

פרק ה':

תביעת "רוכש יד שניה"

1. תביעת פיצויים על נזקים עקב פגמים בדירה, לאחר שהרוכשים מכרו את הדירה לאחרים אך שיירו לעצמם את הזכות האובליגטורית לתבוע את נזקיהם.

ע"א 669/86 שיכון ופתוח לישראל בע"מ נ' עמוס ידן ואח', פ"ד מג(1) 353.

נותרו בעינן עם העברת הדירה שרכשו לאחרים, נאמר כי הדבר תלוי בנסיבות. במקרה זה, מלמדות הראיות כי המשיבים שיירו לעצמם עם המכירה את הזכות האובליגטורית לתבוע את נזקיהם.

בסוף פסק-הדין ראה בית-המשפט לנכון לצטט את דברי השופט קמא, אשר אמר כי "הייתי מצפה מכל מוכר הגון שמכר חפץ פגום, כי יחליף או יתקן מיד את הפגם, ויתנצל ויפצה את הקונה על הטרדה ועוגמת הנפש שנגרמה לו... המוכר לא יגרור את הקונה לבית-המשפט, גם אם לא היה כל אשם במוכר. לכן כך נוהגת שופ"פ, שהיא חברה ממשלתית-ציבורית. היא ממצה את כל זכויותיה במשפט, למרות שברור שהקונה בוודאי אינו אשם שמכרו לו דירה פגומה..."

המשיבים רכשו מהחברה המערערת דירה וגילו בה פגמים. הם תבעו מן המערערת פיצויים על הנזקים, וזאת לאחר שמכרו את הדירה לאחרים, אך שיירו לעצמם את הזכות האובליגטורית לתבוע את נזקיהם.

המערערת התנגדה לתביעה בהסתמכה על תנאי החוזה בין הצדדים. טענת המשיבים היתה כי התנאי בחוזה, לפיו הם מוותרים על טענות כנגד המערערת, הוא תנאי מקפה.

בית-המשפט קבע, כי אכן מי שטוען נגד עילת פטור בחוזה אחיד, עליו חובת הטענה והראיה, אך במקרה זה, מכיוון שהחוזה שבו נכללה תנית הפטור לא שימש עילה לתביעת המשיבים, ממילא לא היה עליהם לתקוף את סעיף הפטור שבו.

לגבי השאלה אם זכויותיהם האובליגטוריות של המשיבים

2. א. בדרך-כלל, ובאין הוראה אחרת בהסכם, אחריות קבלן לטיב הבניין חלה כלפי הקונה הראשון בלבד, ואין אחריות זו עוברת מאליה לזכות קונה שני שקנה הדירה מהקונה הראשון.

ב. חובת הקבלן לפצות את רוכש הדירה בגין בניה רשלנית ומהות החובה.

ע"א 451/66 קורנפלד נ' שמואלוב, פ"ד כא(1) 310.

הכרחיים והוצאות אחרות הכרוכות בכך, נדחתה על-ידי בית-המשפט המחוזי, ומכאן הערעור.

בית-המשפט קיבל את הערעור. השופט לנדוי פסק כי העילה החוזית לא הוכחה.

"כאמור, ההסכם בין החברה ובין הוגג שמש לא הוצג בבית-המשפט, ואין אנו יודעים את תכנו. אכן, בדרך-כלל ובאין הוראה אחרת בחוזה המכר, הקבלן אחראי ממילא לטיב הבניין כלפי מי שקנה את הדירה ממנו, אף מבלי שחויב זה פורש בהסכם. אבל חויב זה, בהיותו חויב חוזי

המשיבים, סנדלר ויצרן מרצפות, רכשו את המניות בחברה מסוימת שבשמה היתה רשומה חלקת אדמה, על-מנת להקים בית ולמכור את הדירות. הם לא העסיקו מנהל עבודה, אלא מסרו את העבודה לקבלני משנה למיניהם, ואלה קיבלו הוראות מהמהנדס ש"היה בא לבקר", לפי עדות אחד המשיבים הקבלנים. כעבור מספר שנים, בעקבות גשמים עזים, נתגלו פגמים חמורים בדירתם של המערערים שקנוה מהקונים הראשונים, ונשקפה סכנה לשלומם, תביעתם לתשלום ההוצאות, שהוציאו לתיקונים

הגמורה במקצוע הבניה אפשר לומר שבאי השתתפותם האישית בעבודה היה כרוך סיכון יותר קטן מאשר בהשתתפותם בה. על-כל-פנים, גם אם לא ביצעו את העבודה בעצמם, בוודאי שלא קיימו, ולא היו מסוגלים, לקיים פיקוח אישי יעיל על ביצועה על-ידי אחרים. לפחות מנהל עבודה מומחה היה עליהם להעמיד לשם עבודת הבניה. אבל גם את ההוצאה הזאת חשבו, כפי הנראה, לחסוך לעצמם...

לא נסתרה איפוא ההנחה העולה מן הראיות - שהם ניגשו להקמת הבניין בקלות-דעת ולא-אי-כפתיות, שכמוהן כרשלנות חמורה, ושאותם קירות סדוקים ורצפות נפולות אינם אלא פרי הרשלנות הזאת."

בהמשך מגיע כב' השופט לנדוי לשאלות העיקריות: "האם חייב הקבלן חובת פיצוי בנוזקין בשל בנייתו הרשלנית, והאם החובה מוגבלת לנוזק מוחשי או שהיא כוללת גם נזק כספי סתם, כמו ההוצאות שהמערערים הוציאו על תיקון הפגמים. על שתי שאלות אלה נוכל ללמוד הרבה מפסק-הדין של השופט אגרנט (כתארו בזמן ההוא) ב-המ' 106/54 וינשטיין נ' קדימה, פ"ד (ח2) 1317(1). כזכור, נדונה שם השאלה אם מהנדס אחראי בנוזקין כלפי קבלן על נזק כספי, שהקבלן סבל בצורת הפחתת השכר שהגיע לו מאת בעל הבניין - הפחתה שנגרמה בגלל פגם בבניין כתוצאה מתכנון רשלני ומוטעה מצד המהנדס. התשובה העקרונית שניתנה שם היתה לחיוב (אם כי מחיקת התביעה אושרה מטעם אחר הנוגע לבדיקת ביניים של תוכניות המהנדס על-ידי הקבלן.

את אחריות המהנדס כלפי הקבלן בנוזקין - ללא כל קשר חוזי בין שניים אלה - ביסס בית-המשפט על רעיון "הקירבה" שבפסק-דינו הנודע של הלורד אטקין בעניין *Donoghue v. Stevenson*; (1932), A.C. 562, (6), אשר מצא אצלנו את ביטויו בחוק החרות, בסעיף 50(2) של פקודת הנוזקים האזרחיים, 1944. בית-המשפט ראה בתוכניות של המהנדס הודעת שוא רשלנית, ובנימוקיו להחלטתו חלק על פסק-הדין של הרוב בעניין (7), (1951) *Candler v. Crane Christmas and Co*;

בכך הקדים את בית הלורדים, שהגיע לאותה מסקנה ממש בשנת 1963, בעניין *Hedley Byrne & Co., Ltd v. Heller*; 575, (1963), 2 All E.R. (8).

אנו כאן איננו עוסקים בהודעת שוא רשלנית, אלא במעשה או במחדל הרשלני שבבניה הלקויה. לאמיתו של דבר שני סוגי רשלנות אלה - במילים או בכתב מזה ובמעשה או במחדל מזה - חופפים זה את זה במידה רבה. ב-המ' 54/106 כבר ציטט השופט אגרנט (שם, (1), ב-עמ' 1329) את דברי *Seavey* שבעצם גם אחריותו של היצרן כלפי צד שלישי יסודה בנוזק שנגרם על-ידי הודעת שוא בדבר עובדות. וכן במקרה שלפנינו, נגרם הנוזק לא רק על-ידי מעשה הבניה הרשלני עצמו אלא על-ידי מעשה זה בצירוף הודעת השוא המשתמעת מהוצאת הדירה במצבה זה לשוק - שהיא ראויה למגורי אדם. ולהיפך, במצב הדברים שבי-המ' 106/54, (1), נובעת אחריותו של המהנדס לא רק מ'הודעת השוא הערטילאית שבתוכניותיו, אלא מגורם

מכללא, אינו עובר מאליו לזכות הקונה מאת הקונה. בהקדמה להסכם בין הזוג שמש ובין המערערים נאמר אמנם כי לזוג שמש הזכות להעביר את זכויותיהם בהסכם לאחר, וכן נאמר שם שהמוכרים מעבירים לקונים את כל זכויותיהם בדירה, אבל בלי שראינו את ההסכם המקורי, לא נוכל לומר אילו הן הזכויות על פיו, שהועברו למערערים, ואשר להעברת הקניין מאת המשיבים במישרין למערערים, לפי הוראות הזוג שמש, אין בה כשלעצמה כדי ליצור קשר חוזי בין הצדדים להעברה. יתר-על-כן, מוכרת הדירה היתה החברה, ולא הוכח שהמשיבים אישית קיבלו על עצמם חיוב כלשהו לטיב הדירה כלפי המערערים או כלפי הזוג שמש, ואילו התביעה הוגשה רק נגד המשיבים אישית, כי לתוספת המזורה בכותרת התביעה 'ובשם חברת חלקה 129 בגוש 6155 בע"מ' אין כל משמעות משפטית."

בהמשך אומר כב' השופט לנדוי:

"אין אני מוכן לקבל את ההשקפה שלפיה סנדלר ויצרן מרצפות יוכלו לשלוח ידם באומנות של קבלנות בניה, ללא כל ניסיון מקצועי קודם, ולגולל מעצמם כל אחריות לבניה רשלנית בתירוף שהאחריות מוטלת רק על קבלני המשנה. בוודאי גם קבלן המשנה אחראי לתוצאות רשלנותו שלו, אך נוסף על כך קיימת חובתו המקצועית של הקבלן הראשי, אפילו לא ביצע הלה בעצמו שום חלק מעבודות הבניה. הרי מעצם תפקידו של הקבלן הראשי הוא לארגן את העבודה ולתאם בין חלקיה השונים ולקיים פיקוח כללי על ביצועה. נוסף על כך - ואין זה אלא הצד השני לאותה מטבע - האחריות לכך שהבניין אשר הוקם יהיה ראוי למטרה שלמענה הוקם (כאן למטרת מגורים) מוטלת בראש ובראשונה על הקבלן הראשי. המשיבים הסתלקו לחלוטין ממילוי חובות אלה ומאחריות זו, המוטלות עליהם אישית.

