחלקה על-שמו, כולל 'הדירה הרביעית' בתנאי שיעמוד בהתחייבויותיו על-פי ההסכם, כפי שנקבע בפסק-הדין ב"ת"א 187/92 (בעמ' 16), ממילא אם התובע היה עומד בהתחייבויותיו - דבר שהוא לא עשה - יכול היה לזכות בהעברת הבעלות ואכן גם מ' שדלו התייחס ל-1/4 מהחלקה הנ"ל כלזכות קניינית כמוכח מתביעת ת"א 187/92.

4) אין כל יסוד לתלונות נגד הנתבע בקשר להסכם, שכן הנתבע פעל כנאמן התובע בהבטיחו את זכותו הקניינית - המוקנית כנ"ל - ברישום הערת אזהרה לזכותו על יסוד יפוי-כוח של ר' טייטל וקבלת טפסי מש"ח ושטרי מכר חתומים מאותו י' טייטל בעל הדירה הרביעית ששימש כאמור בפסק-הדין ב"ת"א 187/92 כ"איש קש' של מ' שדלו - כל זאת למרות שהשימוש ביפוי-הכוח לטובת

התובע כאמור, נעשה ללא רשותם של י' טייטל ומ' שדלו, כפי שנקבע בפסק-הדין הנ"ל בעמ' 15.

5) לאור כל האמור, אין כל אחריות על הנתבע בקשר להסכם ת/20 ולביצועו והנוק שנגרם לתובע נובע אך ורק ממחדליו וממעשיו שלא עמד בתנאי ההסכם כפי שפורטו בהרחבה בפסק-הדין ב"ת"א 187/92. אי-לכך, לתובע אין להלין אלא על עצמו - בכך שנותר עם 1/4 (מ-1/4 החלקה) ואם יתקן את הליקויים כאמור בפסק-הדין יותר עם 1/2 בלבד.

רק אגב אורחה יצויין כי לא נגרם לתובע כל הפסד עקב העדר אפשרות השכרת הדירה הרביעית, שלאחר ביצוע צו הריסה מינהלי נותר ממנה שלד בלבד ואינה ראויה כלל למגורים.

לתובע גם לא נגרמה כל עוגמת-נפש בעטיו של הנתבע, שכן זו נגרמה על ידו בלבד.

5. סוף דבר, דין התביעה להידחות, למעט בנושא יעוץ רשלני בקשר ל"ת"א 401/88, בגינו מגיע לתובע פיצוי בסך 35,000 ש"ח כנ"ל.

ברם, הואיל והתובע תבע לחייב את הנתבע בתשלום - 2 מיליון ש"ח זכאי הנתבע להוצאות הגנה כולל מע"מ שאני מעמידן, בהתחשב בכל הנסיבות, על אותו סכום פיצוי.

אי-לכך, התביעה נדחת, תוך קיוזו פיצוי בסך 35,000 ש"ח כנגד הוצאות ההגנה.

ב"ע"א (חי') 4262/96⁶⁶ המשיב הוא עורך-דין במקצועו, שתבע מאת המערערת את יתרת שכר-טרחתו בסך 4,000 דולר. המערערת פנתה למשיב על-מנת שיטפל עבורה בעסקת קומבינציה שהיה ככוונתה לערוך לגבי חלקה 62 בגוש 11586 שעליה בנוי בית מגורים, עם בעלי הקרקע שהם בני-הזוג קורד איווט וברנרד, המתגוררים דרך קבע בחו"ל ובקרו אותה עת בארץ.

ב-12.8.94 התקיימה פגישה בין הצדדים, בנוכחות המשיב, וסוכם שהמשיב יכין חוזה לגבי עסקה זו, וכי שכר-טרחתו יהא 4,000 דולרים. המערערת מודה כי אכן הוסכם על תשלום שכר-טרחה למשיב בשעור זה.

המשיב הכין את טיוטת חוזה הקומבינציה ושלחה למערערת, אך היא הודיעה לו ב-9.9.94 כי העסקה בוטלה וכי בעלי הקרקע חזרו לחו"ל.

המערער דרש את שכר-טרחתו מהמערערת מהטעם שערך את החוזה, אך היא שילמה לו 500 דולר בלבד וראתה עניין זה כ"סגור".

בית-משפט קמא קבע כי מאחר והמשיב ערך את החוזה כפי שהתבקש, זכאי הוא למלוא שכרו, וחייב את המשיבה לשלמו לו. בית-משפט קמא לא ניכח את סך ה-500 דולר שאין מחלוקת כי שולמה למשיב על-ידי המערערת.

בפסק-כי:

4. טענת המערערת היא שלא נכרת הסכם שכר-טרחה

66. ע"א (חי') 4262/96 שרה אבו נ' חיים מלכא, עורך-דין, תקי"מ 97(2) 315.

המזומנים ו-1.5% משווי דירות הקבלן בתוספת מע"מ. המשיבים המשיכו בשנת 1994 בפעילות שוטפת, ניסחו מסמכים משפטיים ונפגשו עם יחיד המבקשים פעמים מספר, אולם חוזה בכתב לא נכרת בין הצדדים.

ב-24.5.94 קיבלו המשיבים הודעה מאת עורך-דין רון מיור כי המבקשים חתמו ב-12.5.94 על הסכם שיתוף ועל הסכם למתן שירותים משפטיים באמצעותו וכי הוא עורך-הדין המטפל בזכויותיהם במגרש 1.01 בחולון.

המשיב 1 פנה לעורך-דין מיור בניסיון להגיע לכלל הסכמה בנושא שכר הטרחה של המשיבים וביקש ממנו לעכב את הטיפול עד לקבלת ערובה לשכר הטרחה.

עורך-דין מיור הציע כי אם לא יסכימו מרשיו להסדיר את תביעתם של המשיבים, יפנו אל ועדת האתיקה לפי כלל 27(א)1 לכללי לשכת עורכי-הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986. ב-16.11.94 פנה עורך-דין מיור עצמו למנכ"ל הלשכה וביקש מוועדת האתיקה "לברר את המחלוקת" שבין מרשיו לבין המשיבים כדי שיוכל להמשיך בייצוגם ללא דיחוי. מנכ"ל הלשכה השיב בהצעה להעביר את הסכסוך להכרעת בורר אשר ימונה על-ידי הלשכה.

עורך-דין מיור הודיע ללשכת עורכי-הדין על הסכמת מרשיו לבוררות, ובלבד שזו תנוהל על-ידי בורר שאינו עורך-דין, אשר יתמנה מתוך מאגר הבוררים של המוסד הישראלי לבוררות עסקית.

ב-19.2.95 הודיעה לשכת עורכי-הדין על מינוי עורך-דין מאיר כסיף לבורר.

עורך-דין מיור התנגד בשם מרשיו למינוי המשיבים טוענים כי עורך-דין כסיף מונה כבורר שיכריע במחלוקת שבין עורך-דין מיור למשיבים, ולא בין המבקשים למשיבים. על כל פנים בוררות בין עורכי-הדין אינה מתנהלת.

ב-10.9.95 חתמו המבקשים והמשיבים על שטר בוררין על פיו השופט בדימוס אורי שטרנזמן נתמנה לבורר בכל חילוקי-הדעות בנושא שכר הטרחה.

ישיבת הבוררות הראשונה התקיימה ב-10.9.95, ונקבעו ישיבות נוספות.

עקב נסיונות הצדדים להגיע להסדר נתבקש הבורר לדחות את מועדי הישיבות שכבר נקבעו. הבורר נענה לבקשות החוזרות. הגשת תצהירי עדות ראשית הסתיימה רק ב-7.8.96. המשיבים הגישו חוות-דעת מומחים ושאלונים. ב-1.9.96 קבע הבורר הנכבד ישיבות בוררות נוספות להבאת ראיות הצדדים, לימים 16.10.96-17.

ב-14.10.96, למחרת מתן פסק-הדין בבג"צ 4330/93 סופר ישראלחום נ' לשכת עורכי-הדין, פ"ד (נ) 4, 221, אשר ביטל את כלל 27 לכללי האתיקה, פנו המבקשים אל הבורר הנכבד בבקשה להפסיק הליכי הבוררות. הבורר ביקש את תגובת המשיבים לבקשה. בא-כוח המשיבים הודיעו כי מרשיו מתנגדים להפסקת הבוררות. המבקשים

מקובל אצל עורך-הדין, וכי לראשונה ראתה את ההסכם כשקבלה את מסמכי בי-דין.

עוד טוענת היא כי שכר הטרחה המוסכם היה עבור בצוע כל המטלות שקיבל על עצמו המשיב, כעורך-דין, בסעיפים 16-18 לחוזה הנוגעים למילוי ההסכם. לא הופנתה תשומת-לב להתייחסות בהסכם לשכר-טרחת המשיב.

5. סביר להניח כי שכר הטרחה הוסכם לפי כמות העבודה הכרוכה בעריכת העסקה והעבודות הנוספות שקיבל על עצמו המשיב לעשותן על-פי ההסכם שערך. יש, לכן, לבחון מה היקף השירות שהתחייב המשיב ליתן למערערת, ואיזה חלק הימנו ניתן בפועל. עיון בהוראות ההסכם מוביל למסקנה כי מדובר בעריכת ההסכם וטיפול במלוי דרישות נוספות הכרוכות במילוי ההסכם. במילים אחרות, השירות שלגביו הוסכם שכר הטרחה תחום בגבולות שנקבעו בחוזה, היינו, עריכת החוזה לאחר ניהול משא-ומתן וביצוע פעולות שנקבעו בהסכם גופו. המערערת אינה חייבת לשלם עבור שירות שלא בוצע.

נראה שהצדדים לא חשבו כלל על אפשרות שהעסקה לא תצא לפועל, ולא סוכם ביניהם דבר לעניין שכרו של המשיב במקרה כזה. לא הובהרו נסיבות ביטול העסקה.

נראה כי לו היו הצדדים נותנים דעתם לשאלה מה יהיה גורל שכרו של המשיב אם העסקה לא תצא לפועל, סבורני כי היה ברור לשניהם כי המשיב יהיה זכאי לשכרו עבור העבודה שבצע עד לבטול העסקה. הייתי, לכן, מעמיד בנסיבות אלה את שכר הטרחה שזכאי לו המשיב על סך 2,500 דולר ומחייב את המשיבה לשלמו למשיב בניכוי 500 דולר ששולמו על-חשבון.

6. מסקנתי היא שיש לקבל את הערעור בכך ששכר הטרחה יופחת ל-2,500 דולרים והמערערת תחוייב לשלם למשיב סך של 2,000 דולר (לאחר נכוי 500 דולר ששולמו) בשווי שקלי לפי השער היציג ביום התשלום.

ב-ה"פ (ת"א-יפו) 1766/96⁶⁷ המבקשים הם קבוצה של 17 בעלי זכויות במגרש 1.01 במתחם 300 בחולון, שלגביו אושרה תוכנית בניין עיר להקמת מספר בניינים, הכוללים 58 יחידות דיור.

המשיבים הינם עורכי-דין הפעילים, לטענת המבקשים, גם כיוזמים בעסקאות מקרקעין. בין המבקשים למשיבים נוצר קשר למטרת פיתוח הקרקע, ולייזומה של עסקת בניה בתנאי "קומבינציה". המבקשים 3 ו-13 נבחרו כנציגי הקבוצה.

בפגישה שזומנה ב-2.6.93 במשרדי המשיבים התנהל דיון אשר כלל את תנאי שכר הטרחה של המשיבים במסגרת עסקת קומבינציה או עסקת מזומנים.

לטענת המשיבים שכרו המבקשים באותה ישיבה את שירותיהם, והוסכם על שכר-טרחה בשיעור 1% משווי הדירות שקיבלו המבקשים, בתוספת מע"מ ו-1.5% בתוספת מע"מ משווי דירות הקבלן, או 1% משווי עסקת

67. ב-ה"פ (ת"א-יפו) 1766/96 רחל דלפס נ' רמי סלוט ואח', תק"מ 96 (3) 3535.

1973, יש להניח תשתית עובדתית ליסודות עילת הביטול. מגמות יסוד השולטות בפרק זה מכוונות לעיקרון אוטונומיית הרצון ועיקרון ההסתמכות (גבריאלה שלו, דיני חוזים, מהדורה שלישית, עמ' 159 ואילך) כאשר המבחנים לקביעת הפגמים הם סובייקטיביים ואובייקטיביים, לא ניתן להפעיל שיקולים אלה ללא תשתית עובדתית.

כפיה

נימוקי הבקשה מכוונים בעיקרם לטענת כפיה. סעיף 17(א) לחוק החוזים הכללי עוסק בכפיה 'שכפה עליו הצד השני או אחר מטעמו, בכוח או באיום'. סעיף 17(ב) מצמצם את תחולת עילת הביטול:

'אזהרה בתוס'לב על הפעלתה של זכות אינה בגדר איום לעניין סעיף זה'.

(ע"א 166/67 אפרת רייזל נ' ארט, חברה לביטוח בע"מ ואח', פ"ד כא(2) 139, 142, וכן דיון בספרה של שלו בעמ' 237).

לא די לטעון בנימוקי הבקשה להצהרה על ביטול הסכם בורות, כי נפל פגם בכריתתו של ההסכם בטענה: 'אלמלא סעיף 27 היו המבקשים מעדיפים באופן חד-משמעי, להשיב לתביעותיהם של המשיבים בבית-המשפט ולא במסגרת בורות כלשהיא' (סעיף י"א לבקשה). או כי 'הסכם הבורות נכפה על המבקשים כחלק ממכלול הוראותיו של סעיף 27 שנכפה עליהם' (סעיף 4 לבקשה לעיכוב). דא עקא שטענות אלה כלל לא זכו לביסוס שבעובדה.

כנגד הטענות הבלתי-מבוססות שבנימוקי הבקשה, מסבירים המשיבים בתצהיר מלא ומפורט, כי הליך הבורות בנושא שכר הטרחה לא נכפה על המבקשים כי אם הוצע עלידי בא-כוחם, עורך-דין רון מיור. אישיות הבורר, שופט בית-משפט מחוזי בדימוס, נבחרה על-פי דרישתו וייצוג המבקשים עלידי עורך-דין מיור לא הותנה על ידם בהפקדת ערובה.

עוד טוענים המשיבים כי הבקשה למתן סעד הצהרתי לא נתמכה בתצהיר של מי מהמבקשים, על-מנת למנוע חקירה על עובדות, משיקולים שאינם עולים בקנה אחד עם עקרונות תוס'הלב. כבר משום כך יש לדבריהם לדחות הבקשה.

בנוסף טוענים המשיבים כי ביטול כלל 27 אינו מאפשר איון בדיעבד של הסכמי בורות בנושא שכר-טרחה, אשר נכרתו בעת היותו בתוקף.

אכן, הטענה העוברת כחוט השני בנימוקי הבקשה היא התקשרות בהסכם בורות בכפיה. הטענה הופרכה מבחינה עובדתית בתצהיר התשובה על נספחיו, ואין לה בסיס מבחינה משפטית, כפי שיבואר. די בכך כדי לדחות הבקשה לסעד הצהרתי.

מיון משפטי של הסוגיה שהועמדה לדיון מביא למסקנה כי המדובר בניסיון לבטל הסכמה חוזית שהושגה בעבר, בעקבות שינוי במצב המשפטי הידוע (השוו בג"צ 221/86 כנפי נ' בית-הדין לעבודה, פ"ד מא(1) 469 העוסק בשינוי פרשני של הלכה). אי-לכך יש לבחון את השלכותיו של ביטול כלל 27 על הבוררות בין הצדדים לאור דיני

פנו לבורר בבקשה לעכב את הבוררות לאור כוונתם להגיש אבעיה לבית-המשפט. הבורר הנכבד החליט ב-15.10.96 לעכב את הישיבה שנועדה ל-16.10.96 כדי ליתן שהות לבא-כוח המבקשים להשיג החלטת בית-משפט. עם זאת ציין הבורר בהחלטתו כי הבוררות הגיעה לשלב של שמיעת הראיות ומשום כך לא מצא לנכון לבטל כל הישיבות שנקבעו לסיומה.

ב-16.10.96 הגיש בא-כוח המבקשים המרצת פתיחה, בה ביקש מבית-המשפט להצהיר: "נפל פגם בכריתתו של הסכם הבוררות ועל-כן בטל הוא" ולעכב את הליכי הבוררות עד למתן ההחלטה.

נפסק כי:

"ביטול הסכם בורות

ב-ע"א 491/76 גאולים מושב עובדים להתיישבות הקלאית שיתופית בע"מ נ' ידידה יצחק, פ"ד לא(3) 625, 630 נדונה תחולת חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 על הסכם הבוררות. המשנה לנשיא, כב' השופטת בן פורת הגיעה למסקנה כי 'ניתן לבטל הסכם בורות בשל הפרה יסודית, או לאחר הודעה מתאימה בעקבות הפרה לא יסודית' על-פי סעיפים 6, 7 לחוק החוזים. בפסק-הדין צויין כי בפקודת הבוררות שקדמה לחוק, קבע סעיף 3:

'אם לא פורשה בשטר בוררין כוונה האומרת את ההיפך, הרי אין לבטלו אלא ברשות בית-המשפט או בהסכמתם של הצדדים ויהא לו תוקף מכל הבחינות ממש כאילו היה זה צו של בית-המשפט'.

השופטת בן פורת הסבירה כי ניתן ללמוד מהשמטת הסעיף 3 מחוק הבוררות כי הסכם הבוררות אינו חסין מפני ביטול על-ידי אחד מן הצדדים.

השופט אשר גרס כי צד לבוררות אינו יכול לבטל את הסכם הבוררות לאחר שהבוררות החלה, אלא בהסכמתו של הצד האחר או באישורו של בית-המשפט:

'אני ער לכך ששטר בוררין אינו אלא חוזה שהוראות חוק התרופות חלות גם עליו. עם זאת סבורני, שאופיו של שטר בוררין שונה מאופיו של כל חוזה אחר... שטר בוררין אינו מטיל בדרך-כלל התחייבויות של צד זה או אחר, אלא קובע איך ליישב סכסוכים שביניהם'.

לדעת השופט אשר מן הרגע שהבוררות נתכוננה היא חיה את חייה העצמאיים והיא כפופה לחוק מיוחד, הוא חוק הבוררות, ולא לחוקי החוזים. משהחל הבורר לכהן על-פי שטר הבוררין הוא מוסמך להמשיך בבוררות אפילו יחפוץ אחד הצדדים לבטל את שטר הבוררין.

השופט שמגר (כתוארו אז), הצטרף לחוות-דעתו של השופט אשר.

באותו פסק-דין נדונה אפשרות ביטול הסכם בורות בעקבות הפרה ולא בשל פגם בכריתת החוזה, כנטען במקרה שלפנינו.

עקרונית, יתכנו נסיבות בהן ניתן לבטל הסכם בורות בשל פגמים בכריתתו. אולם, על כל פנים על-מנת לעתור לביטול הסכם בורות בשל פגמים שנפלו בכריתתו של חוזה, על-פי פרק ב' לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-

שלו, בעמ' 189).

מכאן כי מבחינה פורמלית, אם הצהרת הבטלות של כלל 27 היא קונסטיטטיבית וחלה באופן פרוספקטיבי בלבד, הרי אין מדובר בטעות במונח פרק ב' לחוק החוזים הכללי. מאידך אם הצהרת הבטלות היא דקלרטיבית, והכלל בטל רטרופקטיבית, ניתן יהא להסיק כי הצדדים טעו לגבי הדין שהיה קיים בעת ההתקשרות.

סעיף 14 לחוק החוזים הכללי הדין בביטול חוזה בשל טעות בכריתתו, אינו מבחין בין טעות שבדין לבין טעות שבעובדה. כך, במשפט הישראלי גם טעות שבדין עשויה להקנות זכות ביטול (סעיף 14(ד) לחוק החוזים הכללי, וכן דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים, כרך ב', 742).

המחוקק מתנה ביטול חוזה שנכרת עקב טעות שהצד שכנגד לא ידע עליה, בשיקולים שביושר: 'אם ראה שמן הצדק לעשות זאת' (סעיף 14(ב) לחוק החוזים הכללי). שיקולים אלה כוללים בהכרח התייחסות אל התוצאות.

אמנם מדובר בטעות הדדית, בה טעו שני הצדדים, אולם המבחן שקובע החוק הוא אחד (דניאל פרידמן ונילי כהן, שם בעמ' 702).

בא"כוח המשיבים הפנה בסוגיה זו ל"ע"א 2444/90 ארואסטי ואח' נ' ש' קאשי ואח', פ"ד מח(2) 513, 524, שבו נתבקש בית-המשפט ליתן ב"4.9.84 פסק-דין המצהיר על ביטולו של הסכם קומבינציה ומחיקתן של הערות אוהרה מכוח הסכם פשרה שהושג בשנת 1983, במסגרת המרצת פתיחה.

זאת בשל הלכה חדשה שיצאה מבית-המשפט העליון, אשר הכירה בהתחייבות ישירה של בעל מקרקעין בעסקת קומבינציה כלפי לקוחו של הקבלן.

בפרשה זו נקבע, כי טעות שבדין אינה מהווה עילה לביטול חוזה אלא אם 'החוק' שהמתפשר טעה בו, ברור במידה כה גדולה של ודאות משל היה עובדה. דוגמה מובהקת היא תשלום מס בטעות במקום שקיים פטור. אולם פרשנות מאוחרת יותר של 'החוק' אינה יכולה להחשב 'טעות שבחוק', אף אם שינתה את משמעותה של הוראת החוק.

בהתקשרות שבהסכמה נוטלים הצדדים סיכון לגבי התפתחות משפטית אפשרית בעתיד, ואין מקום לבטל ההסכמה כדיעבד, עקב שינוי ההלכה. תוצאה אחרת עלולה לערער את עקרונות היציבות וההסתמכות, שהם אבני יסוד של שיטת משפט מתוקנת.

אין ספק כי במקרה שבפנינו נתגלעה מחלוקת של ממש בין הצדדים שדרשה הכרעה וכי שטר הבוררות שנחתם בפני הבורר הנכבד העניק לו סמכות לפסוק במחלוקת. ממילא לא עמדו המשיבים על תנאים מתנאיו של כלל 27 שבגנים נפסל.

1. מתן הסכמה לייצוג המבקשים על-ידי עורך-דין מיוזם לא הותנה על-ידי המשיבים בהסכמה לבוררות.

2. הפניה לוועד המחוזי היתה פרי יוזמתו של עורך-דין מיוזם.

3. הבורר, שופט בדימוס של בית-משפט זה, נבחר על-פי תנאיו של בא"כוח המבקשים.

4. לא הופקדה ערובה לתשלום שכר-טרח והבורר

החוזים, והקצאת הסיכונים בה בחרו הצדדים להסכם הבוררות...

בית-המשפט כחן את הכלל במסגרת שתי עתירות לביטולו, והגיע למסקנה כי הכלל מגשים תכלית אתית ראויה וכי קיים קשר של התאמה בין האמצעי הננקט בכלל לבין הגשמתה של התכלית הראויה. ואולם, הכלל פוגע מעבר למידה הדרושה בחופש העיסוק המוגן בחוק יסוד: חופש העיסוק, ובאוטונומיה של הרצון הפרטי של הלקוח, המוגנת הגנה חוקתית בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (עמ' 12, 14 ו-16 לפסק-הדין). מכאן:

'כלל 27 לכללי הלשכה נגוע בחוסר מידתיות (או חוסר סבירות) ועל-כן בטל'.

הכלל בטל, איפוא, משום שאין הוא עומד במבחן המידתיות. תוצאה זו מצביעה לכאורה לכיוון פרוספקטיביות הביטול, דהיינו כי הוא בטל מיום מתן פסק-הדין של בית-המשפט העליון.

בפועל נקטה הפסיקה גישה גמישה באשר לקביעה אם תחולתו של כלל משפטי היא רטרופקטיבית:

'המסקנה העולה מניתוח האסמכתאות היא שהתשובה אם הוראה פלונית 'דיונית' היא או מהותית, ניתנת לאור שקילת התוצאה הנגזרת של סיווג כזה, היינו כלום רצוי וצודק הוא שההוראה תתפוס מיד'.

(מבחנים לסיווג הוראה בדין כמהותית או דיונית", מרים בן-פורת הפרקליט לה, 5, 16).

לצורך קבלת החלטה בנושא הרטרופקטיביות נדרש בית-המשפט למלאכת איוון בין אינטרסים שונים, בהם הערך של התפתחות המשפט מול הערכים של יציבות השיטה והגשמת ציפיות לגיטימיות של הצדדים, שפעלו על פיו.

'על השופט לאזן בין יציבות לבין תנועה. הוא עושה זאת בעזרת המדיניות המשפטית. עיקרון זה של המדיניות המשפטית הוא הקושר את כלליה הספציפיים של השיטה המשפטית אל מרכז חייה הרחניים'.

(ע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ ואח' נ' בית יולס בע"מ ואח', פ"ד ל(1) 533, 556 כפי שצוטט ב"ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 130).

בדיון זה יש להתחשב בתוצאה הנובעת מהרטרופקטיביות והשפעתה על הצדדים, בנסיבות כל מקרה ומקרה.

'נמצא שכל אימת שהחלתו המיידית של שינוי בדין נראית בלתי-הוגנת בהיותה פוגעת בזכות הראויה בעיני בית-המשפט להגנה, גברה הנטייה לסווג כמהותי על-מנת שיפעל אך מכאן ולהבא, ולהפך'.

(מ' בן-פורת, שם, בעמ' 6) עיון בפסק-הדין של בית-המשפט העליון בשבתו כבית-דין גבוה לצדק, מלמד כי אין המדובר בבטלות שדי בה כדי לאיין ללא אבחנה עניינית, הליכי בוררות אשר החלו על-פי כלל 27, לפני פסק-הדין ב"בג"צ 4330/93 ו-196/94.

דיני טעות

טעות יכולה להתייחס רק למצב שבהווה או בעבר. טעות באמונה לגבי העתיד, אינה אלא 'תוחלת שנכזבה' (ג')

על-ידי עורך-דין אחר, באופן שלא יוצר מצב שעורך-דין ממשך לטפל בעניין שחברו החל לטפל בו ויהנה מפרי עמלו מבלי שמוטלת עליו חובה כלפיו.

דברים אלה מקבלים משקל יתר כאשר מדובר בתביעה לשכר-טרחה בגין מתן שירות בשנים 1993-1994, התביעה הועברה לבוררות בשנת 1995 והיא עתה בעיצומה. נראה כי בא-כוח המבקשים פעל כדי לדחות ההכרעה בתביעת המשיבים.

סיכום

ככלל, מקום שנכרת הסכם בורות, אין לאפשר לצדדים להשתחרר ממנו בשל ביטולו של כלל 27 לכללי לשכת עורכי-הדין. זאת בין אם מבחינה פורמלית ביטול הכלל הוא רטרופקטיבי וחל לאחור, ובין אם הביטול הוא פרוספקטיבי וחל מכאן ואילך בלבד. גם אם נניח כי תחולתו של הכלל רטרופקטיבית, הרי משנחתם הסכם בורות לא ניתן לבטלו אלא מטעמים של צדק, כאמור בסעיף 14(ב) לחוק החוזים הכללי.

מכאן שאפילו נתקבלה עמדתם של המבקשים, כי ביטול כלל 27 חל באופן רטרופקטיבי, דין בקשתם היה להידחות שכן לא הצביעו על חובת הצדק לבטל את הסכם הבוררות.

הדברים עולים בקנה אחד עם מדיניות שיפוטית המעדיפה קיום הסכם על ביטולו והמשך הליכי בורות שכבר החלו, על פני הפסקתם.

התוצאה הינה כי הבקשה נדחת. הבורר, שהוא משיב פורמלי, נמחק מהבקשה, ולא היה מקום לערבו בהליך מלכתחילה.

הבוררות תימשך כסדרה.

מעמדו של עורך-דין בעסקת קומבינציה נדון ב"ת"א (ת"א-19) 2170/99.⁶⁸

נפסק מפי כב' השופטת אסתר חיות:

"12. במקרה שלפנינו, ייצג הנתבע, כאמור, את שני הצדדים לחוזה הקומבינציה, דהיינו הן את התובעים והן את חברת קייט.

בסיכומי הפנה בא-כוח התובעים אל האיסור שבסעיף 2 לכללי לשכת עורכי-הדין (ייצוג בעסקאות דירות), תשל"ז 1977 (להלן: 'כללי לשכת עורכי-הדין') (ייצוג בעסקאות דירות), הקובע כי:

'בעסקה לרכישת דירה מאת קבלן, לרבות רכישת זכויות בה, לא ייצג אותו עורך-דין את הקבלן ואת הרוכש, אלא לפי הוראות סעיף 5.

סעיף 1 לאותם כללים מגדיר 'קבלן' מי שמוכר דירה או מחכיר דירה שבנה או שעתיד לבנות בעצמו או על-ידי אדם אחר, על קרקע שלו או של זולתו, על-מנת למוכרה או להחכירה לדורות'.

בא-כוח הצדדים לא הרחיבו בסיכומיהם בשאלת תחולתו של כלל 2 הנ"ל על העסקה נשוא התביעה שבכאן, אך

הנכבד לא הורה על הפקדתה במהלך הבוררות. יתרה מזאת, במקרה הנדון אף לא הוכח קשר סיבתי בין קיומו של כלל 27 לכללי לשכת עורכי-הדין ובין ההתקשרות בהסכם הבוררות.

מלאכת האיזונים

במכלול האינטרסים המתנגשים שעל בית-המשפט לאזן על-מנת להגיע לתוצאה צודקת, מצויים אינטרס הציבור לכיבוד הסכמים ואינטרס המשיבים לסיים את הדיון בתביעתם הלגיטימית לשכר-טרחה. אינטרס המשיבים הוא אינטרס משותף לכלל חברי לשכת עורכי-הדין להבטיח גביית שכר-טרחה של עורך-הדין המעביר את היצוג לפי בקשת הלקוח לעורך-דין אחר, מבלי לפגוע בחרות הרצון וזכות היצוג של הלקוח. ערכי היסוד המאפיינים חבריים בלשכת עורכי-הדין הם יחסי אמון ורעות.

'בכל עניין מקצועי יגלה עורך-הדין יחס חברי כלפי חברו למקצוע ולא ימנע ממנו כל הקלה שאין בה כדי לפגוע בעניינו של לקוח'.

(כלל 26 לכללי לשכת עורכי-הדין (אתיקה מקצועית)) יחסים אלה כוללים שיתוף פעולה בין עורך-הדין המעביר לבין עורך-הדין הנעבר לגביית השכר המגיע ביושר לעורך-הדין המעביר, מבלי לפגוע בזכויות יסוד של הלקוח.

ב-COMMON LAW התפתחה נורמה המטילה חובה על עורך-הדין הנעבר לסייע במידת האפשר להסדרת סילוק חוב שכר הטרחה לעורך-הדין המעביר. כך נקבע בקנדה כי ראוי לעורך-הדין הנעבר לשכנע את הלקוח להסדיר את ענייניו עם עורך-דין הקודם, במיוחד כאשר הלה התפטר מסיבה טובה או פוטר ללא סיבה עניינית CH XII COMMENTARY p.12. (C.B.A) CODE.

באנגליה, מצפים מעורך-הדין הנעבר להפעיל את מלוא השפעתו על הלקוח לסילוק השכר המגיע לעורך-הדין המעביר (R.P.C 1995 R.11E).

החובה לשותף פעולה בנושא שכר הטרחה מקורה בחשש שלקוחות לא מוסריים ישאבו עידוד לעבור מעורך-דין אחד למשנהו, מבלי לכבד את התחייבויותיהם הכספיות. גישה דומה נוקט האיחוד האירופי.

(THE CODE OF CONDUCT FOR LAWYERS IN THE EUROPIAN COMMUNITY R.2.7; 5.61).

עמדה על עניין זה כב' השופטת ט' שטרסברג כהן, בחוות-דעתה ב"בג"צ 4330/93 ו"בג"צ 196/94.

'כאן ראוי לציין, כי אין כל ספק שעורך-הדין שטיפל בלקוח ונתן לו את שרותיו, זכאי לשכר-טרחתו. עם כל הכבוד והערכה, לציבורי עורכי-הדין וליחידיו, לא רצוי שיווצר מצב המאפשר לעורכי-דין 'לקחת' זה מזה לקוחות בקלות בלתי-נסבלת וללא חובה כלשהי כלפי עורך-הדין ממנו עבר הטיפול. יש ליצור נורמות התנהגות, ולהטיל חובות על עורכי-הדין המקבלים טיפול בלקוח שטופל

68. ת"א (ת"א-19) 2170/99 עובדיה אלברט נ' עורך-דין אלגים בן ציון, תק"מח 2002(3) 377.

גרסתו זו של הנתבע לא נסתרה על-ידי התובעים באופן כלשהו.

עוד אישר הנתבע, כי:

'נהוג ומקובל שכאשר קבלן בונה, נותנים תקופה מסויימת שאם יפגר ישלם על כל יום פיגור וכך וכך, זה על תקופה מסויימת ולא עד אין סוף'. (ראה עמ' 91 לפרוטוקול הדיון מיום 6.2.02, מול השורות 22-23)

אך גם בהקשר זה הדגיש הנתבע כי:

'רציתי להוסיף את זה ועוד דברים, אבל החברה לא הסכימה וההנחיה שקיבלתי ללכת אך ורק על-פי עיקרי הדברים שסוכמו'. (שם, מול השורות 23-25)

גם עדותו זו של הנתבע לא נסתרה באופן כלשהו בראיות התובעים.

לפיכך, ניתן לומר כי הנתבע יצא ידי חובתו כלפי התובעים, בהתאם לקריטריונים שהותוו ב-על"ע 2/80 הנ"ל, משום שהעדר בטוחות או סנקציות נוספות על אלה שנקבעו בחוזה הקומבינציה, נובע מן ההסכמות המפורשות שאליהן הגיעו הצדדים, ומסיכון מודע שנטלו על עצמם התובעים, לאחר שהנתבע הציע הוספת בטוחות לחוזה ואפשרות זו נפסלה, בשל התנגדות חברת קייט.

בנסיבות כאלה, אין מקום לייחס לנתבע רשלנות או הפרה של חובותיו החוזיות, כפרקליט המייצג את התובעים.

14. זאת ועוד, לא הוכח בפניי כי אילו היה חוזה הקומבינציה כולל הוראה או בטוחה בכל הנוגע למסירת החזקה במועד המוסכם, היה בכך כדי להועיל לתובעים במקרה הנדון.

כפי שפורט לעיל, נקבע בסופו של דבר, הן בתביעה בתל-אביב והן בתביעה ברחובות, כי חוזה הקומבינציה הופר הודות גם על-ידי התובעים וגם על-ידי חברת קייט.

יתירה מכך, במסגרת התביעה בתל-אביב הסכימו התובעים, עוד בדצמבר 1994, לשמור על הסטטוס קוו, באופן שהחזקה ביחידת הדיור תישאר בידי חברת קייט (ראה נ/1), ואילו כב' השופט גולדין קבע בהחלטתו מיום 19.9.96, נ/3, כי התובעים כבולים בהסכמתם זו ואין הם יכולים לסטות ממנה, עד למתן פסק-דין בתביעה. עוד קבע כב' השופט גולדין כי לחברת קייט זכות עכבון כדין ביחידת הדיור, מתוקף חוק חוזה קבלנות.

יוצא, איפוא, כי אי-קבלת החזקה במועד המוסכם נובעת במידה לא מבוטלת מהתנהגות התובעים ומהפרת החוזה על ידם, וכן מהסכמות שאליהן הגיעו עם חברת קייט במהלך הדיון בתביעה בתל-אביב.

לפיכך, גם אילו היה לייחס לנתבע מחדל כלשהו בניסוח החוזה, בכל הנוגע לאי-הכללת סנקציות ובטוחות ראויות לעניין מסירת החזקה במועד, הרי שבמקרה הנדון אין למצוא קשר סיבתי בין אי-קבלת החזקה במועד המוסכם ובין מחדל כזה.

לבסוף, יש להוסיף ולומר, כי מכל מקום, וגם אילו היה מוכח קשר סיבתי כאמור, לא ניתן היה לפסוק לתובעים פיצוי בגין הפסד דמי שכירות על בסיס חומר הראיות שהוצג.

תחילה, הוגשו בעניין זה תצהירי התובעים בלבד ובהם

נראה לי כי עסקת קומבינציה, כגון זו בה עסקינן, אינה באה בגדר כלל זה, משום שעסקת קומבינציה איננה עסקה לרכישת דירה גרידא, הגם שלא פעם משולב בעסקת קומבינציה מכר של דירה אחת או יותר. מדובר בעסקה ייחודית, בה רוכשי הדירות אינם אלא בעלי הקרקע המקוריים וחווה הקומבינציה, מעצם טיבו, כרוך בהתחייבויות ובתנאים החורגים ממכר רגיל של דירה, שאילו מכון הכלל שבסעיף 2 הנ"ל.

מסקנתי היא, איפוא, כי על פני הדברים אין להחיל את הכלל שבסעיף 2 לכללי לשכת עורכי-הדין (ייצוג בעסקאות דירות), על העסקה שבפנינו, ועל-כן, אין לייחס לנתבע הפרתו של כלל זה, בשל עצם העובדה שייצג את התובעים בעסקה.

13. האם הפר הנתבע את חובתו לפעול לטובת התובעים בנאמנות ובמסירות?

ב-על"ע 2/80 פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין בישראל, פ"ד לד(4) 707 קבע בית-המשפט העליון, כי עורך-דין המייצג את שני הצדדים בעסקה, יוצא ידי חובתו אם הציע למי מהצדדים תניה שיש בה כדי להבטיח אותו מפני הפרת התחייבויות הצד שכנגד כלפיו, גם אם תניה זו לא מצאה לבסוף את דרכה אל החוזה, משום שהצד שכנגד סירב לחתום עליה, ואילו הצד שלטובתו נערכה אותה תניה, הסכים לחתום על החוזה גם בלעדיה, לאחר שהוסברה לו משמעותה ונחיצותה (ראה שם בעמ' 708 וכן ראה באותו עניין ע"א 58,37/86 מ' לוי ואח' נ' י' שרמן ואח', פ"ד מד(4) 446, 466 מול האות ה').

במקרה שלפנינו טענו התובעים, בין היתר, כי החוזה נוסח באופן שלא היה בו כדי להבטיח אותם מפני הפרתו על-ידי חברת קייט והדגישו בעניין זה, בעיקר, את נושא האיחור במסירת החזקה.

הנתבע העיד בהקשר זה, כי הצדדים הגיעו למשרדו לאחר שניהלו ביניהם משא-ומתן ארוך, אשר נמשך כתשעה חודשים, ולאחר שעיקרי הדברים כבר היו מסוכמים ביניהם בטרם פנו אליו (ראה סעיף 5 לתצהיר הנתבע וכן ראה לעניין זה עדות התובעת בעמ' 9 לפרוטוקול הדיון מיום 15.5.01, מול השורות 21-31 ועדות התובע בעמ' 65, מול השורות 6-13).

בחקירתו הנגדית הוסיף הנתבע וציין כי כאשר באו אליו הצדדים בפעם הראשונה, העלה את נושא הבטחונות, משום שגם לדעתו '...בעסקת קומבינציה צריכים להיות בטחונות לתובעים ועל זה לא צריך להיות ויכוח' (ראה עמ' 81 לפרוטוקול הדיון מיום 6.2.02, מול השורות 9-10). הנתבע אישר, כי בטחונות אלה אכן לא מצאו ביטוי בחוזה, והסביר זאת כך:

'...החברה הקבלנית קייט בניין ופיתוח אמרה שהביטחון היחידי שהיא מוכנה לתת לצורך קיום עסקת הקומבינציה, לעצם קיום העסקה, הם מקבלים ליווי בנקאי וזה הביטחון היחידי שהם יכולים לתת, אחרת העסקה לא מתקיימת בכלל. זה מה שנאמר בפניי אותו יום'. (שם, מול השורות

(18-15)

אוקטובר 1995 (ראה סעיף 33ג) לתצהירי התובעים), בטענה כי זהו הנוק שנגרם להם כתוצאה מהפרת חוזה הקומבינציה על-ידי חברת קייט, ובטענה כי הנתבע חייב לפצותם בגין נזק זה, משום שלא השכיל לנסח את החוזה באופן אשר יספק להם הגנה מתאימה כנגד הפרה זו.

ראשית, הטענה בהקשר זה נטענה בעלמא ולא מצאתי מה יכול היה הנתבע לכלול בחוזה ולא כלל, באופן אשר יבטיח את התובעים מפני ליקויים והשלמות בניה כאמור. אדרבא, עיון בחוזה הקומבינציה מלמד כי מדובר, בעיקרו של דבר, בניסוח מאוון, הכולל תניות להגנת האינטרסים של שני הצדדים ואין הוא חד-צדדי, כפי שניסו התובעים לטעון.

כך למשל, נחסמה זכותה של חברת קייט לקבל את זכות הבעלות שרכשה בממכר, עד אשר תוקם יחידת הדיור וינתן בגינה טופס 4 לאכלוס, מטעם עיריית ראשון לציון (ראה סעיף 13א) לחוזה הקומבינציה). תניה זו, יש בה משום הגנה מובהקת על האינטרסים של התובעים, שכן מכוחה לא יכולה היתה חברת קייט לקבל בעלות בממכר, אלא-אם-כן קיימה קודם-לכן את התחייבויותיה כלפי התובעים והקימה את יחידת הדיור, באופן המאפשר את איכלוסה.

כמו-כן, נקבעה בסעיף 13ב) לחוזה הקומבינציה סנקציה נוספת החוסמת את חברת קייט מלמכור את הממכר לצד ג', אלא-אם-כן הוקמה יחידת הדיור של התובעים וניתן בגינה טופס 4 לאכלוס. גם בכך יש כדי להגן על האינטרסים של התובעים, ולהמריץ את חברת קייט לקיים את התחייבויותיה ולהשלים את הבניה כראוי, אם ברצונה להעביר ולמכור את הממכר לצד ג'.