הכלל הוא שאל חוזה לבניית בניין יש להוסיף תנאי מכללא, שהבניין יוקם בצורה מקצועית, ויהיה ראוי למטרה שלשמה הוקם..."

נראה לי שתניה חוזית משתמעת זו, הנובעת מחובתו המקצועית של הבונה, כוחה יפה לשם קביעת רמת ההתנהגות הנדרשת ממנו בדרך-כלל. זוהי אחריותו האישית של הקבלן הראשי, לפי סעיף 50(1) (ב) של פקודת הנוזקים האזרחיים, 1944, נוסף על אחריותו השלווהית למעשיהם הרשלניים של קבלני המשנה שלו, שקיימת אחריות שלוחית כזאת. אם הקבלן הראשי יצא ידי חובת הפיקוח שלו, ונוזק נגרם באופן בלתי-צפוי על-ידי קבלן משנה, שאף בבחירתו על-ידי הקבלן הראשי לא היתה שום רשלנות, במקרה כזה יתכן שהקבלן הראשי פטור מאחריותו האישית. אבל בנסיבות המקרה דנן אין כל יסוד להשערה, שכזאת קרה כאן. רשלנות המשיבים טמונה קודם-כל בעצם העובדה, שהם קיבלו על עצמם תפקיד אחראי של הקמת בית מגורים ללא כל הכשרה מקצועית לכך. לעניין זה אין כל הבדל בכך אם הם ביצעו בעצמם את העבודה הלקויה או שהשתתפו בביצועה, אם לא, כפי שסבר השופט המלומד. אדרבא, בהתחשב עם בורותם

אחריות "היצרן" של בית כלפי השוכנים בו או המבקרים בו מדי פעם...

הלכת, (5) Donoghue מסוייגת, כידוע, בסייג שהיצרן היה צריך לצפות מראש, שהמצרך הפגום לא ייבדק על-ידי איש ביניים, לפני הגיעו לצרכן שניזוק (המ' 106/54, שם, (1), ב-עמ' 1345-1346; וכן ראה ע"א 81/55 ואח' - כוכבי נ' בקר, פ"ד יא(1) 225, 233, (2)), יהיה צורך להרכיב סייג דומה גם על אחריות הקבלן לתוצאות בנייתו הרשלנית (והשווה ע"פ 54/75, פ"ד יב(1) 655, (3), ב-עמ' 664). הפעם אין עלי להתעמק בצד זה של הבעיה, כי ברור שהפגם ביסודות הדירה היה פגם נסתר ואי-אפשר היה לגלותו על-ידי שום בדיקה סבירה, לפני קרות הנוק בעונת הגשמים, שהחישו את הופעתו.

נותרה לנו השאלה האחרונה, אם רק נזק מוחשי או פיסית לאדם או לרכוש הוא בגדר נזק שעליו חייב הקבלן לפצות את הניזוק, או גם נזק כספי סתם, כאמור בענייננו כאן. גם שאלה זו כבר הוכרעה למעשה בעניין וינשטיין נ' קדימה, (1). הוסבר שם, ב-עמ' 1332, שאין יסוד הגיוני להבחנה בין שני סוגי הנוק הללו, תוך הבאת דוגמאות מן הספרות המשפטית ומן הפסיקה. כמו שם גם כאן אין לראות הבדל הגיוני בין נזק גופני, שנגרם, למשל, לבעל הדירה עקב דלקת ריאות בה לקה, מפני שרוח קרה נשבה אל תוך דירתו דרך הסדקים שבקירות (וגם נזק זה מתבטא, בסופו של דבר, לצורך תביעת הניזוק, בסכום כסף) ובין הנוק הכספי שנגרם לו, מפני שהקדים רפואה למכה והוציא את ההוצאות הדרושות כדי לסתום את הסדקים מראש...

באשר לנזק כספי מן הסוג בו אנו עוסקים כאן, אינני רואה כל טעם לשחרור הקבלן הרשלן מחובת הפיצוי. נזק זה לא נגרם על-ידי הודעה שניתנה חנם אין כסף, כמו בעניין, (8) Hedley Burne. הפעם "הקירבה" בין הקבלן ובין הניזוק קרובה מאד, בדומה לווינשטיין נ' קדימה, (1), שם היה ברור מראש שתוכניות המהנדס הוכנו לשימוש של הקבלן דוקא. אולם כשלעצמי לא הייתי פוסק אחרת, אפילו כבר הספיקה הדירה לעבור כמה ימים ואפילו חלף זמן ניכר, עד שנתגלה הנוק. קבלן, הבונה דירות למכירה, עוסק בעסק לשם עשיית רווחים (ובמקרה שלנו עשיית רווחים קלים). בניית דירות למכירה נפוצה מאד במדינתנו, וגם חוגים מעוטי יכולת נוהגים לרכוש דירת מגורים בבעלות מלאה. כמו שאמר השופט האמריקני בפסק-הדין, (20) Caporaletti, שהובא לעיל, אין לקונה אפשרות סבירה לבחון את טיב הבניה (פרט לפגמים הבולטים לעין), ומשום כך הוא נאלץ לסמוך על מומחיותו של הקבלן הבונה ועל ישרו. מן הדין הוא שהקונה הראשון וכן הבאים אחריו כמחזיקים בדירה יובטחו נגד סיכונים אלה, על-ידי הטלת חובה של מתן פיצוי גם על הוצאות כספיות, שהיו דרושות כדי לתקן פגמים נסתרים אשר סיכנו את יציבות הדירה והם היו עלולים לסכן גם את בריאות השוכנים בדירה, אלמלא תוקנו בעוד מועד. לצורך הערעור שלפנינו די לי להגדיר את חובת הפיצוי כך, ואולי עוד יודמן לנו בעתיד לסמן את גבולות החובה ביתר דיוק, לפי שלל העובדות המשתנות ממקרה למקרה.

זה בצרוף מעשה הבניה שנעשה על יסוד התוכנית - אמנם לא על-ידי מהנדס, אלא על-ידי הקבלן שסמך על תוכניות אלה...

אך גם אם נניח לדמיון יסודי זה בין רשלנות במילים ורשלנות במעשה, ונדגיש יותר את המפריד ביניהם, בוודאי הדברים הם קל וחומר: מה ששם רשלנות במילים עשויה להוליד אחריות בנוזיקין, רשלנות במעשה כאן לא כל שכן.

בפסיקה האנגלית עוכבה התפתחות ההלכה באשר לאחריות הקבלן הבונה לא במעט בעטיה של ההלכה המיושנת בדבר אחריותו של בעל הבית או המשכיר של בית, בו חבויה סכנה הגורמת נזק גופני לזולת. בדרך-כלל היו בתי-המשפט באנגליה פוטרים נתבע כזה מאחריות בנוזיקין, (9) Bottomley v. Cavalier v. Pope; (1906), (10) Bannister; (1932), עתה באו מקרים כאלה על תיקונם בדרך החקיקה, בסעיף 4 של ה-Occupiers' Liability Act, 1957 ביחס לאחריותם של קבלני בניין, השתחררו בתי-המשפט בעצמם מכבלי ההלכה הזאת...

כן מתלבטים בתי-המשפט באנגליה עדיין בהלכה נוספת השוללת כל אחריות חוזית של המוכר בית אשר כבר הושלם, לנזק שנגרם עקב הלקוי של הבית. (4) Sharon Development Co., supra, p. 392, נאמר שאין נפקא מינה אם המוכר הוא גם הבונה של הבית, (12) Hoskins v. Woodham; (1938). טעמה של הלכה זו היה, כפי הנראה, שכל התנאים החוזיים, כולל התנאים המשתמעים 'נבלעים' בהעברת הקניין. מובן שרעיון זה של caveat emptor עלול לגרום עוול לקונה כאשר הפגם היה עדיין נסתר בעת ההעברה. אבל גם בסוגיה זו חלה לאחרונה תזווה בפסיקה. למשל, בעניין, (5) Jennings v. Tavener, שכבר הוזכר לעיל, הופיעו סדקים בקירות הבית, עקב יבוש יסודות הבית על-ידי שרשי עצים. חוזה הקניה נערך אחרי שהיסודות כבר נבנו. הוחלט שהבונה-המוכר אחראי לנזק על-פי התניה המשתמעת שהבית חייב להיות ראוי למגורים...

סקירה חטופה זו מראה שמגמת הפסיקה באנגליה ובארצות הברית ביחס לאחריות הקבלן בנוזיקין עולה בקנה אחד עם מה שנפסק עוד לפני שתי-עשרה שנה בבית-משפט זה בנוגע לאחריותו הדומה של מהנדס בניה. כמו שם, בעניין וינשטיין נ' קדימה, (1), הנני מוצא גם כאן שעיקרון "הקירבה" שבסעיף (ב) 150(2) שלנו דיו לחייב גם את הקבלן בנוזיקין על נזק אשר גרם ל'רעו' על-ידי רשלנות בהקמת הבניין. מידת הקירבה בין המשיבים ובין המערערים היתה הפעם רבה, כי הרי הקניין בדירה עבר במישרין מאלה לאלה (אם כי לא הוכח קשר חוזי ביניהם). אך לדעתי לא קירבה קניינית זו היא הקובעת. נראה לי - אם כי הפעם אין צורך לפסוק בדבר - שכל מי שניזוק עקב פגם נסתר בבניין - בין בתור מחזיק בבניין ובין בתור מבקר בו - יוכל, מבחינה עקרונית, לתבוע את נזקו מן הקבלן שגרם לנזק, אף אם החוקה בבניין עברה בינתיים מיד ליד. במובן זה אינני רואה הבדל מהותי בין אחריות היצרן של סחורה, הנמשכת עד לצרכן האחרון, ובין

(על אחריותו של קבלן לטיב הבניה השווה גם ע"א 356/56 טוביה ושולמית הלר נ' סולל בונה, פ"ד יב 309; על פיצוי רוכש ראה גם ת"א (חי') 1728/63 סורסקי ישראל נ' גוטליב דיטה ואח', פ"מ נב 113).