שנית, מתוך הוצאות ונזק בסך 182,000 ש"ח, לו טענו התובעים, נותר נזק בסך 9,345 ש"ח, וזאת לנוכח העובדה כי חוות-דעת השמאי סיגורה, עליה ביססו התובעים את טענותיהם בהקשר זה הן בתביעה ברחובות והן בתביעה שבפניי, לא נתקבלה על-ידי כב' השופט פיינשטיין ומה שנפסק לתובעים, בסופו של דבר, במסגרת התביעה ברחובות הוא הסכום הנ"ל של 9,345 ש"ח, בהתבסס על חוות-דעת שמאי מוסכם, שמונה באותו הליך (ראה פסק-הדין נ/11).

בעקבות כך, הגיעו גם הצדדים שבפניי להסכמה דיונית לפיה אין צורך בהתייצבותו של השמאי סיגורה לחקירה נגדית, וכי, מבלי שהדבר יהווה הודאה בחבותו של הנתבע, יעמוד סכום השינויים והתוספות על סך של 9,345 ש"ח, קרן, כפי שנפסק על-ידי כב' השופט פיינשטיין בפסק-הדין נ/11.

משקבעתי כי התובעים לא השכילו להראות מהו המחדל ומהי הפרת החובה מצד הנתבע, אשר בגינה נגרם להם הנוק האמור, אין מקום להשיתו על הנתבע והתובעים יצטרכו להסתפק בכך שנפסק להם פיצוי בסכום האמור, ביחסים שבינם ובין חברת קייט ובני משפחת קייט, במסגרת פסק-הדין בתביעה ברחובות.

16. שני עניינים נוספים, אשר בגינם ניסו התובעים לייחס לנתבע הפרה של חובתו לפעול כלפיהם בנאמנות

טענה סתמית, כי נגרם להם הפסד של 453,600 ש"ח, בגין אי-קבלת יחידת הדיור במועד המוסכם. סכום זה חושב לפי 1,500 דולר ארה"ב דמי שכירות לחודש, עבור התקופה מיום 25.12.92 ועד 21.12.98.

בפתח שמיעת ההוכחות, בדיון מיום 15.5.01, הועמד בא-כוח התובעים על החסר הקיים בפרשת התביעה, בין היתר, מבחינת ראיות לתמיכה בפריט הנוק הנוגע להפסד דמי השכירות. בעקבות כך, וכן בעקבות הערות נוספות, ביקש בא-כוח התובעים, באותו שלב, להפחית את סכום התביעה תוך ויתור על פריט הנוק הנוגע לסכום הפיצוי המוסכם בסך 100,000 ש"ח (סעיף 12(ב)(2) לכתב התביעה), וכן עתר להעברת הדיון בתביעה לבית-משפט השלום.

בקשה זו נדחתה על-ידי (ראה החלטתי בעמ' 5 לפרוטוקול הדיון מיום 15.5.01), מאידך גיסא, נעתרתי לבקשת התובעים, שהוגשה לאחר אותו דיון (בש"א 12016/01), לאפשר באותו שלב הגשת חוות-דעת שמאית, באשר להפסד דמי השכירות כנטען, וזאת למרות השלב המאוחר שבו 'התעוררו' התובעים להציג את ראיותיהם בהקשר זה (ראה החלטתי בעמ' 24-26 לפרוטוקול הדיון מיום 10.9.01).

דא עקא, גם חוות-דעתו של שמאי המקרקעין שלמה פרמון, שהוגשה בעקבות אותה החלטה, אין בה כדי להוות בסיס מספיק לקביעת הפיצוי הנטען.

בחוות-דעתו העריך השמאי פרמון את דמי השכירות הראויים 'לנכסים דומים בסביבה הקרובה', בסכומים כדלקמן:

900 דולר ארה"ב לחודש לתקופה דצמבר 1992 ועד דצמבר 1993.

950 דולר ארה"ב לחודש לשנת 1994.

1,000 דולר ארה"ב לחודש לשנת 1995. 1,200 דולר ארה"ב לחודש לשנת 1996. 1,150 דולר ארה"ב לחודש לשנת 1997. 1,100 דולר ארה"ב לחודש לשנת 1998.

אולם, בחקירתו הנגדית של השמאי פרמון התברר, כי אין בידי להציג עסקה או נתון מבוסס כלשהו, עליהם הסתמך לצורך ההערכות שקבע, ולצער, תשובותיו של השמאי פרמון בחקירה הנגדית היו מביכות ביותר, בלשון המעטה, והעידו על חוסר מקצועיות בולט (ראה למשל תשובות העד בעמ' 9-12 לפרוטוקול הדיון מיום 27.1.02 ובייחוד בעמ' 11, מול השורות 10-18).

סיכומו של דבר, אפילו היו התובעים משכילים להוכיח את יתר מרכיבי העילה, דהיינו את הפרת החובה על-ידי הנתבע ואת הקשר הסיבתי בין הפרה זו ובין הנוק הנטען, לא היה מקום לפסוק להם פיצוי בגין הפסד דמי השכירות, ולו מן הטעם שהפסד זה לא הוכח כדבעי.

15. ראש הנוק המתייחס לאי-קביעת פיצוי מוסכם פרופורציוני להיקף העסקה, נמחק לבקשת בא-כוח התובעים בדיון מיום 15.5.01, ולפיכך אין צורך לעסוק בו.

אשר להוצאות עבור השלמת בניית היחידה, דרשו התובעים מאת הנתבע פיצוי בסך 182,000 ש"ח, בערכי

זו בלבד שהתובעים לא התנערו מהתחייבותם המאוחרת בסעיף 21 להסכם הדברים נ/13, ההיפך הוא הנכון. התובעים אישרו את התחייבותם על-פי נ/13, במכתב בא-כוחם, ואף דרשו מחברת קייט וממר קייט גבריאל אישית לקיים מצדם את אותה התחייבות.

עמדה זו מהווה הודאת בעל דין מטעם התובעים, בדבר תוקפה של אותה התחייבות, ונסיגותיהם במסגרת ההליך שבפניי להתנער ממנה ואף למצוא דופי בהתנהלות הנתבע, בכל הנוגע לאותה התחייבות, אין בהם ממש ואין לקבלם.

17. אשר לעובדות, אשר לטענת התובעים הסתיר מהם הנתבע.

מתוך חומר הראיות עולה, כי עוד בטרם נקשר חוזה הקומבינציה, אכן ייצג הנתבע את חברת קייט, הן בכל הנוגע לרישומה אצל רשם החברות ואצל רשם הקבלנים, והן בתביעה שהגישה נגדה משפחת גיל (ראה תצהיר הנתבע עצמו בסעיף 102).

הנתבע לא הכחיש כי אינפורמציה זו לא נמסרה על ידו לתובעים בטרם החל לייצגם בעסקת הקומבינציה, ומקובלת עליו בהקשר זה עמדתם של התובעים, כי היה זה ראוי ונכון מצד הנתבע להביא לידיעתם עובדות אלה, ויתכן שאילו כך נעשה, היו התובעים בוחרים להיות מיוצגים על-ידי עורך-דין אחר.

יחד עם זאת, לא הוכח כי פגם זה, אשר נפל בהתנהגות הנתבע, גרם לתובעים נזק כלשהו ועל-כן, לא מצאתי מקום לפסוק לתובעים פיצוי אך ורק בשל כך שהנתבע נהג בעניין זה באופן לא ראוי.

הוא הדין באשר להבהרת מעמדו של מר גבריאל קייט. אין מחלוקת כי מר גבריאל קייט אכן אינו מנהל רשום בחברת קייט או בעל מניות בה, וניתן להניח כי עובדות אלה היו ידועות לנתבע, כמי שרשם את החברה וטיפל במספר עניינים עבורה, בטרם נחתם חוזה הקומבינציה.

יחד עם זאת, התובעים לא השכילו להראות במה נגרעו זכויותיהם ואיזה נזק נגרם להם, כתוצאה מאי-ידיעת מעמדו הרשמי של מר גבריאל קייט בחברת קייט.

התובעת נשאלה בעניין זה שאלה ישירה: 'לשאלת בית-המשפט, אם החברה אימצה זאת כדיעבד, מה הנוק שנגרם לך.'

ת. בעלי המניות של החברה מטילים הכל על גבי קייט והוא טוען שהוא היה רק מנהל עבודה בחברה. לא ישבתי עם מכונת חישוב ולא חישבתי מה הנוק הכספי שנגרם לי כתוצאה מכך. (ראה עמ' 14 לפרוטוקול הדיון מיום 15.5.01, מול השורות 1-3)

והדברים מדברים בעד עצמם. אשר לטענה כי הנתבע הסתיר מן התובעים את מצבה הכלכלי הרעוע של חברת קייט.

התובעים לא השכילו לבסס את טענתם זו, ולא הוכיחו באופן כלשהו כי במועד חתימת חוזה הקומבינציה היתה חברת קייט במצב כלכלי רעוע (ראה עדות התובעת בעמ' 14 לפרוטוקול מיום 15.5.01, מול השורות 6-31 ובעמ' 15, מול השורה 1).

ובמסירות, הינם:

א. הסכם הדברים נ/13, בו הוספה בכתב-ידו של הנתבע ההתחייבות שבסעיף 21, לפיה על התובעים לשלם את מחצית מס השבת, למרות שעל-פי סעיף 17 לחוזה הקומבינציה נטלה על עצמה חברת קייט את מלוא תשלום מס השבת, אם יחול.

ב. הסתרת העובדה שהנתבע שימש כעורך-דינה הקבוע של חברת קייט, וכן הסתרת מצבה הכלכלי הרעוע, ואי-ציון העובדה שגבריאל קייט, מי שניהל עמם את המשא-ומתן, לא היה מנהל ובעל מניות בחברה.

אשר לעניין תשלום מחצית מס השבת. בפסק-דינו, נ/4, קבע כב' השופט גולדין כי חובה זו חלה על התובעים, מתוקף התחייבות, בהסכם הדברים נ/13, וככל שהדבר נוגע לנתבע, לא מצאתי בחומר הראיות שהוצג בפניי בסיס כלשהו לטענת התובעים כי חיובם בתשלום זה נובע ממחדל או מהפרת התחייבות של הנתבע.

אדרבא, הראיות מצביעות על כך, שהתובעים נטלו על עצמם, ביודעין ומשיקולים מסחריים, התחייבות מאוחרת לחוזה הקומבינציה, לשאת במחצית תשלום מס השבת, וזאת על-פי הסיכום הנוסף שהושג בינם ובין חברת קייט, כפי שבא לידי ביטוי בהסכם הדברים, נ/13.

התובע הודה בעדותו, כי חתם על נ/13 לאחר שהוסף בו סעיף 21, במשרדו של הנתבע, ואילו עדותו של התובע, כי הדבר נעשה בלחץ וכי לאחר שחתם עזב בכעס את משרדו של הנתבע, אינה מעוררת אמון. די אם אפנה בהקשר זה לעדותו המפותלת ורצופת הסתירות של התובע באשר למה שעמד ברקע סיכום הדברים הנוסף, על-מנת להגיע למסקנה שגירסה זו, אותה הכחיש הנתבע מכל וכל, אינה משכנעת ואין לקבלה (ראה עמ' 58-62 לפרוטוקול הדיון מיום 27.1.02). לכך יש להוסיף את העובדה, שהתובעת אישרה עוד בעדותה במסגרת התביעה בתל-אביב, כי:

'...את החצי השני על-פי הסכם בעל-פה אנחנו היינו צריכים לשלם.' (ראה נ/8)

משעומתה התובעת עם הודאתה זו בחקירה הנגדית בפניי, ניסתה להתנער מן הדברים וטענה, כי השיבה את אשר השיבה בעדות הנ"ל, משום שלא הבינה את השאלה, וגם דבריה רחוקים מלשכנע (ראה עמ' 17 לפרוטוקול הדיון מיום 15.5.01, מול השורה 20).

זאת ועוד. במכתב, נ/5, אשר כתב עורך-דין מילשטיין, בא-כוחם של התובעים, ביום 7.2.93 לעורך-דין כחלון, בא-כוח חברת קייט, ציין עורך-דין מילשטיין בסעיף 7(א), כי:

'אין ולא היתה מניעה בעבר וכיום למרשתך להגיע למס שבח ולשלם את מס השבח כפי שהתחייבה בחוזה, ומרשיי הסכימו להתחזיר למרשתך את מחצית מס השבח לאחר שישולם על ידה כאמור בנספח אותו הזכרת עליו חתום מר קייט גבריאל אישית.'

(למותר לציין כי הוא חב אישית בתשלום זה בהעדר הותמת החברה).

האמור בסעיף 7(א) למכתב נ/5 מלמד כי באותו שלב לא

התשנ"ב (17 במרס 1992) עמ' 388)) קובע בסעיף 14(3), כי תנאי לקבלת דמי תיווך הוא היותו של המתווך הגורם היעיל שהביא את הצדדים להתקשרות בהסכם מחייב. נוכח מגמתו של החוק נראה שהוראה זו היא כופה (קוגנטית) ולא דיספוזיטיבית בלבד, אך האירוע שבפנינו אינו נתון לתחולת החוק הנ"ל שתחילתו רק ב-1.4.97 (השוה גם פסקי-הדין של השופט גנון ב"ת"א (חי') 5222/94 לוגסי נ' אדן, דינים שלום יב 224, פסקה 13).

3. עלינו לבחון את כתב ההתחייבות עליו חתמה המשיבה וללמוד ממנו מה היו כוונות הצדדים.

בכתב ההתחייבות כונה התשלום שעל המתחייב לשלם במקרה של כריתת הסכם מחייב עם הצד השני בשם 'דמי תיווך'. כינוי זה לכשעצמו מעלה עליו לכאורה שהצדדים התכוונו לאמץ לעצמם את 'דיני התיווך' שמכוחם זכאי אדם לדמי תיווך ואין חולק כי דיני תיווך אלה המהווים ענף מדיני החוזים, מחייבים קיומו של קשר סיבתי בין פעולת המתווך והעסקה (ע"א 2144/91 הנ"ל בעמ' 122). השאלה היא, האם הנחה לכאורית זו נסתרת על-ידי הקטע הבא בכתב ההתחייבות: 'מאשר בזה כי ידוע לי שדי בקבלת הכתובות הרשומות מטה על ידכם בחיובי בדמי תיווך בהתאם לתעריף המפורט להלן, מיד לאחר שאגיע להסכם מחייב כלשהו כלפי הצד השני לעסקה'.

השופטת קמא, סברה, אם הבינותי אל נכון את גישתה, שסעיף זה נועד אך ורק להסיר את הספק אם די בפעולה של מסירת כתובת או שמא נדרשות מהמתווך פעולות נוספות כגון ניהול משא-ומתן או לפחות הפגשת שני הצדדים והוא לא בא לוותר על הצורך בדבר קיום הקשר הסיבתי.

פירוש זה של כוונות הצדדים אינו מקובל עלי. כדי להסיר את הספק המתואר לא היה צורך בהוראה מפורשת, שכן ספק כזה לא היה מתעורר מלכתחילה.

אם השאלה המרכזית היא, האם קיים קשר סיבתי מסוג 'סיבה יעילה' בין פעולת המתווך והעסקה, אין כל צורך לפרט ולציין מהו סוג הפעולה הנדרש מהמתווך, ממש כשם שאין צורך לפרט את הפעולות השונות היכולות לגרום למותו של אדם בעבירות ההמתה.

השאלה, אם אותה פעולה 'גרמה' לעסקה נבחנת לפי נסיבות כל מקרה ופעולה של מסירת מידע על הצד השני המעוניין בעסקה מסוימת היא הפעולה האופיינית שבדרך העניינים הרגילה עשויה להוות את הסיבה היעילה לעסקה. מכאן, שההוראה שבכתב ההתחייבות באה לענות על בעיה אחרת אמיתית ואקטואלית הרבה יותר והיא הקושי בקביעה אם היתה פעולת המתווך הגורם היעיל לעסקה. כפי שמציין הנשיא שמגר ב-ע"א 2144/91 הנ"ל בעמ' 123:

...'פעמים עובדות העניין אינם כה פשטניות, במהלך

ממילא אין לייחס לנתבע הסתרת נתון, שעצם קיומו לא הוכח.

18. ראש נזק נוסף שדרשו התובעים נוגע לפיצויים בגין עוגמת-נפש אשר נגרמה להם בנסיבות העניין.

בהתחשב בכל האמור לעיל, לא מצאתי יסוד לדרישתם זו של התובעים, והוא הדין בכל הנוגע להוצאות המשפטיות בסך 140,000 ש"ח, שנתבעו על ידם, אשר אף לא הוכחו לגופן.

19. סיכומי של דבר - מכל הטעמים שפורטו לעיל, דין התביעה להידחות.

לנוכח המסקנה שאליה הגעתי, אין צורך להתייחס לטענת ההתיישנות שהעלה הנתבע, אך אומר בתמצית, כי אין לקבלה, משום שמועד עריכת חוזה הקומבינציה איננו 'יום הולדתה' של העילה במקרה הנדון, וככל שמדובר בעילה נזיקית המייחסת לנתבע רשלנות על-פי סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין, חלה לעניין ההתיישנות הוראת סעיף 89(2) לפקודה, לפיה מתחיל מניין תקופת ההתיישנות ביום בו אירע הנזק.

התובעים ישלמו לנתבע הוצאות משפט ושכר-טרחת עורך-דין בסך כולל של 18,000 ש"ח, בצירוף מע"מ ובצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק החל מהיום ועד התשלום בפועל.

תביעת מתווך לשכר-טרחת, אף אם במקום עסקת מזומנים נכרתה עסקת מזומנים ועסקת קומבינציה נדונה ב-ע"א (חי') 4093/98⁶⁹.

נפסק מפי כב' השופט ד"ר ר' ביין - סגן נשיא: "ב. דיון ומסקנות

1. יש לבחון את נכונות גישתה המשפטית של כב' השופטת קמא שסברה, כי לא די היה במסירת הכתובת ובעשיית העסקה, אלא היה צריך להתקיים קשר סיבתי בין השניים.

2. אין ספק שככלל, אין מתווך זכאי לשכרו אלא אם פעולת התיווך שלו היתה הסיבה היעילה לעסקה. עם זאת, עיקרון חופש החוזים, המגולם בסעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי), מאפשר לצדדים לחוזה לעצב את תוכנו כרצונם וניתן לקבוע שמתווך זכאי לדמי תיווך גם ללא הוכחת קשר סיבתי כאמור (ראה ע"א 2144/91 מוסקוביץ נ' מנהלת עזבון המנוח טוביה ביר ז"ל, פ"ד מח(3) 117, 121 שצוטט גם על-ידי בית-משפט קמא; וכן השוה גם ע"א 793/76 לוקמן נ' שיף, פ"ד לג(3) 533, 547, פסקה 9; ת"א (בת"ים) 4478/95 רון נ' בן אור, דינים שלום ו 498, פסקה 6).

כאן המקום להעיר שהמצב כנראה שונה לאור האמור בחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996. חוק זה שנועד להגן על הצרכן הנוזק לשירותי תיווך (ראה הצעת חוק מתווכים במקרקעין, התשנ"ב-1992 (ה"ח 2136 מיום י"ב באדר ב'

69. ע"א (חי') 4093/98 אברהם פוליטי נ' א. כפיר אחזקות, תק"מח (1)99 586.

ההתחייבות ובסעיף 13 נטענת כנראה לחילופין טענה המסתמכת על דיני התיווך הכלליים. יצויין, שכך הובנו הדברים גם על-ידי כב' הרשמת פומרנץ בהחלטתה בבקשה לרשות להגן.

לענייננו, אין זה חשוב אם נקרא לתשלום זה בשם 'עמלה' או דמי תיווך.

יצויין, שלאחר שכתבתי את פסק-דיני שמחתי למצוא שבי-המשפט המחוזי בתל-אביב הגיע למסקנה משפטית דומה לגבי כתב התחייבות זהה ב-ע"א (ת"א) 1327/96 בלו צור נ' שלמה מלמד וסקירה משפטית מס' 237, עמ' 8.

5. עם זאת, למקרה שאני טועה בפרשנות המשפטית שנתתי, אדון בערעור גם במישור העובדתי מתוך הנחה (שאינה מקובלת עלי כאמור), כי נדרש קשר של גרימה בין מסירת הכתובת ועשיית העסקה עם בן משה לגבי המגרש, ושאמת-המידה לקשר הסיבתי היא במבחן של 'הסיבה היעילה'.

6. מעלתו של פסק-הדין קמא, היא היותו נחן ב-'שקיפות' באשר הקביעות העובדתיות אינן מבוססות על הטרשמות אלא על ניתוח הגיוני. מעלתו זו של פסק-הדין, היא אשר חושפת אותו לבקורתו של בית-משפט זה, שכן בשאלות של ניתוח הגיוני, להבדיל מההטרשמות מאופן מתן העדות, אין יתרון לערכאה הדיונית על זו של ערכאת הערעור.

7. נבחן עתה את ההנמקות של בית-המשפט קמא כפי שהובאו לעיל אחת לאחת:

א. אינני סבור שיש משקל כלשהו לאמירת המערער שאין הוא יודע מה קרה. הרי מובן הוא מאליו שהמערער לא יודע מה אירע ב-'ארבע עיניים' בין אנשי המשיבה ובן משה, אך הדבר אין לו כל השלכה לתיזה שמציג המערער המתבססת על הנסיבות שממנה הוא מבקש להסיק קיומו של קשר סיבתי. על כל פנים לאמונתו או העדר אמונתו של המערער באשר להשתלשלות האירועים בין המשיבה והמוכר, אין כל חשיבות. השאלה היא, האם הראיות והנסיבות המוצגות בפני בית-המשפט, די בהן כדי להטות את הכף לפי מאזן ההסתברויות לכיוון המסקנה שיש קשר סיבתי בין מסירת הכתובת לבין העסקה שנעשתה.

ב. אינני מיחס משקל רב לנימוקים המתבססים על ה-'עבר הנקי', או 'ההווה התקיף' של המשיבה, כגון שבעבר שררו יחסי אמון בין הצדדים וכי בעבר לא ניסתה המשיבה להתחמק מתשלום דמי תיווך, או שמדובר בסכום שהוא יחסית קטן בהשוואה להיקף העסקה, או שהצדדים ממשיכים בקשרים עסקיים ביניהם גם בהווה. נתקלים אנו מידי יום, בתופעות של אנשים הנחזים להיות הגונים ומהימנים בעיני הסובבים אותם, או המקימים אתם קשרים אישיים או עסקיים ולפתע משתבשת תדמית זו לחלוטין, תוך גרימת אכזבה קשה לאותם אנשים. רוב האנשים אינם מלאכים גמורים ואינם רשעים גמורים ואין לך צדיק שלא יחטא פה ושם.

אשר לגובה הסכום, נתקלים אנו מדי יום באנשים המגלגלים סכומים גדולים ועם זאת מוכנים להרג בשביל

המשא-ומתן עשויות להתגלע בין הצדדים מחלוקות אשר אינן ניתנות לגישור. רק גורם נוסף (מתווך נוסף או אדם אחר) עשוי לסייע לצדדים לחצות את התהום הפעורה ביניהם.

כאן מתחילים הקשיים בהכרעה בשאלה אם המתווך הוא הגורם היעיל.

בהמשך מדובר על אבחנה בין גורם מתערב המסייע להתגבר על קשיי המשא-ומתן שאינו שולל את זכאות המתווך לשכרו לבין גורם אשר יזם מחדש את המשא-ומתן לאחר שכבר דעך וגווע. כמו-כן נידונה בהרחבה סוגית ניתוק הויקה הסיבתית. כל אלה מצביעים על כך שמתווך שעשה את הפעולה האופינית לפעילותו, דהיינו מסירת מידע, צפוי לדרך תחתיתם בכואו להוכיח את הקשר הסיבתי בין פעולה זו לבין העסקה שנכרתה והדבר גם פותח פתח רחב מאד לניצול ציני של מתווכים בידי צדדים הרוצים להנות - מחד מפרי עמלם של המתווכים - ומן הצד השני, לצאת פטורים בלי לשלם שכר-טרח.

לפיכך, באה ההוראה הנדונה בכתב ההתחייבות למנוע קושי זה, באופן שמסירת המידע בצירוף עשיית העסקה יוצרים כעין חוקה שבדין שאינה זקוקה להוכחה ושאינה ניתנת לסתירה בדבר הקשר בין השניים.

סימוכין לפרשנותי זו ניתן למצוא גם במילים 'לאחר שאגיע להסכם כלשהו עם הצד השני לעסקה'.

יושם אל לב שנעדרו כאן ביטויים המבטאים זיקה סיבתית, כגון המילים 'אגיע להסכם בעקבות הכתובת' וכיו"ב, אלא מדובר על קשר של זמן בלבד, דהיינו מועד התגבשות העילה והחיוב הוא במועד כריתת ההסכם.

נקודה שניה הראויה לציון היא שמדובר על 'הסכם כלשהו' עם הצד השני... השימוש בביטוי רחב זה אף הוא מלמד על רצון לסגור את הדרך בפני הנושא הסיבתי, שכן כידוע אחת האינדיקציות להיות פעולת התיווך 'סיבה יעילה' היא 'מידת הדמיון בין ההצעה המקורית בה היה מעורב המתווך לבין החווה הסופי...' (הנשיא שמגר ב-ע"א 2144/91 הנ"ל (שם), בעמ' 123 בין ו' ל-ז').

לבסוף בסוף כתב ההתחייבות מופיעה אזהרה:

'נא בדוק, כי ההצעות המוצעות לך אינן ידועות לך ממקור אחר כלשהו. חתימתך על הצעות אלו מהוה אישור מצדך, כי ההצעות אינן מוכרות לך ואם תבצע עסקה לגבי אחת מהן תחוייב בתשלום עמלה למשרדנו כמפורט במסמך זה.' פסקה זו מדברת על 'עמלה' ולא על דמי תיווך והיא שוב מדגישה שדי במסירת המידע וביצוע עסקה לגבי אחת ההצעות וגם כאן נעדר לחלוטין ההיבט הסיבתי.

4. אשר-על-כן, אני סבור, כי מבחינה משפטית יש לקבוע כי בהתאם להסכם בין הצדדים זכאי המערער לתשלום שהוא דורש שכן הוא מסר 'כתובת' ובכתובת זו התבצעה עסקה. יצויין, כי בניגוד לדעת המשיב, לא הועלתה טענה זו רק בשלב הסיכומים בערכאה הראשונה, אלא הוא הסתמך על ההסכם בלי קשר לשאלת הקשר הסיבתי (ראה סעיף 21 לתביעה בסדר דין מקוצר לעומת סעיף 13 המתחיל במילים 'התובע יוסיף ויטען').

לשון אחרת, בסעיף 12 לתביעתו הוא הסתמך על נוסח

לדעתי, אין גם להתחשב בנסיבה זו נוכח האמור מפורשות בכתב ההתחייבות כי החובה לתשלום חלה על 'הסכם מחייב כלשהו...', ללמדך, שגם אם נדרש קשר סיבתי, הרי הוא לא ניתן עקב שינוי בתנאי העסקה ובלבד שמדובר במכר אותו המגרש.

יצויין, כי מתצהיר המערער שלא נסתר (סעיף 15) עולה, כי הערך הריאלי של העסקה שנכרתה (\$217,000 מזומן + דירת מגורים של 4 חדרים מגיע ל-\$346,500), דהיינו קרוב מאד למחיר שנקבע בכתב ההתחייבות (וראה גם עדות בן משה עמ' 5 פסקה שניה מלמטה, האומר שערך הדירה שעליו לקבל בהתאם לעסקת הקומבינציה הוא 120,000-130,000 דולר וגם לפי חישוב זה אנו מגיעים לסכום שאינו רחוק מ-\$350,000).

ז. הזמן הקצר שעבר מאז הפרסום בעתון ועד לעשיית העסקה, הוא בבחינה נסיבה התומכת בעמדת המערער. בעוד שהמערער מעיד שבעסקאות אחרות נמשך המשא-ומתן זמן רב עד ל-7 חודשים (עדות המערער עמ' 5, שורה אחרונה), הרי פרק זמן כה קצר של כשבועיים מאז הפרסום ועד לעשיית העסקה, נראה חריג ביותר.

ההסבר של השופט בדבר 'התבשלות' הקונה היא הסבר שאין בו כדי לתמוך בגרסת המשיבה דווקא. ה'התבשלות' יכולה היתה להיות דווקא פרי המשא-ומתן שהחל עם מסירת המידע על-ידי המערער למשיבה.

על כל פנים, אין בהשערה זו כדי להוות הסבר התומך בעמדת המשיבה דווקא.

שנית, הפרסום בעיתון, של בן משה, לא היה כלל של מגרש, אלא הופיע ב'מדור וילות ובתים קריות' והנכס תואר כ'בית על מגרש 110 מ'. המשיבה היתה מעוניינת במגרש לבניה וספק הוא בעיני אם המדור שבו פורסמה המודעה ונוסח המודעה היתה אמורה לצוד את עיני המשיבה.

פרסום המודעה אינו מצביע דווקא על קנוניה, שכן יתכן שבמהלך המשא-ומתן עם המשיבה סבר בן משה שכל עוד לא נכרתה העסקה ראוי לקבל הצעות נוספות אולי לא מצד קבלנים אלא מצד פרטיים המעוניינים במגרש כבסיס לזילה.

לפיכך, אני סבור שמאזן ההסתברויות נוטה לכיוון ההנחה שקיים קשר סיבתי בין מסירת הכתובת על-ידי המערער לעסקה שנכרתה ואין בפרסום המודעה על-ידי בן משה, שבועיים לפני כריתת העסקה, כדי לנתק את הקשר הסיבתי האמור.

לפיכך, אני מציע לחברי הנכבדים לקבל את הערעור, לבטל את פסק-דינו של בית-משפט קמא ולהייב את המשיבה לשלם למערער סך של 26,519 ש"ח בצירוף הפרשי הצמדה וריבית מיום הגשת התביעה ועד לתשלום וכן שכר-טרחת עורך-דין בסך של 10,000 ש"ח בשתי הערכאות בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק מהיום ועד לתשלום.

נפסק מפי כב' השופטת ר' חפרייזינוגרדוב:

"עיון בנוסחו של ת/3 מלמד גם לדעתי על כי בנסיבות מקרה זה די לו למתווך, לשם זכאות בדמי תיווך, במתן

שווה פרוטה בשם 'העיקרון' כביכול, אך מכאן אין כל הוכחה שמי שטוען ל-'עיקרון' כאמור הוא הצודק והישר דווקא.

ג. אשר לקביעה, כי המשיבה רגילה שהמתווך 'סוגר את העסקה'

כלומר מגלה פעילות במהלך המשא-ומתן עד להשלמתו, אינני בא לחלוק עליה, אך מה לעשות? הרי אף לפי פרשנותה המצמצמת של השופטת קמא לכתב ההתחייבות החתום על-ידי המשיבה, די במקרה זה במסירת הכתובת ולא נדרשת פעילות נוספת מצד המתווך.

יתכן והמשיבה התקשרה בעבר בחוזי תיווך אחרים שבהם נדרשה מהמתווך פעילות יותר אקטיבית בהשגת העסקה ויתכן שהיא לא שמה ליבה שבמקרה זה היא חתמה על התחייבות שאינה מטילה על המערער חובה מעבר למסירת הכתובת ויתכן שזו הסיבה שהיא סבורה שאינה חייבת בדמי תיווך, אך גישתה זו היא כאמור מוטעית.

ד. אינני מיהס כל משקל לכך שהמשיבה לא גילתה לבן משה, כי נשלחה על-ידי המערער. לנסיבה זו חשיבות רק אם התיזה היחידה עליה מושתתת התביעה היתה קנוניה. גרסת הקנוניה היתה רק השערה כאשר כאמור המערער לא יכול היה לאמר בודאות שזה מה שקרה. דיינו בכך שהמשיבה לא רצתה לשלם דמי תיווך. ואם כך הוא, מדוע תגלה לבן משה כי פנתה אליו בעקבות המידע שנמסר על-ידי המערער. למה לה ל-'הודות' בפני צד שלישי וליצור על-ידי כך סיכון שאותו צד שלישי 'יזמר' בהודמות זו או אחרת שאז יוכל המערער להזמין כעד מטעמו להוכחת ההודאה.

ה. לדעתי, לא היה כל קושי שהמשיבה תגלה את שם בעל המגרש, בלי שום קשר לדייר של המבנה שעל המגרש, אם במרשם המקרקעין ואם במחלקת מהנדס העיר או על-ידי הצגת שאלות לשכנים (וראה עדות המערער עמ' 5, שורה 6 מלמעלה). קריית חיים אינה 'מגלופוליס' אלא שכונה יחסית לא גדולה שבה יד איש בקדרת רעהו' ואין שום קושי לגלות את שם הבעלים.

ברור לדעתי כי למערער לא היתה כל אפשרות להביא עדים על בירורים שעשתה המשיבה, הרי בירורים כאלה מטבעם אינם נערכים ב'תופים ובחצוצרות' אלא בצורה שקטה ודיסקרטית.

ושוב, גם כאן יחסה השופטת משקל מוגזם לעדות אופי עצמית שנתן מנהל המשיבה באמרו 'אנו לא עושים זאת' והתייחסות ל-'עבר הנקי' של המשיבה.

עצם העובדה כי לגרסת המשיבה היא בדקה את הנתונים והגיעה למסקנה שאינה מעוניינת בעסקה בתנאים שהוצעו, מצביעה על קיום בירורים. גם אם היו בידי המשיבה נתונים על מגרשים אחרים בסביבה, הרי בדיקת כדאיות העסקה מחייבת מידע על המגרש הספציפי כדי שניתן יהיה לערוך השוואות עם הנתונים של מגרשים אחרים.

ו. העובדה, שהעסקה שנכרתה שונה מהתנאים שנקבעו, בכך שבמקום עסקה 'טהורה' של מזומנים היא הפכה לעסקה 'מעורבת' מזומנים + קומבינציה, אינה מנתקת את הקשר הסיבתי.

למרות שהמערער ביקש לקבל את גרסתו לפיה ניהלה המשיבה משא-ומתן מיד בסמוך לאחר קבלת הכתובת ממנו עם בן משה, וכי נעשתה רמיה או קנוניה בין המשיבה לבין בן משה, דחה בית-משפט קמא גירסה זו וקבע, כי הוא מקבל את גרסת הנתבעת כפשוטה. קביעה עובדתית זו היא המכריעה ואין מקום להתערבותה של ערכאת הערעור. המסקנה האמורה, עולה מן הראיות כפי שהובאו בפני בית-משפט קמא ותואמת גם למערכת היחסים הכללית ששררה בין הצדדים, ואין מקום לקבוע אחרת.

3. התוצאה מן האמור לעיל היא, שעם מתן ההודעה על-ידי המשיבה למערער, כי אין היא מעוניינת בעסקה שהוזכרה בנושא התיווך, תם נושא זה. המסקנה הנוספת המתבקשת, איפוא, שכל בירור בקשר לעסקה הנדונה לא נעשה בעקבות קבלת הכתובת מאת המערער, אלא באופן עצמאי על-ידי המשיבה עצמה, עם פרסום ההודעה בעיתון, ללא קשר עם מסמך התיווך וללא ידיעה כי העסקה הנדונה אכן הוזכרה במסמך התיווך.

מסקנה זו עולה גם בקנה אחד עם הפסיקה לפיה לא היה המערער הגורם היעיל לביצוע העסקה, תוצאה התואמת גם לנוסח המפורט בחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996. על-אף שתוקפו של החוק אינו רלוונטי למועד נושא העסקה, אינני סבורה שיש בו משום שינוי או סטייה מההלכה שנקבעה.

4. לפיכך, אילו דעתי היתה נשמעת, הייתי מורה על דחיית הערעור וחייב המערער בסכום ההוצאות שהוטל על המשיבה, בחוות-הדעת של חברי כב' סגן הנשיא, השופט ד"ר ד' ביין.

לפיכך, הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק-הדין של אב בית-הדין, השופט ד"ר ביין.

כתובת הנכס ובכריתת הסכם מחייב בין מקבל הכתובת החתום על ת/3 לבין הצד השני לעסקה.

על-כן אין שאלת יעילות פעילותו, היא ביטוי של הקשר הסיבתי, חלק מהתנאים להוצאות הזכאות.

אכן, מקום שקיים חוזה מפורט הולכים אחרי תניות החוזה ואלה אינן כוללות דרישה לקשר סיבתי במקרה שבפנינו (ראה ע"א 2144/91, מוסקוביץ ואח' נ' מנהלת עזבון המנוח ביר ז"ל, פ"ד מח(3) 116, 121).

נראה לי, כי כך יש להבין את אומד-דעת הצדדים לעסקה ויוזכר גם כי המשיבה איננה אדם פרטי אלא חברת בניה וכי הטופס ת/3 היה בשימוש הצדדים זה מכבר.

על-כן מסכימה אני לתוצאה אליה הגיע חברי הנכבד ד"ר ביין.

נפסק מפי כב' השופטת ש' וסרקרוג:

1" לדעתי, אין מקום להתערבותה של ערכאת הערעור בתוצאות אליה הגיע בית-משפט קמא. הקביעה לפיה נחתם ההסכם בין המשיבה לבין בן משה ללא קשר לתיווכו של המערער, מבוססת היטב על חומר הראיות, כפי שפורט בבהירות בפסק-הדין של בית-משפט קמא. יתר-על-כן, המסקנות המתבקשות מאותו פירוט עובדתי מצביעות אף הן שלא נוצר הקשר הסיבתי האמור בין התיווך הנטען על-ידי המערער לבין העסקה שנקשרה.

2. נקודת המוצא היא, כפי שצויין בפסק-הדין של בית-משפט קמא, שחייב להיות קשר סיבתי בין פעולתו של המתווך לבין העסקה הנטענת. במקרה זה קבע בית-משפט קמא, כי מיד בסמוך לאחר קבלת כתובת המגרש מאת המערער הודיעה המשיבה, כי אין לה עניין בתנאים שהוצעו. הקשר עם בן משה נעשה רק בשלב מאוחר יותר לאחר הפרסום בעיתון על-ידי בן משה וללא קשר לכתובת שנתקבלה אצל המשיבה מהמערער.

ב. המתווך

1. שכר המתווך באחוזים מתוך שווי העסקה

מכל צד, וכי על הטוען ליוצא מן הכלל הנטל להוכיח זאת. וכך פסקה השופטת נתניהו: "בנמקו את החלטתו לפסוק למתווך רק 1% מכל צד ציין השופט המלומד, כי אין לבית-המשפט, ידיעה שיפוטית על שיעור השכר החל בין קבלנים לבין מתווכים שהם מעסיקים, והזכיר את דברי התובע על התקוות שתלה בצדדים ואת רצונו לפתח קשרים איתם. אם אמנם (כסברתו) שיעור דמי התיווך המקובל בין מתווך לקבלן

ב-ע"א 107/86⁷⁰ נדונה עסקת קומבינציה בין המשיב 1 (בעל הקרקע) לבין המשיב 2 (הקבלן). הצדדים לעסקה הגיעו להסכם המחייב ביניהם בתיווכו של מתווך, הוא המערער.

המתווך ערער, בין היתר, על כך שבית-המשפט המחוזי פסק לו שכר תיווך בגובה 1% מכל צד. לטענת המתווך, ההלכה הפסוקה היא כי בהעדר הסכם על שיעור אחר זכאי מתווך מקצועי לדמי תיווך בשיעור של 2% ממחיר העסקה

70. ע"א 107/86 חסין נ' בלס, פ"ד מב(1) 517.

זה לא קיבל השופט המלומד את גרסת המתווך. הוא אימץ את דברי המוכר אך לא דייק בהצגתם באומרו: 'אני מקבל את עדות בלס שכאשר שלם דמי תווך היה משלם 1%'. המוכר אמר, כמצוטט לעיל, דברים מפורשים ומוגדרים מאלה: 'סכמתי על 1% דמי תווך...'. משהתייחס בית-המשפט קמא לדבריו אלה באמון, ובכגון זה לא נבוא להתערב, די בכך כדי לקבוע, כי דמי התיווך המגיעים ממנו למתווך הם 1%. השאלה, אם אותו שיעור חל גם על הקונה, שלא סיכם דבר עם המתווך, אינה מתעוררת, נוכח הפשרה שהושגה בין שני אלה.⁷¹

ב-ע"א 294/82⁷² אימץ הנשיא שמגר את קביעת בית-המשפט קמא על-סמך העדויות שהיו לפניו כי בין הצדדים לעסקת הקומבינציה ובין המתווך הוסכם על תשלום דמי תיווך בגובה של שני אחוזים משווי הממכר.

שונה מהנהוג הכללי, ואם אמנם (כטענת בא-כוח המוכר) נמוך הוא בעסקות קומבינציה מאשר בעסקות מכר אחרות של מקרקעין, היה על מי שמבקש להסתמך על נוהג שונה זה להוכיחו. אך דבר לא הוכח בנדון. גם לא הופנינו לפסיקה הקובעת כך. בהעדר ראיה לסתור את תחולת הנהוג בעסקה כזו שאנו עוסקים בה, יש לפסוק לפי הנהוג הכללי.

כל זאת אם לא הוסכם אחרת. לצורך שאלה זו אין די בהנחתו של השופט המלומד, 'שהסדר הוגן בין הצדדים אילו יצאה העסקה לפועל היה אחוז אחד משווי המגרש'. יש לברר אם אמנם הוסכם אחרת בפועל, ואם כן, מה הוסכם. גם בשאלה הועלה גרסאות סותרות. גרסת המתווך - סוכם במפורש על 2% מכל צד. גרסת הקונה - לא נקבע דבר. המוכר - 'סיכמתי על 1% דמי תווך מהמוזמן'. בעניין

2. הבסיס לחישוב דמי התיווך

כמוצג הערכת שמאי, שנעשתה ימים ספורים לפני חתימת זכרון-הדברים, לפי הזמנת המוכר. הנימוק לקבלתה, אף-על-פי שלא הוגשה כדבעי על-ידי עורכה, היה המימצא העובדתי, שחוות-דעת זו היתה לפני כל שלושת המעורבים עובר לכריתת החוזה, והיא ששימשה בסיס לקביעת התמורה. אין פסול מבחינת דיני הראיות בקבלתה של ההערכה לא כראיה על נכונות השומה אלא כראיה, שעל יסודה הגיעו הצדדים לתמורה המוסכמת (ורק ככזו התקבלה בבית-המשפט המחוזי).