כן יושם לב לכך שהפעם היו המערערים גם המחזיקים וגם הבעלים של הדירה, ומשום כך אין צורך לייחד את הדיבור על השאלה הנוספת, אם ועד כמה קיימת עילת תביעה דומה בידי בעלים שאינם מחזיקים.

לדעתי יש לקבל את הערעור, ולחייב את שני המשיבים באחריות סולידריות לשלם למערערים את סכום התביעה."

3. קונים מרוכשים מקוריים - תנאי פטור - כתב העברה הוא חוזה אחיד.

ת"א (י"ם) 450/90 טנצמן ואח' נ' רמט בע"מ, תק-מח 91(2) 986.

והן על-ידי המבקש לקבל הזכויות (הנמחה).
בנסיבות אלה ברור הוא כי לא יכול להיות קשר כלשהוא בין מחיר הדירות להליכי ההעברה הנ"ל אשר נערכים אחרי כריתת חוזה המכר בין הממחים (הקונים המקוריים) לנמחים.

שנית והוא העיקר, אין לתת תוקף לתנאי הפטור. כתב העברה הנ"ל הוא "חוזה אחיד" כהגדרתו בחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1983. שכן, 'תנאיו נקבעו מראש (בידי הנתבעת) כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינה לבין אנשים בלתי-מסויימים במספרם או בזותם' (סעיף 2 לחוק). ואילו תנאי לפטור בבקשת ההעברה, על-פניו הוא תנאי מקפח על-פי סעיף 1(4) לחוק החוזים

האחידים הקובע עוד כי חוקה על:
'תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על-פי דין, או המסייג באופן בלתי-סביר זכות או תרופה העומדות לו מכוח החוזה' (סעיף 6(4)).

וכך נקבע בכתב ההעברה בסעיף 5(ה) לבקשה לאישור העברת הזכויות בנכס, עליו אמור לחתום הקונה המקורי:
'ה. בהתאם לאמור בסעיף 3 לעיל, אינכם ולא תהיו אחראים והייתם בביצוע תיקון ליקוי ו/או פגם כלשהוא שהתגלה ו/או יתגלה בנכס מסיבה כלשהיא ו/או בתשלום פיצויים ו/או דמי נזק בגינם והינכם משוחררים מכל אחריות בקשר לטיב ואופן בניית הנכס;

ו. ידוע לנו כי הסכמתכם לאישור ההעברה מותנית במילוי כל התנאים המפורטים בבקשה זו.

בהמשך, בחלק המתייחס לנמחים, נקבע בסעיפים 2 ו-6:
2. הסכמנו לקבל והרינו מקבלים בזה, בכפיפות לאישורכם, את החוקה בנכס במצב בו הוא נמצא ולא נבוא אליכם בשום דרישה ו/או טענה ו/או קובלנה בקשר לאופן בנייתו, או בקשר למצב בו נמסר לחזקתנו, או בקשר לכל ליקוי שניתגלה או שיתגלה בו, או בקשר לצורך בביצוע תיקונים או שיפורים, כלשהם בנכס, אלא עד כמה שהדבר נאמר במפורש בהסכם ותוך התקופה שנקבעה בו.

6. על-מנת למנוע ספיקות כל שהן, היננו חוזרים ומאשרים בזה, כי ידוע לנו ולמעבידים, והיננו נותנים בזה את הסכמתנו ואישורנו לכך, כי אישורכם להעברה מותנה,

התובעים - בעליהם של 12 דירות בשני בניינים שהקימה הנתבעת בשכונת רמות בירושלים - הגישו תובענה נגד הנתבעת כשלוש שנים אחרי כניסתם לדירות, לתשלום פיצויים בגין ליקויי בניה והנזקים שנגרמו להם בשל ליקויים אלה.

המומחה שמונה על-ידי בית-המשפט, מצא בכל הדירות שורה של ליקויים שעיקרם, ליקויי רטיבות שבעטיים נגרמו גם ליקויים נוספים, קבע עלות התיקונים לקבלן, והעריך את ההפרש בין מחירים אלה לעלות התיקונים לדייר בשיעור 40% (ובצרוף 10% תשלום עבור פיקוח הנדסי). כמו-כן הסביר המומחה, כי על סכומים אלה יש להוסיף מע"מ.

הצדדים אינם חולקים על חוות-דעת זו, אלא שבא-כוח הנתבעת, העלה שתי הסתייגויות: א. הנתבעת אינה חייבת דבר לתובעת 7 ולבני-הזוג - התובעים 12, 13 - משום שהללו לא רכשו את דירותיהם ממנה, ובכתב העברת הזכויות מהקונים המקוריים שחררו את הנתבעת מכל אחריות לליקויים בדירות, וסביר להניח שמשום תנאי פטור זה שילמו גם מחיר נמוך יותר. לחלופין נטען כי לא נקשר קשר חוזה בין הנתבעת לתובעים אלה; ב. יש לפסוק את הפיצוי על-פי עלותו לנתבעת. בחוזה המכר הוסכם כי הנתבעת תהא זכאית לתקן בעצמה את ליקויי הבניה וזאת על-סמך הודעה בכתב של התובעים. לא כל התובעים פנו בכתב לנתבעת ובפניותיהם אליה אם בעל-פה ואם בכתב, התייחסו רק לחלק מן הליקויים. מכאן שהחברה לא מיצתה את זכותה לתקן ואין מקום לחייב אותה בפיצוי בסכום גבוה יותר.

"אשר לטענה בדבר תניית הפטור. ראשית, לא מצאתי תשתית ראייתית לטענה בדבר המחיר הנמוך ולגבי דירת התובעים 12 ו-13 הוכח אף היפוכו של דבר. הללו שילמו לקונה המקורי מחיר ריאלי גבוה יותר מהמחיר אותו גבתה הנתבעת עבור דירות זהות (ת/44, ת/45).

זאת ועוד, כתב העברת הזכויות נערך על-גבי טופס סטנדרטי שנוסח על-ידי הנתבעת. בטופס זה מתנה הנתבעת את הסכמתה להעברת הזכויות במתן תנאי הפטור הנ"ל, הן על-ידי מבקש ההעברה (הקונה המקורי),

הוכח בפני שהתובעים פנו פעמים רבות לנתבעת בכתב ובעל-פה בתלונות על ליקויים... וכי הנתבעת נענתה לפניות אלה, ובשני מקרים אף תיקנה תיקונים יסודיים... אולם תיקונים אלה היו ללא תועלת...

בנסיבות אלה לא מצאתי יסוד כדין "להעניש" את התובעים על-ידי פסיקת פיצוי על-פי עלותו לנתבעת, כיוון שהם מסרבים להיזקק לשירותי אנשיה אחרי שתיקוניהם החוזרים ונשנים נכשלו. ראוי הוא, לדעתי, לפצות אותם בסכום כסף שיאפשר לכל אחד לתקן את הליקויים בדירתו באמצעות בעלי מלאכה ומפקח בניין שיבחר."

באשר לנוק הלא ממוני נאמר כי ליקויי הבניה, ובעיקר הרכיבות הנמשכת כבר כמה שנים, פגעו באופן משמעותי באיכות החיים של הקונים. הנתבעת טענה כי היה על התובעים להקטין את הנזק על-ידי תיקון הליקויים בעצמם אך בית-המשפט לא קיבל טענה זו.

"הלא, על-פי חוזה הרכישה הנתבעת, היא שהיתה חייבת לבצע את התיקונים. התובעים עשו כל המוטל עליהם להקטנת הנזק בפניותיהם החוזרות אליה. מכל מקום, ברור הוא שאנשים אלה שאינם בעלי אמצעים לא היו מסוגלים לתקן את התיקונים הדרושים על-חשבונם, וחובה כזו אינה מוטלת עליהם..."

עוד נטען כי על הפיצוי עבור עוגמת-נפש להיות פרופורציונלי לסכום הפיצוי בגין ליקויי הבניה שבעטיים נגרמה עוגמת הנפש.

טענה זו אינה מקובלת עלי. פיצוי עבור נזק לא ממוני נקבע על-פי מידת הסבל. יש והסכום שנפסק עבור ליקויי הבניה יכול לשמש אינדיקציה למידת עוגמת הנפש, אך לא תמיד הדבר הוא כך ויותר מסכום הפיצוי מלמד אופי הליקוי על מידת הפגיעה."

בין היתר, במילוי בקפדנות וללא דיחוי, הן על-ידי המעבירים והן על-ידינו, אחר כל ההצהרות וההתחייבויות הכלולות בבקשה זו.

לא שמעתי נימוק כלשהוא המצדיק התפרקות החברה מאחרייתה לתקינות דירות שבנתה ולצמצום חבותה לתיקוני שנת האחריות בלבד, בכל מקרה בו הקונה המקורי ששילם לה במיטב כספו עבור הזכויות שרכש, מבקש להעבירן לצד שלישי...

יש אפוא לבטל תנאי הפטור הנ"ל בהיותם תנאים מקפחים.

5. אשר לטענה בדבר אי-קשירת קשר חוזי. טענה זו אינה נראית לי. כתב ההעברה שעליו חתמה גם הנתבעת כולל התחייבויות הצדדים לתביעה שבפני. הטופס ערוך כבקשה שאותה יש לראות "הצעה" ואישור הנתבעת להעברת הזכויות 'ככפיפות לתנאים, ההצהרות וההתחייבויות הכלולים בבקשה זו' מהווה "קיבול", כך שבמסמך ההעברה יש לראות התחייבות חוזית של הנתבעת כלפי הקונים להעביר להם את הזכויות בדירות...

יהא דבר זה אשר יהא, אחריות הנתבעת כלפי תובעים אלה אינה נובעת רק מיחסים חוזיים אלא משום חובתה כבונת הדירות להקים בניין בטוח לשימוש ולמגורים. חובה זו אינה מוגבלת ליחסים חוזיים אלא 'קיימת כלפי כולי עלמא'...