עדיין יש לקבוע, אם לא הוסכם עם מתווך על בסיס שונה לחישוב שכרו. גם כאן גרסאות שונות. גרסת המתווך - ההערכה היא בבסיס דמי התיווך שהוא דרש בשעתו ואשר נקבעו בגובה של 2% ממנה. גרסת הקונה - מעולם לא ראה את ההערכה, והתמורה נקבעה בלי להתייחס אליה. גרסת המוכר - הסכים על 1% דמי תיווך "מן המוזמן"; את ההערכה כלל לא הזמין לצורך המשא-ומתן, ולא היא ששימשה בסיס לקביעת התמורה. השופט המלומד העדיף את גרסת המתווך, כי ההערכה היא שהיתה ביסוד המשא-ומתן, ודחה את גרסת המוכר, כי המתווך זכאי לשכרו רק מן המוזמן. בכך לא נתערב, בייחוד נוכח סמיכות המועדים בין הכנתה של השומה לבין חתימת זכרון-הדברים (השאלה, אם כך הדבר גם ביחסים בין המתווך לקונה, אינה מתעוררת נוכח הפשרה ביניהם).

ב-ע"א 294/82⁷³ העביר המוכר את המגרש כולו לחזקת הקונה הקבלן, והלה בנה עליו בית; הקבלן, היינו

ב-ע"א 107/86⁷² הנ"ל, נקבע בהסכם הקומבינציה כי המוכר מוכר את הנכס לקונה, והתמורה נקבע חלקה במזומנים (220,000 דולר) וחלקה ב-4 דירות, המהווה 40% משטח הבניין שהקונה (הקבלן) יבנה על הנכס. השאלה שהועמדה לדיון בערעור היא, אם יש לחשב את דמי התיווך על בסיס התמורה במזומנים בלבד, או על בסיס שווי הנכס, כפי שפסק בית-המשפט המחוזי.

וכך נפסק:

"גם כאן לא הוכח נוהג מיוחד לגבי בסיס החישוב בעסקות קומבינציה. עדות המוכר לבדו, כי בעסקאות אלה מקובל לחשב את דמי התיווך על בסיס התמורה במזומן, אינה ראייה מספקת על נוהג כזה. דווקא המוכר מצוי בנושא פחות משני הצדדים האחרים, האחד קבלן והאחר מתווך, ושניהם לא נחקרו בשאלה זו. גם לא הובאו עדים אחרים העוסקים בנושא.

בהעדר הוכחה על נוהג שונה, הבסיס לקביעת דמי התיווך הוא התמורה המוסכמת בחוזה (אלא אם הוסכם אחרת). בזכרון-הדברים מדובר, כאמור, בתמורה כספית וב-4 דירות, שמחירן לא נקוב. מכאן הטענה, שאין בסיס אחר לחישוב דמי התיווך אלא על-פי התמורה במזומן. אין הדבר כך. התמורה במזומן אינה מהווה את מלוא המחיר. צדק השופט המלומד, כי 'אין נפקא מינה כיצד יגבה המוכר את הערך הזה, כלומר ערך הנכס, באם את כולו במזומן, בין אם חלקו במזומן וחלקו בדירות'.

אך האם ערך המגרש ידוע? בית-המשפט קמא החליט לקבל

71. ע"א 294/82 קפמן-אסרף מהנדסים קבלנים בע"מ נ' לרמן, פ"ד (2) 457.

72. ע"א 107/86 חסין נ' בלס, פ"ד מב(1) 517.

73. ע"א 294/82 קפמן-אסרף מהנדסים קבלנים בע"מ נ' לרמן, פ"ד (2) 457.

מאומה במזומנים אלא התמורה עבור המקרקעין תשולם בעין על-ידי מסירת דירות בנויות לידי בעל המקרקעין, לא חושבה מעולם על יסוד ערכו של כל המגרש אלא ייצגה תמורה עבור אותו חלק מן המגרש (55%), שיעבור לבעלותו של הקבלן ואשר עליו ייבנו הדירות שישארו בבעלותו. אין גם מקום להנחה, כאילו כל המגרש יעבור לבעלות הקבלן ורק חלק מן הדירות עבר לבעלותו: אין בעלות נפרדת בין מקרקעין לבין המבנים שעליהם (הכול בכפיפות לאמור בסעיף 157 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969).

דמי התיווך מתייחסים לעסקה, אשר בקשר אליה המתווך טרח (ע"א 257/76 קלוגמן נ' עילוי ואח', פ"ד לא(1) 405, בעקבות ע"א (י"ם) 38/55 מן נ' איסקובה, פ"מ יג 80, 88), ומהותה של זו היתה רכישת 55% ממגרש פלוני ותשלום תמורתו בדירות שייבנו. מאחר שהפלוגתאות סוכמו כפי שסוכמו, והנתון של ערך מלוא המגרש נקבע בסכום מוגדר, ואין על כך מקום לשוב אל פרטי החישוב שלו (למשל, אין צורך לשוב אל שווי הדירות), יש לפנות לסכום, שנקבע על-ידי השמאי, ולקבוע, כי דמי תיווך יהיו שני אחוזים מן הסכום של 55% מסך 3,5 מיליון שקלים ליום 1.9.81. מובן שסכום זה נושא הצמדה וריבית עד למועד התשלום שלו בפועל."

המערערת, קיבל חמישים וחמישה אחוזים מן השטח הבנוי, והיתרה נשארה בידי המוכר. השאלה שהועמדה כאן לדיון היא, האם יש לראות בגדר הממכר, שלגביו משולמים דמי התיווך, את המגרש כולו או רק חמישים וחמישה אחוזים ממנו.

וכך נפסק, בעמ' 458-459: "דמי התיווך נקבעים תוך זיקה למחיר ששולם עבור הממכר. שיעורם של דמי התיווך נקבע במקרה דנן לשני אחוזים, ולצורך חישוב הסכום יש לזהות ולהציג את המחיר ששולם במסגרת העסקה כדי שניתן יהיה לחשב את האחוז תוך התייחסות לזיקה חשבונית אליו.

העסקה היתה מכירתם של מקרקעין על-ידי קבלן לצורך הבניה עליהם. הקבלן לא רכש את מלוא השטח אשר עליו בנה אלא רק חמישים וחמישה אחוזים ממנו (ראה סעיף 2 לסיכום הדברים, שהוגש לבית-המשפט קמא). במילים אחרות - וללא קשר לחישוב המיסוי הנשלט על-ידי הוראותיו של החוק החרות הדין בכך - הוא מעולם לא רכש את מלוא המגרש, כי מראשיתו ועד לסיום הבניה נותרו ארבעים וחמישה אחוזים מן המקרקעין בבעלותם של הבעלים הקודמים. עבור חמישים וחמישה אחוזים של המגרש (ולא עבור כל המגרש) שילם הקבלן על-ידי הדירות אותן בנה; הווה אומר, העסקה, לפיה לא ישולם

3. המועד בו קמה למתווך הזכות לשכרו

והסביר בעדותו: 'ליצחקי (הקונה) היה (!) אופציה לחזור בו והוא אכן חזר בו'. הסבר זה בוודאי מחייב את המוכר, ואנו דנים רק בערעור נגדו (לאחר שהערעור נגד הקונה בוטל על-סמך הפשרה שעשה עם המתווך). חוזה מחייב נקשר אם כן, אך הוא בוטל לאחר קשירתו, והעסקה לא מומשה."

האם בשל כך שהחווה לא מומש לא זכאי המתווך לשכרו? השופטת השיבה בשלילה על שאלה זו: "הלכה פסוקה היא, שמתווך זוכה בשכרו, משהביא את הצדדים לידי הסכם מחייב. העובדה, שהצדדים לחוזה לא ממשו את ההסכם או לא קיימו אותו, אינה שוללת מהמתווך את שכרו, אלא אם הותנה אחרת (ראה: ע"א 98/53 שטיק נ' בן זאב, פ"ד ט(1) 751; ע"א 62/77 סוכנות מכוניות לים התיכון בע"מ נ' קראוס, פ"ד לא(3) 695).

האם במקרה זה הותנה אחרת? על כך היו לפנינו בית-המשפט קמא גרסאות סותרות: הקונה והמוכר שניהם העידו, כי דובר עם המתווך במפורש כי יזכה בדמי תיווך רק אם העסקה תמומש. המתווך הכחיש זאת. גרסתם נדחתה על-ידי השופט המלומד, ואין לנו עילה להתערב

ההלכה הפסוקה היא, כי המתווך זכאי לשכרו משהביא את הצדדים להסכם מחייב.

ב-ע"א 107/86⁷⁴ הנ"ל, הביאו מאמצעי התיווך של המתווך לחתימת זכרון-דברים לעסקת קומבינציה בין הקונה למוכר ביום 14.10.81. בית-המשפט קבע כי זכרון-הדברים לא היה כפוף לכריתתו של הסכם, וכי הוא עצמו היווה הסכם מחייב בין הצדדים.

אך העסקה לא מומשה ולא יצאה לפועל. תוך יום אחד מחתימת זכרון-הדברים הודיע הקונה למוכר שהוא אינו מעוניין בעסקה.

השופטת נתניהו לא ראתה בהודעה זו משום פגיעה בתקפותו המקורית של הסכם הקומבינציה:

"הודעתו של הקונה על כך שאינו מעוניין בעסקה לא היתה הודעה שאין בכונתו להתקשר בחוזה. הוא כבר התקשר בחוזה בחותמו על זכרון-הדברים. היתה זו הודעה, שניתנה תוך שימוש באופציה שנתן לו המוכר לחזור בו מהחווה שנכרת, בלי שהדבר ייחשב לו להפרה. הקונה דיבר על "אופציה", שהיא להבנתו, זכות שלא לעשות עסקה. אם מותר הדבר ספק בדבר פירושה של אופציה זו, בא המוכר

74. ע"א 107/86 חסין נ' בלס, פ"ד מב(1) 517.

ריבית, וביטלה לפיכך את החלטת בית-משפט קמא ליתן ארכה לתשלום שכר המתווך של 40 יום מיום פסק-דינו עם פטור מהפרשי ריבית והצמדה. עולה מהאמור שגם הפרשי הריבית וההצמדה יחושבו, בהעדר התנאה נוגדת, מיום שנכרת הסכם מחייב.

בכך. להלכה הפסוקה הנ"ל, נפקות נוספת, והיא לעניין המועד ממנו מתחילים לחשב ריבית והצמדה. השופטת נתניהו חזרה על הדין לפיו רק במקרים נדירים ובנסיבות מיוחדות יימנע בית-המשפט מעשיית שימוש מלא בסמכות שמקנה לו חוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961, לפסוק

4. המתווך - חתימת מסמכי הלוואה מבנק בפניו

בפועל, מעבר לכך הפר הבנק את הוראות בנק ישראל באשר למתן הלוואות במסגרת משכנתאות, ואת חובות הזהירות שלו כלפי לקוחותיו. לפיכך פסק בית-המשפט קמא כי ההלוואות בטלות, ועל הבנק להחזיר למשיבים את הכספים ששילמו על-חשבון ועקב ההלוואות.

בית-משפט של ערעור מפי השופט שמגר פסק כי אכן במקרה הרגיל מערכת העניינים העובדתית המתוארת כאן אמורה להצמיח לרוכש הדירה עילה רק כנגד הקבלן. ואולם במקרה שלפנינו גם הבנק המלווה היה מעורב בעניין. המתווך פעל בשמו של הבנק וכנציגו. מאחר שהבנק צייד את המתווך במסמכי הלוואה, הרי שהפך הוא בכך את המתווך בידועין לשליחו, בנוסף על היותו שליחו של הקבלן. הבנק עצמו חטא בפעולה בחוסר תום-לב כאשר המשיך להעביר את כספי הלוואות לחברה הקבלנית על-אף שזו התמוטטה. הבנק נתן את ההלוואה למרות שמצב הבניה לא אפשר את מתן הלוואה, לפי כללי בנק ישראל. גם אם הבנק עצמו לא ידע על מצב הבניה, הרי ששלוחו, המתווך, ידע על כך, ואת ידיעתו יש לייחס לבנק.

הצטברות של תופעות פסולות אלו מצד הבנק מביא לביטול הסכמי הלוואה. הבנק פעל בחוסר תום-לב וברשלנות, תוך הפרת הוראות בנק ישראל, ותוך אי-הקפדה על כך שהלווה יקבל ערבויות מהקבלן בהתאם לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי הדירות), התשל"ה-1974, כאשר מתן הערבויות לקונים היה אף הוא בטיפול הבנק. הערער נדחה.

בי"ע"א 4580/90⁷⁵ נדון המקרה הבא:

ב-15.4.1982 כרתו המשיבים, זוג צעיר, זכרון-דברים לרכישת דירה בפרוייקט מגורים שעתיד היה להיבנות על-ידי חברת ג'י.א.י. השקעות ישראל בע"מ (להלן: "החברה"). המשיבים חתמו על זכרון-הדברים בהסתמך על דבר המתווך אשר הציג עצמו כנציגו של בנק למשכנתאות והבטיח להם שיסדר להם הלוואה. באותו חודש חתמו המשיבים על הסכמי הלוואה עם המערער. כעבור מספר ימים נחתם החוזה הפורמאלי בין החברה לבין המשיבים, בו צויין שהתקבל הסכום שניתן כהלוואה מאת המערער.

לצערם של המשיבים החברה התמוטטה. כעת ניצבו הם בפני שוקת שבורה - מחד דירה הם כבר לא יקבלו, מאידך עליהם לפרוע את ההלוואה שקיבלו מהמערער, אותה העביר הוא לחברה. לאחר שנודע למשיבים על התמוטטות החברה פנו הם לבנק וביקשו ממנו להפסיק ולהעביר את כספי הלוואה לחברה. הבנק לא שעה לבקשתם, העביר את הכסף לחברה, וכמובן שדרש את פרעונו מהמשיבים. המשיבים, תחת מחאה ועל-מנת למנוע הליכי הוצל"פ, החלו לפרוע את ההלוואה. במקביל הגישו תובענה לבית-המשפט המחוזי בבקשה להצהיר על בטלות הסכמי הלוואה.

בית-המשפט המחוזי קבע כי מסמכי הלוואה לא נחתמו על-ידי המשיבים בפני פקידי הבנק, אלא דרך המתווך. המתווך למעשה שימש כשלוחו של הבנק, למרות שהבנק הכחיש כי הלה שימש עבורם "צייד לקוחות" תמורת עמלה. לא רק זאת אלא שהתצהירים עליהם החתים המתווך את המשיבים היו בחלקם בלתי-מדויקים, כאשר ציינו הם מצב בניה מתקדם של הבניין, דבר שלא היה נכון

75. ע"א 4580/90 בנק ירושלים לפיתוח ומשכנתאות בע"מ נ' פיניאן ואח', תק"ע 95 (2) 246.

5. חוזה תיווך

הצליחה להשיג עבורם לא אשראי ולא רוכשים. אכן, בטיוטות החוזים שניסחו הנתבעים עם הקבלנים, במסגרת המשא-ומתן לכריתת הסכם הקומבינציה, קבעו הם, בחלק מהטיוטות, סעיף הקובע כי הוצאות התיווך בגין העסקה ישולמו לתובעת. ואולם - לא נראה כי יש בכך הכרה של הנתבעים בזכויות התובעת, אלא רצון שלהם להשיג עבור התובעת טובת הנאה כלשהי "בלי התחייבות" כלשהי מצידם. כלומר, הכנסת הסעיף של דמי התיווך לתובעת בטיוטות החוזים, נבעה מרצון של הנתבעים להעניק מתת כלשהי לתובעת, שלא מכוח המחוייבות החוזית הקבועה בהסכם התיווך. לכן לא נראה כי יש לראות בטיוטות ההסכמים עם הקבלנים כהודאה של הנתבעים בחבותם כלפי התובעת. הודאה בקיומם של זכויות לצד ג' דורשת כוונה מצד המודה, וכוונה כזו לא היתה קיימת בענייננו. בית-המשפט קמא מעיד כי התרשם עמוקות מכנותם של הנתבעים, ולכן נותן הוא אמון בגרסתם.

אכן, צודקת התובעת בטענתה כי קיימת חובה על הנתבעים למנוע את סיכול החוזה. כלל זה יפה לגבי חוזה יזמות (כאשר אדם מתחייב בשם חברה אותה הוא עומד להקים - המחבר). ואולם, הוכח כי הנתבעים פעלו כבר מהיום הראשון להקמת החברה ולנקוט בצעדים ממשיים (באמצעות החברה - המחבר) המהווים בפועל אשרור של ההסכם. האשרור על-ידי החברה אינו חייב להיעשות באופן פורמאלי אלא ניתן לעשות זאת גם בהתנהגות המצביעה בעליל על כוונת החברה לכבד את ההתחייבויות שנטלו בשם יזמיה. לכן יש לדחות את הטענה כאילו הנתבעים סיכלו את קיום הסכם התיווך.

גם את הסכם הקומבינציה אליו הגיעו לבסוף הנתבעים (ב-1.9.1989) אין לראות כסיכול של חוזה התיווך. הסכם התיווך בוטל או למיצער נזנח על-ידי הצדדים, לאחר שהם נוכחו כי הוא אינו בר ביצוע. על ביטול ההסכם העידו הנתבעים, ועדות זו מהימנה על בית-המשפט.

גם טענת התובעת לאי-קיום חוזה התיווך בתום-לב ודרך מקובלת על-ידי הנתבעים דינה להידחות. אדרבא - נראה כי דווקא התובעת היא שנהגה בחוסר תום-לב, כאשר לא עשתה מאמץ ממשי להשגת אשראי ורוכשי דירות עבור הנתבעים. גם הטענה כאילו הנתבעים לא הביאו לתובעת את טיוטת החוזה אין בה כדי לעזור לתובעת. הנתבעים אכן לא הביאו את טיוטת החוזה, ואולם קווי הכלליים נכללו בהסכם התיווך, ובנוסף לכך הובאו לידי התובעת התוכניות והמפרט של היחידות. די היה בכך כדי

בית"א (י"ם) 101/91⁷⁶ נדון המקרה הבא.

בין התובעת לנתבעים נכרת בתאריך 27.11.1987 הסכם לפיו תקבל התובעת זכויות תיווך בלעדיות בנכס מקרקעין של חברה שיקימו הנתבעים. החברה המיועדת הוקמה, ואולם ב-1.9.1989 חתם הנתבע 1, בידיעת הנתבעים 2-5, על הסכם קומבינציה למכירת נכס המקרקעין שבבעלותו במבשרת ציון עם חברה קבלנית. כתוצאה מכך טוענת התובעת שנשללו ממנה זכויות התיווך הבלעדיות, ולפיכך תובעת היא פיצוי על נזקיה. בית-המשפט קבע מפי כב' השופט ברנר כלהלן (תמצית פסק-הדין).

אין חולק על כך כי התובעת לא הצליחה להשיג לנתבעים לא אשראי ולא רוכש דירות - שאלו היו חיוביה על-פי הסכם התיווך. למרות שמנהל התובעת הכחיש כי התחייב להשיג עבור הנתבעים אשראי למימון הפרוייקט, הרי שברור שהתחייבות כזו אכן היתה בהסכם התיווך. כוונת הצדדים היתה שהתובעת, כבעלת ניסיון וקשרים בדרום אפריקה, תשיג עבור הנתבעים אשראי ורוכשי דירות מדרום אפריקה. התובעת אף לא פנתה לרשות להשקעות לבקשת אישור לפעול מול דרום אפריקה, כפי שנדרש היה על-מנת להעביר כספים בין המדינות. גם טענת התובעת כי הם לא קיבלו את דוגמאות החוזים, המיפרט, ותוכניות הבניה הובררה בדיעבד כשקרית.

מנגד הנתבעים פעלו כדין על-מנת להגשים את חוזה התיווך. הקימו הם חברה בשם המתנחלים בהר בע"מ. התקשרו הם עם האדריכלים לתכנון היחידות. נערכו מדידות וחלוקה בשטח. כן נערכה פגישה עם נציגי מינהל מקרקעי ישראל באשר לפיתוח השטח אשר החלקה מהווה חלק ממנו, ויתרתו שייכת למינהל. בהמשך הדרך אף נחתם הסכם בין החברה שהוקמה לבין הנתבעים אישית לפיו תבנה החברה עבור הנתבעים את הפרוייקט.

משנוכחו הנתבעים לדעת שהתובעת אינה מעמידה לרשותם אשראי כלשהו, החלו לפנות באופן עצמאי לבנקים, אך נתקלו בסירוב. כן פנו הם לקבלנים לקבלת "הצעות ביצוע". בהמשך הדרך אף שקלו למכור את החלקה תמורת מזומנים. כל הפניות והמגעים הנ"ל נעשו בידיעת מנהל התובעת.