במקרה שלפני הוכחו בדירות נשוא התביעה, ליקויי רטיבות חמורים המונעים שימוש סביר בהן בימות החורף והעוללים גם מעצם טיבם לפגוע בבטיחות היושבים בהן. ליקויים אלה מצביעים על בניה רשלנית ומוכיחים את התובעים 7, 12 ו-13 לפיצוי נאות...

8. ומכאן לסכום הפיצוי עבור ליקויי הבניה.

4. דירה שנרכשה מיד שניה - מהי אחריותו של הקבלן לליקויי בניה כלפי הקונים השניים?

ת"א (י-ם) 674/83 אשכר נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ, פ"מ תשמ"ו(ב) 3.

והן משום ששיחררו את הנתבעת מאחריות, בחתימתם על הבקשה להעברת הזכויות. לעומתה טוענים התובעים, כי הוראת הפטור בבקשת ההעברה היא בגדר תנאי מקפח בחוזה אחיד, שדינו להתבטל.

את טענתה בדבר הסתכנותם מרצון של התובעים מבססת הנתבעת על חוזה מכר הדירה מגולדנצוויג לאשכר, בו נאמר בסעיף 7:

"7. הקונים מצהירים כי ראו וכדקו את הדירה ומצאוה מתאימה למטרתם. לקונים ידוע כי יש פגמים בדירה וכן רטיבות והם מצהירים כי אין להם כל טענה או תביעה נגד המוכרים בגין פגמים, ליקויים או אי-התאמה והם מוותרים

התובעים רכשו דירה מבני-הזוג גולדנצוויג - דירה שהאחרונים רכשו מהנתבעת מספר שנים קודם-לכן. העברת הזכויות בדירה מבוצעת אצל הנתבעת, מאחר והבניין טרם נרשם בטאבו. לצורך ביצוע ההעברה חתמו גולדנצוויג והתובעים על בקשה להעברת זכויות, המוגשת על-גבי טופס סטנדרטי שהוכן על-ידי הנתבעת, והכולל נוסח המשחרר את הנתבעת מכל אחריות לליקויים בדירה. התובעים הגישו נגד הנתבעת תביעה בגין ליקויים שנתגלו בדירה, והדיון נסב על טענותיה המקדמיות של הנתבעת, כי דין התביעה להידחות, הן משום שהתובעים הסתכנו מרצון בקנותם את הדירה, תוך ידיעת הפגמים,

חוזה אחיד על-מנת שחווה בין שו"פ וגולדנצוויג יהיה חוזה אחיד לצורך התובעים.

אולם גם גישתי היא, ולא מטעמה של הנתבעת, כי לא הוכרעה עוד השאלה אם החוזה בין שו"פ וגולדנצוויג הוא חוזה אחיד גם לצורך התובעים, אמנם בהסכם שבין גולדנצוויג לתובעים נזכר בסעיף 8 שבו כי הזכויות של גולדנצוויג בהסכם שלהם עם שו"פ מה-22.12.78 עוברות לתובעים, אולם עצם שאלת המחאת הזכויות הוא עדיין שאלה פתוחה במשפט זה. לאור זאת אינני יכול להסתמך על המחאת הזכויות שבהסכם בין גולדנצוויג לאשכר כדי לומר שהאחרונים נכנסו בנעלי הראשונים ולכן הם צד לחוזה האחד שבין שו"פ וגולדנצוויג.

5. טוען עוד בא-כוח הנתבעת, כי הבקשה לאישור העברת הזכויות אינה 'חוזה' ובוודאי שלא בין הנתבעת לגולדנצוויג ואשכר. כאן לדעתי נתפס בא-כוח הנתבעת המלומד לטעות. הבקשה מנוסחת בנוסח משפטי של הצעה לחוזה. הבקשה מפרטת את ההסכמים והתנאים עליהם מסתמכים המבקשים ומפרטת את התנאים בהם תבוצע הבקשה. אין ספק שבקשה זו עומדת בתנאי סעיף 2 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (5) (להלן חוק החוזים). את הקיבול להצעה ניתן לראות הן מעצם ביצוע ההעברה (סעיף 6 לחוק החוזים (5) קיבול דרך התנהגות), או באישור העברת הזכויות בנכס ששלחה שו"פ לגולדנצוויג ואשכר הנושא את התאריך 6.6.82 (נספח ה' לכתב התביעה המתוקן).

שו"פ היא, על-פי חוק חוזים אחידים, ספק בהיותה מספקת את המצרך - כאן מקרקעין או זכויות במקרקעין. אין ספק שגולדנצוויג הם לקוח מלקוחותיה של שו"פ. גם אשכר, למרות שקנו את הדירה מגולדנצוויג, הם בחוקת לקוח של שו"פ. אשכר נזקקו להסכמתה של שו"פ להעברת המצרך (הדירה) מרשות גולדנצוויג לרשותם וגם אחרי ההעברה עדיין היתה לשו"פ התחייבות כלפיהם לרשום את הזכות בדירה על-שםם בפנקסי המקרקעין (וזאת אפילו תפס הויתור של אשכר בסעיף 1 של המסמך הנ"ל).

טופס הבקשה להעברת הזכויות הוא טופס שהוכן ונערך על-ידי שו"פ ומחולק ללקוחות, המבקשים להעביר את זכויותיהם בדירה שקנו משו"פ לאחרים. קיום הטופס עצמו נזכר ברשימת האישורים הנדרשים על-ידי שיוכן ופיתוח כדי לבצע את ההעברה (מש/2 ב-המ' 661/84) וזה לשון סעיף 2 לרשימה 'בקשה לחברה להעברת זכויות בין המעביר לנעברת (טופסים ימסרו בחברה) אשר תאושר על-ידי עורך-דין'. מבחינה זו הבקשה היא חוזה (ראה הדיון בעמוד הקודם) להספקת מצרך (הדירה) (ביצוע ההעברה). מבנה הטופס, אשר יש רק למלא בו את שמות המעביר והנעבר, והדרך בה מגיע הטופס לידי המעביר והנעבר, אינם מותירים ספק כי טופס זה נערך מראש על-ידי הספק (שו"פ) כדי שישמש תנאי לחוזים שרבים בינו לבין אנשים בלתי-מסויימים במספרם ובוהותם כהגדרת סעיף 1 לחוק חוזים אחידים...

לכן, מסקנתי היא, כי הבקשה להעברת הזכויות מהווה חוזה אחיד (אינני רואה קושי בכך שהצעה לחוזה שבאה

מראש על כל טענה מסוג זה).

הנתבעת מסתמכת גם על מכתב ששלח עורך-דין גולדנצוויג לשו"פ בשם ה"ה גולדנצוויג - ובו הוא קובע, כי נתגלו בדירה פגמים וליקויים ביניהם: "רטיבות כללית בכל הדירה במצב שמונע כל אפשרות של מגורים". מכתב זה נושא את התאריך 28.6.81.

בא-כוח הנתבעת טוען, כי משילובם של שני מסמכים אלה יש להסיק ידיעה של אשכר על מצב הדירה והסתכנותם מרצון על-פי סעיף 5(ב) לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) ובכך נפטרת שו"פ מחבות נזיקית בגין הדירה.

בית-המשפט ציין, כי הידיעה על הנזק והיקפו היא אחת השאלות העובדתיות אשר לגביהן נשמעו העדויות והוא קיבל את הסבריו של עורך-דין אשכר והאמין לו כי בשעת חתימת החוזה עם גולדנצוויג ידע רק על רטיבות קלה מן הגג.

מסקנת בית-המשפט היתה, כי החבות הנזיקית של הקבלן (כאן שו"פ), כשהיא בפני עצמה לא פקעה מחמת שהתובע אשכר הסתכן מרצון, שכן היקף הסיכון לא היה ידוע לו בשעה שחתם על חוזה הרכישה.

טענתה המקדמית השניה של הנתבעת היתה, שהתובע הסכים שלא לתבוע את שו"פ. הסכמה זו מצויה בבקשה המופנית אל שו"פ, כי תאשר העברת הזכויות מגולדנצוויג לתובע.

טענת אשכר היא, כי בהכנסת סעיף הויתור בטופס, שהוא למעשה בקשה להעברת הזכויות בנכס מהמוכרים לקונים, משתמשת שיוכן ופיתוח לרעה בכוח שניתן לה כאחראית על רישום הדירה בפנקסיה עד שיתאפשר רישום הדירה בפנקסי המקרקעין, עוד טוען, כי סעיף זה הכניסה החברה משיקולים פסולים לטובת האינטרסים המשפטיים והכלכליים שלה. אשכר העיד, כי לא ראה את אותו סעיף הויתור וכי אילו ראה אותו - לא היה חותם על הטופס. וכן, כי סעיף הויתור סותר את תקנת הציבור.

את הטענה של אי-שימת לב על האמור בטופס דחה בית-המשפט.

בית-המשפט בחן את הטענה העיקרית של התובעים, לפיה טופס העברת הזכויות מהווה חוזה אחיד וסעיף הויתור שבו הוא סעיף מקפח שאותו על בית-המשפט לבטל מתוקף סמכותו על-פי חוק החוזים האחידים, התשכ"ד-1964 (החל על המקרה).

"שתיים הן השאלות שעלי לברר. ראשית האם לפנינו חוזה אחיד, והאם יש בו תנאי מקפת.

עלינו לברר מה מעמדו של הטופס להעברת הזכויות בו מצוי סעיף הויתור: האם הוא חוזה אחיד ואם כן, האם הוא חוזה אחיד בין התובעים לנתבעת.

בא-כוח הנתבעת טוען כי אמנם החוזה שבין שו"פ לגולדנצוויג הוא חוזה אחיד אולם חוזה זה אינו חוזה אחיד לצורך התובעים משום שההסכם שבין גולדנצוויג לתובעים אינו חוזה אחיד וגם במבוא להסכם שבין גולדנצוויג לתובעים לא מוזכר כי קונים זכויות לפי הסכם עם הנתבעת אלא לפי ההסכם עם המינהל.

אינני מבין מדוע על החוזה בין גולדנצוויג ואשכר להיות

לתקופות האחריות ואינו יכול לעמוד על זכויותיו ולבדוק את הפגמים כפי שמציע לו בא-כוח צד ג' אם מכר את הדירה בתוך תקופת האחריות. כך, לדוגמה, תקופת האחריות לנוקי רטיבות שהם בין הנוקים החמורים ביותר לדירה והקשים ביותר לתיקון הוא שלוש שנים, שבהן אין הרוכש יכול למעשה להעביר דירתו. הקונה משו"פ מקופח משום שתנאים כאלה מקשים עליו מכירת דירתו. הוא מקופח בזכותו לעשות ברכושו כרצונו ותלוי, למעשה, בהסכמתה של שו"פ לכל פעולה מהסוג של מכירת רכוש...

ואף יותר מכך. במקרה הרגיל נודע לקונה הדירה על תנאי מגביל זה רק לאחר שכבר ערך את ההסכם עם מי שמכרו לו כפי שקרה במקרה דנא וזאת ללא כל רשלנות מצד הקונה או הנעבר. והסיבה לכך נעוצה בדרך שבה מגיעה דרישת הויתור לידיעת המעבירים והנעברים. לו היתה דרישת הויתור מוזכרת בחוזה המכר שבין החברה המשכנת ובין הרוכש ממנה היה ודאי מגיע דבר קיומה לידיעת כל קונה סביר מן הרוכש הראשון, משום שבנוהג שבעולם, שכאשר אדם קונה רכוש הוא בודק את התנאים שבהם הגיע רכוש זה לרשות מי שהוא קונה ממנו. במקרה כזה יבדוק הקונה הסביר את החוזה שבין החברה המשכנת והרוכש ממנה. על-פי חוזה זה ילמד כי דרושה הסכמת החברה המשכנת להעברת הזכויות בנכס. כאמור, זהו תנאי סביר בהתחשב בעובדה שהחברה המשכנת משמשת כרשם. ואולם על קיום דרישת הויתור כתנאי לאישור ההעברה, תנאי כה מרכזי הנוגע לזכויות שבדירה העוברת לידי הקונה, תנאי המגביל בצורה כה דרסטית את זכויותיו בנכס שקנה, אין הקונה הסביר לומד מעיון בחוזה הקניה משו"פ אלא הדבר מובא לידיעתו רק כאשר מגיע לידי הטופס אותו מחלקת החברה המשכנת במשרדה, כאשר גם בכותרת טופס זה אין כל זכר לתנאי המגביל. אין זה סביר והגיוני לדרוש מן הקונה כי ילך ויבדוק במשרדי החברה המשכנת את פרטי כל הטפסים הדרושים להעברת הנכס אליו. יהיה הגיוני מאד מצידו אם יניח כי הטפסים הם רק טכניים ואילו עיקרי הדרישות לביצוע ההעברה יהיו בחוזה שבו מצויה הדרישה לקבלת ההסכמה להעברה.

גם סדר הפעולות הרגיל עשוי לקפח את הלקוח. יתכנו בהחלט מקרים שבהם יעבור זמן רב מיום חתימת חוזה המכר ועד לביצוע ההעברה ברישום. במקרה דנא ארך הזמן מאד. אולם גם במקרה רגיל יותר יתכן ותעבור תקופת מה בה שני הצדדים עושים את סידוריהם לקניה ומכירה, והנה בשלב שבו מבחינתם כבר נסתיימו ההליכים ונשארו רק הרישומים הפורמליים, מובאת לידיעתם לראשונה ההגבלה החמורה על זכויותיהם בדירה.

אין לי ספק, כי הדרך שבה בחרה שו"פ להביא לידיעת לקוחותיה קיום תנאי זה היא חלק מן הקיפוח הטמון בתנאי עצמו. ובוודאי שאין זו התנהגות בתום-לב בקיום חיוב שבחוזה או זכות הנובעת מהחוזה על-פי סעיף 39 לחוק החוזים.

מצד מבקשי ההעברה נוסחה על-ידי הנתבעת. מבחינה פורמלית ניתן לראות בכך הזמנה להצעה.

6. השאלה הבאה היא האם בקשה זו היא חוזה אחיד בין התובעים (אשכר) לבין הנתבעת (שו"פ). אין ספק שעל-ידי הבקשה נוצר קשר ישיר בין גולדנצוויג ושיכון ופיתוח. הראשונים הם המבקשים-המציעים בחוזה שאת הקיבול לו ביצעה שו"פ. אולם למעשה מגישים את הבקשה גם אשכר. הם הנעברים החתומים על אותה בקשה, ומתחייבים לקבל את ההעברה בתנאים המפורטים בבקשה. שני הצדדים המעביר והנעבר הם שצריכים להתייצב, על-פי נוסח הבקשה, לפני עורך-דין כדי לחתום עליה בפניו. גם מכתב ההסכמה ששלחה שו"פ, שהוא למעשה הקיבול להצעה, (נספח "ה" לתביעה) מופנה הן לגולדנצוויג והן לאשכר. כך שלמעשה הבקשה היא חוזה (אחיד) בין גולדנצוויג לאשכר מצד אחד לבין שו"פ מצד שני.

7. לחלופין, ניתן לראות בבקשה ובקיבול חוזה לטובת אדם שלישי, על-פי סעיף 34 לחוק החוזים (5). החוזה הוא בין גולדנצוויג ושו"פ כאשר המוטב, מי שלטובתו נעשית ההעברה, הוא במקרה זה אשכר והוא מי שעל-פי חוזה זה רשאי לדרוש את קיום החיוב, ככל הנראה לי אין מניעה שחוזה לטובת אדם שלישי יהיה חוזה אחיד.

8. השאלה עתה היא האם סעיף הויתור: סעיף 5(ה) בבקשה להעברת הזכויות הוא תנאי מגביל בחוזה אחיד. סעיף 15 לחוק חוזים אחידים מונה רשימה של תנאים מגבילים.

סעיף 5(ה) הנ"ל הוא על פניו תנאי מגביל, על-פי סעיף 15(1) לחוק הנ"ל בהיותו 'שולל או מגביל אחריותו של הספק כלפי הלקוח... ולמעשה עשוי הוא ליפול גם בהגדרות סעיפים-קטנים (2), (5) או (8) לסעיף זה. אולם בכך לא די. על-פי סעיף 14 לחוק חוזים אחידים (3) על בית-המשפט לבדוק אם הסעיף מקפח את הלקוחות או מהווה יתרון בלתי-הוגן בידי הספק העשוי להביא לידי קיפוח הלקוחות בשים-לב לכלל תנאי החוזה ולכל הנסיבות האחרות...

9. דעתי היא, כי התנאי שסעיף 5(ה) הוא בהחלט תנאי המקפח את הלקוחות ומעניק יתרון בלתי-הוגן לשו"פ, הוא הספק. בסעיף 4 בחוזה שבין שו"פ לקוני הדירות ממנה, מתחייבת שו"פ באחריות בגין פגמים וקלקולים בנכס וכן בגין אי-התאמות בין הנכס לבין נספח א' להסכם. בסעיף-קטן (א) שם מנויות תקופות אחריות שונות לגבי הפגמים וסוגי אי-ההתאמות השונים ובסעיף-קטן (ב)1 - (3) מפורטים תנאים לקיום אחריותה של החברה לתיקון. על כל החבויות האלה של החברה, על-פי החוזה עם הקונים ממנה, נדרשים המעבירים והנעברים לוותר (חוץ מן החובה לרשום את הזכות בנכס על-שם הנעבר בספרי רישום המקרקעין).

היוצא מזה, כי קונה דירה משו"פ אינו יכול למכור את דירתו אלא אם ימצא משהו שיסכים לקנותה בלי כל אחריות לנוק או קלקולים שיימצאו בה. הקונה כבול

5. זכויות דיירים אשר מכרו את דירותיהם לצדדים שלישיים וויתרו מפורשות ב"כתבי-ויתור" - הם והקונים מהם - על טענות כלפי דיור לעולה.

ע"א 2299/99 אברהם שפייר ו-28 אח' נ' חברת דיור לעולה, פ"ד (נה) 213.

נפסק כי:

"לעניינם של כתבי-הויתור

18. ארבע משפחות מן הדיירים מכרו את דירותיהן קודם הגשת התובענה לבית-המשפט. אלו הן משפחת שפייר (מערער מס' 1), משפחת לזרוביץ (מערערים מס' 17 ו-18), משפחת בחמוצקי (מערערים מס' 19 ו-20) ומשפחת אמסלם (מערערים מס' 21 ו-22). לעת מכירת הדירות נדרשו המוכרים לחתום על מסמך שדיור לעולה הניחה לפניהם ואשר כותרתו היא 'בקשה לאישור העברת זכויות'. במסמך זה ויתרו הדיירים על זכויותיהם כלפי דיור לעולה, ובמהלך הדיון הסתמכה דיור לעולה על כתבים אלה בטענה כי חוסמים הם את דרכם של המוכרים לקבלת סעד מבית-משפט. בית-המשפט המחוזי נענה לדיור לעולה ופסק כטענתה. הדיירים-המוכרים תוקפים את החלטתו של בית-המשפט המחוזי, ובסוגיה זו שומה עלינו להכריע.