בשלב זה פנה אל הנתבעים מנהל התובעת ודרש מהם להחזיר לו סכום כסף שהוציא על-מנת לקבל חוות-דעת משפטית בנוגע לנכס. הנתבעים שילמו לבקשת מנהל התובעת את הסכום המבוקש. בשלב זה הבינו הנתבעים שהיחסים החוזיים בינן לבין התובעת פקעו, משזו לא

76. ת"א (י"ם) 101/91 א.מ. אס. נכסים והשקעות בע"מ נ' כהן ואח', תק"מ 92(2) 1337.

רוכשים בדרום אפריקה (למרות שאין צורך להתבסס על זה, למקרה וצודקת התובעת בטענתה כי בשל כך שלא קיבלה את טיטת החוזה, לא יכלה לתווך את הדירות לקונים).
לאור אלה דחה בית-המשפט את התביעה.

שהתובעת תחל לעשות מאמצים להשגת האשראי והקונים. נראה כי השגת האשראי על-ידי התובעת הינו חיוב חיוני שלה במסגרת החוזה, ומשלא השיגה את האשראי עבור הנתבעים, דווקא היא זו שנחשבת למפרת החוזה. כך גם הדין ביחס להתחייבות התובעת לתיווך הדירות עבור

6. חוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996

נוספות כגון ניהול משא-ומתן או לפחות הפגשת שני הצדדים והוא לא בא לוותר על הצורך בדבר קיום הקשר הסיבתי.

פירוש זה של כוונות הצדדים אינו מקובל עלי. כדי להסיר את הספק המתואר לא היה צורך בהוראה מפורשת, שכן ספק כזה לא היה מתעורר מלכתחילה.

אם השאלה המרכזית היא, האם קיים קשר סיבתי מסוג 'סיבה יעילה' בין פעולת המתווך והעסקה, אין כל צורך לפרט ולציין מהו סוג הפעולה הנדרש מהמתווך, ממש כשם שאין צורך לפרט את הפעולות השונות היכולות לגרום למותו של אדם בעבירות ההמתה.

השאלה, אם אותה פעולה 'גרמה' לעסקה נבחנת לפי נסיבות כל מקרה ופעולה של מסירת מידע על הצד השני המעוניין בעסקה מסויימת היא הפעולה האופיינית שבדרך העניינים הרגילה עשויה להוות את הסיבה היעילה לעסקה. מכאן, שההוראה שבכתב ההתחייבות באה לענות על בעיה אחרת אמיתית ואקטואלית הרבה יותר והיא הקושי בקביעה אם היתה פעולת המתווך הגורם היעיל לעסקה. כפי שמציין הנשיא שמגר ב"ע"א 2144/91 הנ"ל בעמ' 123:

'...פעמים עובדות העניין אינם כה פשטניות, במהלך המשא-ומתן עשויות להתגלע בין הצדדים מחלוקות אשר אינן ניתנות לגישור. רק גורם נוסף (מתווך נוסף או אדם אחר) עשוי לסייע לצדדים לחצות את התהום הפעורה ביניהם.

כאן מתחילים הקשיים בהכרעה בשאלה אם המתווך הוא הגורם היעיל.'

בהמשך מדובר על אבחנה בין גורם מתערב המסיע להתגבר על קשיי המשא-ומתן שאינו שולל את זכאות המתווך לשכרו לבין גורם אשר יזם מחדש את המשא-ומתן לאחר שכבר דעך וגווע. כמו-כן נידונה בהרחבה סוגיית ניתוק הזיקה הסיבתית. כל אלה מצביעים על כך שמתווך שעשה את הפעולה האופיינית לפעילותו, דהיינו מסירת מידע, צפוי לדרך חתחתים בבואו להוכיח את הקשר

א. אין ספק שככלל, אין מתווך זכאי לשכרו אלא אם פעולת התיווך שלו היתה הסיבה היעילה לעסקה. עם זאת, עיקרון חופש החוזים, המגולם בסעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי), מאפשר לצדדים לחוזה לעצב את תוכנו כרצונם וניתן לקבוע שמתווך זכאי לדמי תיווך גם ללא הוכחת קשר סיבתי כאמור⁷⁷.

ב. המצב כנראה שונה לאור האמור בחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996. חוק זה שנועד להגן על הצרכן הנזקק לשירותי תיווך (ראה הצעת חוק מתווכים במקרקעין, התשנ"ב-1992 (ה"ח 2136 מיום י"ב באדר ב' התשנ"ב (17 במרס 1992) עמ' 388) קובע בסעיף 14(3), כי תנאי לקבלת דמי תיווך הוא היותו של המתווך הגורם היעיל שהביא את הצדדים להתקשרות בהסכם מחייב. נוכח מגמתו של החוק נראה שהוראה זו היא כופה (קוגנטית) ולא דיספוזיטיבית בלבד.

ב"ע"א (ח"י) 4093/98⁷⁸ נפסק (על-פי המצב טרם חוק המתווכים) כי:

"3. עלינו לבחון את כתב ההתחייבות עליו חתמה המשיבה וללמוד ממנו מה היו כוונות הצדדים.

בכתב ההתחייבות כונה התשלום שעל המתחייב לשלם במקרה של כריתת הסכם מחייב עם הצד השני בשם 'דמי תיווך'. כינוי זה לכשעצמו מעלה עליו לכאורה שהצדדים התכוונו לאמץ לעצמם את 'דיני התיווך' שמכוחם זכאי אדם לדמי תיווך ואין חולק כי דיני תיווך אלה המהווים ענף מדיני החוזים, מחייבים קיומו של קשר סיבתי בין פעולת המתווך והעסקה (ע"א 2144/91 הנ"ל בעמ' 122). השאלה היא, האם הנחה לכאורית זו נסתרת על-ידי הקטע הבא בכתב ההתחייבות: 'מאשר בזה כי ידוע לי שדי בקבלת הכתובות הרשומות מטה על ידכם בחיובי בדמי תיווך בהתאם לתעריף המפורט להלן, מיד לאחר שאגיע להסכם מחייב כלשהו כלפי הצד השני לעסקה.'

השופטת קמא, סברה, אם הבינותי אל נכון את גישתה, שסעיף זה נועד אך ורק להסיר את הספק אם די בפעולה של מסירת כתובת או שמא נדרשות מהמתווך פעולות

77. ע"א 2144/91 מוסקוביץ נ' מנהלת עובון המנוח טוביה ביר ז"ל, פ"ד (3) 117, 121 שצוטט גם על-ידי בית-משפט קמא; וכן השווה גם ע"א 793/76 לוקמן נ' שיף, פ"ד (3) 533, 547, פסקה 9; ת"א (בת"ים) 4478/95 רון נ' בן אור, דינים שלום ו 498, פסקה 6.

78. ע"א (ח"י) 4093/98 אברהם פוליטי נ' א' כפיר אחזקות, תק"מח (1) 99:586.

מקובלת עלי כאמור, כי נדרש קשר של גרימה בין מסירת הכתובת ועשיית העסקה עם בן משה לגבי המגרש, ושאמת-המידה לקשר הסיבתי היא במבחן של 'הסיבה היעילה'.

מעלתו של פסק-הדין קמא, היא היותו ניהון ב-'שקיפות' כאשר הקביעות העובדתיות אינן מבוססות על התרשמות אלא על ניתוח הגיוני. מעלתו זו של פסק-הדין, היא אשר הושפת אותו לביקורתו של בית-משפט זה, שכן בשאלות של ניתוח הגיוני, להבדיל מההתרשמות מאופן מתן העדות, אין יתרון לערכאה הדיונית על זו של ערכאת הערעור.

נבחן עתה את ההנמקות של בית-המשפט קמא כפי שהובאו לעיל אחת לאחת:

אינני סבור שיש משקל כלשהו לאמירת המערער שאין הוא יודע מה קרה. הרי מובן הוא מאליו שהמערער לא יודע מה אירע ב-'ארבע עיניים' בין אנשי המשיבה ובן משה, אך הדבר אין לו כל השלכה לתיזה שמציג המערער המתבססת על הנסיבות שממנה הוא מבקש להסיק קיומו של קשר סיבתי. על כל פנים לאמונתו או העדר אמונתו של המערער כאשר להשתלשלות האירועים בין המשיבה והמוכר, אין כל חשיבות. השאלה היא, האם הראיות והנסיבות המוצגות בפני בית-המשפט, די בהן כדי להטות את הכף לפי מאון ההסתברויות לכיוון המסקנה שיש קשר סיבתי בין מסירת הכתובת לבין העסקה שנעשתה.

אינני מיחס משקל רב לנימוקים המתבססים על ה'עבר הנקי', או 'ההווה התקין' של המשיבה, כגון שבעבר שררו יחסי אמון בין הצדדים וכי בעבר לא ניסתה המשיבה להתחמק מתשלום דמי תיווך, או שמדובר בסכום שהוא יחסית קטן בהשוואה להיקף העסקה, או שהצדדים ממשיכים בקשרים עסקיים ביניהם גם בהווה. נתקלים אנו מידי יום, בתופעות של אנשים הנחזים להיות הגונים ומהימנים בעיני הסובבים אותם, או המקימים אתם קשרים אישיים או עסקיים ולפתע משתבשת תדמית זו לחלוטין, תוך גרימת אכזבה קשה לאותם אנשים. רוב האנשים אינם מלאכים גמורים ואינם רשעים גמורים ואין לך צדיק שלא יחטא פה ושם.

אשר לגובה הסכום, נתקלים אנו מדי יום באנשים המגלגלים סכומים גדולים ועם זאת מוכנים להרג בשביל שווה פרוטה בשם 'העיקרון' כביכול, אך מכאן אין כל הוכחה שמי שטוען ל-'עיקרון' כאמור הוא הצודק והישר דווקא.

אשר לקביעה, כי המשיבה רגילה שהמתווך 'סוגר את העסקה' כלומר מגלה פעילות במהלך המשא-ומתן עד להשלמתו, אינני בא לחלוק עליה, אך מה לעשות? הרי אף לפי פרשנותה המצמצמת של השופטת קמא לכתב ההתחייבות החתום על-ידי המשיבה, די במקרה זה במסירת הכתובת ולא נדרשת פעילות נוספת מצד המתווך.

יתכן והמשיבה התקשרה בעבר בחוזה תיווך אחרים שבהם נדרשה מהמתווך פעילות יותר אקטיבית בהשגת העסקה ויתכן שהיא לא שמה ליבה שבמקרה זה היא חתמה על

הסיבתי בין פעולה זו לבין העסקה שנכרתה והדבר גם פותח פתח רחב מאד לניצול ציני של מתווכים בידי צדדים הרוצים להנות - מחד מפרי עמלם של המתווכים - ומן הצד השני, לצאת פטורים בלי לשלם שכר-טרחה.

לפיכך, באה ההוראה הנדונה בכתב ההתחייבות למנוע קושי זה, באופן שמסירת המידע בצירוף עשיית העסקה יוצרים כעין חוקה שבדין שאינה זקוקה להוכחה ושאינה ניתנת לסתירה בדבר הקשר בין השניים.

סימוכין לפרשנות זו ניתן למצוא גם במילים 'לאחר שאגיע להסכם כלשהו עם הצד השני לעסקה'.

יושם אל לב שנעדרו כאן ביטויים המבטאים זיקה סיבתית, כגון המילים 'אגיע להסכם בעקבות הכתובת' וכיו"ב, אלא מדובר על קשר של זמן בלבד, דהיינו מועד התגבשות העילה והחוב הוא במועד כריתת ההסכם.

נקודה שניה הראויה לציון היא שמדובר על 'הסכם כלשהו' עם הצד השני... השימוש בביטוי רחב זה אף הוא מלמד על רצון לסגור את הדרך בפני הנושא הסיבתי, שכן כידוע אחת האינדיקציות להיות פעולת התיווך 'סיבה יעילה' היא 'מידת הדמיון בין ההצעה המקורית בה היה מעורב המתווך לבין החוזה הסופי...' (הנשיא שמגר ב-ע"א 2144/91, הנ"ל (שם) בעמ' 123 בין ו' ל-ז').

לבסוף בסוף כתב ההתחייבות מופיעה אזהרה:

'נא בדוק, כי ההצעות המוצעות לך אינן ידועות לך ממקור אחר כלשהו. חתימתך על הצעות אלו מהווה אישור מצידך, כי ההצעות אינן מוכרות לך ואם תתבצע עסקה לגבי אחת מהן תחוייב בתשלום עמלה למשרדנו כמפורט במסמך זה'. פסקה זו מדברת על 'עמלה' ולא על דמי תיווך והיא שוב מדגישה שדי במסירת המידע וביצוע עסקה לגבי אחת ההצעות וגם כאן נעדר לחלוטין ההיבט הסיבתי.

אשר-על-כן, אני סבור, כי מבחינה משפטית יש לקבוע כי בהתאם להסכם בין הצדדים זכאי המערער לתשלום שהוא דורש שכן הוא מסר 'כתובת' ובכתובת זו התבצעה עסקה. יצויין, כי בניגוד לדעת המשיב, לא הועלתה טענה זו רק בשלב הסיכומים בערכאה הראשונה, אלא הוא הסתמך על ההסכם בלי קשר לשאלת הקשר הסיבתי (ראה סעיף 21 לתביעה בסדר דין מקוצר לעומת סעיף 13 המתחיל במילים 'התובע יוסיף ויטען').

לשון אחרת, בסעיף 12 לתביעתו הוא הסתמך על נוסח ההתחייבות ובסעיף 13 נטענת כנראה לחילופין טענה המסתמכת על דיני התיווך הכלליים. יצויין, שכן הובנו הדברים גם על-ידי כב' הרשמת פומרנץ בהחלטתה בבקשה לרשות להגן.

לענייננו, אין זה חשוב אם נקרא לתשלום זה בשם 'עמלה' או דמי תיווך.

יצויין, שלאחר שכתבתי את פסק-דיני שמחתי למצוא שבית-המשפט המחוזי בתל-אביב הגיע למסקנה משפטית דומה לגבי כתב התחייבות זהה ב-ע"א (ת"א) 1327/96 בלו צור נ' שלמה מלמד, סקירה משפטית מס' 237, עמ' 8.

עם זאת, למקרה שאני טועה בפרשנות המשפטית שנתתי, אדון בערעור גם במישור העובדתי מתוך הנחה (שאינה

קרוב מאד למחיר שנקבע בכתב ההתחייבות (וראה גם עדות בן משה עמ' 5 פסקה שניה מלמטה, האומר שערך הדירה שעליו לקבל בהתאם לעסקת הקומבינציה הוא 120,000-130,000 דולר וגם לפי חישוב זה אנו מגיעים לסכום שאינו רחוק מ-350,000\$).

הזמן הקצר שעבר מאז הפרסום בעתון ועד לעשיית העסקה, הוא בבחינה נסיכה התומכת בעמדת המערער. בעוד שהמערער מעיד שבסקאות אחרות נמשך המשא ומתן זמן רב עד ל-7 חודשים (עדות המערער עמ' 5, שורה אחרונה), הרי פרק זמן כה קצר של כשבועיים מאז הפרסום ועד לעשיית העסקה, נראה חריג ביותר.

ההסבר של השופטת בדבר 'התבשלות' הקונה היא הסבר שאין בו כדי לתמוך בגרסת המשיבה דווקא. ה'התבשלות' יכולה היתה להיות דווקא פרי המשא ומתן שהחל עם מסירת המידע על-ידי המערער למשיבה.

על כל פנים, אין בהשערה זו כדי להוות הסבר התומך בעמדת המשיבה דווקא.

שנית, הפרסום בעיתון, של בן משה, לא היה כלל של מגרש, אלא הופיע ב'מדור וילות ובתים קריות' והנכס תואר כ'בית על מגרש 110 מ'. המשיבה היתה מעוניינת במגרש לבניה וספק הוא בעיני אם המדור שבו פורסמה המודעה ונוסח המודעה היתה אמורה לצוד את עיני המשיבה.

פרסום המודעה אינו מצביע דווקא על קנוניה, שכן יתכן שבמהלך המשא ומתן עם המשיבה סבר בן משה שכל עוד לא נכרתה העסקה ראוי לקבל הצעות נוספות אולי לא מצד קבלנים אלא מצד פרטיים המעוניינים במגרש כבסיס לזילה.

לפיכך, אני סבור שמאזן ההסתברויות נוטה לכיוון ההנחה שקיים קשר סיבתי בין מסירת הכתובת על-ידי המערער לעסקה שנכרתה ואין בפרסום המודעה על-ידי בן משה, שבועיים לפני כריתת העסקה, כדי לנתק את הקשר הסיבתי האמור.

דמי תיווך בעסקת קומבינציה נדונו ב'ת"א (ת"א-יפו) 1071/97⁷⁹.

נפסק מפי כב' השופט אמנון סטרשנוב:

1. בפניי תובענה לתשלום דמי תיווך בגין עסקאות מקרקעין אשר נערכו בין רוברט קירשנבאום, בעל משרד 'תיווך שחף' (להלן: התובע) לבין חברת גני דולינגר חברה לבניין והשקעות (1996) בע"מ (להלן: הנתבעת). התביעה מתייחסת ל-5 עסקאות שונות בגינן עותר התובע לתשלום כספים על-פי חוזים שנכרתו מעת לעת בינו, בסיועה של עובדת משרדו קטי בליזובסקי (להלן: קטי), לבין הנתבעת באמצעות מנהלה, אבירם דולינגר (להלן: דולינגר).

להלן יפורטו העסקאות כפי שכוננו בכתבי הטענות ובסיומי הצדדים:

התחייבות שאינה מטילה על המערער חובה מעבר למסירת הכתובת ויתכן שזו הסיבה שהיא סבורה שאינה חייבת בדמי תיווך, אך גישתה זו היא כאמור מוטעית.

אינני מיהס כל משקל לכך שהמשיבה לא גילתה לבן משה, כי נשלחה על-ידי המערער. לנסיבה זו חשיבות רק אם התיזה היחידה עליה מושתתת התביעה היתה קנוניה. גרסת הקנוניה היתה רק השערה כאשר כאמור המערער לא יכול היה לאמר בוודאות שזה מה שקרה. דיינו בכך שהמשיבה לא רצתה לשלם דמי תיווך. ואם כך הוא, מדוע תגלה לבן משה כי פנתה אליו בעקבות המידע שנמסר על-ידי המערער. למה לה ל'הודות' בפני צד שלישי וליצור על-ידי כך סיכון שאותו צד שלישי 'יזמר' בהזדמנות זו או אחרת שאז יוכל המערער להזמינו כעד מטעמו להוכחת ההודאה.

לדעתי, לא היה כל קושי שהמשיבה תגלה את שם בעל המגרש, בלי שום קשר לדייר של המבנה שעל המגרש, אם במרשם המקרקעין ואם במחלקת מהנדס העיר או על-ידי הצגת שאלות לשכנים (וראה עדות המערער עמ' 5, שורה 6 מלמעלה). קריית חיים אינה 'מגלופוליס' אלא שכונה יחסית לא גדולה שבה יד איש בקדרת רעהו ואין שום קושי לגלות את שם הבעלים.

ברור לדעתי כי למערער לא היתה כל אפשרות להביא עדים על בירורים שעשתה המשיבה, הרי בירורים כאלה מטבעם אינם נערכים ב'תופים ובחצוצרות' אלא בצורה שקטה ודיסקרטית.

ושוב, גם כאן יחסה השופטת משקל מוגזם 'לעדות אופי עצמית' שנתן מנהל המשיבה באמרו 'אנו לא עושים זאת' והתייחסות ל'עבר הנקי' של המשיבה.

עצם העובדה כי לגרסת המשיבה היא בדקה את הנתונים והגיעה למסקנה שאינה מעוניינת בעסקה בתנאים שהוצעו, מצביעה על קיום בירורים. גם אם היו בידי המשיבה נתונים על מגרשים אחרים בסביבה, הרי בדיקת כדאיות העסקה מחייבת מידע על המגרש הספציפי כדי שניתן יהיה לערוך השוואות עם הנתונים של מגרשים אחרים.

העובדה, שהעסקה שנכרתה שונה מהתנאים שנקבעו, בכך שבמקום עסקה 'טהורה' של מזומנים היא הפכה לעסקה 'מעורבת' מזומנים + קומבינציה, אינה מנתקת את הקשר הסיבתי.

לדעתי, אין גם להתחשב בנסיבה זו נוכח האמור מפורשות בכתב ההתחייבות כי החובה לתשלום חלה על 'הסכם מחייב כלשהו...', ללמדך, שגם אם נדרש קשר סיבתי, הרי הוא לא ניתק עקב שינוי בתנאי העסקה ובלבד שמדובר במכר אותו המגרש.

יצוין, כי מתצהיר המערער שלא נסתר (סעיף 15) עולה, כי הערך הריאלי של העסקה שנכרתה (217,000\$ מזומן + דירת מגורים של 4 חדרים מגיע ל-346,500\$), דהיינו

79. ת"א (ת"א-יפו) 1071/97 רוברט קירשנבאום נ' גני דולינגר חברה לבניין ולהשקעות, תק"מ 2001 (3) 1779.