19. עד שנדרש לסוגיה המשפטית לגופה, הבה נעמוד מעט על טיב ההתקשרות בין הדיירים לבין דיור לעולה. דיור לעולה היתה 'חברה משכנת', ובתורת שכזו בנתה את המבנה. דיור לעולה התקשרה עם מינהל מקרקעי ישראל בהסכם פיתוח, ולפיו התחייבה לבנות את המבנה נושא הדיון על מקרקעין מסויימים. על-פי אותה התקשרות, היתה דיור לעולה זכאית לקבל מן המינהל זכות חכירה - על-שמה או לפקודתה - על אותם מקרקעין ועל כל אשר נבנה עליהם, ובלבד שמילאה את כל חיוביה כלפי המינהל. מכל אלה ידענו, כי לעת שהדיירים רכשו את דירותיהם מדיור לעולה, לא היתה הקרקע רשומה על-שם דיור לעולה וממילא לא היה ניתן לרשום דירות על-שם הדיירים. עיקר ההתחייבות שקיבלו הדיירים היה בהתחייבותה של דיור לעולה 'למכור לרוכש את זכויותיה בקרקע כלפי המינהל ולגרום לכך שהמינהל יחזיר לרוכש את הדירה' (סעיף 2 להסכם הרכישה). דיור לעולה אף נטלה על עצמה, על-פי החוזים שכרתה עם הדיירים, 'לעשות את כל הפעולות והסידורים, כולל חלוקה מחדש של הקרקע, שיש צורך לעשותם לבצוע רישום הדירה בלשכת רישום המקרקעין כיחידת רישום נפרדת או כיחידת רישום בבית משותף לפי חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969' (סעיף 21א) להסכמי הרכישה). כן התחייבה דיור לעולה לרשום על-שם הרוכשים, בלישכת רישום המקרקעין, זכות חכירה בדירות 'כשהדבר יתאפשר מבחינה טכנית ומשפטית... לא יאוחר מאשר 12 חודשים מתאריך רישום הבית המשותף כבית משותף או חתימה על חוזה החכירה עם המינהל, לפי המאוחר מבין המועדים הנ"ל' (סעיף 21ג) להסכם).

20. קודם השלמת הליכי הרישום, איפוא, לא נמצא ביטוי לזכויות הדיירים אלא במירשם שניהלה דיור לעולה כחברה משכנת. דיור לעולה היתה בבחינת מירשם המקרקעין לדיירים, והעברת הזכויות מן הדיירים לצדדים שלישיים נדרשה איפוא להסדר מיוחד בחוזה הרכישה. ואמנם, זכותם של דיירים להעביר את זכויותיהם לצדדים שלישיים הוסדרה בסעיף 22 לחוזה הרכישה, המורנו וזו לשונו:

22. (א) הרוכש יהיה זכאי להעביר לאחר/ים את זכויותיו לפי הסכם זה גם לפני רישום זכויותיו בדירה בלשכת רישום המקרקעין, בתנאי שיקבל הסכמה מאת החברה מראש ובכתב על כך. בלי לפגוע בשיקול-דעתה הכללי של החברה להסכים להעברת זכויות, החברה תתנה הסכמתה להעברה כנ"ל לאחר שימולאו כל התנאים המוקדמים הבאים:

1. הרוכש ימציא לחברה מסמך מאת הרשות המוסמכת המעיד כי מס שבח שולם או כי הוא פטור מלשלמו.
 2. הרוכש ימציא תעודות מאת האוצר ומאת הרשות המקומית המעידות כי התשלומים לסוגיהם המגיעים לכל אחד מהם בקשר לדירה שולמו ואין מצידם התנגדות להעברת זכויותיו של הרוכש, לפי הסכם זה, לאחר.
 3. הרוכש ימציא אישור מאת הבנק (או כל מוסד כספי אחר בהתאם) כי המשכנתה - באם היתה כזאת - סולקה או כי הבנק הסכים להעברתה על-שם מקבל הזכויות וכי תנאי הבנק נתמלאו - באם ישנם תנאים כאלה.
 4. מקבל ההעברה ימציא מסמך מאת הרשות המוסמכת כי מס רכישה שולם או כי הוא פטור מלשלמו.
- (ב) עבור טיפולה של החברה בהעברתה הנ"ל ישלם לה הרוכש 30% (שלושה פרומיל), מערך הנכס ביום העברת הזכויות.
- (ג) הובהר לרוכש כי בנוסף להסכמת החברה להעברת זכויותיו בדירה תהיה ההעברה כפופה לתנאים של המינהל החלים על ההעברה.
- עיון בהוראות סעיף 22 לחוזה הרכישה ילמדנו, כי רוכש זכאי להעביר זכויותיו לצד שלישי 'בתנאי שיקבל הסכמה מאת החברה מראש ובכתב על כך' (סעיף 22א). החברה תתנה הסכמתה להעברה לאחר שימולאו תנאים מוקדמים מסויימים שעניינם כולם תשלומי כסף למיניהם (סעיף 22א(1) עד (4) וסעיף 22ב), אך זאת 'בלי לפגוע בשיקול-דעתה הכללי של החברה להסכים להעברת זכויות...'

21. דייר שביקש לקבל כתבי-הסכמה מאת דיור לעולה נדרש לחתום על בקשה. כותרת הבקשה היתה, כפי שראינו, 'בקשה לאישור העברת זכויות', ובמבוא לה מצהירים המוכרים כי דיור לעולה מילאה את כל

הרשות את השבט, יורה אותה בית-המשפט להשיב את השבט למנוחתו. ובלשון של השופט ש' ז' חשין בפרשת בפרשת ארמון אהרונוביץ (שם, 1842):

כל אימת שאדם התופס משרה רשמית דורש תשלום כסף בעד עשיית מעשה שמחובתו לעשותו ללא תשלום, והמסווה של מעמדו הרשמי נוטע בלב המשלם את האמונה שבאין תשלום לא ייעשה המעשה - במסיבות אלה משלם המשלם שלא מרצון, והוא זכאי להשבה.

ראו עוד: רע"א 2911/95 יוסי אברהם, עורך-דין נ' עיריית רמת-גן, פ"ד נג(1) 218, 233 David A. Crerar; 'The Restitutionary Class Action: Canadian Class Proceedings Legislation as a Vehicle for the Restitution of Unlawfully Demanded Payments, Ultra Vires Taxes, and Other Unjust Enrichments', 56 University of Toronto Faculty of Law Review 47 (1998).

אין זו אלא אחת מבנותיה של עילת הכורח והכפיה, עילה שהוכרה בהלכה ובדין כמזכה בהשבת ממון ששולם. אכן, היחיד הניצב לפני הרשות אין ברירה של ממש בידו אם ייעתר לדרישת הרשות, אם לאו, שבידי הרשות הכוח לכפות עליו את רצונה אף אם אין לדרישתה כל עיגון בדין. מקור הכוח הוא במונופול המוקנה לשלטון בביצוע של פעילויות מסוימות - אישור, רישוי, רישום וכיו"ב - ובהעדר חלופה זמינה העומדת לרשות היחיד. הוסיף על כך השופט ש' ז' חשין ואמר ב-רע"א 278/50 סופרגו, חברה להפצת גז בע"מ נ' רפאל ישראל מזרחי, פ"ד יב 394, 406:

'תשלום לפי דרישה במסווה של חוק או של תפקיד רשמי (Colore officii) אינו רצוני וניתן להשבה... תשלום כסף לפי דרישה הצבועה בגון של תפקיד רשמי רואה החוק כפעולה שלא מרצון, והוא מעניק למשלם זכות השבה מפני תקנת הכלל. הנימוק לכך הוא כפול: ראשית, אין לעשות משרה רשמית או מעמד רשמי כלי לחץ לסחיטת כספים שהאדם אינו חייב לשלם; שנית, התובע היה זכאי מטעם החוק לקבל את השירות חינם או בפחות ממה ששילם בעדו, והוא שילם מפני שהיה לו צורך דחוף וחיוני בשירות, ואלמלא שילם היה השירות נמנע ממנו.'

על הלכה זו אין חולקים והיא ידועה ומוכרת לכול. 25. ומה עניינה של הלכה זו לענייננו, אלא שאם נתבונן מקרוב בפעילותה של דיור לעולה וידענו כי בעשותה את שעשתה בענייננו, היו מעשיה, הלכה למעשה, בגדר ביצוע תפקידיה של רשות ציבורית או של מעין רשות ציבורית. בדיור לעולה נתקיימה מעין דואליות נורמטיבית, שבפעילותה היתה בה בעת גם רשות פרטית גם רשות ציבור.

כפי שראינו, הדיירים לא רכשו בתחילה אלא זכויות אובליגטוריות כלפי דיור לעולה. דיור לעולה שימשה, הלכה למעשה, מירשם מקרקעין לדיירים. זו היתה החלופה היחידה למירשם זכויותיהם של הדיירים, זכויות שלא ניתנות היו לרישום במירשם המקרקעין (ראו עוד: דברי הנשיא שמגר ב-רע"א 4/84 מאיר שטאל נ' עמידר,

התחייבויותיה כלפיהם למעט ההתחייבות לרישום. בגוף הבקשה מוסיפים המוכרים ומצהירים כי אין להם ולא תהיינה להם טענות כלפי דיור לעולה. ובלשון סעיף 8 לבקשה:

8'. כדי למנוע ספק הננו מאשרים ומצהירים בזה, כי מלאתם כלפינו אחר כל התחייבויותיכם על-פי החוזה למעט ביצוע הרישום וכי אין לנו ולא תהיינה לנו כל טענות כלפיכם בקשר לאמור לעיל ומבלי לגרוע מכלליות הנ"ל לא תחול עליכם כל אחריות באשר לפינוי הדירה ומסירתה לחזקת מקבלי ההעברה ו/או בקשר לתשלום מיסים, ארנונות אגרות וכן כל חוב שיעבוד או עיקול אחר הרובץ ו/או שירבוץ על הדירה או הקשור בה.'

גם הקונים נדרשו להתום על פטור שהם פוטרם את דיור לעולה מאחריות כלפיהם.

ובלשון סעיף 3 לחלקה השני של הבקשה לאישור: 3'. אנו מצהירים כי ידוע לנו, כי לא תחול עליכם כל אחריות כלפינו בקשר לחוזה, לדירה וכל הקשור בהם למעט הזכות לרישום הדירה בשמנו בהתאם להוראות החוזה.'

22. על הסכמות ויתור מפורשות אלו נשענה דיור לעולה בטיעוניה לפני בית-המשפט המחוזי, בהסיקה כי פטורה היא מאחריות הן כלפי הדיירים המוכרים הן כלפי הרוכשים. בית-המשפט המחוזי נענה, כאמור, לטיעונים אלה, והשאלה שהוטל עלינו להשיב עליה היא אם צדק בית-המשפט בהכרעתו זו, אם לאו.

23. מבחינה משפטית פורמלית יכולה דיור לעולה לגדור עצמה בהוראת סעיף 22(א) רישה להסכם הרכישה, ולפיה קנתה שיקול-דעת 'כללי' להסכים - או שלא להסכים - להעברת הזכויות. השאלה היא, איפוא, אם דרישתה של דיור לעולה כי הדיירים היוצאים יפטרו אותה מכל חיוב כלפיהם, אם דרישה זו עשויה למצוא מישכנה בגדריו של אותו שיקול-דעת כללי. לבדיקתה של שאלה זו ניפנה עתה, ונדון בה בשלושה היבטים: היבט ציבורי, היבט פרטי והיבט תום-הלב.

ההיבט הציבורי - כפיה על-ידי רשות

24. רשות ציבור פלוגית אמורה ליתן שירות ליחיד ללא תמורה או בתמורה הקבועה בחוק. אם תדרוש הרשות מן היחיד תמורה עבור השירות - או, לפי העניין, תמורה למעלה מן הקבוע בחוק - יחייב בית-משפט את הרשות להשיב ליחיד את התמורה ששולמה או את התמורה העודפת על התמורה הקבועה בחוק. הלכה זו נטועה עמוק במשפטנו מאז קבעה השופט ש' ז' חשין בפרשת ארמון אהרונוביץ - ע"א 412/54 עיריית ת"א-יפו נ' חברת 'ארמון אהרונוביץ 3' בע"מ, פ"ד י(2) 1835 - והיא אחד מראשי העילה שבעשיית עושר ולא במשפט. ראו: דניאל פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (אבירם, התשנ"ח-1998, מהדורה שניה), כרך ב', 949 ואילך. ראו עוד: ע"א 706/71 וילנר נ' ראש העיר, חברי המועצה ותושבי ראשון-לציון, פ"ד כז(1) 160, 168. הלכה זו מייסדת עצמה על הכוח היתר שיש לה לרשות הציבור על היחיד, שהיחיד תלוי ברשות לשבט או לחסד. וכך, בהניף

הרצון החופשי מקנה זכות לביטול ההסכם. ראו: דניאל פרדימן, נילי כהן, 'חוזים' (אבירם, התשנ"ג-1992, כרך ב') 889 ואילך. השאלה אם נתיקמה כפיה, אם לאו, שאלה תלויה נסיבות היא. ובלשונו של השופט ש' ז' חשין בפרשת ארמון אהרונוביץ (שם, 1837):

'תחומי האילוף לא נקבעו מעולם, אך בדרך-כלל אפשר לומר, כי אילוף פירושו שימוש בלתי-חוקי - או איום בלתי-חוקי להשתמש - בכוח הניתן לו לאדם, כלפי גופו או כלפי נכסיו או זכויותיו החוקיות של חברו, שעה שזה אין לו מוצא בלתי אם למלא את הדרשה אשר נדרש הוא למלאה.'

27. בסוגיה זו של כפיה, קושי מיוחד עשוי להתעורר נוכח טיעון של כפיה כלכלית. השאלה הנשאלת היא אימתי מגיע לחץ כלכלי כדי כפיה בלתי-חוקית, והתשובה לשאלה אינה פשוטה כל עיקר. עמדנו על כך ב-ע"א 1569/93 יוסי מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ, פ"ד מח(5) 705, וכך אמרנו (שם, 719):

'הרחבת תחום הכפיה ופרישתה גם על כפיה 'כלכלית' מעוררות מעצמן קושי באשר למציאת איזון ראוי בתחום חדש זה של כפיה: איזון בין הצורך לקיים חוזים שנכרתו, לבין הצורך לשמור כראוי על רצונו החופשי של אדם - על האוטונומיה של רצון הפרט - בכריתתם של חוזים. אכן, איתור נקודת האיזון בנושא הלחץ הכלכלי קשה במיוחד. כולנו חיים ב-'לחץ אטמוספרי כלכלי' כלשהו, ולעיתים לא קל להבחין בין לחץ המצוי בתחום האטמוספרי הכלכלי הרגיל לבין לחץ שהוא לבר אותו תחום, בין לחץ 'לגיטימי' - והוא חלק מאורחות חיינו - לבין לחץ ש-'אינו לגיטימי' ואשר לעניינו יועק המשפט להעניק סעד לאדם.'

ראו עוד: Sian E. Provost, 'A Defense Rights-Based Approach to Identifying Coercion in Contract Law,' 73 Texas Law Review 629 (1995)

אכן, מהו לחץ כלכלי לגיטימי ואימתי יהפוך לחץ כלכלי לגיטימי להיותו כפיה כלכלית בלתי-לגיטימית? התשובה לשאלה תלויה באיכותה ובעוצמתה של הכפיה. אשר לאיכותה של הכפיה, חייבת שתהא זו כפיה הכוננת פסול מוסרי-חברתי-כלכלי. וכדבר בית-המשפט בפרשת פנפורד (שם, 719):

בהיותנו כולנו נתונים בלחצים ובכפיות כלכליות מכל עבר, מסקנה נדרשת מאליה היא כי לא כל לחץ ולא כל כפיה מן התחום הכלכלי יניבו זכויות לביטולו של חוזה. ענייננו הוא אך בכפיה או בלחץ שיש בהם פסול מוסרי-חברתי-כלכלי, ואשר חיי עסקים ומסחר תקינים והוגנים לא יוכלו לשאתם.

אשר לעוצמתה של הכפיה, חייבת שתהא זו כפיה שהמתקשר אינו יכול בנסיבות העניין להימלט מבין מתלעותיה. ושוב נביא מפרשת פנפורד (שם, 721):

מבחן זה הנסוב על העדרה של ברירה מעשית וסבירה העומדת לפני הצד התם, מנפה ומסנן לחצים כלכליים מקובלים וראויים: מקובלים במקומותינו ונראים ראויים בעינינו בעת שאנו באים לקבוע את מקומה של נקודת האיזון בין האינטרסים המושכים לצדדים. יש בו במבחן זה

החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ, פ"ד מג(1) 265, 271-272; סעיף ההגדרות בצו פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים (החלת החוק על שירותי נותן שירות בהעדר רישום זכויות בפנקסי המקרקעין), התש"ס-1999. ביודענו כל אלה, מסקנה נדרשת היא, נדרשת היא כמעט מאליה, כי בנהלה את מירשם המקרקעין של הדיירים - מירשם שנועד לבוא תחת המירשם הרשמי הפורמלי; מירשם שרק ממנו ניתן ללמוד על זכויות הדיירים ועל מצבת הזכויות הכללית בנכס שלעניין - נטל הוטל על דיור לעולה, והוא: לנהל את ענייני המירשם כהלכה - כמוה כרשות ציבורית - ולו משום שדיירים אינם יכולים להעביר את זכויותיהם אלא אם יקבלו את הסכמתה ה-ציבורית' לדבר. ראו עוד: פרשת שטאל, לעיל. ראה לדבר תימצא לנו באותם תנאים מוקדמים המוטלים על דייר המבקש להעביר את זכויותיו, תנאים שעל פיהם לא יזכה דייר בהסכמת דיור לעולה אלא אם ישלם תשלומי מס אלה ואחרים לרשויות המדינה ולרשות המקומית. בתפקידה זה הציבורי לא היתה דיור לעולה מותרת בדרישה מן הדיירים כי יחתמו על כתב-ויתור.

דינה של דיור לעולה לענייננו הוא כדין הממונה על מירשם המקרקעין, ומה אותו ממונה אינו רשאי לדרוש חתימה על כתב-ויתור, כן דינה של דיור לעולה שאף היא אינה רשאית לדרוש חתימה על כתב-ויתור. דרישתה של דיור לעולה מן הדיירים ומן הרוכשים כי יחתמו על כתב-ויתור לא היתה אלא שימוש לרעה בכוח הציבורי שניתן בידה; דרישה בכפיה ושלא כדין היתה זו; וזכותו של הדייר עמדה - ועומדת - לו לבטל את תניית הויתור כתניה הנגועה בכפיה.

אמר על כך השופט ש' ז' חשין בפרשת סופרגו (שם, 407):

'כשאדם מוצא את עצמו בין המצרים, במצב של שעת חירום שנוצרה שלא באשמתו, ואין הוא רואה מוצא אלא לשלם לפי הדרשה המוגזמת או הבלתי-חוקית, כדי להגן על עסקו או על נכסיו, או כדי ליהנות משירות מעין ציבורי שאין בידו להשיגו בדרך אחרת, בכל המקרים האלה זכאי הוא להשבה בתביעה מעין חוזית.'

עד כאן - ראש אחד להצדקת ביטולה של התניית הויתור. ההיבט הפרטי - כפיה על-ידי גוף פרטי

26. דיור לעולה חייבה עצמה גם בעילת כפיה שבין שני יחידים. טעם הדבר הוא, שתניית הויתור עליה חתמו הדיירים נכפתה עליהם בנסיבות של כפיה אסורה על-פי דין. וכך מורה אותנו סעיף 17 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (חוק החוזים):

17'. כפיה

(א) מי שהתקשר בחוזה עקב כפיה שכפה עליו הצד השני או מטעמו, בכוח או באיום, רשאי לבטל את החוזה.

(ב) אוהרה בתום-לב על הפעלתה של זכות אינה בגדר איום לפי סעיף זה.

תכליתו של החוק גלויה וברורה: מקום שאדם קושר עצמו בהסכם אך בשל לחץ ששלל ממנו את יכולת הברירה, דין הוא שתהא זכות בידו לבטל את ההסכם. שלילת יסוד

שוטה, ומצוקתו תגבר ותלך. פניה לערכאות אף היא לא תצלח: אין היא עולה כדי חלופה סבירה, שכן עיכוב העסקה חזקה עליו שינחית מכה אנושה על סיכויי המכירה. על מקרה מעין זה אמרו המלומדים פרידמן וכהן בספרם על חוזים (שם, 924):

דוגמה בולטת לאיום חריף בהפרת חוזה הוא איומו של מוכר דירה כלפי הקונה שלא למסור לו את הדירה בהתאם לחוזה, אלא אם ישלם לו הקונה תוספת על המחיר הנקוב בהסכם. הקונה, שאין לו מקום מגורים אחר (בין משום שמכר את דירתו ובין מסיבה אחרת), נאלץ להיכנע לדרישה. איום זה הופך קיצוני בחומרנו ככל שמתקרב מועד המסירה המוסכם ולאחר שהקונה שילם חלק מן המחיר מראש. קונה כזה אין לו 'ברירה סבירה' אלא להיכנע (למעט, אולי, במקרים שבהם מדובר בקונה בעל אמצעים רבים, שלרשותו דירה מתאימה אחרת באותו מקום, ואף במקרה כזה יוצר האיום לחץ חריף למדי). הסכם כזה נכרת מחמת כפייה ומן הראוי להכיר בזכות הקונה לבטלו. הדברים קל וחומר אם הלחץ מופעל על-ידי קבלן (כלומר מוכר מקצועי) כלפי לקוח פרטי.