4. אין חולק כי על-פי החוזה ניתנה לתובע בלעדיות במכירת 6 דירות הקבלן, וזאת למשך שנה וחצי. בחוזה מצויין כי פרק הזמן למתן הבלעדיות יחל 'מאישור העיריה'. סבורני גם כאן, כי הכתוב מדבר בעד עצמו ואין כל טעם לייחס כוונות אחרות לצדדים, שעה שבהסכם מצויין מפורשות כי הבלעדיות בקבלת דמי תיווך בגין העסקאות תחל ביום מתן האישור על-ידי העיריה. אכן, היתר בניה טרם ניתן, אך אף לשיטת התובע בוצעו עסקאות טרם קבלת היתר הבניה.

בסיכומיה מציינת באת-כוח התובע כדלקמן:

'כמו-כן, סמיכות המועדים שבין תום 18 חודשי הבלעדיות בסוף 2/97 ומכירת הדירות על-ידי דולינגר באמצע 4/97, דהיינו חודש אחרי שהבלעדיות מסתיימת (לשיטתו של דולינגר), גם היא מחזקת את האפשרות שדולינגר מנע מהתובע מלהצליח בעשיית עסקאות, כדי לא לשלם לו תווך. מיד כשנגמרים 18 החודשים, חיש קל, מוכר פשרמן 5 מתוך 6 הדירות.' (סעיף 5 (ה) לסיכומים)

טענה זו מרמזת כי העסקאות שביצע פשרמן נתגבשו טרם תום הבלעדיות שניתנה לתובע. דא עקא, מעדויות הצדדים ומטענה זו אנו למדים כי גם טרם מתן היתר הבניה מתקיימת פעילות של תיווך ומכירת נכסים, אף כי היא מותנית בקבלת היתר. מכאן המסקנה המתבקשת היא, כי בתום שנה וחצי ממועד אישור העיריה פקעה הבלעדיות.

5. מן האמור עולה, לכאורה, כי מן הראוי לדחות את התביעה בראש נזק זה - ולא היא. מן העדויות והחומר שהוצג בפניי נראה כי מתקבלת על הדעת טענת התובע לפיה הכשיל אותו דולינגר במכירת הדירות, שעה שהעדיף על פניו את המתווך קובי פשרמן. שלטיו של קובי פשרמן אשר הושמו באתר הבניה, יחד עם הפרסום המתחרה בעיתונים הקשו על ביצוע מכירות על-ידי התובע. אכן, מכירתן של חמש דירות מתוך ששת דירות הקבלן בתוך חודשיים ממועד פקיעת הבלעדיות נראית בעיני תמוהה. מנגד, אילו היה התובע מביא לקוחות פוטנציאליים לידי גמר עסקה, נראה בעיניי סביר כי הנתבעת לא היתה 'מטרפדת' כליל את הוצאת המכירה לפועל, שהרי היה לה אינטרס למכור את דירותיה. לפיכך, נראה כי התובע לא פעל בחריצות יתרה במהלך תקופת הבלעדיות שהוענקה לו למכירת הדירות.

בנסיבות הללו תוכרע הכף על דרך האומדנא, והנני מחליט כי התובע יפוצה כדי מחצית מפוטנציאל יכולתו לקבל דמי תיווך בגין מכירת 6 דירות הקבלן, בסך כולל של \$20,000.

עסקת נחלת יצחק

6. במהלך חודש יוני 1994 נכרת בין הצדדים הסכם לפיו התחייב דולינגר בשם הנתבעת כדלקמן:

'הנני מתחייב לשלם דמי תיווך בשיעור של \$12,000 לא כולל מע"מ ובלעדיות על השטחים ומשרדים של הקבלן'. אין מחלוקת כי הסך של \$12,000 שולם לתובע כמוסכם. יצויין כי על המגרש שבנדון טרם ניתן אישור לבניה מאת ועדת הרישוי בעיריית תל אביב, בין בשל בקשה לשימוש

עסקת הורדים

2. א. במהלך חודש ינואר 1994 נחתם הסכם בין התובע באמצעות קטי לבין דולינגר ועיקריו כדלקמן:

'מוסכם כי דמי התיווך עבור רכישת מגרש ברח' הורדים 12 ממשפ' אמיתי יהיה כ-\$7000 + מע"מ. מוסכם כי לתיווך שחף תהא בלעדיות במכירת 6 דירות הקבלן במידה ויבנו 12 דירות. מוסכם כי מאישור העיריה תינתן לתיווך שחף אפשרות למכור את הדירות למשך שנה וחצי'. אין מחלוקת במקרה דנן כי הסך של \$7,000 שולם לתובע, כמתחייב מן ההסכם.

בין הצדדים נטושה מחלוקת בעיקר לגבי שני עניינים. ראשית, טענת התובע לפיה הסתירה הנתבעת, באמצעות דולינגר, את היותה של העסקה עסקה מעורבת ולא עסקת קומבינציה. קרי, שולם סך של \$250,000 בעבור רכישת המגרש ומעבר לכך התבצעה חלוקה של 50% לכל צד. טענת התובע היא כי בגין עסקה זו מגיעים לו \$5,000 המהווים 2% מעסקת המזומן. הנושא השני עליו חלוקים הצדדים הינו מועד תום תקופת הבלעדיות - שמא על הבלעדיות להסתיים שנה וחצי ממתן אישור העיריה, כטענת הנתבעת, או שמא שנה וחצי מיום מתן היתר הבניה, כטענת התובע.

3. בהסכם נשוא 'עסקת הורדים' מצויין מפורשות כי הסך של \$7,000 יינתן כדמי תיווך בעבור 'רכישת מגרש'. נראה, כי סכום זה הועבר לידי התובע כדמי תיווך כוללים, בין אם המדובר היה בעסקת קומבינציה ובין אם עסקינן ברכישת חלק מן המגרש במזומן, קרי עסקה מעורבת. דמי התיווך נמסרו לידי התובע ללא קשר למהות העסקה.

בעדותה בבית-המשפט נשאלה והשיבה עדת התביעה קטי, כדלקמן:

'ש. היית מעורבת במשאומתן ועל מה הצדדים מדברים וזה כי לא האמנת בו.

ת. בכל מגרש שהייתי יכולה להיות נוכחת מה טוב. כאן הייתי נוכחת בכל המשאומתן, ביום חתימת החוזה אנחנו לא נמצאים בדרך-כלל.

ש. במשאומתן דובר על עסקת קומבינציה וכסף.

ת. נכון.

ש. דובר שהוא יקנה חלק בקומבינציה וחלק בכסף.

ת. הוא עוד היה צריך לתת תשובה על זה.' (עמ' 24 לפרוטוקול)

העדה, העידה מפורשות כי ידעה אודות מהות המשאומתן המתנהל בין דולינגר למוכר המקרקעין, וכן ידעה על האפשרות כי תיחתם עסקה מעורבת ביניהם. יתרה מכך, מעדותה עולה כי היה מצוי בידה טרם גיבושה של עסקה זו, הסכם אחר על סך גבוה יותר, ורק בשל מתן הבלעדיות הורד הסכום ל-\$7,000. דבריה אלו מחזקים את העובדה כי הסך נמסר כנגד גיבוש כל העסקה, וכל זאת בצירוף אלמנט הבלעדיות. הצדדים נשאו ונתנו והיה בידי התובע להעלות טענתו כי אם תיערך עסקה מעורבת יישתנו תנאי החוזה. משלא עשה כן, אין לו להלין אלא על עצמו, וכל שנותר הוא לקבל את דבר הכתוב בהסכם.

בכ-2,000,000\$.

אין חולק כי התובע קיבל מאת הנתבעת סך של 10,000\$. לטענת הנתבעת הסכום שולם בגין תיווך מחצית הקרקע, קרי התובע קיבל את שכרו אשר היווה 1% מן העסקה בסך 1,000,000\$, בה שימש כגורם היעיל לביצועה. לעומתו, טוען התובע כי מגיעים לו 2% מן העסקה כולה המהווים סך של 40,000\$, זאת בקיוזו 10,000\$ אותם קיבל ובסך הכל 30,000\$. לחילופין, עותר התובע לבלעדיות במכירת הדירות ובתחשיביו מציג כי ראוי הוא לשכר בסך 43,000\$ בקיוזו 10,000\$ אותם קיבל ובסך הכל 33,000\$.

11. בחקירתו הנגדית של מנהל הנתבעת ציין דולינגר כדלקמן:

'ש. אני אומרת לך שהתובע הביא לך את פלסנר ואת קפלנסקי ורק לאחר-מכן ישבת איתו על דמי תיווך ת. שילמתי 1% על שניהם הייתי מרוצה מהעסקה ושילמתי על הכל.

ת. כן. הייתי מרוצה ממה שעשו אז. הם קיבלו תיווך ולא ביקשו בלעדיות וזה לא עלה ולא קיבלו. במקום שהם ביקשו זה סוכם. שווי המגרש היה 2 מיליון דולר, אני קניתי חצי. סיכמנו על 1% וזה היה לשביעות רצונם וזה מה ששילמתי להם ועד המשפט לא התלוננו על זה.

ש. התובע אומר שמגיע לו 2% מכל המגרש. הוא מאמין שמגיע לו 34,000\$ ומע"מ מדוע הסתפק לטענתך ב-1% ואין לו בלעדיות ת. אף פעם הוא לא דרש 34,000\$ מדוע ישב בשקט 4 שנים? אני מוכן לתת לו ערבות בנקאית שימכור לי דירות שיבוא מתי שרוצה ויקבל דירות ושימכור אותן. (עמ' 57 לפרוטוקול)

מחד גיסא, טוען דולינגר כי שילם 1% בגין העסקה כולה (פלסנר וקפלנסקי) וכדבריו: 'על שניהם'; מאידך, ממשיך הוא בתצהירו ובעדותו לטעון כי שילם בעבור המחצית שנרכשה מפלסנר, אותה הביא לו התובע. נראה כי נטייתו של הנתבע היתה לראות בעסקת גולומב כמכלול אחד בה ימצאו חלקיהם של פלסנר וקפלנסקי יחדיו ועליהם ישולמו דמי תיווך.

12. טרם אכריע בעניין זה אציין כי טענות התובע החילופיות נראות לי תמוהות. לא ברור כיצד מעדיף התובע לקבל 10,000\$ במזומן בתוספת בלעדיות המוערכים על ידו בסך של 43,000\$ ונמנע מלקבל מאת דולינגר 2% בגין העסקה כולה המהווים 40,000\$. טענת הכדאיות שבבלעדיות אינה מתקבלת, שהרי ידוע ידע הוא כי בבלעדיות עליו לעמול בכדי להביא קונים ולשכנעם לרכוש דירות, וכל זאת בכדי לזכות בסכום גוסף של 3,000\$? סבורני, איפוא, כי בעסקה זו אין מקום לטענת בלעדיות, משזו אף לא צויינה והועלתה על הכתב (בניגוד לעסקאות אחרות).

13. הסך של 10,000\$ ששולמו מעידים כי העסקה היתה של 1%. הנתבע עצמו העיד כי ראה בשתי העסקאות עסקה אחת, אך יחד עם זאת טען שהתובע הביא לו מחצית בלבד. סבורני, כי התובע היה הגורם היעיל לגיבושה של העסקה כולה, ובלעדיו העסקה עם קפלנסקי לא היתה יוצאת אל הפועל.

יצויין כאן, כי הסכם בלעדיות משמעו קבלת דמי תיווך מן המכירות שיבוצעו בפועל, קרי, שכר בעבור יגיעת המתווך והבאת קונים לשם רכישת המשרדים או הדירות בין אם המתווך הוא שהביא את קוני הדירות, ובין אם לאו (על כך העיד גם עה/4 משה סאלם, בעמ' 47 לפרוטוקול). מכל מקום, על התובע להראות שדירות נמכרו בפועל כדי לזכות בתשלומי התיווך בגין הבלעדיות ולא כך בענייננו. 7. לטענת באת-כוח התובע - בשל אובדן האמון של התובע בדולינגר, עותר הוא לבית-המשפט, על-מנת שתבוטל הבלעדיות ובמקומה ישולם שכר של 2% משווי חלקה היחסי של הנתבעת במגרש.

לעומתה, הנתבעת הצהירה מספר פעמים, הן בתצהיר דולינגר, הן בעדותו בבית-המשפט והן בהצהרת בא-כוחו לבית-המשפט כי לכשינתן ההיתר תימסר לתובע בלעדיות במכירת שטחי הקבלן.

8. לאחר שקראתי את עדויות הצדדים ואת חומר הראיות, לא מצאתי כל סיבה לשנות מתוקף ההסכם, כפי שנכרת בין הצדדים. הטענה לפיה לתובע 'אבד האמון בדולינגר', אינה מקובלת עליי כלל ועיקר. כאן המקום להדגיש את העובדה שהצדדים העידו כי עודם מנהלים קשרים עסקיים מעת לעת, והתובע אף מציע לנתבעת לרכוש מגרשים במקומות שונים.

לשאלת באת-כוח התובע השיב דולינגר:

'ת. התובע הצליח במכירת מגרשים ולא הצליח במכירת דירות, לכן אני ממשיך איתו בעסקאות על מגרשים אך לא בדירות.

ש. בנחלת יצחק גם לאחר תחילת המשפט כאן נתת להם בלעדיות לא רק על מגרשים אלא גם בדירות.

ת. נכון כי התחייבתי. (עמ' 51 לפרוטוקול)

תמוהה בעיני העובדה, כי בעוד הצדדים מתקוטטים ביניהם באולמו של בית-המשפט, הם ממשיכים לנהל עסקים משותפים ביניהם, למרות קיתונות הביקורת ששפכו איש על רעהו במהלך משפט זה.

9. אשר-על-כן, אינני רואה כל מקום להתערב בהסכם שנחתם בין הצדדים ובתנאיו.

הנני מצווה על הסרת כל שילוט עליו מופיע שמו ומענו של מתווך אחר פרט לתובע, ומורה כי תינתן הבלעדיות למכירת דירות או משרדי הקבלן, כקבוע בהסכם, וזאת למשך 12 חודשים ממועד מתן ההיתר על-ידי ועדת הרישוי בעיריית תל-אביב.

עסקת גולומב

10. בראשית הדברים יצויין כי בעסקה זו לא נכרת חוזה בכתב. הבעלות על חלקת המקרקעין הנדונה נחלקה בין שניים פלסנר וקפלנסקי. התובע טען כי הוא זה אשר תיווך עבור דולינגר את כל המגרש, תחילה את חלקו של פלסנר ולאחר-מכן את החלק של קפלנסקי.

לעומתם, טוענת הנתבעת כי התובע תיווך בין הנתבעת לבין מר פלסנר בלבד, וללא מעורבות של התובע או מי מטעמו, רכשה הנתבעת בעסקת קומבינציה את מחצית חלקו של קפלנסקי.

כאן המקום לציין כי העסקה כולה נאמדה

הנני מחייב את הנתבעת לשלם בגין הבלעדיות אותה התחייבה להעניק לתובע סך של 2% מערך של 4.5 דירות אשר לצורך תחשיב זה יוערכו בסך כולל של \$1,000,000, ובסה"כ \$20,000.

עסקת בני-ברק אולומוצקי

17. בראשית הדברים יצויין כי בעסקה זו לא נכרת חוזה בכתב בין התובע לדולינגר. טענת התובע היא כי הנתבעת התחייב לשלם לו סך של 70,000 בגין עסקת קומביניציה אשר הוערכה על-ידי מס שבח בסך של כ-1,600,000. בגין עסקה זו ערכו הנתבעת והמוכר, מר אולומוצקי, מסמך עקרונות ולאחריו גיבשו הסכם קומביניציה ותוספת של תנאים מתלים לקיומו של ההסכם. על-פי התנאי מותנה הסכם הקומביניציה במתן אישור בניה על 6,000 מ"ר, וזו היתה דרישה עקרונית של המוכר. בסופו של דבר הוברר כי אישור הבניה לא הגיע ל 6,000 מ"ר, וביום 3.12.97 הודיע בא-כוח אולומוצקי, עורך-דין רגב, לבא-כוח הנתבעת על ביטול הסכם הקומביניציה, וזאת משלא קויים התנאי. באת-כוח התובע טוענת כי אף שלא קויים התנאי, ענייננו בחוזה מחייב ועל התובע לזכות בשכרו משהביא את הצדדים לכריתת החוזה. עוד נטען, כי אי-מימוש החוזה נגרם בשל התנהגותו של דולינגר אף ללא קשר לאי-קיום התנאי. לעומתה טוענת הנתבעת כי משלא קויים התנאי לא זכאי המתווך לשכר התיווך וכי תשלום דמי התיווך עצמם היו מותנים בהתגבשות מלאה של ההסכם בין דולינגר לאולומוצקי.

18. נציגת התובע קטי העידה בעסקה זו כדלהלן: 'ש. הנציג של הבעלים היה אולומוצקי ת. כן. בפגישה הראשונה שהתקיימה עם אולומוצקי הוא אמר שהוא מוכן לעשות עסקה רק בתנאי שהוא יידע שיש 6,000 מ' בנוי על המגרש.

ת. אולומוצקי אמר תנאים שלא רציתי להיות מעורבת בהם, לאו דווקא את התנאים במטרים, היה גם התנאי הזה אבל לא רק התנאי הזה.

ש. זה היה תנאי שהוא העלה כבר בפגישה הראשונה במשא-ומתן. ת. נכון. בלי זה הוא לא היה מוכן להתקשר בעסקה' (עמ' 18 לפרוטוקול)

בעדותה ציינה העדה כי היא והתובע היו מודעים לכל ההליכים בעניין הנכס הנדון, לרבות להתקשרות בחוזה מותנה. לאחר שהעסקה בוטלה היא המשיכה להציע את הנכס לקבלנים נוספים.

19. בסיכומיה טענה באת-כוח הנתבעת כי:

'חוזה על תנאי הוא שלם מרגע כריתתו.

כמו כל חוזה אחר, אף חוזה על תנאי נוצר בדרך שפרק א לחוק החוזים מתווה, לאמור: בדרך של הצעה וקיבול. חוזה על תנאי מחייב את הצדדים לו כבר מעת כריתתו. (עמ' 9-8 לסיכומי התובע)

הצדדים הציגו כתימוכין לטענותיהם את ע"א 342/89 ג.ז רכסים בע"מ נ' פסח גרופר, פ"ד מו(2) 724. לטענת התובע, על-פי פסק-הדין, חוזה על תנאי מחייב מרגע כריתתו וביחסים שבין בעלי הקרקע למתווכים, גם אם התנאי לא התקיים והחוזה בוטל, זכאים המתווכים לדמי

אשר-על-כן הנני פוסק כי לא שולם מלוא הסכום המגיע לתובע בגין העסקה כולה ומחייב את הנתבעת לשלם לתובע סך של 1% גם מעסקת קפלנסקי, בסכום של \$10,000.

עסקת המרי

14. ביום 23.4.1993 נחתם הסכם בין משרד התובע לבין הנתבעת באמצעות מנהלה, ועיקריו כדלקמן:

'הריני מתחייב לשלם דמי תווך כמקובל על המגרש ברח' המרי פינת ארלוזורוב בגוש 6160 חלקה 604 של הגבי נורית לבנברג ומשפחתה. כמו-כן מתחייב הקבלן לתת לתווך שחף נכסים בלעדיות על הדירות של הקבלן.'

יועד כי המגרש נשוא עסקה זו היה שייך למספר בעלים ובכללם הגבי נורית לבנברג ובעלה מר בן דוד.

התובע בסיכומיו מציג שתי טענות עיקריות: האחת, טענה לפיה חלק מן הקרקע אשר נרכשו שישה חודשים לאחר חתימת הסכם התיווך, על-ידי אדם אחר, דורון גולדינגר (להלן: גולדינגר), הינה בעצם רכישה של דולינגר. לטענתו, גולדינגר היווה 'איש קש' של דולינגר, אשר סיבתה, ככל הנראה, ניסיון להתחמק מתשלום דמי תיווך. טענתו השניה היא לגבי רכישה של חלק אחר במקרקעין, חלק אשר נרכש על-ידי דולינגר בשנת 1997. לטענתו, זכאי הוא בכל מקרה לדמי תיווך בגין עסקה זו בהיותו הגורם היעיל שהביא לביצוע העסקה.

לעומתו, טוענת הנתבעת כי ידיעתו של גולדינגר אודות המגרש ורכישת חלקו לא נעשתה בסיועו של התובע, וכי הוא לא היווה כלל 'איש קש' של הנתבעת. עוד טוענת הנתבעת כי התובע לא היה הגורם אשר הביא לגיבושה של העסקה משנת 1997.

15. לאחר שבחנתי את חומר הראיות והעדויות, הגעתי לכלל מסקנה שלא הוכח בפניי כי אכן היווה גולדינגר 'איש קש' של הנתבעת. אמנם, לא מקובלת עליי טענת גולדינגר בעדותו לפיה נודע לו על העסקה מאנשים אחרים. ייתכן מאוד כי דולינגר היה זה אשר הפנה את חברו לרכוש חלק בנכס הנדון וסבורני כי אף סייע בגיבוש עסקת הרכישה. יחד עם זאת, אין באמור משום הוכחה כי דולינגר היה זה שרכש את הנכס והיווה כביכול 'מתווך קש'.