ראו עוד והשוו: ת"א (ת"א) 1171/95 שוחט נ' רמט בע"מ (לא פורסם), בו מנתחת השופטת ד' לפל את המעשה האמור בראי עילת העושה; והשוו: ע"א 769/86 רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' ד"ר ארי זמון, פ"ד מב(3) 581.

29. כללם של דברים: דיור לעולה חייבה עצמה בעילה של כפייה על-פי משפט החוזים, ומכאן זכותם של הדיירים לבטל את תניית הוויתור.

תוס'לב

30. לבסוף: דיור לעולה עשתה שימוש שלא בתום-לב בשיקול-הדעת שקנתה - להסכים או שלא להסכים להעברת זכויות הדיירים לצדדים שלישיים - והאמירה 'שלא בתום-לב' נאמרת על דרך ההמעטה. לאמיתם של דברים, יכולים היינו לספק עצמנו בעילה זו של העדר תום-לב - כהוראת סעיף 39 לחוק החוזים - ואולם דומה שראוי כי איש המשפט ידרש לעילת תשתית זו רק בהעדרן של עילות ספציפיות, ולאחר בחינה מדוקדקת של עילות חלופיות מוכרות. לו אחרת אמרנו, חוששני שהיינו גולשים חיש-קל לפסיקה 'מן הצדק' בלבד, ותחזית זו לא תרנין לב. ואולם גם זו אמת, שיסוד העדר תום-הלב הוא-הוא הממלא תוכן של מהות גם את שתי העילות האחרונות שדיברנו בהן, שתיים שהן אחת: כפייה בידי רשות וכפייה בידי יחיד.

נסיים בהביאנו דברים שאמרה חברתנו השופטת שטרסברג-כהן בשיבתה בבית-המשפט המחוזי בחיפה (ת"א (חי') 1756/79 קראוס יהושע נ' שכון ופתוח לישראל בע"מ (לא פורסם)), מקום שהיה עליה לדון בכתב-וויתור הנכלל בבקשה להעברת זכויות (וכבקשה זו שהוצגה לפנינו):

'אני סבורה כי יש לפסול פטור כזה הן מחמת תקנת הציבור (סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי)) והן מחמת חוסר תום-לב בשימוש בזכות הנובעת מחוזה (סעיף 39

כדי לספק הגנה ראויה לצד התם, ובה בעת מחייב הוא אותו צד להתמודדות כלכלית-מסחרית - בכללה פניה לבתי-משפט לקבלת סעד - ובלבד שאותה התמודדות הינה סבירה ומעשית מבחינה כלכלית-מסחרית.

28. ניישם מיבחנים אלה על ענייננו, וידענו כי דיור לעולה חייבה עצמה במעשה כפייה שלא כדין. הדיירים נקלעו למצוקה שלא יכולים היו להיחלץ ממנה אלא בחתימה על כתב-הוויתור - ולו משום שלא יכולים היו להעביר את זכויותיהם אלא בהסכמתה של החברה - ואילו החברה תבעה מהם כי יוותרו על זכויות שקנו - זכויות בנות ערך - במעשה שניתן לכנותו בנקל כסחיטה. מה יכול היה הדייר לעשות ולא עשה? והרי לו סירב לחתום על 'כתב-הכניעה' שהחברה הציגה לפניו, היתה נשללת ממנו היכולת למכור את דירתו ולשנות את מקום מגוריו לרצונו וכצרכיו. אכן, בדורשה מן הדיירים כי יוותרו על זכותם כלפיה לתיקון הליקויים שנבעו מן הבניה המרושלת, ניצלה החברה עד תום, ובעזות מצח מחוצפת, את מצוקת הדיירים ואת מצבה העדיף. בדורשה מן הדיירים לחתום על תניית הוויתור, עשתה דיור לעולה שימוש שלא כדין בתניה חוזית שהקנתה לה שיקול-דעת 'כללי' להסכים או שלא להסכים להעברת הזכויות לצד שלישי. מעיקרם של דברים, אותו שיקול-דעת שלפי החוזה לא יועד כלל להקנות לחברה ווטו כדי להשיג הישגים שלא לעניין.

ואמנם: מה אינטרס לגיטימי, ולו זנבו של אינטרס לגיטימי, היה לה לדיור לעולה לעת שדרשה מן הדיירים כי יחתמו על כתב-וויתור? לשווא נחפש אינטרס או קצהו של אינטרס לגיטימי. החברה ניצלה בציניות מצוקתם של דיירים, ובית-המשפט לא יתן יד למי שעושה כמעשה. ניצול מצוקת הדיירים בידי דיור לעולה - כפייה היתה, כפייה לכל דבר ועניין; וכלשון השופט מלץ בפרשת שאול רחמים נ' אקספומדיה בע"מ (ע"א 8/88, פ"ד מג(4) 95, 99):

'המעצרת יכולה היתה להשתמש ביתרונות השוק שלה במהלך המשא-ומתן להסכם המקורי (שבעל-פה), וחזקה עליה שעשתה כן. אולם משנכרת ההסכם, נסיונותיה שבאו אחר-כך להשיג שיפור בתנאיו לרגל שינוי הנסיבות העובדתיות בשטח, וזאת בשיטות שגובלות בסחיטה ובהתנהגות בלתי-אחראית, אינם נסיונות לגיטימיים.'

אכן, לדיירים לא היתה ברירה אלא להיכנע לדרישת דיור לעולה ולחתום על כתב-הוויתור שכן חלופה מעשית ואמיתית לא עמדה להם. על-פי רוב קשור המוכר ברכישת דירה אחרת, והמתנה - ולו המתנה קצרה - עלולה להביא להתמוטטות העסקאות כולן ולחשיפת המוכר לתביעות בגין הפרת הסכמים. לעיתים לא יהא למוכר מקום מגורים חלופי. כדי שלא יחוייב בהפרת הסכם, יהא עליו לפנות את דירתו לקונה ממנו, אך את דירתו החדשה לא יזכה לקבל עד שישלם עבורה; כסף לא יימצא לו כל עוד לא ימלא את חיוביו כלפי הקונה ממנו, אך חיובים אלה לא יוכל למלא בהעדר הסכמתה של החברה המשכנת. הדייר-המוכר יאלץ שלא בטובתו לרוץ סחור-סחור במעגל

הבניה כלפי הדיירים, ממילא לא נדרש בית-המשפט המחוזי לא לבחינת הליקויים לגופם ולא לקביעת הפיצויים שהדיירים זכאים להם. בית-המשפט גם לא פסק אם דיור לעולה תחוייב בתשלום פיצויים או שמא יינתן לה, שלא כבפרשת זלוצין, לתקן את הליקויים בעצמה. נאלצים אנו איפוא להורות על החזרת התיק לבית-המשפט המחוזי כדי שידון בכל השאלות שנוותר להכריע בהן.

בה בעת סבורים אנו כי הגיעה עת לסיים את הסכסוך רב-השנים, מה גם שהובא לידיעתנו כי דיור לעולה נקלעה לקשיים כלכליים וכי הסדר נושים תולה עצמו בתוצאות ההליך שלפנינו. בנסיבות אלו נייעץ לצדדים כי יבואו בדברים ביניהם, במטרה להגיע להסכמה על אודות הפיצויים שישולמו לכל אחד מן הדיירים. לחלופין, יוכלו הצדדים להסמיך את בית-המשפט לפסוק על דרך הפשרה כסמכותו בסעיף 79א לחוק בתי-המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984.

אנו מבטלים את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, ואנו מורים על החזרת התיק אליו כאמור בהחלטתנו לעיל. דיור לעולה, המשיבה, תשלם לדיירים, המערערים, הוצאות ושכר-טרחת עורך-דין בסכום כולל של 75,000 ש"ח.

השופט א' מצא: אני מסכים.

השופטת ד' דורנר: אני מסכימה.

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט מ' חשין.

לחוק הנ"ל)... זאת לזכור שכאשר משתכן רוצה להעביר זכויותיו בדירתו אותה רכש בתמורה מלאה, עליו לקבל הסכמת שכון ופיתוח ממנה רכש את הזכויות. מובן שמצב כזה מעמיד אותו בעמדה נחותה כלפי שכון ופיתוח שרק בהסכמתה יכול הוא לעשות פעולה ברכושו הוא. הבקשה לאישור העברת זכויות בנכס מוכנה מראש בטופס שאינו מעמיד בפניו ברירה כלשהי אלא לחתום עליו כדי למכור דירתו, שאם לא יחתום, לא יוכל להחליף דירתו באחרת. במצב דברים זה, אם כל משתכן תלוי בחסדיה של שכון ופיתוח לצורך מכירת דירתו, וזו האחרונה דורשת חתימתו על טופס כאמור, ראוי היה לפחות שלא יכלל בו מלכתחילה סעיף כמו סעיף 5 (סעיף הוויתור), ואם משום מה הוא נכלל בו ראוי היה שלא ישתמש בו ולא יטענו עליו במשפט עם המשתכן או חליפו. אם בדירה ליקויים ופגמים להם אחראית שכון ופיתוח אל לה להשתחרר מאחריותה על-ידי סעיפי פטור גורפים מהסוג הנדון.

ראו עוד: ורדי, 257-258.

סוף דבר

31. סוף דבר: תניית הוויתור שהדיירים והרוכשים מהם חתמו עליה, זכאים הם גם אלה גם אלה לבטלה. והתניה בטלה היא ומבוטלת.

הסעד שהדיירים זכאים לו

32. משהחליט כי דיור לעולה נקיה מאחריותה בגין ליקויי