16. מנגד עומדת העסקה שביצע דולינגר בשנת 1997, וסבורני כי אין מקום לטענה לפיה חלוף הזמן הפקיע את זכות התובע לדמי תיווך. התובע היה זה אשר הציג בפני דולינגר את המגרש המיועד ופעל לרכישתו על-ידי דולינגר, ובכך שימש כ-'גורם היעיל' לביצועה של העסקה. נראה כי פרק הזמן שחלף אינו מסיר מן הנתבעת את חובתה לשלם דמי התיווך כפי שהתחייבה בחוזה בכתב. הקשר הסיבתי שבין רכישת חלקה של לבנברג לבין החוזה ופעילותו הראשונית של המתווך לא נותק כלל. כל זאת בפרט כאשר היה מדובר בעסקה רבת בעלים ומרובת שותפים, אשר עוד בראשיתה היו מעורבים בה דולינגר ובא-כוחו.

על-כן, הנני מחייב את הנתבעת לשלם לתובע סך של 2% מחלקו של דולינגר במגרש הנדון ובסה"כ \$5,000. בנוסף,

בלתי-מוותנית, מוגמרת וסופית. באשר לטענת התובע לפיה חוזה על תנאי הוא חוזה סופי, נראה כי על כך אין מחלוקת, אך זה אינו המצב בענייננו בו היה התובע זכאי לשכר רק בתנאי שהחוזה ימומש עד תומו והתנאי המתלה יתקיים.

סבורני כאמור, כי הצדדים נדברו ביניהם בדבר שכר-טרחתו של המתווך אך זאת בתנאי שהעסקה אשר היתה רצופת תקלות, תצא לפועל. אי-כריתת חוזה בכתב בעסקה שהיקפה כה גדול מצביע על כך שהתובע המתין עד למימוש ההסכם, תוך שהוא בקיא בפרטי קיום התנאי המתלה, השלבים שבבקשה לאישורי הבניה ולבסוף אף בביטולו. סבורני, כי זו היתה כוונת הצדדים ואומד-דעתם, על-פי הנסיבות והראיות שהובאו בפניי.

במקרה דנן, לא התקיים התנאי המתלה כי מיד בהודע שהמדובר בפחות מ-6,000 מ"ר העסקה בוטלה. אשר-על-כן התביעה בראש נזק זה נדחית.

21. סוף דבר הנתבעת תשלם לתובע כדלקמן:
בגין עסקת הורדים מחודש ינואר 1994 \$20,000 בגין עסקת גולומב מחודש דצמבר 1993 \$10,000 בגין עסקת המרי מיום 25.4.1993 \$23.4 סה"כ \$55,000 סכום זה ישולם בצירוף ריבית דולרית בשיעור 8% לשנה החל ממועד הביצוע של כל אחת מהעסקאות, כמפורט לעיל.

22. בגין עסקת נחלת יצחק הנני מורה לנתבעת לפעול כאמור בסעיף 9 לעיל.

התביעה בגין עסקת בני-ברק - נדחית כאמור. הנתבעת תשלם לתובע שכר-טרחת עורך-דין והוצאות בסך כולל של 15,000 ש"ח."

תיווך. בענייננו, הנתבעת היא זו אשר ביקשה לרכוש את הקרקע והקשר שהתקיים היה בין הנתבעת ובין המתווכים, כשאת התנאי העלה אולומוצקי ואת הודעת הביטול העביר אולומוצקי. קרי, במידה והסכם התיווך היה בין התובע לאולומוצקי ללא קשר לדולינגר, כי אז היה זכאי הוא לדמי תיווך.

בפסק-הדין בעניין ג. ז. רכסים, בעמ' 739-740, קבע ככ' השופט י' מליץ כדלקמן:

'מעמדם של חווי התיווך, כל אחד בפני עצמו, נגזר ממטרת קשרי התיווך, וזו אם לא הוסכם אחרת תהיה השגת הסכם מחייב. כך ביחס לקשר: רוכשים מתווך, ניתן לומר, כי מטרת ההתקשרות עם המתווך היתה מציאתם ורכישתם המוגמרת של קרקעות לבניה. משמטרה זו לא הושגה באופן מלא אלא רק באופן מותנה, לא קמה עד התקיים התנאי הזכות של המתווך לשכר. לא זה המצב באשר לחוזה בין המערערים לבעלים. שם המטרה היתה השגת קונה, שיסכים להתקשר בחוזה על תנאי, בכפוף להפשרת הקרקעות לבניה. מטרה זו הושגה, ולכן אלא אם הוסכם אחרת, היו המערערים זכאים לשכר מהבעלים. מכאן שבמערכת העובדות של מקרה זה, בהן הוצבה מטרה ולא הושגה, לא היו המערערים זכאים לשכרם מהרוכשים כי מבחינתם לא השיגו את המטרה שלשמה נשכרו.'

20. הדברים יפים גם לענייננו. נראה כי גם ביחסים שבין התובע לבין דולינגר התקיים תנאי והוא מציאת קרקע לבניה ורכישתה המוגמרת של הקרקע. משלא התקיים התנאי ויתרה מכך, אף הותלה החוזה שבין דולינגר לאולומוצקי והתנאי הביא לביטול העסקה - לא זכאי התובע לדמי תיווך, אלא אם היתה מתגבשת עסקה

יג. אישור אדריכל כראיה מכרעת להשלמת הבניה

זה, ולראות באישור הנ"ל ראייה מכרעת כאמור. זאת, כמובן, רק כל עוד לא הוכח שחוות-דעת האדריכל ניתנה בחוסר תום-לב או בקנוניה עם אחד הצדדים.

ב-ע"א 524/83⁸⁰ נדון הסכם קומבינציה שנחתם בין אלון (בעל הקרקע, להלן: המזמין) לבין קן-תור וסודרי (להלן: הקבלנים). על-פי החוזה, היה על הקבלנים להקים על החלקה בית משרדים וחנויות גדול.

בסעיף 2 שבחוזה הקומבינציה נאמר: "א. הקבלן מתחייב בזה להשלים ולסיים בנייתו והקמתו של הבניין..."

ב. לא גמר וסיים הקבלן... את גמר הבניין ולא מסר לאלון יחידותיו בבניין גמורות ומושלמות ישלם..."
בסעיף 3 בחוזה נאמר:

בהסכם הקומבינציה בין בעל הקרקע לקבלן וכן בהסכם הרכישה בין רוכש הדירה לקבלן רשאים הצדדים להסכים כי אישור אדריכל יהיה ראייה מכרעת לכך שהקבלן השלים את חיוב הבניה שנטל על עצמו.

תניה כזו מטרתה לשרת את שני הצדדים להסכם בכך שתחסוך מהם בעתיד חילוקי-דעות וסכסוכים בעניין זה. מבחינת בעל הקרקע או רוכש הדירה תניה כנ"ל משמשת גם כהגנה, כן בדרך-כלל הם חסרי ידע מקצועי בתחום של איכות ובטיחות הבניה, ודרישת אישור האדריכל באה להבטיח שלא יקבלו מהקבלן פחות משהתחייב.

אין מחלוקת בפסיקה כי בעלי הדין רשאים לסטות בהסכמה מדיני הראיות בכל הקשור לשאלת משקלן של ראיות, ועל-כן, נוטה בית-המשפט לכבד את רצון הצדדים בעני

80. ע"א 524/83 קן-תור וסודרי נ' אלון, פ"ד מ(2) 533.

יסודי וחשוב לבעלי הדין היה, שהקבלנים "יסיימו וישלימו" או בנוסח אחר "יגמרו ויסיימו" או בנוסח אחר "יגמרו וישלימו" את המבנה למועד הקבוע.

לגמור ולהשלים - אין פירושו הצבת מבנה באופן המאפשר לעשות בו שימוש, כגון שהוא מחובר לזרם החשמל, לזרם המים, שיש בו גרמי מדרגות או מעליות להסעת מבקרים וכדומה.

על-פי המוסכם והנדרש בחוזה, והקמת הבניין והשלמתו צריכות להיות בעבודה טובה ומשוכללת, ברמה וטיב מעולים ובעיקר - בהתאם לתוכניות המאושרות ולפי הוראות האדריכל מ' כספי.

לכן, ניצבת לבדיקה ולקביעה מכרעת השאלה - האמנם השלימו וגמרו הקבלנים את הבניה. ההשלימו וגמרו את הבניה במובן שציינו לעיל?

מיהו שיקבע זאת? גם על כך משיב כאמור החוזה ת/6 תשובה נחרצת ומחייבת, לאמור: האדריכל כספי, הוא בלבד יאשר, אם אכן הבניה הושלמה ונגמרה. אישורו של האדריכל הוא, ולא ראייה אחרת, יהווה ראייה סופית, אם אכן הקבלן מילא וקיים את ההתחייבות שלו לגמור ולהשלים את הבניין ואם עשה זאת למועד. הוא ולא אחר יקבע, אם קומה פלונית הושלמה ואם בנייתה נגמרה, כאשר יידרש אישור לכך...

15. תנאים אלה שבחווה ההתקשרות בין בעלי הדין בדבר שיטת האישור של העובדה דנן אינם חריגים ויוצאי-דופן. אין בהם כדי להציב שיטה לא רצויה או לא מקובלת בקביעת מימצא עובדתי חשוב - השלמת העבודה - הדרוש בהקשר לאותם חוזים.

נהפוך הוא. בחוזה בניה פורמאליים רגילים תימצא, כעניין מקובל ושגרתי, תניה מפורשת, כי יש להשלים ולגמור את הבניה למועד על-פי החוזה, וכי גמירת הבניה והשלמתה יאושרו על-ידי ארכיטקט או על-ידי מהנדס. המטרה החיובית בתניה כזו היא למנוע מחלוקות וסכסוכים בהקשר לנושא חשוב אך לכאורה גמיש זה.

סוגיה זו נדונה ונסקה בספרי יסוד, וראוי להפנות תשומת-הלב לכך:

'In building and engineering contracts there are frequently to be found express terms that the work in addition to its compliance with the contract requirements and descriptions is to be done to the approval or satisfaction of the architect or engineer or of the employer or of some person quite unconnected with the contracting parties such as the local or by law authority... and it is common for the final (and sometimes the penultimate) certificates under which in many contracts the instalments of retention money are released to be further expressly conditioned upon the work having been carried out and completed in all respects in accordance with the contract to the satisfaction of the architect or engineer...' (A.A. Hudson, *Building and Engineering Contracts* (London, 10th ed., by I.N. Duncan

"א. הקבלן חוזר על התחייבותו לבנות ולהקים את הבניין בעבודה טובה ומשוכללת, ברמה וטיב מעולים, הכל בהתאם לתוכניות המאושרות ולפי הוראות אדריכל מ' כספי.

ב. אישור האדריכל כספי בלבד יהווה ראייה סופית, כי אכן הקבלן מילא וקיים את התחייבויותיו, וכי גמר והשלים הבניין למועד."

בסעיף 4 משתמשים בעלי הדין באותם מושגים לאמור:

"הקבלן יסיים וישלים בנייתו של הבניין למועד שנקבע" או "הקבלן מילא וקיים התחייבויותיו" או למשל "בגמר הבניה עת יסיים וישלים הבניין."

בסעיף 5 לחוזה, שוב יש התייחסות לביטוי "עת יסיים וישלים בנייתה של כל קומה וקומה", ובסיפא לאותו סעיף נאמר כדלהלן:

"גמר קומה - פרושו לאחר קבלת אשורו בכתב של אדריכל כספי לגמר והשלמת הקומה - ולא אחרת."

ביום 12.11.78 הודיעו הקבלנים למוזמין שחננויותיו גמורות ומוכנות למסירה, וביקשו ממנו לבוא ולקבל את החזקה בהן. זאת בעוד שבהסכם נאמר שהבניה תסתיים עד ליום 1.11.78. המוזמין סירב לקבל את החנויות בטענה שהבניה לא נגמרה והושלמה כדרוש. הקבלנים דחו טענתו והתעקשו שהבניין גמור. ביום 3.10.79 הגיש המוזמין בבית-המשפט המחוזי תביעה בסדר דין מקוצר לקבלת הפיצויים המוסכמים בשל כל אותן יחידות שטרם הושלמו ונמסרו לו, אף-על-פי שמועד מסירתן כבר חלף. עוד הדין תלוי ועומד בבית-המשפט, ביום 14.1.80 הודיע המוזמין לקבלנים שכיוון שהוא רואה שהם אינם מתכוונים להשלים את הבניה, הוא נאלץ לקבל את החזקה ביחידותיו, מבלי לפגוע בזכויותיו. בתחילה סירבו הקבלנים לדרישה זו, אך ב-8.9.80, מסרו הם 30 יחידות למוזמין, מתוך 41 היחידות שהובטחו לו. המוזמין תיקן אז את תביעתו, ותבע פיצוי מוסכם על הפיגור במסירת 30 היחידות הנ"ל עד ה-8.9.80, ופיצוי מוסכם על הפיגור במסירת יתר 11 היחידות עד ליום מתן פסק-הדין.

חשוב לציין שאישורו של אדריכל כספי, הנדרש לפי סעיף 3(ב) ו-5 סיפא לחוזה לא ניתן. בחוות-דעתו ובעדותו בבית-המשפט סבר אדריכל כספי שהבניין אינו גמור ואינו מושלם.

שופט בית-המשפט המחוזי קבע עובדתית שאין ליחס לכספי חוסר תום-לב או משוא פנים בסירבו לתת את האישור. אף-על-פי כן, סירב לקבל את חוות-דעתו מחמת "איר-רלוואנטיות". השופט קבע שהבניין היה "גמור ומושלם" - מבחינה פונקציונאלית, אף שעדיין ישנם פגמים "אסתטיים". לכן מחובתו של המוזמין היה לקבל את יחידותיו במועד, שבו הציעו לו זאת הקבלנים, דהיינו ב-12.11.78.

השופט ד' לוין, שלפסק-דינו בערעור הצטרפו הנשיא שמגר והשופט גולדברג, ציטט את הסעיפים שהובאו לעיל מהסכם הקומבינציה הבסיסי (שהוצג בבית-המשפט כ-ת/6, וקבע לאורם, בעמ' 545 ואילך:

13. העולה בבירור מהאמור בחוזה ת/6 הוא, כי תנאי

allowed in the absence of fraud or special circumstances to go behing his decision upon such matters merely because they are dissatisfied with it' (ibid., at 80)

... the court has no right to dispense with that which the parties have made a condition precedent, unless of course there has been some conduct on the part of the engineer or the company which may make it inequitable that the condition precedent should be relied on.' (Hudson, supra, at 404-405).

פרוייקט בניה מסובך ומורכב הוא. הבניה מתבצעת על-פי תוכניות ומפרטים מדוייקים ורבי היקף בהשגחתם ובפיקוחם של אדריכל המבנה או של מהנדסו. במפעל כזה, הכרוך בהשקעת כספים ומשאבים רבים וכידע מקצועי מיוחד, ראוי ורצוי הוא, שהצדדים יבחרו לעצמם בהסכמה איש מקצוע, שיכין את התוכניות, יפקח על הבניה והתקדמותה וייתן את אישורו הסופי והמחייב על דבר השלמת הבניה בהתאם לתוכניות, אם תושלם וכאשר תושלם.

בדרך-כלל אל לו לבית-המשפט להתערב בקביעותו ובשיקוליו של אותו אדם, אשר הצדדים עצמם קבעו, שאישורו יהא סופי ומחייב. מי אם לא האדריכל, שתכנן את הבניין ועקב אחרי שלבי הבניה, יכול ומוסמך להכריע במחלוקת, אם אמנם מולאו הדרישות והבניין הושלם ונגמר על-פי התוכנית.

...מסקירת הפגמים והחסרים, שמנה השופט המלומד בעצמו, כמתואר לעיל (אף בלי שהיה צורך להסתמך על חוות-הדעת של כספי, שמשום מה לא התקבלה על-ידי השופט המלומד), עולה שלא ניתן לומר, שסירוב האדריכל כספי לתת אישור על גמר הבניה וסיומה הינו לא סביר או נגוע בחוסר תום-לב. חסרים, כאמור, קירות פנימיים, מדרגות, חלל מעל הקומות לא נסגר, המראה החיצוני של הבניין לא הושלם, חוסר בחלונות בחדר המדרגות, צנרת ונקודות חשמל לא מכוסים ועוד ועוד. גם פגמים שלכאורה קלים הם, אם הם מצטברים, הרי הימצאותם בבניין בקנה-מידה רחב ביותר יכולה להעיד על בניה חסרה ולא גמורה.

מטעמים אלו הסיק השופט ד' לוין, שמן הראוי היה לקבל את חוות-הדעת האדריכל כספי כראיה מכרעת לעניין השלמת הבניה.

בהקשר זה טענו הקבלנים שהיצמדות המזמין לתניות שקבעו את אישור האדריכל כספי כראיה מכרעת היתה התנהגות שלא בתום-לב, וכי מן הדין היה שיתיר הסתמכות על ראיות נוספות. שופט בית-המשפט המחוזי קיבל טענה זו, אך בערעור היא נדחתה.

וכך קבע בית-המשפט, בעמ' 553-554:

"25. לדעתי, זכותו של המזמין היא לדרוש קבלת יחידותיו בבניין כשהן גמורות ומושלמות, מכוח זכותו זו מותר לו לעמוד על קבלת הפיצוי, שנקבע בהסכמה בחוזה שביניהם, למקרה שהקבלנים לא יעמדו בהתחייבותם זו.

כבר נפסק, ובצדק, שעמידה על זכות מפורשת ומוסכמת

Contracts (London, 10th ed., by I.N. Duncan Wallace, 1970) 401).

16. מה כוחו ומה משקלו של תנאי בחוזה, הדורש אישור על-ידי אדריכל?

הדעה המקובלת היא, שבהעדר ראיות נוגדות - למשל תניית בורות או אמירה שהאישור (או העדר) ניתן לתקיפה על-ידי הצדדים בבית-המשפט, הרי שאישור כזה כובל את הצדדים לו, והוא מחייב:

'... unless the parties make it clear that they wish the certifier's decision or approval to be open to review by an arbitration or the courts, the language and scheme of the contract frequently make it clear that the certifier's decision or approval though in nature of an administrative act rather than the full judicial hearing associated with arbitration is intended to be binding upon the parties (ibid., at 402).

וכן ראה D. Keating, Building Contracts (London, 4th ed., 1978) 78

'A final certificate may certify the amount finally payable to the contractor under the contract or the satisfaction of the architect that work conforms with the contract or both. Upon these matters the architect's decision embodied in his certificate is often binding and conclusively on the parties'.

17. לאישור של ארכיטקט, הקובע כי לדעתו בניית מבנה הושלמה ונגמרה לשביעות רצונו, בהתאם לתוכניות, ישנן תוצאות משפטיות מרחיקות לכת על המזמין:

'In those cases where approval is given pursuant to a contractual provision of this kind, it will generally bind the building owner so as to prevent him subsequently alleging defective work or other breach of contract' (Hudson, supra, at 416).

If a certificate is given which the contract shows was intended to be a final expression of the architect's satisfaction, the employer is not allowed subsequently to allege that there are any defects' (Keating, supra, at 81).

כלומר, הכלל הוא, שבדרך-כלל אישור סופי לגמר בניה מחייב ואינו ניתן לעקיפה ולתקיפה על-ידי פניה לערכאות. בית-המשפט אינו יכול לשים את שיקול-דעתו תחת שיקול-דעת האדריכל ולומר: 'דעתי היא שהבניין גמור'.

18. אולם, כלכל כלל גם לכלל זה ישנם חריגים. אכן, ייתכנו מקרים, שבהם יתערב בית-המשפט באישור שניתן או בסירוב לתת האישור, אולם זאת רק בנסיבות מיוחדות - כאשר התנהגות האדריכל נגועה במירמה, בחוסר תום-לב, במשוא פנים או בחוסר סבירות של ממש במתן האישור או בסרוב לתתו:

When parties have agreed that the architect shall decide matters finally between them, they are not

מה בכך, ומכאן "שההתעקשות" על קבלת אישור האדריכל ועל הפיצוי הכספי בשל העדרו של אישור כזה, על-פי תנאיו המפורשים של החוזה, איננה דווקנית ואיננה חסרת תוס-לב או בלתי-הוגנת.
לאור כל זאת, ומטעמים נוספים, הסיק בית-המשפט שסירוב המזמין לקבל את היחידות כאשר הקבלנים הציעו לו אותן.

במקרה שלנו, איננה חבויה אלא היא מעיקרי ההסכם, אינה נחשבת לחוסר תוס-לב.
איזהו בענייננו חיוב חשוב מהחיוב לבצע באופן תקין את הבניה? וכי מדוע ייאלץ המזמין לקבל את הבניין שאיננו שלם ולוותר על בדיקתו ועל אישורו של האדריכל, שאמנם כך הוא, ועל הפיצוי המגיע לו בשל כך?
הדברים יפים לענייננו, במיוחד - כפי שציינו לעיל - כיוון שמדובר בפגמים וחסרים משמעותיים ולא בכאלה של